



El aborto y los derechos fundamentales

Análisis de la constitucionalidad de la prohibición penal de la interrupción del embarazo en supuestos de violación sexual y de malformaciones fetales incompatibles con la vida extrauterina

Juan Carlos Díaz Colchado
Beatriz Ramírez Huaroto

PROMSEX

Centro de Promoción y Defensa de los
Derechos Sexuales y Reproductivos



El aborto y los derechos fundamentales

Análisis de la constitucionalidad de la prohibición penal de la interrupción del embarazo en supuestos de violación sexual y de malformaciones fetales incompatibles con la vida extrauterina

© Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos
(PROMSEX)
Av. José Pardo 601, Oficina 604,
Miraflores, Lima 18 - Perú
Teléfono: (511) 447 8668 Fax: (511) 243 0460
www.promsex.org

Autor y autora:
Juan Carlos Díaz Colchado
Beatriz Ramírez Huaroto

Corrección de estilo:
Verónica Ferrari

Diseño y diagramación:
Julissa Soriano

Primera edición, julio 2013
Lima - Perú

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de Saaf, PPFA y Hivos.



El aborto y los derechos fundamentales

Análisis de la constitucionalidad de la prohibición penal de la interrupción del embarazo en supuestos de violación sexual y de malformaciones fetales incompatibles con la vida extrauterina

Juan Carlos Díaz Colchado¹

Beatriz Ramírez Huaroto²

Mayo de 2013

¹ Abogado por la Universidad San Pedro de Chimbote. Con Postítulo en Derechos Fundamentales por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Diploma de especialización en Teoría de la Argumentación Jurídica e Interpretación de los Derechos Fundamentales por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Actualmente cursa la Maestría en Derecho Constitucional en la Escuela de Posgrado de la PUCP.

² Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Con Diplomado en Género y Derecho por el Colegio de Abogados de Lima y Diplomado en Estudios de Género por la PUCP. Actualmente cursa la Maestría en Derecho Constitucional en la Escuela de Posgrado de la misma universidad.



Índice

Introducción	5
I. Los sistemas de regulación del aborto en el Derecho comparado	9
II. Los estándares de Derecho Internacional de los Derechos Humanos	11
III. Jurisprudencia constitucional comparada sobre la prohibición penal del aborto	23
3.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España	24
3.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia	32
3.3. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina	37
IV. Marco jurídico del aborto en el Perú	43
V. Razones constitucionales que justifican el aborto en casos de violación sexual y cuando el feto no es viable fuera del útero materno	47

5.1. Los derechos fundamentales ¿en armonía o conflicto?	47
5.2. El centro del dilema: ¿protección a la mujer o protección al feto por nacer?	53
5.3. Derecho penal, derechos fundamentales y principio de proporcionalidad	55
5.4. Aplicación del principio de proporcionalidad a la prohibición penal del aborto cuando el embarazo es consecuencia de una violación sexual y cuando el feto presenta malformaciones incompatibles con la vida extrauterina	61
5.4.1. Análisis de proporcionalidad de la prohibición penal del aborto cuando el embarazo es consecuencia de una violación sexual	61
5.4.2. Aplicación del principio de proporcionalidad al aborto en casos de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina	74
5.5. El rol del Estado frente a los supuestos de aborto legal	79
5.5.1. K.L. contra el Perú, el primer caso sobre la materia	81
5.5.2. Paulina contra México	84
5.5.3. L.M.R. contra Argentina	85
5.5.4. L.C. contra el Perú	87
VI. Conclusiones	91
Referencias bibliográficas	97



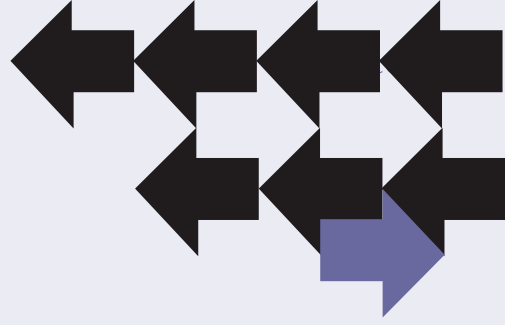
Introducción

A partir de una aproximación teórica y jurisprudencial, el presente trabajo tiene por objeto determinar las razones constitucionales que justificarían la permisión del aborto cuando una mujer ha sido víctima de una violación sexual y cuando se ha acreditado médicamente que la vida del feto no es viable fuera del útero materno.

El Derecho, como sistema de regulación de conductas, establece cuáles están permitidas, prohibidas u ordenadas. En el caso del aborto, un enfoque conservador se orienta a su prohibición absoluta, lo que equivale a que el sistema legal indica que todos los embarazos deben culminar en nacimientos, proscribiéndose cualquier intervención en ese transcurso. No obstante lo anterior, existe otra tendencia en materia de aborto: aquella orientada a su permisión en determinados supuestos que son más bien excepcionales. En ese contexto, algunos ordenamientos jurídicos otorgan tratamientos diferentes al aborto que se produce en circunstancias en los que las mujeres no han podido decidir sobre el embarazo, pues las relaciones sexuales les fueron impuestas, como es el caso de las víctimas de violación sexual o en circunstancias en las que a mujeres a quienes han consentido continuar con su embarazo se les indica médicamente que el feto tiene malformaciones que hacen no viable su vida extrauterina. No es el caso peruano en que ambas situaciones son consideradas delitos.

En el proyecto de nuevo Código discutido en 1990, antecedente del Código Penal vigente, se había planteado ampliar la no punibilidad del aborto terapéutico, vigente desde el Código Penal de 1924, a los casos de interrupción del embarazo en casos de violación y en casos de graves malformaciones físicas o psíquicas; sin embargo, esta propuesta fue abandonada “de último minuto y sin discusión alguna” en el texto definitivo aprobado, de modo que las indicaciones anotadas son solo circunstancias atenuantes de la represión (Hurtado Pozo 1996: 231). Recientemente, en el marco del trabajo de la Comisión Especial Revisora del Código Penal del periodo legislativo 2006-2011, se adoptó un Anteproyecto que despenalizaba ambos supuestos.

En los supuestos anotados se plantea si es legítimo, desde un punto de vista constitucional, que el Estado permita a las mujeres decidir si prosiguen o no con el embarazo, lo que se concreta en que no se prohíba el aborto en estos supuestos por medio de su tipificación como delitos. Lo contrario equivale a que el Estado, interviniendo en la capacidad de decisión de las mujeres, recorta su libertad y las conmina legalmente a continuar con el embarazo por medio de la prohibición penal del aborto en estos supuestos, bajo el fin de proteger la vida fetal a cualquier costo y en toda circunstancia. En este sentido, se ha afirmado que “la prohibición del aborto se resuelve en una compulsión a la maternidad” (Luis Arroyo Zapatero, citado por Villanueva 1996: 217). Excluir la pena implica permitir la realización de los abortos en condiciones sanitarias apropiadas, optar por penalizar es exigir con amenazas la llegada a término del embarazo (Ruiz Miguel 1996: 106).



El aborto es un problema ubicado “en las fronteras del Derecho” (Ruiz Miguel 1996: 91). Se propone como un caso límite porque el vínculo entre una mujer gestante y el *nasciturus* no tiene paralelo y porque es un tema en cuya consideración inciden creencias, convicciones morales y culturales como en ningún otro; no obstante, en el debate jurídico se trata de hacer abstracción de este sustrato (Villanueva 2009: 53-54). El aborto es “un ejemplo típico de los innumerables aspectos y complicaciones que presentan ciertos conflictos de intereses” (Hurtado Pozo 1996: 222).

En este trabajo, el tema se aborda desde la perspectiva del conflicto de derechos, línea que han recorrido los escritos sobre la materia (Sánchez Pérez 2011: 91-99; Ruiz Miguel 2002: 110-119; 1996: 94-102; Ugaz 2000: 33; Villanueva 1996: 207-214; Ramón Michel 2011: 27³). En este marco, a través de la aplicación del principio de proporcionalidad a la normatividad penal vigente, se generan argumentos a favor de la despenalización en el Perú de los dos casos reseñados.

³ Villanueva destaca el trabajo pionero de Judith Jarvis Thomson, quien en 1971 sostuvo esta posición. Su texto original está disponible en <http://spot.colorado.edu/~heathwoo/Phil160,Fall02/thomson.htm>. Consulta: 16 de enero de 2013.

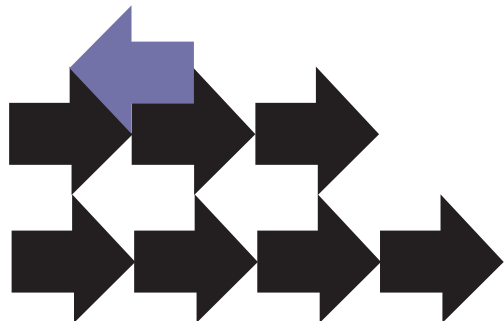


I. Los sistemas de regulación del aborto en el Derecho comparado

Dentro de los países que criminalizan el aborto existen tres modelos (Beltrán y Puga, Andión y Cavallo 2012: 10-28; Bergallo y González 2012: 19-20; Ramón Michel 2011: 30-33):

- a. La penalización total en donde el aborto es un delito en todo caso. En los países de América Latina y el Caribe está vigente en Chile, El Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y Surinam.
- b. El modelo de permisión por causales, indicaciones o excepciones en el que se incorporan ciertos supuestos en donde se permite el aborto. Las causales más comunes son la protección de la vida de las mujeres, la protección de su salud, los casos de malformaciones fetales incompatibles con la vida, la causal socioeconómica, la inseminación forzada y la violación sexual. Está vigente en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Guyana, México (menos el Distrito Federal), Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.
- c. El modelo de permisión por plazos en el que no se penaliza el aborto en las primeras semanas del embarazo, pero sí en las etapas más avanzadas en las que el aborto es permitido por causales. Vigente en Cuba, Guyana, Guyana Francesa, México D.F., Puerto Rico y recientemente en Uruguay.

En los modelos de permisión por causales y por plazos “subyace una ponderación de lo que está en juego y la decisión de dar prevalencia a los derechos y valores vinculados a las mujeres. Lo que cambia es la intensidad y modalidad que asume este resultado. Intensidad porque en el modelo de plazos hay un posicionamiento menos condicionado y más abierto a la decisión de la mujer, mientras que en la legislación de indicaciones se adopta una estructura que exige ciertas circunstancias y en esa medida supedita y ciñe, tanto material como simbólicamente, las posibilidades de las mujeres” (Ramón Michel 2011: 30-31).





II. Los estándares de Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es relevante para el análisis constitucional en la línea de vislumbrar un “constitucionalismo internacional” en el que se integren los estándares de protección de derechos a nivel interno e internacional (Ferrajoli 2001: 37-42).

Durante el siglo XX se ha expandido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y también la justicia constitucional. Esta expansión conlleva el riesgo de fragmentación del Derecho. Para superarlo se ha propuesto el principio de armonización, según el cual, cuando distintas normas –internas e internacionales– regulan una misma cuestión debe interpretárselas armónicamente en la medida de lo posible de manera que resulte un conjunto unitario de obligaciones compatibles, siempre a favor de las personas. Esto tiene como correlato que el Derecho internacional y el Derecho constitucional se inscriben en una globalización del Derecho que requiere compatibilizar las cuestiones relativas a los derechos (Landa, Arangüena y Ferrer s/a: 1-2). En atención a esto, la interpretación de los derechos reconocidos en la Constitución se hace de la mano de la aplicación e interpretación de las normas internacionales que también reconocen derechos. Indudablemente, esto incluye la jurisprudencia de los órganos internacionales creados para garantizar la aplicación de estas normas (Castillo 2007: 122)⁴.

⁴ En esta línea, Serna de la Garza (2012), en especial capítulos quinto y séptimo.

Esta es la línea que se ha acogido en nuestro país, pues el Tribunal Constitucional ha señalado que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional en el ordenamiento jurídico peruano, por lo que los derechos que consagran son a su vez derechos de naturaleza constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en los Expedientes N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, numerales 25 al 34). Asimismo, según la jurisprudencia constitucional peruana, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado peruano y eso incluye una adhesión a la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos supranacionales encargados de su seguimiento, lo que comprende, por ejemplo, a las Observaciones Generales de los Comités monitores de los tratados de la Organización de Naciones Unidas (entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en el Expediente N° 0217-2002-HC/TC, numeral 2).

A propósito de esto, conviene revisar los estándares internacionales de derechos humanos que se relacionan con la temática del aborto. En el Sistema Interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) reconoce la protección del derecho a la vida en general desde la concepción; su artículo 4 señala que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

La interpretación de esta norma en el Sistema Interamericano no es incompatible con la despenalización del aborto. En el caso conocido como *BabyBoy contra los Estados Unidos de América*⁵, dos ciudadanos estadounidenses interpusieron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la que alegaron que el Estado había violado los derechos de un no nacido (al que denominaron BabyBoy) reconocidos en los artículos I (derecho a la vida), II (igualdad ante la ley), VII (derechos del niño) y XI (derecho a la salud) de la Declaración Americana de Derechos Humanos (DADH). Se argumentó que el derecho a la vida reconocido por la Declaración debía ser interpretado

⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución N° 23/81. Fondo. Caso 2141, *BabyBoy vs. Estados Unidos de América*. 6 de marzo de 1981.

conforme al artículo 4 de la Convención Americana⁶. Para los peticionarios, la violación de los derechos humanos del no nacido se habría iniciado con la emisión de las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos en los casos *Roe vs. Wade* y *Doe vs. Bolton*⁷ sobre despenalización del aborto.

Este caso culminó con un informe de fondo en el que la Comisión declaró que Estados Unidos no violó los derechos alegados, para lo cual realizó previamente un recuento histórico de cómo fue el proceso de aprobación del artículo 4 de la CADH (numerales 21-30). La Comisión evidenció que la inclusión de las palabras “en general”, en el texto del artículo 4, obedeció al hecho de que algunos Estados tenían políticas permisivas al aborto en determinadas circunstancias, por lo que una interpretación del mismo que conlleve a una protección absoluta del no nacido no se condice con la finalidad del texto finalmente aprobado por los Estados que ratificaron la Convención. En dicho sentido, la Comisión señaló que:

25. Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de “desde el momento de la concepción”, con las objeciones suscitadas, desde la Conferencia de Bogotá sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, inter-alia, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro, la CIDH volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras “en general”. Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2 “1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción” (Anuario, 1968, p. 321).
[...]

⁶ Estados Unidos no ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es por ello que la petición se realizó sobre la base de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, pero se argumentó que el artículo 1 de la misma debía definirse en los términos del artículo 4 de la CADH pues, como se señaló previamente, es este tratado el que reconoce la protección del derecho a la vida en general desde la concepción.

⁷ Ambas son sentencias de la Corte Suprema estadounidense que despenalizaron el aborto por plazos en 1973.

30. A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase “en general, desde el momento de la concepción” no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en [la Conferencia de] Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios.

Este repaso de los antecedentes de la redacción de la CADH y la conclusión a la que arribó la CIDH han sido convalidados recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH). En la sentencia en el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*⁸, la CorteIDH ha hecho, por primera vez, una interpretación del artículo 4.1 en relación a la protección de la vida “en general, a partir del momento de la concepción”. El Estado demandado argumentó que tal disposición exigía una protección absoluta del embrión y, con ello, defendió la posición asumida por la Sala Constitucional de su Suprema Corte de Justicia que, en sentencia emitida el 15 de marzo de 2000, anuló por inconstitucionalidad el Decreto Presidencial N° 24029-S, norma que autorizaba y regulaba la fecundación in vitro. La Sala, al reconocer personalidad jurídica al embrión, estableció que la fecundación in vitro, tal y como era practicada en la época⁹, implicaba una elevada pérdida de embriones directamente causada por una manipulación consciente y voluntaria.

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C N° 257.

⁹ El decreto tenía un régimen muy restrictivo de fecundación in vitro: determinaba que la inseminación solo se podía realizar por parejas casadas, prohibía la inseminación de más de seis óvulos, disponía que todos los embriones debían ser depositados en el útero materno y prohibía el congelamiento, preservación o descarte de embriones.

Para su labor, la Corte IDH observó los principios interpretativos: i) de conformidad con el sentido corriente de los términos, ii) la interpretación sistemática e histórica, iii) la interpretación evolutiva, y iv) la interpretación conforme del objeto y fin del tratado. Luego de un extenso desarrollo argumentativo en cada uno de estos aspectos (numerales 174-263), la Corte señaló lo que en adelante, para todo el Sistema Interamericano, en razón de su condición de intérprete último de la CADH, constituye la adecuada lectura de la norma convencional:

264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

La norma de la Convención Americana permite entonces “un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto”, de modo que es incorrecto alegar “la protección absoluta del embrión anulando otros derechos” (numeral 263).

En el Sistema Universal de Derechos Humanos, no existe ninguna norma de tratado con una disposición similar a la relativa a la protección del derecho a la vida “en general, desde la concepción” que tiene la Convención Americana. Así por ejemplo, el numeral 1 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos precisa que: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley, nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. En la sentencia *Artavia Murillo* y otros comentada

previamente, la Corte Interamericana analiza los trabajos preparatorios de normas clave del Sistema Universal en la materia como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño; concluye que de ninguna de ellas se desprende una protección del derecho a la vida antes del nacimiento (numerales 224, 225 y 229-232)¹⁰.

En el marco de la labor interpretativa de los órganos de monitoreo de cumplimiento de los tratados del sistema, se han emitido una serie de Observaciones Generales/Comentarios Generales que representan la interpretación autorizada de los mismos y que tienen diferentes estándares permisivos del aborto. A la vez, con ocasión de los informes periódicos remitidos por los países a los Comités para dar cuenta de sus avances en el cumplimiento de los tratados, se han emitido una serie de recomendaciones a los Estados relacionadas a la despenalización del aborto¹¹.

¹⁰ En dicho sentido, la Corte, en el numeral 224, relacionado con la Declaración Universal de Derechos Humanos, expresa que: “[...] el término ‘nacen’ se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración. Los redactores rechazaron expresamente la idea de eliminar tal término, de modo que el texto resultante expresa con plena intención que los derechos plasmados en la Declaración son ‘inherentes desde el momento de nacer’. Por tanto, la expresión ‘ser humano’, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido”. Luego, en el numeral 225, vinculado al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Corte manifiesta que: “[...] los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas”. Finalmente, en lo que respecta a la interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el numeral 232 la CorteIDH tiene dicho que: “Ante la dificultad de encontrar una definición de ‘niño’ en el artículo 1 del Proyecto, se eliminó la referencia al nacimiento como inicio de la niñez. Posteriormente, en el marco de las deliberaciones, Filipinas solicitó la inclusión de la expresión ‘tanto antes como después del nacimiento’ en el Preámbulo, a la cual varios Estados se opusieron. Como compromiso se acordó que se incluyera en el Preámbulo tal referencia, pero que los trabajos preparatorios dejaran claro que el Preámbulo no determinaría la interpretación del artículo 1 de la Convención”.

¹¹ Giulia Tamayo hace hincapié en la importancia de la protección internacional de los derechos humanos en las esferas de la sexualidad y la reproducción (2001: 107-139). Jeannette Llaja sistematiza todas las observaciones generales y finales al Perú pertinentes en el tema de aborto hasta la fecha de la publicación de su trabajo (2008). Rocío Villanueva (2009: 67) y Jennie Dador (2011: 7-8) resaltan también las recomendaciones de los Comités de Naciones Unidas que supervisan el cumplimiento de tratados para la temática del aborto.

Observaciones generales de los Comités de Naciones Unidas específicas en materia de aborto

<p>Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹²</p>	<p>Recomendación general 24, relativa al artículo 12 de la Convención (La mujer y la salud) U.N. Doc. A/54/38/Rev.1. (1999)</p> <p>14. [...] El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones.</p> <p>31. Los Estados Partes también deberían, en particular:</p> <p>c) Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. <u>En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos.</u></p>
<p>Comité de Derechos Humanos¹³</p>	<p>Observación General No. 28 relativo al artículo 3 del Pacto (La igualdad de derechos entre hombres y mujeres) U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000).</p> <p>10. Los Estados Partes, al presentar informes sobre el derecho a la vida, amparado en el artículo 6 [...] deberán proporcionar información sobre las medidas que hubiesen adoptado para ayudar a la mujer a prevenir embarazos no deseados y para que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida.</p> <p>11. El Comité, a fin de evaluar el cumplimiento del artículo 7 del Pacto, así como del artículo 24, en que se prevé la protección especial del niño, [...] <u>necesita saber si el Estado Parte da a la mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación acceso al aborto en condiciones de seguridad.</u></p> <p>20. Los Estados Partes deben presentar información que permita al Comité evaluar los efectos de las leyes y prácticas que entranen el ejercicio por la mujer, en pie de igualdad con el hombre, del derecho a la vida privada y otros derechos amparados por el artículo 17. Constituye un ejemplo de esa situación [...] cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos. En esos casos, pueden estar en juego también otros derechos amparados en el Pacto, como los previstos en los artículos 6 y 7.</p>
<p>Comité de los Derechos del Niño¹⁴</p>	<p>Observación General No. 4 (La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño) U.N. Doc. CRC/GC/2003/4 (2003).</p> <p>31. [...] Los Estados Partes deben adoptar medidas para reducir la morbilidad materna y la mortalidad de las niñas adolescentes, producida especialmente por el embarazo y las prácticas de aborto peligrosas, y prestar apoyo a los padres de las adolescentes. [...] El Comité insta a los Estados Partes a: a) <u>elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar, los contraceptivos y las prácticas abortivas sin riesgo cuando el aborto no esté prohibido por la ley [...]</u></p>

¹² Órgano de seguimiento de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), vigente en el Perú desde el 13 de setiembre de 1982.

¹³ Órgano de seguimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), vigente en el Perú desde el 28 de julio de 1978.

¹⁴ Órgano de seguimiento de la Convención sobre los derechos del niño (CDN), vigente en el Perú desde el 4 de octubre de 1990.

Recomendaciones de los Comités de Naciones Unidas al Perú específicas en materia de aborto

<p>Comité de Derechos Humanos</p>	<p>CCPR/C/79/Add.72, 18 de noviembre de 1996 22. El Comité recomienda una revisión de las disposiciones del Código Civil y del Código Penal a la luz de las obligaciones establecidas en el Pacto, particularmente en el artículo 3 y 26 del mismo. El Perú debe asegurarse de que las leyes que guardan relación con la violación, el abuso sexual y la violencia contra las mujeres las protejan de manera eficaz y <u>debe tomar las medidas necesarias para evitar que las mujeres deban arriesgar su vida en razón de la existencia de disposiciones legales restrictivas sobre el aborto.</u></p> <p>CCPR/CO/70/PER, 15 de noviembre de 2000 20. <u>Es signo de inquietud que el aborto continúe sujeto a sanciones penales, aun cuando el embarazo sea producto de una violación.</u> El aborto clandestino continúa siendo la mayor causa de mortalidad materna en el Perú. <u>El Comité reitera que estas disposiciones son incompatibles con los artículos 3, 6 y 7 del Pacto y recomienda que se revise la ley para establecer excepciones a la prohibición y sanción del aborto.</u></p> <p>CCPR/C/ PER/CO/5, 27 de marzo de 2013¹⁵ 14. El Comité, retomando sus Observaciones Finales previas (CCPR/CO/70/PER, par. 20), expresa su preocupación por el alto porcentaje de muertes maternas relacionadas con el aborto; por el hecho de que el aborto en casos de violación o incesto siga penalizado; y por la falta de un protocolo nacional para regularizar la práctica de los abortos terapéuticos. [...] El Comité recomienda al Estado parte que: (a) Revise su legislación sobre aborto y tome medidas para adicionar las excepciones en casos de embarazos producto de violación o incesto; (b) Adopte en el más corto tiempo posible el protocolo nacional que regule la práctica del aborto terapéutico; [...].</p>
<p>Comité de los Derechos del Niño y la Niña</p>	<p>CRC/C/PER/CO/3, 14 de marzo de 2006 Salud de los adolescentes 52. <u>El Comité está preocupado por la elevada tasa de embarazos precoces y por el número de adolescentes que fallecen por someterse a un aborto.</u> Además, al Comité le preocupa la falta de servicios de salud sexual y reproductiva adecuados, debido también a la asignación insuficiente de recursos en esos sectores. 53. El Comité recomienda al Estado Parte que, teniendo en cuenta la Observación general del Comité sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención (CRC/GC/2003/4), garantice el acceso a los servicios de salud reproductiva a todos los adolescentes y lleve a cabo campañas de sensibilización para informar plenamente a los adolescentes sobre sus derechos en materia de salud reproductiva, y en particular sobre la prevención de las enfermedades de transmisión sexual y los embarazos precoces. Además, el <u>Estado Parte debe adoptar todas las medidas posibles para hacer frente al fallecimiento de niñas adolescentes a causa del aborto.</u></p>

¹⁵ Traducción propia pues a la fecha de cierre de este documento solo estaba disponible la versión sin editar en inglés de las Observaciones Finales del Comité.

CAT/C/PER/CO/4, 25 de julio de 2006.

23. Al Comité le preocupan las denuncias que se refieren a la esterilización involuntaria de mujeres. Asimismo, el Comité ha recibido información de que personal médico, empleado por el Estado, se niega a suministrar atención médica requerida para que las mujeres embarazadas no recurran a abortos ilegales que ponen en riesgo su vida. La legislación actual restringe severamente el acceso a interrupciones voluntarias del embarazo, incluso en casos de violación, lo cual ha resultado en graves daños, incluso muertes innecesarias de mujeres. Las alegaciones recibidas indican la omisión del Estado Parte en la prevención de actos que perjudican gravemente la salud física y mental de las mujeres y que constituyen actos crueles e inhumanos. El Estado Parte debe tomar las medidas necesarias, incluyendo medidas legales, para prevenir de manera eficaz actos que perjudican gravemente la salud de las mujeres proporcionando la atención médica requerida, fortaleciendo los programas de planificación familiar y ofreciendo un mejor acceso a información y servicios de salud reproductiva, incluso para los adolescentes.

CAT/C/PER/CO/6, 23 de noviembre de 2012

Derechos reproductivos y salud

15. Al Comité le preocupa profundamente que los abortos ilegales sean una de las principales causas de la alta tasa de mortalidad materna en el Estado parte y que la interpretación de qué constituye aborto terapéutico y legal en caso de necesidad por razones médicas sea demasiado restrictiva y poco clara, lo cual lleva a las mujeres a abortar clandestinamente en condiciones de inseguridad. El Comité está particularmente inquieto por la penalización del aborto en caso de violación o de incesto, así como por el hecho de que el Tribunal Constitucional prohíba que se administren anticonceptivos orales de emergencia a las víctimas de violación. Al Comité le preocupa también que la legislación vigente obligue a los médicos a transmitir a las autoridades información sobre las mujeres que solicitan asistencia médica como consecuencia de un aborto, lo que puede llevar a investigaciones y a procesamientos penales; esto crea tal temor que, en la práctica, hace que no se recurra a los servicios de interrupción legal del embarazo. Al Comité le preocupan, asimismo, los casos de esterilización forzosa de mujeres, como las 2,000 mujeres que fueron objeto de tal esterilización entre 1996 y 2000, en virtud del Programa Nacional de Salud Reproductiva y Planificación Familiar, y que aún no han recibido reparación (arts. 2, 10, 12, 13, 14, 15 y 16).

El Estado parte debe revisar su legislación con el fin de:

- a) Modificar la prohibición general del aborto de forma que se autoricen el aborto terapéutico y el aborto en los casos en que el embarazo sea resultado de violación o de incesto, y prestar servicios médicos gratuitos a las víctimas de violación;
- b) Legalizar la distribución de anticonceptivos orales de emergencia a las víctimas de violación;
- c) Velar por que los profesionales de la salud conozcan y sepan aplicar los protocolos del Ministerio de Salud relativos a los abortos legales y garantizar un tratamiento inmediato e incondicional a las personas que soliciten asistencia médica de emergencia;
- d) Eliminar la práctica de hacer confesar, a los efectos de su enjuiciamiento, a las mujeres que hayan solicitado asistencia médica urgente como consecuencia de un aborto clandestino, así como la práctica de penalizar al personal médico por el ejercicio de sus funciones profesionales, y
- e) Proporcionar más información en materia de planificación de la familia, reforzar los servicios en esa esfera y realizar una amplia campaña pública de sensibilización sobre los casos en que el aborto terapéutico es legal y sobre los trámites administrativos correspondientes.

El Estado parte debe acelerar todas las investigaciones en curso sobre la esterilización forzada, iniciar sin demora investigaciones imparciales y efectivas sobre todos los casos similares y dar a todas las víctimas de la esterilización forzada una reparación adecuada.

¹⁶ Órgano de seguimiento de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CT), vigente en el Perú desde el 6 de agosto de 1988.

**Comité para
la Eliminación
de la
Discriminación
contra la Mujer**

A/50/38, paras. 398-451, 16 de enero a 3 de febrero de 1995

443. El estado sanitario de las mujeres y los niños en el Perú era motivo de grave preocupación para el Comité, en particular en lo concerniente a las altas tasas de mortalidad materna provocadas por abortos clandestinos.

446. El Comité exhortó al Gobierno a que examinara las causas de las altas tasas de mortalidad materna provocadas por los abortos clandestinos y a que revisara la ley sobre el aborto, teniendo en cuenta las necesidades sanitarias de las mujeres y a que considerara la posibilidad de suspender la pena de prisión impuesta a las mujeres que se habían sometido a abortos ilícitos.

447. El Comité sugirió además que el Gobierno solicitara la cooperación de asociaciones médicas, jueces y abogados a fin de considerar una utilización más amplia de la excepción terapéutica a la prohibición del aborto establecida en el Código Penal, en casos de peligro para la salud de la madre.

A/53/38/Rev. 1, 22 de junio a 10 de julio de 1998

339. El Comité observa con preocupación que existe un estrecho vínculo entre el índice de abortos practicados y la alta tasa de mortalidad materna, y señala que la tipificación del aborto como delito no hace desistir del aborto sino que lo hace inseguro y peligroso para las mujeres.

340. El Comité recomienda al Gobierno del Perú que revise su legislación sobre el aborto y vele por que la mujer tenga acceso a servicios de salud generales y completos, que incluyan el aborto sin riesgo, y la atención médica de urgencia cuando surjan complicaciones derivadas del aborto. Asimismo, el Comité pide que se incluya en el siguiente informe periódico información sobre la aplicación de esas medidas y sobre los servicios de salud que están a disposición de las mujeres que requieren atención médica de urgencia a consecuencia de complicaciones derivadas del aborto.

Suplemento No. 38 (A/57/38), 5 al 23 de agosto de 2002

482. Preocupa al Comité la situación de la salud de la mujer, y en particular su salud reproductiva. En especial el Comité se muestra preocupado por la desaparición del Programa Mujer, Salud y Desarrollo. El Comité observa con preocupación la alta tasa de mortalidad derivada de la maternidad, en especial la mortalidad derivada de abortos clandestinos, incluyendo los adolescentes, y la normatividad que puede impedir a las mujeres obtener tratamiento médico en caso de aborto. [...]

CEDAW/C/PER/CO/6 - 15 de enero a 2 de febrero de 2007

24. [...] El Comité observa con preocupación que el aborto ilegal sigue siendo una de las principales causas de la elevada tasa de mortalidad materna y que la interpretación restringida que hace el Estado parte del aborto terapéutico, que es legal, puede inducir a las mujeres a hacer que se practiquen abortos ilegales en condiciones de riesgo. Al Comité le preocupa además que el Estado parte no aplicó las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos formuladas en relación con el caso KL contra el Perú (CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005)).

25. [...] El Comité también insta al Estado parte a que permita que las mujeres accedan a servicios de calidad para la atención de las complicaciones derivadas de los abortos practicados en condiciones de riesgo de modo de reducir las tasas de mortalidad materna entre las mujeres. El Comité insta al Estado parte a que examine su interpretación restringida del aborto terapéutico, que es legal, para hacer más hincapié en la prevención de los embarazos en adolescentes y considere la posibilidad de revisar la legislación relacionada con los abortos en casos de embarazo indeseado con miras a suprimir las sanciones que se imponen a las mujeres que se someten a un aborto, de conformidad con la recomendación general 24 del Comité, sobre las mujeres y la salud, y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. El Comité pide, además, al Estado parte, que cumpla las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos formuladas en relación con el caso KL contra el Perú.

Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales¹⁶

E/C.12/PER/CO/2-4, 30 de mayo de 2012

21. Al Comité le preocupa la alta tasa de embarazos de adolescentes y la falta de servicios de salud sexual y reproductiva adecuados. También le inquieta que, conforme al Código Penal del Perú, las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes equivalgan a violación de menores, lo que en la práctica inhibe el acceso de los adolescentes a los servicios de salud reproductiva. El Comité expresa su preocupación por la elevada tasa de mortalidad materna en las zonas rurales, que sigue siendo superior a la cifra fijada como meta en los Objetivos de Desarrollo del Milenio. También está preocupado por la falta de una reglamentación nacional que regule las condiciones en que se practican los abortos terapéuticos y por el hecho de que los abortos en casos de embarazos resultantes de violaciones estén penalizados (art. 12).

El Comité recomienda al Estado parte que redoble sus esfuerzos para reducir la alta tasa de embarazos de adolescentes y asegurar la accesibilidad y disponibilidad de los servicios de salud sexual y reproductiva, con inclusión de la atención del parto, los servicios institucionales de natalidad y los anticonceptivos de emergencia, especialmente en las zonas rurales. Recomienda que se modifique el Código Penal para despenalizar las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes y los abortos en los casos de embarazos resultantes de violaciones. También recomienda al Estado parte que establezca un protocolo nacional que regule la práctica de abortos terapéuticos.

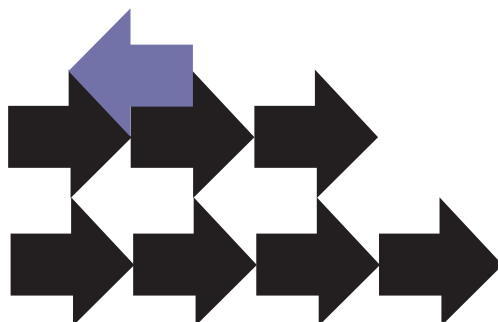
Adicionalmente, dentro del cuerpo del Derecho Internacional conocido como *soft law*, destaca el Informe del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental presentado a la Asamblea General de la ONU en 2011 (A/66/254, de fecha 3 de agosto de 2011). Este informe “examina la interacción entre las leyes penales y otras restricciones jurídicas relativas a la salud sexual y reproductiva y el derecho a la salud” y precisa que:

21. Las leyes penales que castigan y restringen el aborto inducido son el ejemplo paradigmático de las barreras inaceptables que impiden a las mujeres ejercer su derecho a la salud y, por consiguiente, deben eliminarse. Estas leyes atentan contra la dignidad y autonomía de la mujer al restringir gravemente su libertad para adoptar decisiones que afecten a su salud sexual y reproductiva. Asimismo, generan invariablemente efectos nocivos para la salud física, al ser causa de muertes evitables, morbilidad y mala salud, y para la salud mental, entre otras cosas, porque las mujeres afectadas se arriesgan a caer en el sistema de justicia penal. La promulgación o el mantenimiento de leyes que penalicen el aborto pueden constituir una violación de la obligación de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud.

¹⁷ Órgano encargado del seguimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), vigente para el Perú desde el 28 de julio de 1978.

Este documento hace un análisis exhaustivo de las consecuencias en términos de derechos y de salud pública que tiene la penalización del aborto y otras restricciones jurídicas conexas y enfatiza que:

27. La penalización del aborto es una clara expresión de la injerencia del Estado en la salud sexual y reproductiva de la mujer, ya que restringe el control de la mujer sobre su cuerpo y podría exponerla a riesgos para la salud innecesarios. La prohibición del aborto también obliga a las mujeres a llevar a término embarazos no deseados y a dar a luz cuando no desean hacerlo. Los Estados tienen la obligación de impedir que se niegue a las mujeres el acceso a servicios posteriores al aborto cuando lo necesiten, independientemente de si el aborto se ha practicado de forma legal.





III. Jurisprudencia constitucional comparada sobre la prohibición penal del aborto

El objeto de este acápite es mostrar las sentencias constitucionales más relevantes que sobre la permisión del aborto por el sistema de excepciones se han dado en la experiencia jurisprudencial comparada de habla hispana. Para dicho efecto, se presentarán los principales argumentos de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional de España, la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Esto, con la finalidad de explicitar la forma en que estos tribunales han planteado el problema, así como las razones que les sirvieron para justificar sus decisiones¹⁸.

En estas sentencias se pueden encontrar tres tipos diferentes de líneas de argumentación:

- i) En primer lugar, la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional español tuvo como objetivo analizar la constitucionalidad de una reforma legal despenalizadora, por lo que la argumentación se centró en negar la inconstitucionalidad pretendida por la parte demandante en tanto se consideró que no se desprotegía la vida prenatal con la permisión del aborto (STC 53/1985);

¹⁸ En la sentencia *Artavia Murillo y otros*, la Corte Interamericana repasó ejemplos jurisprudenciales en los que consideró que, si bien se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, no se hizo una referencia de la titularidad del derecho a la vida y se recalcó que todo intento de protección de dicho interés debería ser armonizado con los derechos fundamentales de las mujeres. En ese análisis se incluyó la totalidad de las sentencias seleccionadas en este apartado (numerales 260-262).

- ii) Seguidamente, la sentencia de la Corte Constitucional colombiana tuvo como objetivo analizar la constitucionalidad de una normatividad penalizadora, por lo que la argumentación se centró en fundamentar la inconstitucionalidad alegada por la parte demandante sobre la base de los derechos vulnerados de las mujeres con la penalización del aborto (sentencia C-355/06); y
- iii) Finalmente, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina tuvo como objetivo interpretar los alcances de una norma despenalizadora, por lo que la argumentación se centró en negar la inconstitucionalidad pretendida por la parte demandante sobre la base de los derechos vulnerados de las mujeres con una interpretación restrictiva (sentencia en la causa F, A.L. s/ medida autosatisfactiva, del 13 de marzo de 2012).

3.1 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España¹⁹

El Tribunal Constitucional español se pronunció, mediante sentencia del 11 de abril de 1985, sobre la constitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica reformadora del Código Penal, que introducía el artículo 417 bis, con el siguiente texto:

Artículo único.- El art. 417 bis del Código Penal queda redactado de la siguiente manera:

El aborto no será punible si se practica por un Médico, con el consentimiento de la mujer, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.
2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.

¹⁹ STC 53/1985, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 18 de mayo de 1985, puede ser ubicada en el siguiente enlace: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/433> (consulta: 13 de abril de 2013).

3. Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.

Esta norma, afiliada al sistema de indicaciones, fue objeto de un recurso previo de inconstitucionalidad formulado por un grupo de 54 diputados. En el recurso se pretendía que se declare la inconstitucionalidad del “proyecto en su totalidad y, con carácter subsidiario, la inconstitucionalidad parcial de las circunstancias 2) y 3) del artículo en cuestión y que, en todo caso, se dicte una sentencia interpretativa y aclaratoria de las ambigüedades constitucionales denunciadas.

El argumento empleado por los demandantes fue que el citado proyecto vulneraba los artículos 1.1 (Estado social y democrático, valores superiores: libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político), 9.3 (principios de legalidad, seguridad jurídica), 10.2 (interpretación de derechos conforme a tratados), 15 (derecho a la vida), 39.2 (protección integral de los hijos), 39.4 (protección de los/as niños/as previstas en acuerdos internacionales), 49 (política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales), 53.1 (vinculación a los derechos, respeto al contenido esencial) y 53.3 (carácter informativo de los principios rectores de la política económica y social) de la Constitución de 1978.

Los argumentos presentados por los demandantes estuvieron fundamentados en una defensa absoluta del derecho a la vida del *nasciturus*. En dicho sentido, consideraban que el artículo 15 de la Constitución española brindaba una protección superlativa del derecho a la vida; reforzaban este argumento en el hecho de que el Estado social adoptado por España es incompatible con actuaciones negadoras y supresoras de la vida del no nacido y en que diversos instrumentos internacionales suscritos por España protegerían el derecho de “todos” a la vida, lo que incluiría al concebido. Asimismo, quienes demandaron argumentaban que se desprotegía al concebido al no recabarse el consentimiento del padre para practicar la interrupción del embarazo. Se aducía que, teniendo el *nasciturus* derecho a la vida, le correspondía el sistema

de garantías previsto en el artículo 53.1 de la Constitución: vinculación de los poderes públicos, garantía de reserva de ley orgánica para la regulación del derecho y protección judicial, por lo que el proyecto infringía el mencionado artículo al eximir de responsabilidad penal la interrupción del embarazo.

Específicamente, respecto de las causales despenalizadas se argumentó que el supuesto de aborto en caso de riesgo para la salud y la vida de la madre podían reconducirse a los supuestos de justificación por estado de necesidad. De manera similar, en lo que respecta al supuesto de aborto por violación sexual (o “aborto ético”, según la sentencia), se adujo que se estaba dando mayor peso al derecho al honor en lugar del derecho a la vida y, además, se señaló que se infringía el deber de protección de hijos e hijas con independencia de su filiación. Con relación al aborto en casos de fetos con “graves taras psíquicas o físicas”, llamado “aborto eugenésico”, se argumentó que la vida del *nasciturus* no puede ceder porque, además, existe el deber del Estado de implementar políticas públicas a favor de las personas con discapacidades físicas, psíquicas y sensoriales.

Finalmente, los demandantes arguyeron que el proyecto de reforma hacía uso de la técnica de tipos penales abiertos, vulnerando de esta manera la seguridad jurídica. Vinculado a esta línea de argumentación, las objeciones al texto proyectado fueron las siguientes: i) en el tipo penal no se explicitaba cómo debe entenderse la “gravedad” del peligro para la vida o la salud de la madre; ii) igualmente, en el tipo penal proyectado no se concretaban cuestiones fundamentales relativas al supuesto de violación; iii) no se precisaba qué ha de entenderse por “probabilidad” y otros aspectos relativos al aborto eugenésico; iv) no se preveía un procedimiento administrativo que garantice que se han cumplido los requisitos señalados por la Ley, vulnerándose con ello posiblemente el artículo 103 de la Constitución y el 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo; v) se atribuía a médicos y médicas el ejercicio de tareas o funciones públicas o cuasijudiciales sin contemplar la abstención u objeción de conciencia del mismo; vi) no se preveía el procedimiento para la prestación del consentimiento por parte de la menor de edad o mujer sometida a tutela; vii) no se preveía el consentimiento del padre con lo que se le impedía ejercitar la defensa del *nasciturus* en el caso de que fuere contrario

al aborto, y, en general, su deber de prestar asistencia a su hijo de acuerdo con lo establecido en el art. 39.3 de la Constitución, con lo que no se consideraban tampoco las consecuencias del reformado artículo 154 del Código Civil que atribuía conjuntamente la patria potestad a ambos padres, viii) no se preveía la presencia del Ministerio Fiscal cuya misión es promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público; ix) no se determinaba la posibilidad y grado de cobertura del aborto por la Seguridad Social; x) no se seguían los criterios ni se guardaban las cautelas previstas en la Ley 30/1979, del 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

A efectos de brindar una respuesta al caso, el Tribunal Constitucional tenía que establecer o precisar un concepto constitucional de derecho a la vida. En dicha línea de razonamiento, el Tribunal español señaló como premisa de su razonamiento que la vida es un proceso que comienza con la gestación dentro del vientre materno y culmina con la muerte, y que en dicho ínterin está sujeta a una serie de cambios cualitativos de naturaleza psicosomática. A partir de este entendimiento, el *nasciturus* es una de las etapas de la vida y, por lo tanto, es un bien jurídico merecedor de la protección otorgada por la norma constitucional que reconoce el derecho a la vida:

De las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no solo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto este encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional (fundamento 5).

A partir de dicha consideración, el Supremo Intérprete de la Constitución española entiende que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido, lo que supone dos tipos de obligaciones para el Estado: una negativa consistente en la prohibición de interrumpir la

gestación; y una obligación positiva que se expresa en el establecimiento de un sistema de protección, cuya última herramienta es –sin lugar a dudas– la protección penal. Sin embargo, también reconoce que esta protección no es absoluta, sino que puede estar sujeta a límites (fundamento 6).

Añade el Tribunal que “no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución” (fundamento 8), por lo que entiende que en el caso analizado existe un conflicto entre la protección constitucional de la vida del *nasciturus* y los derechos fundamentales a la vida y dignidad de las mujeres.

Luego de ello, el supremo constitucional español analiza la constitucionalidad, vía ponderación, de cada uno de los supuestos de aborto que son despenalizados. Como se recuerda, en el caso se analizaba si era constitucional o no un proyecto de ley orgánica que despenalizaba el aborto en supuestos en que se encontraba en grave riesgo la vida o la salud de la madre, cuando la mujer había sido víctima de violación sexual o cuando el feto presentaba graves taras físicas o psíquicas. Es decir, en el caso debía examinarse si el legislador podía excluir al feto, en determinados supuestos, de la protección penal, por lo que afirmó:

[...] ciñéndonos estrictamente a la cuestión planteada por los recurrentes, hemos de considerar si le está constitucionalmente permitido al legislador utilizar una técnica diferente, mediante la cual excluya la punibilidad en forma específica para ciertos delitos. La respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa. Por una parte, el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales. Tal es el caso de los supuestos en los cuales la vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la

dignidad de la mujer, en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego [ya que] no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos (fundamento 9).

En el fundamento 10 de la sentencia, el Tribunal analiza las objeciones en torno a la redacción del proyecto del artículo 417 bis del Código Penal y las rechaza, argumentando sólidamente que no se afecta la seguridad jurídica.

En lo que respecta al objeto del presente trabajo, mención especial merece el fundamento 11, donde el Tribunal español analiza la constitucionalidad de cada uno de los supuestos de exención de responsabilidad penal previstos por el proyectado artículo 417 bis del Código Penal, y que contiene la ponderación que para cada caso realiza el Tribunal Constitucional español.

En relación con el primer supuesto de despenalización del aborto, esto es, cuando la vida o la salud de la madre corre un grave riesgo siendo necesaria la interrupción del embarazo, considera el Tribunal que debe distinguirse entre el grave peligro para la vida y el grave peligro para la salud de la embarazada.

De esta manera, en el primer caso se ponderan la vida de la madre y la vida del *nasciturus*. Señala el juez constitucional español que con la prohibición penal del aborto en este supuesto, se estaría protegiendo incondicionadamente la vida del no nacido por encima de la vida de la madre, y al mismo tiempo se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida; por lo que en este caso resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre. De igual manera, se concluye que cuando la salud de la madre está en grave peligro también están siendo afectadas su vida y su integridad física; por dicho motivo la prevalencia de la salud de la madre, en este supuesto, no resulta inconstitucional.

El segundo supuesto de despenalización analizado no resulta inconstitucional, en tanto se considera que la violación, de la cual es producto el embarazo, no solo se realiza sin el consentimiento de la mujer, sino que lesiona en un grado tal su dignidad, su derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, su honor e integridad física y moral que resulta inexigible obligarla a soportar las consecuencias de tal acto, entre ellas un embarazo no deseado, pues dicha obligación la instrumentalizaría de tal manera que afectaría su condición de persona y la dignidad que –como tal– tiene.

Finalmente, el Tribunal considera constitucional el tercer supuesto de despenalización, cuando el feto presenta graves taras físicas y psíquicas, porque entiende que la sanción penal para la interrupción del embarazo en esa situación supone la imposición de una conducta que excede lo que normalmente es exigible a la madre y a la familia. Añade que se debe considerar la situación excepcional en que se encuentran los padres y en especial la madre, más aún si existe insuficiencia de prestaciones asistenciales que permitan atenuar la situación; de igual manera, se consideró que en caso el feto sobreviva no se podría eliminar la inseguridad y la angustia que sufrirían ambos padres por su porvenir.

El Tribunal Constitucional aceptó que los supuestos de exención (despenalización) eran constitucionales en tanto la ponderación realizada por el Poder Legislativo fue correcta en cada supuesto. Empero, en el fundamento 12 realizó un análisis en torno a las garantías dispensadas por el proyecto legislativo despenalizador puesto que estimó que, si bien la despenalización estaba justificada, eso no obstaba que se proveyeran garantías adecuadas para la protección del no nacido. En dicho sentido, el supremo constitucional español expresó que:

[...] una vez establecida la constitucionalidad de tales supuestos, es necesario examinar si la regulación contenida en el art. 417 bis del Código Penal, en la redacción dada por el Proyecto, garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, de forma tal que la desprotección del *nasciturus* no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y

a la integridad física de la mujer, evitando que el sacrificio del *nasciturus*, en su caso, comporte innecesariamente el de otros derechos constitucionalmente protegidos [ya que] el Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del *nasciturus* (art. 15 de la Constitución), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto.

El Tribunal concluyó que el proyecto de ley mismo no ofrecía las garantías adecuadas para proteger la vida del no nacido, ni la vida y la salud de la madre en aquellos supuestos en que estos se encuentran comprometidos (aborto terapéutico y aborto eugenésico).

En dicho sentido, el supremo constitucional español consideró que los casos de aborto terapéutico requerirían, además de un profesional de la salud que realice la intervención, del dictamen de un médico de la especialidad. De igual manera, en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, este dictamen debería ser anterior al momento en que se realiza el aborto, dado lo irreversible de sus efectos.

Asimismo, consideró que el Estado tampoco podía desentenderse de la forma en que el aborto se realiza; por dicho motivo, estimó que la intervención debía realizarse en condiciones médicas que disminuyeran los riesgos para la mujer, ya sea en establecimientos públicos o privados previamente autorizados.

En relación con los supuestos de aborto en casos de violación sexual, el Tribunal entendió que exigir la comprobación judicial del delito sería irrazonable por cuanto los plazos necesarios para ello excederían los permitidos para practicar una interrupción del embarazo; por ello, estimó como suficiente la denuncia previa para poder realizar el aborto.

Luego de estos argumentos, el supremo intérprete de la Constitución española declaró inconstitucional el proyectado artículo 417 bis del Código Penal, no porque las ponderaciones realizadas por el Legislativo hayan sido incorrectas

al concluir que los derechos de la mujer a la vida y su dignidad prevalecen sobre la protección del no nacido, sino porque en el proyecto cuestionado no se previeron las garantías detalladas en los párrafos precedentes.

3.2 Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia²⁰

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia emitida el 10 de mayo de 2006, declaró inconstitucionales los artículos del Código Penal que penalizaban, entre otros, el aborto "(i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto" (parte VII).

La Corte afirmó que la vida tiene una pluralidad funcional en la Carta de 1991, "pues tiene el carácter de un valor y de derecho fundamental. Desde esta perspectiva, plurinormativa y plurifuncional, cabe establecer una distinción entre la vida como un bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental" (parte VI, numeral 5).

También sostuvo que "dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición" (parte VII, numeral 5).

Luego de revisar la regulación sobre la vida en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, el máximo órgano de justicia constitucional colombiano concluyó que ni en el Pacto Internacional de

²⁰ Sentencia C-355/06 del 10 de mayo de 2006.

Derechos Civiles y Políticos, ni la Convención sobre los derechos del niño, ni la Convención Americana de Derechos Humanos se desprende que “el derecho a la vida del *nasciturus* o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado sea de naturaleza absoluta” (parte VI, numeral 6). Por el contrario, “surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos de Derecho internacional de los derechos humanos” (parte VI, numeral 6).

Para la Corte Constitucional, determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema que no le corresponde, lo que no obsta para que “más allá de la discusión de si el *nasciturus* es una persona y en esa calidad titular de derechos fundamentales, es una vida humana en gestación, y como tal el Estado colombiano tiene un claro deber de protección” (parte VI, numeral 5).

Pero a pesar de dicha afirmación, la Corte señaló claramente que dicha protección no puede ser absoluta, pues ningún derecho fundamental lo es. En esa dirección, manifestó que:

Si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida, y que sean de su cargo, esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales (parte VI, numeral 5).

A efectos de valorar la protección penal del concebido, el tribunal colombiano tuvo como premisa de su análisis el carácter de *última ratio* del Derecho penal, así como el hecho de que la vida humana transcurre por diversas etapas, en la que cada una de ellas exige un grado de protección diferente que se corresponde con distintos bienes jurídicos, lo que justifica diversos modos de protección penal. En dicho sentido, la Corte indicó que:

El recurso a la penalización de conductas solamente debe operar como *última ratio*, cuando las demás medidas no resulten efectivamente conducentes para lograr la protección adecuada de un bien jurídico; por tanto, el recurso al Derecho penal queda limitado a la inexistencia o insuficiencia de otros medios para garantizar la protección efectiva de la vida del *nasciturus* [...]

[...] la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta.

De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres (parte VI, numeral 5).

El órgano constitucional destacó que los derechos de las mujeres tienen trascendencia constitucional como sujeto constitucional de especial protección y que debe valorarse que “respecto de las mujeres es evidente que hay situaciones que la afectan sobre todo y de manera diferente, como son aquellas concernientes a su vida, y en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción” (parte VI, numeral 7). Se recordó que los “tratados internacionales son la base para el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres que parten de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, y que se constituyen en el núcleo esencial de los derechos reproductivos”

(parte VI, numeral 7). En ese marco, si bien “no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito” de modo que “el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto”, margen que no es ilimitado porque “en el campo penal de dicha política, el legislador ha de respetar dos tipos de límites constitucionales”, lo que equivale a que a las/os legisladoras/es les “está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales” y les “está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que al Derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio” (parte VI, numeral 7).

Luego de señalar que la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la salud, la vida y la integridad de las personas, el bloque de constitucionalidad y la proporcionalidad y la razonabilidad son límites a la libertad de configuración de las/los legisladoras/es penales (parte VI, numeral 8), la Corte analiza en el caso concreto.

Respecto de los casos de violación, se consideró desproporcionada la penalización en estos casos en tanto:

[...] la prevalencia absoluta de la protección de la vida del *nasciturus* supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos y que por esa misma razón están sancionadas penalmente en varios artículos del Código Penal (parte VI, numeral 10.1).

Llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en los casos de violación penalizando el aborto equivale a:

[...] darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa

o no con un embarazo no consentido. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y, en esa medida, resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable. La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto, el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos (parte VI, numeral 10.1).

Para la Corte Constitucional, el único requisito imponible a las víctimas es que “el hecho punible haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes” lo que excluye expresamente que se exijan

[...] cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer, como por ejemplo, exigir en el caso de la violación evidencia forense de penetración sexual o pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva; o también, requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez; o pedir que un oficial de policía esté convencido de que la mujer fue víctima de una violación; o, exigir que la mujer deba previamente obtener permiso, autorización, o notificación, bien del marido o de los padres (parte VI, numeral 10.1).

Un razonamiento similar se aplica para “aquellos eventos en los cuales está amenazada la salud y la vida de la mujer gestante, pues resulta a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación”, recordando que “esta hipótesis no cobija exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental” (parte VI, numeral 10.1).

Por último, respecto de los casos de malformaciones del feto, la Corte restringe su análisis a “aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable”,

señalando que “el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones” (parte VI, numeral 10.1). Se añade como fundamento adicional que “el recurso a la sanción penal para la protección de la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable”, lo que significaría “someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana” (parte VI, numeral 10.1).

En los dos últimos casos, es decir, cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, y cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, “debe existir la certificación de un profesional de la medicina, pues de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado” (parte VI, numeral 10.1).

3.3 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina²¹

La legislación penal argentina acoge el modelo de indicaciones, según se desprende del artículo 86 del Código Penal:

Artículo 86. – [...] El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

²¹ Sentencia en la causa F, A.L. s/ medida autosatisfactiva, del 13 de marzo de 2012.

2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Con ocasión de la mención a la legalidad del aborto en los casos de violación cometidos contra "mujer idiota o demente" y a propósito de un caso en el que una mujer solicitó en representación de su hija de 15 años una interrupción del embarazo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación pronunció sentencia ampliando la interpretación de la norma penal para declarar no punible el aborto de todas las víctimas de violación sexual.

La recurrente en el caso resuelto vio denegado su pedido en primera instancia y el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut revocó la decisión de la instancia anterior admitiendo la solicitud de aborto. Realizada la intervención médica el 11 de marzo de 2010, la decisión fue recurrida en un recurso extraordinario interpuesto en representación del *nasciturus* por el Asesor General Subrogante de la provincia del Chubut quien señaló que se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado argentino protege la vida desde la concepción en tanto no se restringió la procedencia de la autorización del aborto a los casos de víctimas violadas "idiotas o dementes".

Dado que la cuestión giraba en torno al compromiso de preceptos constitucionales y de tratados internacionales, la Corte se declaró apta para conocer el fondo. En su sentencia señaló que no se puede afirmar de ninguna disposición constitucional que haya sido voluntad constituyente limitar el alcance del aborto no punible. Además, consideró que de las disposiciones del artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos Humanos y del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos no se deriva mandato por el cual corresponda interpretar de modo restrictivo el aborto no punible previsto en el Código Penal, por cuanto las normas de estos documentos internacionales fueron expresamente delimitadas para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto. Lo mismo respecto del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos puesto que el Comité de Derechos Humanos, su órgano de seguimiento, tiene una posición general

relativa a permitir el aborto para los casos de embarazos consecuencia de una violación. Similar conclusión desprendió de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues su órgano de seguimiento, el Comité de los Derechos del Niño, ha señalado que los Estados que no admiten el aborto en casos de embarazos consecuencia de una violación deben reformar sus normas legales y deben erradicar la interpretación restrictiva de esta causal si está prevista en el ordenamiento jurídico.

Para la Corte argentina no solo no existe mandato internacional para interpretar de forma restrictiva la norma penal sobre aborto no punible, sino que existen cláusulas que obligan a interpretar dicha norma en sentido amplio. El principio de igualdad y no discriminación tiene aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual pues diferenciar el aborto no punible solo para las violaciones cometidas contra mujeres con incapacidad mental implicaría usar un criterio inválido de diferenciación:

14) Que sentado que de las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el artículo 86, inciso 2, del Código Penal, en cuanto regula los supuestos de abortos no punibles practicados respecto de los embarazos que son consecuencia de una violación, se considera necesario remarcar que existen otras cláusulas de igual jerarquía, así como principios básicos de hermenéutica establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que obligan a interpretar dicha norma con el alcance amplio que de esta efectuara el *a quo*.

15) Que en este orden de ideas, es necesario puntualizar que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que son ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional y que en este caso poseen, además, una aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual, conducen a adoptar la interpretación amplia de esta norma [...]

En esta medida, la norma penal que habilita el aborto involucra el cumplimiento del deber estatal de protección frente a toda víctima de violencia sexual de brindarle atención médica integral tanto de emergencia como de forma

continuada. Como fundamento de los estándares de protección en casos de violación sexual, se citó la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Fernández Ortega contra México.

La Corte señala que la dignidad de las personas es otro de los fundamentos de una interpretación amplia:

16) Que por lo demás, de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 1, Declaración Universal de los Derechos Humanos; y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribe que sean tratadas utilitariamente. Este principio de inviolabilidad de las personas impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma según la cual esta solo contempla, como un supuesto de aborto no punible, al practicado respecto de un embarazo que es la consecuencia de una violación a una incapaz mental. En efecto, la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar [...].

Por último, se destaca el rol de los principios de estricta legalidad y *pro homine*:

17) Que a su vez, los principios de estricta legalidad y *pro homine* obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad del aborto practicado respecto de un embarazo que sea la consecuencia de una violación. Ello es así, por cuanto la decisión relativa al alcance de este precepto se encuentra limitada de antemano por estos principios que obligan, respectivamente, a "priorizar una exégesis [que esté]... en consonancia

con el principio político criminal que caracteriza al Derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y ... [a] privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal» (Fallos: 331:858, considerando 6° y 329:2265). Por ello, debe adoptarse la interpretación según la cual no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación porque una exégesis en sentido contrario –que reduzca la no punibilidad de esta práctica al caso de una incapaz mental– amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega, a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esta práctica.

Se además que la Corte Argentina había recibido observaciones de distintos órganos de aplicación de tratados de derechos humanos, exhortándola a mejorar el acceso oportuno a los abortos no punibles.

Sobre la base los argumentos expuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se pronunció sobre algunos aspectos relevantes en la práctica del aborto no punible. Señaló que existe un importante grado de desinformación acerca de la implicancia del aborto no punible, de modo que las/os profesionales de salud condicionan la realización del procedimiento de aborto al dictado de una autorización judicial, lo que obstaculiza el acceso a una práctica legal en Argentina desde la década de 1920. Ante ello, la Corte aclaró que la judicialización de la práctica del aborto en casos de violación es innecesaria e ilegal porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada y es, además, contraproducente porque la demora que apareja en su realización pone en riesgo a la salud de la víctima y su derecho a acceder a un aborto en condiciones seguras.

La Corte también se pronunció en el sentido de que la atención del aborto debe ser resuelta por un/a profesional de la salud de forma célere, sin la solicitud de consultas y obtención de dictámenes, pues la prohibición de la práctica es contraria a Derecho; una situación dilatoria que configuraría violencia institucional contra las mujeres víctimas de violación, situación que contraviene las obligaciones internacionales consagradas en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

La despenalización del aborto conlleva la obligación estatal de disponer condiciones médicas para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura.

Para el máximo órgano de justicia argentino, solo se requiere que la víctima manifieste declaración jurada, ante el/la profesional de salud tratante, de que el embarazo es consecuencia de una violación sexual de modo que imponer cualquier otro requisito es improcedente, inclusive el que se requiera poner denuncia de los hechos de violencia. Aunque exista la posibilidad de que se den casos falsos, señaló la Corte que el riesgo derivado de ello no es razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que constituyan riesgo para su salud.

De igual manera, la Suprema Corte argentina señaló que existe la necesidad de que se implementen protocolos hospitalarios para la atención de los abortos no punibles que contemplen, en particular, pautas para garantizar información y confidencialidad, evitar procedimientos administrativos o periodos de espera, eliminar requisitos no médicamente indicados, establecer mecanismos para resolver desacuerdos entre el/la profesional de salud y la paciente, y asegurar el derecho a la objeción de conciencia del personal de forma adecuada.

Asimismo, dictaminó que el Estado debía implementar servicios integrales para las víctimas que resguarden su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva. Para ello debe asegurarse ambientes cómodos y seguros que brinden privacidad, confianza y eviten reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática; así como garantizarse prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir los riesgos derivados de las violaciones; obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; asistencia psicológica inmediata y prolongada; y el asesoramiento legal del caso.



IV. Marco jurídico del aborto en el Perú

En el Perú, el aborto está penalizado en general y eso se plasma en el Capítulo II del Título I de la Parte Especial del Código Penal vigente referido a los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud.

El tipo base del delito está en los primeros artículos: el artículo 114 señala que “[l]a mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas”, en tanto que el artículo 115 prescribe que “[e]l que causa el aborto con el consentimiento de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años”. Ambos tipos penales son las dos caras de una misma moneda.

En el artículo 116 se tipifica como delito el aborto sin consentimiento en tanto que en el artículo 118 el aborto causado sin intención (denominado *preterintencional*); en ambos casos el delito presupone que la continuación del embarazo ha sido interrumpida por factores externos a la decisión de la mujer por lo que la protección penal es coherente.

Por su parte, el artículo 117 no tipifica una conducta punible, sino que señala una circunstancia agravante para el sujeto que practica el aborto consentido, puesto que si el mismo es un profesional sanitario, además de las penas previstas, se le inhabilitará para el ejercicio profesional.

En tanto que en el artículo 119, por su parte, se exige de toda responsabilidad al aborto terapéutico según el siguiente texto: “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”.

No ocurre lo mismo en los casos del artículo 120 en los que se impone una pena atenuada:

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; o 2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento de graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.

Como se ha anotado, de lo dispuesto en los artículos 114 y 115 del Código Penal se desprende una prohibición que impide a las mujeres decidir interrumpir sus embarazos, la que solo admite una excepción: el aborto terapéutico. Y cabe la atenuación de la sanción penal si es que el aborto se ha realizado según los supuestos contemplados en el artículo 120, pero –de igual manera– se trata de supuestos prohibidos de aborto. El que haya una pena atenuada, más allá de la ineffectividad práctica de la sanción, aspecto que se analizará en los acápite siguientes, conlleva que las mujeres estén sujetas a una investigación penal con todo lo que eso representa “en términos de maltrato, pérdida de tiempo, estigma social”, repercusiones que afectan sus derechos aunque no vayan a prisión (Ugaz 2000: 39).

Además, el primer supuesto del artículo 120 contiene una discriminación puesto que introduce una diferenciación no justificada entre dos grupos de mujeres que se hallan en la misma situación de hecho: haber sido víctimas de violencia sexual (Dador 2011: 4). En dicha norma se establece una pena diferenciada si las mujeres se practican un aborto de una violación ocurrida

fuera del matrimonio (que recibirá una pena privativa de la libertad no mayor de tres meses) de si el aborto fue respecto del producto de una violación dentro del mismo (el que recibirá una pena privativa de la libertad de no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas). Esta diferente valoración tiene relación con una concepción que rechaza o minimiza la comisión del delito de violación sexual dentro del matrimonio porque entiende que las relaciones sexuales son una obligación innata del mismo²², lo que en términos de Derecho de Familia aún se denomina como débito conyugal²³. En ese razonamiento, la interrupción de un embarazo producto de una relación sexual forzada dentro del matrimonio es más condenable, pues en el fondo no se valora la agresión sexual como tal o se la entiende como menos grave.

²² Violeta Bermúdez resalta que hasta la vigencia del Código Penal de 1991 el delito de violación solo se producía fuera del matrimonio (2006: 9).

²³ Plácido señala que “[e]l débito conyugal es el derecho del cónyuge a que el otro consorte sostenga con él relaciones sexuales” (2002: 120).



V. Razones constitucionales que justifican el aborto en casos de violación sexual y cuando el feto no es viable fuera del útero materno

En esta sección se desarrollarán los elementos teóricos necesarios (5.1) que permitirán sustentar el porqué de la aplicación del principio de proporcionalidad para determinar la ilegitimidad constitucional de la prohibición penal del aborto en los supuestos en los que se ha contemplado en la introducción del presente trabajo. Se procederá a delimitar el problema (5.2) que se va a resolver mediante la aplicación de principio de proporcionalidad a los supuestos concretos (5.3 y 5.4) y, a partir de una serie de pronunciamientos de órganos de vigilancia de algunos tratados internacionales vinculados al reconocimiento de los derechos de las mujeres, se ejemplificarán los deberes que el Estado debe cumplir frente a los supuestos de aborto legalizados (5.5).

5.1. Los derechos fundamentales ¿en armonía o conflicto?

En la teoría de los derechos fundamentales²⁴ se suele definir a los derechos como la conjunción de tres elementos conceptuales: una *disposición* que reconoce el derecho, una *norma* que ordena, prohíbe o permite una acción, y una *posición* que es el curso de acción justificado por dicha norma (Bernal

²⁴ En la doctrina existen diversas teorías sobre los derechos fundamentales: teoría liberal, de los valores, la teoría democrático-funcional, sistémica, institucional, entre otras. Para una aproximación clara en torno a las diferentes teorías de los derechos fundamentales puede verse Landa Arroyo (2002: 49-71 y 2006a: 113-137).

Pulido 2009: 17-21). En otros términos, un derecho fundamental es una conducta prohibida, permitida o debida, cuya exigibilidad o eficacia frente a terceros/as (otros/as particulares o el Estado) se haya justificada por una norma iusfundamental²⁵, es decir, una norma constitucional que lo reconoce.

En la doctrina se predica la aplicación inmediata²⁶ de los derechos fundamentales a los casos concretos²⁷, pero debido a la vaguedad y generalidad de las disposiciones constitucionales que los reconocen, dicha aplicación presenta problemas difíciles de resolver y requieren un gran esfuerzo interpretativo para salvarlos. Esta particularidad de los catálogos de derechos se debe a la naturaleza política del documento constitucional y el proceso en que se formula, por lo que la precisión no es una de sus características más resaltantes. En la Constitución peruana se tiene –por ejemplo– que en el artículo 2 inciso 1 se reconoce como derechos fundamentales de toda persona los derechos “a la vida, a su identidad, la integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”. A pesar de la claridad de tal declaración, no se precisa qué entender por cada derecho, ni en qué situaciones ordenan, prohíben o permiten un determinado curso de acción.

Cuando se está frente a la necesidad de aplicar los derechos invocados por una persona frente a los que otra reivindica debe darse respuesta a esta pregunta ¿cuál es el derecho que debe guiar el razonamiento para solucionar el caso?; en otras palabras, debe determinarse cuál es la acción que está justificada conforme al ordenamiento jurídico.

En la doctrina se han elaborado dos grandes posturas teóricas al respecto. Una asume que entre los derechos que concurren en un caso no existe un

²⁵ La doctrina especializada suele utilizar diversas expresiones para referirse a las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales, así se tiene que es habitual hacer referencia a ellas como normas iusfundamentales o principios iusfundamentales.

²⁶ Sobre la aplicación inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en el ordenamiento peruano puede verse Mendoza Escalante (2005: 27 y ss).

²⁷ Riccardo Guastini lo describe en estos términos: “[...] se tiende a pensar que las normas constitucionales –sobre todo los principios generales y las normas programáticas– pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia. La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares [...]” (2001: 161).

conflicto, puesto que entre derechos no puede haber conflictos, lo que existe, en realidad, es una contraposición de intereses o pretensiones de cada una de las partes involucradas, pero no un conflicto entre derechos. Esta tesis es la denominada *tesis no conflictivista de los derechos*²⁸.

La otra postura asume que el conflicto entre derechos existe y que el mismo determina que en el caso concreto, en función de sus propias circunstancias, debe decidirse cuál derecho en conflicto debe prevalecer. Esta prevalencia determina que a partir del caso se establece una regla que deberá ser aplicada —a futuro— en casos semejantes, en razón del principio de igualdad en la aplicación de las normas jurídicas²⁹. Esto supone en principio que no existen derechos de carácter absoluto³⁰, por lo que todos los derechos admiten limitaciones (que deben pasar el test de proporcionalidad para ser constitucionalmente admitidos) y a su vez implica una jerarquización entre derechos que no es estática, sino móvil puesto que en otro caso, ante circunstancias relevantes que lo hagan diferente, se puede modificar la regla de prelación de derechos previamente establecida. Esta tesis es la denominada *tesis conflictivista de los derechos*.

A partir del no conflictivismo se sostiene que los derechos son limitados (vienen configurados desde lo establecido en la Constitución), ilimitables (ni el/la legislador/a, ni jueces/juezas, ni los/las particulares lo pueden limitar) y delimitables (caso por caso se va determinando ese contenido que viene y está prefigurado en la norma constitucional) (Castillo Córdova 2005: 129). En este entendido, no es que haya un conflicto, sino que se trata en realidad de

²⁸ Sobre la tesis no conflictivista puede verse Castillo Córdova (2005: 99-129).

²⁹ Según nuestro Tribunal Constitucional, el derecho a la igualdad ante la ley tiene dos ámbitos: un derecho de igualdad en la ley y un derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, este último componente supone que la norma jurídica, cualquiera sea su rango formal: “se ha de aplicar por igual a cuantos se encuentren en una misma situación, quedando proscritas, por tanto, diferencias basadas en condiciones personales o sociales de sus destinatarios, salvo que estas se encuentren estipuladas en la misma norma. Impone, pues, una obligación a todos los órganos públicos de no aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares. Esta dimensión del derecho a la igualdad vincula, esencialmente, a los órganos administrativos y jurisdiccionales, los que son los llamados a aplicar las normas jurídicas” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 01279-2002-AA, numeral 2).

³⁰ Sobre el carácter no absoluto de los derechos fundamentales: Martín-Retortillo Baquer 2004: 27; Ruiz Ruiz 2006: 62-63; Aguiar de Luque 1994: 9-34, Álvarez Conde 2004: 129-133.

una apariencia de conflicto, no es que un derecho preceda otro, sino que en el caso solo uno se ejerció y el otro no, por lo que el conflicto no existe, es más aparente que real (Martínez Pujalte 1997: 133-134).

La tesis no conflictivista puede llevar a posiciones absolutistas pues parte de la concepción teórica de que los derechos están ya configurados a partir de lo dispuesto en el texto constitucional. Si se asume que el contenido viene limitado por la Constitución, eso supone que el contenido ya ha sido fijado de una vez y para siempre, por lo que es contradictorio sostener que el mismo puede ser delimitado en función de casos concretos. Dado que se propone amalgamar una visión estática y dinámica de los derechos que estimamos no compatibles conceptualmente, nos apartamos de este marco teórico para el análisis.

La teoría conflictivista, por la que optamos, parte del hecho de que los derechos fundamentales tienen un contenido que no se puede establecer (delimitar) *a priori*; es decir, que el mismo es indeterminado. Dada esta característica, se sostiene que los derechos adoptan la forma de principios, mandatos de optimización que ordenan hacer algo en la mayor medida posible (Alexy 2008: 67) considerando las circunstancias jurídicas y fácticas que están a favor y en contra de la aplicación del derecho involucrado en un caso³¹.

Ahora, la tesis conflictivista no sostiene que todos los derechos asumen la forma de principios puesto que reconoce que existen derechos que asumen la forma de reglas, normas que tienen un contenido más preciso y cuya aplicación se realiza mediante subsunción. Es más, al final lo que se pretende es que un principio –un mandato de optimización cuyo contenido es indeterminado– pueda dar como resultado una nueva regla como producto final del procedimiento de aplicación del derecho mediante el principio de proporcionalidad. Las reglas se aplican mediante subsunción; la regla viene a ser la premisa mayor del razonamiento y luego se determina si los hechos del caso se subsumen o no en la misma; si los hechos del caso se subsumen entonces se aplica la consecuencia de la regla. En cambio, los principios como mandatos de optimización se aplican mediante el principio de proporcionalidad (Bernal Pulido 2010: 37-38).

³¹ Una defensa de la teoría de los principios se encuentra en Bernal Pulido (2007a: 273-291).

Cuando se presenta un conflicto de derechos, estamos frente a una conducta (una acción) justificada en una norma que reconoce un derecho que interviene (lesiona, restringe) el ámbito de protección de otro derecho fundamental. Por ejemplo, la denegatoria de la atención integral para un paciente de VIH/SIDA por parte del Estado se sustenta en diversos principios constitucionales sobre el presupuesto estatal³²; la difusión –en señal abierta de televisión– de imágenes de una persona teniendo relaciones sexuales con otra se sustenta en la libertad de información³³; el despido sin expresión de causa que lo justifique³⁴ como ejercicio de la potestad sancionadora del empleador que se sustenta en la libertad de empresa. En estos casos se debe determinar si dicha intervención –lesión, restricción– está justificada o no: debe determinarse si dicha conducta –curso de acción– es legítima desde un punto de vista constitucional. Para dichos efectos, se ha propuesto una metodología de análisis, argumentativamente plausible, que permite evaluar la constitucionalidad de las medidas de intervención en el ámbito de los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad tiene tres pasos consecutivos y preclusivos: examen (juicio, test, principio) de idoneidad o adecuación, examen (juicio, test, principio) de necesidad y examen (juicio, test, principio) de ponderación o de proporcionalidad en sentido estricto:

- Como paso previo a la aplicación del principio de proporcionalidad debe determinarse cuál es el *derecho fundamental intervenido*, así como cuál es la *medida que lo interviene*.
- Luego de ello corresponde aplicar el *juicio de idoneidad*, que supone un análisis de adecuación entre el medio y el fin que lo justifica. Esto requiere determinar primero cuál es el fin que justifica la medida y establecer si el mismo es constitucionalmente legítimo, para lo cual bastará que esté reconocido constitucionalmente y no se encuentre prohibido por la Constitución. Luego

³² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 02945-2003 -AA.

³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 06712-2005-PHC.

³⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 00976-2001-AA.

de ello se procederá a analizar la idoneidad de la medida para lograr el fin, que es un análisis de causalidad entre el medio y el fin.

- Solo si la medida logra pasar el análisis precedente se procede al siguiente: el *juicio de necesidad*. Según este examen debe considerarse a la medida como constitucional solo si no existe otra medida igual de idónea para lograr el fin, pero que intervenga (restrinja, lesione) en menor medida el derecho involucrado en el caso. Solo si esa medida hipotética alternativa no existe, la medida objeto de análisis puede pasar a la siguiente etapa, puesto que no solo se la considera idónea, sino también necesaria para lograr el fin.
- Como último paso del análisis se aplica la *ponderación o principio de proporcionalidad strictu sensu*, sobre la base de la llamada ley de la ponderación según la cual “cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy 2008: 138). Por esto, la intervención del derecho afectado en el caso concreto solo será legítima si la realización o satisfacción (optimización) del derecho contrapuesto así lo justifica. Para dichos efectos se sopesan (ponderan) todas las circunstancias relevantes del caso, así como las razones no solo jurídicas que se encuentran involucradas, sino también las razones morales, políticas y económicas³⁵.

El resultado de la ponderación en función de las circunstancias concretas del caso determina el surgimiento de una nueva regla de derecho fundamental (“norma adscrita” en la terminología de Alexy [2008: 76-78]) cuyo supuesto de hecho serán las circunstancias fácticas relevantes del caso y cuya consecuencia jurídica será la precedencia del derecho que ha resultado tener mayor peso o importancia en la ponderación; esta es la denominada “ley de la colisión” (Cfr. Alexy 2008: 71-76)³⁶.

³⁵ Esta misma estructura ha sido utilizada por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N° 08726-2005-PA, fundamentos 18 y ss.

³⁶ Como puede verse el modelo alexyano de aplicación de derechos fundamentales está sustentado en tres elementos: los principios, las reglas (formas que pueden asumir los derechos) y el procedimiento argumentativo dispensado por el principio de proporcionalidad. Cfr. Alexy (1994: 37-49) y Sobrevilla (1996: 97-113).

A partir de estos postulados, se pueden enjuiciar las medidas de intervención que procedan del Estado como de los particulares.

5.2. El centro del dilema: ¿protección a la mujer o de la vida desde la concepción?

A partir del marco teórico antes descrito, debemos determinar en concreto cuál es el dilema iusfundamental al que nos enfrentamos cuando encaramos la prohibición penal del aborto.

De modo general, podemos advertir que toda mujer tiene derecho a decidir si desea o quiere ser madre o no. Esta decisión, que constituye una manifestación del amplio derecho a la libertad de elegir, se encuentra dentro del ámbito de su derecho al libre desarrollo de su personalidad reconocido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, pues el mismo incluiría, en primer lugar, la libertad de elegir autónomamente un plan de vida y, en segundo término, llevarlo a cabo.

Como manifiesta Nino, la autonomía personal —que sería la justificación moral del derecho al libre desarrollo— “prescribe que siendo valiosa la libre decisión individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución” (Nino 1989: 204-205).

En esta línea de razonamiento, el decidir conforme al propio plan de vida ser o no madre es una decisión fundamental de las mujeres, con lo que ni su entorno familiar más cercano (que incluye a una eventual pareja) ni el Estado podrían imponerles una decisión en el sentido de que sean madres o no lo sean pues ambas decisiones revisten significativa importancia para sus vidas. Esto supone que las mujeres presten su consentimiento para llevar o no llevar adelante un embarazo³⁷.

³⁷ En el mismo sentido, Alfonso Ruiz Miguel 2002: 115-116; 1996: 98-99; José Hurtado Pozo 1996: 235; y Rocio Villanueva 1996: 21.

Con ocasión de los casos de discriminación por embarazo en las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado expresamente que:

[...] la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el inciso 1) del artículo 1 de la Constitución, que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular alguno. Consecuentemente, todas aquellas medidas que tiendan a impedir o a hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital, resultan inconstitucionales³⁸.

Frente a la decisión del aborto entra en juego en el análisis otro interés que también es digno de tutela jurídica: el del concebido, que de acuerdo al inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece³⁹, disposición que debe leerse de manera conjunta con el numeral 1 del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Se ha anotado que el proceso gradual del desarrollo del ser humano justifica la atribución de un valor relativo, variable y creciente a medida que avanza la gestación⁴⁰.

³⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 05527-2008-PHC/TC, numeral 21.

³⁹ Jeannette Llaja hace un análisis extenso del reconocimiento constitucional del concebido como sujeto de derecho en el ordenamiento constitucional histórico peruano (2009).

⁴⁰ Alfonso Ruiz Miguel sigue la línea del libro *El dominio de la vida* de Ronald Dworkin para afirmar el derecho a la vida del no nacido (2002: 111-115, 1996: 95-98).

Entre ambos derechos se plantea el conflicto a analizar⁴¹. La legislación vigente hace eco de quienes se oponen a la despenalización del aborto desde la afirmación de que el derecho a la vida es absoluto y prevalece sobre otros derechos; dentro de la teoría conflictivista en que se ubica este trabajo los derechos no son absolutos, sino *prima facie* y pueden ser desplazados por otros derechos en situaciones concretas, lo que se aplica a la defensa de la vida (Villanueva 1996: 213; Abad Yupanqui 2008: 17). Que la vida humana es un valor moral absoluto o que está por encima de otros es una tesis no cierta: “es un valor moral fundamental pero que puede entrar en conflicto con algún otro y resultar derrotado” (Atienza 2010: 136-137). En nuestro país, el Estado legitima el uso de su poder punitivo prohibiendo la interrupción voluntaria del embarazo mediante la tipificación penal del aborto. Frente a esta decisión, corresponde aplicar el principio de proporcionalidad para determinar si las intervenciones penales en el ámbito del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en donde se ubica la decisión del derecho de la mujer a decidir ser madre o no, son legítimas o no desde una perspectiva constitucional.

5.3. Derecho penal, derechos fundamentales y principio de proporcionalidad⁴²

En la actualidad, las bases del Derecho penal no están en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático. “La Constitución, en tanto norma suprema, establece las bases constitucionales del Derecho público y del Derecho

⁴¹ Como sintetiza Agustina Ramón Michel, la argumentación jurídica sobre despenalización del aborto del lado de las mujeres no solo se ha hecho sobre la base de la defensa de su autonomía. La igualdad ha predominado en el repertorio argumental de la lucha por la liberalización del aborto por dos razones: primero, porque el embarazo solo ocurre en los cuerpos de las mujeres y, en tanto solo las mujeres pueden abortar, la penalización solo las afecta a ellas, y segundo, porque existen diferencias sustantivas entre las consecuencias negativas que acarrea la penalización respecto de las mujeres de menores recursos económicos y las adolescentes. El otro argumento predominante ha sido las consecuencias en la salud pública y en el derecho a la vida y salud de las mujeres, de la mano con sus derechos a la integridad física y psíquica (2011: 27-28).

⁴² La vinculación entre la Constitución, en particular los derechos fundamentales reconocidos, y el Derecho penal ha sido resaltada por nuestro Tribunal Constitucional en diversas sentencias. Al respecto puede verse, a modo meramente enunciativo, las sentencias recaídas en los Expedientes N° 00012-2006-PI y N°00014-2006-PI.

privado. Pero quizá sea en el Derecho penal donde la vinculación e influencia del Derecho constitucional se hacen más patentes, en la medida en que los valores de libertad personal y seguridad que garantiza constituyen su thelos. Por ello podemos decir que el Derecho constitucional incide en el Derecho penal, por un lado, en cuanto se refiere a sus fundamentos [...] De otro lado, el Derecho constitucional sujeta al Derecho penal por medio de la interpretación y argumentación constitucionales” (Landa 2006b: 76, 103).

En la doctrina penal se discute si el ejercicio del poder punitivo del Estado se justifica porque protege bienes jurídicos (bienes valiosos para las personas y la sociedad)⁴³ o la vigencia efectiva de la norma (en tanto la misma se instituye como garantía del cumplimiento de los roles sociales)⁴⁴.

Nuestro Código Penal adopta la primera postura al señalar en el artículo IV de su título preliminar que: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”⁴⁵. Como puede observarse, la justificación de la pena no es otra, sino la exclusiva protección de los bienes jurídicos⁴⁶.

En la doctrina penal existen distintos conceptos sobre el “bien jurídico”. Muñoz Conde (1975: 48) entiende a los bienes jurídicos como presupuestos existenciales necesarios para la autorrealización de los seres humanos; Silvestroni (2004: 148) los identifica con los derechos individuales; en tanto que autores nacionales, como Bramont-Arias Torres (2000: 134), manifiestan que el bien jurídico es un interés jurídicamente protegido.

⁴³ Al respecto, Hassemer (1984: 37-39) y Roxin (1982: 7-9 y 2010: 124).

⁴⁴ Fundamentalmente Jakobs (2001).

⁴⁵ Esta disposición también recoge el principio de lesividad, según el cual solo son punibles aquellas conductas que ponen en peligro (amenazan) o lesionan bienes jurídicos.

⁴⁶ Teresa Aguado Correa (2010: 269) ha señalado con acierto que “[...] el fin que se persigue a través de las normas penales es único: protección de los bienes jurídicos frente a lesiones o puestas en peligro a través de la amenaza penal”.

Si bien no existe un consenso sobre qué debemos entender por “bien jurídico”, sí puede resaltarse una nota característica en las posturas citadas: la protección de esos bienes jurídicos es importante, lo que justifica la protección penal que el Estado les dispensa. Desde esta perspectiva es posible identificar a un bien jurídico con un derecho fundamental, puesto que estos son los bienes más valiosos de las personas, cuyo fundamento ético radica en los principios de autonomía personal (Nino 1989: 204-205) y dignidad humana (artículo 1 de la Constitución): en esa medida es razonable entender a los mismos como bienes jurídicos merecedores de tutela penal. Juan Terradillos sostiene que “los bienes jurídicos cuya trascendencia los hace acreedores de la tutela jurídico-penal han de extraerse de la Constitución. Ya porque esta lo imponga expresamente, ya porque así se deduzca de las características del modelo constitucional [...] (2003: 359)”.

Al respecto nuestro Tribunal Constitucional tiene establecido en su jurisprudencia que:

[...] desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, solo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, solo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental⁴⁷.

La protección de un bien jurídico mediante la tipificación de una conducta como delito, puede tener como consecuencia la afectación del ámbito protegido de otro derecho en tanto la conducta tipificada como delito y amenazada con una sanción bien puede estar ubicada en el ámbito de protección *prima facie* de otro derecho fundamental. Un ejemplo nos podrá ayudar a entender esta afirmación: todas las personas tenemos el derecho a la libertad de expresión que protege la libre difusión de ideas y pensamientos hacia terceros/as;

⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 00019-2005-PI, fundamento 35.

sin embargo, el legislador penal ha decidido que aquellas expresiones que exaltan o que justifican atentados terroristas deben ser calificadas como un delito (apología al terrorismo), pues se entiende que se atenta contra el orden democrático constitucional y se genera un peligro para la vida e integridad de las personas⁴⁸. El orden democrático como bien constitucional y la vida e integridad de las personas como derechos fundamentales son los bienes jurídicos que justifican la tipificación de la “apología al terrorismo” como delito y restringen de esta manera el ámbito de protección de la libertad de expresión. En buena cuenta, la tipificación de una conducta como delito implica su exclusión del ámbito de protección iusfundamental.

Dado que la restricción a un derecho fundamental, mediante la exclusión de una conducta *prima facie* amparable por él, al considerarlo delito, solo puede hacerse en virtud de otro derecho o –en todo caso– un objetivo socialmente deseable (como la paz o la tranquilidad pública) con sustento constitucional, nos encontramos frente a un conflicto de bienes que deberá ser resuelto mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. A propósito del caso formulado como ejemplo, el conflicto se plantearía en los términos siguientes: la tipificación (apología al terrorismo) es una medida de intervención en el ámbito de protección de un derecho fundamental (la libertad de expresión) que se justifica en la protección de otro bien constitucional (preservación del orden constitucional democrático) y de derechos fundamentales (vida e integridad); por lo tanto, para determinar si dicho medio (la tipificación) es válido en términos constitucionales se emplea la estructura analítica dispensada por el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es un criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Poder Legislativo, “cumple la función de fundamentar la concreción de normas iusfundamentales adscritas en los casos difíciles” (Bernal Pulido 2007b: 539). Como se ha mencionado, en el test de proporcionalidad se analiza, en primer lugar, la idoneidad de la medida, esto es que “toda intervención en los

⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 0010-2001-AI, fundamentos 85 y 86.

derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo” (Bernal Pulido 2007b: 693). En segundo lugar, se evalúa su necesidad, lo que significa que para ser constitucional ha de ser “la más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto” (Bernal Pulido 2007b: 740). Por último, se realiza el examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, definido como la evaluación de que “la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa” (Bernal Pulido 2007b: 763).

Sin embargo, en el análisis de la validez constitucional de la intervención penal, el principio de proporcionalidad tiene ciertos matices que deben señalarse a efectos de realizar una adecuada aplicación del mismo en cada uno de los supuestos objeto de análisis del presente trabajo. Para estos efectos seguiremos el planteamiento metodológico propuesto por Gloria Lopera Meza (2010: 163-175). En esta metodología la autora separa el análisis de la norma de conducta (la tipificación de la conducta como delito), del que recae sobre la norma de sanción (la pena prevista):

- En primer lugar, dentro del examen de idoneidad se analiza si la conducta tipificada como delito es capaz de afectar el bien jurídico protegido, lo que se corresponde con el principio de lesividad (análisis de la norma de conducta) y si la pena prevista es apta para prevenir la realización de la conducta prohibida (análisis de la norma de sanción) (Lopera Meza 2010: 162-163).
- En segundo lugar, cuando se aplica el juicio de necesidad, se analiza por un lado si no existen alternativas de tipificación a la prevista en la intervención penal que sean igual de idóneas para la tutela del bien jurídico, pero menos lesivas del derecho intervenido, esto a efectos de prohibir solo aquellas conductas que representen un peligro grave al bien jurídico (análisis de la norma de conducta). Complementariamente, se determina si no existen alternativas extrapenales para la tutela del bien jurídico; si estas no existen, entonces se determina si la clase y cuantía

de la pena es la mínima indispensable para la tutela del bien jurídico (análisis de la norma de sanción) (Lopera Meza 2010: 164-166)⁴⁹.

- Finalmente, cuando se aplica el juicio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto “[...] toman parte, por un lado, los principios iusfundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de su correspondiente pena y, por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa. Se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensado por el grado de satisfacción de los segundos” (Lopera Meza 2010: 172).

En este contexto, el principio de proporcionalidad es un criterio para analizar la racionalidad de las leyes y las exigencias argumentativas que debe satisfacer el control constitucional de las mismas (Lopera Meza 2011: 137).

Con este marco teórico procederemos a analizar si la prohibición penal del aborto en casos de embarazo a consecuencia de una violación sexual y en casos de malformaciones fetales incompatibles con la vida extrauterina es válida desde una perspectiva constitucional.

⁴⁹ Villanueva, citando a Teresa Aguado Correa y Gloria Lopera Meza, señala que el juicio de necesidad está vinculado al principio de intervención mínima que implica que el Derecho penal debe intervenir cuando se trata de bienes jurídicos que necesiten protección penal; este principio está integrado tanto por el principio de fragmentariedad que implica que los bienes jurídicos solo merecen protección penal frente a ataques de cierta gravedad (lo que se aplica para análisis de la norma de conducta), como por el principio de subsidiariedad o carácter de última ratio que implica que solo requieren protección penal los bienes jurídicos que no pueden ser tutelados por otros medios menos lesivos (lo que se aplica al análisis de la norma de sanción) (2009: 59-60). La aplicación del principio de subsidiariedad implica: i) la búsqueda de alternativas al Derecho penal que incluye sanciones extrapenales o medidas no penales, y la búsqueda de penas alternativas. Para el análisis de necesidad “resultan muy relevantes las investigaciones socio-empíricas que puedan ilustrar en qué medida es necesario el Derecho penal para conseguir los fines de prevención y en qué medida las políticas sociales o las sanciones civiles o administrativas, siendo igualmente idóneas o eficaces para conseguir estos fines, constituyen una alternativa menos gravosa” (Aguado Correa, citada por Villanueva 2009: 59).

5.4. Aplicación del principio de proporcionalidad a la prohibición penal del aborto cuando el embarazo es consecuencia de una violación sexual y cuando el feto presenta malformaciones incompatibles con la vida extrauterina

Como pasos previos a la aplicación de los exámenes de que está compuesto el principio de proporcionalidad, debemos tener claramente identificada la medida de intervención, el bien constitucional que lo justifica, así como el derecho o bien constitucional que resulta afectado por dicha medida, lo que se hará en cada supuesto objeto de análisis.

5.4.1 Análisis de proporcionalidad de la prohibición penal del aborto cuando el embarazo es consecuencia de una violación sexual

La medida de intervención en este primer supuesto es la prohibición penal de la interrupción voluntaria del embarazo cuando este es consecuencia de una violación sexual. Esta prohibición puede formularse de la siguiente manera: “Está prohibido para la mujer que ha resultado embarazada como consecuencia de un delito de violación sexual interrumpir voluntariamente su embarazo”⁵⁰. En caso se infrinja esta regla, cabe aplicar a la mujer embarazada que ha interrumpido su embarazo una pena no mayor de dos años o prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.

Dicha prohibición tiene a su vez una regla especial, determinada por el estado civil de la mujer embarazada y el sujeto activo de la violación de la que fue víctima; esta regla determina una atenuación de la pena a imponer: el inciso 1 del artículo 120 del Código Penal establece una pena privativa de la libertad no mayor de tres meses cuando el embarazo sea consecuencia de violación

⁵⁰ Este mandato se deriva de la prohibición general establecida en el artículo 114 del Código Penal que prescribe: “La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas”.

sexual fuera de matrimonio siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente⁵¹.

Ahora debemos identificar los bienes o derechos constitucionales en conflicto. La medida de intervención incide en el derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo cuando este ha sido producto de una violación sexual, que tiene base en su derecho a elegir ser madre o no en este tipo de situaciones, conducta protegida por el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución. Este derecho al libre desarrollo de la personalidad puede a su vez justificarse en el principio moral de autonomía personal (Nino 1989, 204-205). Adicionalmente, se comprometen otros derechos fundamentales pues “la violencia sexual tiene un fuerte impacto en la subjetividad de las mujeres que la sufren” (Escribens 2012: 24). Por otro lado, nuestra Constitución en el mismo inciso 1 de su artículo 2 ha reconocido que “[e]l concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”⁵²; normativamente se reconoce una protección a la vida desde la concepción. Entonces, estamos frente a un conflicto entre derechos fundamentales. Por un lado, la mujer tiene *prima facie* el derecho a interrumpir voluntariamente su embarazo y, del otro lado, el concebido –en tanto es considerado sujeto de derechos– tiene una protección constitucional del derecho a la vida.

⁵¹ El inciso 1 del artículo 120 del Código Penal establece lo siguiente: “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 (...)”.

⁵² Como se ha mencionado, en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos se ha previsto que el derecho a la vida “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

Conforme se ha anotado previamente, ningún derecho fundamental es absoluto, y bien puede ser objeto de limitaciones en aras de favorecer la optimización de otros derechos o bienes constitucionales igual de valiosos. Esta posición está reconocida de manera pacífica en la jurisprudencia constitucional comparada, conforme se vio en el acápite tercero del presente trabajo y también en nuestra jurisprudencia constitucional⁵³. Entonces, dado el conflicto entre los derechos constitucionales debe establecerse cuándo prevalece un derecho frente otro.

La prohibición penal del aborto cuando el embarazo es consecuencia de una violación sexual incide de manera directa en el derecho fundamental de la mujer a decidir interrumpir o no el embarazo, por cuanto dicha decisión estaría dentro del ámbito de protección de su derecho al libre desarrollo de su personalidad; en otras palabras, la regla: “Está prohibido para la mujer embarazada como consecuencia de una violación sexual interrumpir su proceso de gestación”, excluiría dicha conducta del ámbito de protección iusfundamental de su derecho al libre desarrollo de su personalidad. Al no haberse contemplado este supuesto como una excepción a la prohibición (tal y como se hace con el aborto terapéutico⁵⁴), estamos frente a una protección absoluta del derecho a la vida del concebido frente al derecho de la mujer a interrumpir o no su embarazo.

Si dicha decisión legislativa es correcta o no en términos constitucionales es algo que determinaremos en el examen de ponderación que se realizará más adelante. Debe considerarse que el numeral 1 del artículo 120 del Código Penal establece una pena atenuada de tres meses de privación de la libertad “cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio” introduce una variable en la norma de sanción, más no en la norma de conducta.

⁵³ Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado: “Los derechos fundamentales [...] no tienen la calidad de absolutos, más aún si en nuestro constitucionalismo histórico el derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, entre otros, tampoco la han tenido” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 0050 (y otros acumulados)-2004-AI, numeral 38).

⁵⁴ Código Penal, 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.

Hecha esta mención se analizará de manera conjunta, si la norma de conducta –consistente en la prohibición de interrumpir voluntariamente el embarazo cuando este es producto de una violación sexual– y la norma de sanción –la pena de dos años de privación de la libertad o la prestación de servicio comunitario en la cuantía señalada, o la pena atenuada de tres meses de privación de la libertad– son constitucionalmente válidas o no.

5.4.1.1 Examen de idoneidad

Para efectos de este análisis debe determinarse si “[...] la acción u omisión descrita en el tipo penal es susceptible de afectar al bien jurídico cuya tutela se pretende [...]” (Lopera Meza 2010, 162); en este estadio nos preguntamos si la conducta tipificada como delito lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido por el derecho penal.

Es incuestionable que la vida prenatal depende de modo absoluto de la continuidad de la gestación. La conducta prohibida, consistente en interrumpir voluntariamente el embarazo en casos en que este es consecuencia de una violación de la libertad sexual, afecta la vida prenatal. Por lo tanto, la prohibición de la conducta es idónea para lograr el fin de la protección de la vida del concebido.

Ahora, cuando se analiza la idoneidad de la norma de sanción se “[...] exige verificar que la conminación penal representa un medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida. Se trata pues de examinar la eficacia preventiva que despliega la norma enjuiciada” (Lopera Meza 2010, 163).

En este punto habría que determinar las penas previstas. De la lectura conjunta de los artículos 114 y 120 numeral 1 del Código Penal, se desprende que existen dos clases de penas para los supuestos de abortos cuando el embarazo ha sido consecuencia de una violación sexual:

- a) Si la mujer fue violada por su esposo, será sancionada con una pena privativa de la libertad de hasta dos años o prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas (penal general).

- b) Si la mujer fue violada por una persona que no sea su esposo, será sancionada con una pena privativa de libertad no mayor de tres meses (pena atenuada).

Como la pena es menor de cuatro años, el juez o la jueza puede suspender su ejecución con lo cual no habría una efectiva privación de libertad conforme al artículo 57 del Código Penal; esto haría la medida de intervención no idónea pues su potencial desincentivador de conductas es prácticamente nulo⁵⁵. Es más, tal vez ni siquiera habría pena pues, de acuerdo al artículo 68 del Código Penal, cuando la pena prevista en el tipo no sea mayor a dos años puede ser eximida. Estamos frente a penas simbólicas que no tienen eficacia preventiva pues se siguen produciendo abortos al margen de la norma penal^{56,57}. Además, el recurso a penas más altas para la penalización del aborto no brindaría tampoco mayor eficacia preventiva pues las normas más restrictivas no ocasionan tasas más bajas de abortos (Sedgh et al. 2012; Organización Mundial de la Salud 2011: 3-6; Organización Mundial de la Salud 2012: 23). Las penas de aborto en general, y las vigentes en el Perú en particular, no son idóneas para lograr el fin propuesto y entonces la norma de sanción es inconstitucional.

De otro lado, como se anotó previamente⁵⁸, la diferenciación introducida por el artículo 120 numeral 1 del Código Penal que otorga un tratamiento penal

⁵⁵ Ugaz destaca que dado que las penas aplicables son menores a cuatro años, con las implicancias que eso tiene para una efectiva privación de libertad, “estamos caminando a través de la ruta del simbolismo” (2000: 38).

⁵⁶ Según las estadísticas del Ministerio de Salud se han reportado en 2011, 40,817 atenciones de embarazos terminados en aborto, buena parte de ellos son descritos como “aborto no especificado”, “otro aborto”, “intento fallido de aborto” y “consecuencias consecutivas al aborto” (Respuesta del MINSA a la Solicitud de acceso a la información pública N° 12 - 003646, de 3 de diciembre de 2012). Estos casos solo dan cuenta de aquellos abortos que fueron atendidos posteriormente en los servicios públicos de salud, no del total de abortos realizados clandestinamente. No existe forma de conocer cuántos de estos casos correspondían a abortos de embarazos a consecuencia de una violación sexual; según los estudios comparados, aproximadamente un 5% de las mujeres violadas resultan con un embarazo no deseado (Távora et al. 2007: 54-55).

⁵⁷ Bajo el supuesto metodológico de que los casos registrados por los servicios públicos solamente forman una pequeña parte de todos los abortos inducidos, el estudio de Delicia Ferrando proyecta que en el Perú se realizan 371,420 abortos clandestinos al año (2006: 29).

⁵⁸ Cfr. acápite 4.

diferente a dos grupos de personas (mujeres casadas y no casadas) que han sido víctimas del mismo hecho (una violación sexual) y que además están en la misma situación (embarazadas como consecuencia de la violación) introduce un motivo adicional de inconstitucionalidad: la discriminación. El hecho de que la mujer interrumpa una gestación producto de una violación en el marco de un matrimonio es un hecho que no justifica un tratamiento penal más gravoso. La pena no solo es inconstitucional por no ser idónea para lograr su finalidad, sino que también es inconstitucional por ser discriminatoria.

5.4.1.2 Examen de necesidad

De acuerdo con Gloria Lopera, en el examen de necesidad de la norma de conducta se “[...] requiere acreditar que no existe otra alternativa de tipificación que sea igualmente idónea para proteger el bien jurídico y al mismo tiempo menos lesiva para el derecho fundamental afectado por la prohibición penal. Se trata de buscar alternativas de regulación que circunscriban el ámbito de lo prohibido solo a las conductas que lesionen o representen un peligro más grave para el bien jurídico, para de este modo reducir la disminución de libertad que comporta la tipificación de una conducta como delito solo al mínimo imprescindible para alcanzar la finalidad de tutela” (2010: 164-165).

La intervención penal supone siempre la prohibición de una conducta determinada (por ejemplo, no robar un bien, no matar a otra persona, no defraudar al fisco, entre otros); por ello, es una garantía para las personas que las prohibiciones penales sean tan claras que sea fácilmente entendible cuál es la conducta prohibida. Es por esta razón que en el examen de necesidad se analiza la descripción de la conducta tipificada como ilícito penal.

En este examen, entonces, se analiza comparativamente la existencia de alternativas de tipificación igual de idóneas para lograr la protección de la vida del concebido, pero que a su vez incidan en menor medida en el ámbito de libertad de elección de las mujeres. En esa línea, creemos que no existen otras alternativas de redacción a la actualmente vigente (“la mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique [...]”) que sean igual de idóneas para proteger la vida prenatal y que incidan en menor medida en la libertad de

elección de la mujer; por lo tanto, la actual tipificación del tipo penal de aborto resulta ser el único medio capaz de proteger la vida prenatal.

En cuanto al análisis de necesidad de la norma de sanción, este “[...] se desdobra en dos fases: en un primer momento, se orienta a verificar si no existen medios extrapenales suficientemente aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la norma de sanción; en un segundo momento, una vez constatado que para dicha tutela no resultan suficientes los mecanismos no penales, se trata de establecer que la clase y cuantía de sanción prevista por el legislador sea la mínima necesaria para cumplir con la finalidad preventiva” (Lopera Meza 2010: 166). En dicho sentido, una cosa es analizar la constitucionalidad del tipo penal, es decir, de la descripción de la conducta prohibida; y otra distinta, pero complementaria, es el análisis de la constitucionalidad de la pena o sanción prevista. Así, por ejemplo, debe analizarse por separado la prohibición penal de expresiones que incentiven el odio racial, y la pena que se propone para lograr ello.

Analizando el caso concreto, respecto del primer momento (el del análisis de necesidad de la norma de conducta prohibida), puede afirmarse que el uso de la prohibición penal del aborto parece ser la única medida para efectivizar la protección del concebido pues no existen medios extrapenales capaces de brindarla: la protección de la vida prenatal solo se asegura con la continuidad de la gestación, en dicha medida no se vislumbran otros medios extrapenales capaces de compeler la continuación del embarazo con la misma eficacia que su prohibición penal.

Por ejemplo, aún en el supuesto de que el Estado implementara mecanismos de apoyo integral para las mujeres víctimas de violación sexual que incluyeran condiciones de asistencia para la continuidad de los embarazos, estos no podrían ser obligatorios pues, de forma similar, se vulneraría la libertad de las mujeres de elegir ser madre o no en este tipo de situaciones, decisión que, como se ha mencionado, está protegida por el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad. Para que la existencia de un apoyo estatal integral como parte de los servicios de atención a las víctimas de violación no sea mandatorio, el aborto en estos casos debería estar despenalizado pues las

mujeres deberían poder decidir, a pesar de todo, no continuar los embarazos sin ser sancionadas por ello⁵⁹.

Continuando con el examen del caso concreto, respecto del segundo momento (el del análisis de necesidad de la pena prevista), se hará el ejercicio de aplicar el test de necesidad a pesar de que previamente en el juicio de idoneidad se ha establecido su inconstitucionalidad y, por ende, no sería exigible realizar este paso. No obstante, consideramos que no resulta inútil hacer el test de necesidad de la norma de sanción de cara a demostrar que, aunque cuando algún sector considere que la pena prevista en nuestra legislación es idónea para lograr la protección de la vida prenatal, la misma no supera tampoco este segundo examen. La sanción penal prevista para el supuesto de interrupción del embarazo producto de violación sexual no cumple con una finalidad preventiva, pues los abortos se producen al margen de su prohibición legal, más allá de la cuantía de la pena^{60 61 62}.

5.4.1.3 Examen de ponderación

Esta tercera y última etapa del análisis “[...] consiste en una ponderación en la que toman parte, por un lado, los principios iusfundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de su correspondiente pena y, por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa. Se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensado por el grado de satisfacción de los segundos” (Lopera Meza 2010, 172). En el caso objeto

⁵⁹ Rocío Villanueva anota también la falta de políticas sociales estatales para apoyar a las mujeres que decidan continuar con sus embarazos (2009: 63).

⁶⁰ Para Villanueva la levedad de las penas en el Perú pone de manifiesto que se está utilizando el Derecho Penal como una herramienta simbólica y no como mecanismo de última ratio (2009: 64).

⁶¹ Con relación al principio de mínima intervención que se relaciona al juicio de idoneidad como se anotó previamente, Alfonso Ruiz Miguel señala que la punición del aborto es un mecanismo jurídico inútil por tres razones, dos perfectamente aplicables al caso peruano: la ineficacia de la pena y la irrazonabilidad de la generalización de la aplicación de la pena respecto de otros/as sujetos/as pasibles de sanción por el delito de aborto (1996: 102-104).

⁶² Con relación al carácter de última ratio, José Ugaz señala que el Derecho penal tiene muy poco que decir frente al aborto en general y que ha sido puesto como “primer elemento de contención” frente a esta problemática de forma indebida (2000: 36-37).

de análisis, el conflicto entre derechos fundamentales tiene, por un lado, a la protección constitucional de la vida del concebido, y por otro, el derecho de la mujer al libre desenvolvimiento de su personalidad; estos son los principios iusfundamentales en conflicto, y se trata de analizar si el modo en que se afectan es proporcional.

Como se ha señalado, la prohibición penal de la interrupción voluntaria del embarazo en general determina que se imponga a las mujeres un curso de acción determinado: ser madre sí o sí, pues una decisión en otro sentido sería ilegal en tanto abortar está prohibido por la norma penal. Indudablemente, este recorta el derecho fundamental a decidir, que forma parte del derecho al libre desarrollo de su personalidad. No todas las mujeres embarazadas a consecuencia de una violación deciden interrumpir sus embarazos, aunque un amplio número sí opta por este camino: Pineda (2011) da cuenta de estudios en los que entre el 50% y 65% de mujeres embarazadas como producto de una violación interrumpieron sus embarazos. Estas cifras resaltan la necesidad de que exista la posibilidad legal de tomar una decisión y muestra que, inclusive en contextos de ilegalidad, las mujeres interrumpen sus embarazos exponiéndose a un aborto inseguro, lo que impacta en la morbilidad materna (Organización Mundial de la Salud 2012: 23-24)⁶³.

Complementariamente, la norma penal instrumentaliza a las mujeres de forma contraria a su dignidad pues al imponerles el embarazo como único curso legal de acción posible las degrada a la condición de espacio contenedor de la vida prenatal (Escribens 2012: 49); en este sentido se pronunció la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que señaló que “una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a una mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección”. La imposición de un curso de acción

⁶³ Un aborto inseguro es “un procedimiento para finalizar un embarazo no deseado que realizan personas que carecen del entrenamiento necesario o que se lleva a cabo en un ambiente donde se carece de un estándar médico mínimo, o ambos” (Organización Mundial de Salud 2003: 12), aunque la definición está en proceso de revisión de cara al aborto con medicamentos (Organización Mundial de la Salud 2011: 2).

afecta la dignidad de las mujeres como personas sujetos de derechos, puesto que supone que dejen de ser un fin en sí mismas para convertirse en un instrumento de la vida que gestan.

La continuidad impuesta de un embarazo en casos de violación sexual es a la vez una violación del derecho a no sufrir trato cruel, inhumano y degradante. Esta es la línea de interpretación que ha seguido el Comité de Derechos Humanos, órgano de seguimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su Observación General N° 28 relativa al artículo 3 del Pacto sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres (2000) ha señalado: “El Comité, a fin de evaluar el cumplimiento del artículo 7 del Pacto, así como del artículo 24, en que se prevé la protección especial del niño, [...] necesita saber si el Estado Parte da a la mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación acceso al aborto en condiciones de seguridad”⁶⁴; el artículo 7 del Pacto es el referido a la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes⁶⁵. Esto se ha plasmado en las previamente citadas, observaciones a los informes periódicos del Perú ante los Comités de Derechos Humanos, (2000)⁶⁶, Comité contra la Tortura (2006)⁶⁷ y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2012)⁶⁸.

Asimismo, una violación sexual tiene efectos devastadores en una mujer puesto que su derecho a la salud emocional y psicosomática se ve seriamente afectado. En dicho sentido, Luis Távara Orozco et al. (2007, 56- 57) señala –citando otros estudios– que “[...] las mujeres violadas corren el riesgo de adquirir enfermedades de transmisión sexual, incluido el VIH [...] una alta proporción de las mujeres

⁶⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General No. 28 relativo al artículo 3 del Pacto (La igualdad de derechos entre hombres y mujeres)*. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000), numeral 11.

⁶⁵ Artículo 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

⁶⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observaciones Finales: Perú*. CCPR/CO/70/PER, 15 de noviembre de 2000, numeral 20.

⁶⁷ COMITÉ CONTRA LA TORTURA. *Observaciones Finales: Perú*. CAT/C/PER/CO/4, 25 de julio de 2006, numeral 23.

⁶⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observaciones Finales: Perú*. E/C.12/PER/CO/2-4, 30 de mayo de 2012, numeral 21.

violadas pueden presentar trastornos de estrés postraumáticos [...] caracterizados por el recuerdo de escenas pasadas, pesadillas, ideas recurrentes, sentimientos de parálisis, asilamiento autoimpuesto, uso incrementado de drogas y alcohol, [...] pueden presentar cefalea crónica, fatiga, disturbios del sueño, pesadillas y desórdenes alimentarios. Cuando se ha producido un embarazo como producto de la violación, la gestante puede llevar con rechazo al feto [...].”

En el mismo sentido, se ha señalado que “la violencia sexual tiene un fuerte impacto en la subjetividad de las mujeres que la sufren” (Escribens 2012: 24). El embarazo se constituye en una continuación del abuso, es un segundo momento traumático que se vive como de invasión del propio cuerpo; el/la hijo/a nacida/o como producto de la violación se convierte en prueba constante del abuso y eso motiva el abandono como forma de liberación (Escribens 2012: 42-47). La violación constituye una experiencia traumática para las mujeres y los efectos en la salud mental son depresión, trastorno generalizado de ansiedad, además de trastorno de estrés postraumático, trastorno obsesivo compulsivo y uso de alcohol y drogas; las consecuencias se padecen durante muchos años después de los eventos de violencia (Rondón 2006: 17; González 2008:140).

Los efectos de la violación sexual en la salud de las mujeres hacen que la división entre la permisión del aborto terapéutico y la penalización del aborto en casos de violación sea absurda. La protección de la salud, entendida en su integralidad, incluye la salud mental y la violación sexual es un factor de riesgo para desarrollar un trastorno de salud mental (González 2008: 140-141). En el *Taller de las sociedades médicas para identificar el perfil clínico para el aborto terapéutico* organizado por la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología con la presencia de 10 sociedades científicas se incluyó como una entidad a considerarse “la violación sexual por el riesgo de estrés postraumático, abuso de drogas, alcohol, depresión, suicidio y conducta violenta” (2005: 8). En esta línea, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha recomendado explícitamente al Perú revisar las interpretaciones restrictivas del aborto terapéutico⁶⁹, e incluso ha declarado responsabilidad internacional del Estado peruano por no atender a una adolescente que quedó embarazada

⁶⁹ A/50/38, paras. 398-451, 16 de enero a 3 de febrero de 1995, numeral 447; CEDAW/C/PER/CO/6 15 de enero a 2 de febrero de 2007, numerales 24-25.

como resultado de una violación sexual y que intentó suicidarse sin conseguirlo, pero ocasionándose importantes lesiones⁷⁰.

Además, la prohibición y sanción penal analizada impactan en otro aspecto del derecho a la salud: el acceso a servicios seguros. De acuerdo con el artículo 117 del Código Penal, el personal de salud que participe en o practique el aborto, además de las sanciones previstas que van desde uno a cinco años de pena privativa de la libertad, será inhabilitado para el ejercicio de su correspondiente profesión u oficio⁷¹. Esto tiene como consecuencia que las mujeres embarazadas debido a una violación sexual recurran a prácticas clandestinas en las que muchas veces no participa personal de salud calificado por miedo a las sanciones penales, y estas prácticas ponen en riesgo su salud, integridad e incluso su propia vida⁷². Esta exposición está mediada, sin embargo, por razones económicas: son las mujeres con menos recursos las que recurren a prácticas ilegales de aborto de más alto riesgo, mientras que las mujeres de mayores recursos pueden acceder a servicios ilegales también, pero con mejores condiciones sanitarias (Beltrán y Puga, Andión y Cavallo 2012: 29).

⁷⁰ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. L.C. contra el Perú. CEDAW/C/50/D/22/2009, dictamen aprobado el 17 de octubre de 2011. En el apartado 5.5 se hace un desarrollo amplio del caso.

⁷¹ Código Penal, artículo 117.- El médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia o arte para causar el aborto, será reprimido con la pena de los artículos 115 y 116 e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4 y 8.

⁷² Este aspecto es puesto de relieve en el Informe del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental que señala: "32. La mala calidad de los bienes y servicios de salud es uno de los problemas más graves derivados de los regímenes jurídicos que penalizan el aborto. En esas circunstancias, la falta de normas estatales y profesionales que regulen la práctica médica conlleva a la realización de abortos por personal no cualificado en condiciones insalubres para eludir la acción de la justicia. Por el contrario, cuando es realizado por profesionales de la salud cualificados en condiciones adecuadas, el aborto es uno de los procedimientos médicos más seguros" (A/66/254, de fecha 3 de agosto de 2011).

Frente a los derechos de las mujeres⁷³ se reivindica la protección de la vida desde la concepción. Como lo ha sostenido la jurisprudencia internacional y constitucional comparada que reseñáramos en los acápites 2 y 3 de este trabajo, los instrumentos internacionales de derechos humanos no protegen de manera absoluta el derecho a la vida desde la concepción de forma que sea incompatible con la despenalización del aborto, sino todo lo contrario. Por lo demás, la regla jurídica general es la prohibición de la privación arbitraria de la vida, es decir, una privación que no esté justificada. Y la despenalización del aborto en casos de violación puede ser justificada desde las razones que se han presentado.

La sanción penal –que si bien no deja de ser simbólica– impide que el Estado pueda brindar a las mujeres la oportunidad de tomar una decisión informada sobre si es mejor para su bienestar individual proseguir o interrumpir el proceso de gestación; esto en la medida de que la prohibición penal impone un único curso de acción, el de continuar el embarazo, lo que priva a las mujeres del derecho a decidir conforme a sus proyectos de vidas. En la penalización del aborto en casos de violación sexual es patente cómo se coloca a una mujer en “la disyuntiva de convertirse en heroína o delincuente” (Villanueva 1996: 217)⁷⁴. Evidentemente, como se ha señalado, la despenalización de la interrupción del embarazo no determina que siempre las mujeres decidan abortar; significa devolverles su capacidad de decisión: eliminada la prohibición penal, las mujeres pueden optar por interrumpir o proseguir el embarazo de acuerdo a su propia conciencia.

⁷³ Los referidos no son los únicos derechos de las mujeres que se ven comprometido en los casos del aborto de embarazos producto de una violación. Bergallo y González (2012: 41-69) mencionan el derecho a la vida entendida como vida digna, el derecho a la igualdad y no discriminación, pues todo lo relacionado al embarazo afecta exclusivamente a las mujeres, el derecho a la privacidad y a la intimidad en tanto la vida sexual es parte de estos derechos, el derecho a la información ligado a la toma de decisiones y el derecho al debido proceso en el acceso a los servicios de salud. Villanueva cita los derechos a la dignidad, a la integridad física y moral, a la intimidad, al honor y a la libertad personal de la mujer (2009: 65). Dador enumera la dignidad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, igualdad, el derecho a no ser sometida a trato cruel, inhumano y degradante, el derecho a la salud y el derecho a la vida (2011: 6-9). El derecho a la privacidad como fundamento del derecho al aborto, que tiene su fundamento en la jurisprudencia estadounidense, ha sido discutido en la teoría feminista (Cohen 2001).

⁷⁴ Dador señala que “al mantener la penalización el Estado demanda de las mujeres una conducta heroica al exigirles que den prevalencia a la vida del que está por nacer, aun cuando el embarazo no es producto de una decisión libre y consentida, sino el resultado de conductas arbitrarias penalizadas” (2011: 6).

La prohibición penal del aborto en casos de violación, como se ha señalado, afecta una serie de derechos constitucionales de las mujeres y en la medida que la protección de la vida desde la concepción no es absoluta, pues es compatible con la despenalización del aborto, puede concluirse razonablemente que el grado de afectación de los derechos de la mujer no justifica la protección del derecho a la vida desde la concepción. Las soluciones adoptadas en otros ordenamientos penales como los descritos en el acápite 3 deben ser consideradas como marco en la evaluación de la ponderación (Lopera Meza, citada por Villanueva 2009: 64). Por lo tanto, de acuerdo al análisis realizado, la prohibición penal de la interrupción voluntaria del embarazo cuando este es consecuencia de una violación sexual, es inconstitucional⁷⁵.

5.4.2. Aplicación del principio de proporcionalidad al aborto en casos de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina

En este supuesto, la medida de intervención que será objeto de análisis mediante el principio de proporcionalidad, es la regla prohibitiva según la cual: “Está prohibido para la mujer embarazada interrumpir voluntariamente su proceso de gestación cuando el feto presente malformaciones que médicamente hagan inviable su vida fuera del útero materno”⁷⁶.

En primer lugar habría que determinar qué entendemos por “malformaciones que hagan médicamente inviable su vida fuera del útero materno”.

⁷⁵ Además, para Ruiz Martínez la penalización del aborto en general produce daños derivados en la salud y vida de las mujeres que se exponen a abortos inseguros, ocasiona una doble discriminación social (de las mujeres respecto de los varones que no se ven afectados por la penalización de modo alguno y de las mujeres entre sí, pues unas tendrán mejores posibilidades de acceso que otras por condición social, económica o edad por ejemplo) y genera daño en los hijos e hijas no deseados/as (1996: 104-105). En la violación al principio de igualdad entre mujeres coincide Ugaz (2000: 41).

⁷⁶ El inciso 2 del artículo 120 del Código Penal establece una pena privativa de la libertad no mayor de tres meses “Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”. Esta norma prevé un supuesto de hecho mucho más amplio que el que aquí se propone que se limita a los casos de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina siguiendo el modelo colombiano descrito en la tercera parte del trabajo.

Según la Comisión de Bioética de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), las anomalías fetales incompatibles con la vida son aquellas “que previsiblemente/habitualmente se asocian con la muerte del feto o del recién nacido durante el periodo neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor” (2010: 2). La SEGO ha construido una lista no excluyente de circunstancias que constituyen anomalías incompatibles con la vida y que comprende: anencefalia, exencefalia, acráneo; hidranencefalia; holoprosencefalia alobar; atresia laríngea, atresia traqueal; agenesia diafragmática; agenesia renal bilateral; patología renal bilateral con secuencia Potter y de comienzo precoz; ectopia cordis; pentalogía de Cantrell; síndrome de bandas amnióticas; limb-bodywallcomplex; displasia esquelética letal con hipoplasia torácica y afectación precoz; cromosomopatías: trisomía 18, trisomía 13, trisomía 9, triploidias⁷⁷⁷⁸⁷⁹.

Estas malformaciones pueden ser identificadas por el diagnóstico prenatal, que es el conjunto de técnicas que permite identificar el riesgo o la existencia de una anomalía en el embrión o el feto. Aunque este servicio no está al alcance de la población en general por sus costos, su realización y la detección de padecimientos congénitos, obliga a reflexionar sobre la necesidad de proporcionar una solución razonable para las mujeres involucradas (Grether 2008: 23, 36).

En dicho contexto, cabe reflexionar acerca de la validez constitucional de que el Estado, mediante la prohibición penal objeto de análisis, obligue a las mujeres gestantes a culminar el embarazo aun cuando médicamente se ha establecido que el feto tiene malformaciones que lo hacen incompatible con la vida extrauterina. A efectos de responder al problema planteado, vamos a aplicar el principio de proporcionalidad tal y como lo hicimos con el supuesto

⁷⁷ La citada Declaración de la Comisión de Bioética de la SEGO se emitió en relación a la Ley Orgánica 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo que autoriza la interrupción de una gestación inclusive más allá de las 22 semanas siempre que “se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención”.

⁷⁸ Otros trabajos dan cuenta de la letalidad de cuadros como la trisomía 13 y la 18, la anencefalia, hidranencefalia, holoprosencefalia alobar, la agenesia bilateral, la enfermedad renal poliquística, errores del metabolismo, y las displasias óseas (Grether 2008: 22, 32).

⁷⁹ Sobre anencefalia puede consultarse Cook et al.: 2008.

de la prohibición penal de la interrupción del embarazo que es consecuencia de una violación sexual.

En este supuesto, al igual que en el anterior, están enfrentados de un lado el derecho constitucional de las mujeres a decidir interrumpir su embarazo, concreción específica del derecho al libre desarrollo de la personalidad y que se justifica en última instancia en el principio moral de autonomía personal, y, en oposición, el derecho a la vida protegido desde la concepción. Pero en este extremo existe un matiz: se trata de una vida inviable.

5.4.2.1 Examen de idoneidad

En cuanto a la norma de conducta, la interrupción voluntaria del embarazo lesiona el bien jurídico protegido pues la protección se dispensa a la vida intrauterina desde la concepción; por lo tanto, es una medida idónea para lograr la protección del bien jurídico constitucional: la vida prenatal.

En cuanto a la norma de sanción, consideramos que las razones que expusimos en el acápite precedente relacionado con la norma de sanción para el aborto de embarazos producto de una violación sexual son aplicables en este supuesto en tanto la pena imponible sería la misma.

Como resumen, entonces, la prohibición penal supera el examen de idoneidad, pero la sanción es inconstitucional pues no es idónea para lograr impedir que se produzcan los abortos por este supuesto dada su escasa capacidad intimidatoria.

5.4.2.2. Examen de necesidad

Como se ha señalado previamente, en el examen de necesidad de la norma de conducta se determina si existen formas de tipificación menos lesivas del derecho fundamental intervenido que sean igual de idóneas para lograr el fin que justifica la medida. Conforme a lo indicado para el aborto en casos de violación, no existe alternativa a la prohibición penal de la interrupción del embarazo para lograr el mismo tipo de protección del concebido: la prohibición penal busca asegurar la continuidad de la gestación que es el medio necesario para la conservación de la vida prenatal. La consideración respecto de la cual

no existiría justificación alguna para –vía la prohibición penal– impedir que las mujeres embarazadas puedan decidir proseguir o interrumpir su proceso de gestación cuando médicamente se ha establecido la inviabilidad extrauterina del feto, será resuelta mediante el examen de ponderación.

En cuanto a la norma de sanción, consideramos que las razones que expusimos en el acápite precedente relacionado con la norma de sanción para el aborto de embarazos producto de una violación sexual son aplicables en este supuesto en tanto la pena imponible sería la misma.

Por lo tanto, la norma de conducta pasa el análisis de necesidad, en tanto no existen alternativas de tipificación que dispensen el mismo nivel de protección al concebido, empero, la norma de sanción es innecesaria pues no impide que los abortos se realicen.

5.4.2.3. Examen de ponderación

En este examen debemos sopesar todos los bienes constitucionales en conflicto. Con la prohibición penal objeto de análisis, se afecta el derecho de la mujer gestante al libre desarrollo de su personalidad, en tanto –como ya se argumentó– dentro de este derecho se encuentra, como un contenido específico, el derecho a decidir ser o no ser madre. No todas las mujeres embarazadas deciden interrumpir sus embarazos, algunas deciden proseguir la gestación por sus concepciones morales, religiosa o de otra índole, pero otro grupo decide interrumpir: Grether señala que, según su experiencia profesional en México, la mayoría se inclinó por el aborto inducido en razón del diagnóstico de un problema cromosómico severo (2008: 38).

Complementariamente, la norma penal instrumentaliza a las mujeres de forma contraria a su dignidad pues, como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, se impone una conducta que excede lo exigible pues se “debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable”; eso significa someter a las mujeres “a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana”.

Un embarazo de un feto con malformaciones incompatibles con la vida extrauterina tiene un impacto en la integridad física y psicológica de las mujeres. Las mujeres en estos casos “tienen un sentimiento de ser ‘defectuosas’, lo que representa una seria amenaza para su autoestima. Pueden, además, existir sentimientos de culpa relacionados con su incapacidad de crear una niña o niño sano y normal. La vida sexual se puede afectar por el estado de ansiedad o por la idea de que el sexo –en sí mismo placentero– puede dar lugar a una tragedia”; en todo caso “la reacción frente al descubrimiento de una anomalía es compleja” (Rondón 2006: 15). En nuestro medio existe mayor documentación sobre los casos de anencefalia a raíz de un caso emblemático peruano (Távora 2006; Escribens 2009; Rondón 2006: 16-17).

Los efectos de la violación sexual en la integridad y la salud de las mujeres hacen que la división entre la permisión del aborto terapéutico y la penalización del aborto en casos de malformaciones sea absurda: en ambos casos se afecta el mismo bien que es la integridad y la salud de las mujeres, pero un supuesto está permitido y el otro prohibido. La protección de la salud, entendida en su integralidad, incluye considerar que “[u]n diagnóstico negativo respecto a la salud del feto también puede afectar la salud mental de una mujer” (González 2008: 141). En el *Taller de las sociedades médicas para identificar el perfil clínico para el aborto terapéutico* organizado por la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología con la presencia de 10 sociedades científicas se señaló que “los casos de malformaciones congénitas requieren evaluación individual de las repercusiones mentales que puedan ocasionar en la mujer gestante” (2005: 9). Como se ha mencionado, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha recomendado explícitamente al Perú revisar las interpretaciones restrictivas del aborto terapéutico⁸⁰, y el Comité de Derechos Humanos incluso ha declarado responsabilidad internacional del Estado peruano por no proveer la interrupción terapéutica del embarazo a una adolescente con un embarazo de feto anencefálico⁸¹.

⁸⁰ A/50/38, paras. 398-451, 16 de enero a 3 de febrero de 1995, numeral 447; CEDAW/C/PER/CO/6 15 de enero a 2 de febrero de 2007, numerales 24-25.

⁸¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. K.L. contra el Perú. CCPR/C/85/D/1153/2003, dictamen aprobado el 24 de octubre de 2005.

Como se ha señalado para el caso de la violación sexual, la prohibición y sanción penal analizada impactan en otro aspecto del derecho a la salud: el acceso a servicios seguros; la penalización expone a las mujeres a prácticas clandestinas que no siempre garantizan su integridad y su vida.

El otro bien jurídico protegido es el derecho a la vida desde la concepción. No obstante, como se ha apuntado previamente, en los casos bajo análisis se trata de malformaciones letales, de una vida sin un desarrollo orgánico que le permita ser viable fuera del útero.

La prohibición penal de la interrupción del embarazo cuando médicamente se ha determinado que el feto presenta malformaciones que lo hacen incompatible con la vida extrauterina implica una protección absoluta de la vida desde la concepción. Conforme a lo expuesto, el grado de realización de la protección del concebido no justifica el grado de afectación de los derechos constitucionales de libre desarrollo de la personalidad, dignidad, integridad y salud de las mujeres: se trata de una vida inviable. En esa medida, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia precitada señala que “el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica, se encuentra en tales condiciones”.

Por lo expuesto, la prohibición penal de la interrupción voluntaria del embarazo cuando se ha comprobado médicamente que el feto presenta malformaciones que lo hacen incompatible con la vida extrauterina, es inconstitucional.

5.5 El rol del Estado frente a los supuestos de aborto legal.

Cuando un Estado ha despenalizado un supuesto de aborto se genera la obligación de brindar el servicio en condiciones adecuadas. Los derechos fundamentales, que tienen un carácter subjetivo y objetivo a la vez, “requieren de la actuación del Estado para la protección y desarrollo de la libertad”; eso

implica que “el ejercicio de los derechos fundamentales solo adquieren visos de realidad como libertades sociales, cuando el bien común como objetivo humano reclama de la acción del Estado acciones concretas” (Landa 2002).

La sentencia española citada (STC 53/1985) sobre despenalización del aborto hace énfasis en este punto al señalar que el Estado:

[...] tampoco puede desinteresarse de la realización del aborto, teniendo en cuenta el conjunto de bienes y derechos implicados –la protección de la vida del *nasciturus* y el derecho a la vida y a la salud de la madre– [...] con el fin de que la intervención se realice en las debidas condiciones médicas disminuyendo, en consecuencia, el riesgo para la mujer. Por ello, el legislador debería prever que [...] la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional.

El Informe del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental hace hincapié también en este punto:

29. Los Estados deben adoptar medidas para asegurar la disponibilidad y la accesibilidad de servicios de aborto legales, seguros y de calidad. No obstante, la despenalización del aborto no implica la disponibilidad inmediata de la posibilidad de abortar en condiciones seguras, a menos que los Estados creen las condiciones necesarias para ello, entre las que figuran el establecimiento de clínicas accesibles y asequibles; la prestación de servicios de capacitación adicional para médicos y personal sanitario; el establecimiento de requisitos de certificación; y la disponibilidad del equipo y los medicamentos más seguros y modernos (A/66/254, de fecha 3 de agosto de 2011).

En los países en los que existe aborto legal se han identificado barreras de distinto tipo que restringen o impiden el acceso a los servicios de salud (Beltrán y Puga, Andián y Cavallo 2012: 34; Bergallo y González 2012: 132-142; Ramón

Michel 2011: 37-42). En el Perú eso se constata respecto del aborto terapéutico, legal en nuestro país desde 1924, pero cuya atención en los servicios públicos no está exenta de dificultades, como lo grafican los dos casos litigados ante instancias internacionales y los casos reportados a nivel interno. El que en la práctica existan barreras al acceso a los servicios de aborto en los supuestos en que este es legal genera afectaciones adicionales en las mujeres, no solo en su salud física, sino mental (Rondón 2006: 18-19; Escribens 2009: 9-13) y vulnera sus derechos (Beltrán y Puga, Andión y Cavallo 2012: 35)⁸².

El incumplimiento de las obligaciones estatales frente a los supuestos de aborto legal genera responsabilidad no solo a nivel interno, sino a nivel internacional como se verá en los cuatro casos sobre la materia que han sido conocidos a la fecha por órganos de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. En los términos de la Observación General N° 14 del Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, los Estados tienen las siguientes obligaciones: el *deber de respeto* exige a los Estados y sus agentes que no violen los derechos humanos; es una obligación de abstención. Por su parte, el *deber de protección* implica que se evite que terceras personas intervengan en los derechos de otras. Por último, el *deber de cumplir* exige que los Estados adopten acciones necesarias para asegurar que todas las personas estén en condiciones de gozar los derechos: esto abarca *facilitar, promover y proporcionar*⁸³. En este marco, en los casos de despenalización del aborto los Estados tienen la obligación de no interferir en el acceso de las mujeres a los servicios de salud, el deber de evitar que terceras/os intervengan en el acceso a los mismos, y el deber de cumplimiento que incluye que se adopten medidas positivas para que los/las particulares accedan a las prestaciones de interrupción del embarazo, brindar información adecuada sobre la materia, y

⁸² La consecuencia de la falta de acceso a servicios de aborto legal provistos por los Estados es que muchas mujeres recurran a prácticas clandestinas, en buena parte inseguras. Este fue el supuesto analizado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso L.M.R. contra Argentina que se comentará en este apartado.

⁸³ COMITÉ DE DERECHOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general N° 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

prestar directamente el servicio para quienes no puedan acceder al mismo de otro modo (Bergallo y González 2012: 143).

5.5.1 K.L. contra el Perú, el primer caso sobre la materia

La violación de derechos como consecuencia de la negativa estatal a proveer servicios en los casos legales de aborto, fue abordado por primera vez con ocasión del caso de K.L. contra el Perú que fue resuelto por el Comité de Derechos Humanos⁸⁴. K.L. quedó embarazada en marzo de 2001 cuando tenía 17 años de edad y en junio de ese año se diagnosticó que tenía un feto anencefálico por medio de una ecografía realizada en el hospital público en el que se hacía sus controles. El médico gineco-obstetra informó a la adolescente de los riesgos de una gestación de esas características y le informó sobre sus opciones de continuar o interrumpir el embarazo. K.L. decidió interrumpir y su madre presentó una solicitud a la dirección del hospital para tal efecto, la solicitud le fue denegada porque se consideró que se trata de un aborto punible según el artículo 120 del Código Penal que contemplaba los casos de malformaciones fetales y no uno de tipo no punible según el artículo 119 que incluye los casos de riesgo para la salud y vida de las gestantes. Dado que el aborto fue negado, K.L. continuó la gestación la que la dejó sumida en una profunda depresión y con necesidad de tratamiento médico por una infección ginecológica.

El Comité acogió las declaraciones médicas que indicaban que un embarazo de feto anencefálico conllevaba un riesgo vital y secuelas psicológicas severas y en esa medida señaló que el Estado peruano violó el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁸⁵.

El Comité entendió que en la legislación interna estaba permitido que se practiquen abortos en caso de riesgo para la salud de la madre y, a la luz de las

⁸⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. CCPR/C/85/D/1153/2003, dictamen aprobado el 24 de octubre de 2005. Disponible en http://www.mimdes.gob.pe/files/DIRECCIONES/DGM/dictamen_caso_KL.pdf

⁸⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

pruebas presentadas, determinó que en el caso esas condiciones estaban presentes por lo que la negativa a prestar el servicio violó el artículo 17 del PIDCP⁸⁶.

En tanto no se acreditó que se hubiera brindado a K.L. atención especial por su condición de menor de edad, se declaró también una violación al artículo 24 del Pacto⁸⁷.

Por último, la autora alegó que no contó con un recurso adecuado para exigir la garantía de su derecho a un aborto legal y dado que el Estado no ofreció información en otro sentido se declaró una violación del artículo 2⁸⁸.

En el dictamen del caso, además de declarar la violación de los derechos indicados, el Comité de derechos Humanos recordó la obligación del Estado de proporcionar a K.L. un recurso efectivo que incluyera indemnización y la

⁸⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

⁸⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24. 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

⁸⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

5.5.2. Paulina contra México⁸⁹

Posteriormente al caso K.L., en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se resolvió el caso de Paulina Ramírez contra México⁹⁰. En esta petición se argumentó que se violaron los derechos humanos de Paulina al obstaculizarle el ejercicio de su derecho a un aborto legal. En 1999, cuando ella tenía 13 años, fue violada y pese a que en el Estado de Baja California, donde vivía, se permitía el aborto en casos de violación si se realizaba dentro de los 90 días de gestación y con la autorización del Ministerio Público, ella enfrentó obstáculos por parte de este órgano para obtener la autorización. Posteriormente, aún con la autorización fiscal, el servicio de salud al que fue derivada no la atendió y a ella y su madre les informaron erradamente sobre las consecuencias de los procedimientos de aborto y las presionaron para que desistieran de su solicitud.

La Comisión no emitió informe de admisibilidad, pero propició un acuerdo de solución amistosa que fue suscrito el 8 de marzo de 2006 y publicado el 9 de marzo de 2007. En este acuerdo, el Estado reconoció su responsabilidad internacional y se comprometió a dar medidas de reparación individual para Paulina y su hijo. Se reconoció una indemnización por daño emergente y moral, se aseguró la atención en salud física y psicológica para ella y su hijo y se comprometieron apoyos para la educación del niño y para que Paulina pudiera desarrollar una microempresa. El Estado hizo un "Reconocimiento Público de Responsabilidad" que fue publicado en dos diarios. Asimismo, el Gobierno de Baja California se comprometió a impulsar las propuestas legislativas presentadas por las peticionarias y a calendarizar cursos de capacitación; mientras que el Estado nacional se obligó a realizar una encuesta para evaluar la aplicación de la norma sobre atención médica a la violencia

⁸⁹ Este apartado tiene como fuente Ramírez y Llaja (2011: 157-160).

⁹⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 21/07. Solución amistosa. Petición 161-02, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. México. 9 de marzo de 2007. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm>

familiar y actualizarla para incluir el abordaje a la violencia sexual que ocurre fuera del contexto familiar, así como realizar un diagnóstico de la información existente sobre el aborto en México.

En el acuerdo de solución amistosa se dio un reconocimiento explícito de que la denuncia de las peticionarias sobre “la falta de una regulación que establezca el procedimiento para ejercer el derecho a interrumpir un embarazo como consecuencia de una violación” era fundada. En el pronunciamiento publicado en un diario oficial el 10 de febrero de 2006, el Estado señaló que:

Como parte de este acuerdo, el Gobierno del Estado de Baja California, presenta este pronunciamiento público, reconociendo que *la falta de un adecuado marco normativo en la entidad en materia de aborto generó la violación de los derechos humanos de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto.*

5.5.3. L.M.R. contra Argentina

El Comité de Derechos Humanos resolvió en marzo de 2011 otro caso relativo a falta de provisión de servicios de aborto legal⁹¹. L.M.R. son las iniciales de una joven con discapacidad mental permanente a la que en junio de 2006 se le diagnosticó un embarazo frente a lo cual su madre solicitó la interrupción del mismo. Un hospital se negó a practicar el aborto y remitió a L.M.R. a otro hospital y solicitó que se haga una denuncia policial previamente. Hecha la denuncia contra un tío suyo, se le internó en el segundo hospital donde se solicitó una reunión del Comité de Bioética para que emitiera opinión. En el curso de los procedimientos prequirúrgicos, se emitió una orden judicial para impedir el aborto que fue confirmada en apelación. Esta sentencia fue dejada sin efecto por la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires en julio de 2006, casi mes y medio después de que se denunciara la violación y se solicitara la interrupción legal del embarazo. Pese a que este órgano judicial indicó al hospital que la intervención era legal y no requería de autorización judicial, el centro médico y la familia

⁹¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. CCPR/C/101/D/1608/2007, dictamen aprobado el 29 de marzo de 2011. Disponible en http://cladem.org/index.php?option=com_rokdownloads&view=file&Itemid=165&id=1370:ccpr-c-101-d-1608-2007-spanish

de L.M.R. recibieron múltiples presiones para no concretar el procedimiento y, finalmente, el hospital se negó a proveer el servicio por el estado de gestación de más de 20 semanas. El aborto se realizó en agosto de 2006 de forma clandestina por la negativa de otros hospitales y centros de salud.

El Comité consideró que la omisión estatal de no proveer el servicio de aborto, legal conforme a la legislación vigente, cuando este fue solicitado causó a L.M.R. un sufrimiento físico y moral agravado por su condición de discapacidad que violó el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que señala que “[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Asimismo, determinó que los hechos y en particular las decisiones judiciales sobre una materia que debió ser resuelta en la esfera médica constituyeron una violación del artículo 17.1 que señala que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

El Comité señaló que pese a que los recursos judiciales promovidos fueron resueltos finalmente de forma favorable, esto pasó luego de tres instancias lo que implicó que el embarazo se prolongara varias semanas con consecuencias para la salud de L.M.R. y con impacto también en que los hospitales se negaran a prestar el servicio que finalmente se realizó en forma clandestina. Se declaró que todo ello configuró una violación del artículo 2, párrafo 3 del PIDCP⁹², todo en relación con los artículos 3, 7 y 17 del Pacto. El Comité considera que la violación del artículo 3⁹³ está relacionada a los otros artículos por lo que opta por analizarla conjuntamente con estos.

En este dictamen también, además de declarar la violación de los derechos indicados, el Comité de derechos Humanos recordó la obligación del Estado de proporcionar a L.M.R. un recurso efectivo que incluyera indemnización y la

⁹² Cfr. pie de p. 85.

⁹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

5.5.4. L.C. contra el Perú

El último ejemplo de responsabilidad internacional por falta de prestación de servicios de aborto en casos despenalizados también es contra el Perú⁹⁴. L.C. son las iniciales de una adolescente víctima de violación sexual que cuando tenía 13 años quedó embarazada como consecuencia de las agresiones y que por ello intentó suicidarse el 31 de marzo de 2007 lanzándose al vacío desde el techo de su casa. Trasladada a un hospital público se le diagnosticó “traumatismo vertebromedular cervical, luxación cervical y sección medular completa” con “riesgo de discapacidad permanente” y “riesgo de deterioro de integridad cutánea resultante de la inmovilidad física”. Frente a este panorama se recomendó una intervención quirúrgica para evitar que se consolidara el daño sufrido, la misma que se programó para el 12 de abril de 2007. Sin embargo, dado que antes se supo por medio de la evaluación psicológica que L.C. había sido abusada sexualmente y que fue su miedo sobre el embarazo lo que motivó su intento de suicidio, se constató clínicamente el embarazo y por eso razón se suspendió la operación quirúrgica programada. Pese a que la madre de la adolescente solicitó formalmente a la Dirección del hospital un aborto terapéutico que permitiera la realización de la intervención, el pedido fue desestimado por la Junta Médica 42 días después de presentada la solicitud, en el entendido que la vida de la paciente no estaba en riesgo, sin considerar el estado de deterioro de su salud física y mental. La Defensoría del Pueblo solicitó a la Comisión de Alto Nivel de Salud Reproductiva del Colegio Médico del Perú un informe del caso en que se señaló que la salud física y mental de la L.C. estaba en grave riesgo lo que justificaría un aborto terapéutico si se solicitara. Basándose en esta documentación, la madre de la adolescente pidió la reconsideración de la negativa a la interrupción de la gestación la misma que fue respondida 20 días después de forma negativa. En el ínterin, L.C. sufrió un aborto espontáneo y solo después de eso se programó la operación para

⁹⁴ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. CEDAW/C/50/D/22/2009, dictamen aprobado el 17 de octubre de 2011. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009_sp.pdf

sus lesiones de columna, la que se realizó casi tres meses y medio después de que se decidiera la necesidad de la misma. Pese a que L.C. debía acceder a una terapia de rehabilitación intensiva, esta no comenzó sino cuatro meses después, siendo sufragada por su familia, y no ha sido constante por su falta de recursos económicos.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer consideró que la falta de acceso a un procedimiento eficaz y accesible que permitiese a la adolescente establecer su derecho a los servicios de salud física y mental que requería —lo que incluía el aborto terapéutico y la operación de la columna— constituyó una violación del artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer que protege el derecho a la salud⁹⁵, violación agravada por la edad y por la condición de víctima de violación sexual.

Asimismo, el Comité consideró que la decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección al feto debe prevalecer sobre la salud de la madre, lo que constituyó una violación del artículo 5 de la Convención que señala la obligación estatal de modificar patrones socioculturales discriminatorios⁹⁶.

⁹⁵ Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 12. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

⁹⁶ Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 5. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Por último, el Comité dictaminó que L.C. no dispuso de un recurso efectivo que le permitiera resguardar su salud por medio de la solicitud del aborto terapéutico, legal en el Perú, lo que constituyó una violación conjunta del artículo 2 incisos c) y f)⁹⁷ y del artículo 3⁹⁸ de la Convención que señalan la obligación del Estado de adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la protección de las mujeres contra actos de discriminación y para modificar o derogar leyes que constituyan discriminación contra la mujer.

En el dictamen se señaló que estos artículos han sido vulnerados conjuntamente con el artículo 1 que recoge la definición de discriminación basada en sexo⁹⁹.

Sobre la base de estas consideraciones, el Comité formuló al Estado peruano las siguientes recomendaciones:

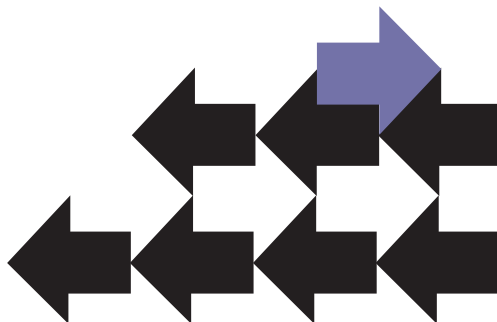
- a. Proporcionar a L.C. medidas de reparación que incluyan una indemnización adecuada por daños morales y materiales así como medidas de rehabilitación acordes a la gravedad de la violación de sus derechos y de su estado de salud.

⁹⁷ Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 2. Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: [...] c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; [...] f) Adaptar todos las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer

⁹⁸ Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 3. Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

⁹⁹ Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 1. A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

- b. Establecer un mecanismo para el acceso efectivo al aborto terapéutico en condiciones que protejan la salud física y mental de las mujeres e impidan que en el futuro se produzcan violaciones similares a las del presente caso.
- c. Tomar medidas en relación a los derechos reproductivos que sean conocidas y respetadas en todos los centros sanitarios lo que incluye: i) programas de enseñanza y formación para que las y los profesionales de salud cambien sus actitudes y comportamientos en relación a las adolescentes que desean recibir servicios de salud reproductivas y que respondan a sus necesidades específicas relacionadas con la violencia sexual, y ii) directrices o protocolos para garantizar la disponibilidad y acceso a servicios de salud públicos.
- d. Examinar la interpretación restringida del aborto terapéutico.
- e. Revisar la legislación para despenalizar el aborto cuando el embarazo tenga como causa una violación sexual.





VI. Conclusiones

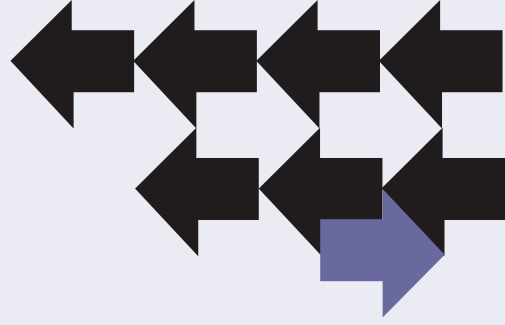
En el Perú, la interrupción voluntaria del embarazo aún está prohibida, con lo cual el Estado, por un lado, interviene en la capacidad de elección de las mujeres privándolas del derecho a decidir ser madres o no y, por otro, con la prohibición, se abstiene de prestar el servicio médico necesario, con la consecuente exposición al riesgo de la integridad, salud y vida, todo legitimado por una protección absoluta de la vida prenatal. Esta regla general de penalización se extiende a los casos específicos de embarazos consecuencia de una violación sexual y cuando se ha determinado médicamente que la vida prenatal es inviable por malformaciones que lo hacen incompatible con la vida extrauterina; en estos casos solo existe una represión atenuada pero el aborto sigue siendo considerado delito, con todo lo que esto implica.

El Derecho penal es utilizado como una herramienta estatal para brindar dicha protección a la vida prenatal; sin embargo, para que sea una herramienta justificada constitucionalmente, debe no solo ser adecuada, sino también necesaria y proporcional a los bienes jurídicos que afecta. No debemos olvidar que el derecho penal, en tanto prohíbe conductas mediante la amenaza de sanción, se convierte en una intervención en los derechos fundamentales: estos *prima facie* justifican las conductas que luego el Derecho penal prohíbe. Las normas penales se sustentan en la protección de un bien jurídico, que a su

vez puede identificarse con un derecho fundamental (como la vida prenatal), y restringen conductas que pueden ponerlo en peligro o lesionarlo (en el caso, el ejercicio de la libertad para interrumpir el embarazo) y ello debe justificarse desde un punto de vista constitucional. Esta justificación pasa por analizar, a través del principio de proporcionalidad, si la intervención penal –vía la prohibición mediante la tipificación de conductas aparejadas con una sanción– es legítima desde un punto de vista constitucional.

El análisis de proporcionalidad de la intervención penal se desdobra en dos fases: se analiza, por un lado, si la tipificación de la conducta prohibida y, por otro, si el tipo y cuantía de la sanción empleada por el/la legislador/a penal son medios *adecuados* y *necesarios* para la protección del bien jurídico constitucional que las fundamenta, y si –a su vez– este bien reviste una importancia tal que su protección justifica en el mismo grado la lesión de otro derecho fundamental (*ponderación o proporcionalidad en sentido estricto*).

Respecto de la tipificación de la interrupción voluntaria del embarazo cuando el mismo es consecuencia de una violación sexual, en aplicación del principio de proporcionalidad, consideramos que es una medida apta para proteger la vida prenatal, pues sí existe una relación de causalidad adecuada entre esta y la protección del concebido. Asimismo, consideramos que la prohibición penal es una medida necesaria pues no existe otra alternativa igual de idónea que la intervención penal y que intervenga menos en el derecho de las mujeres a decidir, para proteger la vida prenatal. Sin embargo, en el análisis de ponderación, debe considerarse que la protección de la vida prenatal, que es



el bien jurídico constitucional que justifica la intervención penal en el derecho fundamental de la mujer a decidir, no es un fin absoluto, sino relativo, que puede ceder dependiendo de las circunstancias fácticas y los otros bienes jurídicos constitucionales que pueden verse afectados en dichas circunstancias. En este sentido, la prohibición penal del aborto en el supuesto de que el embarazo es consecuencia de una violación sexual afecta no solo la capacidad de decisión que tienen las mujeres de decidir ser madres o no, capacidad que se sustenta en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y en el principio de autonomía personal, sino que también vulnera su derecho fundamental a la salud tanto física como mental, y el derecho a no ser sometidas a tratos crueles ni degradantes en tanto la prohibición penal determina su instrumentalización pues las convierte en meros recipientes de la vida prenatal, lo que atenta a su vez contra su derecho a la dignidad como seres humanos sujetos de derecho.

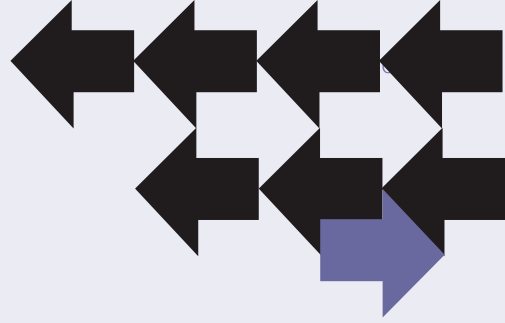
En relación con el tipo y cuantía de sanción prevista en el tipo penal de aborto de un embarazo producto de violación sexual, por su carácter de pena mínima (menos de cuatro años de pena privativa de la libertad), su ejecución podría ser suspendida con lo cual no habría una efectiva privación de libertad. Esto hace no idónea a la medida de intervención pues su potencial desincentivador de conductas es prácticamente nulo. Estamos frente a penas simbólicas que no tienen eficacia preventiva pues se siguen produciendo abortos al margen de la norma penal. Además, en nuestro ordenamiento está vigente una distinción discriminatoria entre las penas aplicables según si la violación se produjo fuera o dentro de un matrimonio, lo que es fuente adicional de invalidez constitucional.

Respecto de la tipificación de la interrupción voluntaria del embarazo cuando se ha determinado médicamente que la vida prenatal es incompatible con la vida extrauterina por malformaciones letales, en aplicación del principio de proporcionalidad, consideramos que se puede afirmar –al igual que en el supuesto anterior– que la prohibición penal en sí misma resulta ser un medio adecuado y necesario para proteger la vida prenatal. No obstante, cuando se realiza el análisis de los bienes jurídicos constitucionales en conflicto, la balanza se inclina a favor de la protección de los derechos fundamentales de las mujeres. Dado que se trata de una vida que no es viable, resulta razonable permitir a las mujeres decidir si prosiguen o interrumpen el embarazo; en ello no solo está en juego su capacidad de decidir asociada a su autonomía y su derecho a la libertad, sino una serie de derechos fundamentales tales como su salud física y mental, y su dignidad en tanto la prohibición penal –al igual que en el supuesto anterior– las instrumentaliza y subordina a la protección del concebido.

En relación con la sanción prevista para este supuesto, al igual que en el caso de la violación sexual, tenemos que no resulta ser un medio adecuado para lograr la protección buscada.

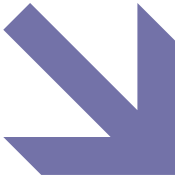
Por lo expuesto, en ambos supuestos, el del aborto en casos de violación sexual y en casos de malformaciones letales, ni la norma de conducta tipificada ni la sanción prevista superan el juicio de proporcionalidad y, con base en ello, debe considerárseles a ambas como inconstitucionales.

La despenalización del aborto supone, en último término, que el Estado le devuelva a las mujeres uno de sus derechos fundamentales básicos: su



derecho a decidir, conforme a su personal proyecto de vida, ser madres o no en las circunstancias anotadas. Esa capacidad de decidir no existe en la medida que, aún con penalidades simbólicas, el aborto en estos casos es una conducta proscrita que convierte a las mujeres en delincuentes. Esa capacidad de decidir puede significar que se continúe con la gestación a pesar de la vulneración de los propios derechos, decisión que tendrá que ser respetada y respaldada por el Estado que deberá desplegar los recursos necesarios para ello. Pero la capacidad de decidir puede, en un escenario de despenalización, significar también que se interrumpa el embarazo y ello debe ser igualmente respetado y respaldado por el Estado con los recursos que eso demande. La despenalización del aborto requiere que el Estado asuma el rol que le corresponde como garante de los derechos fundamentales.

Como señala Atienza, es innegable que para muchas personas el aborto representa un mal absoluto, juicio que proviene de su propia conciencia, pero ello no es una razón apta para justificar la punición penal del aborto en los supuestos mencionados. **Un castigo penal injustificado no solo es un mal absoluto, sino una forma de atentar contra la dignidad de las personas** (2010: 143). Por ello, apremia una revisión de la legislación penal vigente para adecuarla a los estándares constitucionales, que coinciden con los internacionales, aunque la argumentación desplegada puede ser usada también para inaplicar las normas penales en los procesos en que algunas mujeres sean investigadas por no optar por el heroísmo que el derecho penal vigente requiere de ellas a costa de sus derechos.



Referencias bibliográficas

ABAD YUPANQUI, Samuel

2008 *Validez constitucional del aborto terapéutico en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex).

AGUADO CORREA, Teresa

2010 "El principio de proporcionalidad en el derecho penal peruano". En Carbonell, Miguel y Pedro Grández Castro (coordinadores). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, pp. 257-296.

AGUIAR DE LUQUE, Luis

1994 "Los límites de los derechos fundamentales". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid, número 13, enero-abril de 1993, pp. 9-34.

ALEXY, Robert

2008 *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Segunda edición. Madrid: CEPC.

1994 "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional". *Isonomía. Revista de teoría y Filosofía del Derecho*, número 1, pp. 37-49.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique

2004 "El sistema constitucional español de derechos fundamentales". *Corts. Anuario de derecho parlamentario*. Valencia, número 15, pp. 115-146. Consulta: 16 de enero de 2013.

<<http://ciencia.urjc.es/bitstream/10115/1747/1/El%20sistema%20constitucional%20espa%C3%B1ol%20de%20Derechos%20Fundamentales.pdf>>

ATIENZA, Manuel

2010 "Análisis de algunos problemas bioéticos". En ATIENZA, *Manuel. Bioética, Derecho y argumentación*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores / Editorial Temis, pp. 101-164.

BELTRÁN Y PUGA, Alma, Ximena ANDIÓN y Mercedes CAVALLO

2012 *Informe sobre la situación de la accesibilidad al aborto no punible en América Latina y el Caribe*. s/l: Asociación por los Derechos Civiles (ADC) / Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE).

BERGALLO, Paola y Ana Cristina GONZÁLEZ VÉLEZ

2012 *Interrupción legal del embarazo por la causal violación: enfoques de salud y jurídico*. Bogotá: Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, Alianza Nacional por el Derecho a Decidir, Consorcio Latinoamericano contra el aborto inseguro y Federación Latinoamericana de Sociedades de Ginecología y Obstetricia.

BERNAL PULIDO, Carlos

2010 "La racionalidad de la ponderación". En CARBONELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (coordinadores). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, pp. 37-57.

2009 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Consulta: 5 de julio de 2012.

<http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/publicaciones/file/08_derechos.pdf>

2007a "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales en la Constitución española?". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 30, pp. 273-291. Consulta: 6 de julio de 2012.

<http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf>

2007b *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Tercera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta

1998 *La regulación jurídica del aborto en América Latina y el Caribe. Estudio comparativo*. Lima: Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la Mujer (Cladem).

2006 "La violencia contra la mujer y los derechos sexuales y reproductivos: develando conexiones". Documento de referencia para la Reunión de expertos sobre Población, Desigualdades y Derechos Humanos convocada por el CELADE – División de Población de la CEPAL, la Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Fondo de Población de las Naciones Unidas. Santiago de Chile. Consulta: 20 de enero de 2013.

<<http://www.eclac.org/celade/noticias/paginas/6/27116/BermudezV.pdf>>

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel

2000 *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Lima: Editorial San Rosa.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis

2007 "El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional español". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo I. Montevideo, año 13, pp. 121-145.

2005 "¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 12, enero-junio de 2005, pp. 99-129. Consulta: 05 de julio de 2012.

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/12/ard/ard4.pdf>>

COHEN, Jean L.

2001 "Para pensar de nuevo la privacidad: la autonomía, la identidad y la controversia sobre el aborto". En BLANCK-CEREJIDO, Fanny et al. *Sexualidad y derechos ciudadanos*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, pp. 103-149.

COOK, REBECA et al.

2008 "Prenatal management of anencephaly". *International Journal of Gynecology and Obstetrics*. Irlanda, número 102, pp. 304-308.

DADOR, María Jennie

2011 "Barreras para el acceso a los derechos reproductivos. La penalización del aborto en casos de embarazo por violación". *Jurisprudencia argentina*. Buenos Aires, fascículo 9 (2011-II), pp. 4-9.

ESCRIBENS PAREJA, Paula

2012 *Milagros y la violencia del conflicto armado interno. Una maternidad forzada*. Lima: Demus Estudio para la defensa de los derechos de la mujer.

2009 *Aborto terapéutico y salud mental*. Lima: Demus Estudio para la defensa de los derechos de la mujer.

FERRAJOLI, Luigi

2001 "Pasado y futuro del estado de derecho". *Revista internacional de filosofía política*. México D.F., número 17, pp. 31-46.

FERRANDO, Delicia

2006 *El aborto clandestino en el Perú. Revisión*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán.

GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina

2008 *Causal Salud. Interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos*. Bogotá: Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, Alianza Nacional por el Derecho a Decidir.

GRETHER GÓNZÁLEZ, Patricia

2008 "El diagnóstico prenatal y el aborto por enfermedad fetal". En GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA. *El diagnóstico prenatal y el aborto*. México D.F.: Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), pp. 21-40.

GUASTINI, Riccardo

2001 *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara / UNAM.

HASSEMER, Winfried

1984 *Fundamentos de derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch.

HURTADO POZO, José

1996 "Aborto y Constitución". En GONZALES AMUCHÁSTEGUI, Jesús et al. *Derechos humanos de las mujeres. Aproximaciones conceptuales*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, pp. 219-236.

JAKOBS, Günther

2001 *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

LANDA ARROYO, César

2006a *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*. México: Porrúa.

2006b "Interpretación constitucional y Derecho Penal". En HURTADO POZO, José (director). *Interpretación y aplicación de la ley penal. Anuario de derecho penal 2005*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo.

2002 "Teorías de los derechos fundamentales". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 6, enero-junio de 2002, pp. 49-71. Consulta: 6 de julio de 2012.

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/6/ard/ard3.pdf>>

LANDA ARROYO, César; ARANGÜENA FANEGO, Coral y Eduardo FERRER MAC-GREGOR

s/a "El derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Inédito.

LOPERA MEZA, Gloria Patricia

2010 "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales". En Carbonell, Miguel y Pedro Grández Castro (coordinadores). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, pp. 157-187.

2011 "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia". *Revista de Derecho*. Valdivia, volumen XXIV, número 2, pp. 113-138.

LLAJA VILLENA, Jeannette

2009 *El derecho a la vida del concebido y la regulación del aborto*. Lima: Demus Estudio para la defensa de los derechos de la mujer.

2008 *La penalización del aborto: un problema de derechos humanos*. Lima: Demus Estudio para la defensa de los derechos de la mujer.

NINO, Carlos Santiago.

1989 *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Segunda edición. Buenos Aires: Astrea.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo

2004 "Los derechos fundamentales y la Constitución a los veinticinco años". *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, número 2, pp. 17-38. Consulta: 16 de enero de 2013.
<<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero2/retortillo.pdf>>

MENDOZA ESCALANTE, Mijail

2005 "La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares". Consulta: 23 de septiembre de 2012.
<http://www.consultoriaconstitucional.com/articulos/pdf/iii/efectos_horizontales.der.fund.pdf>

MUÑOZ CONDE, Francisco

1975 *Introducción al derecho penal*. Barcelona: BOSCH.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

2012 *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems*. 2da edición. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.

2011 *Unsafe abortion: global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008*. 6ta edición. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.

2003 *Aborto sin riesgos. Guía técnica y de políticas para sistemas de salud*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.

PINEDA LONDOÑO, Natalia

2011 "Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en mujeres embarazadas por violación: el caso de Cali, Colombia". En TÁVARA OROZCO, Luis (editor). *Investigaciones e intervenciones sobre violencia sexual desarrolladas en América Latina y el Caribe*. Lima: Comité de Derechos Sexuales y Reproductivos de la Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología y Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex), pp. 39-67.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex

2002 *Manual de Derecho de Familia*. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica.

RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz y Jeannette LLAJA VILLENA

2011 *Los lentes de género en la justicia internacional. Tendencias de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos relacionada a los derechos de las mujeres*. Lima: Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la Mujer (Cladem).

RAMÓN MICHEL, Agustina

2011 "Entre la acción y la espera: el acceso al aborto legal en América Latina". En CABRERA, Oscar et al. *Los derechos reproductivos: un debate necesario*. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex), pp. 25-43.

RONDÓN RONDÓN, Martha

2006 *Salud mental y aborto terapéutico*. Lima: Consorcio de investigación económica y social (CIES).

ROXIN, Claus

2010 "El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual". En REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Derecho penal y modernidad*. Lima: Ara Editores, pp. 121-139.

1982 "El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo", en AAVV. *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, pp. 5-27.

RUIZ MIGUEL, Alfonso

2002 "El aborto, entre la ética y el derecho". *Telos. Revista iberoamericana de estudios utilitaristas*. Santiago de Compostela, volumen 11, número 2, pp. 105-124.

1996 "El aborto: un problema pendiente". *Leviatán*. Madrid, II Época, número 63, pp. 91-106. Consulta: 24 noviembre de 2012.
<<http://prensahistorica.mcu.es/en/consulta/registro.cmd?id=1010092>>

RUIZ RUIZ, Ramón

2006 "La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española". *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, número 10, 2006/2007, pp. 53-77. Consulta: 16 de enero de 2013.
<<http://www.rtfed.es/numero10/3-10.pdf>>

SÁNCHEZ PÉREZ, Jorge Humberto

2011 *Análisis del Aborto Derivado de Casos de Violación Sexual dentro del Modelo Jurídico Vigente en el Perú: Una Aproximación Desde los Fundamentos Filosóficos del Artículo Primero de La Constitución Política del Perú*. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. Consulta: 24 de noviembre de 2012.

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/785/SANCHEZ_PEREZ_JORGE_HUMBERTO_ANALISIS_ABORTO.pdf>

SEDGH, Gilda, et al.

2012 "Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008". *The Lancet*. Londres, volumen 379, número 9816, pp. 625-632.

SERNA DE LA GARZA, José María

2012 *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Consulta: 10 de octubre de 2012.

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3154>>

SILVESTRONI, Mariano H.

2004 *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

SOBREVILLA, David

1996 "El modelo jurídico de reglas principios y procedimientos de Robert Alexy". *Isonomía. Revista de teoría y Filosofía del Derecho*, número 4, pp. 97-113. Consulta: 05 de julio de 2012.

<<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474063322636384254480/isonomia04/iso09.pdf>>

SOCIEDAD PERUANA DE OBSTETRICIA Y GINECOLOGÍA

2005 *Taller de Sociedades Médicas para identificar el perfil clínico para*

el aborto terapéutico. Lima: Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología y Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex).

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE OBSTETRICIA Y GINECOLOGÍA

2010 *Declaración de la Comisión de Bioética de la SEGO sobre la Ley Orgánica 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*. Consulta: 26 de octubre de 2012.

http://www.sego.es/Content/pdf/Documento_Final_Bioetica_Aborto_2.pdf

TAMAYO LEÓN, Giulia

2001 *Bajo la piel. Derechos sexuales, derechos reproductivos*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán.

TÁVARA OROZCO, Luis

2006 *Por qué la anencefalia debe justificar el aborto terapéutico*. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex).

TÁVARA OROZCO, Luis; JACAY MUNGUÍA, Sheilah Verena y María Jennie DADOR TOZZINI

2007 *Apuntes para la acción: el derecho de las mujeres a un aborto legal. Cumplimiento del aborto terapéutico y fundamentación para la ampliación de las causales de aborto por violación y por malformaciones congénitas incompatibles con la vida*. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex).

TERRADILLOS BASOCO, Juan M.

2003 "La Constitución penal. Los derechos de la libertad". En CAPELLA, Juan-Ramón (editor). *Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid: Trotta, pp. 355-381.

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José

2000 "Los aportes del Derecho Penal y la despenalización del aborto".

En *Mortalidad materna y aborto inseguro. Enfrentando la realidad*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán / Demus Estudio para la defensa de los derechos de la mujer.

VILLANUEVA FLORES, Rocío

2009 “El conflicto entre principios constitucionales en el caso del delito de aborto por violación sexual”. En JIMÉNEZ BULLAÍN, Maritza (compiladora). *Instrumentos internacionales y regionales de protección a las mujeres contra la violencia*. s/l: Articulación regional feminista por los derechos humanos y la justicia de género. Consulta: 8 de noviembre de 2012.

<http://www.observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/otros/Instrumentos_Intern_Reg_Proteccion_Mujeres_c_Violencia.pdf>

1996 “El aborto: un conflicto de derechos humanos”. En GONZALES AMUCHÁSTEGUI, Jesús et al. *Derechos humanos de las mujeres. Aproximaciones conceptuales*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, pp. 187-217.

PROMSEX

Centro de Promoción y Defensa de los
Derechos Sexuales y Reproductivos



PROMSEX

Centro de Promoción y Defensa de los
Derechos Sexuales y Reproductivos

