

ABORTO POR VIOLACION: COLISION DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Violeta Bermúdez Valdivia *

SUMARIO: I. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA PROBLEMÁTICA DEL ABORTO. 1. Tratamiento Legislativo Nacional. 1.1. Legislación Penal. 1.2. Fundamentos Legales de la Criminalización del Aborto. 2. Efectos de la criminalización del aborto: Ineficacia de la Ley. 3. La polémica del "Aborto Sentimental". II. ABORTO POR VIOLACION: INTERESES EN CONFLICTO. 1. Derechos del Concebido y su protección constitucional. 2. Derechos de la Mujer Violada y su protección constitucional. III. CONSTITUCIONALIDAD DE LA DESCRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO POR VIOLACION. 1. La Colisión de Derechos Constitucionales. 1.1. Alcances y Contenidos de los Derechos en colisión. 1.2. Titularidad del Derecho a la vida. 2. Prelación de los Derechos en Colisión. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.

(*) Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, con estudios en Magister en Derecho, con Mención en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinadora del Área Legal del Movimiento Manuela Ramos e integrante del Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM-PERU).

En el Perú, como en la mayoría de países de América Latina, el Aborto es un grave problema cuya discusión ha estado escondida bajo el tapete desde muchas décadas atrás. Su criminalización lo ha convertido en un acto clandestino con consecuencias graves para la vida y salud de miles de mujeres.

Esta clandestinidad, precisamente, impide que se conozca la magnitud real del problema por lo que resulta imposible contar con estadísticas precisas sobre su incidencia y sus riesgos. Gran parte de los datos con que se cuentan derivan de los casos de complicaciones post-aborto que llegan a algunos Centros de Salud. Por ejemplo, la Maternidad de Lima ha hecho un estimado de 6,600 abortos como promedio anual. En el primer semestre de 1984, se registraron 3,512 casos de complicaciones por abortos inducidos, lo que significa un promedio de 19 casos diarios. Sin embargo, se estima que en 1990, a nivel nacional, se efectuaron 200,000 abortos, es decir un promedio de 548 casos por día.

En 1987, las consecuencias de los abortos clandestinos significaron el 34.6% de las hospitalizaciones en el país y en 1981, el 21% de muertes maternas se relacionaron directamente con abortos provocados.¹

El aborto provocado y sus consecuencias -la interrupción del proceso de gestación-, puede analizarse desde distintas perspectivas, moral, médica, sociológica, jurídica, política y/o religiosa.

Desde el punto de vista jurídico, a nivel mundial, el tratamiento del aborto ha sufrido una serie de transformaciones con el transcurrir del tiempo. Luego de su impunidad absoluta² y la posterior penalidad³ podemos afirmar que se ha logrado

¹ *La Mortalidad Materna es inevitable?*. Publicación del Colectivo Feminista por los Derechos Reproductivos. Lima, abril de 1988; p.8.

² En los pueblos antiguos casi no se legisló sobre el aborto. En Egipto se permitía. Aristóteles en el libro VII de su *Política* señala que, "cuando es excesivo el número de ciudadanos puede autorizarse el aborto, antes de la anidación del feto". Es esta también, la opinión de Platón que aconsejó el aborto en Grecia para contener el excesivo aumento de la población. En Roma, en su primera época, no se consideró el aborto voluntario como delito. (Citado por: Cabanellas, Guillermo. *"El Aborto: su problema social, médico y jurídico"*. Buenos Aires, 1945; p.20 y 21).

³ No fué sino hasta la llegada del cristianismo cuando pasó a convertirse en práctica punible, no obstante que la Iglesia Católica distinguía la muerte del feto que aún no tenía alma de aquél en el que ya residía. "El feto no era un ser humano con alma humana, hasta, al menos, 40 días después de la concepción". (En: *"La Historia de las Ideas sobre el Aborto en la Iglesia Católica"*. Hurst, Jane. Serie publicada por Católicos por el derecho a escoger. U.S.A., p.4).

una vigorosa tendencia a declarar no punibles los abortos practicados con consentimiento de la mujer en establecimientos adecuados y por médicos calificados y autorizados o, cuando menos, se establece la licitud de ciertos abortos por causas terapéuticas, es decir en caso de peligro para la vida o salud de la madre; por causas eugenésicas, cuando existe probable malformación fetal (física o mental); en casos de embarazos producto de violaciones; por razones de carácter socio-económico; etc.

Estas formas de descriminalización - conocidas como "*sistema de las indicaciones*"- viene debatiéndose en varios países de América Latina, y, particularmente, en el nuestro constituyó uno de los aspectos más polémicos del debate del nuevo Código Penal promulgado en abril de 1991.

1. TRATAMIENTO LEGISLATIVO NACIONAL

1.1. Legislación Penal

La regulación jurídica del aborto en nuestro país, se ha caracterizado por su naturaleza prohibitiva. Como regla general, el aborto es un delito desde nuestro primer Código Penal (1,863), donde si bien aparece, sistemáticamente, ya separado de los homicidios se agrupa con ellos bajo el título común de "delitos contra la persona".⁴

El Código Penal de 1863, permanece vigente hasta la promulgación de nuestro Código de 1924, el cual introdujo dos importantes modificaciones: el aumento de las penas y la incorporación del aborto terapéutico como práctica lícita.⁵ Con el objeto de tener un panorama claro acerca del tratamiento legislativo del aborto en el Perú consideramos pertinente hacer referencia a algunos Proyectos de Código Penal posteriores a 1924.

En 1928, apenas cuatro años después de promulgado el texto del 24, los parlamentarios Cornejo y Jimenez, elaboraron un proyecto que si bien conservó la sistemática legal del aborto del Código del 24, incrementó las indicaciones eugenésica y ética que, en conjunto con la terapéutica, fueron reunidas como

4 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "*Política Criminal Peruana*". Cultural Cuzco. Lima, 1985, p.79.

⁵ Código Penal Peruano, art.163.

supuestos del "*aborto necesario*".⁶ En aquél entonces Argentina ya había incorporado en su Código de 1921 tales indicaciones siguiendo el anteproyecto suizo de 1916. El Proyecto de Cornejo y Jimenez no fue aceptado y fue calificado por Jimenez de Asúa como el "*proyecto inoportuno*". Desde entonces, han de transcurrir muchos años para que en nuestro derecho se vuelva a discutir la inclusión de las indicaciones ética y/o eugenésica.

En 1972, una nueva Comisión Revisora del Código Penal optó por no desarrollar cambios en relación a la figura penal del aborto.

En la última década, concretamente desde 1984, se han venido elaborando una serie de proyectos de modificatoria del Código del 24, frente a la obsolescencia de las figuras delictivas y sanciones que contemplaba. En total se han publicado seis Proyectos además del texto promulgado.

El Proyecto publicado el 3 de setiembre de 1984, no introducía innovación alguna en el título de Aborto, mantenía como no reprimible el aborto terapéutico. El proyecto del 20 de octubre del mismo año, incorporó la tipificación del aborto "*honoris causa*"⁷ como figura atenuada e introduce la indicación ética como figura no punible.

Los proyectos publicados el 19 de agosto de 1985 y el 31 de marzo de 1986, mantienen la no punibilidad del aborto terapéutico y del aborto ético, y añaden la posibilidad legal del aborto en caso de inseminación artificial no consentida.

El Proyecto de Código Penal de julio de 1990, entre sus innovaciones, además de la descriminalización del aborto terapéutico, incluye la licitud del aborto eugenésico y del aborto en caso de inseminación artificial no consentida y el aborto ético o sentimental, es decir cuando la concepción es el resultado de un acto de violencia sexual.

A partir de la publicación de este último texto se inicia un arduo debate que se centra fundamentalmente en el supuesto de la descriminalización del aborto en caso de violación. Como consecuencia de esta polémica, teñida más que por argumentos jurídicos por presiones de tipo "moral" y religioso; el Proyecto de enero de 1991, deshecha la propuesta e introduce una variante: su tipificación como figuras

6 PRADO SALDARRIAGA, V. *ob.cit.* p.82.

7 Aquél que tiene por objeto ocultar la deshonra de la mujer.

atenuadas. Esta posición es mantenida en el texto promulgado, aunque con una sanción más atenuada aún que la indicada en el proyecto de enero. De esta manera, en el nuevo cuerpo normativo, el aborto sigue siendo considerado como delito, dentro del Título de Delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de dos años o, alternativamente, con prestación de servicio comunitario de 52 a 104 jornadas. Así mismo, la interrupción del proceso de gestación por indicación terapéutica sigue siendo una posibilidad lícita y se introduce la criminalización atenuada y, a nuestro parecer, meramente simbólica (pena privativa de la libertad no mayor de tres meses), en dos supuestos:

"Art. 120o. (...):

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de 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 graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico".

1.2. Fundamentos Legales de la Criminalización del Aborto

Aunque el inicio de la tutela penal de la vida la estableció el Código Sanitario en su art. 17, al declarar que:

Artículo 17.- Con la concepción comienza la vida humana y nace el derecho a la salud",

se sostiene que la penalización del aborto en el Perú, tiene actualmente su fundamento en el artículo 2o. inciso 1 de nuestra Carta Política, que a la letra dice:

Artículo 2o.- Toda persona tiene derecho:

1. A la vida,...). *Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece*".

Así mismo, la ley civil reconoce un futuro goce de determinados derechos que le sean favorables al ser en formación, siempre y cuando nazca vivo:

"Artículo 1o.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. *La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derechos para todo cuanto le favorece* . La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo".(C.Civil).

Por otro lado, la Ley de Política Nacional de Población⁸ en el artículo IV de su Título preliminar establece:

"Artículo IV.- La política de población garantiza los derechos de la persona humana:

1. A la vida. *El concebido es sujeto de derecho desde la concepción.(...)"*.

En síntesis, para nuestra legislación nacional, el bien jurídico tutelado al criminalizar el aborto, es la vida en su fase formativa. Conforme a las normas aludidas se infiere que la concepción da inicio a la protección penal de la vida. Sin embargo, no es posible deducir de ellas una protección equivalente al producto de la concepción y a la persona (individuo nacido vivo), pues causar la interrupción del embarazo no constituye homicidio⁹. De esta manera, las contracciones uterinas fijarían el límite entre aborto y homicidio.

2. Efectos de la Criminalización del Aborto: Ineficacia de la ley

Por lo general, se argumenta que la criminalización del aborto tiene una doble función: por un lado, tendría una función preventiva pues la sanción sería un elemento disuasorio para la comisión de estos hechos, y por otro lado, cumpliría con una función represiva al imponer sanciones a quienes incurran en prácticas abortivas. Sin embargo, la realidad nos demuestra que la penalización del aborto no tiene como consecuencia una menor incidencia en el número de abortos que se practican en nuestro país, hemos señalado que diariamente, se producen cuando menos 548 interrupciones voluntarias de embarazos. Por otro lado, esta criminalización tampoco tiene por resultado la imposición masiva de sanciones penales pues, en la práctica judicial son pocos los casos de aborto que llegan a ser juzgados. En 1978, en el Cuarto Tribunal Correccional de Lima, de un total de 668 causas tramitadas, sólo una fue por aborto.¹⁰ En 1990, de una población carcelaria de 28,000 internos, sólo 21 casos se trataban de ingresos por abortos.

⁸ Decreto Legislativo 346, promulgada el 06 de julio de 1985.

⁹ HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal", Parte Especial I. "Homicidio y Aborto". Lima, 1981; p.186.

¹⁰ HURTADO POZO, J. *ob.cit.* p.165.

Por lo general, los pocos casos que llegan a procesos judiciales son aquéllos en los que la mujer falleció como consecuencia de la práctica abortiva y en los que pudo identificarse a quien o quienes lo practicaron.

En consecuencia, las normas legales que reprimen el aborto en nuestro país resultan inaplicables. El efecto real de esta ley sancionadora es la práctica del aborto clandestino con graves consecuencias para la vida y la salud de muchas mujeres peruanas, fundamentalmente de aquéllas que, por carencia de recursos, se ven obligadas a sufrir abortos sépticos. Al respecto, en el año 1987, la Conferencia Internacional sobre Maternidad sin Riesgo, patrocinada por la OMS (Organización Mundial de la Salud), el Banco Mundial y el Fondo de Naciones Unidas para actividades de población, concluyó en que el aborto clandestino de embarazos indeseados causa, aproximadamente, del 25% al 50% de muertes maternas, simplemente porque las mujeres no tienen acceso a los servicios de planificación familiar que desean y necesitan o no tienen acceso a intervenciones seguras y/o tratamiento humanitario para las complicaciones del aborto.

De esta manera, pues, se evidencia el divorcio que existe entre el sistema normativo y la realidad social.

3. La Polémica del "aborto sentimental".¹¹

En el mes de julio de 1990, semanas antes de la transferencia del mandato presidencial, el Perú fué escenario de un debate inesperado en torno al tema de la despenalización del "aborto sentimental". El debate se inicia a partir del anuncio, por uno de los miembros de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Penal, de la entrega de este nuevo cuerpo de leyes al Presidente de la República para su promulgación. Estamos convencidas que se habría promulgado el nuevo Código Penal, si los autores de la propuesta no hubieran ampliado las situaciones de impunidad en la figura del aborto.

Como indicamos anteriormente, este Proyecto además de mantener la licitud del aborto terapéutico, incluyó la posibilidad legal del aborto eugenésico, del aborto por inseminación artificial contra la voluntad de la mujer y del aborto ético o sentimental, es decir cuando la concepción es el resultado de una violación.

Los primeros en pronunciarse frente a la publicidad de estas innovaciones fueron los representantes de la Iglesia Católica y el Decano del Colegio de Abogados de

¹¹ Propiamente, aborto por violación. Conocido también como "aborto ético" o "aborto por honor".

Lima, entre otros. Sus posiciones eran categóricas; de ninguna manera podía aceptarse la despenalización del aborto *ni siquiera* en el caso de estar frente a un embarazo producto de una violación. Se esgrimieron diferentes argumentos, desde aquéllos que defendían la vida humana hasta los que levantaban cuestionables valores respecto a la vida sexual de las personas.¹² Para efectos del presente estudio nos referiremos, básicamente, a aquéllos que enfatizaban el respeto irrestricto del derecho a la vida del ser en gestación y la "inconstitucionalidad" de la disposición planteada. Veamos algunos de ellos:

"Es un *atentado contra* los derechos humanos que preservan la *vida* de las personas en cualquier etapa de su existencia".

-Fernando Vidal Ramírez-Decano C.A.L.¹³

"Es un *atentado contra* los derechos humanos, la fe y la *Constitución* que ampara la *vida* de las personas (...)"

-Arzobispo de Lima.¹⁴

"Se trata de una precipitación impertinente *anticonstitucional*".¹⁵

"Salvo que se produzca una modificación constitucional, *ninguna norma puede autorizar que a una vida humana se le arranque su primer derecho: vivir. (...).*

Lo prudente parece ser suprimir el artículo... Hay para esto razones de peso: la protesta expresa de la Iglesia, el problema moral, el *conflicto directo con la Constitución y el Código Civil...*".

¹² Un representante de la Asociación de Médicos Católicos llegó a señalar que "*permitir el aborto significaría estimular el relajamiento de las costumbres, el libertinaje sexual con todas sus secuelas, especialmente el SIDA, corromper a la juventud y destruir a la familia peruana*". Declaraciones del Dr. Luis Giusti La Rosa, médico y Diputado En: Diario El Comercio. Lima, 07 de julio de 1990.

¹³ Declaraciones en Diario El Comercio. Lima, 07 de Julio del 1990.

¹⁴ Declaraciones del Monseñor Vargas Alzamora, Arzobispo de Lima, en Diario El Comercio. Lima, 07 de julio de 1990.

¹⁵ Editorial, Diario El Comercio. Lima, 10 de julio de 1990.

16, 17

Quienes salen a la escena pública a refutar los argumentos aludidos fueron fundamentalmente las organizaciones de mujeres que desde hace varios años vienen trabajando por la defensa de los derechos de la Mujer.¹⁸ Estas organizaciones sostienen la constitucionalidad de la descriminalización del aborto en caso de violación y colocan en el debate otros elementos y argumentos:

"La maternidad es tan importante que por principio no debe ser producto de ningún acto de imposición ni de violencia... El aborto sentimental *no es inconstitucional* la Constitución reconoce el derecho a la vida... Vida implica más que un hecho biológico, es la apuesta por un desarrollo humano en condiciones de auténtica libertad".¹⁹

"Nos preguntamos si los derechos humanos de las mujeres que han sido víctimas de violencia sexual son considerados en alguna medida al obligarla a proseguir con un embarazo no deseado y responsabilizarla de la crianza de un hijo no querido".²⁰

"Al coactar, la ley penal, a las mujeres a continuar con un embarazo producto de una violación, se vulnera el derecho constitucional a la maternidad libre y deseada de un sector de nuestra población: Las mujeres

¹⁶ Torres y Torres Lara, Carlos. Artículo publicado en Diario La República. Lima, 20 de Julio de 1990.

¹⁷ Las llamadas son nuestras.

¹⁸ Movimiento Manuela Ramos, Demus, Flora Tristán, Perú-Mujer, Movimiento Feminista, Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer(Cladem-Perú), entre otras.

¹⁹ Pronunciamiento de CLADEM-PERU, publicado en el Diario El Comercio. Lima 15 de julio de 1990.

²⁰ Rosas, María Isabel, abogada, DEMUS. Artículo publicado en Diario La República, Lima, 20 de julio de 1990

violadas, constituyendo este hecho, así mismo, un acto de flagrante discriminación".

- Violeta Bermúdez Valdivia. Abogada-Mov. Manuela Ramos.²¹

La polémica quedó suspendida por algunos meses debido a la decisión del entonces Presidente del Perú de no promulgar el nuevo Código Penal. Sin embargo, durante los primeros meses de 1991 recobró vigencia frente a la promulgación del nuevo cuerpo de leyes.

II. ABORTO POR VIOLACION : INTERESES EN CONFLICTO

Ubicados ya en la problemática específica que nos ocupa, veamos ahora cuáles son los intereses o derechos en conflicto en el aborto por violación.

En primer lugar, consideramos necesario precisar quienes son los titulares de estos derechos. Algunos opinan que *"en el aborto se oponen, un ser desprovisto de existencia autónoma y que, no estando sino en germen, no es un ser social (aun cuando en ciertos aspectos sea un ser jurídico) y una persona que está en el mundo; es decir un ser vivo y social(...)"*.²²

Según lo hemos visto, para nuestra legislación, la vida humana comienza con la concepción y la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento, así mismo, el concebido será sujeto de derechos siempre y cuando éstos le favorezcan²³. Para Carlos Chipoco, la afirmación de que *"la vida humana comienza con la concepción, llevada a extremos, podría provocar que el derecho no tratara de forma diferente -como lo hace el derecho penal al diferenciar el aborto del homicidio- el feto y la persona nacida, confundiendo así dos situaciones distintas"*²⁴.

²¹ Bermúdez Valdivia, Violeta. Abogada-Movimiento Manuela Ramos. Artículo publicado en Revista Mujer y Sociedad, Año 10 -número 36, setiembre, 1990.p.19.

²² HURTADO POZO, J. Ob.cit.,p.166.

²³ Código Civil, art.1o., 2do. párrafo.

²⁴ CHIPOCO CACEDA, Carlos. *"El Nacimiento de la Persona Natural"*. Documento. Instituto de Defensa Legal; Lima, Abril 1986, p.13.

Lo cierto es, que en el caso concreto del Aborto por Violación tenemos por un lado los intereses del concebido producto de un acto de violencia sexual y por el otro los intereses o derechos de una persona humana: La mujer víctima del crimen sexual origen de la concepción.

1. DERECHO DEL CONCEBIDO Y SU PROTECCION CONSTITUCIONAL

En realidad no existe un criterio uniforme entre los juristas al tratar de precisar cual es el objeto de tutela en la criminalización del aborto. Cuello Calón sostiene que es "la protección a un futuro ser humano, no a una persona, por no ser aún el fruto de la concepción objeto de derecho"; Bramont Arias indica, "el bien jurídico protegido es la vida humana, que no sólo comprende al hombre, ser ya formado y constituido sino al que está por nacer"; Angel Gustavo Cornejo señala "el objeto de la tutela penal es el interés social, concierne a la seguridad de la persona(...), protegiendo la vida uterina de la persona humana en formación, protegiendo así mismo, la vida y la integridad personal de la madre"; Guillermo Radbruch sostiene que "el feto es un bien jurídico de la comunidad, o sea que no sólo representa un interés familiar sino demográfico" ²⁵.

Al considerarse al aborto como un atentado contra la vida ²⁶, lo que se protege entonces es la vida en formación del nuevo ser durante el embarazo. De acuerdo a la exposición de motivos del Código Penal de 1991 y a las opiniones expuestas públicamente por el Presidente de la Comisión que lo elaboró, el Código prevee como delitos el aborto sentimental o ético y el aborto eugenésico, teniendo en consideración la protección del derecho a la vida del ser en formación "amparado constitucionalmente (art.2, inc.1. Constitución Política del Perú), *pues al que está por nacer se le considera nacido para todo cuanto le favorece*"(Código Penal, Edición Oficial. pág. 11).

En consecuencia, el derecho del concebido que estaría en juego en el supuesto del aborto por violación, sería el derecho a la vida. Como lo señalamos en el capítulo anterior, en principio, el derecho a la vida del ser en formación se encuentra garantizado en nuestra Carta Política (art.2o.inc.1), así como en el Código Civil

²⁵ Citados por DEL CASTILLO MURRUGARRA, Victoria. *"El Aborto y su Legalización en el Perú"*. Ediciones Raíz. Lima, 1976, p.52, 53 y 54.

²⁶ Su tipificación está incorporada dentro de la Sección Delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud del Código Penal.

y en la Ley de Política de Población. Así mismo, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, tratado ratificado por el Perú y cuyas disposiciones tienen jerarquía constitucional a tenor de lo dispuesto por el art. 105o. de la Constitución, en el inc.1 del art.4o. establece 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(...)."

2. DERECHOS DE LA MUJER VIOLADA Y SU PROTECCION CONSTITUCIONAL

La violación sexual está tipificada como un delito contra la Libertad y el Honor Sexual dentro de nuestro Código Penal vigente; sin embargo, las agresiones sexuales son actos de violencia que atentan contra una serie de derechos de la víctima que trascienden esta categoría. Al tratarse de actos cometidos contra la voluntad de la persona, son violatorios de su derecho a la libertad, a la autodeterminación, al libre desenvolvimiento de su personalidad. Así mismo, vulneran su derecho a la integridad, a la salud (no sólo por los efectos de los actos directos de la agresión, sino fundamentalmente por los efectos en su salud mental). En consecuencia, podemos afirmar que la violación atenta contra los componentes básicos del derecho a la vida y, por tanto, contra la vida misma de quienes la sufren.

Si bien nuestra Legislación Penal ha considerado históricamente a las mujeres como víctimas "*por excelencia*" de esta clase de delitos ²⁷, de acuerdo a la nueva tipificación del delito de violación, los varones también pueden serlo (Art. 170o. Código Penal 91). Ya el Código anterior establecía su protección no sólo en el caso de ser menores de edad sino también, cuando siendo mayores fueran agredidos sexualmente con asalto a mano armada, con concierto o banda ²⁸. Sin embargo, la realidad cotidiana nos demuestra que las víctimas mayoritarias de este tipo de delitos son las mujeres -mayores o menores- y por tanto, el riesgo de un embarazo como consecuencia de una violación resulta inminente para ellas, situación que jamás

²⁷ El art. 196 del Código Penal derogado establecía que "será reprimido con... el que por violencia o grave amenaza obligara a una mujer (...)".

²⁸ Código Penal derogado (1924) indicaba en su art.197o. 2do. párrafo: "serán reprimidos con... los que asalten a mano armada, con concierto o banda, con el objeto de hacer sufrir el acto sexual o contra natura, aún cuando los **agraviados** sean mayores de edad".

se presentará para el caso de los varones. Resulta coherente, por tanto, analizar los derechos que se vulneran a las mujeres víctimas de violación al negárseles la posibilidad de decidir si continúan o no con un embarazo producto de un hecho delictuoso.

Al penalizar la interrupción voluntaria del embarazo originado por un acto de violencia sexual, se transgreden, nuevamente, otra serie de derechos a la mujer violada:

- el derecho a la libertad, a la autodeterminación, pues las leyes represivas del aborto por violación coactan a las mujeres a continuar con una maternidad impuesta contra su voluntad;
- el derecho a la integridad, pues para un normal desenvolvimiento de la vida, se requiere que no se realicen actos que lesionen la salud física o la salud mental de las personas ²⁹. Obligar a una mujer a continuar con un embarazo que le ha sido impuesto por la fuerza definitivamente lesiona este derecho;
- el derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad;
- el derecho a no ser madre en contra de su voluntad, es decir el derecho a decidir sobre su vida reproductiva;
- el derecho a la seguridad personal, entendida como *"el conjunto de condiciones y medidas de carácter jurídico que permiten desenvolver la vida de las personas y la actuación ciudadana exenta de toda arbitrariedad (...)"*³⁰
- el derecho a la no discriminación, pues al no permitir la licitud del aborto por violación se discrimina a las mujeres violadas del reconocimiento de sus derechos fundamentales señalados líneas arriba.

Transcendiendo la concepción biológica de lo que se denomina *"derecho a la vida"* afirmamos, también, que la punición del aborto en caso de violación atenta contra la vida de la mujer violada.

Todos estos derechos se encuentran reconocidos y amparados por nuestras leyes fundamentales: Constitución Peruana, arts. 1o. La persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, art. 2o. inc.1. Derecho a la vida, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad; inc.2. Derecho a la igualdad ante la ley sin ningún tipo de discriminación; inc.20. Derecho a la Libertad y seguridad

²⁹ ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *"Derechos y Garantías Constitucionales"*. Marsol Perú Editores, Trujillo-Perú, 1985; p.7.

³⁰ ORTECHO VILLENA, Víctor. *ob.cit.* p.76.

personales ; art.6o. Amparo a la paternidad ³¹ responsable; art.15o. Derecho a la protección de la salud integral.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que forma parte de nuestro Derecho Nacional, reconoce así mismo, que *"todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"*(art.3) y en el artículo anterior que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración *" sin distinción alguna de raza, color, sexo (...) o de cualquier otra índole (...) o cualquier otra condición "* (art.2o. inc.1). La Convención Americana de Derechos Humanos, además de establecer que *"toda persona tiene derecho a que se respete su vida"* (art.4o.inc.1), indica que *"toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"*(art.5o.inc.1) y *"reconoce el derecho a la libertad y seguridad personales"* (art.7o.inc.1).

Finalmente, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, Tratado Internacional del que nuestro país forma parte - al haberla ratificado mediante Resolución Legislativa No.23432 del 04 de junio de 1982 -, en sus artículos 1o. y 2o. determina que los Estados Partes, entre los que se encuentra el Perú, tomarán las medidas adecuadas - legislativas y de otro carácter -que prohiban toda discriminación contra la mujer, garantizar su protección efectiva contra todo acto de discriminación y derogar las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra ella. Así mismo, en su art.16 establece el derecho de la mujer a decidir libre y responsablemente sobre su vida reproductiva.

III. CONSTITUCIONALIDAD DE LA DESCRIMINALIZACION DEL ABORTO POR VIOLACION.

Como lo anotamos anteriormente, uno de los argumentos más fuertes de quienes se oponen a la despenalización del aborto, aún en el caso de embarazos producto de violaciones sexuales, es la supuesta inconstitucionalidad de esta figura descriminalizadora.

Sustentan su argumento en la defensa irrestricta del derecho a la vida garantizado en nuestra Carta Política y otras leyes vigentes.

Pretendemos desarrollar aquí el sustento constitucional de la propuesta partiendo, precisamente, del eje central del debate : "el derecho a la vida".

³¹ entiéndase, también, maternidad.

1. LA COLISION DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.

La colisión ha sido definida como *"la incidencia de dos o más derechos o deberes incapaces de ser ejercitados o cumplidos simultáneamente"*³². Es decir, que estaremos frente a una colisión de derechos constitucionales cuando dos o más derechos -garantizados constitucionalmente-, no pueden ser cumplidos al mismo tiempo.

En el tema propuesto, *"aborto por violación"*, estamos frente a una situación de colisión de derechos : por un lado el derecho a la vida en formación del concebido y por el otro, los derechos fundamentales de la mujer violada que de ser lesionados, atentarían contra su vida misma. Todos ellos , conforme lo desarrollado, se encuentran amparados constitucionalmente.

1.1. Alcances y contenidos de los derechos en colisión.

Si partimos por reconocer que el *"derecho a la vida"* constituiría el fundamento constitucional para objetar o no la despenalización del aborto por violación, resulta necesario precisar en qué consiste este derecho .

Para algunos autores, el derecho a la vida representa el derecho a la existencia, *"comprendida ésta como una realidad humana y social sin la cual no tendrían ninguna razón de ser los demás derechos"*³³; Bernalles y Rubio consideran que el derecho a la vida *"debe ser una norma básica en virtud de la cual se pueda exigir que los individuos respeten la vida de cada hombre, pero que también la respete la sociedad realizando las prestaciones que cada hombre requiere para satisfacer las necesidades básicas que le permitan vivir"*³⁴. Fabio Ortíz, en su tesis sobre Derecho a la vida, sostiene: *"el derecho a la vida es ciertamente separable del hecho mismo de la vida: se tiene derecho a vivir, porque ya se vive. El hecho de la vida constituye el derecho a la vida . Esto quiere decir que, socialmente, el hombre tiene derecho a no ser privado injustamente de la vida, a que ésta no sufra ataques*

³² CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II, Editorial Heliasta, Argentina, 1983; p.203.

³³ ORTECHO VILLENA, V. Ob.cit.p.5

³⁴ BERNALLES BALLESTEROS, Enrique/RUBIO CORREA, Marcial. *"Constitución y Sociedad Política"*. Mesa Redonda Editores, Lima-Perú, 1983; p.41.

*injustos del prójimo o del poder público e incluso que el individuo tiene el derecho a ser ayudado por la sociedad a defenderse de los peligros procedentes de la naturaleza o provenientes de la combinación de factores naturales y sociales(...)*³⁵.

En consecuencia podemos afirmar que el "*derecho a la vida*" trasciende cualquier concepción estrictamente biológica, implica calidad y dignidad de la vida, relación con otros derechos humanos fundamentales como el derecho a la libertad, a la salud, a la alimentación, al trabajo, a la vivienda, a la seguridad; en fin, significa ver al ser humano "*desde una perspectiva integral en su dimensión física, psicológica y social, en el disfrute del ejercicio de su autonomía y de su papel en la historia*"³⁶.

Por otro lado, cabe indicar que si bien el derecho a la vida al que se contrae el artículo segun. es el más elemental de los derechos, "*sin embargo no es derecho absoluto*"³⁷, pues se le opone la pena de muerte prevista en el art. 235 de la Constitución misma y se le pueden oponer algunos otros supuestos vigentes contemplados en el Código Penal como la legítima defensa, el estado de necesidad y el aborto terapéutico.

1.2. Titularidad del derecho a la vida.

Ahora nos corresponde precisar si el concebido es titular del derecho a la vida en la misma medida que cualquier persona (para el caso, la mujer violada).

Según nuestra Constitución, en principio, la titularidad del derecho a la vida recae sobre toda persona (art.2o.inc.1).Se establece asimismo, en forma implícita, que el nacimiento determina el surgimiento de la persona en tanto titular de derechos. Esto es confirmado por el art. 1o. del Código Civil que establece que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. Sin embargo, en este mismo dispositivo se precisa que el concebido es sujeto de derechos para todo cuanto le favorece.

³⁵ ORTIZ LEAL, Fabio. "*El Derecho a la Vida*". Tesis. Pontificia Universidad Javeriana. Colombia, 1978; p.20.

³⁶ HUGGINS C., Magally. "*Violencia contra la Mujer en la Ley Penal: el caso Venezolano*". Documento presentado en el X Congreso Mundial de Sociología. Madrid, 1990.p.11.

³⁷ CHIRINOS SOTO, Enrique. "*La Nueva Constitución al alcance de todos*". Editorial Andina, Lima, 1979.p. 25.

Claro está que este reconocimiento de derechos no le otorga la calidad de persona ya que *"no se ha producido el hecho determinante del nacimiento"*³⁸. Esto significa, como bien señala Hurtado Pozo que el concebido *"no es titular de derechos de la misma manera que el ser nacido. Mediante una ficción, se le equipara para los efectos que le son favorables"*³⁹.

No queremos evaluar aquí si le es o no más favorable nacer al producto de una violación; lo cierto es que técnicamente por ser el concebido considerado como sujeto de derecho, le correspondería también, la titularidad del derecho a la vida.

2. PRELACION DE LOS DERECHOS EN COLISION.

Cuando se produce una colisión de derechos (establecidos en normas positivas), que en sustancia no son sino *"intereses jurídicamente protegidos"*⁴⁰, habrá de determinarse el interés prevaleciente.

Ubicándonos nuevamente frente al dilema que nos ocupa: los derechos del concebido vs. los derechos de la mujer violada, podemos señalar que nos encontramos en una situación de *"estado de necesidad"*, pues en principio, ninguno de los derechos de estos dos sujetos (mujer violada y concebido) deben lesionarse, sin embargo, su cumplimiento puede resultar excluyente y hasta opuesto al cumplimiento de los derechos del otro. En tal situación habrá de tenerse en cuenta que *"la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras, el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales sino también otros bienes constitucionalmente protegidos"*⁴¹. Consideramos que

³⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *"Derecho de las Personas"*. Cultural Cusco, Lima-Perú, 1990; p.30.

³⁹ HURTADO POZO, J., *ob. cit.* p.186.

⁴⁰ BIELSA, Rafael. *"El Estado de Necesidad en el derecho Constitucional y Administrativo"*. De palma Editor, Buenos Aires, 1957. p.14

⁴¹ ALONSO GARCIA, Enrique, *"La Interpretación de la Constitución"*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984. p.428.

nos encontramos frente a este segundo supuesto.

Nuestra Constitución Política establece en su artículo 1o.:

"La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla".

Este es un principio *"de naturaleza filosófico-política"*, cuya validez y vigencia rebaza nuestro ordenamiento jurídico nacional. En la duda técnica debe preferirse la protección de la persona y determinar como la interpretación correcta aquélla que conduzca a esta protección ⁴².

Esto significa que nuestra ley fundamental reconoce la primacía de la persona humana.

Líneas atrás señalamos, sustentando nuestros planteamientos en la opinión del Dr. Fernández Sessarego - autor de la exposición de motivos del Libro de Personas del Código Civil vigente-, que si bien el concebido es considerado como sujeto de derecho, para nuestra ley *no* es persona humana⁴³. Por tanto, afirmamos que en caso de conflicto entre los derechos de uno y otro sujetos, debe prevalecer la protección y el amparo de los derechos de la persona humana en atención a lo preceptuado por el primer artículo de nuestra Carta Política.

Por otro lado, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, tratado, como lo hemos visto, de rango constitucional, establece que en general se debe proteger el derecho a la vida desde la concepción, es decir, que considera posible la existencia de excepciones pues el vocablo que utiliza no es excluyente.

Esta misma norma internacional establece que *"nadie puede ser privado de la vida*

⁴² BERNALES B., Enrique y RUBIO C., Marcial, *"Constitución: Fuentes e Interpretación"*, Mesa Redonda Editores S.A., Lima 1988. p.98

⁴³ "...el concebido es una realidad distinta y previa a la persona natural: representa el momento inicial del proceso de la vida humana. (...) El concebido no es aun persona ...". FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *ob.cit.*, p.30.

*arbitrariamente*⁴⁴. La Legislación Penal al descriminalizar el aborto deberá establecer normas claras para su ejercicio excluyendo las posibilidades de un uso arbitrario del derecho.

Experiencias legislativas que consagran la licitud de este supuesto, establecen que no basta haber sido violada y quedar embarazada para abortar impunemente; para acogerse a la impunidad del aborto en caso de violación, se requiere el cumplimiento de determinados requisitos:

- a. Que el aborto sea practicado por un médico.
- b. Que la mujer violada consienta en la interrupción de su embarazo: lo que significa que ninguna mujer violada puede ser obligada a abortar, a ella le corresponde decidir si interrumpe o no el embarazo.
- c. Que el aborto sea practicado dentro de las 12 primeras semanas de gestación, vencido el plazo el aborto sería punible.
- d. Que la violación que originó el embarazo haya sido denunciada y se haya investigado, cuando menos, policialmente.

En conclusión, resulta totalmente adecuado⁴⁵ con nuestra Constitución Política y las normas internacionales con jerarquía constitucional, la descriminalización del aborto en caso de violación por las consideraciones expuestas. Lo que resulta inconstitucional es su mantener su criminalización que menoscaba y desconoce los derechos humanos fundamentales de las mujeres violadas.

CONCLUSIONES

1. La regulación jurídica del aborto en el Perú se ha caracterizado por su naturaleza prohibitiva, teniendo como fundamento constitucional actual el inciso 1o del art. 2o. de nuestra Carta Política en el que se consagra el derecho a la vida.
2. Las leyes represivas del aborto resultan en la práctica contraproducentes para la salud y vida de muchas mujeres peruanas pues su vigencia no disuade a las mujeres de practicárselo y la consecuencia real es su práctica clandestina.

⁴⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, art. 4o. inc. 1o.

3. La tendencia legislativa en relación al aborto, a nivel mundial se inclina cada vez más hacia la adopción del Sistema de las indicaciones es decir, la despenalización del aborto en determinadas circunstancias señaladas expresamente en los cuerpos penales. Precisamente, el Proyecto de Código Penal de julio del 90, objeto de gran debate, incorporó esta tendencia.
4. La polémica en relación al "*aborto sentimental*" tuvo como eje central el derecho a la vida del concebido. Sin embargo, los intereses en conflicto en la despenalización del aborto en caso de violación son los derechos del concebido y los derechos fundamentales de la mujer violada.
5. Nuestra legislación vigente reconoce que si bien el concebido es sujeto de derecho, éste NO es persona humana.
6. El aborto en caso de violación presenta un problema de colisión de derechos constitucionales, en razón de que tanto los derechos del concebido como los de la mujer violada están amparados por normas de jerarquía constitucional.
7. La prelación de los derechos en colisión habrá de determinarse teniendo en cuenta, la finalidad de la Constitución, es decir, los principios constitucionales el primero de los cuales está consagrado en el art. 1o. y que establece que "*La Persona Humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla*". Por tanto, en caso de conflicto deberá preferirse la protección de la persona. En el tema desarrollado, habrán de prevalecer los derechos de la mujer violada.
8. La Convención Americana de Derechos Humanos, tratado del que forma parte el Perú, establece que en general debe protegerse la vida desde la concepción. Sin embargo, como lo afirman destacados constitucionalistas, como **Bidart Campos**, admite la posibilidad de excepciones. Dentro de ellas se podría incorporar la descriminalización del aborto por violación.
9. El Estado Peruano al ratificar la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas ha contraído el compromiso de adoptar las medidas adecuadas que prohiban toda discriminación contra la mujer, garantizar su protección efectiva contra todo acto de discriminación y derogar las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra ella.
10. La norma criminalizadora del aborto en caso de violación atenta contra los derechos fundamentales de la mujer violada o, lo que es lo mismo, contra los componentes fundamentales de su derecho a la vida y, por tanto contra su vida misma. De esta manera nuestro Estado estaría infringiendo con sus

compromisos adquiridos a partir de la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas.

En consecuencia, resulta un deber del Estado Peruano la despenalización de figuras penales como la tratada pues su vigencia resulta discriminatoria contra la mujer.

Lima, agosto de 1991.

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO GARCIA, Enrique, *"La Interpretación de la Constitución"*, Centro de Estudios Constitucionales-Madrid, 1984
- BERNALES B., Enrique/RUBIO C. Marcial, *"Constitución y Sociedad Política"*, Mesa Redonda Editores, Lima, 1983.
- BERNALES B., Enrique/RUBIO C., Marcial, *"Constitución: Fuentes e Interpretación"*, Mesa Redonda Editores . Lima, 1988.
- BIDART CAMPOS, Germán, *"Derecho Constitucional"*, Realidad, Normatividad y Justicia en el Derecho Constitucional. Tomos I y II. EDIAR. Argentina, 1963.
- BIELSA, Rafael, *"El Estado de Necesidad en el Derecho Constitucional y Administrativo"*, Depalma Editor, Buenos Aires, Argentina, 1957.
- CABANELLAS, Guillermo, *"El Aborto: su problema, social, médico y jurídico"*. Editorial Atalaya. Buenos Aires, 1945.
- CABANELLAS, Guillermo, *"Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual"*, Tomo II. Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, 1983.
- COOK, Rebecca J., *"Abortion laws and policies: challenges and opportunities"*. International Women's Health Coalition, New York, 1988.
- CHIPOCO CACEDA, Carlos, *"El Nacimiento de la Persona Natural"*, Instituto de Defensa Legal. Documento. 1986.Lima.

- CHIRINOS SOTO, Enrique, *"La Nueva Constitución al Alcance de Todos"*, Editorial Andina, Lima, 1979.
- DEL CASTILLO MURRUGARRA, Victoria, *"El Aborto y su Legalización en el Perú"*, Ediciones Raíz. Lima, 1976.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *"El Derecho a la Vida en la Jurisprudencia Constitucional"*, Material de Lectura del Curso Derecho Constitucional Peruano. Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *"Derecho de las Personas"*, Cultural Cuzco S.A. 4ta. Edición. Lima, 1990.
- GONZALES RUS, Juan, *"La Violación en el Código Penal Español"*, Universidad de Granada, España, 1982.
- HALL, Robert E., *"El Aborto en un Mundo Cambiante"*, Discusión Internacional organizada por la Asociación por el Estudio del Aborto. Editorial extemporáneos S.A. México D.f., 1972.
- HUGGINS, Magally, *"Violencia contra la Mujer en la Ley Penal: el caso Venezolano"*, Ponencia presentada al X Congreso Mundial de Sociología. Madrid, 1990.
- HURTADO POZO, José, *"Manual de Derecho Penal"-Homicidio y Aborto*, SESATOR, Lima, 1982.
- MARTINEZ ACOSTA, Carlos/UPRIMNY YEPES, Andrés, *"El Feto Humano"*, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1984 (tesis).
- ORTECHO VILLENA, Víctor Julio, *"Derecho y Garantías Constitucionales"*, Marsol Perú Editores S.A. Trujillo-Perú, 1985.
- ORTIZ LEAL, Fabio, *"El Derecho a la Vida"*, Pontificia Universidad Javeriana. República de Colombia, 1978. (tesis).
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *"Política Criminal Peruana"*, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1985.

- Normas Legales:

- Constitución Política del Perú.
- Código Civil Peruano.
- Código Penal Peruano.
- Ley de Política Nacional de Población.(D.Leg.346).
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Proyecto de Código Penal publicado en julio de 1990.
- Compilación de disposiciones penales editada por el Movimiento Manuela Ramos, Lima, julio de 1989.

