

Déjala decidir: Análisis constitucional de la despenalización del aborto en los casos de violación sexual

Juan Carlos DÍAZ COLCHADO*

Beatriz RAMÍREZ HUAROTO**

Uno de los principales temas en agenda actualmente es la despenalización del aborto en casos de violación. Un sector de la población cuestiona esta propuesta indicando que ante todo debe protegerse la vida del feto. Por otra parte, quienes están a favor de la medida señalan que las mujeres deben ser libres de decidir si desean ser madres. Los autores se encuentran en este segundo grupo y sustentan su posición argumentando que el derecho a la vida no es absoluto. En ese sentido, indican que en atención al grado de afectación de los derechos de las mujeres resulta desproporcionado exigir que continúen con la gestión.

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

A propósito del archivamiento en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos y el debate sin votación en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso del Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC de iniciativa ciudadana que propone despenalizar el aborto por las causales de embarazo no deseado como consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transmisión de óvulos no consentidas, se expone desde la perspectiva del Derecho Constitucional y de manera sucinta¹

argumentación respecto de la despenalización del aborto particularmente en el supuesto de violación sexual pues el otro es conexo al mismo.

El proyecto de ley propone ampliar las causales de interrupción legal del embarazo en el Perú pues, a la fecha, la única causal legal es el aborto terapéutico habilitado cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente (art. 1). Además, el proyecto busca garantizar el derecho de las mujeres

* Abogado por la Universidad San Pedro. Magíster en Derecho Constitucional por la PUCP. Profesor de la Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional del Santa.

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magistra en Derecho Constitucional por la misma universidad. Especialista en Género y Derecho.

1 Los argumentos expuestos en el presente trabajo, aunque con las debidas actualizaciones, siguen en lo fundamental lo ya expuesto en Díaz y Ramírez 2013.

a los servicios de salud, a fin de que puedan interrumpir su embarazo en las circunstancias permitidas por la norma; por ello, indica que el Ministerio de Salud en virtud de sus competencias funcionales deberá aprobar y difundir un protocolo de atención de casos de abortos no penalizados (art. 3)².

Dentro de los países que criminalizan el aborto existen algunos modelos. En 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. Este tipo de regulación está vigente en América Latina en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, y Venezuela.

La despenalización del aborto en casos de violación tiene asidero en el Derecho Comparado. A la fecha existen importantes decisiones

jurisprudenciales en la materia en Colombia (2006)³ y Argentina (2012)⁴, y en España esta causal estuvo contemplada en la primera reforma de despenalización que fue revisada por el Tribunal Constitucional hace tres décadas (1985)⁵.

Asimismo, la despenalización del aborto en casos de violación es abordada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un asunto que debe resolverse sin criminalización. Existen estándares internacionales en ese sentido generados por los Comités monitores de tratados del Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas (ONU) a través de su labor interpretativa⁶, y múltiples observaciones que recomiendan particularmente al país revisar la legislación sobre aborto⁷. En el sistema de peticiones individuales de la ONU se han resuelto casos sobre la materia⁸.

En esa medida, también en el Sistema Interamericano se ha resuelto respaldando la descriminalización del aborto en casos de violación y declarando derechos vulnerados por falta

2 El proyecto de ley está disponible en <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/09d2007dfb555fce05257d62005ed24b/\\$FILE/PL03839260914.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/09d2007dfb555fce05257d62005ed24b/$FILE/PL03839260914.pdf)>.

3 Sentencia N° C-355/06 del 10 de mayo de 2006.

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

5 STC 53/1985, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 18 de mayo de 1985.

6 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Recomendación general 24, relativa al artículo 12 de la Convención (La mujer y la salud) U.N. Doc. A/54/38/Rev.1. (1999), párr. 31 c. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 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); párr. 11.

7 Entre otros, COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER: A/50/38, párrs. 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, numeral 25; CEDAW/C/PER/CO/7 -8, 24 de julio de 2014, numerales 35-36. COMITÉ DE DERECHOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: E/C.12/PER/CO/2-4, 30 de mayo de 2012, numeral 21. COMITÉ CONTRA LA TORTURA: CAT/C/PER/CO/5-6, 21 de enero de 2013, numeral 15. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: CCPR/C/PER/CO/5, 29 de abril de 2013, numeral 14. Además, sobre la despenalización del aborto en casos de violación se pronunció el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer a propósito del dictamen en caso L.C. v. Perú, CEDAW/C/50/D/22/2009, 25 de noviembre de 2011.

8 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. CCPR/C/101/D/1608/2007, dictamen aprobado el 29 de marzo de 2011. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. CEDAW/C/50/D/22/2009, dictamen aprobado el 17 de octubre de 2011. En el último caso la materia fue el acceso al aborto terapéutico, pero por los hechos materia de análisis hubo pronunciamiento acerca de la necesidad de despenalizar el aborto en supuestos de violación: “[E]l Estado parte debe revisar su legislación para despenalizar el aborto cuando el embarazo tenga como causa una violación o un abuso sexual”, párr. 9.2.

de acceso a prestaciones de salud en este supuesto⁹. Recientemente se han dictado medidas cautelares con ocasión del caso de una niña paraguaya de 10 años embarazada como producto de una violación; por su embarazo de alto riesgo el dictamen médico habría recomendado

que se interrumpa el embarazo y que se evite la revictimización de la niña. En este caso, la Comisión Interamericana ha dispuesto que el Estado paraguay “proteja la vida e integridad personal de la niña, a fin de garantizar que tenga acceso a un tratamiento médico adecuado a su situación y recomendado por especialistas, a la luz de lineamientos técnicos de la Organización Mundial de Salud y otras fuentes similares aplicables en materia de salud sexual y reproductiva de niñas y adolescentes, en el cual estén aseguradas todas las opciones disponibles”; asimismo que “asegur[e] que los derechos de la niña estén oportunamente representados y garantizados en todas las decisiones en materia de salud que afecten a la niña, incluido el derecho de la niña a ser informada y a participar en las decisiones que afecten a su salud en función de su edad y madurez”; y, finalmente, que “adopt[e] todas las medidas que sean necesarias para que la niña cuente con todos los apoyos técnicos y familiares que sean necesarios para proteger de modo integral sus derechos”¹⁰.

I. LA NORMA VIGENTE A REFORMAR

La iniciativa busca, como se ha mencionado, incorporar un supuesto adicional de aborto legal: aquel en el contexto de un embarazo

“**Toda mujer tiene el derecho a decidir si desea o quiere ser madre o no. Esta decisión constituye una manifestación del amplio derecho a la libertad de elegir.**”

resultado de un acto de violación sexual, o de un acto de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida. En la actualidad el artículo 120 del Código Penal dispone para estos casos 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 de 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. (...)”.

El que haya una pena atenuada, más allá de la ineffectividad práctica de la sanción, 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 ya 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 para interrumpir un embarazo que es producto de una violación sexual ocurrida fuera del

9 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>>.

10 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Medida Cautelar 178/15. Niña Mainumby, Paraguay. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2015/MC178-15-ES.pdf>.

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 la pena general del artículo 114: privativa de la libertad de no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta-dós 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 mismo¹¹, lo que se denomina como “débito conyugal”, el “derecho” de un/a cónyuge a que su pareja sostenga relaciones sexuales. 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 dentro del matrimonio como tal o se la entiende como menos grave.

II. EL DEBATE EN TORNO A LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO: ¿PROTECCIÓN A LA MUJER O DE LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN?

La discusión en torno a la despenalización del aborto supone, en el fondo, un problema de ponderación entre derechos fundamentales.

Por un lado, toda mujer tiene un 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 en la medida de que ambas decisiones revisiten significativa importancia para sus vidas. Esto supone que las mujeres presten su consentimiento para llevar o no llevar adelante un embarazo¹².

Con ocasión de los casos de discriminación por embarazo en las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú, el Tribunal Constitucional 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

11 Violeta Bermúdez recuerda que hasta la vigencia del Código Penal de 1991 el delito de violación sólo se producía fuera del matrimonio (2006: 9)

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

¿Qué dice la Corte Interamericana?

“La protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo”

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 inconstitucionales”¹³.

Frente a la decisión del aborto, entra en juego en el análisis otro interés que tiene 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 favorece¹⁴, 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 gestación¹⁵.

Hoy en día 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 su aplicación (Castillo 2007: 122)¹⁶.

En el Sistema Interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) reconoce la protección del derecho a la vida en general desde la concepción¹⁷. La interpretación de esta norma en el Sistema Interamericano no es incompatible con la despenalización del aborto. En el caso conocido como “Baby Boy” contra los Estados Unidos de América¹⁸, dos ciudadanos estadounidenses interpusieron una petición ante la Comisión Interamericana en la que alegaron que el Estado había violado los derechos de un no nacido en el marco de la emisión de las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos

13 Sentencia del Exp. N° 05527-2008-PHC/TC, f. j. 21.

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

15 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).

16 Nuestro 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 (Exps. N°s 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, ff. jj. 25 al 34). Asimismo, se ha dicho que los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado peruano, lo que incluye la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos encargados de su seguimiento, lo que comprende, por ejemplo, a las opiniones consultivas y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Exp. N° 0217-2002-HC/TC, f. j. 2).

17 El artículo 4 de la Convención 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”.

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

en los casos *Roe vs. Wade* y *Doe vs. Bolton*¹⁹ 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. 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 lleve a una protección absoluta del no nacido no se condice con la finalidad del texto finalmente aprobado por los Estados que ratificaron la Convención.

La Corte Interamericana (Corte IDH), en la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*²⁰, hizo 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”. 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:

“En los supuestos de prohibición penal del aborto en casos de embarazos producidos de una violación sexual, la penalización resulta injustificada.”

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 Corte concluye que la norma de la Convención 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

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

20 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.

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, la Corte Interamericana analizó 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, luego del cual concluye que de ninguna de ellas se desprende una protección del derecho a la vida antes del nacimiento (numerales 224, 225, 229-232).

Entre los derechos de las mujeres²¹ y la protección de la vida desde la concepción se plantea el conflicto a analizar. La legislación penal 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; no obstante, los derechos fundamentales 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.

III. CONSIDERACIONES DESDE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

De la aplicación del principio de proporcionalidad se concluye que, en los supuestos de prohibición penal del aborto en casos de embarazos productos de una violación sexual, la penalización resulta injustificada y, por ende, inconstitucional. 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*)²².

Respecto de la tipificación de la interrupción voluntaria del embarazo cuando el mismo es consecuencia de una violación sexual,

21 Como sintetiza Agustina Ramón Michel la argumentación jurídica sobre despenalización del aborto del lado de las mujeres no solo se ha hecho en base a 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).

22 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. Para estos efectos se sigue el planteamiento metodológico propuesto por Gloria Lopera Meza (2010: 163-175).

en aplicación del principio de proporcionalidad, se trata de una medida apta para proteger la vida prenatal pues se existe una relación de causalidad adecuada entre esta y la protección del concebido. 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 tanto, la prohibición de la conducta es idónea para lograr el fin de la protección de la vida 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. La protección de la vida prenatal solo se asegura con la continuidad de la gestación y no se vislumbran otros medios extrapenales capaces de compeler la continuación del embarazo con la misma eficacia que la prohibición penal del aborto. Aun 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

“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.”

de los embarazos estos no serían medios extrapenales igual de idóneas pues de ser obligatorios estaría también juego la vulneración la libertad de las mujeres de elegir ser madres o no, decisión que, como se ha mencionado, está protegida por el derecho constitucional al libre desarrollo

de la personalidad²³.

Sin embargo, en el análisis de ponderación, debe tenerse en cuenta 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 como se ha señalado, sino relativo y 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 degradantes²⁴ en tanto la prohibición penal determina su instrumentalización, lo que

23 Rocío Villanueva anota también la falta de políticas sociales estatales para apoyar a las mujeres que decidan continuar con sus embarazos (2009: 63). La existencia de un apoyo estatal integral como parte de los servicios de atención a las víctimas de violación no obligatorio implica que se pueda elegir no continuar el embarazo sin recibir sanción por ello, es decir, la despenalización del aborto en esta circunstancia. Por ello no es una medida extrapenal igual de idónea que la penalización.

24 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”; el artículo 7 del Pacto es el referido a la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

atenta a su vez contra su derecho a la dignidad como sujetos de derecho²⁵.

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 morbimortalidad materna (Organización Mundial de la Salud 2012: 23-24).

Entre los efectos a la salud emocional y psicosomática, Távora Orozco et ál. (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 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). Además, la prohibición y sanción penal analizada impactan en otro aspecto del derecho a la salud: el acceso a servicios seguros. De acuerdo al 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

25 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).

cinco años de pena privativa de la libertad, será inhabilitado para el ejercicio de su correspondiente profesión u oficio. Esto tiene como consecuencia que las mujeres embarazadas como consecuencia de una violación sexual recurren 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 vida²⁶. 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).

Por todos estos efectos puede afirmarse que el grado de afectación de los derechos de la mujer es intenso y no justifica la protección del derecho a la vida desde la concepción en este supuesto que requeriría la continuidad de la gestación.

Además, 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

“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 cual no habría una efectiva privación de libertad. Es más, podría no haber pena pues, de acuerdo al artículo 68 del Código Penal, cuando la pena prevista en el tipo no es 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. 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 ál. 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. 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.

CONCLUSIÓN

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)²⁷. Evidentemente, como se ha señalado, la despenalización de la interrupción del embarazo

26 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 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).

27 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).

no determina que siempre las mujeres decidan abortar; significa amparar jurídicamente su capacidad de decisión: eliminada la prohibición penal, las mujeres pueden optar por interrumpir o proseguir el embarazo de acuerdo a su propia conciencia.

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 de que la protección de la vida desde la concepción no es absoluta, 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 deben ser consideradas como marco en la evaluación de la ponderación, así como los estándares internacionales sobre la materia. Por lo tanto, de acuerdo al análisis constitucional, la prohibición penal de la interrupción voluntaria del embarazo cuando este es consecuencia de una violación sexual es inconstitucional.

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).

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, ANDIÓN, Ximena y CAVALLO, Mercedes

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).

BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta

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.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis

2007 “El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional español”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo I, año 13, Montevideo.

DADOR, María Jennie

2011 “Barreras para el acceso a los derechos reproductivos. La penalización del aborto en casos de embarazo por violación”. En: *Jurisprudencia argentina*. Fascículo 9 (2011-II), Buenos Aires.

DÍAZ COLCHADO, Juan Carlos y RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz.

2013 *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*. Lima: PROMSEX, disponible en: <<http://promsex.org/images/docs/Publicaciones/elAbortoylosDerechosFundamentales.pdf>>.

ESCRIBENS PAREJA, Paula

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

GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina

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

HURTADO POZO, José

1996 “Aborto y Constitución”. En: GONZALES AMUCHÁSTEGUI, Jesús et ál. *Derechos humanos de las mujeres. Aproximaciones conceptuales*. Movimiento Manuela Ramos, Lima.

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*. Palestra Editores, Lima.

LLAJA VILLENA, Jeannette

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

NINO, Carlos Santiago.

1989 *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2ª edición, Astrea, Buenos Aires.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

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

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

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*. 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), Lima.

RAMÓN MICHEL, Agustina

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

RONDÓN RONDÓN, Martha

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

RUIZ MIGUEL, Alfonso

2002 “El aborto, entre la ética y el derecho”. En: *Telos. Revista iberoamericana de estudios utilitaristas*. Volumen 11, número 2, Santiago de Compostela.

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

SEDGH, Gilda, et ál.

2012 “Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008”. *The Lancet*. Volumen 379, número 9816, Londres.

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

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*. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex), Lima.

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José

2000 “Los aportes del Derecho Penal y la despenalización del aborto”. En *Mortalidad materna y aborto inseguro*.

Enfrentando la realidad. Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán / Demus Estudio para la defensa de los derechos de la mujer, Lima.

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.

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