

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



PUCP

El aborto en el Perú

Cómo su regulación se construye como un castigo hacia las
mujeres

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL
GRADO DE BACHILLER EN DERECHO

AUTOR

Ayala Franco, Jimena Yasuko

ASESOR

Siles Vallejos, Abraham Santiago

2020

RESUMEN

El aborto en el Perú está prohibido de manera parcial pues legalmente solo se permite su práctica en determinados supuestos, como son el aborto terapéutico, sentimental y eugenésico, regulados en los artículos 119 y 120 del Código Penal. De dicho panorama se colige que la vida de las mujeres debe estar en riesgo para que se les permita interrumpir sus embarazos, lo cual nos lleva a preguntarnos por qué está penalizado el aborto libre, voluntario y legal en el Perú en el cual sean las mujeres las que decidan cuándo solicitar un aborto. Así, este trabajo recoge aquella interrogante y se plantea una pregunta específica: ¿por qué la regulación penal menoscaba los derechos de las mujeres que desean interrumpir sus embarazos? Como hipótesis, este trabajo sustenta que la regulación peruana del aborto se construye como un castigo hacia las mujeres al dotar de validez absoluta al derecho a la vida del embrión, desatendiendo que las mujeres son titulares del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, la integridad física y la integridad psicológica, y a ser tratadas como fines y no medios e ignorando las recomendaciones de organismos internacionales, los cuales se muestran a favor de la despenalización del aborto. De esta manera, este artículo postula que la regulación del aborto carece de fundamentos jurídicos, lesiona derechos de las mujeres, simpatiza con las posturas provida y no es una medida idónea para el fin legítimo de protección de los bienes jurídicos propios de un estado constitucional.

Palabras clave: aborto, derecho penal, mujeres

ABSTRACT

Abortion is partially legal in Peru due to the fact that it can only be done in some cases, such as a therapeutic, sentimental or eugenic abortion procedure, which can be found in articles 119 and 120 from the Penal Code. Such scenario suggests that the life of women must be in danger in order to ask for an abortion, which leads us to question why is it illegal to have a free, voluntary and legal abortion procedure in Peru, in which it would be women who choose whether to have it or not. So, this work picks up that question and constructs another one: why does the criminal law violate the rights of women who wish to have an abortion done? As a hypothesis, this narrative suggests that the peruvian regulation of abortion is actually a punishment for women as it gives absolute worth to the embryo and its right to live, while lacking to protect some of the following rights that women have: the right to the free development of personality, the right to health, the right to a physical and mental integrity, the right to not be treated as means to an end, meanwhile choosing to ignore the recommendations from international organisms which defend the decriminalization of abortion. So, this work explains that the regulation of abortion in Peru lacks of lawful arguments, violates the rights of women, sympathizes with prolife affirmations and is not suitable to achieve the aim of protection of legal assets common in a constitutional state of law.

Key words: abortion, criminal law, women

ÍNDICE

Introducción.....	3
Marco teórico-normativo.....	6
I. Antecedentes	7
a. Código penal vigente: el aborto como un delito contra la vida, el cuerpo y la salud.....	7
b. Estadísticas y casos.....	9
i. PROMSEX.....	10
ii. KL y LC	11
II. Regulación del aborto en el Perú: un castigo hacia las mujeres	17
1. El derecho al libre desarrollo: la maternidad como una opción, no como una obligación 17	
2. El derecho a la salud: la justificación de los abortos clandestinos.....	20
3. El derecho a la integridad física y psicológica: una unidad para garantizar el bienestar de la mujer	22
4. Los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal: las mujeres no son medios para conseguir un fin.....	24
III. Contraargumentos: respondiendo a las posturas denominadas <i>provida</i>	27
■ Con la legalización del aborto se promueve dicha práctica	27
■ No hay respaldo legal para despenalizar el aborto en el Perú.....	28
■ Se está matando a una vida porque el feto es persona.....	29
Test de ponderación.....	30
IV. Conclusiones.....	34
Bibliografía.....	36

El aborto en el Perú
Cómo su regulación se construye como un castigo
hacia las mujeres

Introducción

Según la Organización Mundial de la Salud, en adelante “OMS”, “entre 2010 y 2014 hubo en el mundo un promedio anual de 56 millones de abortos provocados (en condiciones de seguridad o sin ellas)” y “3 de cada 4 abortos practicados en África y América Latina discurrieron sin condiciones de seguridad” (2020). Esas cifras parecen representar una realidad que describe al Perú ya que, según el Instituto de Opinión Pública, alrededor del 19% de peruanas se ha realizado un aborto, de las cuales solo el 58% pudieron acudir a un profesional de la salud para que realice la interrupción del embarazo (PROMSEX 2019: 3)¹. Estos números plantean una primera pregunta relacionada a la diferencia entre un aborto en condiciones de seguridad y un aborto que de manera tentativa llamaremos *inseguro* o en condiciones inseguras.

Para empezar, debemos establecer la postura de la OMS respecto al aborto. Como se colige de los innumerables boletines y manuales de su autoría, la OMS no solo respalda su práctica, sino que invita a los estados a tener un marco legal a favor del mismo. Así, el último manual sobre el aborto partía de la siguiente premisa: “[el] tratamiento médico del aborto [...] es fundamental para proporcionar acceso al aborto seguro, eficaz y aceptable” (2019: vii). Este tipo de pronunciamientos es consecuente con su objetivo, el cual es “[asegurar] que se atienda el aborto de forma tal que se respete a todas las mujeres como tomadoras de decisiones” (2014, pp: 5).

Como parte de su línea argumentativa, la OMS ha diferenciado entre un aborto seguro y uno realizado en condiciones deplorables, lo cual respondería a la pregunta mencionada. Según un último pronunciamiento sobre la precisión de la terminología, “se consideran sin riesgos los abortos provocados practicados en el ámbito de la atención primaria o por dispensadores de atención de salud no médicos”, lo cual nos permite afirmar que las condiciones de seguridad y salubridad están asociadas a que quien realice la intervención médica sea una persona instruida en la medicina. Asimismo, sobre el riesgo, este es “mínimo si se utiliza un método basado en pruebas para interrumpir un embarazo en sus etapas iniciales en un centro de salud; es máximo si se emplea un método peligroso” (Ganatra 2014: 155).

Siguiendo los parámetros propuestos, debemos preguntarnos qué factores son necesarios para que los médicos puedan, a pedido de las mujeres, llevar a cabo un aborto. Como indica la OMS, existen protocolos en cuanto a la salubridad, los cuales van desde el lavado de manos hasta la desinfección del área (2014). Sin embargo, existe una variable con gran relevancia que determina si aquello puede

¹ El Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) encargó al Instituto de Opinión Pública (IOP-PUCP) el estudio: “El aborto en cifras: Encuesta a mujeres en el Perú”, una investigación realizada a mujeres entre 18 y 49 años que residen en zonas urbanas de todo el país.

existir lícitamente: el marco legal. Como reporta Ramos, “en una investigación realizada en Argentina se observó que el contexto de ilegalidad no interfiere en la decisión de abortar, pero sí en el acceso al procedimiento”, es decir, la mujer que decide abortar lo hace, pero si esta práctica es ilegal entonces serán sus recursos sociales y económicos los que determinen las condiciones en las que interrumpirá su embarazo (2015: 23). En ese sentido, si las mujeres se ven obligadas a abortar clandestinamente, entonces es más probable que se trate de abortos riesgosos – o en condiciones inseguras- ya que no se puede asegurar la seguridad y salubridad en esas condiciones, las cuales se caracterizan por ser precarias (Granata 2014).

Entonces, se desprende que existe una vinculación directa entre las condiciones óptimas del aborto y la legalidad del procedimiento, la cual es determinada según los estados. La diversidad de marcos legales es la explicación detrás de afirmaciones como la siguiente: “[en] los países en desarrollo, cada año hay alrededor de 7 millones de mujeres que son hospitalizadas a consecuencia de un aborto sin condiciones de seguridad” (OMS 2020). Siguiendo esto, debemos establecer que el panorama peruano ha apostado por un quiebre entre ambos términos ya que el aborto libre no es legal. Aquello quiere decir que el marco normativo del Perú permite el aborto, pero solo en ciertas ocasiones. ¿Por qué? Esta pregunta es la justificación empírica del presente trabajo ya que promueve la búsqueda de las razones por las cuales no se permite su legalidad total.

El presente trabajo se construye a partir la siguiente interrogante: ¿por qué la regulación penal menoscaba los derechos de las mujeres que desean interrumpir sus embarazos? Esta pregunta surge a partir de una revisión de los antecedentes, la primera parte del presente trabajo, sección que también será usada para establecer la terminología adecuada y entender los alcances de un aborto seguro, el riesgo y las condiciones óptimas. Asimismo, en este extremo se expondrán dos puntos: la regulación del aborto en el Código Penal y las cifras de aborto en el Perú. El objetivo es establecer que la normativa especializada desatiende a las mujeres, quienes son sujetos de derecho antes que cifras en un cuadro estadístico o medios para un fin (punto 4 de la sección II). Desarrollado este acápite, el lector manejará a grandes rasgos la regulación del aborto del Perú y se familiarizará con los casos emblemáticos y los números que tildaremos de peligrosos.

En la segunda sección, el objetivo es defender la siguiente postura: la negación del aborto se construye como un castigo hacia las mujeres. Esta premisa se justifica con base en cuatro argumentos, los cuales parten de una justificación constitucional que será respaldada por la literatura sobre el tema. De esta manera, cada argumento toma como eje a un derecho constitucional que, según sostendremos, en lugar de ser usado para proteger a la mujer, se aplica en su contra. Con todo, se hará mención de cómo la regulación del aborto en el Perú se impone en desmedro de las mujeres, sin tomar en cuenta que son sujetos de derecho y que como tales no pueden ser empleadas como medios para un fin que la ley impone: la maternidad.

En la tercera sección, este trabajo hace un análisis también constitucional sobre los contraargumentos que se pueden esgrimir frente a la postura comentada. En ese sentido, de deconstruirán afirmaciones defendidas por sujetos que se hacen llamar *provida*, las cuales rechazamos desde argumentos jurídicos respaldados

por estadísticas y aportes de la doctrina. En este acápite se demostrará que detrás de las afirmaciones *provida* existe una moral que valora la vida potencial del bebé por encima de la vida del sujeto que ya existe: la mujer. Asimismo, se evidencia que dicha posición carece de argumentos fuertes y a pesar de aquello ha logrado obtener respaldo a nivel normativo.

Finalmente, en la cuarta sección del trabajo se expondrán las conclusiones a las que el lector habrá podido llegar por sí mismo pues todas tienen como base a la siguiente premisa: la regulación del aborto en el Perú está desfasada y es insostenible a nivel científico, médico y jurídico. De esta manera, se logra tomar como acertada a nuestra hipótesis principal: el aborto en el Perú no es legal porque se construye como un castigo hacia las mujeres, a quienes se les impone la maternidad y se las priva de concebirla como una opción.

Tras haber descrito el contenido, procederemos a detallar el marco teórico-normativo, tras lo cual se presentarán los antecedentes, sección que detalla las consecuencias de la aplicación del principal exponente normativo de la ilegalidad del aborto en el Perú: el Código Penal.



Marco teórico-normativo

Problema específico:

Las mujeres no pueden acceder a la interrupción legal de sus embarazos, lo cual explica las altas cifras de abortos en condiciones inseguras (Ferrando 2006: 33).

Delimitación del problema específico

Pregunta general

¿Por qué está penalizado el aborto libre, voluntario y legal en el Perú?

Delimitación del tema-problema

Las consecuencias de la regulación penal en el menoscabo de derechos constitucionales de las mujeres

Pregunta central

¿Por qué la regulación penal menoscaba los derechos de las mujeres que desean interrumpir sus embarazos?

Hipótesis central

Porque la negación del acceso a la interrupción del embarazo es un castigo para las mujeres, a quienes se les obliga a llegar a la maternidad.

Normativa nacional

- Constitución Política del Perú
- Código Penal Peruano
- Decreto Legislativo N° 1161, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud
- Decreto Supremo 27-2015-SA, reglamento de la Ley N° 29414
- Ley N° 26842, Ley General de Salud
- Ley N° 29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud
- Resolución Ministerial N° 486-2014
- Resolución Ministerial N° 695-2006

Normativa internacional

- Constitución de la Organización Mundial de la Salud
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)
- Observación General N° 20 del Comité de Derechos Humanos
- Recomendación general de la CEDAW número 35
- Observación General N° 36 del Comité de Derechos Humanos

I. Antecedentes

- a. Código penal vigente: el aborto como un delito contra la vida, el cuerpo y la salud

Si bien el Código Penal no es el único instrumento jurídico que tiene impacto directo en la regulación del aborto (eg. resoluciones ministeriales, sentencias), es el quid del asunto². Esto pues establece la línea divisoria entre la legalidad e ilegalidad de la interrupción del embarazo, la cual es teóricamente pragmática y divide situaciones negras de blancas, evitando espacios grises, lo cual no se condice con la realidad, como se expondrá en el siguiente punto.

El libro segundo del Código Penal describe la parte especial sobre los delitos y en el título I regula aquellos contra la vida, el cuerpo y la salud. Esa sección se subdivide en 4 capítulos, de los cuales se escogió al segundo para tipificar el aborto, el cual ha sido regulado -y formalmente prohibido- en 7 artículos, los cuales son los comprendidos entre el artículo 114 y el 120.

El objetivo en este subpunto es evidenciar cómo cada uno de los artículos mencionados no solo prohíbe la interrupción voluntaria y libre del embarazo, sino que intenta regular tantas situaciones como sean posibles, con lo cual destaca la intención de evitar a toda costa que las mujeres frustren su llegada a la maternidad, la misma que termina siendo impuesta y no libre.

Está prohibido y penado el autoaborto (artículo 114), el aborto consentido y sin consentimiento (artículos 115 y 116 respectivamente), el sentimental y el eugenésico (artículo 120). Especial atención recae en el 117 y el 118 pues estos regulan una sanción para los sujetos que causan el aborto, ya sea en razón de su profesión o accidentalmente, respectivamente.

Un párrafo especial requiere el artículo 119 ya que este regula el aborto terapéutico, el cual, a diferencia del resto, no recibe una sanción en tanto se justifica la interrupción del embarazo únicamente y excepcionalmente “cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”. Primera interrogante: ¿qué situaciones ameritan considerar que la vida de la mujer está en riesgo?

El mencionado artículo debe leerse y aplicarse obligatoriamente con la Resolución Ministerial N°486-2014³, la cual es la primera en su género. En otras palabras, como se desprende del marco normativo especializado, hasta antes del 2014 el artículo 119 no había sido desarrollado, lo cual no solo causaba inseguridad jurídica, sino que le brindada un alto grado de discrecionalidad tanto a los médicos como a los operadores de justicia.

² Como indica Bergallo, “hay una pugna por entender una forma de ver un tema”, lo cual hace referencia al término “framing”, el cual podemos definir como el proceso mediante el cual los medios de comunicación, los sujetos u otros operadores de la sociedad dan contenido e imponen el estado de las cosas (2018: 393). En ese sentido, los grupos provida representan un colectivo que define y busca imponer su perspectiva respecto al aborto, lo cual se evidencia con eventos como las marchas que organizan. Véase: <https://peru21.pe/lima/marcha-vida-debes-movilizacion-realizara-sabado-405662-noticia/>

³ Publicada el 28 de junio del 2014.

La resolución explica qué escenarios forman parte del concepto de “aborto terapéutico”. Así, son 11 las situaciones que le aseguran a la mujer peruana la posibilidad de requerir y exigir la interrupción del embarazo. Las “entidades clínicas” que ameritan el aborto comparten un elemento: existe una causal médica y física -no se mencionan supuestos vinculados a daños en la integridad psicológica- que pone en peligro la vida de la gestante.

Así, se desprende que la regulación del aborto resulta insuficiente ya que el artículo 119 no es el único cuyo contenido ha sido cuestionado. Tómese en cuenta, por ejemplo, la regulación del aborto sentimental (artículo 120): “cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio” (el énfasis es nuestro). Afirmamos, pues, que dicho artículo invisibiliza y niega la existencia de casos de violación sexual ocurridas dentro del matrimonio.

Con todo, la regulación del aborto sigue un orden lógico: prohíbe el aborto entendido como la interrupción del embarazo, a lo cual añade una sanción al personal instruido o a agentes ordinarios cuyo actuar esté encaminado a terminar el embarazo. Asimismo, para reforzar la prohibición, le impide a las mujeres víctimas de violencia sexual acceder a abortos y solo lo permite cuando médicamente está comprobado el riesgo que supone el embarazo para la mujer, según los escenarios contemplados en la Resolución Ministerial N°486-2014.

Se cuestiona la regulación penal y se la incluye como antecedentes porque crean el escenario problemático al que se enfrentan las mujeres cuando tienen que poner en riesgo su vida al acudir a abortos en condiciones inseguras. Así, como menciona Zúñiga, “la alternativa es escoger entre la vida y la muerte de estas mujeres [y] mantener las leyes penalizantes vigentes significa escoger la muerte”, sobre todo cuando se ofrecen cifras para comparar las muertes y casos de abortos en países donde está penalizado y donde no, de las cuales destaca que la prohibición solo trae consigo más abortos en condiciones inseguras y un aumento del riesgo de muerte⁴ (2013: 199).

Asimismo, otro fallo en la regulación penal es que la prohibición del aborto se construye como la solución a un problema. Como indican Gonzáles et al, debido a que existen posiciones opuestas sobre la interrupción del embarazo, se contraponen “valores y objetivos entre sus partícipes y la comunidad [por lo cual corresponde] sancionarlo o despenalizarlo” y el Perú optó por lo primero (2016). De esta manera, resulta adecuado afirmar que se trata de un conflicto pues “se origina principalmente en las desigualdades sociales, provocadas por la pobreza y el desamparo, que emanan de la falta de educación sexual y [otras circunstancias]” como mencionan los autores (2016). Parece que se penalizó y

⁴ La autora indica que “como política criminal la penalización del aborto ha demostrado ser extraordinariamente ineficaz. Hacer que el aborto sea ilegal no reduce el número de abortos pues, sólo en América del Sur, aproximadamente 30 de cada 1.000 mujeres (de entre 15 y 45 años) se hacen un aborto por año. En Holanda, donde el aborto es legal, la cifra es 8 de cada 1.000. Penalizarlo sólo discrimina a las mujeres sin recursos pues donde el aborto es legal, el riesgo de muerte es menor de 1 por cada 500.000 mujeres. Esto significa que un aborto legal es más seguro que ningún otro tipo de procedimiento médico y que tiene un menor riesgo de muerte que un tratamiento con penicilina” (2013: 199).

solucionó aquel conflicto creando otros al desatender a las mujeres a las cifras de abortos en condiciones inseguras (Ferrando 2006: 33).

Siguiendo la línea argumentativa, se puede afirmar que la penalización de la interrupción del embarazo atenta con diversos derechos de las mujeres, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud, el derecho a la integridad física y psicológica y su derecho a no ser tratadas como medios para un fin. Así, consideramos que el Código Penal rechaza que la maternidad sea una decisión propia y exclusiva de las mujeres, que acceder a interrupciones del embarazo sea considerado parte de los servicios brindados por los centros de salud, que la ilegalidad del aborto las exponga a consecuencias peligrosas a nivel físico – lesiones o, en última instancia, la muerte- o para su salud mental y, finalmente, que las mujeres se consideren fines en sí mismas, respectivamente.

Destaca, así, que la prohibición contenida en el Código Penal es lesiva para las mujeres y esta postura es respaldada por el CEDAW y la ONU. Así, aproximadamente un mes después de la resolución mencionada, Naciones Unidas hizo un “llamado al gobierno peruano para que reforme sus actuales leyes en materia de aborto y reconozca las violaciones de derechos humanos”, en razón del caso KL, en razón del cual, como se comentará en el siguiente subpunto, se procedió a elaborar la guía contenida en la tardía resolución a la que hemos hecho referencia (Center for Reproductive Rights 2014).

Aquel pedido de cambio sobre la (i)legalidad del aborto se justifica no solo en la regulación punitiva que hemos brevemente analizado, sino que se basa en los daños que causa la misma. Los pronunciamientos de la CEDAW, ONU, la Comisión y la Corte Internacional de Derechos Humanos surgen a raíz de la decena de casos de mujeres que han acudido a autoridades internacionales cuando sus derechos han sido violentados por el estado peruano.

¿Qué motivó al legislador penal para prohibir el aborto? Si bien esto será desarrollado en el punto 4 de la sección II, debemos adelantar que analizando de manera lata los artículos mencionados, destaca cómo la regulación se inclina a favor de una postura provida, la cual se caracteriza por carecer de argumentos fuertes en los términos que expone Ancí y refuerza Garcés. Entonces, podemos indicar que existe un problema que el Código Penal agrava en lugar solucionar.

Así, en esta sección hemos detallado y comentado por qué la regulación del aborto es insuficiente. Dicho cuestionamiento ha sido normativo y teórico, por lo cual nuestros comentarios se refuerzan cuando, lastimosamente, se materializan y los mencionados artículos se vuelven un obstáculo para el debido ejercicio de derechos con los que cuentan las mujeres. En ese sentido, el siguiente subpunto respalda las ideas y cuestionamientos propuestos al recopilar las cifras y “las historias [que] reflejan una acumulación de múltiples violaciones a los derechos de las mujeres por parte de varones violentos y por parte del Estado con su exponente máximo en la invasión de su vida privada por el delito de aborto, su procesamiento y proceso de culpa” (Ramos 2015: 186).

b. Estadísticas y casos

El Código Penal Peruano y la ilegalidad del aborto han sido cuestionados por autoridades internacionales porque su regulación ha significado un menoscabo a los derechos de miles de mujeres, como se había adelantado. Así, el objetivo en esta sección es respaldar con números nuestra adhesión al mencionado cuestionamiento, por lo cual hemos recurrido a estadísticas y casos relevantes que evidencian cómo la ilegalidad del aborto se construye como un castigo hacia las mujeres, a quienes la normatividad peruana termina por imponer el camino de la maternidad.

i. PROMSEX

PROMSEX es una organización no gubernamental feminista cuyo objetivo es lograr que las personas decidan sobre su sexualidad y reproducción con autonomía. En ese sentido, el compromiso que tienen con su misión los ha llevado a aportar a la literatura sobre el aborto, los embarazos no deseados y temas similares.

En el 2019, junto con el Instituto de Opinión Pública (IOP-PUCP), se dieron a conocer los resultados de una encuesta orientada a recopilar cifras sobre el aborto. El resultado no solo no se condice con la normativa peruana que lo prohíbe, sino que evidencia cómo la ilegalidad no es un límite sino un obstáculo, pues el 19% de entrevistadas afirmaron haberse sometido a un aborto.

A nivel socio-económico, la mayoría de mujeres que abortaron se ubican en los sectores C y D/E y solo el 19% pertenecen al A y B. Asimismo, a nivel educativo, el 45% de las mujeres que abortaron cuentan con formación superior de algún tipo, lo cual anula toda posibilidad de asociar al aborto con la falta de educación. También debe mencionarse que el método más usado para interrumpir el embarazo fue una intervención quirúrgica. Posteriormente, de aquel 47%, cerca de la mitad tuvieron que ser internadas -complicaciones producto de un aborto en condiciones paupérrimas- mientras que del 32% que abortó con pastillas, solo la quinta parte necesitó internamiento en un centro de salud.

Un párrafo aparte requiere el acceso a expertos en la salud pues cuando la interrupción del embarazo ha contado con su guía, el método empleado ha sido el aborto quirúrgico, mientras que el aborto con pastillas es más frecuente cuando las mujeres no cuentan con la asesoría de aquellos. ¿Qué significa esto? En concreto, que se ha hecho caso omiso a los artículos 115 y 117 del Código Penal y que la ilegalidad de la práctica no le impidió a las mujeres abortar, mucho menos ha significado una prohibición absoluta para los médicos.

Con todo, estas cifras -las más completas y actuales a la fecha- demuestran que el aborto es una práctica que se realiza a pesar de la prohibición impuesta normativamente. Así, como reportó Ferrando, 371,420 abortos clandestinos, es decir, realizados en condiciones inseguras, se realizaban anualmente en nuestro país, de los cuales el 50,9% de mujeres tenían que ser hospitalizadas por complicaciones propias de un aborto incompleto o realizado erróneamente, cifras similares a las recopiladas hace un año (2006).

A pesar de su prohibición, las mujeres se mueven en los márgenes de acción posibles y “encuentran la forma de ejercer sus decisiones individuales, pero con

un alto costo, en soledad y en silencio y en muchos casos arriesgando su salud y su vida” (Ramos 2015: 185). Súmese, además, que la Secretaría Nacional de la Juventud elaboró la Encuesta Nacional de la Juventud⁵, cuyos resultados indicaron que el 11,4% de jóvenes interrumpirían su embarazo, dato al cual se suma que el 35% de mujeres jóvenes indicó que conoce a una persona que se ha practicado un aborto (2012: 89).

Las cifras expuestas nos permiten afirmar que sí existe un problema respecto al aborto pues la ilegalidad del mismo no ha impedido que las cifras aumenten anualmente⁶. Asimismo, demuestran la limitación que existe sobre los recursos pues que menos del 60% haya reportado poder contar con un profesional de la salud a cargo de la interrupción del embarazado evidencia lo siguiente:

- Capacidad adquisitiva: aquellas mujeres contaron con medios económicos necesarios para solventar la asistencia de un profesional y conseguir un aborto en condiciones óptimas.
- Opciones: las mujeres conciben a la maternidad como una realidad a la cual no desean insertarse. Nótese que no se busca establecer el listado de motivos ya que estos son propios de la esfera íntima de las mujeres.
- Fallecidas: las cifras sobre este extremo se basan en casos de mujeres que perdieron la vida después de un aborto en condiciones inseguras o en el hospital producto de complicaciones médicas.

Así, logramos establecer que el panorama de legalidad del aborto ha traído consigo una serie de problemas: solo las mujeres que tengan facilidades económicas podrán abortar en condiciones seguras y las que no, como se ha mencionado previamente siguiendo a la OMS y PROMSEX, se exponen a abortos inseguros que estadísticamente están destinados a causarles la muerte, como se indicó en los antecedentes.

ii. KL y LC

El subtítulo de esta sección versa sobre dos casos emblemáticos en los cuales dos mujeres no pudieron acceder al espectro del aborto legal a pesar de

⁵ La Secretaría Nacional de la Juventud (SENAJU) publicó los resultados en abril del 2012. Se escogió esta encuesta y no informes más actualizados de la SENAJU porque su importancia radica en haber sido la primera de su género.

⁶ En 1992, se calculaba que alrededor de 271,000 mujeres abortaban en el Perú (Allan Guttmacher Institute 1994: 2). En el 2006, Ferrando reportó que eran aproximadamente 400,000 los abortos que se realizaban anualmente y en el 2019 PROMSEX reportó que el 19% de peruanas se había practicado un aborto. Ahora, si seguimos al INEI y tomamos en cuenta que aproximadamente existen 16 millones de peruanas, dicho porcentaje comprende alrededor de 3 millones de mujeres. En ese sentido, se puede afirmar que la interrupción del embarazo es una práctica que, al igual que la población, ha incrementado considerablemente. Cabe agregar que la metodología en los 3 escenarios mencionados consistió en la elaboración de encuestas a cargo de expertos, habiendo sido fundamental en el primer y segundo caso la participación de Delicia Ferrando, quien es miembro de Pathfinder International. Asimismo, en el tercer escenario, PROMSEX encargó el desarrollo de las encuestas al Instituto de Opinión Pública de la PUCP, el mismo que “ofrece un conjunto de servicios de investigación y consultoría, asesorando o ejecutando estudios con técnicas empleadas en el campo de la opinión pública, tanto de tipo cuantitativo como cualitativo” como indican en su página web.

encontrarse en los escenarios permitidos por el Código Penal. A continuación, mencionaremos brevemente los hechos y cerraremos la sección con preguntas que probablemente el lector se haga a sí mismo tras conocer el camino que tuvieron que recorrer estas mujeres, quienes fueron rechazadas y estigmatizadas por el Código Penal, los médicos a cargo y el Estado.

KL⁷

El aborto terapéutico ha sido legal desde 1924, pero no fue hasta el 2014⁽⁸⁾⁽⁹⁾ que el Estado reguló el escenario contemplado en el artículo 119 del Código Penal¹⁰. Se debe agregar, además, que recién en el 2006 se implementó la “Guía técnica: guías de práctica clínica para la atención de las emergencias obstétricas según nivel de capacidad resolutive y sus 10 anexos”¹¹ y comparte una similitud con la Guía elaborada en el 2014: ambas fueron consecuencia directa del caso KL, el cual pasaremos a resumir según expuso el Comité de Derechos Humanos¹².

En el 2001, cuando tenía 17, KL quedó embarazada y al hacerse una ecografía en el Hospital Nacional Arzobispo Loayza se le informó que se trataba de un feto anencefálico. Días después, Doctor Ygor Pérez Solf, médico gineco-obstetra del mencionado hospital, le informó a KL sobre qué trataba la anencefalia y cuáles eran sus opciones, las cuales dijo que eran dos: interrumpir el embarazo o continuar con el mismo, pero su recomendación fue optar por la primera opción.

KL decidió seguir la recomendación del médico, pero fue entonces que comenzaron los problemas. Para empezar, le indicaron que la interrupción del embarazo requería ser solicitada al director del hospital y como la gestante era menor de edad, fue su madre, la Señora E.H.L, quien presentó el mencionado documento. La respuesta del director fue denegar la solicitud argumentando que el pedido contravenía los artículos 119 y 120 del Código Penal.

Semanas después, Amanda Gayoso, asistente social adscrita al Colegio de Asistentes Sociales de Perú, emitió una opinión sobre el caso, concluyendo que la solicitud debía ser aceptada “ya que de continuar solo se prolongaría la angustia e inestabilidad emocional de KL y su familia”⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾. Sin embargo, los médicos hicieron caso omiso, por lo cual no aceptaron la solicitud y se negaron a realizar la intervención médica recomendada.

Se colige, pues, que los médicos tuvieron un rol protagónico al ser quienes denegaron la solicitud presentada por la madre de KL. Se conocía la condición de anencefalia del bebé, quien vivió menos de 7 días después del parto, lo cual

⁷ Caso KLL vs. Perú. CCPR/C/85/ D/1153/2003 del 17 de noviembre de 2005.

⁸ Resolución ministerial 486-2014/MINSA, página 7.

⁹ “Cuando [KL] pidió el procedimiento, esta ley no estaba reglamentada. Es decir, no había una guía para su aplicación” (Pighi 2019).

¹⁰ Página 7.

¹¹ Resolución Ministerial N° 695-2006

¹² Los hechos del caso se explican desde el fundamento 2.1 hasta el 2.9.

¹³ Fundamento 2.4

¹⁴ También debe agregarse que se emitió un informe médico-psiquiátrico, en el cual la Dra. Marta Rendón, adscrita al Colegio Médico Peruano, adelantó lo que luego se confirmaría a nivel interamericano: la salud mental de KL corría peligro, se le expuso a daños innecesarios y se restó importancia a las repercusiones de desencadenar, por ejemplo, un cuadro de depresión (fundamento 2.5).

nos lleva a cuestionar por qué los médicos no tomaron en consideración las consecuencias físicas y psicológicas en una mujer obligada a dar a luz y cuidar a un bebé que moriría tras nacer o durante los días siguientes. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos indicó que, como se colige de su Observación N°20¹⁵, existe protección en contra del dolor físico y “el sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores” (Llaja 2009: 7).

En el 2002, el Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), la organización pro derechos femeninos Cladem y la organización internacional Centro de Derechos Reproductivos (CDR) demandaron al Estado peruano por el caso KL ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y fue resuelto en el 2005. ¿Cuál fue el resultado? Se declaró responsable al estado peruano por el trato que recibió KL, pero no existieron cambios sino hasta el 2014. Así, a nivel normativo, aunque casi 10 años después, solo se consiguió la elaboración de la Guía para el aborto terapéutico para 10 causales que amenazan la vida de la madre dentro de las primeras 22 semanas de embarazo, título de la ya mencionada Resolución Ministerial N°486-2014, a pesar de que el Comité de Derechos Humanos determinó que el Estado peruano tiene la obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

¿Y qué ocurrió con K.L.¹⁶ ¿dejó su país, cruzó el océano. No se despidió más que de su madre y una tía. Evitó a las amigas de colegio y del barrio [...] El 1 de agosto de 2002, K.L. llegó a Madrid” e inició una vida allí, lejos del país y del estado que le fallaron (Meza 2017: 21). Recibió una indemnización de parte del estado peruano en el 2015 y utilizó aquel dinero para tomar cursos de especialización de su carrera, es decir, de ingeniería civil, la misma que estudió en España (Meza 2017: 24).

“Se le pone la piel de gallina cuando escucha que en Perú no se les deja abortar a las mujeres víctimas de violación sexual. Conoció durante su estadía en Lima a L.C. [...] K.L. y L.C. entablaron amistad durante su estancia en Lima. Mantienen comunicación por redes sociales. Se ayudan mutuamente a superar las secuelas de años de culpas, frustraciones y una justicia indiferente” (Meza 2017: 26). Pero, ¿quién es L.C. y por qué comparten los rezagos de una justicia indiferente?

LC¹⁷

¹⁵ “Artículo 5: La prohibición enunciada en el artículo 7 [prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles] se refiere no solamente a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral. Es más, a juicio del Comité, la prohibición debe hacerse extensiva a los castigos corporales, incluidos los castigos excesivos impuestos por la comisión de un delito o como medida educativa o disciplinaria. A este respecto, conviene subrayar que el artículo 7 protege, en particular, a los niños [...]” (el énfasis es nuestro).

¹⁶ “Era tomar el avión o no tomarlo. Todo se fijó en ese momento, pensaba que no llegaría y, sí, fue como huir porque sabía que nada bueno me esperaba quedándome. Quería dejar todo atrás: los maltratos en el hospital, la mala relación con mi familia, los señalamientos, la culpa, el sufrimiento. Fue muy difícil decidir irme y empezar de nuevo porque tenía planes de estudiar aquí, pero se derrumbaron. En Lima me quedé sin fuerza, no levantaba cabeza y dije: me voy, y mi madre estuvo de acuerdo porque me veía tan mal” (Meza 2017: 21).

¹⁷ Comunicación N° 22/2009, dictamen aprobado por el Comité en su 50º período de sesiones, celebrado del 3 al 21 de octubre de 2011, publicado el 25 de noviembre de 2011.

Cuando tenía 11 años, la menor de edad de iniciales LC comenzó a ser abusada sexualmente por un sujeto de aproximadamente 34 años. Como resultado de la violación sexual, quedó embarazada a los 13 años. Las consecuencias psicológicas de dichos sucesos explican el intento de suicidio de la adolescente, quien optó por lanzarse de la azotea de su casa para acabar con su vida aquel 31 de marzo de 2007. Fue trasladada al hospital público Daniel Alcides Carrión, en donde se le diagnosticó traumatismo vertebromedular cervical, luxación cervical y sección medular completa y se identificó el riesgo de discapacidad permanente y deterioro de la integridad cutánea resultante de la inmovilidad física.

Tras su intento de suicidio, las consecuencias físicas en LC fueron la paraplejía de sus miembros inferiores y superiores. Esta situación requería una intervención quirúrgica, por lo cual el jefe del Departamento de Neurocirugía recomendó llevarla a cabo a la brevedad posible para evitar que el daño sufrido se agrave: el riesgo de retrasar dicha operación era que LC quede inválida. Siendo este el panorama, la cirugía se programó para el 12 de abril del 2007, es decir, 12 días después del fatídico suceso.

El 4 de abril, 4 días después del intento de suicidio de LC y 8 días antes de la cirugía recomendada, el hospital le realizó una evaluación psicológica, en la cual se reveló que las causas del suceso fueron el constante abuso sexual y el miedo por estar embarazada (su estado de gestación se comprobó al día siguiente mediante un examen ginecológico). Cabe agregar que se mantuvo un registro diario de LC, del cual se desprende que la situación médica de LC era conocida por los médicos (se le diagnosticó una serie de infecciones y se señaló que su estadio de absoluta postración dificultaba evitar su deterioro cutáneo).

El 12 de abril, día para el cual se había programado la intervención quirúrgica, se le informó a LC que aquella no se llevaría a cabo. Al día siguiente, se le explicó que dado su embarazo no podrían operarla. Luego, el 18 de abril, T.P.F., madre de LC, solicitó la interrupción legal del embarazo de su hija en concordancia con el artículo 119 del Código Penal, debido a que la gestación ponía en riesgo la vida de LC (recuérdese que su diagnóstico indicaba que el daño podría ser irreversible, como lo es el quedar inválida).

Ante la falta de respuesta de parte del hospital, T.P.F. acudió a PROMSEX, quienes dieron a conocer la situación de LC a la defensora adjunta por los derechos de la mujer (Defensoría del Pueblo), la misma que solicitó un informe médico a la comisión de alto nivel de salud reproductiva del Colegio Médico de Perú. En aquel documento, entregado el 7 de mayo, se indicó que estaba justificado un aborto terapéutico ya que la salud física y mental de la niña estaban en peligro. Sin embargo, el 30 de mayo, casi 40 días después de la solicitud de interrupción del embarazo y 3 semanas después del informe mencionado, la Junta Médica del hospital desestimó la petición por considerar que la vida de LC no corría peligro.

El 16 de junio, cuando tenía 17 semanas de gestación, LC sufrió un aborto espontáneo. El 11 de julio, casi 3 meses después de la sugerencia inicial de operarla a la brevedad posible, se operó a LC por las lesiones en su columna y

el 31 de aquel mes fue dada de alta y se le indicó que necesitaba terapia y rehabilitación intensiva. No obstante, no fue hasta diciembre que se iniciaron aquellas prácticas recomendadas por los médicos. Tras dos meses en el Instituto Nacional de Rehabilitación, LC no pudo continuar con el tratamiento por no contar con los medios suficientes. El resultado para LC fue quedar paralizada del cuello para abajo, depender de una silla de ruedas, necesitar una sonda y, dado todo aquello, verse impedida de asistir a un centro de enseñanza.

Ahora, ¿qué indicaba el marco jurídico? El Código Sanitario¹⁸ regulaba el aborto terapéutico de manera tal que su práctica debía ser realizada por un médico y contar con la opinión favorable de otros dos. No obstante, aquello cambió con la Ley General de Salud¹⁹ pues derogó el mencionado código y produjo un vacío legal: no existe procedimiento alguno y la práctica de interrupción del embarazo queda sometida a la discrecionalidad de los funcionarios del centro médico.

Resulta incuestionable afirmar que la salud física y mental de LC fueron gravemente afectadas, “en primer lugar por las agresiones sexuales reiteradas, la angustia que le generó un embarazado producto de este crimen y, finalmente, por el intento de suicidio” (Melendez 2016, pp. 252). Asimismo, destaca que este caso es similar al de KL en cuanto al trato a la mujer y la respuesta del centro médico (hospitales en ambos casos). Ahora, si era legal, ¿por qué no se les practicó el aborto terapéutico? Pero hay otra pregunta más importante: ¿cómo es que la regulación de dicho tipo de aborto pudo pasar décadas sin ser reglamentada²⁰? Adicionalmente, ¿podría esto darnos a entender que hay más mujeres que pasaron por lo mismo, pero optaron por el silencio? Si está contemplado por el Código Penal y se cuenta con el protocolo y la reglamentación necesaria, entonces no deberían existir más casos como los de KL y LC. Una vez más, aquella premisa es errada pues “María Ysabel Cedano, de Demus, dice que ‘muchos operadores de salud ponen objeciones de conciencia (para no practicar el aborto terapéutico) y no garantizan que otro médico o que otro hospital atienda a las mujeres’” (PIGHI 2019).

Podríamos pensar que la objeción de conciencia²¹ justificaría que los médicos, tanto en el caso de KL como de LC, se hayan negado a interrumpir los embarazos, pero este ejercicio pierde de vista la idea principal que debe obtenerse en esta sección: incluso cuando es legal, la regulación del aborto -al encontrarse limitada a casos específicos- no se construye como una opción segura para las mujeres. Entonces, si cuando el feto va a morir y dichos sucesos

¹⁸ Decreto Ley N° 17505, 1 de enero de 1969. En su presentación se reconocía que aquel Código fue “el primer dispositivo legal que, en forma orgánica, contempla las normas que consagran el derecho a la salud a ésta como el principal componente del bienestar y elemento indispensable en el desarrollo de los hombres y el progreso de los pueblos, con la calidad de un bien jurídicamente irrenunciable”.

¹⁹ Ley N° 26842, 9 de julio de 1997.

²⁰ Página 7.

²¹ Si bien este aspecto no es desarrollado en el presente trabajo, resulta necesario definirlo. Así, “La objeción de conciencia se presenta cuando una persona se niega a actuar según un mandato u obligación legal, o una orden administrativa por razones de conciencia, es decir, sobre la base de razones para hacer lo que esta persona cree que es lo correcto (moral, religioso o de otro tipo), por lo cual se opone a tal obligación u orden. La objeción de conciencia revela un conflicto entre los valores morales de un individuo y lo que se le requiere que haga” (Contreras 2018: 49). Asimismo, se debe comentar que compartimos la opinión que postula como solución que “el sistema de salud debe comprometerse a garantizar un número de personal no objetor que permita no entorpecer la realización de las IVE [prestación médica de interrupción del embarazo] en cada hospital o localidad” (Marshall y Zúñiga 2020: 126).

tendrán consecuencias negativas en la salud de la mujer (caso KL) o cuando el nacimiento sea producto de un suceso traumático como lo es una violación sexual (caso LC) las mujeres tienen la opción legal de abortar, ¿de qué sirve esta si los médicos pueden negarse a interrumpir el embarazo? Que la atención y licitud del aborto se limite a ciertos escenarios reduce, también, el número de médicos y lugares donde se puede acudir.

A lo largo del 2020 se han reportado decenas de casos de abuso sexual, siendo las víctimas las menores de edad²² y el caso de Camila es un ejemplo de cómo estas situaciones pueden ser una pesadilla para las víctimas. Esta es su historia: la menor fue ultrajada por su padre desde los 9 años y a los 13, al quedar embarazada, su madre solicitó la interrupción del embarazo. Sin embargo, no obtuvo respuesta del centro de salud y “Camila terminó teniendo un aborto espontáneo. Ese fue el inicio de una nueva pesadilla para la niña, pues una fiscal inició una investigación en su contra” (Ascarza 2020). Este caso se difundió hace unas semanas porque su madre junto con Promsex denunciaron el caso ante el Comité de Derechos del Niño de la ONU. Brenda Álvarez, abogada especialista en temas de género, explicó que “el aborto incompleto es una emergencia obstétrica” y por eso los establecimientos de salud están obligados a atender a las mujeres pues “se debe garantizar el acceso a los servicios de salud” (Sociedad La República 2020). Tras haber leído los casos de KL²³ y LC, el lector puede responderle a la abogada que esa obligación quizás sea letra muerta.

Súmese, además, la inhabilitación a la que se enfrentan los médicos: la Ley General de Salud, en su artículo 30, obliga al personal médico a denunciar cuando se identifique un “autoaborto”, es decir, un aborto inducido. Para Álvarez, esta norma “es inconstitucional y debería ser modificada porque no solo vulnera el derecho al secreto profesional, sino también actúa como un obstáculo para que las mujeres puedan acceder a las atenciones de salud”, premisa que desafortunadamente respalda todo lo descrito (Sociedad La República 2020).

De esta manera, en esta sección se evidencia que la prohibición legal, a pesar de ser burlada voluntaria y conscientemente por las mujeres que optan por interrumpir su embarazo, se comporta como un obstáculo para las mujeres que han solicitado abortar cuando su vida ha estado en peligro. La resolución ministerial del 2014 no soluciona la problemática descrita ya que el aborto terapéutico recoge solo 11 de los innumerables casos en los que una mujer ve al aborto como una opción. Así, nuestro trabajo parte de las preguntas, problemas, cifras y casos que son consecuencia de la penalización del aborto,

²² La Comisión Interamericana de Derechos humanos dio a conocer, a través de las ponencias de los solicitantes, que la violencia sexual y discriminación sistemática en contra de mujeres, niñas y adolescentes en la región aumentó después de la implementación de las medidas de contención por la pandemia del #COVID—19 (Loarte 2020). Asimismo, Wiener da cuenta de las cifras del MINSA y confirma lo mencionado al declarar que en los primeros meses del aislamiento social, aproximadamente 300 menores de edad fueron víctimas de violación sexual (2020).

²³ En el fundamento 24 de Observaciones finales del Comité CEDAW al Sexto Informe periódico del Estado peruano, la CEDAW manifestó su preocupación por el incumplimiento del Estado Parte (Perú) ya que este no había aplicado las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos “formuladas en relación con el caso KL contra el Perú” (CCPR/C/85/D/1153/2003(2005)) (2007). Se colige, pues, que existe prueba del incumplimiento de parte del estado peruano, durante el caso de KL -es la denegatoria del acceso a la interrupción del embarazo lo que perjudicó a la menor- y posteriormente ya que el estado peruano solo emitió la Guía contenida en la Resolución Ministerial N° 695-2006, lo cual fue insuficiente.

frente al cual exigimos, al igual que las Naciones Unidas y el CEDAW, que su práctica de despenalice. A continuación, se explicarán los argumentos que respaldan esta idea y, concretamente, se desarrollará la postura defendida en este artículo.

II. Regulación del aborto en el Perú: un castigo hacia las mujeres

Este trabajo se construye alrededor de la hipótesis que describe a la regulación del aborto como un castigo hacia las mujeres. Dicha premisa se sostiene en 4 argumentos que cuestionan los problemas presentados, las cifras expuestas y los casos narrados. Asimismo, cada argumento toma como base a un derecho que sostenemos es desatendido y transgredido por la ilegalidad del aborto libre. Adicionalmente, debemos aclarar que los derechos analizados no son los únicos violentados; han sido seleccionados para ilustrar de manera puntual cómo el derecho constitucional explica por qué jurídicamente es insostenible que el aborto sea ilegal.

1. El derecho al libre desarrollo: la maternidad como una opción, no como una obligación

La Constitución Política de 1993, en su artículo 2.1 reconoce como derecho fundamental al libre desarrollo y bienestar; bienes jurídicos y constitucionales “en alguna medida novedosos, cuyos contenidos son de la máxima importancia para el Estado Constitucional, así como para la realización de cada persona” (Sosa 2018: 178). Dicha relevancia ha sido recogida en repetidas ocasiones por el Tribunal Constitucional al afirmar que se concreta con la “capacidad de desenvolver [la personalidad] con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos”²⁴.

Asimismo, su contenido constitucional se ha ubicado en diversos artículos y no exclusivamente en el 2.1, como indicó el Tribunal Constitucional: “[el] libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1 y 3, Constitución)²⁵. Esta condición es comprensible pues “la interpretación de conceptos como dignidad de la persona humana, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, Estado social, bien común, bienestar, entre otros, son conceptos jurídicos abiertos en tanto permiten una escala de interpretación diferenciada”, lo cual nos exige lo siguiente: identificar el contenido esencial del derecho al libre desarrollo y bienestar y especificar qué requiere para satisfacerse plenamente (Landa 2000: 15).

Por un lado, Sosa indica que el mencionado derecho “define las relaciones y los límites entre la libertad humana y la autoridad dentro de cada Estado constitucional” (2018: 189). Por otro lado, Fernández recoge la importancia de diferenciar persona y personalidad, ya que la primera posee la segunda al materializarse en “virtudes, defectos y características propias de cada ser

²⁴ Fundamento 22 de la sentencia 32-2010-PI del 19 de julio de 2011.

²⁵ Fundamento 47 de la sentencia 7-2006-PI del 22 de junio de 2007.

humano” y luego afirmar que el reconocimiento constitucional del derecho en cuestión busca que la persona construya libremente su proyecto de vida, mediante lo cual consolida su propia personalidad (2016: 131).

La Constitución tiene el deber de asegurar el derecho a la libertad, “la autodeterminación y la protección jurídica de la persona, el establecimiento de la estructura organizativa básica del Estado y el desarrollo de los contenidos materiales básicos del Estado” (Landa 2000: 23). En ese sentido, es trascendental entender que Sosa y Fernández comparten la siguiente observación: qué rol juega el derecho a la libertad para una plena materialización del derecho al libre desarrollo, el cual también es llamado “derecho al libre desarrollo de la personalidad” por algunos autores.

Es importante reconocer la estrecha vinculación entre el derecho a la libertad y el desarrollo de la personalidad y bienestar porque es la clave para hallar el núcleo esencial. Adicionalmente, se debe prestar atención al énfasis que hace el Tribunal Constitucional cuando añade a ese vínculo el concepto de vida digna, pues postula que “en la medida en que sea razonablemente posible, [el derecho al libre desarrollo de la personalidad] debe encontrarse en desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre”²⁶.

Entonces, este derecho fundamental y constitucional requiere satisfacer al derecho a la libertad y a la vida digna. Así, podemos reconstruir el núcleo esencial con base a aquellos y deducir que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la materialización de una libertad humana en sentido amplio, caracterizada por partir de la dignidad, la cual es expresión del valor de la persona humana y de su libre desarrollo social, por lo cual se exige respeto y protección de parte del Estado (Sosa 2018: 201; Landa 2000: 11).

Ahora, ese núcleo esencial perteneciente al campo del intelecto se materializa en lo que Fernández llama “proyecto de vida”: lo que el hombre decide ser y hacer con su vida y en su vida y su capacidad de ejecución reside en cualidad propias del sujeto y las alternativas que les son ofrecidas en la sociedad a la cual pertenece. Vemos pues, que el autor implícitamente comenta que pueden existir factores externos que limiten de manera sustancial el proyecto de vida, entre los cuales destaca el marco jurídico vigente (2016: 119 - 123).

El derecho al libre desarrollo a la personalidad y bienestar, el derecho a la libertad y la dignidad humana se ubican en la concreción del proyecto de vida, por lo cual este requiere la protección del estado pues en aquel se condensan derechos constitucionales y fundamentales esenciales para el ser humano. Entonces, ¿qué tipo de medidas normativas podrían ser lesivas con el proyecto de vida de una mujer que está embarazada y no quiere continuar con la gestación? La respuesta debe resultar evidente: la ilegalidad del aborto.

La OMS se ha mostrado en contra del impedimento de aborto en cualquier escenario, lo cual implica rechazar que los estados impidan la interrupción del embarazo cuando la mujer ha sido víctima de abuso sexual, se encuentra en

²⁶ Fundamento 5 de la sentencia 0895-2001-PA del 19 de agosto de 2002.

peligro o solo decide no ser madre. En ese sentido, en repetidas ocasiones ha vociferado²⁷ que es reprochable el nivel de la prohibición cuando esta es extensible a los operadores de salud, a quienes se les impone la “obligación legal” de denunciar el hecho si toman conocimiento o atienden a mujeres con signos de haberse practicado un aborto.

En esa misma línea, el Comité Interamericano de Derechos Humanos comparte el rechazo hacia los estados que obligan “a los médicos a transmitir a las autoridades información sobre las mujeres que solicitan asistencia médica como consecuencia de un aborto”, lo cual consigue que se instale el miedo y explica las altas tasas de abortos en condiciones inseguras, como se expuso en los antecedentes (Melendez 2016).

Como menciona Julio, “[los] derechos sexuales y reproductivos están ligados a las decisiones autónomas que tienen las personas para asumir en que momento quieren ejercer la maternidad o la paternidad”, lo cual es una manifestación de una de las aristas más importantes del proyecto de vida: la planificación familiar (2019: 57). Esta no puede “considerarse como una obligación social o religiosa, es un derecho accesible y voluntario el que las mujeres decidan o no crear un núcleo familiar” (2019: 58).

Recordemos que la condición genérica de mujer no es biológica, sino una construcción social “que busca naturalizar ciertos comportamientos y funciones sociales como propios de la femineidad, entre ellos, la maternidad, la cual se entendía [...] no solo como función biológica, sino como un derrotero de la realización femenina [frente a lo cual] Beauvoir indicaba que no existe tal instinto y que el ejercicio de la maternidad varía en cada mujer y obedece a distintos factores” (Pariona 2019: 21).

Aquella construcción social forma parte de la sociedad peruana, como diversos estudios han indicado. Así, como menciona Pariona, diversas especialistas como Barrig, Cornejo Chávez y Fuller identificaron que, en el Perú, en la década de 1960 “la maternidad era la cualidad que, para la entonces clase media limeña, definía la femineidad” y con tiempo dicho panorama cambió: las mujeres tenían menos hijos, se insertaron en el campo laboral, pero la relación con los hijos seguía siendo el paradigma que la sociedad más resaltaba al pensar en las mujeres (2019: 22).

Un estudio más reciente evidencia cómo la mayoría de mujeres profesionales considera a la maternidad como parte de su proyecto de vida, dentro del cual han ubicado a la gestación como un plan a concretarse en la tercera década de vida sus vidas (Pariona 2019: 23). Entonces, ¿qué argumentación puede sostener el estado para prohibirle a una mujer abortar a los 18, 22 o 25 años? Si

²⁷ Ver páginas 3 y 4. Asimismo, Marge Berer, directora de Reproductive Health Matters, y presidenta del Cuadro Consultivo sobre las Diferencias por razón de Sexo, Departamento de Salud e Investigación Reproductiva, Organización Mundial de la Salud, reproduce la postura de la entidad a la que pertenece e indica que “la legalización del aborto es una condición esencial para hacerlo más seguro. En relación con ello, reviste importancia la modificación de la ley y las afirmaciones en contra están mal concebidas y carecen de base práctica. Aunque en muchos países la tendencia a la disminución de la peligrosidad del aborto comenzó antes de que se modificaran las leyes, o sin necesidad de tales modificaciones, es indispensable la modificación de la legislación si se desea mantener la seguridad adecuada para todas las mujeres” (2020: 118).

la maternidad forma o no parte de su plan de vida es propio de su esfera de intimidad y discrecionalidad, las cuales sufren un atroz menoscabo cuando se les impide interrumpir legalmente sus embarazos.

Con la globalización y demás cambios sociales, en el “siglo XXI, los conceptos de maternidad y mujer han dejado de ser sinónimos; la maternidad ha pasado de ser el objetivo primario de toda mujer a una opción de vida más”, premisa que resume la postura de la OMS, la Comisión, la Corte, la CEDAW, PROMSEX y demás instituciones importantes que luchan por el reconocimiento de la libertad de decisión de la mujer, la cual nosotros, en este extremo, hemos sustentado que es exigible porque es la facultad de elegir continuar o no con un embarazo es una materialización del derecho al libre desarrollo de la personalidad y bienestar (Arango: 2014).

2. El derecho a la salud: la justificación de los abortos clandestinos

La interrupción legal del embarazo también resulta exigible a partir de otro derecho: la salud, cuyo “goce del grado máximo [es uno] de los derechos fundamentales de todo ser humano” (OMS 2017). En ese sentido, cuando se deniega acceso a servicios y atención de salud sexual y reproductiva se produce una violación de los derechos humanos que, como se ha adelantado, está profundamente arraigada en valores sociales relativos a la sexualidad de las mujeres. Ese tipo de regulación estatal causa, como se indicó en los antecedentes, que las mujeres se sometan a abortos en condiciones inseguras y pongan en peligro sus vidas.

Al igual que en el apartado anterior, primero debemos definir a qué se refiere y qué conforma el núcleo esencial del derecho a salud, para lo cual recurriremos al Tribunal Constitucional, quien afirmó que “se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado”²⁸, es decir, busca posibilitar un estado pleno de salud. Adicionalmente, dentro de los componentes del Estado social queda claro que el reconocimiento y la promoción del derecho a la salud ocupa un papel trascendental, en tanto dicho atributo representa parte del conglomerado de derechos sociales que bajo la forma de obligaciones se imponen al Estado a efectos de ser promovido en condiciones materiales y fuentes de acceso”²⁹.

En esa misma línea argumentativa, se reconoce que “la conservación del estado de salud en cuanto contenido del derecho constitucional a la salud comprende, a su vez, el derecho de acceso y goce de las prestaciones de salud”. Es decir, resulta imposible conservar el estado de salud o acceder al derecho sin el acceso y goce de las prestaciones correspondientes, por lo cual estos “están comprendidos en cuanto ámbitos de protección o contenidos del derecho a la salud. En consecuencia, una denegación arbitraria o ilegal del acceso a la prestación [...] de la prestación [o] una perturbación en el goce de la misma [...] constituyen lesiones del derecho constitucional a la salud”³⁰ (el subrayado es nuestro).

²⁸ Fundamento 13 de la sentencia 1429-2002-HC del 19 de noviembre de 2002.

²⁹ Fundamento 6 de la sentencia 3208-2004-AA del 30 de mayo de 2005.

³⁰ Fundamento 2 de la sentencia 7231-2005-PA del 29 de agosto de 2006.

¿Calza el aborto en el supuesto de prohibición arbitraria? Según la línea argumentativa de la OMS, la Corte, la Comisión y pronunciamientos de organismos como el CEDAW, se colige que no solo satisface aquel supuesto, sino que su prohibición es una práctica, además de arbitraria, discriminatoria e incluso lesiva de derechos humanos. Tómese, por ejemplo, las siguientes afirmaciones de organismos competentes para pronunciarse al respecto:

“La negativa de un Estado Parte a proveer la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria”

Recomendación General N°24, CEDAW

“24. A la luz de las observaciones anteriores, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomienda que: m) Los Estados Partes aseguren que se tomen medidas para impedir la coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción, y para que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad”

Recomendación General N°19, CEDAW

“Los Estados Partes deben adoptar medidas para reducir la morbimortalidad materna y la mortalidad de las niñas adolescentes, producida especialmente por el embarazo y las prácticas de aborto peligrosas”

Recomendación General No. 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño

Sostenemos que la prohibición es arbitraria porque es un procedimiento médico que requiere la participación de personal capacitado para no poner en riesgo la mujer. Asimismo, la intervención médica no necesariamente debe ser quirúrgica ya que, como menciona la OMS en sus diversos manuales sobre el aborto³¹, la interrupción del embarazo también se consigue con pastillas. Entonces, si a nivel científico y médico, el órgano competente, como lo es la OMS, indica que tal procedimiento no es peligroso -a menos que se trate de abortos en condiciones inseguras, las cuales indicamos se caracterizan por ser practicadas en lugares deplorables y a cargo de sujetos no instruidos en la medicina- ¿cómo no calificar de arbitraria su prohibición en el cuerpo normativo penal?

El derecho a la salud, definido como la obligación del Estado de brindar y garantizar el acceso y goce a prestaciones de salud, comprende la interrupción del embarazo, como afirman los organismos mencionados. Respalamos y sostenemos dicha premisa ya que, de manera objetiva, lo que se exige es que los prestadores de salud y los establecimientos asistan a las mujeres, ya sea porque planean interrumpir su embarazo o si tuvieron alguna complicación durante dicho proceso. Esta observación, consecuentemente, cuestiona y exige la modificación del Código Penal en tanto dicho cuerpo de normas sanciona al personal médico que asiste dichos casos y no reporta su existencia.

³¹ Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud publicado en el 2012, *Manual de práctica clínica para un aborto seguro* publicado en el 2014, *Tratamiento médico del aborto* publicado en el 2019, entre otros.

Lo planteado se refuerza con la Observación General N° 36 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida, y postula en su fundamento 9 que “todas las restricciones jurídicas que limiten la capacidad de las mujeres para someterse a un aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro sus vidas ni exponerlas a dolores o sufrimientos físicos o psíquicos por cuanto ello supondría una vulneración del artículo 7 del Pacto”. Si bien el inicio de aquel fundamento reconoce que los estados pueden “adoptar medidas destinadas a reglamentar la interrupción del embarazo, dichas medidas no deben resultar en la vulneración del derecho a la vida de la mujer embarazada o de sus otros derechos en virtud del Pacto”, por lo cual tanto KL como LC encontraron justicia en el sistema interamericano: el estado no les brindó la protección necesaria, sino que actuó en desmedro de ambas.

Consideramos que el desarrollo jurídico no solo avala que el derecho a la salud comprenda que la interrupción del embarazo forme parte de la cartera de procedimientos que ofrecen los centros de salud, sino que es menester contar con un cuerpo normativo que lo avale. ¿Cómo puede una mujer gozar fehacientemente del derecho a la salud si el aborto es ilegal? Como se explicó en lo antecedentes, los abortos inseguros se caracterizan por ser clandestinos y esto ocurre cuando está prohibido acudir a un centro de salud para realizar dicho procedimiento. Adicionalmente, no solo el derecho a la salud peligra, sino que la prohibición del aborto se concreta en dos derechos conexos: la integridad física y psicológica, las cuales ponen en riesgo el bienestar de las mujeres, como se explicará a continuación.

3. El derecho a la integridad física y psicológica: una unidad para garantizar el bienestar de la mujer

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado en repetida jurisprudencia que “la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas [...] abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”³², afirmación a partir de la cual se explicará cómo una violación a aquel derecho constituye un daño para las mujeres cuando los estados sancionan penalmente el aborto (el énfasis es nuestro).

Para empezar, debemos definir *integridad física e integridad psicológica*. Se debe reconocer que nuestra Constitución, en el inciso 1 del artículo 2, versa sobre el derecho a la integridad física, psíquica y moral, el cual comprende “la conservación de aquello que permite identificar e individualizar al ser humano”³³ y, al definir cada uno, se destaca que el primero protege el “no ser objeto de tratamientos que lesionen el cuerpo”, mientras que con el segundo se busca la “preservación de la mente o psiquis” lo cual quiere decir que se prohíben

³² Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, párrafo 57; Caso Mendoza y otros Vs. Argentina; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile; entre otros.

³³ Se optó por concentrar el análisis en la integridad física y psicológica por su desarrollo en jurisprudencia y doctrina internacional.

tratamientos que puedan afectar emocionalmente porque aquello disminuiría la dignidad de la persona (Landa 2017: 41). Cabe agregar, también, que se ponen en peligro cuando “existen “amenazas y el peligro real de someter a una persona a graves lesiones físicas [pues] produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada *tortura psicológica*”³⁴.

Ahora, tomemos en cuenta la prohibición del aborto y sumemos las definiciones recién presentadas: se puede afirmar que, al saber que no pueden acudir a los centros salud para interrumpir sus embarazos legalmente, las mujeres son violentadas físicamente al someterse a abortos en condiciones inseguras (como se mencionó en los antecedentes, estos se caracterizan por poner en peligro a las mujeres) y psicológicamente al saber que cometieron un delito que puede ser reportado por la persona a quien se lo cuenten. Esta idea obtiene mayor respaldo al acudir al sistema interamericano, lo cual se hará a continuación.

En su informe del 2016, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes³⁵ declaró en el fundamento 43 que “el aborto practicado en condiciones de riesgo ocupa el tercer lugar entre las principales causas de muerte materna en todo el mundo”. Asimismo, “la existencia de leyes muy restrictivas, que prohíben los abortos incluso en casos de incesto, violación, deficiencia fetal o cuando está en riesgo la vida o la salud de la madre, vulneran el derecho de las mujeres a no ser sometidas a tortura o malos tratos” (el subrayado es nuestro). Entonces, la prohibición del aborto no solo es arbitraria, sino que pone en riesgo la integridad física y psicológica ya que prohibición encaja en el supuesto de tortura y malos tratos.

Nuestro argumento se refuerza cuando el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés) en su observación general N°14³⁶, indica que las “restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por el Pacto”. Como se mencionó en los antecedentes, la Comisión y la Corte Internacional de Derechos Humanos en sus informes y casos, respectivamente, han explicado la importancia de legislar en favor de la legalización del aborto. Entonces, se puede afirmar que la ilegalidad del aborto en el Perú no es compatible con el tratamiento ideal de los derechos de las mujeres.

Adicionalmente, en el fundamento 42 se reconoce cómo la prohibición del aborto vulnera a las mujeres ya que “los proveedores de servicios sanitarios tienden a ejercer una autoridad considerable sobre sus pacientes, lo que [las] sitúa en una posición de indefensión, mientras que la falta de marcos jurídicos y normativos que permitan a las mujeres ejercer su derecho a acceder a los servicios de salud reproductiva las hace más vulnerables a la tortura y los malos tratos”. Así, la línea argumentativa internacional rechaza la prohibición del aborto en pro de cuidar y proteger los derechos de las mujeres. Sin embargo, los derechos mencionados no son los únicos violentados, lo cual se explicará a continuación.

³⁴ Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Sentencia de 24 de noviembre de 2011.

³⁵ A/HRC/31/57 del 5 de enero de 2016.

³⁶ El tema fue el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud contenido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el fundamento citado es el 28 (2000).

4. Los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal: las mujeres no son medios para conseguir un fin

El análisis va a adquirir otro cariz en este extremo por la naturaleza del objeto de análisis: un sujeto como medio y no fin. Si seguimos la Observación General N°6 del Comité de Derechos Humanos, podremos observar que, para las Naciones Unidas, el derecho a la vida” no debe interpretarse en un sentido restrictivo”, como se indica en el artículo 1. Esta sección nos dirigirá al origen del problema: al legislador peruano que consideró pertinente sancionar incuestionablemente a las mujeres que decidan terminar anticipadamente sus embarazos.

Como reconoce Pintore, con el derecho se consigue “un control de la exclusividad de sus normas y de la rigidez de sus confines, y busca obtener este resultado especialmente a través del uso de los textos canónicos”, por lo cual debemos revisar con recelo la producción normativa (“dirección de clausura”), pero con mayor atención debemos vigilar el origen de las mismas (“dirección de apertura”) (2017: 63). Al respecto, Sotomayor propone una alternativa al construir una teoría del deber ser respecto a qué rol tienen las emociones en el proceso decisorio: así como existen teorías o esquemas orientados a formar un “punto de vista imparcial empático” en los jueces, es posible sugerir uno para los legisladores. Esto explicaría el razonamiento detrás de las normas y permite identificar qué justifica la prohibición del aborto, según el legislador (2017).

Para entender a qué nos referimos debemos recoger las ideas propuestas por Nussbaum sobre las emociones, en los términos que explica Sotomayor. La autora las define como emociones contrarias a movimientos no razonados o, en palabras de Sotomayor, “fuerzas animales y ciegas [...] del lado contrario al del pensamiento y la razón”. Así, ambos autores coinciden al afirmar que son “complejos estados mentales” y la teoría da cuenta de que aquel es un enfoque necesario que puede servir para analizar y explicar la racionalidad jurídica, lo cual propone Sotomayor (2017: 161).

En otras palabras, Sotomayor destaca que resulta necesario explorar y explicar la imaginación judicial para resolver el caso (2017:179). Así, “la teoría de las emociones aplicadas al ámbito de la decisión judicial es un caso especial de la teoría de las emociones en general” (2017: 167). En ese sentido, podemos hacer extensiva esta teoría -ideada para el juez como un espectador juicioso- y aplicarla para los legisladores. En ese sentido, cabe cuestionar si es juicioso el legislador que prohíbe el aborto a pesar de las recomendaciones de organismos internacionales en pro de su legalización.

Como concluye Sotomayor, es “deseable incorporar las emociones en los procesos argumentativos de toma de decisiones”, a lo cual nos permitimos añadir que no se debe perder de vista los prejuicios con los que pueden actuar tanto los jueces como los legisladores. En ese sentido, compartimos la postura del autor y respaldamos la importancia de la “incorporación de emociones racionales y una disposición imaginativa [para que] los jueces y demás actores del sistema jurídico pueden realizar más cabalmente el mandato de justicia material que subyace a todo ordenamiento jurídico” (2017: 185).

Se colige, así, que el legislador reguló la sección del aborto lejos del estándar adecuado pues en lugar de ser juicioso optó por seguir prejuicios y hacer caso omiso a recomendaciones de organismos internacionales. Es mas, causa intriga que el legislador ignore que el Relator Especial³⁷ “exhorta a los Estados a que despenalicen el aborto y garanticen el acceso al aborto legal y seguro, como mínimo en los casos de violación [...] y cuando la vida o la salud física o mental de la madre esté en peligro” junto con “el tratamiento inmediato e incondicional [...] aunque sea como consecuencia de un aborto ilegal” (fundamento 72).

Como indica Ancí, tanto la Comisión de Justicia y Derechos Humanos como la Comisión de Constitución y Reglamento decidieron archivar el proyecto de ley de una iniciativa ciudadana que postulaba la despenalización para los casos de violación sexual, inseminación artificial y transferencia de óvulos no consentidas, y la deficiencia de la calidad de dichos debates fue “evidente” (2018).

Por un lado, la representante del Poder Judicial expuso a favor del proyecto de ley y dijo que “las normas que penalizan el aborto no deberían poner en mayor estado de vulnerabilidad a las mujeres víctimas de la violencia de género” y obtuvo como respuesta la interrogante de “¿qué tipo violencia es cuando se trata de quitarle la vida de un ser humano que es hombre o mujer” de parte de la congresista Martha Chavez. Este tipo de respuestas nos llevan a abordar el tema desde la siguiente interrogante: “si el Estado puede obligar a una mujer a incubar [un] embrión y a servir contra su voluntad como un sistema de respiración artificial” como postula Thomson y analiza Tribe (2012: 296).

Consideramos que la pregunta de la congresista engloba una visión que ambas comisiones comparten y aquello justifica la decisión de archivar el proyecto de ley: no se considera a la mujer como un sujeto de derecho sino como un fin cuyo objetivo es procrear, para lo cual no importa si su deseo es ser madre o no. En síntesis, aquella postura equipara el derecho a abortar de la mujer con el derecho a matar. No obstante, “a una mujer a la cual se le niega el derecho a elegir si interrumpe o no su embarazo, no se le está pidiendo únicamente abstenerse de matar a otra persona, sino que haga un sacrificio afirmativo (además, uno muy profundo) para salvar[la]” (Thomson citado por Tribe, 2012: 296).

Al respecto, Ancí se pregunta si “hay alguna forma moralmente correcta en la que se concluya como válida la elección de la vida de una persona portadora de derechos humanos, por la de otra” (2018). Las posturas provida parecen responder aquella interrogante con una visión que no compartimos: que la mujer debe hacer uso de su cuerpo “como un recipiente y un vehículo para otra vida”, lo cual la vuelve un medio, situación inaceptable al tratarse de un ser humano. (Tribe, 2012, p. 273). Con todo, al igual que Ancí, sostenemos la postura del reconocido constitucionalista Tribe pues “cuando la ley prohíbe a una mujer liberarse del feto que está en su interior parece ejercer una discriminación severa en contra de las mujeres [en general]” (2012: 298).

Se colige, pues, que es cuestionable el concebir a la mujer como un medio, lo cual se consigue al forzarla a ser madre. ¿Fue juicioso el legislador que postuló la penalización del aborto? Mas aun, ¿fueron juicioso los miembros de las

³⁷ p.23

comisiones que archivaron el proyecto de ley? La teoría propuesta por Sotomayor permite analizar a los juzgadores y hacerla extensiva a los legisladores exponen cómo fueron prejuicios los que guiaron tanto la penalización del aborto como la decisión de las comisiones. En conjunto, se priorizó la visión de la congresista Martha Chavez sin analizar lo que la postura provida en realidad propone: las mujeres son un medio para conseguir la finalidad, la cual fuerza a las mujeres a llegar a la maternidad, incluso si esta no es deseada o si representa un riesgo para su vida.

Entonces, sostenemos que la visión provida es lesiva para las mujeres y que se construye sobre la base de una visión inaceptable desde el punto de vista de los derechos humanos y la bioética, como menciona Ancí, ya que las personas no pueden construirse como medios. No obstante, es usual que se recurra a argumentos que postulen lo contrario, como sucedió con el proyecto de ley finalmente archivado, por lo cual deconstruiremos los argumentos más comunes usados en favor de la penalización del aborto, con lo cual reforzamos nuestra línea argumentativa.



III. **Contraargumentos: respondiendo a las posturas denominadas *provida***

Al igual que Garcés, consideramos que “no respetar [la decisión de las mujeres es] un perfeccionismo impuesto que vulnera aún más [sus] derechos fundamentales”, pero aquello no es analizado por grupos *provida*. Entonces, ¿qué debemos hacer? La autora indica que se puede construir una “respuesta con respaldo constitucional [mediante] la ponderación”. Ahora, es importante recordar que solo se puede lograr aquello si la argumentación se basa “en razones consistentes y de fondo” (2018). Esto pues “la consideración jurídica de la vida del embrión y la libertad en función de la autonomía de la mujer [...] son dos extremos irreconciliables cuando no se identifican las premisas que se defienden” (Gorki 2018).

En esta sección deconstruiremos afirmaciones *provida* desde para materializar los argumentos ya expuestos, tras lo cual lograremos reafirmar nuestra postura y evidenciar cómo el archivo del proyecto de ley³⁸, por ejemplo, es consecuente con la postura de legisladores no juiciosos, quienes actúan en desmedro de las mujeres al no incorporar emociones racionales en sus deliberaciones. Para empezar, haremos mención de las principales afirmaciones en contra de la interrupción del embarazo y las rechazaremos al explicar que exigir su practicidad implica lesionar los derechos de las mujeres. Luego, daremos cierre a la sección con un test de ponderación, cuyo resultado evidencia cómo la medida estatal (penalización del aborto mediante el Código Penal) no es idónea, necesaria y mucho menos proporcional.

■ Con la legalización del aborto se promueve dicha práctica

Recurriremos a dos escenarios, uno que explica la situación peruana y otro que refleja el escenario argentino. Por un lado, al igual que el proyecto de ley archivado³⁹, proponemos el siguiente caso: una mujer es víctima de violación sexual y queda embarazada. ¿Resulta constitucionalmente posible permitir el aborto? Como informa Garcés, penalizar el aborto en esos casos podría calificarse como un fin constitucionalmente legítimo, pero no es la medida más idónea ya que no incide en reducir la cifra de abortos y tampoco es necesaria ya que existen otras medidas menos lesivas hacia las mujeres. Es más, “al no ser la vida prenatal un fin absoluto, puede ceder cuando producto de la protección a este derecho se afecta de manera desproporcionada e irrazonable los derechos fundamentales de estas mujeres (2018). A esto se suma la postura de la Corte Constitucional de Colombia, la cual estableció que “el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general”⁴⁰.

Siguiendo el escenario planteado y atendiendo a las cifras de violencia sexual en el Perú⁴¹, afirmamos que la legalización del aborto no promueve dicha

³⁸ Páginas 25 y 26.

³⁹ Página 25.

⁴⁰ C-355/06 de 10 de mayo de 2006

⁴¹ Según el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Lima es el departamento en el cual se reportan más casos de violencia sexual. Asimismo, aquel tipo de violencia tiene como 8% de víctimas a menores de hasta 5 años; 17% de 6 y 11 años; y 29% a jóvenes entre los 12 y 17 años (2019: 3,4). Al respecto, Isaza

práctica, sino que les brinda a las mujeres la opción de escoger interrumpir su embarazo o continuar con la gestación. Así, la maternidad se vuelve una *opción* y deja de ser impuesta, forzada o no deseada. En ese sentido, cambiar la actual regulación del aborto en el Código Penal no tiene como objetivo fomentar o multiplicar exponencialmente las cifras de embarazos, sino que se busca reducir las cifras de abortos en situaciones inseguras⁴² y brindarles a las mujeres un ejercicio legítimo de, por ejemplo, su derecho a la salud ya que las prestaciones médicas, es decir, dentro del catálogo de servicios, debería encontrarse la interrupción legal del embarazo; además, se prioriza su derecho al libre desarrollo de la personalidad al permitirle escoger la maternidad. De esta manera, debemos distinguir entre *promover* la práctica y volverla accesible y respetuosa de los derechos de las mujeres.

■ No hay respaldo legal para despenalizar el aborto en el Perú

Como ya hemos mencionado, la normativa internacional⁴³ ha seguido una línea en favor del aborto al reconocer que su penalización sí representa una lesión a los derechos fundamentales. Es más, existe un sistema de indicadores para la implementación de la Convención de Belem Do Pará, la misma que establece como indicador específico que el Estado “permita la interrupción legal del embarazo por violación sexual”⁴⁴. Podemos, incluso, agregar que el control de convencionalidad ha sido relegado ya que los legisladores no han modificado el Código Penal, a pesar de que el Tribunal Constitucional ha reconocido el carácter vinculante de la producción normativa (sentencias y pronunciamientos) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Landa 2009).

Sostenemos que “las barreras psico-sociales y religiosas obturan el desarrollo genuino de normativas que legitimen las prácticas médicas a las que la mujer se expone. Mientras que el aborto no sea legitimado y los grupos de poder sigan centrando la tensión en términos de estar o no a favor de la vida del potencial niño por nacer los vacíos legales seguirán haciendo estragos en la subjetividad de quienes necesitan hacer valer sus derechos reproductivos y no reproductivos”, es decir, el Código Penal sigue vulnerando los derechos de las mujeres (Navés et al 2019: 159) (el énfasis es nuestro). En otras palabras, el conflicto trasciende el estar a favor o en contra del aborto ya que el enfoque debería estar en la argumentación proporcionada. Siguiendo la línea argumentativa propuesta, nosotros afirmamos que el respaldo legal existe: se sustenta en los 4 argumentos expuestos -se identifican derechos vulnerados- y la postura de los organismos de la comunidad internacional -se propone seguir el discurso de la OMS, la CEDAW, entre otras entidades que postulan la legalización del aborto como una medida respetuosa de los derechos expuestos en la sección dos- principalmente.

comenta que 13 de cada 1000 adolescentes peruanas gestan o ya son madres (2019). Así como destaca la mencionada autora, las cifras se relacionan con la violencia sexual, la misma que coloca a las menores en una situación de indefensión al haber sido desprotegidas y luego forzadas a llevar un embarazo no deseado producto de una situación lesiva de su indemnidad sexual.

⁴² Página 3.

⁴³ Página 21.

⁴⁴ Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belem Do Pará (MESECVI). Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Washington D.C., 2014, p.94.

- Se está matando a una vida porque el feto es persona

Es importante diferenciar la naturaleza jurídica del *embrión* para no emplear incorrectamente los términos *persona* y *vida* ya que “[s]on dos términos diferentes, el primero es jurídico mientras el segundo es interdisciplinario y, por lo tanto, involucra diferentes vertientes, incluso en el plano trascendental, razón por la cual deviene imposible arribar a una noción unívoca (Herrera 2018: 133). Siguiendo este orden de ideas, Villanueva postula que se debe “determinar qué rasgos son moralmente relevantes para establecer si estamos frente a una persona, lo que significa, en primer lugar, que se debe resolver el problema moral del feto y después decidir cómo tratarlo. Incluso si se asume que el feto no es parte del cuerpo de la madre, permanece aún por resolver la cuestión de su estatus como titular de derecho” (2003: 25).

Así, la relevancia no está en *vida* sino en el tratamiento jurídico de la categoría *persona*, la misma que se traduce en derechos y obligaciones. En ese sentido, no deben valorarse argumentos que postulan incuestionablemente la defensa de la vida de una *persona*, sobre todo cuando la doctrina especializada ha reconocido la complejidad del término. Es por eso que cuestionamos el rechazo del proyecto de ley⁴⁵: tal decisión materializa la visión de la congresista Chavez, la cual -según los argumentos esbozados en esta sección- debería ser rechazada por no basarse en razones consistentes⁴⁶.

“Lo que no está claro [...] es que el embrión sea además, y desde el principio, una persona humana. Jamás la biología, la embriología [...] han afirmado tal cosa ni lo podrán hacer, por la sencilla razón de que esta categoría -persona humana- no es una categoría biológica, sino filosófica-teleológica” (Marlasca 2002). Asimismo, resulta categórico deslindar el concepto de persona de la ciencia ya que la postura provida ha hecho un uso indebido del término al afirmar que el embrión es una persona desde que el humano diminuto se implanta en el útero de la madre⁴⁷. Junto a aquella afirmación se encuentra la siguiente: el feto tiene vida y siento dolor y el aborto implica matar a un ser humano. Tal afirmación es errónea, como postulan diversos médicos entre los que destaca la American College of Obstetricians and Gynecologists (ACOG), cuya representante, Kate Connors, afirmó que “la ciencia demuestra que según la edad gestacional, el feto puede sentir dolor desde el tercer trimestre⁴⁸”, por lo cual científicamente el argumento sobre el dolor es insostenible si se propone que la interrupción del embarazo se interrumpa antes de aquel trimestre (Miller 2016).

Es importante añadir los aportes de la ciencia ya que se ha incluido en el debate jurídico. Es mas, se ha legislado con base en qué es la vida, lo cual es propio de la postura provida⁴⁹, como se comentó. Tómese por ejemplo el caso argentino

⁴⁵ Página 25.

⁴⁶ Página 26.

⁴⁷ Esta es una afirmación común en los grupos provida. Puede revisarse, por ejemplo, la página web de la Comunica Católica ProVida y encontrar más detalles que destacan por afirmar tajantemente que existe vida inmediata y automáticamente desde la concepción.

⁴⁸ La cita es la siguiente: “The science shows that based on gestational age, the fetus is not capable of feeling pain until the third trimester”

⁴⁹ Nos permitimos agregar lo siguiente: “¿[p]uede equipararse un concepto científico con uno filosófico-teológico para decir que un embrión constituye una persona sin mediar en los fundamentos de dichos términos? De ser el caso, también podría decirse que un embrión constituye un ángel, ignorando la lógica

respecto al proyecto presentado en el 2019 sobre la legalización de la interrupción voluntaria de embarazo. En el debate⁵⁰ se dijo lo siguiente⁵¹:

“Quiero comenzar con una pregunta ¿qué es la vida? La vida es lo que nos hace estar hoy acá, sin vida el resto no es importante. Así de importante es la vida, sin vida no hay Pacto San José de Costa Rica, no habría Constitución Nacional, no habría Senado. No existiría la sanción de las leyes, no hay nada”

Senador Esteban Bullrich

"Nos tenemos que poner a discutir cuáles son las causas, cuál es el límite, a qué se refiere, qué es el peligro a la vida. La violación está clara en su formulación, aunque habría que ver algunos casos, porque hay algunos casos en los que la violación no tiene un componente de violencia sobre la mujer"

Legislador Rodolfo Urtubey

La teoría propuesta por Sotomayor aplicada a este ejemplo demuestra que los legisladores argentinos no son juiciosos y sus emociones no son racionales ya que optan por falacias orientadas a darle a la vida -y al término “persona”- un valor que no posee en campo de la ciencia y que el derecho no puede exacerbar. Así, tanto los legisladores como los demás partidarios del movimiento provida “ha[n] denominado al cigoto/embrión como “bebé” o “niño”, ignorando que tales constituyen etapas posteriores del desarrollo” (Morales 2019).

Antes de finalizar este subpunto, es importante hacer mención de la dignidad para demostrar que no es absoluta la vinculación entre *persona* y *vida*, pues no solo pertenecen a diferentes disciplinas, sino que jurídicamente tienen otros requisitos. Así, postulamos que el derecho a la vida requiere el respeto hacia la dignidad del sujeto de derecho que los provida denominan “persona”. De esta manera, las posturas más conocidas son las siguientes: i. el niño nonato no es humano, por lo que no posee dignidad moral, ii. el niño sí es humano, pero no logra ser persona, por lo que tampoco posee dignidad y iii. el niño es persona, posee dignidad moral, pero prima la dignidad de la madre. La postura de este trabajo se acoge a esta última pues defendemos que “en el caso de la aparente oposición entre la dignidad de la madre y de la criatura en su vientre[,] la condición de madre otorga a la mujer una dignidad propia”, de la cual carece dicha criatura (Madrid 2018). Así, postulamos que la cuestionada afirmación provida carece de respaldo jurídico.

Test de ponderación

El caso de *Roe vs. Wade*⁵² evidencia cómo el derecho, sobre todo mediante la especialidad penal, incide de manera directa en la vida de las mujeres cuando

de la argumentación científica” (Morales 2019). De ser el caso, también podría decirse que un embrión constituye un ángel, ignorando la lógica de la argumentación científica.

⁵⁰ Actualmente, el proyecto de ley de legalización del aborto en Argentina fue aprobado por la cámara de diputados con 131 votos a favor. Así, será la cámara de senadores quien decida si será ley o si este proyecto. Cabe mencionar, además, que el referido proyecto “regula el aborto libre hasta la semana 14 de gestación. Y establece un plazo máximo de 10 días entre que se solicita la interrupción del embarazo y se la lleva a cabo” (Centenera 2020).

⁵¹ Disponible en <https://www.perfil.com/noticias/politica/las-declaraciones-mas-bizarrras-durante-el-debate-en-el-senado.phtml>

⁵² Ver fundamento XI de la decisión final ya que aquí queda firme la decisión de la Corte sobre los tercios en la etapa gestacional. Sentencia del 22 de enero de 1973.

les prohíbe acceder a la interrupción del embarazo. Este caso es importante a nivel internacional porque los fundamentos expuestos evidencian cómo los jueces deconstruyen implícitamente algunos argumentos provida y determinan que la interrupción del embarazo no contraviene derecho alguno y mucho menos transgrede las leyes de Texas, sino que son estas las que al negarle el aborto a Roe fueron lesivas para aquella mujer y para todas. Asimismo, el mencionado caso tiene muchas otras similitudes -la primera sería que estaba prohibido el aborto- con el escenario peruano pues la demandante fue víctima de violencia sexual, al igual que LC⁵³ y las decenas de otras menores que sufren las consecuencias de los ataques sexuales⁵⁴. Con todo, que se hayan identificado tercios para determinar qué derechos deben primar en los diferentes estadios de la gestación evidencia que jurídicamente sí pueden y de hecho existen conflictos⁵⁵ entre medidas, derechos y obligaciones.

Siguiendo lo expuesto, en este acápite postulamos que la negación del aborto impuesta mediante el Código penal no es medida idónea, necesaria o proporcional en un estado constitucional como lo es Perú, principalmente porque la prohibición transgrede una serie de derechos de las mujeres y tiene incidencia directa en las cifras de abortos en condiciones inseguras, además de ser una medida que contraviene las disposiciones de la OMS, la CEDAW, entre otros organismos internacionales. Lo planteado se desarrollará a continuación.

Medida

El test de ponderación que será desarrollado tiene como propósito determinar si la regulación del aborto según el Código Penal peruano es adecuada y si permite la coexistencia pacífica de los principios constitucionales y los derechos de las mujeres.

Análisis de idoneidad

En este extremo se debe analizar si la medida atiende a los fines propuestos, los cuales en un estado constitucional se entienden como la realización de los derechos de todos los sujetos. Es decir, debemos comprobar si la prohibición del aborto contenida en el Código penal es una medida apta para el fin legítimo, como lo es buscar el máximo desarrollo de los derechos de cada persona.

La medida atenta contra el derecho a la libre personalidad de las mujeres pues les impone la maternidad. Consideramos que la decisión de continuar con el embarazo debe permanecer dentro de la esfera de decisión de la gestante, tanto en casos de abuso sexual como escenarios diferentes a los propuestos en la Resolución Ministerial N°486-2014. Es mas, postulamos que la prohibición debe ser levantada totalmente ya que consideramos que el aborto debe ser una opción incluso cuando se trate del mero deseo de las mujeres, sin que estas hayan sido víctimas de algún tipo de violencia o complicación médica.

Aunado a los argumentos propuestos en la segunda sección del presente trabajo, es pertinente agregar que “La Comisión observó que “la decisión [...] de

⁵³ Página 13.

⁵⁴ Página 27, nota 41.

⁵⁵ En la página 8 se introdujo la idea de conflicto, pero es en este extremo que se le da contenido jurico al término.

tener hijos biológicos [...] pertenece a la esfera más íntima de [la] vida privada y familiar [y] la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona”⁵⁶ y hacemos extensiva dicha afirmación para postular que la decisión de ser madre o de no serlo le compete exclusivamente a la gestante. ¿De qué otra manera se consigue el máximo grado de disfrute del derecho al libre desarrollo de la personalidad para las mujeres si al quedar embarazadas se les presenta la maternidad como una obligación cuyo incumplimiento acarrea consecuencias penales?

Como menciona Díaz, “las bases del Derecho penal no están en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático” (2013: 55). En ese sentido, agregamos que el libre desarrollo no es el único derecho constitucional vulnerado, sino que el derecho a la salud, a la integridad física y psicológica son igual de vulnerados, a lo cual agregamos que se viola la mera condición de las mujeres como sujetos derechos al tratarlas como medios y no fines.

Siguiendo al referido autor, “[e]n 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) o la vigencia efectiva de la norma (en tanto la misma se instituye como garantía del cumplimiento de los roles sociales). 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” (2013: 56). Como puede observarse, la justificación de la pena es la exclusiva protección de los bienes jurídicos, por lo cual cabe cuestionar qué bien jurídico busca proteger la prohibición del aborto.

Postulamos que la contraposición de derechos podría ser la siguiente: el derecho a la vida del embrión vs el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud, el derecho a la integridad física y psicológica o al exigir que las mujeres sean tratadas como fines y no medios. Ya sea que se escoja uno de ellos, lo cierto es que en la sección dos se explicó cómo se vulneran, por lo cual consideramos que lo adecuado es explicar cómo la lesión al derecho a la vida del embrión no es equiparable a la vulneración de la lista de derechos de los cuales son titulares las mujeres, producto de lo cual destacará que, de hecho, el Código Penal prioriza la existencia y vida del embrión, dándole un valor absoluto a su derecho a la vida en desmedro de los derechos de las mujeres.

Desde una perspectiva científica, como se ha expuesto, el argumento del dolor es insostenible, al igual que línea narrativa sobre cómo existe vida desde la unión del espermatozoide con el óvulo. Sin embargo, existen teorías que postulan lo contrario, por lo cual los simpatizantes provida indican que existe vida desde la concepción, ignorando el periodo de implantación y demás estadios. Entonces, optamos por tomar como principal al debate jurídico, por lo cual corresponde analizar cómo priorizar el derecho a la vida del embrión resulta más adecuado que tutelar la propia vida del sujeto gestante.

⁵⁶ Corte interamericana de derechos humanos caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

El desarrollo del derecho a la vida no tiene los mismos alcances en los *sujetos* embrión y madre. Por ejemplo, la dignidad⁵⁷ es un aspecto fundamental para la concreción de aquel derecho y representa diferentes consecuencias para ambos. Así, la dignidad de las mujeres sufre graves daños cuando se las somete a periodos de espera y obliga a dar a luz a un bebé que se sabe morirá en menos de 7 días (caso KL), así como cuando se prioriza la existencia del embarazo frente a la salud mental y física de la gestante (caso LC). ¿Se puede hablar de dignidad cuando las mujeres son forzadas a gestar a pesar de conocer el desenlace del embarazo? ¿Cómo es que se le sugiere a las mujeres solicitar un embarazo y luego el centro de salud lo niega?

Postulamos que en realidad no existe una contraposición entre el embrión y la mujer porque es únicamente ella quien puede fehacientemente ejercer sus derechos y obligaciones. Ahora, si bien “el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” (artículo 2.1 de la Constitución), esto no implica que su derecho a la vida es absoluto. Entonces, resulta lógico delegar la responsabilidad de decidir sobre el desarrollo de la gestación a quien de hecho la está llevando a cabo: la mujer. Recuérdese que no se fomenta a abortar -como sugieren los provida- sino que se busca brindarle a la mujer la opción de ser ella quien decida y escoja la maternidad.

De esta manera, sostenemos que la medida no es idónea porque no es apta para el fin legítimo del estado constitucional porque supone transgredir una serie de derechos de las mujeres con el único objetivo de asegurar el derecho a la vida del embrión. Es decir, la medida logra aquella meta pues prohibiendo el aborto se asegura la existencia del que será un bebé, pero esto tiene un costo altísimo para las mujeres y es un aspecto que no debería pasar desapercibido.

Tras lo expuesto, se colige que la prohibición de la interrupción del embarazo logra su finalidad (asegurar el derecho a la vida del embrión), pero esta no va acorde a los fines del estado constitucional y de hecho viola los derechos de las mujeres, como han postulado diversas organizaciones internacionales. En ese sentido, la medida no es idónea, por lo cual no resulta necesario pasar al test de necesidad y mucho menos el de proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, nos permitimos hacer unos breves comentarios al respecto: para que se mantenga la prohibición no tendría que existir otra medida menos gravosa, pero sí la hay y es cambiar la regulación del aborto en el Código Penal para que deje de ser un delito, por lo cual la negación del aborto es innecesaria.

⁵⁷ Página 17.

IV. Conclusiones

La negación del aborto es un castigo para las mujeres porque se las obliga a ser madres. En otras palabras, al ser considerada delito, la interrupción del embarazo no es una opción legal para las mujeres y estas se enfrentan a una maternidad forzada a través de medios coercitivos como lo es la ley penal. De esta manera, el mensaje es que ser madre representa un bien jurídico tan valioso que postula como derecho absoluto la vida del embrión, así aquello implique violar los derechos de la madre.

La violación de derechos ha sido declarada a nivel internacional en diversas sentencias, como se colige de los casos de KL y LC. En ese sentido, desde inicios de los 2000 se conoce que el estado peruano, al mantener su regulación penal sobre el aborto, violenta los derechos de las mujeres, entre los cuales destacan principalmente cuatro: el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud, el derecho a la integridad física y psicológica, y el derecho a ser tratados como fines y no como medios.

Siguiendo el orden propuesto en la sección dos, postulamos que forma parte del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres el permitirles escoger entre continuar con el embarazo o interrumpirlo. Asimismo, consideramos que debe formar parte de la lista de servicios y prestaciones de las entidades de salud el realizar abortos pues solo de esta forma se materializa el derecho a la salud de las mujeres. Ahora, si bien los médicos puedes argumentar la objeción de conciencia, la concreción del derecho exige que se cuente con personal médico que las atienda y así estas obtienen el goce máximo de aquel derecho.

Además, indicamos que la integridad física de las mujeres se pone en peligro cuando los médicos desatienden su condición física con el objetivo de asegurar el embarazo y las autoridades hacen lo mismo cuando conocen las cifras de embarazos en condiciones inseguras, pero optan por no cambiar la regulación del aborto. Sucede lo propio con la integridad psicológica al no existir un programa enfocado en brindar atención a las consecuencias de haber sido obligadas a ser madres o, en caso la mujer haya optado por un aborto ilegal, cuando escogieron no serlo.

Con todo, la regulación penal sobre el aborto concibe a las mujeres como fines para el objetivo de proteger la vida del embrión y asegurar la maternidad, ignorando que ellas son sujetos de derecho y, por ende, son fines en sí mismas y no pueden ser forzadas por el estado a servir de instrumentos. Aunque pueden existir posturas opuestas, como lo es la visión provida, lo cierto es que nuestra lectura de la regulación penal va acompañada de una explicación jurídica que demuestra cómo el Código Penal peruano coexiste con recomendaciones, sentencias e informes de organismos internacionales que condenan y explican la importancia de la legalidad del aborto, por lo cual este trabajo surge en búsqueda de una explicación para entender la regulación peruana y el test de ponderación la identifica, explica y rechaza.

La negación del aborto puede ser considerada un castigo para las mujeres pues la prohibición de la interrupción del embarazo no es una medida idónea para asegurar el desarrollo del estado constitucional. Es mas, el Código Penal sí cumple vehemente con un propósito, pero este es lesivo para las mujeres y para la constitucionalidad que rige el estado peruano: los artículos del Código penal que penan el aborto tienen como objetivo proteger al derecho a la vida del embrión como absoluto, por lo cual las interrupciones del embarazo se niegan incluso cuando la vida de las gestantes está en peligro, como se colige de la lectura de los casos de KL y LC.

La mencionada medida no sigue un fin legítimo y transgrede la esencia del derecho penal peruano pues no protege bienes jurídicos de manera adecuada, por lo cual destaca que los legisladores no fueron juiciosos y se mantienen en aquel estadio de error al ignorar a los organismos internacionales y permitir que casos como los de Camila sigan existiendo. Es mas, al deconstruir las posturas provida se evidencia que los legisladores efectivamente se regocijan al dotar de valor absoluto al derecho a la vida del embrión pues se siguieron argumentaciones provida para archivar proyectos de ley que negaban aquel valor incuestionable. Entonces, ¿cómo no concebir la prohibición del aborto como un castigo?

Siguiendo la línea argumentativa expuesta, nos permitimos finalizar este trabajo postulando que la negación del aborto es un castigo para las mujeres y se ejerce con dolo pues las autoridades peruanas, tanto jueces como legisladores, tienen conocimiento de la responsabilidad internacional en la que ha incurrido el estado peruano al desatender los derechos de las mujeres que solicitaron la interrupción de sus embarazos. Así, este trabajo recoge una manera de interpretar una realidad que como mujeres nos toca experimentar. Finalmente, estas líneas se escriben con el anhelo de un acceso libre, seguro, legal y gratuito al aborto en el Perú, un paradigma por el cual vale la pena luchar.

Bibliografía

ALLAN GUTTMACHER INSTITUTE

- 1994 "An Overview of Clandestine Abortion in Latin America". *Issues in Brief*. New York, pp. 1 – 6. Consulta: 25 de noviembre de 2020.
<https://www.guttmacher.org/sites/default/files/pdfs/pubs/ib12.pdf>

ANCÍ, Noemi

- 2018 "¿Importa seguir hablando del conflicto entre la libertad y la vida?". *Ius 360*. Lima. Consulta: 18 de noviembre de 2020.
<https://ius360.com/sin-categoria/importa-seguir-hablando-del-conflicto-entre-la-libertad-y-la-vida/>

ASCARZA, Lucero

- 2020 "Caso Camila: Perú denunciado por persecución a niña que pidió aborto terapéutico". *Wayka.pe*. Lima. Consulta: 25 de noviembre de 2020.
<https://wayka.pe/caso-camila-peru-denunciado-por-persecucion-a-nin%CC%83a-que-pidio-aborto-terapeutico/>

AZNAR, Justo y German CERDÁ

- 2014 "Aborto y salud mental de la mujer". *Acta Bioética*. Santiago de Chile, volumen 20, número, pp. 189-195.
<http://web.a.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=b3a8c1a3-9ecc-46d1-9d4d-11b9bd98946e%40sessionmgr4007>

BERER, Marge

- 2000 "Abortos sin riesgo: un componente indispensable de las políticas y prácticas adecuadas de salud pública. *Bulletin of the World Health Organization*. Número 3, pp. 116 – 127. Consulta: 9 de diciembre de 2020.
<https://www.who.int/docstore/bulletin/digests/spanish/number3/bu0587.pdf>

BERGALLO, Paola et al

- 2018 *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Argentina: Siglo XXI editores.
<https://www.cmi.no/publications/file/6584-movimiento-transnacional-contr-el-derecho-al.pdf>

CENTENERA, Mar

- 2020 "Argentina, más cerca de legalizar el aborto tras aprobarse en la Cámara de Diputados". *El País*. Buenos Aires, 11 de diciembre de 2020. Consulta: 13 de diciembre de 2020.
<https://elpais.com/sociedad/2020-12-11/argentina-a-un-paso-de-legalizar-el-aborto-tras-aprobarse-en-la-camara-de-diputados.html>

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS

- 2014 "Las Naciones Unidas recomiendan a Perú expandir el acceso al aborto legal". *Center for Reproductive Rights*. Consulta: 25 de octubre de 2020.
<https://www.reproductiverights.org/centro-de-prensa/Las-Naciones-Unidas-Recomiendan-a-Peru-Expandir-el-Acceso-al-Aborto-Legal>

CONTRERAS LÓPEZ, Cesar Francisco

- 2018 "Sobre el aborto y la objeción de conciencia". CONAMED. Número extra 1, volumen 23, pp. 46 – 49. Consulta: 11 de diciembre de 2020.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7304283.pdf>

DIAZ COLCHADO, Juan Carlos y Beatriz Ramírez Huaroto

- 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". *PROMSEX*. Consulta: 13 de diciembre de 2020.
<https://promsex.org/wp-content/uploads/2013/10/elAbortoylosDerechosFundamentales.pdf>

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos

- 2016 "El Derecho y la Libertad como proyecto". *Ius est veritas*. Lima, número 52, pp. 114 - 133.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16375/16779>

FERRANDO, Delicia

- 2006 *El aborto clandestino en el Perú. Revisión*. Centro Flora Tristán: Lima.
https://silo.tips/queue/el-aborto-clandestino-en-el-peru-revision-delicia-ferrando?&queue_id=1&v=1608135153&u=MTgxLjY3LjE0NS4xMzQ=

- GANATRA, Bela et al
 2014 “Del concepto a la medición: la aplicación práctica de la definición de aborto peligroso utilizada en la OMS”. *Boletín de la Organización Mundial de la Salud*. Ginebra, 92, pp. 155. Consulta: 18 de octubre de 2020.
<https://www.who.int/bulletin/volumes/92/3/14-136333/es/>
- GARCÉS PERALTA, Carolina
 2018 “Sobre la interrupción voluntaria del embarazo en el Perú: retomando la discusión jurídica a propósito de la reforma legal en Argentina”. *Ius 360*. Lima. Consulta: 18 de noviembre de 2020.
<https://ius360.com/jornadas/entre-la-libertad-y-la-vida-perspectivas-juridicas-sobre-el-aborto/sobre-la-interrupcion-voluntaria-del-embarazo-en-el-peru-retomando-la-discusion-juridica-proposito-de-la-reforma-legal-en-argentina/>
- GONZALES, Gorki
 2018 “Los extremos de un debate necesario contra la injusticia”. *Ius 360*. Lima. Consulta: 25 de noviembre de 2020.
<https://ius360.com/los-extremos-de-un-debate-necesario-contra-la-injusticia/>
- GONZÁLES RAMÍREZ, Isabel et al
 2016 “El aborto y la Justicia Restaurativa”. *Polis: Revista Latinoamericana*. Volumen 15, número 43. Consulta: 9 de diciembre de 2020.
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682016000100023
- HERRERA, Marisa
 2018 “La legalización del aborto desde la perspectiva civil – constitucionalizada”. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Buenos Aires, volumen 15, número 48, pp. 125-157. Consulta: 13 de diciembre de 2020.
<https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5297/5374>
- ISAZA, Gloria
 2019 “Por un país sin violencia ni embarazo adolescente”. *Unicef*. Consulta: 13 de diciembre de 2020.
<https://www.unicef.org/peru/articulos/por-un-pa%C3%ADs-sin-violencia-ni-embarazo-adolescente>
- JULIO MUÑOZ, Laury Katherine
 2019 “Maternidad: opción de vida o imposición social”. *Palobra*. Bogotá, volumen 19, número 2, pp. 54 – 69.
<https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/palobra/article/view/2534>
- LANDA ARROYO, Cesar
 2000 “Dignidad de la persona humana”. *Ius est veritas*. Lima, número 21, pp. 10-25.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15957/16381/>
- 2009 “Los precedentes constitucionales”. *Justicia Constitucional*. Número 5.
- 2017 *Los derechos fundamentales*. Lima: Fondo editorial.
- LLAJA VILLENA, Jeannette
 2009 “El sistema internacional de protección de derechos humanos y el aborto en el Perú”. *Demus*. Lima, pp: 3 – 20.
https://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2015/05/seriejg_penalizacion_aborto.pdf
- LOARTE, Roxana
 2020 “Más de 700 niñas son madres en lo que va de 2020, según registro del Minsa”. *Wayka.pe*. Lima. Consulta: 25 de noviembre de 2020.
<https://wayka.pe/mas-de-700-ninas-son-madres-en-lo-que-va-de-2020-segun-registro-del-minsa/>
- MADRID, Raúl
 2018 “El aborto, o las estrategias para manipular el concepto de dignidad humana”. *Ius 360*. Lima. Consulta: 18 de noviembre de 2020.
<https://ius360.com/jornadas/entre-la-libertad-y-la-vida-perspectivas-juridicas-sobre-el-aborto/el-aborto-o-las-estrategias-para-manipular-el-concepto-de-dignidad-humana/>
- MARLASCA LOPEZ, Antonio
 2002 “Vida humana y persona”. *Medicina Legal de Costa Rica*. Heredia, volumen 19, número 2. Consulta: 25 de noviembre de 2020.
https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152002000200002

- MARSHALL, Pablo y Yanira ZÚÑIGA
 2020 “Objeción de conciencia y aborto en Chile”. *Derecho PUCP*. Lima, número 84, pp. 99- 262. Consulta: 25 de noviembre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/22107/21467>
- MELÉNDEZ LÓPEZ, Liz Ivett
 2016 “Hablemos de embarazos forzados y violencia sexual”. *Derecho y Sociedad*. Número 47, pp. 243 – 257.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/18888/19106>
- MESA, Amanda
 2017 *Mi cuerpo es mío. El testimonio de K.L., la joven que le ganó la batalla legal al Estado peruano por el derecho al aborto terapéutico y la historia detrás de 10 años de litigio emblemático*. Lima: Demus. Consulta: 6 de diciembre de 2020.
<https://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2017/05/Mi-cuerpo-es-mio-Caso-KL.pdf>
- MILLER, Sara
 2016 “Do Fetuses Feel Pain? What the Science Says”. *Live Science*. Consulta: 25 de noviembre de 2020.
<https://www.livescience.com/54774-fetal-pain-anesthesia.html>
 file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/informe-estadistico-01-2019_PNCVFS-UGIGC.pdf
- MIMP
 2019 “Informe estadístico. Violencia en cifras”. MIMP. Lima, número 1, pp. 1 – 7. Consulta: 13 de diciembre de 2020.
https://www.mimp.gob.pe/contigo/contenidos/publicar-articulos/server/php/files/informe-estadistico-01-2019_PNCVFS-UGIGC.pdf
- MORALES, Sergio
 2019 “Algunas razones y evidencias científicas para legalizar el aborto”. *Ciencia del sur*. Consulta: 25 de noviembre de 2020.
<https://cienciasdelsur.com/2019/02/19/razones-cientificas-legalizar-aborto/>
- NAVÉS, Flavia Andrea et al
 2019 “Tus derechos. Mis derechos. ¿Nuestros derechos?”. *Revista de medicina y cine*. Volumen 15, número 3, pp. 153-159. Consulta: 13 de diciembre de 2020.
https://revistas.usal.es/index.php/medicina_y_cine/article/view/rmc2019153153159/20770
- Organización Mundial de la Salud
- 2014 *Manual de práctica clínica para un aborto seguro*. Montevideo. Consulta: 18 de octubre de 2020.
https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134747/9789243548715_spa.pdf;jsessionid=F9B2DF2AAF8228A4CA730A8241CE9979?sequence=1
- 2015 *Funciones del personal sanitario en la atención para un aborto sin riesgos y los métodos anticonceptivos después del aborto [manual]*. Montevideo. Consulta: 18 de octubre de 2020.
https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/204374/9789243549262_spa.pdf?sequence=1
- 2017 “Salud y derechos humanos”. Consulta: 25 de noviembre de 2020.
<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health#:~:text=La%20Constituci%C3%B3n%20de%20la%20OMS,fundamentales%20de%20todo%20ser%20humano.%E2%80%9D&text=Todas%20las%20personas%20deben%20poder,grupo%20%C3%A9tnico%20u%20otra%20condici%C3%B3n.>
- 2019 *Tratamiento médico del aborto [manual]*. Ginebra. Consulta: 18 de octubre de 2020.
<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/328166/9789243550404-spa.pdf?ua=1>
- 2020 “Prevención del aborto peligroso”. Consulta: 18 de octubre de 2020.
<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/preventing-unsafe-abortion>
- PARIONA ICOCHEA, Tania
 2019 “¿Cronograma establecido? Representaciones de maternidad según mujeres profesionales en Lima”. *Antropológica*. Lima, volumen 37, número 43, pp. 17-37.
<http://web.b.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=4247f826-d705-4224-8e97-da76e3923f1a%40sessionmgr103>

PIGHI BEL, Pierina

2019 "Noelia Llantoy, la peruana a la que impidieron abortar un feto anencefálico hace 17 años y que recibió las disculpas del Estado". *BBC News Mundo*. Consulta: 18 de octubre de 2020.
<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-47462304>

PINTORE, Anna

2017 "El formalismo jurídico: un cotejo entre Jori y Schauer". *Derecho PUCP*. Lima, 79, pp. 47 - 76. Consulta: 27 de noviembre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/19315/19446>

PROMSEX

2019 *PROMSEX lanza nuevo estudio sobre aborto* [informe]. Lima. Consulta: 18 de octubre de 2020.
<https://promsex.org/wp-content/uploads/2019/02/EncuestaAbortoDiptico.pdf>

RAMOS, Silvina

2015 *Investigación sobre aborto en América Latina y El Caribe. Una agenda renovada para informar políticas públicas e incidencia*. Lima: PROMSEX. Consulta: 18 de octubre de 2020.

<https://promsex.org/wp-content/uploads/2015/09/InvestigacionAbortoALC.compressed.pdf>

SÁNCHEZ RIVERA, Miriela

2016 "Construcción social de la maternidad: el papel de las mujeres en la sociedad". *Opción*. Maracaibo, volumen 32, número 13, pp. 921-953.
<https://www.redalyc.org/pdf/310/31048483044.pdf>

SANTARELLI, Natalia

2019 "Embarazo no deseado/aborto voluntario y salud mental de las mujeres: una problematización de discursos psi patologizantes". *Revista Electrónica de Psicología Política*. San Luis, volumen 17, número 43, pp. 33-53.
<http://web.a.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=9e5baf86-6493-47f6-b736-6187f93f5689%40sdc-v-sessmgr03>

SECRETARIA NACIONAL DE LA JUVENTUD

2012 *Perú: Resultados Finales de la Primera Encuesta Nacional de la Juventud 2011* [informe]. Lima.
<https://juventud.gob.pe/wp-content/uploads/2017/12/Primera-Encuesta-Nacional-de-la-Juventud-2011.pdf>

SEPERAK VIERA, Rosa Angélica et al

2019 "Maternidad en Perú a través del uso del Sentiment Analysis en Facebook". *Revista Latina de Comunicación Social*. Tenerife, número 74, pp. 1031 – 1055.
<http://web.a.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=9f4fa1f0-3913-4645-9ad1-83d78c312304%40sdc-v-sessmgr01>

SOCIEDAD LA REPÚBLICA

2020 "Hospital María Auxiliadora habría intentado denunciar a mujer por caso de aborto espontáneo". *La República*.
<https://larepublica.pe/sociedad/2020/08/07/aborto-hospital-maria-auxiliadora-habria-intentado-denunciar-a-mujer-por-caso-de-aborto-espontaneo-atmp/>

SOSA SACIO, Juan Manuel

2018 "La libertad constitucional. Tres modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad". *Pensamiento Constitucional*. Lima, número 23, pp. 177-203.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/20952/20644>

SOTOMAYOR TRELLES, José Enrique

2017 "Emoción, racionalidad y argumentación en la decisión judicial". *Derecho PUCP*. Lima, 79, pp. 151 – 190.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/19320/19451>

TRIBE, Laurence

2012 *El aborto: guerra de absolutos*. México D.F: Fondo de Cultura Económica.

VILLANUEVA FLORES, Rocío

2003 "El aborto: un conflicto de derechos humanos". *Mujeres, Géneros y Derechos Sexuales y Reproductivos*. Número 12, pp. 22 – 48. Consulta: 13 de diciembre de 2020.
<https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/53272/elaborto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

WIENER, Gabriela

2020 "Encerradas sin derecho a decidir". *The New York Times*. Madrid. Consulta: 25 de noviembre de 2020.
<https://www.nytimes.com/es/2020/05/26/espanol/opinion/aborto-cuarentena-peru.html>

ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra

2013 "De los derechos humanos al derecho al aborto". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Número 36, pp. 197-210. Consulta: 9 de diciembre de 2020.

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/52462/1/Doxa_36_09.pdf

