

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en
América Latina

**Despenalización del aborto voluntario en el Perú: Claves desde el constitucionalismo
latinoamericano y los sistemas de derechos humanos**

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derechos
Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina

Autora:

Victoria Natividad Solis Peña

Asesora:

Carolina Soledad Rodriguez Castro

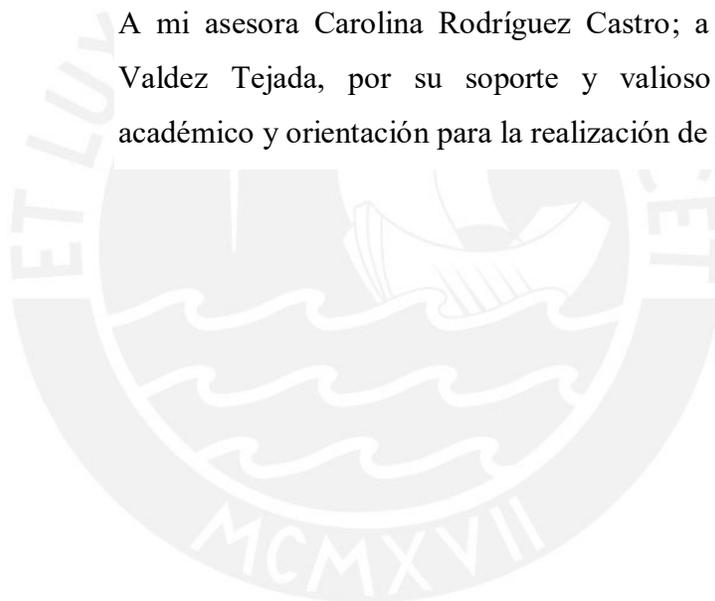
Lima, 2021

Agradecimientos:

A mi madre Carolina Peña Julca y a mi padre Víctor Solis Soto, quienes con amor, aprendizajes mutuos y cuidados han contribuido significativamente en mi formación y sentido continuo de indignación.

A Liz Meléndez López y Eleana Rodríguez Valero, quienes, desde el Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, cultivaron en mí la irrenunciable lucha por el derecho a decidir de las mujeres y diversidades, deuda histórica en el Perú y América Latina por la cual las feministas seguiremos luchando.

A mi asesora Carolina Rodríguez Castro; a mi amiga Yanira Valdez Tejada, por su soporte y valioso acompañamiento académico y orientación para la realización de este trabajo.



RESUMEN

En el Perú, desde hace casi 100 años no hemos ampliado las causales de aborto no punible; desde 1924 sólo tenemos despenalizado el aborto terapéutico, a pesar de la grave vulneración a los derechos de las mujeres que esto representa. Mientras tanto, en otros países de América Latina hay una marcada tendencia en avanzar hacia una despenalización del aborto por otras causales y en el modelo por plazos, siendo determinante el papel que han cumplido las Cortes Constitucionales de la región, a través de fallos que han declarado la constitucionalidad del aborto en determinados supuestos. Por eso, el presente trabajo académico busca proponer a jueces/zas constitucionales y la ciudadanía en general argumentos constitucionales para sustentar la inconstitucionalidad de los delitos de aborto consentido y autoaborto en el Perú, a la luz de los estándares internacionales del Sistema Universal y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; así mismo, considerando la argumentación desarrollada por las Cortes Constitucionales de la región que han avanzado en reconocer la constitucionalidad del aborto en el modelo de causales o plazos. Sostenemos que, en la actualidad, hay razones suficientes para declarar la inconstitucionalidad de los mencionados delitos en el ordenamiento nacional y avanzar hacia un modelo de plazos para la permisión del aborto en el Perú, a través de la afirmación constitucional del Estado Laico y la incorporación del enfoque de género en la ponderación de los derechos en conflicto entre el concebido y la mujer; así mismo, en el respeto de principios como la progresividad de los derechos humanos y la interpretación de derechos fundamentales como la vida, dignidad, salud, así como la igualdad y no discriminación, conforme a los estándares que se han desarrollado en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional comparado.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. Regulación del aborto en el Código Penal de 1991	3
2. Consecuencias de la penalización del aborto voluntario y consentido en el Perú	9
3. Argumentos jurídicos contrarios a la despenalización del aborto voluntario y consentido en el Perú	14
4. Estándares y obligaciones internacionales de derechos humanos de los Estados en relación al auto aborto y aborto consentido.....	19
4.1. Sistema Universal de las Naciones Unidas	19
4.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos	28
5. Pronunciamientos sobre despenalización del aborto desde las Cortes Constitucionales latinoamericanas	31
5.1. Sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional de Colombia:.....	32
5.2. Sentencia en la causa F.A.L. s/ medida autosatisfactiva F. 259 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina	35
5.3. Sentencia N° 34-19-IN/21 y acumulados de la Corte Constitucional del Ecuador ...	37
5.4. Sentencia de Acción de Inconstitucionalidad 148/2017 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.....	40
6. Argumentos constitucionales que justifican la inconstitucionalidad de la penalización de los delitos de autoaborto y aborto consentido en el Perú en el modelo de plazos.....	42
6.2. Argumento 2: Para analizar la controversia constitucional es indispensable respetar premisas jurídicas sobre el derecho del concebido y los derechos de las mujeres	46
6.3. Argumento 3: La penalización del auto aborto y el aborto consentido no supera el análisis de proporcionalidad	48
6.4. Argumento 4: La penalización del aborto refuerza un uso discriminatorio del derecho penal	51
6.5. Argumento 5: Estado Peruano viola el principio de progresividad de derechos	52
6.6. Argumento 6: El modelo de causales es una medida que genera discriminación estatal contra las mujeres que no pueden abortar en el marco de este modelo restrictivo	52
CONCLUSIÓN.....	54
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	56

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro N° 1. - Observación General 36 del Comité de Derechos Humanos.....	23
Cuadro N° 2. - Recomendación General 24 del Comité CEDAW	25
Cuadro N° 3. - Observación General 22 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	26



INTRODUCCIÓN

En las discusiones contemporáneas sobre la conquista de derechos humanos uno de los temas que ha generado debate con más posiciones a favor y en contra es la despenalización del aborto. En América Latina, dicha discusión ha cobrado un protagonismo sin precedentes en las últimas décadas del presente siglo en el aspecto político, social y jurídico; en este último, ha sido principalmente el activismo judicial positivo el que ha permitido avanzar en el reconocimiento progresivo de la despenalización como una garantía de los Estados para no vulnerar los derechos de las mujeres y más bien proteger sus derechos, como la salud, igualdad, autonomía y vida digna y libre de violencia.

Así, las Cortes constitucionales en países como Colombia, Argentina y Ecuador han adoptado decisiones que, en sus respectivos Códigos Penales, ampliaron las causales de aborto no punible; en dichos fallos, han invocado argumentos con perspectiva de género construidos desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el caso argentino, a través de su Parlamento se logró adoptar un modelo de despenalización del aborto en el marco del sistema de plazos en el año 2020, siendo avalado por la Corte Constitucional de dicho país.

Este modelo también ha sido declarado constitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en una sentencia emblemática y estructural emitida en el 2021, muy pertinente en un contexto regional en el que la pandemia por Covid 19 ha agudizado las diversas desigualdades y la vulnerabilidad de las mujeres en el ejercicio de su salud sexual y reproductiva.

Frente al escenario descrito, el presente trabajo propone argumentos para defender la inconstitucionalidad de los delitos de autoaborto y aborto voluntario en el Perú adscribiéndonos a un sistema de plazos. Además, busca demostrar que esto es posible, aún con la protección de la vida intrauterina reconocida en nuestra Constitución, la cual es el argumento frecuentemente invocado para negar la constitucionalidad de la despenalización del aborto.

Para ello, se consideró, por un lado, el desarrollo argumentativo sustentado en las sentencias sobre aborto de Colombia, Argentina, Ecuador y México; además, los estándares y obligaciones internacionales sobre derechos humanos presentes en el Sistema Universal y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, considerando que estos últimos son de obligatorio cumplimiento para el Estado Peruano.



1. Regulación del aborto en el Código Penal de 1991

A nivel de la doctrina se ha clasificado tres modelos de regulación penal sobre aborto: La **penalización total**, mediante la cual la prohibición hacia la interrupción del embarazo es total en toda circunstancia; el **modelo de permisión por causales**, en los que el aborto está despenalizado en determinadas circunstancias; así como, el **modelo de permisión por plazos**, según el cual no se penaliza la interrupción en las primeras semanas del embarazo (Díaz y Ramírez, 2013, p. 10).

En algunos países se adopta un modelo mixto, que combina la despenalización por plazos con la despenalización por causales específicas cuando se excede el plazo que establece la norma, como lo es el caso de Argentina con la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) 27.610, emitida por el Congreso Nacional en diciembre de 2020 y promulgada en enero de 2021.

Como sostiene Prado Saldarriaga (2017), históricamente, en el Perú ha prevalecido un modelo conservador de prohibición general del aborto. En el Código Penal de 1863, el primero en nuestra República, se penalizó la interrupción del embarazo sin excepción, con atenuantes en los casos de abortos consentidos y por móviles de “honor”. Con el Código Penal de 1924 se adoptó un modelo de permisión por plazos, que despenalizó el aborto únicamente en casos de grave riesgo sobre la vida y salud de la mujer gestante. Décadas más tarde, con el Código Penal de 1991 — vigente en la actualidad — se ratificó la no punición del aborto terapéutico, incluyendo como atenuantes los casos de aborto por violación y el llamado aborto eugenésico.

Como se observa, el Estado peruano tiene un modelo de permisión bastante restrictivo que no ha cambiado sustantivamente en casi cien años a diferencia de otros países de la región que, en las primeras décadas del nuevo siglo, han ido modificando sus modelos penales sobre aborto, ya sea ampliando las causales de aborto no punible o avanzando hacia una despenalización por plazos o mixto. Es preciso mencionar, la notable presencia de la iglesia católica en el Perú; así como, expresiones conservadoras que han ido evolucionando con el tiempo, las cuales han frustrado diversos proyectos de ley que planteaban la despenalización

del aborto en el esquema de ampliación de causales a través del Congreso de la República (Prado, 2017).

Desde la perspectiva de la autora, resulta importante tener en cuenta que en 1924 (año que establece el modelo penal sobre aborto vigente hasta la actualidad) las mujeres en Perú no teníamos reconocido el derecho al voto, tampoco derechos fundamentales en pie de igualdad con los varones en diversos campos como la educación, trabajo y las relaciones familiares; además, los delitos sexuales protegían el honor pero no la libertad o indemnidad sexual de las personas, siendo las mujeres las principales víctimas de estos crímenes.

En el contexto descrito, las mujeres no éramos reconocidas como sujetos de derecho. Por lo cual, la penalización casi absoluta del aborto es una normativa arcaica, pues responde al conjunto de valores y creencias sobre la condición de las mujeres de aquellos años; lo cual, como se desarrollará más adelante, es incompatible con la evolución normativa que se ha generado en la sociedad, en el constitucionalismo y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Como se ha mencionado, actualmente, el Código Penal de 1991 regula la tipificación vigente de los delitos de aborto en el Perú. Lo realiza en el Capítulo II del Título I de la Parte Especial, referido a los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. EL bien jurídico que se busca cautelar con estos tipos penales es la «vida dependiente»; es decir, la vida del concebido.

De acuerdo al inciso 1 del artículo 2 de la Constitución el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. Considerar esto resulta importante para identificar uno de los nudos conflictivos más álgidos en la discusión sobre la despenalización del aborto y es que frente a la decisión de abortar ciertamente entra en juego en el análisis otro sujeto de derecho que también es portador de tutela jurídica en nuestro marco constitucional: el concebido (Díaz y Ramírez, 2013, p. 54).

Cabe precisar que la tutela hacia la vida del concebido no es equiparable a la tutela que se otorga a la vida de una persona humana, la cual es un sujeto de derecho distinto que surge a

partir del nacimiento. Como apunta la doctrina, la protección penal de la vida en el Código Penal de 1991 no tiene una intensidad uniforme y homogénea a lo largo de todo el ciclo vital.

Respecto a lo anterior, se ha diferenciado dos clases de atentados contra la vida: por un lado, los “delitos de aborto” que afectan la vida en formación, dependiente y que ocurre dentro del cuerpo de la mujer; y, por otro lado, los “delitos de homicidio” que recaen sobre una vida en desarrollo e independiente. Son los delitos de homicidio, que atentan contra la persona humana, los que conforme a la parte especial del Código Penal merecen una mayor tutela, desvalorización y reproche jurídico (Prado, 2017).

En ese sentido, la morfología de los tipos penales sobre aborto es la siguiente:

- Autoaborto (artículo 114).
- Aborto consentido (artículo 115).
- Aborto no consentido (artículo 116).
- Aborto practicado por profesional sanitario (artículo 117).
- Aborto preterintencional (artículo 118).
- Aborto legal o terapéutico (artículo 119).
- Abortos atenuados (artículo 120). (Prado, 2017, p. 29-30)

Un elemento distintivo de los artículos 116 y 118 es que en ambos casos el delito presupone que la interrupción del embarazo se produjo por factores externos a la decisión de la mujer gestante. En el caso del artículo 116, el aborto se realizó sin el consentimiento de la mujer gestante; mientras que, en el artículo 118, además de ello, el aborto fue cometido sin intención (denominado preterintencional). La protección penal en estos tipos de aborto es coherente y no ha generado mayor controversia jurídica (Díaz y Ramírez, 2013, p. 43).

En los demás tipos de abortos establecidos en el Código Penal, las conductas sancionadas son aquellas realizadas o consentidas por la mujer gestante. Es en estos tipos penales en que se hacen visibles los conflictos de derechos fundamentales implicados en la penalización del aborto. Al derecho a la vida del concebido, a la cual se contraponen los derechos de las

mujeres, entre ellos la autonomía, salud, libre desarrollo de la personalidad, integridad y vida (Díaz y Ramírez, 2013, p. 69).

Reconocer que con la penalización del aborto se genera un conflicto de derechos y no negar ni invisibilizar la posición de las mujeres dentro de aquel conflicto es clave para dimensionar adecuadamente la controversia constitucional detrás del debate sobre la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Como apunta Alda Facio, desde las visiones tradicionales del derecho el problema del aborto:

[...] se presenta como un problema ético-abstracto cuya preocupación básica es la protección a la vida intrauterina. Desde esta perspectiva es que se ha legislado sin tomar en cuenta la vida de la mujer, no la calidad de vida de los seres involucrados, aunque cada mujer que acude a un aborto clandestino o se lo practica ella misma, pueda morir en cualquier momento. (Facio, 1992, p. 51)

Los delitos establecidos en los artículos 114, 115, 117 y 120 dan cuenta que en estos casos el legislador del Código Penal de 1991, igual que el de 1924, resolvió el conflicto tutelando el derecho a la vida del concebido sobre los derechos de la mujer gestante, coherente con el contexto ya mencionado. No fue así en el artículo 119 sobre aborto terapéutico, en el que se regula una única excepción de aborto no punible, es decir, solamente en este supuesto se reconoce a la mujer gestante la libertad de decidir si abortar o no.

El artículo 119 exige la verificación de un grave riesgo para la vida o salud de la gestante, su consentimiento o el de su representante legal, así como, que el aborto se practicado únicamente por un médico. El aborto terapéutico se justificó en un juicio de proporcionalidad que realizó el legislador de 1924 y 1991, en el cual, frente a situaciones en que la vida y salud de la gestante estuvieran en riesgo, prefirió favorecer la protección de los derechos de las mujeres sobre la protección del bien jurídico “vida” reconocido al concebido.

La controversia constitucional que se abre es si en los demás supuestos de aborto consentidos o provocados por la mujer, tipificados como delitos en los artículos 114, 115, 117 y 120, también existen suficientes razones constitucionales para justificar su despenalización. De

acuerdo a ello, ¿Cuál es la razonabilidad de despenalizar el aborto solo en un determinado contexto y no en toda circunstancia en que la gestante lo decida o consienta voluntariamente, más allá de si su vida o salud están en riesgo?

Es posición de la autora que es posible alegar la inconstitucionalidad de dichas normas, para ello se deberá tener en consideración si los argumentos para mantener su penalización son suficientes; en ese aspecto, primero, es preciso determinar los alcances de los tipos penales en cuestión, todos ellos de naturaleza dolosa:

- El artículo 114 tipifica el delito de auto aborto de la siguiente manera: “(l)a mujer que causa su aborto, o consciente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de la libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas”. En esta modalidad de aborto consentido, el sujeto activo es la propia mujer gestante.
- En el artículo 115 tipifica el llamado delito de aborto consentido. La sanción recae sobre la persona que causa el aborto con el consentimiento de la gestante, estableciéndose una “pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años”, la cual se agrava si se genera la muerte de la mujer y el sujeto activo pudo prever aquel resultado. Si quien realiza el aborto con el consentimiento de la gestante es un profesional sanitario, aparte de las penas señaladas, el artículo 117° prescribe como sanción la inhabilitación para el ejercicio profesional.
- En el caso del artículo 120° del Código Penal se sanciona el denominado aborto sentimental y aborto eugenésico, los cuales reciben una sanción atenuada y simbólica no mayor de tres meses. En el caso del aborto sentimental se configura cuando “(...) el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente.” En el caso del aborto eugenésico cuando “(...) es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”.

Cabe anotar que persecución penal en los delitos de aborto ha irradiado efectos a nivel de otras normas del ordenamiento jurídico peruano. Es así que el artículo 30 de la Ley N° 26842

- Ley General de Salud, ordena que el personal médico que, en el ejercicio de sus funciones, atiendan un caso con indicios de aborto criminalizado tienen la obligación de reportarlo al sistema de justicia¹.

Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado responsable internacionalmente al Estado de El Salvador por vulneración a la obligación de no aplicar la legislación de forma discriminatoria, en razón de dos disposiciones normativas contradictorias entre sí, una que insta a la denuncia de abortos voluntarios por parte del personal de salud y otra que dispone el deber de confidencialidad y el secreto profesional (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], 2 de noviembre de 2021).



¹ El artículo 30 de la Ley 26842, dice de forma literal: “El médico que brinda atención médica a una persona por herida de arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando existan indicios de aborto criminal, está obligado a poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente”.

2. Consecuencias de la penalización del aborto voluntario y consentido en el Perú

Las cifras, evidencias y estimaciones disponibles sobre aborto dan cuenta de las consecuencias que genera su criminalización; por ello, analizar ese contexto a nivel internacional y nacional permite aproximarnos de manera crítica a los entramados constitucionales comprometidos en las discusiones sobre su despenalización.

Una realidad insoslayable es que, en todos los países del mundo, independientemente de la regulación sobre aborto que hayan adoptado, las mujeres interrumpen gestaciones no deseadas de manera voluntaria. Es decir, la penalización no es efectiva para disuadir a las mujeres de abortar y para proteger el bien jurídico que se pretende cautelar: la vida intrauterina. Como sostiene Alda Facio, que las mujeres persistan en someterse a un aborto voluntario aun sabiendo la prohibición penal tiene que ver con las implicancias directas de la maternidad en sus vidas:

[...] desde la perspectiva de la mujer, como perteneciente a un género subordinado, es un problema mucho más complejo que la preocupación por la vida intrauterina. Tiene muchas más implicaciones. (...) Si el problema del aborto se analizara desde una perspectiva de género, se tendría que analizar no sólo el valor "vida" en abstracto, sino al mismo tiempo "los costos de los pañales y la leche, la imposibilidad de encontrar empleo estando embarazada, la falta de guarderías y la soledad con que miles de mujeres enfrentan la maternidad", los métodos anticonceptivos, la violación marital, los y las niñas en la calle y tantos otros factores más. (Facio, 1992, p. 52)

Los países con legislaciones penales prohibitivas son los que presentan una incidencia alarmante de abortos inseguros (Organización Mundial de la Salud [OMS], 2012). Los abortos inseguros ocurren *“cuando lo practica una persona carente de la capacitación necesaria, cuando se hace en un entorno que no cumple las normas médicas mínimas, o cuando se combinan ambas circunstancias”* (OMS, 25 de septiembre de 2020). Se presentan principalmente en contextos de ilegalidad y suelen generar complicaciones en la salud de las mujeres e incluso su muerte.

De acuerdo a un estudio de la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 2010 a 2014 se produjeron en todo el mundo 25 millones de abortos peligrosos (Organización Mundial de la Salud [OMS], 28 de septiembre de 2017). La mayoría de ellos (97%) ocurrieron en países del Sur Global, pertenecientes a África, Asia y América Latina.

Del mismo modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reportado que en la región latinoamericana existe una relación estrecha entre los abortos inseguros, la pobreza y las altas tasas de mortalidad materna, como consecuencia de la penalización del aborto, que perjudica de forma diferenciada a las mujeres con menos recursos económicos, informativos y en situaciones históricas de discriminación estructural (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 23 de octubre de 2017). Son ellas las que están más expuestas a los abortos clandestinos inseguros.

Si bien, en las últimas décadas existe una tendencia favorable a la ampliación de las causales de abortos no punibles en América Latina, en una gran cantidad de países no se garantiza el acceso de las mujeres a los servicios legales de interrupción del embarazo; además, en países de centro américa como Nicaragua, Honduras y El Salvador prevalece una prohibición absoluta.

Como se ha mencionado, el Perú es uno de los países en la región con una de las regulaciones penales más restrictivas, teniendo como única excepción el aborto terapéutico. Esta prohibición casi absoluta, que el Poder Legislativo ha mantenido imperturbable desde 1924, se traduce en la exposición de las mujeres a riesgos en su salud y vida. Esta realidad es reflejada por algunas cifras y estimaciones a pesar de que la magnitud exacta del problema se desconoce debido al subregistro de casos generado por la penalización.

En el 2006, el Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán estimó que en nuestro país anualmente se producen 371 420 abortos inducidos aproximadamente; lo que quiere decir que cada día se realizarían un promedio de 1000 abortos voluntarios (Ferrando, 2006). Según expertos en salud pública estas cifras probablemente estén en aumento, debido al crecimiento demográfico y las brechas en el acceso a métodos anticonceptivos reportadas en las últimas

décadas (Taype-Rondan y Merino-García, 2016), las mismas que se incrementaron en el contexto de la pandemia de acuerdo a la Defensoría del Pueblo.

En el 2019, una encuesta nacional realizada por el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex, s/f) evidenció que el 19% de mujeres entrevistadas admitió haberse realizado un aborto². La decisión de abortar de forma clandestina fue transversal en todos los niveles socioeconómicos; sin embargo, la mayor cantidad se presentó en mujeres de estratos económicos medios y bajos. Además, si bien la experiencia del aborto sucedió en mujeres de todas las edades, una mayor frecuencia se reportó entre jóvenes menores de 30 años.

Como referimos, la mayoría de los abortos clandestinos son inseguros. Cabe resaltar que, mayormente aquellos que son más accesibles para mujeres de menos recursos económicos son realizados en consultorios que no adoptan medidas de salubridad o que no cuentan con personal preparado para realizar dichos procedimientos (Tiburcio, 28 de septiembre de 2020). Se calcula que el número de hospitalizaciones anuales por abortos inducidos a nivel nacional fue de 28 652 en el año 2013 (Taype-Rondan y Merino-García, 2016). Esto refleja claramente que estamos ante un problema de salud pública.

En muchos casos, los abortos clandestinos inseguros sucumben de manera fatal, generando muertes innecesarias de mujeres. Así lo reconoció el propio Tribunal Constitucional en una sentencia emitida el año pasado en el expediente N°01739-2016-PHC/TC:

En relación con las principales causas de mortandad materna, siempre según datos oficiales, se tiene que entre **los casos de aborto y complicaciones derivadas de ello (8.4%), así como de los casos de hemorragia obstétrica (23.7%) se llega a un total de casi un tercio del total de casos de muerte materna (32.1%) durante el periodo 2016-2017. Y en lo que se refiere a la morbilidad hospitalaria (muertes de personas hospitalizadas), la primera causa de morbilidad en las mujeres durante el 2015, conforme a los últimos datos estatales disponibles, fue el "embarazo**

² Se realizaron 2400 encuestas a nivel nacional.

terminado en aborto" (5.1% del total, equivalente a 46,157 casos³). Resaltado añadido. (Tribunal Constitucional [TC], 13 de agosto de 2020, párr. 33)

En esa misma sentencia, el máximo intérprete de la Constitución reconoció la conexión que tiene la problemática del aborto con los embarazos no deseados, especialmente en adolescentes. Tomando datos de la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES) del año 2016, señaló que el inicio más temprano de las relaciones sexuales en mujeres está asociado con el nivel de educación, de ingresos, así como procedencia de una zona rural (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], 2017, p. 42).

Cabe anotar que, como consecuencia de la agudización de las barreras para acceder a métodos anticonceptivos y a la educación sexual integral durante el Estado de Emergencia, se reportó un incremento de embarazos no deseados ni planificados a nivel nacional. Correlativamente, se incrementaron hasta en un 400% las consultas sobre cómo interrumpir un embarazo a las líneas telefónicas que brindan información segura a las mujeres que practican el aborto de forma clandestina (La salud reproductiva es vital, s/f).

Aparte de los abortos clandestinos inseguros y sus impactos en la salud y vida de las mujeres, otra de las consecuencias de la penalización del aborto es la preocupante prevalencia de niñas que son forzadas a asumir maternidades producto de una violación sexual. Un estudio publicado este año por el Comité de Latinoamérica y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (Cladem Perú) dio cuenta que de 2018 a 2020 se han producido 3 899 partos en niñas menores de 14 años de acuerdo a cifras proveídas por el Ministerio de Salud (MINSA); 38 de ellos fueron de niñas menores de 10 años (Cladem Perú, 2021).

El referido estudio mencionó que una de las barreras que impiden el acceso de las niñas al aborto terapéutico es la penalización de otras modalidades de aborto voluntario, pues la criminalización casi absoluta refuerza estigmas contrarios al aborto en los proveedores de salud y otros/as servidores/as públicos. Por lo cual, de acuerdo al Cladem Perú, mientras

³ Basado en información del Ministerio de Salud denominado "Principales causas de morbilidad de hospitalización por sexo – Perú, año 2015".

continúe dicha penalización seguirán persistiendo obstáculos para garantizar los servicios de salud reproductiva relacionados a los supuestos de aborto legal. Esta conclusión también es compartida por organizaciones de sociedad civil en países como Colombia, que tiene un modelo de abortos no punibles más amplio que Perú.

Otra de las consecuencias de la penalización del aborto en nuestro país es la criminalización de mujeres en distintos ciclos de sus vidas. Según la Defensoría del Pueblo (julio de 2021), entre los años 2019 y 2020, se abrieron 1023 investigaciones fiscales contra mujeres mayores de edad por los delitos de auto aborto, así como 24 investigaciones contra niñas y adolescentes denunciadas por este delito.

Muchas de aquellas investigaciones se generan a raíz del mencionado artículo 30 de la Ley General de Salud, el cual representa una barrera que desalienta que las mujeres accedan a los servicios de salud por miedo a ser denunciadas ante las autoridades y que, además, puede generar situaciones de violencia en su contra. En el contexto de la pandemia, se hizo público el caso de una joven migrante venezolana que aparentemente se habría suicidado en un hospital tras conocer que iba a ser reportada por indicios de aborto criminal (Ascarza, 27 de noviembre de 2021).

3. Argumentos jurídicos contrarios a la despenalización del aborto voluntario y consentido en el Perú

El escenario descrito en el apartado anterior grafica las consecuencias de la penalización del aborto voluntario y consentido; por su gravedad ha suscitado a lo largo de los años diversas interpretaciones sobre la compatibilidad o no de la penalización de los delitos de auto aborto y aborto consentido con los valores y derechos fundamentales emanados de la Constitución. Las posturas doctrinarias y jurisprudenciales que consideran que sí existe tal compatibilidad y que, por tanto, no hay justificación para despenalizar el aborto— ni siquiera dentro del modelo de ampliación de causales no punibles— esgrimen argumentos cuyos puntos serán resumidos a continuación.

Por un lado, existe un sector de la doctrina que ha interpretado que el derecho a la vida del concebido debe tener una protección absoluta, en tanto no admite limitaciones o restricciones frente al conflicto que se genera con los derechos de las mujeres. Así, autores como Castillo Córdoba sostienen que:

Desde el ordenamiento constitucional peruano es posible sostener que la existencia es un elemento esencial del derecho fundamental a la vida, y que este elemento esencial no puede ser restringido, es decir, reclama una existencia irrestricta. Esto es así en el derecho a la vida que titulariza tanto la persona concebida por nacer como la persona nacida. El contenido constitucional del derecho a la vida o del derecho a la salud o del derecho al libre desarrollo, en ningún caso da derecho a matar a ninguna vida humana, sea concebida por nacer o nacida. (Castillo, 2017, p. 91)

La interpretación absoluta del derecho a la vida del concebido frente a los derechos de las mujeres también se sustentó en el Dictamen en mayoría aprobado en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República respecto a la Iniciativa Legislativa 3839-2014, que proponía la despenalización del aborto en los casos de violación e inseminación artificial incompatible con la vida:

[...] que [se] decide no aprobar el proyecto de ley bajo estudio optimizando el derecho a la vida del concebido y los derechos de las mujeres, considerando que,

por regla general, todos los derechos humanos tienen la misma jerarquía y generan las consecuentes obligaciones estatales de respeto y de garantía. En ese sentido, en aplicación de los principios *pro personae* y *pro debilis*, el derecho a la vida del concebido no puede ser sacrificado bajo el argumento de la protección de los derechos de la mujer a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación y la salud, puesto que en reconocimiento de esos derechos no se prevé tal circunstancia. (Congreso de la República, 6 de julio de 2015, p. 14)

Como puede advertirse, otro elemento común en las citas expuestas es que el concebido tiene estatus de persona humana, tal es así que la Comisión de Justicia y Derechos Humanos invoca en su defensa el derecho *pro personae*, mientras que Castillo Córdova menciona que abortar equivale a “matar una vida humana”. En el caso de este autor, le atribuye expresamente al concebido el estatus de persona y derechos, más allá de la vida, como la igualdad:

[...] tiene un valor de fin en sí mismo que reclama su máximo desarrollo posible; este desarrollo máximo será conseguido a través de la plena vigencia de sus derechos fundamentales, como a la vida y a la igualdad. Estos derechos son titularizados tanto por la persona concebida por nacer, como por la persona nacida. En el ordenamiento constitucional peruano es clara la norma según la cual el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, y el respeto de los derechos a la vida y a la igualdad le favorece sin duda. (Castillo, 2017, p. 91)

De similar postura con Castillo Córdova, García Cavero (21 de junio de 2013) sostiene que el aborto es la privación de la vida a un “ser humano”; además, señala que el “derecho de libertad como es el llamado derecho reproductivo de la mujer bajo ningún concepto puede estar por encima del derecho a la vida de un ser humano”. De lo sostenido por ambos autores, se desprende otra interpretación que defiende la compatibilidad de la penalización del aborto con los principios de la Constitución: que la interrupción del embarazo por decisión de la mujer no involucra el ejercicio de un derecho fundamental.

En esa línea también se pronunció la Comisión de Justicia y Derechos Humanos en el dictamen referido, señalando respecto del derecho a la vida del concebido, que esta

[...] no puede ser sacrificado bajo el argumento de la protección de los derechos de la mujer a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación y la salud, puesto que en reconocimiento de esos derechos no se prevé tal circunstancia. (Congreso de la República, 22 de mayo de 2015, p. 13)

Cabe señalar que en el año 2009 el Tribunal Constitucional del Perú, mediante la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, sostuvo una postura similar a las expuestas sobre el carácter absoluto del derecho a la vida del concebido. En esa sentencia, el máximo intérprete de la Constitución prohibió la distribución gratuita de la Anticoncepción Oral de Emergencia por- de acuerdo a este Tribunal- existir duda razonable sobre sus efectos abortivos; aplicó principio precautorio a favor del concebido reiterando en su fundamento 9, la sentencia de 2008, que:

Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos. (TC, Expediente N° 01535-2006-PA, 31 de enero de 2008, fundamento 83)

En la referida sentencia también se equipará los derechos del concebido con los de una persona humana (que es un sujeto de derecho diferente), tal es así que para interpretar el derecho a la vida del concebido el Tribunal Constitucional invoca los principios *pro debilis* y *pro homine (pro persona)*. Cabe precisar, como apunta Paula Siverino, que resulta cuestionable que en esta sentencia dichos principios, así como el principio precautorio, hayan sido razonados únicamente desde la perspectiva de la afectación del concebido por el

supuesto (y realmente inexistente) efecto abortivo de la AOE, invisibilizándose absolutamente cómo se afectaba con la prohibición gratuita de la AOE los derechos fundamentales de las mujeres, entre ellos el derecho a la vida, la igualdad y la salud.

Como se estableció en el apartado anterior, en las discusiones sobre aborto — que en la sentencia del TC sobre AOE del año 2009 era sólo aparente, por no tener este insumo carácter abortivo — la posición de las mujeres del conflicto de derechos suele ser totalmente invisibilizada, lo cual impide realizar una ponderación constitucional razonable de los bienes jurídicos en conflicto.

En la sentencia referida, el Tribunal Constitucional hizo una recopilación de las normas constitucionales y legales que reconocen al concebido como sujeto de derecho especial. Así, mencionó que el Código Civil de 1984, a través de su artículo 1, declara que “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento”, agregando que la “vida humana comienza con la concepción” y que “El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”. Asimismo, hizo mención a la Ley N° 26842-Ley General de Salud cuyo título preliminar, en su artículo III, estipula que “toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establezca la ley”, así como que “El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud”.

De igual manera, el Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por Ley N° 27337, establece que “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece (...)”. Finalmente, es posible decir que, con relación en el uso del derecho penal para prohibir el auto aborto y aborto consentido, las posturas doctrinarias a favor de su compatibilidad con la Constitución, señalan que es irrazonable demandar la despenalización. En esa línea, se expresa García Caveró:

Más deplorable es el argumento efectista de que la penalización del aborto es la causa de la muerte de mujeres que se lo practican en condiciones insalubres. Resulta ahora que para evitar el daño del infractor que se pone a sí mismo en peligro, la solución es despenalizar su infracción. Con esa lógica habría que despenalizar el tráfico de drogas

del “burrier” para que no muera por la cantidad de bolsas que ingiere para pasar los controles aduaneros o el hurto de cable electrónico para que no mueran los ladrones que lo cortan en las torres de alta tensión. Y si la razón es porque la ley penal no sirve porque cada vez hay más abortos, ¿se tendrían que despenalizar los homicidios culposos cometidos por borrachos en las pistas o los asesinatos por encargo? (García, 21 de junio de 2013)

De los argumentos compartidos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia local, se aprecian tres puntos de controversia que defenderían la compatibilidad constitucional de la penalización del auto aborto y el aborto consentido: El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, reconociéndosele derechos como la vida, la salud y la igualdad a la par del sujeto de derecho persona. En relación a la protección de su derecho a la vida ésta tiene carácter absoluto; por lo cual, no es posible legitimar constitucionalmente la despenalización del aborto.

Bajo esa premisa, no existen derechos fundamentales implicados en la decisión de las mujeres a abortar, porque ningún derecho daría la facultad de “matar a una persona” o afectar la vida del concebido, que es sujeto de derecho. Por ende, el uso del derecho penal en la prohibición del aborto es razonable, para proteger la vida del concebido y sancionar una conducta jurídicamente reprochable como la de aborto de forma consciente y consentida.

4. Estándares y obligaciones internacionales de derechos humanos de los Estados en relación al auto aborto y aborto consentido

Como sostiene Marcela V. Rodríguez, el derecho internacional, tanto en el sistema universal como en el regional, se ha adelantado a los ordenamientos jurídicos nacionales de América Latina y El Caribe en el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos (Ramón y Bergallo, 2018, pp. 9-10). En ese marco, ha sido fundamental la actividad de los distintos organismos de aplicación y monitoreo de tratados y convenciones. Los temas referidos al aborto han estado presentes en los estándares construidos internacionalmente.

Cabe mencionar que el Estado Peruano forma parte del sistema universal y el sistema interamericano de derechos humanos en virtud de la ratificación de los tratados de derechos humanos emitidos en ambos sistemas.

4.1. Sistema Universal de las Naciones Unidas

En el ámbito de los organismos a cargo de la interpretación de las convenciones sobre derechos humanos de las Naciones Unidas se ha desarrollado una importante jurisprudencia que determina la violación de estos tratados por la falta de acceso a la interrupción legal del embarazo en los ordenamientos internos de los Estados parte, y se condena la ausencia de implementación (Kelly, 2016). Dichos pronunciamientos han estado principalmente enfocados al acceso al aborto legal en el modelo de indicaciones, se resaltan algunos de los más relevantes:

En 2005, el Comité de Derechos Humanos emitió dictamen sobre el caso “K.L. versus Perú”, que trataba de una adolescente de 17 años que cursaba un embarazo de feto anencefálico con riesgo para la vida de la gestante a la que se negó el aborto, obligándola a amamantar al recién nacido. Estos hechos generaron secuelas psíquicas severas, acentuadas porque se trataba de una menor de edad. En su decisión, el Comité consideró que la denegación del aborto terapéutico constituía una violación del derecho de la persona a no ser víctima de tratos crueles, inhumanos y degradantes ni de tortura; además, representaba una injerencia arbitraria y grave por “no haber recibido del Estado la atención especial que requieren las niñas y adolescentes

(violación de los arts. 2, 7, 17 y 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos-PDCHP)”
(Cartabia y Hopp, 2018, p. 185).

En ese mismo dictamen se emplazó al Estado Peruano a garantizar que no ocurran violaciones semejantes en el futuro.

- En 2006, el Comité de Derechos Humanos emitió dictamen sobre el caso “L. M. R. versus Argentina”, que trataba de una joven con discapacidad víctima de violación a quien diferentes instancias del Poder Judicial le obstaculizaron el acceso al aborto legal. En su decisión, el Comité señaló que no brindar acceso a un aborto a una mujer víctima de violación constituye un sufrimiento físico y moral contrario a la prohibición de dispensar tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, violándose así el artículo 7 del PDCHP. Asimismo, señaló que se había producido una injerencia arbitraria en la vida de la joven.
- En 2011, el Comité contra Todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer-CEDAW emitió dictamen en el caso “L.C. contra Perú”. El caso se refería a una niña de 13 años que intentó suicidarse tras sufrir una violación sexual; las lesiones ocasionadas por el intento de suicidio requerían intervenciones quirúrgicas para evitar que se quedara cuadripléjica. Sin embargo, debido al embarazo, le fue negado el acceso a las cirugías y, además, el aborto terapéutico cuando su madre lo solicitó.

El Comité CEDAW concluyó que L.C. no contó con un procedimiento eficaz que permitiera la realización del aborto terapéutico que requería por su estado de salud física y mental, aspecto que se agravó debido a que era menor de edad. Asimismo, determinó que se violó el derecho a acceder a los servicios de atención médica sin discriminación y que el Estado Peruano incumplió su obligación de modificar patrones socioculturales discriminatorios, ya que la decisión del negar la operación y el aborto terapéutico. Por todo ello, dictaminó que el Estado era responsable de violar el artículo 2.C. y 2.F., 3, 5 y 12 de la CEDAW, junto al artículo 1. En este dictamen se recomendó al Estado Peruano despenalizar el aborto en casos de violación sexual (Bergallo, Jaramillo y Vaggione, 2018)

Además de las decisiones y dictámenes, los Comités de Naciones Unidas han emitido a los Estados distintas recomendaciones y observaciones finales donde han emplazado a la despenalización del aborto en el modelo de causales. En el caso del Estado Peruano, se han recibido distintas recomendaciones del Comité CEDAW, el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura, para que se amplíe las causales de aborto no punible, como los abortos por violación o en casos de malformaciones fetales incompatibles con la vida. Como se ha señalado en el acápite 1, el Perú ha incumplido sistemáticamente estas recomendaciones, al no aprobar distintos proyectos de ley sobre despenalización del aborto en el marco de dichas causales, que se han presentado en el Congreso de la República.

Ahora bien, ¿el Sistema Universal de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la despenalización del aborto en el marco del modelo de plazos? Una consideración previa que anotar es que en la doctrina se ha señalado que tanto en el modelo de permisión por causales y por plazos

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

De acuerdo a lo anterior, se advierte que, de las regulaciones penales sobre aborto, el modelo de plazos es el más garantista de los derechos de las mujeres; en el Sistema Universal de Derechos Humanos se han construido estándares que brindan legitimidad a dicho modelo, a raíz de los contenidos que se han atribuido a los derechos de las mujeres involucrados en el conflicto jurídico sobre aborto, así como a las obligaciones de los Estados partes en esta materia.

Al respecto, es preciso compartir premisas sobre los pronunciamientos de los órganos monitores de tratados de derechos humanos respecto a la interrupción legal del embarazo; de

acuerdo a Fabián Salvioli, ex presidente del Comité de Derechos Humanos, son las siguientes (Canal CampAbortoLegal, 2 de junio de 2018):

- La interrupción voluntaria del embarazo no es un homicidio ni una privación arbitraria de la vida. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y sus pares nunca se han pronunciado en ese sentido.
- Conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las leyes que permiten la interrupción voluntaria del embarazo no son violatorias de los derechos humanos. Los Comités nunca han manifestado que los Estados que cuentan modelos de aborto legal por plazos violan el artículo 6 del PDCP (sobre derecho a la vida) u otro artículo afín de otros tratados, incluyendo la Convención sobre los Derechos del Niño.
- El modelo de plazos es incompatible con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de Derechos Humanos. Tal es así que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el Comité CEDAW felicitó al Estado de Uruguay cuando adoptó la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, que establece un modelo mixto.
- En relación a las obligaciones de los Estados en esta materia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N° 22, dispuso que existen leyes que socaban la autonomía de las personas, por ejemplo, la penalización del aborto. En ese sentido, para que los Estados partes cumplan con respetar y garantizar los derechos humanos deben derogar las leyes que penalizan el aborto (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2 de mayo de 2016, párr. 34 y 40).

Ahora bien, en el marco de la labor interpretativa de los órganos de monitoreo de cumplimiento de los tratados del sistema universal, se han emitido una serie de Observaciones Generales y Recomendaciones Generales que representan la interpretación autorizada de los mismos y que tienen estándares permisivos del aborto, compatibles con el modelo de despenalización del auto aborto y el aborto consentido.

A continuación, se presentan tres de ellas que devendrían en las más pertinentes para efectos del presente trabajo:

Cuadro N° 1. - Observación General 36 del Comité de Derechos Humanos

Observación General 36 del Comité de Derechos Humanos	
Objeto	Interpretación del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Derecho a la vida	<p>El derecho a la vida tiene una importancia crucial tanto para las personas como para el conjunto de la sociedad. Constituye en sí mismo el valor más preciado, en cuanto derecho inherente a todo ser humano, pero también es un derecho fundamental, cuya protección efectiva es un requisito indispensable para el disfrute de todos los demás derechos humanos y cuyo contenido se puede inspirar en otros derechos humanos. (Fundamento 2)</p> <p>Es el derecho a no ser objeto de acciones u omisiones que causen o puedan causar una muerte no natural o prematura y a disfrutar de una vida digna.</p> <p>El artículo 6 del Pacto garantiza este derecho a todos los seres humanos, sin distinción alguna (...) (Fundamento 3)</p> <p>El derecho a la vida no es absoluto. Aunque en el Pacto no se enumeran los motivos admisibles para la privación de la vida, al exigir que la privación de la vida no sea arbitraria, el artículo 6, párrafo 1, reconoce implícitamente que algunas privaciones de la vida pueden no ser arbitrarias (Fundamento 10)</p>
Deberes de los Estados para proteger la vida de las mujeres	<p>Aunque los Estados partes pueden adoptar medidas para regular la interrupción voluntaria del embarazo, estas no se deben traducir en la violación del derecho a la vida de la mujer o la niña embarazada, ni de los demás derechos que se les reconocen en el Pacto. Por lo tanto, las restricciones a la capacidad de las mujeres o las niñas de recurrir al aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro su vida ni someterlas a dolores o sufrimientos físicos o mentales de manera que se viole el artículo 7 del Pacto, ni suponer una discriminación contra ellas o una injerencia arbitraria en su vida privada. (Fundamento 8)</p>

Los Estados partes deben proporcionar un acceso seguro, legal y efectivo al aborto cuando la vida y la salud de la mujer o la niña embarazada corran peligro, o cuando llevar el embarazo a término causaría dolores o sufrimientos considerables a la mujer o la niña embarazada, especialmente si el embarazo es consecuencia de una violación o incesto, o si no es viable (...) **los Estados partes no pueden regular el embarazo o el aborto en todos los demás supuestos de manera contraria a su deber de velar por que las mujeres y las niñas no tengan que recurrir a abortos peligrosos, y deberían revisar en consecuencia la legislación pertinente. Por ejemplo, no deberían adoptar medidas tales como la penalización del embarazo de las mujeres solteras, o la aplicación de sanciones penales a mujeres y niñas que se sometan a un aborto, ni a los proveedores de servicios médicos que las ayuden para ello, ya que, así, las mujeres y niñas se verían obligadas a recurrir a abortos en condiciones de riesgo.**

Los Estados partes deberían proteger eficazmente la vida de las mujeres y las niñas contra los riesgos para la salud mental y física asociados con los abortos practicados en condiciones de riesgo. En particular, deberían garantizar el acceso de mujeres y hombres y, especialmente, niñas y niños, a información y educación de calidad y basada en datos empíricos en materia de salud sexual y reproductiva, así como a una amplia gama de métodos anticonceptivos asequibles, y prevenir la estigmatización de las mujeres y niñas que recurran al aborto.

Los Estados partes **deberían garantizar a las mujeres y las niñas una atención sanitaria prenatal y posterior al aborto de calidad, en todas las circunstancias y de manera confidencial, así como el acceso efectivo a esa atención.**

Elaboración propia

Cuadro N° 2. - Recomendación General 24 del Comité CEDAW

Recomendación General 24 del Comité CEDAW	
Objeto	Interpretación del artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
Derecho a la salud	<p>(...) el acceso a la atención de la salud, incluida la salud reproductiva, es un derecho básico previsto en la Convención (fundamento 1)</p> <p>La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. (Fundamento 11)</p> <p>El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones (fundamento 14)</p>
Deberes de los Estados sobre el derecho a la salud	<p>De conformidad con el texto del artículo 12, los Estados eliminarán la discriminación contra la mujer en lo que respecta a su acceso a los servicios de atención médica durante todo su ciclo vital, en particular en relación con la planificación de la familia, el embarazo, el parto y el período posterior al parto. (Fundamento 2)</p> <p>Los Estados Partes deben garantizar, sin prejuicio ni discriminación, el derecho a información, educación y servicios sobre salud sexual para todas las mujeres y niñas (...) deben garantizar los derechos de los adolescentes de ambos sexos a educación sobre salud sexual y genésica por personal debidamente capacitado</p> <p>Los Estados partes también deberían, en particular: a) Situar una perspectiva de género en el centro de todas las políticas y los programas que afecten a la salud de la mujer y hacer participar a ésta en la planificación, la ejecución y la vigilancia de dichas políticas y programas y en la prestación de servicios de salud a la mujer; (...) c) (...) En la medida de lo posible, debería</p>

	<p>enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos;</p> <p>e) Exigir que todos los servicios de salud sean compatibles con los derechos humanos de la mujer, inclusive sus derechos a la autonomía, intimidad, confidencialidad, consentimiento y opción con conocimiento de causa</p>
--	--

Elaboración propia

Cuadro N° 3. - Observación General 22 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Observación General 22 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	
Objeto	Interpretación del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Derecho a la salud sexual y reproductiva	<p>El derecho a la salud sexual y reproductiva es una parte integrante del derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (fundamento 1)</p> <p>La salud reproductiva (...) se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo. (fundamento 6)</p> <p>Ese derecho abarca (...) la atención de la salud sexual y reproductiva, los factores determinantes básicos de la salud sexual y reproductiva, incluido (...) una protección efectiva frente a toda forma de violencia, tortura y discriminación y otras violaciones de los derechos humanos que repercutan negativamente en el derecho a la salud sexual y reproductiva. (fundamento 7)</p> <p>El derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos. (...) Por ejemplo, la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar abortos son causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la</p>

	<p>seguridad, y, en determinadas circunstancias, pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes</p> <p>La no discriminación y la igualdad requieren no solo la igualdad jurídica y formal sino también la <u>igualdad sustantiva</u>. La igualdad sustantiva requiere que se aborden las necesidades particulares en materia de salud sexual y reproductiva de grupos concretos, así como cualquier obstáculo con que puedan tropezar. (fundamento 24)</p>
<p>Deberes de los Estados sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva</p>	<p>La realización de los derechos de la mujer y la igualdad de género, tanto en la legislación como en la práctica, requiere la derogación o la modificación de las leyes, políticas y prácticas discriminatorias en la esfera de la salud sexual y reproductiva. (...)La prevención de los embarazos no deseados y los abortos en condiciones de riesgo requiere que los Estados adopten medidas legales y de políticas para garantizar a todas las personas el acceso a anticonceptivos asequibles, seguros y eficaces y una educación integral sobre la sexualidad, en particular para los adolescentes; liberalicen las leyes restrictivas del aborto; garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo y asistencia de calidad posterior a casos de aborto, especialmente capacitando a los proveedores de servicios de salud; y respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva</p> <p>La obligación de respetar requiere que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas. Los Estados no deben limitar ni denegar a nadie el acceso a la salud sexual y reproductiva, en particular mediante leyes que tipifiquen como delito los servicios y la información de salud sexual y reproductiva, y se debe mantener la confidencialidad de los datos sobre la salud. Los Estados deben reformar las leyes que impidan el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva. Cabe mencionar como ejemplos las leyes por las que se penaliza el aborto, la no revelación de la condición de seropositivo, la exposición al VIH y a su transmisión, las</p>

	relaciones sexuales consentidas entre adultos, y la identidad o la expresión transgénero (fundamento 40)
--	--

Elaboración propia

En el apartado 6 de este artículo, se argumentará cómo los estándares sobre derechos humanos y las obligaciones de los Estados expuestos en la Observación General 36 del Comité de Derechos Humanos, la Recomendación General 24 del Comité CEDAW, así como la Observación General 22 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son obligatorios para el Estado Peruano y contribuyen a ponderar de mejor forma los derechos en conflicto en los contextos de auto aborto y aborto consentido.

4.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Perú es estado parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a raíz de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos. El artículo 4 de dicho tratado reconoce la protección del derecho a la vida en general desde la concepción, taxativamente señala “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

La primera vez en que desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de esta norma fue en el caso Baby Boy contra los Estados Unidos de América, que suscitó un informe de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el año 1981. Los peticionarios ante la Comisión fueron dos ciudadanos estadounidenses, que alegaban que el Estado había vulnerado los derechos de un no nacido, tales como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, los derechos del niño y el derecho a la salud, reconocidos en la Declaración Americana de Derechos Humanos. En relación al derecho a la vida, se mencionó que debía ser interpretado acorde con el artículo 4 de la Convención Americana (Díaz y Ramírez, 2013, p. 13).

La CIDH concluyó que la interpretación del artículo 4 de la Convención no es incompatible con la despenalización del aborto; algo importante a considerar para efectos de este trabajo, es que el modelo de regulación sobre aborto que tenía vigente entonces Estados Unidos era el de plazos, establecido en 1973 a través de la sentencia Roe versus Wade de la Corte Suprema estadounidense. En ese sentido, la CIDH evidenció que

La inclusión de las palabras “en general”, en el texto del artículo 4, obedeció al hecho de que algunos Estados tenían políticas permisivas al aborto en determinadas circunstancias, por lo que una interpretación del mismo que conlleve a una protección absoluta del no nacido no se condice con la finalidad del texto finalmente aprobado por los Estados que ratificaron la Convención. (Díaz y Ramírez, 2013, p. 13).

Dicha interpretación del artículo 4 la Convención Americana de Derechos Humanos fue avalada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el año 2012 en la sentencia Artavia Murillo y otros contra Costa Rica. El caso se centró en la prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica, la cual se dispuso por una sentencia que emitió la Suprema Corte de Justicia de dicho Estado, que argumentó una protección absoluta del embrión. La Corte, reconociendo personalidad jurídica al embrión, estableció que la fecundación *in vitro*, tal como se practicaba entonces, conllevaba una pérdida de embriones. (Díaz y Ramírez, 2013) El Estado demandado respaldó la posición de dicha Corte, señalando que esa protección total encontraba asidero en el artículo 4.1. de la Convención Americana.

La Corte IDH concluyó que el embrión no puede ser considerado como persona para efectos de lo dispuesto por el artículo 4.1. de la Convención Americana; de igual forma, señaló la Corte, tampoco es posible concluir ello en el marco de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En esa línea, fundamento que:

Ni en su Observación General No. 6 (derecho a la vida), ni en su Observación General No. 17 (Derechos del niño), el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el derecho a la vida del no nacido. Por el contrario, en sus observaciones finales a los informes de los Estados, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las

leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir. Estas decisiones permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión. (párrafo 226)

Por otra parte, la Corte IDH concluyó que la concepción a la que se refiere el citado artículo se configura en el momento en que el embrión se implanta en el útero de la mujer; por lo cual antes de este momento (llamado anidación) no se vulnera el derecho a la vida.

Un estándar sobre el derecho a la vida especialmente importante para la controversia constitucional sobre despenalización de los delitos de autoaborto y el aborto consentido, es que la Corte IDH estableció que

[...] es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general. (párrafo 264)

Asimismo, la Corte precisó que

[...] el objeto y fin de la cláusula "en general" del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos. (párrafo 263)

De acuerdo a Paula Siverino, esta sentencia interamericana también es importante porque reconoce que: a) existe un derecho a procrear y a no procrear; b) la vida humana intrauterina tiene una protección gradual e incremental, no absoluta. c) la protección del derecho a la vida «desde la concepción», mencionado en el art. 4 de la Convención, permite a las legislaciones regular la interrupción voluntaria del embarazo y se vincula al mayor o menor desarrollo del embrión/feto; d) si bien deben tenerse en consideración los intereses protegidos estos deben ser armonizarlos con los derechos de la mujer (Silverino, 11 de julio de 2018).

5. Pronunciamientos sobre despenalización del aborto desde las Cortes Constitucionales latinoamericanas

Como ha sido referido en la introducción de este trabajo, en las últimas décadas, especialmente del presente siglo, en América Latina la discusión constitucional entorno a la despenalización del aborto ha tomado una relevancia histórica sin precedentes. A pesar que la mayoría de países en la región aún limitan el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo mediante usos extendidos del derecho penal, las legislaciones han experimentado importantes cambios, jugando un rol central en ese camino la justicia constitucional impartida desde varias Cortes Latinoamericanas, las cuales han contribuido en el proceso de constitucionalización de las regulaciones penales sobre aborto, a la luz de los compromisos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos (Bergallo y Ramón, 2018, p. 527).

Efectivamente, en las últimas décadas las cortes constitucionales de varios países de la región se han pronunciado sobre la constitucionalidad de las normas penales que rigen el aborto. Como apuntan Paola Bergallo y Agustina Ramón, se trata de un fenómeno inédito que se distingue de los procesos de constitucionalización del aborto ocurrido en el norte global. De acuerdo a estas autoras, los/as jueces/as latinoamericanos/as se han mostrado mucho más conservadores que sus pares europeos, estadounidenses y canadienses, sin embargo, “las nuevas decisiones sugieren una madurez creciente en el abordaje de una de las problemáticas más sensibles para las culturas católicas del continente”. Las características de ese proceso pueden resumirse así:

- Una modulación de los rangos de uso del derecho penal en relación al aborto. En esa línea, se han establecido límites a la regulación establecida por el legislador, antes impensables.
- Las Cortes Latinoamericanas han dejado de entender la penalización absoluta de la interrupción del embarazo como un mandato constitucional. Precisamente por ello, para muchos tribunales de la región el modelo de causales se ha convertido en el piso mínimo de constitucionalidad y convencionalidad. En el caso de México, como será desarrollado, se ha logrado un avance pionero estableciendo la inconstitucionalidad

de la penalización de los abortos consentidos durante los primeros meses de embarazo.

- Las decisiones latinoamericanas sobre despenalización del aborto han generado aportes referidos a las condiciones institucionales necesarias para garantizar el acceso a los abortos no punibles. Así, las Cortes de Argentina y Colombia han establecido que el mandato constitucional no se satisface únicamente con permitir formalmente la interrupción del embarazo, sino que los estados deben adoptar medidas que garanticen el acceso a servicios de aborto legal.
- La argumentación judicial utilizada en estas sentencias- que por sus características pueden definirse como estructurales- muestra una madurez sobre la valoración de la protección constitucional de la vida prenatal y su ponderación con los derechos de las mujeres, como la dignidad, autonomía e igualdad de género, cuyos contenidos gradualmente han sido interpretados de forma más consistente con los estándares del derecho internacional.

A continuación, se presenta un resumen de los aspectos más relevantes de cuatro de estas sentencias latinoamericanas, con el objeto de identificar en ellas argumentos e interpretaciones sobre derechos fundamentales que nos permitan sustentar la inconstitucionalidad de la penalización de los delitos de auto aborto y aborto consentido en el Perú. Si bien tres de ellas corresponden a sentencias que validaron la constitucionalidad de la despenalización dentro del modelo de plazos, se considera que plantean argumentos que pueden hacerse extensivos al modelo de permisión por plazos, el cual, como ha sido referido, parece el más garante de los derechos de las mujeres y compatible con la despenalización del delito de auto aborto y aborto consentido.

5.1. Sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional de Colombia:

En 2006, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la Corte Constitucional de este país declaró la inconstitucionalidad de los artículos del Código Penal que penalizaban el aborto en los siguientes supuestos: 1) Cuando la continuación del embarazo constituya un peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; 2) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; 3) cuando el

embarazo sea resultado de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentido.

Para los fines específicos del presente trabajo, se considera que los argumentos más relevantes en esta sentencia fueron los relativos a la interpretación de los derechos fundamentales implicados, destacando el derecho a la vida, que es resignificado desde su dimensión de vida con dignidad. Así, en relación a este derecho, la Corte Constitucional señaló que, desde la perspectiva de la mujer embarazada:

El derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad. (...) si queda en estado de embarazo, su derecho a la vida digna se garantiza únicamente en la medida en que, de conformidad con su personal proyecto de vida puede optar libremente por continuar o dar por terminado el embarazo. Para la garantía plena del derecho a la vida, quien lo practicare con el consentimiento de la mujer, no podrá ser penalizado

Asimismo, la Corte enfatizó que el derecho a la vida en condiciones de dignidad es interdependiente con otros derechos, tales como la autonomía, con la cual puede incluso ponderarse:

El concepto de la vida humana ha evolucionado en la jurisprudencia, la doctrina y la legislación nacional e internacional, **pasando de ser protegido como fenómeno puramente biológico a convertirse en la exigencia de un abanico de condiciones que garanticen la dignidad de la vida humana. Esta dignidad está asociada a su vez a la realización de otros derechos fundamentales que le dan sentido a la vida biológica. (...) derecho a la vida, en la cual, el fenómeno puramente biológico ha dado paso al concepto de vida digna. La Corte ha replanteado la concepción de la vida como un derecho o valor absoluto, para ponderarla ahora con otros valores y derechos como por ejemplo el de la autonomía personal, tal como se hizo en el caso de la eutanasia, indicando que este derecho debe ser analizado “desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral**

del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior.

Como puede advertirse de las citas expuestas, la interpretación sobre el derecho a la vida relacionado a la dignidad está atribuido principalmente a la condición de persona humana y no así al concebido. En relación a éste último, la Corte señaló que, al ser una vida en gestación, al Estado Colombiano le corresponde un deber de protección; sin embargo, reconoció que dicha protección no puede ser absoluta:

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

Finalmente, en relación al uso del derecho penal para proteger al concebido, la Corte Colombiana resaltó el carácter de última ratio que como principio debe ser respetado por el legislador:

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

Asimismo, la Corte argumentó su legitimidad para ejercer control constitucional sobre los límites de la legislación penal sobre aborto emitida por el Congreso, con el objeto de cautelar la supremacía de la Constitución y sus valores:

En resumen, corresponde al legislador la decisión de adoptar disposiciones penales para la protección de bienes de rango constitucional como la vida; sin embargo, **los derechos fundamentales y los principios constitucionales se erigen en límites a esa potestad de configuración, correspondiéndole a la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, ejercer en estos**

casos el control sobre los límites que ella le ha impuesto al legislador, es decir, debe examinar si tales medidas legislativas presentan o no el carácter de restricciones constitucionalmente válidas.

En base a dichos argumentos y otros desarrollados a lo largo de la sentencia, la Corte Constitucional Colombiana realiza un juicio de proporcionalidad ponderando los derechos en conflicto, para finalmente declarar la inconstitucionalidad la penalización del aborto en las causales señaladas previamente.

5.2. Sentencia en la causa F.A.L. s/ medida autosatisfactiva F. 259 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina

Esta sentencia se emitió en el 2012; fue la primera vez que la Corte Suprema argentina se pronunciaba sobre el régimen de causales dispuesto por el Código Penal de 1922, que reconocía la despenalización del aborto por razones de riesgo en la vida o salud de la gestante, así como en casos de violación sexual.

Durante muchas décadas existió una falta de consenso en Argentina respecto a si la despenalización del aborto en casos de violación era aplicable para todas las mujeres o solamente para las mujeres con discapacidad (que el artículo 86.2. del Código Penal llamaba despectivamente “mujer idiota o demente”). La Corte concluyó que la norma del Código Penal que permitía el aborto en casos de violación sexual era constitucional y que se trataba de una causal no punible para cualquier víctima de violación y no solamente para aquellas que padecían una discapacidad mental.

Un aporte de esta sentencia es que la Corte no se limitó únicamente a declarar la constitucionalidad de la despenalización del aborto en casos de violación sexual, sino que señaló que era necesario que el Estado garantizara condiciones de acceso a las causales de aborto no punible; en esa medida, afirmó que se deben dictar protocolos hospitalarios para la atención de los abortos no punibles a efectos de remover las barreras administrativas o fácticas que dificultan el acceso a los servicios médicos (Faerman y Tenenbaum, 2018, p. 396).

53. (...) correspondería al Estado garantizar el acceso oportuno a estos servicios como parte del derecho a disfrutar de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de salud. **Respecto del derecho a la salud, la obligación del Estado de proveer acceso razonable y equitativo a servicios seguros de interrupción de embarazo se basaría, por ejemplo, en la necesidad de evitar que las decisiones autónomas de las mujeres afecten adversamente su salud, colocando en riesgo su bienestar físico, mental o social, como resultado de la práctica inadecuada o peligrosa de un aborto**

En cuanto al derecho a la vida, la Corte Argentina interpretó este derecho siguiendo la línea argumentativa de la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-355/06. Así, desarrolló el contenido del derecho a la vida digna, relacionándolo con la autonomía y el proyecto de vida de la persona (y no así del concebido, el cual, así como en el ordenamiento jurídico peruano, es reconocido como sujeto de derecho por la normativa argentina).

55. El derecho a la **vida digna debe ser entendido no sólo como el derecho al mantenimiento de la vida en su acepción biológica, sino como el derecho a (i) la autonomía o posibilidad de construir el “proyecto de vida” y de determinar sus características (vivir como se quiere); (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), y (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)**

Otro aspecto importante del razonamiento judicial en esta sentencia, es

69. **El derecho de las mujeres de una vida libre de discriminación y de violencia se traduce en la obligación de toda autoridad de actuar con perspectiva de género no sólo para superar las barreras y obstáculos estructurales que se expresan en la legislación y en las prácticas culturales, sino para impedir que una visión estereotipada y preconcebida sobre lo que las personas deben hacer, sentir o querer a partir de su identidad sexo-genérica, perpetúe concepciones autoritarias sobre el papel que las mujeres y personas gestantes juegan en la sociedad y la imposición de una ideología o de expresiones de un pensamiento único sobre sus cuerpos.** En este sentido, la Recomendación General 35 del Comité contra la

Discriminación de las mujeres ha sostenido que penalizar el aborto y obstruir el acceso a este servicio de atención médica es una forma de violencia basada en el género.

5.3. Sentencia N° 34-19-IN/21 y acumulados de la Corte Constitucional del Ecuador

En cuanto a la sentencia de inconstitucionalidad del Estado de Ecuador, el debate jurídico es nuevamente en cuanto a la ponderación de derechos fundamentales; por un lado las accionantes manifiestan que las normas impugnadas constituían violaciones al derecho a la vida digna de las mujeres, a la autonomía reproductiva, a la salud y eran normas que vulneraban el derecho a la igualdad formal y material; por lo tanto, constituía discriminación; finalmente, alegaron que el tipo penal que criminaliza el aborto no resulta un medio adecuado puesto no supera el criterio de idoneidad y restringía varios derechos fundamentales de las mujeres.

Por su parte, miembros de la Asamblea Nacional de Ecuador sostuvieron que su marco normativo es garantista y protege la vida desde la concepción puesto que “(...) el ser humano es persona desde el momento de la concepción, y que esta sería la idea central de la postura mayoritaria, pues “a partir de ello se desprende el estatuto jurídico y moral que se asocia al nasciturus” (párr. 77).

Además, la Procuraduría General del Estado menciona que:

[...] no cabe la despenalización del aborto de manera amplia, abierta e injustificada como una posibilidad discrecional de la mujer para interrumpir voluntariamente el embarazo, *“sino exclusivamente dentro de los parámetros lógicos, justos y equilibrados que se hallan desarrollados sobre la base de la casuística contemplada en la legislación nacional, misma que guarda a la vez coherencia con los instrumentos internacionales”*. (Corte Constitucional de Ecuador, 28 de abril de 2021, párr. 92)

En ese contexto, el análisis constitucional de la Corte ecuatoriana se basó en determinar que, a pesar de que la protección de la vida desde la concepción es un valor fundamental reconocido constitucionalmente, este no puede ser interpretado aisladamente, no es absoluto

y debe ser comprendido con los demás derechos invocados que también se encuentran reconocidos; conforme a ello, “no basta simplemente con invocar la protección del *nasciturus* por sí sola; por lo tanto, resulta pertinente determinar las razones por las cuales se fundamenta, de la forma más completa posible, “cómo el uso del poder punitivo del Estado no es arbitrario o excesivo al punto que vacía de contenido a sus derechos constitucionales” (párr. 141).

De acuerdo a lo anterior, corresponde a la Corte Constitucional -y a los Tribunales Constitucionales- “balancear y encontrar un apropiado equilibrio” que permita la convivencia de los diversos derechos reconocidos en la Constitución (párr. 141). El Tribunal ecuatoriano reconoce que existen diversos derechos relacionados con la vida de las mujeres como lo son el derecho a su vida digna, a la salud, a la igualdad y no discriminación y la autonomía de las mujeres, estos deben ser considerados dentro del balance que deba aplicarse.

La Corte también menciona especialmente que:

La penalización del aborto consentido en casos de violación lleva a las mujeres a practicarlo en circunstancias de clandestinidad que ponen en grave riesgo su vida, salud e integridad; por lo que, al provocar afectaciones a otros derechos constitucionales que tienen la misma jerarquía e importancia del valor constitucional que se pretende proteger, la medida se convierte en exceso gravosa. (Corte Constitucional de Ecuador, 28 de abril de 2021, párr. 154)

Es preciso mencionar que, a pesar de la criminalización del aborto, las cifras mencionadas a lo largo de la investigación exponen una realidad en la que las mujeres harán uso de su derecho a la libertad, a la autonomía y a ejercer libremente su proyecto de vida; dentro de ese orden de ideas, los abortos practicados en las mismas circunstancias de clandestinidad vulneran los derechos fundamentales invocados en la sentencia en cuestión, especialmente, el de las mujeres más pobres que no cuentan con recursos económicos o servicios de salud de forma accesible.

Aunado a ello, la Corte reconoce y acentúa que la mujer es titular de derechos como la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a tomar decisiones libres sobre

su sexualidad y vida sexual; además, ejercen autonomía para adoptar decisiones informadas, libres, responsables, sobre su propio cuerpo, así como respecto a su salud, vida sexual y reproductiva, y a su vez se encuentran protegidas de interferencias arbitrarias por parte del Estado o de terceros (párr. 137).

Además, menciona que la maternidad forzada anula el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la autonomía reproductiva libertad para ejercer de forma saludable su sexualidad; por lo tanto, debe poder ejercerla sin el intervencionismo del Estado mediante el poder punitivo, el cual no es la única medida a ser utilizada para la protección efectiva de los derechos fundamentales; en consecuencia, debe ser una medida excepcional en razón de ser empleada estrictamente cuando demuestre ser necesaria frente a otras medidas que tienen la misma finalidad.

La Corte enfatiza el impacto diferenciado que el embarazo puede traer consecuencias sociales, provocar estigmatización y falta de apoyo por parte de las familias de la niña, adolescente o mujer que pueda encontrarse en etapa de formación educativa y estas se vean obligadas a abandonar sus estudios y cambien sus proyectos de vida. Como también lo realiza en el siguiente fundamento:

[...] la disposición impugnada, al exponer a las mujeres a riesgos innecesarios por tomar decisiones sobre su vida reproductiva, al imponerles embarazos forzados y maternidades forzadas, vulnera también el derecho de las mujeres a la vida digna, pues restringe su capacidad de acceso a servicios de salud seguros; las expone a riesgos prevenibles; tiene impactos en su situación laboral y acceso y permanencia en el sistema educativo; y, limita de forma desproporcionada su autonomía de decisión sobre su vida y reproducción”. (Corte Constitucional de Ecuador, 28 de abril de 2021, párr. 33)

Finalmente, la Corte también considera como pertinente mencionar que la base del ordenamiento jurídico constitucional es la dignidad humana la cual es una constante en todas las sentencias analizadas, la cual fundamenta que la criminalización del aborto solo genera mayor inseguridad y vulneraciones a los derechos de las mujeres, desde la perpetuación del

ideal de 'maternidad' como destino natural que refuerza la creencia de que el aborto es un asesinato, genera un orden estructural donde las mujeres ser perciben en un marco de desigualdad social y con normas discriminatorias únicamente enfocadas en transgredir el derecho de una mujer a sus derechos básicos.

5.4. Sentencia de Acción de Inconstitucionalidad 148/2017 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

Esta sentencia es histórica dentro de la jurisprudencia latinoamericana sobre despenalización del aborto, ya que dispuso la inconstitucionalidad del delito de aborto consentido en dicho país, en las primeras semanas de gestación.

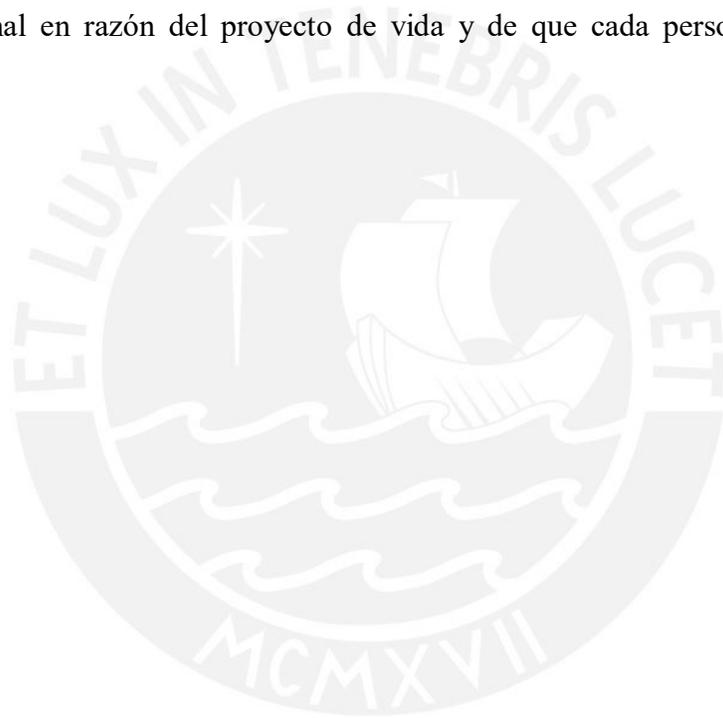
La Corte inicia fundamentando la separación entre el Estado y la iglesia, estableciendo que dicho Estado es una país pluralmente diverso, democrático y laico y “admite que corresponde a cada persona escoger su concepto de buena vida” (párr. 37). En ese contexto, al separarse de un aspecto moral preestablecido, busca como precepto enfocarse en la dignidad de la persona, dejando en claro que este principio constituye el precepto fundamental y no el derecho a la vida (párr. 59).

En esa ocasión la Corte mexicana reconoce como vulnerados el derecho a decidir que comprende el derecho a la libertad, a la autodeterminación, el derecho, la privacidad, el derecho a la igualdad y no discriminación, a la salud, a la vida digna. Asimismo, cuestiona la ley penal que criminaliza el aborto, al ser considerada desproporcionada.

En cuanto a ese último aspecto, la Corte señala que no resulta constitucionalmente admisible una norma que sacrifique los derechos de las mujeres embarazadas; en ese sentido, si dentro de la política criminal estima que deben establecerse medidas de índole penal a fin de proteger la vida del concebido así como la de la mujer, tal regulación debe comprender hipótesis que impidan el excesivo sacrificio de los derechos involucrados (sin crear una obligación desproporcionada en relación con el proyecto de vida de la mujer); es decir, “la persona tiene derecho a elegir en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, así como la manera en que logrará las metas y objetivos que, para ella, son relevantes” (párr. 63).

Este derecho es sumamente complejo, mediante la cual se reconoce una facultad a toda persona de forma natural e individual para que esta pueda elegir, decidir diferentes aspectos de su vida privada como los aspectos y metas que se ha propuesto cada una, esto alcanza también a la cantidad de hijos decida tener y cuando tenerlos, etc.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte deber tener mucha consideración en cuanto a la configuración del derecho de autonomía de la mujer, este es relacionado estrechamente con el principio a la privacidad y a la libertad personal; asimismo, permite cuestionar la validez de la norma penal en razón del proyecto de vida y de que cada persona pueda decidir autónomamente.



6. Argumentos constitucionales que justifican la inconstitucionalidad de la penalización de los delitos de autoaborto y aborto consentido en el Perú en el modelo de plazos

En esta sección se realizará una síntesis de los argumentos que nos permiten plantear la inconstitucionalidad de los delitos de auto aborto y aborto consentido en el Perú, tomando en cuenta los argumentos expuestos en los acápites 4 y 5, referidos, respectivamente, a los pronunciamientos desarrollados en el derecho internacional de los derechos humanos, así como en las sentencias de las Cortes latinoamericanas.

Antes es importante dejar claras unas cuestiones previas:

En primer lugar, respecto al Sistema Universal de Derechos Humanos, las Observaciones y Recomendaciones Generales que ha sido expuesto son vinculantes para el Estado Peruano, pues han sido emitidas por órganos supranacionales que dan seguimiento a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado, los cuales, como se ha mencionado, tienen rango constitucional.

En consecuencia, los estándares de protección a derechos, así como las obligaciones estatales establecidas en la Observación General 36 del Comité de Derechos Humanos, la Recomendación General 24 del Comité CEDAW y la Observación General 22 del Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales deben ser incorporados al ordenamiento jurídico nacional, lo cual supone necesariamente la revisión de la legislación penal sobre aborto y el respeto más garantista de derechos como la autonomía, salud, vida y dignidad en el caso de las mujeres.

Esto es así en virtud a la IV Disposición Final Transitoria de la Constitución de 1993, que establece que los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos, lo que incluye la adhesión a la interpretación que de los mismos han hecho los órganos supranacionales encargados de su seguimiento. (Díaz y Ramírez, 2013, p. 12).

En esa línea se ha pronunciado además el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 2017-2002-HC/TC. Por lo tanto, la Observación General 36 del Comité de Derechos Humanos, la Recomendación General 24 del Comité CEDAW y la Observación

General 22 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales deben ser incorporados en la ponderación de derechos a realizarse frente al conflicto jurídico entorno al aborto consentido y el autoaborto.

En segundo lugar, con relación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional ha señalado que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esa vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la ratio decidendi (es decir, en la fundamentación), incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso; así lo estableció en la sentencia recaída en el Expediente N° 00007-2007-PI/TC.

En ese sentido, la sentencia *Artavia Murillo y otros versus Costa Rica*, cuyos alcances respecto al derecho a la vida, este ha sido desarrollado en el apartado 4, es obligatoria, como indicó el propio Tribunal Constitucional en la sentencia referida, bien se trate en procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos; por tal motivo, frente al control de constitucionalidad que un juez o jueza constitucional pueda realizar sobre la normativa de auto aborto y aborto consentido, dicha sentencia debe servir de parámetro de control constitucional y sus alcances deben servir para realizar una interpretación sistemática con el Código Civil y la Constitución que reconocen el carácter de sujeto de derechos al concebido.

Por último, en tercer lugar, con relación a las sentencias sobre aborto de las Cortes Constitucionales Latinoamericanas, si bien el abordaje constitucional que plantean no es obligatorio para el Estado Peruano, sí constituyen un marco importante de referencia comparada, la cual permite advertir una evolución en las decisiones constitucionales sobre despenalización del aborto y el carácter progresivo en el respeto de los derechos de las mujeres en la región; es decir, una evolución en la jurisprudencia constitucional que en el Perú todavía no se ha desarrollado significativamente en relación al aborto y los derechos sexuales y reproductivos en general.

Dicho lo anterior, a continuación, compartimos los seis argumentos que nos parecen claves para defender la inconstitucionalidad de los delitos de autoaborto y aborto consentido en el Perú.

6.1. Argumento 1: El enfoque de género y Estado Laico: precondiciones para el análisis constitucional

Considerando lo expuesto a lo largo del presente trabajo académico, concluimos que todo examen de constitucionalidad de los delitos de auto aborto y aborto consentido en el Perú exigen incorporar insoslayablemente la perspectiva de género como metodología de análisis de los derechos en conflicto, así como el respeto del Estado Laico, como un principio que garantice imparcialidad judicial, tal como lo hizo la Suprema Corte de Justicia de México en la sentencia emitida en la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. Como se ha señalado, esta sentencia mexicana emitida en 2021 declaró la inconstitucionalidad de los delitos de aborto consentido y voluntario en dicho país.

Incorporar la perspectiva de género como una precondición para el análisis constitucional se justifica porque en controversias relativas a la despenalización del aborto están comprometidos un conjunto de derechos fundamentales que ejercen de forma exclusiva las mujeres, por lo cual la perspectiva de género contribuye a “detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por su condición de sexo o género” (fundamento 46).

De otro lado, dado que los derechos de las mujeres históricamente suelen ser invisibilizadas en la ecuación referida a la despenalización del aborto, el enfoque de género garantiza un reconocimiento de su existencia como sujeto de derecho y garantiza un análisis contextualizado de sus derechos humanos intervenidos con la penalización de la interrupción del embarazo. Cabe precisar, como apunta Alda Facio, que incorporar la perspectiva de género en el control constitucional de la penalización del aborto no implica automáticamente que la única solución es la despenalización del aborto; implica reconocer que es un problema

mucho más complejo que la preocupación abstracta por la vida intrauterina⁴ y por tanto garantiza una ponderación más razonable de los derechos en conflicto.

Esta precondition que se plantea para el análisis constitucional sobre la despenalización de los delitos de auto aborto y aborto consentido es compatible con jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El máximo intérprete de la Constitución, en la sentencia recaída en el expediente N° 05121-2015-PA/TC, resaltó la importancia del enfoque de género en la administración de justicia, disponiendo que:

[...] es fundamental considerar al enfoque de género como obligación de la administración de justicia¹⁶, a fin de eliminar cualquier forma de discriminación o violencia contra la mujer, razón por la cual, como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-012/16, resulta imperativo que los jueces incorporen criterios de género en las controversias jurídicas que resuelven. De esta forma, los jueces, entre ellos, el juez constitucional, "cuando menos, deben analizar los hechos y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado por virtud de las relaciones de poder que afectan su dignidad y autonomía.

Respecto al principio de Estado Laico, su garantía como precondition necesaria para el análisis constitucional de la despenalización del aborto parte por reconocer que existe una pluralidad de ideas morales y de orden religioso en torno al aborto, sobre las cuales el Estado debe permanecer neutral acorde a los fines de un estado constitucional. Como se ha señalado, la Suprema Corte de Justicia de México fundamentó que la laicidad

[...] es la neutralidad del Estado ante el pluralismo de ideas y creencias religiosos o no. (...) en el desempeño de la labor de impartir justicia, un Tribunal Constitucional se encuentra constreñido a velar por que los actos de autoridad obedezcan a esta

⁴ Disponible en:

https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/16_DiplomadoMujeres/lecturas/modulo2/1_Alda%20focio_Cuando_el_gen_suena_cambios_trae.pdf

lógica en un ámbito estrictamente laico y dentro del discurso de los derechos humanos”. (fundamento 77 y 78)

Desde esa óptica es posible afirmar que el Estado Laico es una garantía para racionalizar el análisis jurídico en las controversias vinculadas al aborto y los derechos de las mujeres. Dicha fundamentación es compatible con sentencias relativamente recientes del Tribunal Constitucional Peruano que han reafirmado que el Perú es un estado laico, y que se encuentra estrechamente vinculado con los principios de separación entre Estado y religión, de neutralidad y de imparcialidad en materia religiosa. (y N° 00175-2017-PA/TC).

6.2. Argumento 2: Para analizar la controversia constitucional es indispensable respetar premisas jurídicas sobre el derecho del concebido y los derechos de las mujeres

Como se ha sostenido desde el inicio del presente trabajo, tanto las mujeres gestantes como el concebido son sujetos de derecho en el ordenamiento jurídico nacional, tal como lo reconoce la Constitución y el Código Civil de 1984. En ese sentido, con el aborto existe un conflicto de derechos entre la vida del concebido y los derechos de las mujeres. Para resolver dicho conflicto, es preciso establecer primero premisas jurídicas sobre ambos sujetos de derecho que permitan un adecuado análisis constitucional.

Dichas premisas jurídicas son resultado de una interpretación sistemática entre la normativa interna y los estándares internacionales sobre derechos humanos mencionados, que, como ya ha sido señalado, son vinculantes para el Estado Peruano, lo cual incluye a las y los jueces constitucionales.

- Tanto el concebido como la mujer gestante son sujetos de derecho; pero con grados de protección diferentes. En el caso del concebido, en la sentencia *Artavia Murillo y otros versus Costa Rica* se estableció que la protección de la vida intrauterina es gradual e incremental de acuerdo a su desarrollo, de lo cual se concluye que la vida de la persona humana (la mujer) tiene un grado de protección mayor; lo cual también ha sido establecido en el Código Penal, que sanciona el delito de homicidio o feminicidio con una pena mayor al delito de auto aborto y aborto consentido.
- Para el derecho nacional e internacional, el concebido no es considerado persona humana. Así se desprende del artículo 1 del Código Civil, que reconoce que “la

persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento”; así como de la sentencia Artavia Murillo y otros versus Costa Rica de la Corte Interamericana Derechos Humanos, que expresamente señala que el embrión no es persona.

- Desde el punto de vista del feto y de la mujer gestante, ningún derecho fundamental es absoluto, incluyendo el derecho a la vida. Esto fue explícitamente reconocido en la sentencia Artavia Murillo y otros versus Costa Rica, así como por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a través de la Observación General 36, en la cual señaló:

A pesar de que es inherente a todo ser humano, el derecho a la vida no es absoluto. Al establecer que la privación de la vida no debe ser arbitraria, el artículo 6, párrafo 1, reconoce implícitamente que la privación de la vida puede, en algunos casos, no resultar arbitraria. (fundamento 6)

- La atribución de sujeto de derecho del concebido no es incompatible con la despenalización del aborto en el modelo de plazos. Si bien el Estado Peruano ha adoptado una posición más tutelar del concebido al reconocerlo como sujeto de derechos esto no significa que el concebido tenga derechos absolutos que no puedan limitarse ante situaciones que razonablemente lo justifiquen.

Así, a nivel regional, es posible advertir que Argentina también dispone que el concebido es sujeto de derecho en su ordenamiento jurídico; sin embargo, eso no ha sido impedimento para que despenalizara inicialmente el aborto en el modelo de causales y, actualmente, en el modelo de mixto con la Ley N° 27 610. Ley de interrupción voluntaria del embarazo. Asimismo, en el sistema universal y sistema interamericano de Derechos Humanos nunca se ha establecido que el derecho a la vida se vulnera con la despenalización del aborto y su legalización, sino todo lo contrario

- En el derecho internacional de los derechos humanos, así como en la jurisprudencia comparada de las Cortes constitucionales latinoamericanas expuestas en el acápite 3 se ha robustecido la interpretación de los derechos de las mujeres que se ven afectados con la penalización del aborto, ya sea en el marco del modelo de causales, como en el modelo de plazos.

En esa línea, ha sido desarrollado el derecho a la vida con dignidad en la Observación General 36 del Comité de Derechos Humanos, así como en las sentencias emitidas por la Corte Constitucional de Colombia mediante la Sentencia C-355/06. En todos los casos, el derecho a la vida, asociado al derecho a la dignidad, se interpretó respecto a las mujeres en tanto personas y nunca respecto al concebido.

También, en las decisiones regionales y los pronunciamientos internacionales sobre aborto, se ha realizado un desarrollo de otros derechos como la salud, en su dimensión de salud sexual y reproductiva, así como el derecho a la autonomía y la igualdad y no discriminación. La interpretación dadas a estos derechos deben ser consideradas en la ponderación de derechos en conflicto.

6.3. Argumento 3: La penalización del auto aborto y el aborto consentido no supera el análisis de proporcionalidad

En relación al análisis de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente en la sentencia recaída en el expediente N.º 0050-2004-AI/TC:

El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran: fin válido e idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Fundamento 109)

Se considera que, por las razones expuestas a lo largo de este artículo, la penalización del aborto no supera el análisis de proporcionalidad. En principio, cabe señalar que es legítima la voluntad del Estado de proteger la vida prenatal, más aún porque el concebido es sujeto de derecho para todo lo que le favorece en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, esa protección no debería darse desde el derecho penal; no sólo porque su uso vulnera el principio

de última ratio, sino además porque la penalización no supera el análisis de proporcionalidad en su conjunto.

En principio, la penalización de los abortos consentidos y decididos no es una medida idónea para proteger la vida del concebido, bien jurídico que se persigue cautelar. Como se ha expresado en la segunda sección de este artículo, se estima que los abortos clandestinos en el Perú alcanzan anualmente cifras realmente preocupantes, que se habrían incrementado como consecuencia de la pandemia.

Además, están vinculados con cifras de mortalidad materna y hospitalizaciones de mujeres que sufren consecuencias en su salud por someterse a intervenciones inseguras; esto afecta principalmente a las mujeres de menores recursos económicos y con menor información. Este contexto muestra que la penalización de los abortos consentidos no disuade la realización de la interrupción voluntaria del embarazo y esa es una realidad que ocurre a nivel mundial.

Asimismo, la penalización en los supuestos analizados no supera el análisis de necesidad; primeramente, porque hay otras medidas menos lesivas que podrían funcionar para prevenir los abortos y proteger así la vida prenatal, tales como políticas de educación sexual integral y de salud sexual y reproductiva. También optimización de las condiciones materiales en que las mujeres ejercen maternidades, para promover- sin lesionar derechos de las mujeres- la protección a la vida intrauterina. Este aspecto va en la línea del carácter de última ratio distintiva del derecho penal.

Finalmente, la penalización del auto aborto y el aborto consentido viola el principio de proporcionalidad en sentido estricto, puesto que la afectación de los derechos del sujeto intervenido (la mujer gestante) es desproporcionalmente más grave que la satisfacción de la vida intrauterina, que, como se ha señalado, es ineficaz.

Sobre esta afectación desproporcionada dan cuenta las observaciones y recomendaciones generales de Naciones Unidas, así como las sentencias emitidas por las Cortes Latinoamericanas, las cuales, como se ha referido anteriormente, dan cuenta de que: 1) El

derecho a la vida digna de las mujeres se vulnera cuando los Estados regulan el aborto afectando sus vidas, al incentivar de esta forma los abortos clandestinos inseguros. 2) El derecho a la atención y acceso a los servicios de salud de las mujeres se viola cuando existen normas restrictivas sobre aborto, las cuales resultan directamente discriminatorias por ser principalmente las mujeres quienes requieren acceder a estos servicios ; 3) Con la penalización del auto aborto y el aborto consentido, se vulnera el derecho a la igualdad de las mujeres de forma interseccional, pues genera impactos diferenciados y graves en las mujeres por motivos de edad, condición étnica y condición económica, al ser éstas las más expuestas a abortos clandestinos inseguros. 4) La penalización del aborto vulnera la autonomía de las mujeres, relacionada a la dignidad y a la capacidad de autodeterminación de su proyecto de vida, y viola, además, la prohibición de ser sometidas a la vulneración de su integridad física y psicológica.

Las razones expuestas dan cuenta que, en un examen de ponderación, los derechos de las mujeres tienen mejores razones constitucionales para ser protegidos a raíz de este impacto desproporcionado de la penalización, que es contrario a los principios del derecho penal constitucionalizado. Además, porque la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la sentencia *Artavia Murillo y otros versus Costa Rica*, ha dejado claro la protección de la vida intrauterina es gradual e incremental según su desarrollo, por lo cual se observa que el derecho a la vida del concebido tiene una protección de menor intensidad que el derecho a la vida de la mujer gestante, lo cual da más peso justificativo a que prevalezca la protección de los derechos de las mujeres en el conflicto de derechos que representa el aborto, considerando, además, los impactos desproporcionados sobre sus derechos a consecuencia de la penalización.

Esto no niega que el concebido sea sujeto de derecho y merecedor de protección constitucional; sino que, desde un juicio de proporcionalidad, que pondere razonablemente los intereses y derechos en conflicto, no se justifica prohibir a las mujeres el aborto consentido y libremente decidido en las primeras semanas de gestación. Además, considerando también el precedente de *Artavia y Murillo*, no es razonable sostener que los derechos del concebido prevalezcan sobre el de las mujeres, en tanto la protección del

derecho a la vida del embrión es de intensidad baja mientras que la protección de los derechos de las mujeres (vida, libertad, integridad, salud) es de intensidad alta en tanto son personas.

6.4. Argumento 4: La penalización del aborto refuerza un uso discriminatorio del derecho penal

La penalización del aborto— independientemente del motivo que originó el embarazo— refuerza una intromisión y disciplinamiento patriarcal (en tanto discriminatorio y violento) del derecho penal contra las mujeres, lo cual es incompatible con el modelo contemporáneo de estado constitucional, que impone límites a la potestad del legislador en materia penal, siendo uno de estos límites el derecho a la igualdad y no discriminación.

La revisión de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional de Colombia (sentencia C-355/06), la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (caso FAL s/ medida autosatisfactiva), la Corte Constitucional del Ecuador (sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados) y el reciente pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de México (Acción de Inconstitucionalidad 148/2017) dan cuenta de una tendencia regional de constitucionalización del derecho penal frente a la problemática del aborto, en el marco del respeto a los derechos humanos de las mujeres, incorporando en el análisis constitucional estándares internacionales del sistema universal y regional.

En el análisis constitucional realizado por dichas Cortes, se llegó a la conclusión que la penalización del aborto, más allá de no respetar principios de naturaleza penal como la última ratio y mínima intervención, refuerza discriminación de género contra las mujeres, con especial impacto en las que son más vulneradas (como las mujeres pobres y de ámbito rural), al imponerles la maternidad como un destino; en el caso de la Suprema Corte de Justicia de México se señaló además que era un forma de violencia del Estado contra las mujeres considerando las Recomendaciones Generales N° 19 y N° 35 del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

La constitucionalización y despatriarcalización del derecho penal frente al aborto supone reconocer que las mujeres que deciden abortar tienen derechos legítimos como los derechos sexuales y reproductivos, y está acorde con la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por el Perú, que establece la obligación de abolir las leyes discriminatorias contra las mujeres.

6.5. Argumento 5: Estado Peruano viola el principio de progresividad de derechos

La penalización del aborto voluntario y consentido viola el Principio de Progresividad de los derechos fundamentales de las mujeres, pues, a partir de una interpretación evolutiva de la regulación penal del aborto en el Perú es posible advertir que las justificaciones que el legislador peruano ha ido adoptando a lo largo de su historia republicana para sancionar de manera casi absoluta el aborto obedeció a valores y concepciones políticas, sociales y jurídicas sobre las mujeres que en la actualidad no son aceptables a la luz de los avances constitucionales sobre igualdad de género, así como los estándares internacionales de derechos humanos en materia de igualdad y no discriminación contra las mujeres.

La justicia constitucional no debe dejar de advertir que en el Perú el modelo penal sobre aborto no se amplía ni se modifica sustantivamente desde 1924, año en que las mujeres no éramos reconocidas como sujetos de derecho pleno y no teníamos garantizados derechos fundamentales como el voto, la participación política, derechos civiles en las relaciones familiares, el derecho a vivir libres de violencia y los derechos sexuales y reproductivos, que hoy están regulados en leyes y tratados internacionales.

El Código Penal de 1991 repite el modelo de regulación penal de 1924, incorporando solamente modificaciones en cuanto a sanciones atenuadas en casos de los llamados abortos sentimentales y eugenésicos. La aplicación del principio de progresividad, así como una interpretación pro homine justifica que se expulse del ordenamiento jurídico una regulación penal que afecta injustificadamente derechos fundamentales y que ha sido diseñada teniendo como base la discriminación jurídica de las mujeres. Esta consideración al contexto histórico de la regulación sobre aborto fue realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en la sentencia emitida en el caso FAL en el 2012, el cual ha sido descrito previamente.

6.6. Argumento 6: El modelo de causales es una medida que genera discriminación estatal contra las mujeres que no pueden abortar en el marco de este modelo restrictivo

La regulación penal del aborto establecida en el Código Penal de 1991, al ser restrictivo solo para algunas mujeres genera un impacto discriminatorio respecto a quienes cuya decisión de abortar no encaja en el supuesto establecido en el artículo N° 119 del Código Penal; a éstas

últimas se les niega el derecho a la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva en base a estereotipos de género impuestos a través del derecho penal, lo cual representa una violación al derecho a la igualdad y no discriminación.

Como se ha desarrollado en el Sistema universal de Derechos Humanos, esta regulación discriminatoria en base al sexo/género genera impactos diferenciados en las mujeres por motivo de su edad (CRC/C/PER/CO/4-5) y condición económica, lo cual configura una vulneración estructural de la igualdad sustantiva.



CONCLUSIÓN

La elaboración del presente trabajo académico ha permitido arribar a los argumentos expuestos en el punto anterior, para defender la inconstitucionalidad de los delitos de auto aborto y aborto consentido en el Perú, con base en los estándares desarrollados en el Sistema Universal y Sistema Interamericano de Derechos Humanos; así como, los pronunciamientos de las Cortes Constitucionales de Argentina, Colombia, Ecuador y México.

A modo de conclusión, es posible señalar lo siguiente:

1. En las últimas décadas el reconocimiento de los derechos de las mujeres ha tenido un avance significativo a nivel internacional, tanto en la jurisprudencia desarrollada por las Cortes Constitucionales de la región que han asumido un activismo judicial favorable a la posición de las mujeres; así como, la interpretación sobre derechos humanos que han hecho órganos internacionales del Sistema Universal y Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Ese desarrollo nos permite afirmar que en la actualidad existe un consenso tanto en el derecho internacional de los derechos humanos, como en el derecho constitucional comparado de algunos Estados, para afirmar que la penalización del aborto existente en el Perú es inconstitucional y vulnera gravemente los derechos fundamentales de las mujeres., así como el principio de progresividad de los derechos humanos, considerando que desde 1924 no se amplía en la normativa penal el reconocimiento del derecho a decidir de las mujeres en nuestro país.

2. Teniendo en cuenta que la interpretación realizada por los Comités que dan seguimiento al cumplimiento de tratados internacionales sobre Derechos Humanos y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales son vinculantes para el Estado Peruano, es posible afirmar que existen argumentos/obligaciones para que un juez o jueza constitucional afirme la inconstitucionalidad de los delitos de autoaborto y aborto consentido en el Perú; una declaración o decisión en ese sentido no amerita desconocer el estatus de sujeto de derecho que reconoce el ordenamiento jurídico peruano al concebido.

Las sentencias sobre aborto de las Cortes Constitucionales en la región, refuerzan esa función que debería asumir la justicia constitucional en el Perú ante una eventual controversia/demanda que llegue a la vía constitucional; a través, por ejemplo, de una demanda de amparo.

3. Los argumentos que permiten defender la inconstitucionalidad de los delitos de aborto consentido y auto aborto en el Perú, están relacionados- conforme se ha expuesto en el último capítulo, aunados con la afirmación constitucional del Estado Laico y la incorporación del enfoque de género en el razonamiento constitucional, que ponderen los derechos fundamentales en conflicto con relación al aborto.

Estos argumentos también están relacionados a una revisión constitucional del uso del derecho penal enfocado específicamente al aborto como tipo penal; además, una que permita la incorporación de los estándares internacionales en la interpretación de los derechos humanos, haciendo énfasis en el conflicto de derechos que plantea el aborto.

Esto comprende, una interpretación sobre el derecho fundamental a la vida asociada con sus límites constitucionales y el derecho a la dignidad, la salud en su dimensión de salud sexual y reproductiva; y, la igualdad y no discriminación – acorde con los estándares internacionales vinculantes para el Estado Peruano, cuyos desarrollos han sido abordados internacionalmente en garantía de la persona humana, es decir, las mujeres – en contraposición con el derecho a la vida del concebido y todo en lo que le favorezca contenido en la Constitución.

Finalmente, esta interpretación de los derechos fundamentales; así como, las evidencias científicas y fácticas sobre las consecuencias que la penalización del aborto genera en la vida de las mujeres, permite esbozar razones fuertes para limitar la protección del derecho a la vida del concebido en los primeros meses de gestación. Esto conforme a los parámetros convencionales que han sido desarrollado; y, por tanto, hace legítimo que, en el Perú, se afirme la constitucionalidad de un modelo de despenalización por plazos judicialmente o a través del Tribunal Constitucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Ascarza, L. (27 de noviembre de 2021). Diana Aleman: el auxilio médico que una joven migrante no encontró en los servicios de salud. *Salud con Lupa*. Disponible en: <https://saludconlupa.com/la-vida-de-nosotras/diana-aleman-el-auxilio-que-una-joven-migrante-nunca-encontro-en-los-servicios-de-salud/>
- Bergallo, P. y Ramón, A. (2018). La constitucionalización del aborto y sus encuadres en las altas cortes de América Latina. En: *El aborto en América Latina Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Grupo Editorial Siglo Veintiuno, pp. 527-554.
- Bergallo, P., Jaramillo, I.; y, Vaggione, J. [Ed.] (2018). *El aborto en América Latina Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Grupo Editorial Siglo Veintiuno. Disponible en: <https://www.cmi.no/publications/file/6584-movimiento-transnacional-contra-el-derecho-al.pdf>
- Canal CampAbortoLegal. (2 de junio de 2018). *Exposición de Fabián Salvioli* [Archivo de Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=MlfBhle3tws>
- Cartabia, S. y Hopp, C. (2018). El uso estratégico de las causales para ampliar el acceso al aborto legal en América Latina. El desarrollo de la causal violencia. En: *El aborto en América Latina Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Grupo Editorial Siglo Veintiuno, pp. 167-194.
- Castillo, L. (2017). *El valor jurídico del concebido por nacer, en particular sobre su derecho a la vida en Perú*. Disponible en: <http://garantismoyderechoshumanos.com.mx/imagenes/Archivo%20%20Castillo%20C%C3%B3rdova,%20Luis%20Fernando%20Web.pdf>

Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos. (S/f). *El aborto en cifras: Encuesta a mujeres en el Perú Esta fue una encuesta realizada por el Instituto de Opinión Pública (IOP-PUCP) por encargo del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX)*. [Diapositiva de PowerPoint]. Disponible en: <https://promsex.org/wp-content/uploads/2019/02/EncuestaAbortoDiptico.pdf>

Cladem Perú. (2021). *Informe nacional sobre embarazo infantil forzado en el Perú: Avances en su atención y desafíos (2018-2021)*. Disponible en: <https://cladem.org/wp-content/uploads/2021/10/Informe-Nacional-sobre-Embarazo-Infantil-Forzado-en-el-Peru-su-atencion-y-desafios-2018-2021.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (23 de octubre de 2017). CIDH exhorta a todos los Estados a adoptar medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/165.asp>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2 de mayo de 2016). *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Consejo Económico y Social, Organización de las Naciones Unidas E/C.12/GC/22. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/22>

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1999). *Recomendación general N° 24 Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud*. Organización de las Naciones Unidas, 20 periodo de sesiones. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4738_S.pdf
https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4738_S.pdf

Congreso de la Republica. (22 de mayo de 2015). Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley 3839/2014-IC, mediante la cual se propone la Ley que despenaliza el aborto de casos embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de ovulo no consentidas. Comisión de Justicia y Derechos Humanos periodo anual de sesiones 2014-2015. Disponible en:
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/2492105d537d128905257e28006e0ff1/\\$FILE/Pre dict3839.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/2492105d537d128905257e28006e0ff1/$FILE/Pre dict3839.pdf)

Corte Constitucional de Colombia. Expediente D-6122 y otros. Sentencia C-355/06. 10 de mayo de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Almonacid Orellano vs Chile. Serie C Nro. 154. Caso Contencioso. 26 de septiembre de 2006. Disponible en:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Argentina. F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva.13 de marzo de 2002.

Defensoría del Pueblo. (julio de 2021). *Informe sobre la supervisión de la atención integral en niñas y adolescentes embarazadas producto de violación sexual, en establecimientos de salud Informe sobre la supervisión de la atención integral en niñas y adolescentes embarazadas producto de violación sexual, en establecimientos de salud*. Serie Informes Especiales n.º 009-2021-DP. Perú. Disponible en internet:
<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2021/07/INFORME-DE-ATENCI%C3%93N-EMBARAZO-EN-NI%C3%91AS-Y-ADOLESCENTES-DP-UNFPA-PER%C3%9A.pdf>

Días, J. y Ramírez, B. (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. Disponible en: <https://promsex.org/wp-content/uploads/2013/10/elAbortoylosDerechosFundamentales.pdf>

Facio, A. (1992). *Cuando el género suena, cambios trae (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. Editorial San José. Disponible en: <http://fundacionjyg.org/wp-content/uploads/2018/05/Cuando-el-g%C3%A9nero-suena-cambios-trae.pdf>

Ferrando, D. (2006). *El aborto clandestino en el Perú*. Editorial Flora Tristán Lima.

García, P. (21 de junio de 2013). No a la despenalización del aborto. *Universidad de Piura*. Disponible en: <https://www.udep.edu.pe/hoy/2013/06/no-a-la-despenalizacion-del-aborto/>

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2017) *Encuesta Demográfica y de Salud Familiar – ENDES 2016*.

La salud reproductiva es vital. (s/f). <https://saludreproductivavital.info/>

Landa, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Revista Derecho PUCP*, 71, 13-36.

Organización Mundial de la Salud. (2012). *Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems*. Geneva: WHO. Disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789241548434_eng.pdf;jsessionid=C00A643221023CB9F7CCF355CB5F4FB3?sequence=1

Organización Mundial de la Salud. (28 de septiembre de 2017). En todo el mundo se producen aproximadamente 25 millones de abortos peligrosos al año. *Comunicado de*

prensa conjunto de la OMS y el Instituto Guttmacher. Disponible en internet: <https://www.who.int/es/news/item/28-09-2017-worldwide-an-estimated-25-million-unsafe-abortions-occur-each-year>

Organización Mundial de Salud. (25 de septiembre de 2020). Prevención del aborto peligroso. *Organización Mundial de la Salud.* Disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/preventing-unsafe-abortion>.

Prado, V. (2017). *Derecho Penal parte especial: los delitos.* Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170685/27%20Derecho%20penal%20Parte%20especial%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ramón, A. (2011). Entre la acción y la espera: el acceso al aborto legal en América Latina. En Cabrera, O. y otros [Ed]. *Los derechos reproductivos: un debate necesario.* Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Promsex, pp. 25-43.

Ramon, A. y Bergallo, P. [Ed]. (2018). *La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto.* Editorial Universidad de Buenos Aires. Disponible en: https://www.juschubut.gov.ar/images/biblioteca/La_reproduccion_en_cuestion.pdf

Rodríguez, L. (2000). *Vicisitudes del derecho administrativo y sus desafíos en el siglo XXI.* Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo. México.

Silverino, P. (11 de julio de 2021). Despenalización del aborto, un avance en derechos humanos. *Parthenon.* Disponible en: <https://www.parthenon.pe/publico/despenalizacion-del-aborto-un-avance-en-derechos-humanos-2/>

Taype-Rondan, A. y Merino-Garcia, N. (2016). Hospitalizaciones y muertes por aborto clandestino en Perú: ¿qué dicen los números? *Revista peruana de medicina experimental y salud pública Vol. 33 (4)*. Disponible en: <https://rpmesp.ins.gob.pe/index.php/rpmesp/article/view/2573/2600>

Tiburcio, G. (28 de septiembre de 2020). Más de 9 mil peruanas han pedido información para abortar en lo que va de la pandemia. *Wayka*. Disponible en: <https://wayka.pe/mas-de-9-mil-peruanas-han-pedido-informacion-para-abortar-en-lo-que-va-de-la-pandemia/>

Tribunal Constitucional. Expediente N° 01739-2016-PFC/TC. 13 de agosto de 2020.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 2209-2002-AA/TC, de 12 de mayo de 2003.

Tribunal Constitucional. Expediente N° N°01739-2016-PHC/TC. 13 de agosto de 2020.

Zaffaroni, E. (2009). *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales; La constitucionalización del derecho penal*. Quito: ministro de Justicia y Derechos Humanos.