



**UNIVERSIDAD ANDINA DE CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**DESPENALIZACION DEL ABORTO EN EL PERU EN CASOS DE VIOLACION
SEXUAL
(Propuesta Legislativa)**

TESIS PRESENTADO POR:

Bach. Diana Antonia Enríquez Castro

**PARA OPTAR AL TITULO PROFESIONAL
DE ABOGADO.**

ASESOR:

Isaac Enrique Castro Cuba Barineza PhD.

CUSCO – PERU

2015



DEDICATORIA

Primeramente a Dios por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud, ser el manantial de vida y darme lo necesario para seguir adelante día a día y lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.

A mis padres Miguel y Divina por haberme apoyado en todo momento, por los ejemplos de perseverancia y constancia que los caracteriza y que me han infundado siempre, por sus consejos, sus valores mostrado para seguir adelante la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien pero más que nada por el amor incondicional que me dan día a día.



AGRADECIMIENTO

Primeramente agradezco sinceramente a mi asesor de tesis, Isaac Enrique Castro Cuba Barineza PhD. Sus conocimientos, orientaciones, su manera de trabajar, su persistencia, su paciencia y su motivación, han sido fundamentales para mi formación como investigador. Inculcándome un sentido de seriedad, responsabilidad y rigor académico sin los cuales no podría tener una formación completa como investigador.

Ha sido capaz de ganarse mi lealtad y admiración, así como sentirme en deuda por todo lo recibido durante el periodo de tiempo que ha durado esta pro tesis.

Quiero también expresar mi sincero reconocimiento y gratitud a todos los docentes de la facultad de Derecho de la Universidad Andina Del Cusco por la labor que desempeñan en la formación y aplicación de los conocimientos teórico- práctico, impartidos en las aulas universitarias.



RESUMEN

El presente trabajo de investigación parte de una problemática real y actual en nuestra sociedad. En el Perú y el resto del mundo, pocos temas son tan controversiales como el aborto, nuestro estudio asume este reto de reflexionar en torno controversial y tiene como objeto establecer las razones que justifican despenalizar el aborto en casos de violación sexual.

Nuestros argumentos se basan fundamentalmente en el respeto que requiere la dignidad de la mujer que es menoscabada por leyes que se han establecido desde un enfoque machista de la sociedad, también es fundamental defender la autonomía de la voluntad que en el caso de la mujer la faculta a disponer sobre su cuerpo en aras de salvaguardar su derecho a la salud y defender sus ideales y proyectos en los que enmarca su vida. Basándonos en las justificaciones expuestas en los capítulos concernientes a la fundamentación teórica doctrinal, planteamos una propuesta legislativa que se orienta a la modificación del Código Penal vigente en el Perú, que en su Art. 119 penaliza el aborto. Sostenemos pues su despenalización como una medida que se corresponde con las expectativas legítimas de las mujeres que han sido o pueden ser pasibles de violación sexual, de esta manera pretendemos que nuestra legislación penal se sitúe a la par de las sociedades del primer mundo en un contexto más racional y humanista.



El primer capítulo de nuestra tesis nos refiere el problema y los aspectos metodológicos del estudio que se aborda en el trabajo. En el segundo capítulo nos ocupamos de profundizar en el tratamiento doctrinal, definición, reseña histórica, clasificación, formas, problemática, situación real en el Perú y política criminal en torno al aborto. En el tercer capítulo nos ocupamos del tema del tratamiento jurídico del aborto, tanto en el Perú como en la legislación comparada. En el capítulo IV acotamos el tema de la violación sexual como un problema social así como los delitos sexuales. Finalmente en el capítulo V de la investigación, planteamos los argumentos y la propuesta legislativa para despenalizar el aborto en casos de violación sexual.

PALABRAS CLAVE: Aborto, el delito de violación sexual.



INDICE GENERAL

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

CAPITULO I

1. EL PROBLEMA

1.1	Planteamiento del Problema	4
1.2	Formulación del Problema de Investigación	6
1.2.1	Problema principal	6
1.2.2	Problemas secundarios.....	6
1.3	Objetivos de la investigación.....	7
1.3.1	Objetivo general	7
1.3.2	Objetivos específicos	7
1.4	Hipótesis de trabajo.....	8
1.5	Categorías de estudio.....	8
1.6	Diseño metodológico	9
1.7	Justificación de la Investigación	9

CAPITULO II

2. TRATAMIENTO DOCTRINAL DEL ABORTO

2.1	Definición de aborto en la doctrina jurídica y médica	12
2.2	Reseña histórica del Aborto.....	16



- 2.3 Clasificación del Aborto..... 21
- 2.4 Formas de practicar el Aborto 22
- 2.5 Situación real del aborto en el Perú 26
- 2.6 Política criminal en torno al Aborto 31
- 2.7 Problemática sociológica del aborto..... 36
- 2.8 Conflictos éticos en torno al aborto 38

CAPITULO III

3. TRATAMIENTO JURIDICO DEL ABORTO

- 3.1 El Bien jurídico protegido en las normas que se refieren al aborto..... 41
- 3.2 El aborto en la legislación comparada..... 48
- 3.3 Los estándares del derecho internacional y de los derechos humanos en relación al aborto..... 62
 - 3.3.1 Los estándares de derechos internacionales de los derechos humanos..... 65
- 3.4 Tratamiento del aborto en la legislación peruana 66
 - 3.4.1 Marco jurídico del aborto en el Perú..... 66

CAPITULO IV

4. LA VIOLACION SEXUAL COMO UN PROBLEMA SOCIAL

- 4.1 Definición de violación sexual 68
- 4.2 Tipos de violación sexual..... 69
- 4.3 El abuso sexual..... 71
 - 4.3 Tipos de abuso sexual..... 72
- 4.4 Delitos sexuales..... 73
- 4.5 Los rasgos psicológicos y sociológicos del violador..... 79
- 4.6 Repercusiones derivadas de un abuso sexual 80
- 4.7 Tratamiento jurídico de la violación sexual en el Derecho Penal Peruano 83



CAPITULO V

5 RESULTADOS DE LA INVESTIGACION: ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EN EL PERU EN CASOS DE VIOLACION SEXUAL

5.3 Jurisprudencia internacional en favor de la despenalización del aborto..... 86

5.3.1 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español..... 88

5.3.2 Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana 99

5.3.3 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina..... 107

5.4 Argumentos a favor de despenalizar el aborto en casos de violación sexual.. 115

5.4.1 La penalización del aborto en casos de violación sexual responde a una visión patriarcal del Derecho 115

5.4.2 La autonomía sobre el cuerpo..... 119

5.4.3 La criminalización del aborto en casos de violación sexual en Perú vulnera los derechos de las mujeres a la salud y los derechos sexuales y reproductivos..... 120

5.4.4 La libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo..... 121

5.4.5 El Número De Abortos Ilegales En El Perú Como Referencia De Inutilidad de La Sanción Penal..... 122

5.5 Propuesta legislativa para despenalizar el aborto en casos de violación sexual.....124

CONCLUSIONES..... 134

RECOMENDACIONES 136

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS 138

ANEXOS 144



CAPITULO I

1. EL PROBLEMA

1.1 Planteamiento del Problema

Consideramos que este aporte puede encontrar opiniones discrepantes a las que respetamos, sin embargo sea Entre los diversos problemas que enfrenta la sociedad peruana es indudable que la violencia e inseguridad resalta y preocupa. En la coyuntura actual desde diversos colectivos sociales se evidencia una preocupación por establecer soluciones a esta situación que agobia a nuestra patria.

Una de las manifestaciones de esta situación de violencia afecta directamente a las mujeres, nos referimos a la violación sexual que da como resultante embarazos no deseados. Sabemos que no es un problema nuevo pero es evidente que es un problema que ocupa el interés colectivo en la actualidad. El Derecho como una ciencia que se vincula directamente con la vida social de las personas, no puede quedar al margen del interés de establecer soluciones de carácter jurídico a este problema.



Otro aspecto inherente a nuestro tema es la creciente conciencia colectiva de reivindicar los derechos de la mujer de tal manera que efectivamente se las trae en igualdad de condiciones a los varones, no solo literalmente sino en la realidad de los hechos. Desde este ámbito de protesta y reivindicación de la dignidad y derechos de las mujeres, se ha planteado como propuesta de solución a la violencia ocasionada en la violación sexual y el consecuente embarazo, la despenalización del aborto en casos de violación sexual.

En nuestro país incluso se han dado propuestas al respecto que han ido más allá de esta causal proponiendo que la despenalización del aborto no solo sea en casos de violación sexual sino también en situaciones eugenésicas (por ejemplo en casos en que el feto presente malformaciones o limitaciones permanentes).

En el presente trabajo de investigación, queremos contribuir con algunas ideas que ayuden a esclarecer soluciones al problema. Al ser nuestro trabajo de carácter dogmático propositivo, buscaremos establecer los argumentos que justifiquen la despenalización del aborto en casos de violación sexual. Como esta oportunidad propicia para expresar argumentativamente nuestra propia posición enunciada en la hipótesis de trabajo de la presente tesis.



1.2 Formulación del Problema de Investigación

1.2.1 Problema principal

¿Qué razones justifican una propuesta legislativa para despenalizar el aborto en el Perú, en casos de violación sexual?

1.2.2 Problemas secundarios

1° ¿Cómo está regulado el tratamiento jurídico del aborto en el Perú?

2° ¿Cómo se regula el aborto en casos de violación sexual, en la legislación comparada?

3° ¿Qué razones de índole personal y social, justifican el aborto en casos de violación sexual?

4° ¿Cuál debe ser la formulación adecuada de una propuesta legislativa para despenalizar el aborto en el Perú, en casos de violación sexual?



1.3 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo general

Precisar las razones que justifican una propuesta legislativa para despenalizar el aborto en el Perú, en casos de violación sexual.

1.3.2 Objetivos específicos

1° Conocer cómo está regulado el tratamiento jurídico del aborto en el Perú.

2° Determinar cómo se regula el aborto en casos de violación sexual, en la legislación comparada.

3° Establecer las razones de índole personal y social, que justifican el aborto en casos de violación sexual.

4° Precisar cuál debe ser la formulación adecuada de una propuesta legislativa para despenalizar el aborto en el Perú, en casos de violación sexual.



1.4 Hipótesis de trabajo

Existen razones de índole personal y social que justifican una propuesta legislativa para despenalizar el aborto en el Perú, en casos de violación sexual.

1.5 Categorías de estudio

Dado que nuestro estudio corresponde a una investigación jurídica dogmática propositiva, nuestras categorías de estudio son:

Categorías de estudio	Subcategorías
1° El Aborto	<ul style="list-style-type: none">- Definición de aborto- Clases de aborto- Legislación sobre el aborto
2° El delito de violación sexual	<ul style="list-style-type: none">- Tipo jurídico- Características- Regulación Penal en el Perú



1.6 Diseño metodológico

Enfoque de investigación	Cualitativo: Dado que nuestro estudio no está basado en mediciones estadísticas sino en el análisis y la argumentación respecto a la realidad materia de estudio.
Tipo de investigación jurídica	Dogmática propositivo: Según la clasificación del Dr. Jorge Witker. Nuestro estudio pretende establecer las razones suficientes para elaborar una propuesta legislativa en relación al aborto en casos de violación sexual.

1.7 Justificación de la Investigación

El presente estudio que voy a realizar se justifica por las siguientes razones:

a) Conveniencia :

Es conveniente realizar esta investigación por tratarse de un problema que amerita el interés por parte de los ciudadanos ya que hay las constantes referencias de violaciones que se producen el embarazo no deseado aprovechando medios por culpa de embriagueces o la prepotencia de algunos hombres que buscan el placer de modo más inicuo y bárbaro que uno pueda imaginar.

**b) Relevancia social :**

Tiene relevancia de carácter social ya que es una investigación de suma importancia para toda la ciudadanía general que implica que las personas afectadas en el caso de violación sexual y además vulneran el derecho la libertad de decisión de un aborto en ese caso.

c) Implicaciones practicas :

Lo que se busca con la presente investigación es que el aborto debería de ser legalizado en el caso de una violación sexual ya que la mujer violada ha recibido una agresión no solo en su cuerpo de un modo radical en su dignidad en su honor en su libertad en su condición femenina en sus derechos.

d) Valor teórico :

De igual manera se pretende establecer claramente el concepto de aborto en caso de violación sexual su naturaleza jurídica y su conveniencia en la aplicación en la sociedad cusqueña esto permitirá si el embarazo es producto de una violación sexual la decisión está en la persona que ha sido víctima de esta agresión.



e) Utilidad metodológica:

Considero que los resultados de la presente investigación puedan motivar y aportar información para estudios jurídicos posteriores los cuales puedan ser abordados en diversos puntos de vista que complemente el presente estudio.



CAPITULO II

2. TRATAMIENTO DOCTRINAL DEL ABORTO

2.1 Definición de aborto en la doctrina jurídica y médica

Si bien la presente investigación tiene como objeto el aborto en casos de violación sexual en particular, nos parece oportuno antes de adentrarnos en su análisis, hacer una breve revisión de algunas definiciones que se han elaborado del aborto en general, aclarando eso sí, que no existe un concepto unitario para el derecho y la medicina, por lo que deben analizarse por separado.

Milano (1986, p. 20) define el aborto como un atentado contra la vida de seres humanos inocentes e indefensos todavía por nacer. Se considera que hay aborto desde el primer momento de la concepción, cuando el ovulo es fecundado.

Desde el punto de vista médico, la definición más aceptada de aborto, es la que entrega la Organización Mundial de la Salud (OMS), quien señala que aborto es “la interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable fuera del vientre materno” (Dides, 2011, p. 7), cabe mencionar que algunos autores



señalan que dicha viabilidad planteada por la OMS está fijada en las “22 semanas de gestación, momento en el cual el peso de nacimiento es de alrededor de quinientos gramos” (Faundes, 2007, p. 38). Antes de esto, la interrupción del embarazo sería un aborto, y pasado dicho límite sería el nacimiento de un prematuro.

Por su parte Alfredo Pérez y Enrique Donoso (2011, p. 531 – 535), nos alcanzan algunas precisiones en torno al aborto, de las que merece un especial estudio la clasificación que entregan, puesto que el hecho de ser espontáneo o provocado tendrá diferentes consecuencias jurídicas y penales. Cuando hablamos de “aborto espontáneo”, nos referimos a la interrupción del proceso reproductivo humano, antes que éste sea viable, y que ocurre por causas naturales; la mayoría de ellos antes de la tercera semana (Carson, 2005, p.p. 58 – 66). Cabe destacar que “del 70% al 80% de las fertilizaciones termina en aborto” espontáneo o natural. Entre las causas más comunes de abortos espontáneos están: causas genéticas o cromosómicas, defectos de la implantación (problemas en la calidad del endometrio), daño por sustancias químicas o irradiación (alcohol, tabaco, níquel, etc.), entre otras múltiples posibilidades.

Por otro lado si hacemos referencia a un “aborto inducido” nos referimos a la “interrupción premeditada del embarazo antes de que el feto sea viable. Esto implica una acción en la que está presente la voluntad de la mujer embarazada y/o de la persona que lo realiza” (Pérez, 2001, p. 546). Por su parte la Federación Internacional de Obstetricia y Ginecología (FIGO) señala que es “la interrupción del embarazo mediante el empleo de medicamentos o intervención quirúrgica



después de la implantación y antes de que el *conceptus* (producto de la concepción) sea viable de manera independiente” (Schenkel, 1999, p. 42).

Cabe mencionar que, el concepto médico de aborto, es más amplio que el jurídico, puesto que no considera sus causas ni motivaciones, por lo que caben dentro de él tanto el aborto espontáneo como el provocado, cuestión que no ocurre en el ámbito jurídico, en que sólo el aborto provocado puede ser objeto de tipificación penal. Además, el concepto médico de aborto, incorpora el elemento de la viabilidad del feto, noción que para el derecho resulta irrelevante en el sujeto pasivo del delito.

Ahora bien desde el punto de vista jurídico existe un largo debate en la doctrina respecto a la definición de aborto. Por un lado hay quienes consideran, siguiendo la tesis del profesor Del Río (1935, p.282), basada en la definición dada por el diccionario a principios del siglo XX, que “lo que constituye el aborto es la expulsión o extracción del producto antes que la naturaleza lo realice, o sea, el atentado contra su desarrollo intrauterino y no su muerte, aunque prácticamente, en la mayor parte de los casos, unos y otros coinciden”.

Por otro lado, hay un sector de la doctrina que considera que lo que realmente constituye aborto es la muerte del feto y no la simple expulsión, puesto que el bien jurídico protegido es la “vida” del producto de la concepción. Por lo demás, esta posición se adecuaría más a lo dispuesto por el artículo 2° inciso 1 de nuestra Constitución que dispone: “Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre



desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. La ley protege la vida del que está por nacer, y dejaría a salvo los casos en que se anticipa la expulsión con el objeto de acelerar el parto, sin el ánimo de provocar la muerte del producto.

El profesor Etcheberry (1965, p. 64), siguiendo esta postura, define el aborto como “la muerte inferida al producto de la concepción que aún no es persona”. Si bien esta definición se adecúa a la tesis que exige la muerte y no la expulsión del feto, ha sido bastante criticada debido a que incorpora el concepto de persona, que nos lleva necesariamente al polémico debate en torno al momento en que se inicia la existencia humana y su protección legal.

Tratando de unir ambas posturas, el profesor Labatut (1983, p. 126) conceptualiza el aborto exigiendo la interrupción del embarazo como elemento objetivo del tipo, y la intención de provocar la muerte del feto como elemento subjetivo, de la siguiente forma: “interrupción maliciosa del embarazo con el propósito de destruir una futura vida humana”. Si bien esta definición logra resolver algunos de los puntos objetados a la primera posición, persiste el inconveniente de que no parecería estar tutelando la vida del producto de la concepción, que en definitiva es el bien jurídico protegido en el delito de aborto.

Tenemos que para Amado Enzainé Chávez (s-f, p. 11) “Es la interrupción del proceso fisiológico del desarrollo del feto. Expulsión prematura del fruto de la concepción y su destrucción dentro del claustro materno”. Cabe resaltar que independientemente de las circunstancias de edad, viabilidad y



formación regular del feto, el ordenamiento jurídico no solo peruano no tolera el aborto. Además, de la cada vez más creciente corriente doctrinaria que incluye dicho aniquilamiento del producto de la concepción antes del nacimiento, también fuera del vientre materno.

Para el profesor Mario Garrido Montt (2005, p.103), “es improcedente limitar la noción del aborto a la interrupción del embarazo, porque puede haber aborto y el feto haber sobrevivido. El delito de aborto requiere de la destrucción o deceso del producto de la concepción; a su vez, la simple destrucción o muerte del producto de la concepción es un concepto insuficiente. Si es expulsado el embrión en forma natural, no constituye aborto su destrucción posterior; tampoco la del óvulo inseminado in vitro podría ser calificada de aborto”. Esta postura, por su claridad y suficiencia, es la que resulta más convincente y completa.

2.2 Reseña histórica del Aborto

Sobre el derecho anterior a la llegada de los españoles sólo existen fuentes indirectas, en especial las obras de los denominados cronistas (Porrás, p. 147 y ss.; Vargas, p. 59 y ss.). Esto es debido a que tanto los incas como los pueblos que ellos sometieron desconocieron la escritura (respecto a las fuentes históricas de la época inca, Porrás, p. 104 y ss., y a la posibilidad de estudiar el derecho inca, Basadre, p. 215 y ss.). El derecho penal incaico se caracterizó por su gran severidad (Valcárcel, p. 631 y ss.; Vargas, p. 194 y s., sobre las fuentes



ver nota 1 de la p. 195; Alzamora, p. 32). El responsable de aborto era castigado con la pena de muerte o el apedreamiento (Valcárcel, p. 639). Igual pena merecía la mujer embarazada que tomaba algo para abortar (Valcárcel, p. 647; Vargas, p. 225).

Se considera que éste delito se reprimía por constituir un atentado contra el orden familiar y contra el Estado que perdía un futuro tributario (Vargas, p. 225; Trimborn, p. 78). La conquista española incorporó el Nuevo Mundo al sistema del mundo europeo. Al imponer España a los pueblos nativos su sistema económico, social y cultural, los sometió también a su sistema jurídico. Sistema que se desarrolló sobre todo destruyendo las instituciones del ordenamiento autóctono; pero también asimiló y conservó algunas. Esta continuidad nos obliga a mirar hacia atrás para comprender nuestras leyes actuales.

En la Antigüedad, el aborto fue ampliamente aceptado y vinculado con el fenómeno demográfico. Platón y Aristóteles (Política, lib. VII, c. 14; De *animalium generatione*, lib. II, c. 3), preocupados por el problema del equilibrio demográfico, consideraron el aborto como un medio moralmente neutral. Según el primero, las mujeres sólo debían de procrear entre los veinte y los cuarenta años de edad. Aristóteles opinaba que el aborto podía ser practicado antes que el embrión tuviese vida y sensibilidad; es decir antes que el alma vivifique el feto (animación retardada). Esto sucedía, en el caso del hombre, a los 40 días de la concepción y, en cuanto a las mujeres, a los 90 días. Este también era el criterio seguido por Hipócrates (Simson/Geerds, p. 87, nota 285a). Dentro de estos plazos, con el fin de mantener el equilibrio demográfico, los fetos



excesivos debían ser destruidos. En el juramento de Hipócrates (siglo IV antes de Jesucristo), se dice, sin embargo, que no debe proporcionarse a la mujer encinta producto alguno destinado a destruir el embrión. Prohibición que subsistió durante el largo periodo en que no existió norma penal sancionadora del aborto. Grosso modo se puede decir que lo mismo sucedió entre los germanos (Simson/Geerds, p. 88). Esta fue así mismo la situación en el Imperio romano: el embrión nunca fue protegido en dominio penal y se le consideró más bien como parte del cuerpo de la mujer. Sólo en el tiempo de Septimus Severus, se sancionó con el exilio a quien causaba el aborto a una mujer casada sin el consentimiento del marido (Simson/Geerds, p. 85). Así, se protegía los intereses del marido e implícitamente los del Estado (Maurach/Schröder/Maiwald, § 5, n. 1).

La prohibición del aborto fue prescrita debido, sobre todo, a la influencia del cristianismo. Un nuevo criterio fue introducido: el alma ya se encuentra en el semen, tanto el aborto como el uso de medios contraceptivos constituyen delito (Simson/Geerds, p. 85 y ss.). En la Edad Media, esta concepción subsiste. Santo Tomás de Aquino la vincula con la de Aristóteles al aceptar, simultáneamente, el plazo en el que - según éste - el alma entraba en el cuerpo humano y el criterio que el aborto cometido en este periodo constituye un homicidio. Sólo a partir de fines del siglo XVIII, comienza a imponerse progresivamente y de manera clara la idea que desde la concepción el alma habita el nuevo ser. Es el Papa Pio IX quien, en 1869, declara que el quinto mandamiento protege igualmente la vida embrionaria (Simson/Geerds, p. 88).



En la medida que estas ideas permanecieron en el dominio teológico no tuvieron mayores consecuencias prácticas. En Alemania, la situación cambia con la Ordenanza Penal de Carlos V, de 1532, vigente hasta el siglo XVIII. Su art. 133 preveía la represión del aborto y, para los efectos de una mayor represión, distinguía entre feto viable y no viable. En la aplicación de esta Ordenanza y legislativamente cincuenta años después de su entrada en vigencia (*Codex Juris Bavarici Criminalis* de 1751), se recurrió, en lugar del que consideraba el momento en que el alma ingresa al cuerpo humano, a un nuevo criterio: la constatación de manifestaciones de vida por los primeros movimientos del feto, tal como se producen a partir del inicio de la segunda fase del embarazo (Maurach/Schroeder/Maiwald, § 5, n. 1). Aunque Carzpov pusiera en discusión la calidad humana del feto, afirmó la necesidad de reprimir el aborto. Admitiendo esta afirmación, Poeckel consideró que el aborto provocaba intranquilidad pública y, por tanto, atacaba la seguridad del Estado (Stukenbrock, p. 12 y ss.).

En Francia, Henri II, mediante un edicto de 1556, dispuso que el aborto fuera castigado con la "*peine de mort et du dernier supplice*" o "*reclusión criminelle*". Esta severa represión era común, desde la Bambergensis (1507), a las leyes penales europeas (Simsons/Geerds, p. 90). Bajo la influencia de los Enciclopedistas, en el Código de 1794, se atenuó la represión: la pena de muerte fue remplazada por la de veinte años "*de fers*", pero no se sancionó a la mujer que se practicaba el aborto. La pena de "*reclusión criminelle*" fue establecida, en el Código de 1810 para todos los casos, salvo para los médicos que eran sancionados con "*travaux forcés á temps*". La represión continuaba así siendo



muy severa. Esto dio lugar a que los Tribunales buscaran siempre la forma de eludir su aplicación; por ejemplo, absolviendo a los acusados. Estas ideas llegan a nosotros con la colonización española. El derecho de los conquistadores era parte del derecho europeo en formación mediante la recepción del derecho romano justinianeo y el derecho canónico (Basadre, p. 283, 290, 294). El derecho impuesto a los conquistados fue el derecho castellano (Basadre, p. 309 y s.; Basadre Ayulo, p. 268). Este derecho no fue aplicado, razón por la que tuvieron mayor importancia las leyes especiales y las ordenanzas (Sobre la imposición del derecho español en la Colonia, ver: Hurtado, 1979, p. 27). De esta legislación formaron parte las Leyes de Indias. El sétimo libro de la Recopilación de Indias estaba destinado a los asuntos criminales.

En las Siete Partidas, se sancionaba a la mujer con la pena de muerte si la "criatura" "era ya viva" o con la de destierro en "alguna isla por cinco años" cuando "por ventura no fuese aún viva" (Es decir aún no animada, sin alma. La diferencia entre criatura animada e inanimada fue establecida en el derecho canónico). Esta pena era prevista también para el hombre que, mediante maltrato, causara el aborto a su mujer. En caso de un "hombre extraño", la pena de muerte si la "criatura fuera ya viva" o de destierro por cinco años en caso que aún no lo fuera (Sétima Partida, Título octavo, Ley octava, Los Códigos españoles, t. IV, Madrid, 1845).

Las Leyes de Indias, como otras muchas dictadas por la Corona española, fueron acatadas pero no cumplidas. Este fenómeno particular que caracterizó el régimen del Virreinato hace muy difícil saber cuáles fueron los comportamientos

reprimidos y las penas aplicadas. Las verdaderas fuentes legales, según Levene (p. 415), fueron las Ordenanzas de los Cabildos referentes a los delitos de policía principalmente (sobre el aborto en la Colonia, ver Macera, p. 297 y ss.).

Según el Reglamento Provisional del 12 de febrero de 1821 (art. 18) y el Estatuto Provisional del 8 de agosto de 1821 (art. 2 de la última sección), dictados por el Libertador San Martín, el derecho colonial se debía seguir aplicando en cuanto no contradijese los ideales de libertad e independencia. La severidad de la represión se mantiene, por ejemplo, en el Proyecto de Vidaurre. El aborto figura entre los homicidios: la pena es de diez años de "trabajos públicos" si el autor es el marido, de quince en caso de un "extraño" (Ley 24). La mujer casada que toma algún brebaje o emplea algún otro medio para abortar debía ser "destinada al hospicio por diez años; si es tenida por doncella, por dos; y si es mujer pública, por toda la vida".

2.3 Clasificación del Aborto

Según señalan Emilio Inostroza y Claudio Quezada (2012, p. 15), dependiendo del objetivo por el cual está siendo provocada esa interrupción podemos distinguir la siguiente clasificación:

- a) **Aborto provocado propiamente tal:** Es el aborto ilegal o criminal, en el cual el único fin es la interrupción del embarazo por razones personales de la madre o por una persona a quien la ley le prohíbe la realización de este procedimiento.



- b) **Aborto inducido legal:** Es aquella interrupción provocada del embarazo, pero que es realizado en un entorno médico, con garantías jurídicas y sanitarias. Se pueden dividir en:
 - c) **Aborto libre:** Es el realizado bajo el supuesto de que la madre tiene derecho a interrumpir el embarazo por razones personales, especialmente cuando no es deseado.
 - d) **Aborto eugenésico:** Cuando se elimina el feto porque hay una alta probabilidad o certeza de que va a nacer con defectos importantes o no va a sobrevivir una vez que nazca.
 - e) **Aborto terapéutico o por razones médicas:** Es el que se practica con el fin de preservar la salud o la vida de la madre en aquellos casos en que la continuación del embarazo podría incrementar a niveles críticos el riesgo de muerte materna.
 - f) **Aborto por motivaciones mixtas:** Se realiza cuando existe la necesidad de eliminar embriones en embarazos múltiples producidos por fertilización in vitro o por métodos inductores de ovulación.

2.4 Formas de practicar el Aborto

Príncipe (2002, pp.18-25) sostiene que tenemos en la praxis diversos procedimientos para llevar adelante el aborto: la aspiración eléctrica, legrado uterino instrumental, AMEU, entre otros.

**a) Aspiración eléctrica**

Técnica que consiste en el uso de una bomba al vacío tipo Berkeley que se opera con una energía eléctrica. La bomba usa un frasco de 350-1200ml de capacidad a la bomba se le conecta una cánula de plástico que en su otro extremo se puede conectar a su vez una cánula de plástico flexible de diferentes calibres que es la que se introduce al útero para la evacuación de restos ovulares.

b) Legrado uterino

Consiste en el raspado de la mucosa o membrana interior del útero (endometrio). Es el procedimiento ginecológico más común y se realiza sobre todo para tratar o diagnosticar las causas de hemorragias uterinas anormales. El legrado consiste en la extracción de tejido de la membrana interna del útero con un instrumento en forma de cuchara, la legra tras haber provocado la dilatación de la abertura del útero.

Muchas mujeres consideran que es una experiencia desagradable. La anestesia local puede producir molestias y calambres; estas molestias se reducen si se toman medicamentos para aliviar la ansiedad que procede a toda intervención. Con este fin, generalmente se usan analgésicos.



Este procedimiento se realiza en las siguientes circunstancias:

- 1) Poner término a un embarazo o extirpar el tejido que queda luego de dar a luz o de un aborto.
- 2) Diagnóstico y tratamiento de menstruaciones anormales, especialmente en mujeres mayores.
- 3) Diagnóstico y tratamiento de pólipos.
- 4) Diagnóstico de cáncer uterino, fibroma y otros tumores del útero.
- 5) Tratamiento de endometritis puerperal.
- 6) Hemorragia puerperal.

c. La aspiración manual endouterina (AMEU): es una técnica al vacío que permite evacuación de restos ovulares sin mayores problemas, es utilizada en nuestro país en los últimos años, siendo uno de los primeros en ser implementado el instituto materno perinatal. La tecnología de aspiración manual endouterina consiste en una jeringa portátil de 60cc que se conecta a cánulas de 3 a 12 mm. Ideal para el uso en clínicas, consultorios, y hospitales, especialmente para procedimientos ambulatorios. la AMEU es recomendada por



la organización mundial de la salud (OMS) y la federación internacional de ginecología y obstetricia (FIGO). Certificación ISO 9002 para los sistemas de administración de alta calidad , constituyendo un método muy eficaz más seguro que el legrado uterino instrumental para lo cual el personal de salud capacitado puede realizar una amplia gama de procedimientos quirúrgicos ambulatorios utilizando la capacidad ya instalada en el consultorio.

Las características de AMEU son:

- 1) Fabricado con altos estándares de calidad.
- 2) Alto nivel de eficacia, seguridad y aceptabilidad por la usuaria.
- 3) De uso práctico en consultorio y hospital.
- 4) Puede ser usado con anestesia local (bloqueo para cervical) que evita el -riesgo de anestesia epidural o general en la usuaria.
- 5) Es menos costosa, menos riesgosa y de fácil realización, además de no requerir hospitalización.
- 6) Por todas las características reditúa un considerable beneficio para la usuaria y el médico.
- 7) La aspiración manual endouterina figura en la lista de equipos recomendados por la OMS para el nivel de atención primaria del aborto incompleto.



En tal sentido la aspiración manual endouterina. (AMEU) es utilizado para la evacuación uterina en usuarias con aborto incompleto, aborto inevitable, aborto infectado, retención de restos placentarios, entre otros.

2.5 Situación real del aborto en el Perú

Para analizar la figura jurídica del Aborto, considerado a nivel del derecho penal peruano como delito, se debe hacer en forma sistémica, es decir, no solamente a nivel legal, sino tomando en cuenta principalmente la realidad de nuestra sociedad, ya que el Derecho no puede ser desligado de la misma, como también con la Política Demográfica, la Planificación Familiar, el Estado y la Familia.

En este apartado de nuestro trabajo, recurrimos al análisis que hace Gonzales (2006, p. 1 y ss). Dicho análisis diagnóstico nos parece que refleja una preocupante situación real del aborto en el Perú y por ello lo consignamos a continuación.

- a. Según el autor aludido, hasta octubre del año pasado nuestro país ha alcanzado los 410 mil abortos al año, siendo además la tercera causa de muerte materna en el país. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, en América Latina y el Caribe alrededor de 3 millones 700 mil mujeres se someten cada año a abortos ilegales, que cobra la vida de 3 mil 700 de ellas. Por medio del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos



Sexuales y Reproductivos se ha introducido en el Perú el Aborto con medicamentos, en lugar del Aborto quirúrgico. Este Aborto con medicamentos es legal en algunos países de Europa, EE.UU, Canadá, India o China. En nuestro país está prohibido, pero pese a ello se viene incrementando esta práctica en el Perú ya que viene incidiendo en la reducción de las tasas de mortalidad materna, punto último que será comentado y analizado más adelante.

- b.** Frente a la variedad de abortos que aparecen legislados en nuestro Código Penal peruano y tomando en cuenta las cifras exorbitantes de abortos que se vienen dando, cabe señalar que en la práctica los abortos, en su gran mayoría, no son a consecuencia producto de que el embrión o feto tenga taras graves físicas o psíquicas, o a consecuencia de violación sexual, o cuando está en peligro la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente, o por inseminación artificial no consentida, sino que se debe en su gran mayoría por las relaciones sexuales libres a temprana edad por adolescentes que recurren muchas veces a gente inescrupulosa, o ingieren medicamentos porque les resulta más barato y privado.
- c.** Frente a una velada “Planificación Familiar” los adolescentes toman interés por experimentar lo nuevo con la entrega de parte de los representantes del sector salud de preservativos y anticonceptivos, los cuales son dados en las Instituciones Educativas, trayendo consigo no sólo la pérdida de valores, sino también el desenfreno, la auto independencia, autodeterminaciones y autorrealizaciones que conllevan a tomar decisiones erradas sin pensar en las consecuencias que puedan acarrear estas actitudes.



- d. Existe ciertas injerencias y bien marcadas, por parte de los países desarrollados capitalistas de querer incidir en países como el nuestro (país subdesarrollado) de las Nuevas Políticas Criminales de Aborto, sin tomar en cuenta nuestra realidad.
- e. En el sector salud mencionan solamente, que sigue existiendo un desabastecimiento de anticonceptivos en los centros del MINSA y en los establecimientos de ESSALUD, lo cual habría provocado que el 30% de mujeres que solía usar algún método de planificación familiar interrumpiera su régimen, lo cual habría provocado más de 120 mil embarazos no deseados, ocurrido en los sectores pobres y entre la población joven.
- f. El sector salud no ve o no quiere reconocer que la presencia de abortos clandestinos son cometidos en su gran mayoría por adolescentes cuyas edades fluyen entre los 12 y 17 años, cursando estudios secundarios, las cuales aún no están casadas o tienen hijos para hacer uso de anticonceptivos, pero que sin embargo se les entrega, para que se cuiden ¿De qué?, y no tanto por mujeres que oscilan sus edades entre 18 a 35 años como quieren hacernos creer.
- g. La familia juega un papel importante en el desarrollo de los hijos, la falta de orientación, comunicación, conlleva a situaciones críticas como el Aborto. Lamentablemente las incidencias de países desarrollados capitalistas acarrear el libertinaje, la auto liberación a temprana edad, fomenta la autodeterminación, como los famosos: fines de semana, las pijamadas



mixtas, el chateo, los pubs, los éxtasis, los tragos, los bailes desenfrenados, acarrea muchas veces a despertar el deseo sexual a temprana edad.

- h.** La Política Demográfica considera que a mayor población, existirán mayores embarazos no deseados, los cuales podrán ser controlados simultáneamente: reducción de tasas de mortalidad materna y no presencia de abortos clandestinos a través de anticonceptivos y preservativos de modo que todo ello conlleve a que demográficamente la población no vaya en aumento. Dicha política no tiene sustento alguno y no soluciona para nada los abortos ilegales que vienen aconteciendo.
- i.** El Estado a través de la Gestión Pública es el encargado de impartir políticas en todos los sectores pero lamentablemente juega un doble papel, ya que por un lado dice ser el defensor de la vida, salud de las personas, del feto o embrión, de la sociedad misma y por otro lado permite que ingresen innovaciones o políticas de gobiernos desarrollados capitalistas que no se acogen a nuestra realidad; es decir ve su propio interés a través de sus distintos organismos a nivel nacional, captando mayores ingresos que le generarán a él y a los otros países por medio de la compra de preservativos, anticonceptivos, medicamentos abortivos, construcciones sin límites y uso de hostales, pubs, discotecas que están abiertas al público casi las 24 horas del día en plena semana de labores y estudios, sin importarle la protección, desarrollo, progreso y cuidado de la familia y la sociedad.
- j.** Se sostiene que no debe confundirse la Moral con el Derecho Penal, la cual debe reducirse al mínimo ético indispensable para el mantenimiento del orden político-social, pero valgan verdades no es que la moral prime ante la



norma penal y esta norma quede de lado, pero en el tema tratante uno de los puntos incidentes es la Moral, ya que la solución al problema no está en el aumento, disminución de penas o en la despenalización; sino que hay que ir a la raíz del problema, la cual tiene su repercusión posterior en lo político, social, económico y jurídico, tomando como fundamento de lo antes mencionado con uno de los libros de Introducción a la Ciencia del Derecho por un destacado y conocido doctrinario el Dr. Alzamora Valdez (1999, p. 36), el cual sustenta: “La Moral no sólo se ocupa de la conducta interna sino de la externa en cuanto constituye testimonio o modo de expresión de aquella; y por su parte el derecho mira hacia la interioridad de la conciencia en cuanto ella constituye el punto de partida de una acción externa”.

- k.** Con relación a la pena, es ineficaz para reprimir el Aborto en la práctica, debido a la dificultad de prueba, al secreto con que se realiza, a la piedad de algunos jueces y a la descoordinación que se viene dando entre la Policía Nacional, Ministerio Público, Poder Judicial y los Colegios Profesionales del Sector Salud del Perú, que conlleva a que el Aborto quede en su mayoría en casos impunes, ya que la mayoría de implicados son puestos en libertad hasta que culminen las investigaciones en el Poder Judicial, lo que puede tardar más de 3 años, en tanto estos pueden seguir ejerciendo su profesión.
- l.** El papel que vienen desempeñando hasta ahora las diversas Municipalidades es escaso, lo que se puede entender de que existe falta de interés por ayudar a la sociedad misma, ya que de vez en cuando aquellas actúan a partir de una denuncia, pero no fiscalizan permanentemente los establecimientos que vienen funcionando en nuestras ciudades.



2.6 Política criminal en torno al Aborto

Existen varios criterios sobre la situación de la mujer como sujeto. Una primera corriente “La Tradicional”, en donde la mujer es un simple receptáculo y por lo tanto no puede disponer de la vida del producto de la concepción. (Acogida por la Iglesia Católica). Y la segunda corriente “La Liberalizadora” en donde la mujer es dueña de su vientre y por consiguiente puede disponer de lo que tenga consigo (acogida por los países desarrollados aunque con algunas variantes con respecto a esta última). Una posición “Ecléctica” donde la mujer que ha alquilado su vientre no le está permitido decidir sobre la vida de ese nuevo ser.

Frente a lo antes mencionado se puede manifestar que está tratando de tener fuerza la segunda corriente en nuestra realidad en casi todos los niveles sociales, pero que encuentra total rechazo en las Instituciones Educativas Católicas por ser muy moralistas según sostienen los seguidores de tendencia liberalista. Cabe aclarar aquí, que unos de los puntos claves de este problema y en cuanto a tendencias vienen a ser sobre la nueva figura de “Planificación Familiar” la cual no es aceptada por parte de la Iglesia Católica. Es importante y necesario hacer mención a la antigua Planificación Familiar, la cual enfocaba a la Paternidad Responsable en dos sentidos: Hacia los hijos (los cuales recibían una orientación sexual sobre conocer nuestra sexualidad tal y como es) y a los padres de familia (los cuales recibían charlas orientadas a ser responsables en todos los sentidos con los hijos que tenían y si estaban en las posibilidades económicas de poder mantener y criar a un futuro hijo(a)).



Ahora No, la Nueva Planificación Familiar deja de lado la esencia de lo “Familiar”, ya que no está orientada hacia toda la Familia, Hoy en día ve por separado al varón como a la mujer y con una mayor incidencia en la “mujer” en donde se orienta al cuidado y uso de preservativos y anticonceptivos, es decir se habla de mantener Relaciones Sexuales Libres, el de tomar precauciones. Todo esto en forma solapada se quiere incidir en los adolescentes en las Instituciones Educativas, para que se sepan cuidar ¿Cuidar de qué? Sobre todo las mujeres ¿De quedar embarazadas?, de que si no se saben cuidar, lo próximo sería abortar. Y ¿Qué hay sobre la pérdida de valores, el relajo moral? Nada.

Con relación a la Penalización del Aborto hay dos corrientes o teorías:

- 1) **La teoría del Plazo.**- La cual es claramente de tendencia liberalizadora, la cual señala de que el Aborto puede ser permitido desde la concepción hasta los 03 meses de gestación (criterio médico) no interesando las causas que los motiven y que posteriormente a los tres meses se requiere además del consentimiento de ésta la concurrencia de una indicación precisa y la
- 2) **Teoría de las Indicaciones.**- La cual permite que se dé el Aborto solo en algunos casos señalados por la Ley de cada País: caso de violación sexual; cuando el nuevo ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas; inseminación artificial no consentida; cuando ésta en riesgo la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente; grave situación de necesidad de carácter socio-económico o por la especial juventud de la madre.



Analizando La Teoría del Plazo la cual proviene de los ordenamientos jurídicos europeos modernos, teniendo seguidores tanto a nivel internacional como nacional, consideran que hasta los 03 meses se puede abortar, ya que el nuevo ser es considerado como una cosa, un coágulo de sangre o que se considera que tiene vida siempre y cuando se haya registrado una actividad bioeléctrica cerebral tal y conforme lo señalan los especialistas en Derecho Penal. Pero esto queda sin fundamento gracias a la ayuda de la Medicina en donde en forma detallada y clara nos hace conocer y recordar lo siguiente sobre el desarrollo del feto o embrión:

- a. **En la Cuarta Semana.-** Al inicio de esta semana el tubo cardiaco rota en “U”; se inicia el desarrollo de los órganos urogenitales al inicio de esta semana con la aparición de las células germinales en fase de 13 somites; se diferencia el intestino anterior primitivo y se forman las vesículas cerebrales primitivas; aparecen las yemas de los miembros; aparece el estómago como una dilatación. Se diferencia el hígado a partir del intestino anterior; aparece esbozo del árbol bronquial, que pasa por fases de diferenciación glandular con las divisiones bronquiales, en la fase canalicular; y al final de esta semana se forma el tronco arterioso, cuando el embrión de 4mm está conformado por 28 sometes así como existe la placa occipital y un esbozo de hipófisis al finalizar el primer mes de gestación.

- b. **En la Quinta Semana.-** Aparecen las crestas mamarias y el peridermo con una doble capa que se va conformando en la siguiente



semana; aparecen los primeros signos de bóveda y vesículas auditivas; se da inicio a la formación de gónadas; y al final de esta semana se definen las curvaturas gástricas cuando el embrión alcanza una longitud de 10cm.

- c. **En la Sexta Semana.**- Se conforma a partir de un divertículo, el intestino medio y distal, conjuntamente con el ciego y el apéndice, con aparición de los cilios y micro vellos; se concluye la fase alveolar con la formación de los sacos alveolares; se forma la paratiroides, el timo y el bazo con su cápsula conformada por células cúbicas; aparecen los conductos femeninos (órganos urogenitales); a la mitad de esta semana se diferencia el sistema de conducción de actividad eléctrica cardíaca; ha alcanzado una longitud de aproximadamente 13 a 15 mm y al final existe la diferenciación de flexuras de los miembros, codo, muñeca, rodilla y tobillo.
- d. **En la Séptima Semana.**- Se unen los esbozos pancreáticos y sus conductos; aparece la gónada indiferenciada en la etapa de 60mm, con esbozo de membrana himeneal.
- e. **En la Octava Semana.**- Ascende el paladar; al finalizar el segundo mes se inicia la osificación de las vértebras, a partir del centro primario de osificación costal, a nivel de las costillas 6 y 7. Tiene casi 2,5 cm de longitud y pesa 30 gramos, se diferencian las extremidades y ya está formada la nariz, pero los orificios nasales están obstruidos por la piel.



- f. **En la Novena a Décima Segunda Semana (Tercer Mes).**- Aparecen pelos en la cara y uñas rudimentarias, en la semana 12 deja de ser un embrión para convertirse en un feto; tiene casi 7,5 cm de longitud y pesa entre 40 y 50 gramos; el cuello está casi erguido; se producen los primeros movimientos musculares; los genitales ya están diferenciados; las manos y pies están bien constituidos; y al finalizar el tercer mes se ha conformado la dermis de la piel con pelos o lanugo en toda la superficie corporal.

Con todo ello nos hace ver que no es una cosa, o un simple coágulo o que tiene que estar sujeto a una actividad bioeléctrica cerebral, sino que es un ser en formación que se inicia como huevo o cigoto, luego toma la forma de embrión y finalmente se convierte en feto (en donde sienten cuando quieren destruirlo en donde como un medio de defensa se contrae para no ser destruido vía legrado) hasta el posterior nacimiento de éste.

En los libros de Derecho nos señalan que el Bien Jurídico protegido en el Delito de Aborto es la Vida del Embrión o Feto así como también el de la Madre según el tipo de Aborto que se trate, pero en donde se puede apreciar que algunos autores extremadamente liberales entran en contradicción con respecto a querer cambiarnos de mentalidad y para asumir otra visión “más actual” sobre aceptar la Teoría del Plazo. A esta teoría no le importa las causas que hayan originado el Aborto, es decir, lo que le



interesa es la proteger la salud y vida de la madre gestante donde aquella puede abortar legalmente durante los tres primeros meses, pudiendo realizarlo posteriormente de éste plazo sólo cuando exista la concurrencia de una indicación precisa donde el mal que se provoque sea inferior al que se pretende evitar, es decir está demás que se recurra a un control o asistencia médica durante los tres primeros meses de embarazo.

Y analizando a la **Teoría de las Indicaciones**, diremos en primer lugar que nuestra Legislación se acoge a ésta Teoría, con relación tan solo del Aborto Terapéutico, pero que por influencia de los países desarrollados se quiere que el Aborto Sentimental y Eugenesico no tenga penalización.

2.7 Problemática sociológica del aborto

Miranda (2009, p. 19) señala textualmente que la actividad económica y las formas de propiedad vigentes en cada sociedad van conformado la actividad cultural a largo plazo , al igual que las diferentes manifestaciones de la conciencia social , entre ellas la moral , la ideología la psicología social , la religión y el sistema de valores que actúan como reguladores de la conducta de las personas y de las decisiones sociales al aplicar esta concepción a los problemas creados por la actividad humana , se puede llegar a conocer el grado de complejidad multifactorial y el nivel de análisis de determinados problemas . analizar reproducción de las especies , cuando se trata de seres humanos , se



hace más difícil porque se integran al conjunto de variables biológicas , todas aquellas que el hombre y la sociedad van creando y conservando en la cultura a lo largo de su desarrollo , que pueden ser tanto favorables como desfavorables.

El autor en mención señala además que pudiera ser la decisión de una mujer de utilizar el aborto como medio para regular su fecundidad, esta decisión esta principalmente determinada por factores individuales, pero un aumento de la tasa nacional de abortos demandados en un país específico constituye un problema social han cambiado, y estos varían mucho después que la actividad y social se ha transformado. Por tanto, por la magnitud del problema, este no puede ser enfrentado como si fuera individual, médico o clínico asistencial.

El aumento de la tasa de abortos en un país no se puede explicar mediante un análisis exclusivamente ético, ni se resuelve con campañas de información para tratar de modificar las conductas sexuales, estimular el uso de anticonceptivos y/o reforzar la moral de la población.

No sería suficiente divulgar un proyecto de control de la fecundación sin hacer la más mínima referencia al papel del estado, las condiciones de vida. La situación económica, las formas de distribución, la educación de la población, el sentido de la vida y el grado de satisfacción existencial alcanzado en una comunidad y tiempo concretos. Se requiere investigar l actividad económica , las relaciones jurídicas , el papel de la familia el sistema de valores , la utilidad del trabajo para resolver las necesidades y aspiraciones la necesidad de cuidar la imagen pública para tener aceptación y aspiraciones , la necesidad de cuidar la



imagen pública para tener aceptación social , el papel de la religión , la moral relativa al sexo , la influencia de los medios de información y la eficiencia de los programas de educación para la salud , entre otros factores contribuyentes . Pero sobre todos los factores hay que estudiar la situación real de la mujer en cada país.

Sigue diciendo Miranda (2009, p. 19), que son muchas las polémicas cerca del aborto, se han sostenido desde posiciones sublimes hasta arbitrarias e irracionales. El aborto se convierte en un problema social solo cuando la sociedad alcanza determinado grado de desarrollo y coincide con el crecimiento acelerado de la población de las ciudades, la incorporación de la mujer al trabajo, disminución en la tasa de mortalidad infantil y cambios demográficos que inician el envejecimiento de la población esta es precisamente la problemática actual que enfrentamos en cuba. Junto a esto actúan también la fragilidad de la autoridad familiar, disminución de precisiones morales por debilitamiento de la religiosidad y las tradiciones, flexibilidad de los frenos morales ante la conducta sexual liberal y una modificación del sistema de valores.

2.8 Conflictos éticos en torno al aborto

En cuanto a los conflictos éticos que pueden presentarse en torno al aborto, Miranda (2009, p. 19), afirma que los problemas éticos, como las categorías que usa la bioética para analizarlos, no pueden estudiarse de forma aislada del sistema de relaciones sociales donde interactúan en la práctica,



porque se corre el riesgo de convertir las categorías o al problema en estudio en una entelequia amputada de la realidad que impide comprender sus causas y posibles soluciones. Esto es así porque el científico, humanista o bioeticista no estudia los problemas por el placer de investigarlos, sino para traspasar el plano del fenómeno en sí, conocer sus causas o factores contribuyentes y elaborar recomendaciones a las instancias encargadas de su solución.

El autor en mención señala que las soluciones a los problemas morales no están en la bioética misma como se insinúa en algunos trabajos. La bioética es únicamente una herramienta intelectual, no un programa económico-político ni una revolución social. Dialogar sobre bioética no transforma las bases de la sociedad sobre las que descansan los problemas y la moral que se discuten, y que esa misma sociedad género en algún momento.

Uno de los problemas éticos del aborto en la mujer en general y muy en especial en la adolescente es enfrentar el principio de la autonomía de la joven al demandar el aborto y la respuesta que la sociedad le conceda. Este principio puede cumplir su objetivo cuando la demandante conoce sus necesidades, la sociedad colabora con su educación y satisfacción, y ella está consciente de las consecuencias de sus decisiones. De lo contrario, puede convertirse en una autonomía dañina. Situaciones semejantes han provocado que se cuestione en ocasiones si la autonomía dañina situaciones semejante han provocado que se cuestione en ocasiones si la autonomía debe tener especificaciones o debe redefinirse.



Como hemos podido observar son múltiples los elementos bioéticos involucrados en torno a la decisión de abortar durante la adolescencia , es por ello que en este artículo abordaremos únicamente dos de estos principios , el de la autonomía , muy ligado a la toma de la decisión de abortar , y el consentimiento informado , componente indispensable para poder ejercer efectivamente la autonomía.



CAPITULO III

3. TRATAMIENTO JURIDICO DEL ABORTO

3.1 El Bien jurídico protegido en las normas que se refieren al aborto

El bien jurídico protegido, fundamentalmente, es la vida del nuevo ser durante el embarazo (Bramont, p. 23; Roy, p. 255). Este es el criterio rector, aun cuando en segundo plano se encuentren otros bienes como la salud o la vida de la madre y, más lejanamente, el capital demográfico de la sociedad. No tener en cuenta esta situación crearía problemas casi insolubles en los casos de colisión de distintos bienes jurídicos.

Si bien se trata de la misma vida (Eser, Vor § 218, n. 5; Rudolphi, Vor § 218, n. 24; Gropp, p.102; Lorenz, § 218, p. 68, donde resume tesis sostenidas por el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia del 25 de febrero de 1975), ésta no es un fenómeno estático al que sea posible atribuir un valor único e invariable. Las diferentes etapas de su evolución comportan modificaciones sustanciales que condicionan la valoración social y jurídica (Laurenzo, p. 88).



Esta realidad es desconocida por quienes afirman la protección absoluta de la vida en todos sus niveles de realización (ver Diez Ripollés, p. 59; Arroye, 1986, p. 62 y ss.). El cambio radical de valoración está marcado por el comienzo del nacimiento (Hurtado, 1993, n. 7 y ss.). Esta diferencia en la apreciación es patente en las diversas leyes penales modernas. Por esta razón, se reprime con mayor severidad al homicida que al responsable de un aborto; se sanciona el homicidio culposo, pero no la producción culposa de la muerte del feto; se reprime las lesiones dolosas o culposas en agravio de una persona, pero no cuando se trata del feto (Ver Hurtado, 1993, n. 12; Maurach/Schröder/Maiwald, § 5, n. 17; Wessels, § 4, II1; Rudolphi, § 218, n.2 y 6).

La misma disimilitud en la valoración se nota, igualmente, en la manera como las personas se comportan respecto al cadáver de una persona fallecida y al feto muerto. A pesar que la actitud de los padres y de los médicos ha cambiado debido al mejor conocimiento del proceso del embarazo y a los medios técnicos que permiten ver y sentir el feto, el despojos sin vida de éste son tratados como cosas.

En Francia, por ejemplo, se considera que el feto que no sobrepasa los 180 días es asimilado a los deshechos de los hospitales, de la misma manera que las partes del cuerpo humano separadas mediante operación. Este criterio, vigente desde hace años, ha sido confirmado por la Ley del 8 de enero de 1993 y la circular de aplicación publicada en el *Journal officiel* del 24 de marzo de 1993.



Mediante Ley do enero 1994 (se trata de una de las tres leyes relativas a la regulación de la bioética, presentadas por la Ministra de la Salud Simonne Veil), el Parlamento francés se ha fijado un plazo de reflexión para decidir qué hacer con los embriones sobrantes de los procesos de procreación artificial (actualmente 68,000, de los cuales cerca de 2,000 son considerados "abandonados" o "huérfanos").

Desde 1988, en España, se obliga a los equipos médicos y científicos a destruir los embriones que no hubieran sido congelados más allá del decimocuarto día desde la fecundación, prohibiendo expresamente mantenerlos en vida (Ley reguladora de nuevas tecnologías reproductivas).

En Alemania, mediante la Ley de protección del embrión del 13 de diciembre de 1990 (Embryonens chutzgesetz, vigente desde el 1 de enero de 1991, BGB1. I n. 69 v. 19. 12. 1990) se reprimen el empleo abusivo de técnicas de trasplante, la utilización abusiva de embriones, la violación de la prohibición de escoger el sexo, la fecundación arbitraria, la fecundación artificial después de la muerte del donador, la transferencia arbitraria de embriones, la modificación artificial de la estructura genética de célula humana, la producción de seres de configuración quimérica o híbrida.

Los problemas se multiplican y diversifican debido a los progresos realizados en el campo de la genética; por ejemplo, en la práctica de la fecundación in vitro. El fruto obtenido mediante este proceso de fecundación es,



biológicamente, idéntico al embrión producto de la fecundación natural. Sin embargo, esto no basta para admitir que su destrucción constituye un aborto.

El tratar de implantar el embrión en el seno de la madre estéril supone la producción de varios embriones y la destrucción de los innecesarios. La aprobación de la experimentación in vitro tiene su fundamento, precisamente, en la diferente valoración de la vida embrionaria y de la vida realizada. Fuera de reconocer que todas estas actividades médico-científicas requieren una cierta reglamentación para evitar abusos, es de admitir que estos avances científicos repercuten, sin duda y de manera directa, en el tratamiento del aborto (Iglesias, p. 20 y 21; Deleury, p. 290 y 291).

La Iglesia Católica denuncia vehementemente la destrucción voluntaria de embriones humanos obtenidos in vitro. En su opinión, es inmoral producir embriones humanos destinados a ser explotados como material biológico disponible (*Congrégation*, p. 18). La determinación del status del embrión resulta problemática y, directa o indirectamente, su regulación supone el cuestionamiento de las diferentes respuestas dadas a los problemas relacionados con la interrupción del embarazo. Este ha sido el caso, en Francia, en ocasión del debate sobre la reglamentación de las principales cuestiones sobre bioética. En cuanto al embrión, por ejemplo, se prohíbe su creación con fines de investigación y se autoriza su conservación durante cinco años, por pareja de padres, con miras a una futura procreación.



En nuestra Constitución, debido a la influencia en sus primeras disposiciones de las declaraciones de los derechos humanos, se refleja esta realidad. De acuerdo con el art. 1 de la Constitución de 1994, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. En el inciso 1 del art. 2, se estatuye que toda períooca tiene derecho a la vida. Al mismo tiempo, se establece, que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Para comprender las normas constitucionales citadas, es de tener en cuenta que dichas disposiciones no sólo consagran derechos subjetivos, garantías contra las posibles intervenciones abusivas del Estado, sino también un reconocimiento de los bienes esenciales sobre los cuales se estructura y organiza la vida comunitaria. En cuanto a la vida, esto implica tanto el deber del Estado a respetarla absteniéndose de intervenciones lesivas, como de hacerla respetar por los demás en razón de constituir un bien jurídico fundamental. Su titular no es, por ende, únicamente el titular de derechos subjetivos (la persona) sino todo portador de vida (realidad biológica) (Rodríguez Mourullo, 1983, p. 299).

El Estado tiene, por tanto, el deber de crear las condiciones indispensables para el desarrollo y bienestar de todos los portadores de vida humana.

De las normas constitucionales no se deduce sin embargo, necesariamente, que la protección de la vida sea absoluta. En España, sostienen el criterio contrario, por ejemplo Rodríguez/ Serrano (p. 103): "En el derecho



español, la 'legalización' del aborto no es, como algunos pretenden, un problema político, sino eminentemente jurídico, pues mientras la Constitución 1978, artículo 15, mantenga su redacción actual, la prohibición de matar incluye la de destruir la vida del feto cualquiera que sea la etapa de su gestación".

Las disposiciones constitucionales suponen, más bien, una diferencia entre la persona y el concebido. Esta diferencia es de orden fáctico y está estrechamente relacionada con la valoración jurídica que se hace del nacido titular de derechos y obligaciones. El feto no es sujeto de derechos de la misma manera que lo es el ser nacido. Esto es verdad aún respecto a los derechos mencionados en el art. 1, inc. 1, de la Constitución: a la identidad, a la integridad moral, síquica y física y al libre desarrollo y bienestar. Si no fuera así, no se comprende, por ejemplo, por qué no se reprime como lesiones los daños corporales y síquicos causados al embrión antes del nacimiento. La protección constitucional de la vida embrionaria es una necesidad innegable, pero su admisión no tiene como base la protección absoluta e indiferenciada de la vida en todas las etapas de su evolución. Esta protección diferenciada es amplia, de acuerdo a las particularidades de la vida embrionaria, y no está restringida sólo a los intereses patrimoniales.

Por esto, nuestro legislador, ha hecho muy bien, en declarar que sólo "la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo [el concebido]" (art. 1, inc. 2, Código Civil). Como ya lo hemos indicado, es con el comienzo del nacimiento que el nuevo ser deviene una individualidad, que se



incorpora de manera definitiva a la comunidad. Este hecho trae consigo una variación significativa de su apreciación social y jurídica (Laurenzo, p. 121).

Esta percepción de la vida humana pervive aún en las concepciones que, partiendo de la afirmación que nuestra Constitución substituye la idea "patrimonialista" de la persona por la "personalista", consideran que el concebido o persona humana por nacer es "un sujeto de derecho" y no una mera "ficción" o una "mera esperanza de ser humano" (Fernández, 1992, p. 18). Y, al mismo tiempo, afirman que "la dimensión normativa del derecho no hace sino reconocer a la persona como un ser de estructura bidimensional, libre y coexistencial... como una inescindible unidad sicosomática" (Fernández, 1992, p. 45). Esta definición no comprende al feto (sujeto de derecho), sobre todo si se declara que la vida humana comienza con la concepción (art. 2, inc. 2, Código Civil). Por consiguiente, la protección penal no puede ser fijada sin tomar en cuenta esta diferencia (ver Fernández, 1992, p. 28 y ss., quien, p. 32, confusamente dice: "Paradójicamente se deja para los códigos penales el sancionar su muerte"). El destruir el óvulo fecundado después que se haya instalado en el útero de la mujer o el feto ya desarrollado no constituye un acto de la misma índole que el de matar a una persona. El feticidio no es un homicidio.

La corrección del criterio interpretativo expuesto se revela, igualmente, en el hecho que ni después de adoptada la Constitución de 1979 o la de 1993 se ha considerado necesario equiparar la protección de la vida embrionaria a la de la vida realizada. Por el contrario, en el nuevo Código Penal se ha atenuado la



represión en consideración a situaciones en las que la vida del feto se haya en conflicto con otros bienes jurídicos. De esta manera, se respeta la vida como bien jurídico constitucional y, teniendo en cuenta las diversas etapas de su desarrollo, se matiza dicha protección en consideración a ciertos criterios axiológicos y determinadas circunstancias que hacen necesaria una reacción proporcionada del Estado (ultima ratio).

3.2 El aborto en la legislación comparada

Dentro de los países que criminalizan el aborto existen tres modelos (Beltrán y Puga, Andión y Caballo, 2012, pp. 10- 28). En Latinoamérica los países han optado en cada caso por uno de estos modelos, a continuación presentamos los casos.

a. La penalización total en donde el aborto es un delito en todo caso.

En los países de América latina y el caribe está vigente en Chile, el Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua República Dominicana y Surinam.

b. El modelo de permisión por causales, indicaciones o excepciones en el que se incorporan ciertos supuestos en donde se permite el aborto.

Las causales más comunes son la protección de la vida de las mujeres, la protección de su salud, los casos de malformaciones



fetales incompatibles con la vida, la causal socioeconómica, la inseminación forzada y la violación sexual. Está vigente en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Guyana, México (menos el distrito federal), Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

- c. El modelo de permisión por plazos en el que no se penaliza el aborto en las primeras semanas del embarazo, pero si en las etapas más avanzadas en las que el aborto es permitido por causales.**

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

Para tener una idea de cómo está normado el aborto en los diversos países del mundo mostramos a continuación unos cuadros que nos refieren esta

situación. Dichos cuadros han sido elaborados por la Enciclopedia Wikipedia, teniendo como fuente importante de consulta para su elaboración a la United Nations (2014). «Reproductive Health Policies».

Situación del Aborto en la legislación de países africanos

País	Protección de la vida de la madre	Salud física	Salud mental	Violación	Defectos del feto	Factores socio-económicos	A solicitud
Algeria	Sí	#	#	No	No	No	No
Angola	*	No	No	No	No	No	No
Benin	Sí	No	No	No	No	No	No
Botswana	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No
Burkina Faso	Sí	Sí	Sí	*	Sí	No	No
Burundi	Sí	Sí	?	No	No	No	No
Camerún	Sí	Sí	?	Sí	No	No	No
Cabo Verde	Sí	Sí	Sí	*	Sí	*	*
República Centroafricana	Sí	No	No	No	No	No	No
Chad	Sí	No	No	No	No	No	No
Comoros	Sí	Sí	?	No	No	No	No
República del Congo	Sí	No	No	No	No	No	No
República Democrática del Congo	Sí	No	No	No	No	No	No
Djibouti	Sí	?	?	No	No	No	No



Egipto	Restringido	No	No	No	No	No	No
Guinea Ecuatorial	Sí	Sí	?	No	No	No	No
Eritrea	Sí	Sí	?	No	No	No	No
Etiopia	Sí	Sí	?	No	No	No	No
Gabón	Sí	No	No	No	No	No	No
Gambia	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
Ghana	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No
Guinea-Bissau	Sí	*	*	*	*	*	*
Kenia	Restringido	Restringido	Restringido	No	No	No	No
Lesotho	Sí	No	No	No	No	No	No
Liberia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No
Libia	Sí	No	No	No	No	No	No
Madagascar	Sí	No	No	No	No	No	No
Malawi	Restringido	No	No	No	No	No	No
Mali	Sí	No	No	No	No	No	No
Mauritania	Sí	No	No	No	No	No	No
Mauricio	Sí	No	No	No	No	No	No
Marruecos	*	*	*	No	No	No	No
Mozambique	Sí	Sí	Sí	No	No	No	* (ilegal, pero permitido selectivamente)
Namibia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No



Níger	Sí	No	No	No	No	No	No
Nigeria	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
Ruanda	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
Santo Tomé y Príncipe	*	No	No	No	No	No	No
Senegal	Sí	No	No	No	No	No	No
Seychelles	*	*	*	*	*	No	No
Sierra Leona	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
Somalia	Sí	No	No	No	No	No	No
Sudáfrica	#	#	#	#	#	#	*
Sudán	Sí	No	No	Sí	No	No	No
Suazilandia	Sí	No	No	No	No	No	No
Tanzania	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
Togo	*	?	?	?	?	No	No
Túnez	*	*	*	*	*	*	*
Uganda	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
Zambia	Sí	Sí	Sí	No	Sí	Sí	No
Zimbabwe	Sí	Sí	No	Sí	Sí	No	No

Situación del Aborto en la legislación de países de América

País	Protección de la vida de la madre	Salud física	Salud mental	Violación	Defectos del feto	Factores socio-económicos	A solicitud
Antigua y Barbuda	Sí	No	No	No	No	No	No
Argentina	Sí	Sí	No	Restringido	No	No	No
Bahamas	Sí	Sí	No	?	?	No	No
Barbados	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No
Belice	Sí	Sí	Sí	No	Sí	Sí	No
Bolivia	Sí	Sí	?	Restringido	No	No	No
Brasil	Sí	No	No	Sí	No	No	No
Canadá	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Chile	No	No	No	No	No	No	No
Colombia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No
Costa Rica	Sí	Sí	No	No	No	No	No
Cuba	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Dominica	Sí	No	No	No	No	No	No
Ecuador	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No	No
El Salvador	No	No	No	No	No	No	No
Estados Unidos	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Varía
Grenada	Sí	Sí	No	No	No	No	No



Guatemala	Sí	No	No	No	No	No	No
Guyana	Sí	*	*	*	*	*	*
Haití	Sí	?	No	No	No	No	No
Honduras	Restringido	No	No	No	?	No	No
Jamaica	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
México	Sí	Si	Si	Sí	Sí	Varia	Varia
Nicaragua	No	?	No	No	No	No	No
Panamá	Sí	Sí	No	Sí	Sí	No	No
Paraguay	Sí	No	No	No	No	No	No
Perú	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
Puerto Rico	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
República Dominicana	Sí	No	No	No	No	No	No
San Cristóbal y Nieves	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
Santa Lucía	Sí	Sí	No	No	No	No	No
San Vicente y las Granadinas	?	?	?	Sí	No	Sí	No
Surinam	Sí	No	No	No	No	No	No
Trinidad y Tobago	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
Uruguay	Sí	Sí	*	*	No	*	No
Venezuela	Sí	No	No	No	No	No	No

Situación del Aborto en la legislación de países asiáticos

País	Protección de la vida de la madre	Salud física	Salud mental	Violación	Defectos del feto	Factores socio-económicos	A solicitud
Afganistán	Sí	No	No	No	No	No	No
Azerbaián	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	*
Arabia Saudita	*	Restringido	Restringido	No	No	No	No
Bangladesh	Sí	*	*	*	*	*	*
Bahrain	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Bhutan	?	?	?	?	?	?	?
Brunei	Sí	No	No	No	No	No	No
Cambodia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Corea del Norte	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Corea del Sur	Restringido	Restringido	Restringido	Restringido	Restringido	Restringido	Restringido
China	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Emiratos Árabes Unidos	Restringido	No	No	No	No	No	No
Filipinas	Sí	No	No	No	No	No	No
Georgia	#	#	#	#	#	#	*
Hong Kong	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No	No
India	Sí	Sí	#	#	#	#	No
Indonesia	Sí	No	No	No	No	No	No



Irán	Sí	No	No	No	No	No	No
Iraq	Restringido	No	No	No	Restringido	No	No
Israel	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No
Japón	#	#	#	#	#	#	No
Jordan	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
Kazajistán	#	#	#	#	#	#	*
Kirguistán	#	#	#	#	#	#	*
Kuwait	Restringido	Restringido	Restringido	No	Restringido	No	No
Laos	Sí	No	No	No	No	No	No
Líbano	Sí	No	No	No	No	No	No
Malaysia	*	*	*	No	No	No	No
Maldivas	Restringido	Restringido	No	No	No	No	No
Mongolia	Restringido	Restringido	*	*	*	*	*
Myanmar	Sí	No	No	No	No	No	No
Nepal	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	*	*
Omán	Sí	No	No	No	No	No	No
Qatar	Sí	Sí	Sí	No	Restringido	No	No
Pakistán	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
Singapur	Sí	Sí	Sí	#	#	#	#



Siria	Restringido	No	No	No	No	No	No
Sri Lanka	Sí	No	No	No	No	No	No
Tajikistan	#	#	#	#	#	#	*
Tailandia	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No	No
Turkmenistán	#	#	#	#	#	#	*
Uzbekistán	#	#	#	#	#	#	*
Vietnam	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Yemen	Sí	No	No	No	No	No	No

Situación del Aborto en la legislación de países europeos

País	Protección de la vida de la madre	Salud física	Salud mental	Violación	Defectos del feto	Factores socio-económicos	A solicitud
Albania	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Alemania	Sí	#	#	*	*	*	* (ilegal, pero no punible)
Andorra	Sí	No	No	No	No	No	No
Armenia	#	#	#	#	#	#	*
Austria	Sí	Sí	Sí	*	Sí	*	* (ilegal, pero no punible)
Bélgica	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Bielorrusia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Bosnia y Herzegovina	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Bulgaria	Sí	#	*	*	Sí	*	*
Croacia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Chipre	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	?	No
Dinamarca	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Eslovaquia	#	#	*	#	#	*	*
Eslovenia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
España	Sí	Sí	Sí	*	#	No	No
Estonia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí



Finlandia	Sí	Sí	Sí	#	#	#	No
Francia	Sí	Sí	Sí	*	Sí	*	*
Grecia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Hungría	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Islandia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No
Irlanda	Sí	No	No	No	No	No	No
Italia	Sí	Sí	Sí	*	Sí	*	*
Latvia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Liechtenstein	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
Lituania	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Luxemburgo	Restringido	Restringido	Restringido	Restringido	Restringido	Restringido	No
Macedonia (F.Y.R.)	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Malta	No	No	No	No	No	No	No
Moldova	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	*
Mónaco	Sí	No	No	No	No	No	No
Países Bajos	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Noruega	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Polonia	Sí	Sí	*	*	*	No	No
Portugal	Sí	#	#	*	#	No	*
Reino Unido	Sí	#	#	No	Sí	#	No



República Checa	#	#	*	*	#	*	*
Rumania	Sí	Sí	*	*	*	*	*
Rusia	#	#	#	#	#	#	*
San Marino	Sí	No	No	No	No	No	No
Serbia y Montenegro	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Suecia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Suiza	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	*	*
Turquía	Restringido	Restringido	Restringido	*	Restringido	*	*
Ucrania	#	#	#	#	#	#	*
Ciudad del Vaticano	No	No	No	No	No	No	No



Situación del Aborto en la legislación de países en Oceanía

País	Protección de la vida de la madre	Salud física	Salud mental	Violación	Defectos del feto	Factores socio-económicos	A solicitud
Australia	Sí	Varía	Varía	Varía	Varía	Varía	Varía
Islas Cocos	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
Fiji	Sí	Sí	Sí	?	?	Sí	No
Kiribati	Sí	No	No	No	No	No	No
Islas Marshall	Restringido	No	No	No	No	No	No
Micronesia	Sí	No	No	No	No	No	No
Nauru	Restringido	Restringido	Restringido	No	No	No	No
Nueva Zelanda	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No
Niue	Sí	?	?	No	No	No	No
Palau	Sí	No	No	No	No	No	No
Papúa Nueva Guinea	*	*	*	No	No	No	No
Samoa	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
Islas Salomón	Restringido	No	No	No	No	No	No
Tonga	Sí	No	No	No	No	No	No
Tuvalu	Sí	No	No	No	No	No	No
Vanuatu	No	Sí	Sí	No	No	No	No



Leyenda:

Sí - Legal.

No - ilegal.

* - Legal sólo durante 1er trimestre (fecha exacta puede variar).

- Legal sólo durante 1er y 2do trimestre (fecha exacta puede variar).

Restringido - Legal pero sujeto a importantes restricciones.

Varias - Varía por región.

? - Información no está disponible o la norma legal es muy ambigua.

3.3 Los estándares del derecho internacional y de los derechos humanos en relación al aborto

Ferrajoli (2001, pp.37-42) sostiene que el marco del derecho internacional de los derechos humanos es relevante para el análisis constitucional en la línea de vislumbrar un "constitucionalismo internacional" en el que se integren los estándares de protección de derechos a nivel interno e internacional.

Según refiere Castillo (2007 p. 122), durante el siglo xx se ha expandido el derecho internacional de los derechos humanos y también la justicia constitucional. Esta expansión conlleva el riesgo de fragmentación del derecho. Para superarlo se ha propuesto el principio de armonización, según el cual, cuando distintas normas internas e internacionales regulan una misma cuestión debe interpretárselas armónicamente en la medida de lo posible de manera que



resulte un conjunto unitario de obligaciones compatibles, siempre a favor de las personas.

Esto tiene como correlato que el derecho internacional y el derecho constitucional se inscriben en una globalización del derecho que requiere compatibilizar las cuestiones relativas a los derechos. En atención a esto, la interpretación de los derechos reconocidos en la constitución se hace de la mano de la aplicación e interpretación de las normas internacionales que también reconocen derechos. Indudablemente, esto incluye la jurisprudencia de los órganos internacionales creados para garantizar la aplicación de estas normas.

Esta es la línea se ha acogido en nuestro país, pues el Tribunal Constitucional ha señalado que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional en el ordenamiento jurídico peruano, por lo que los derechos que consagran son a su vez derechos de naturaleza constitucional (sentencia del tribunal constitucional del Perú en los expedientes N 0025-2005-PI-TC, numerales 25 al 34).

Asimismo, según la jurisprudencia constitucional peruana, los derechos y libertades reconocidos en la constitución peruana, los derechos y libertades reconocidos en la constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el estado peruano y eso incluye una adhesión a la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos supranacionales encargados de su seguimiento, lo que comprende, por ejemplo, a las observaciones generales de los comités monitores de los



tratados de la organización de naciones unidas (entre otras, sentencia del tribunal constitucional del Perú en el expediente N 0217-2002-HC)TC, numeral 2).

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

La interpretación de esta norma en el sistema interamericano no es incompatible con la despenalización del aborto. En el caso conocido como baby boy contra los Estados Unidos de América, dos ciudadanos estadounidense interpusieron una petición ante la comisión interamericana de derechos humanos (CIDH) en la que alegaron que el estado había violado los derechos de un no nacido (al que denominaron baby boy) reconocidos en los artículos I (derecho a la vida), II(igualdad ante la ley), VII(derechos del niño)y XI(derecho a la salud) de la declaración americana de derechos humanos (DADH).se argumentó que el derecho a la vida reconocido por la declaración debía ser interpretado.



3.3.1 Los estándares de derechos internacionales de los derechos humanos

Conforme al artículo 4 de la convención americana, para los peticionarios, la violación de los derechos humanos del no nacido se habría iniciado con la emisión de las sentencias de la corte suprema de estados unidos en los casos Roe vs. Wade y Doe vs Bolton sobre despenalización del aborto.

Este caso culmino con un informe de fondo en el que la comisión declaro que estados unidos no violo los derechos alegados, para lo cual realizo previamente un recuento histórico de como fue el proceso de aprobación del artículo 4 de la CADH (numerales 21-30).

La comisión evidencio que la inclusión de las palabras en general, en el texto del artículo 4, obedeció al hecho de que algunos estados tenían políticas permisivas al aborto en determinadas circunstancias, por lo que una interpretación del mismo que conlleve a una protección absoluta del no nacido no se condice con la finalidad del texto finalmente aprobado por los estados que ratificaron la convención. En dicho sentido, la comisión señalo que:

Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de desde el momento de la concepción, con las objeciones suscitadas, desde la conferencia de Bogotá sobre a base de la legislación de los



estados americanos que permitan el aborto, inter-alía, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro, la CIDH volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras “en general”. Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2 “1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción” (anuario, 1968, p. 321).

3.4 Tratamiento del aborto en la legislación peruana

3.4.1 Marco jurídico del aborto en el Perú

En el Perú, el aborto está penalizado en general y eso se plasma en el capítulo II del título I de la parte especial del código penal vigente referido a los delitos contra la vida y el cuerpo y la salud.

El Código Penal peruano de 1991, sanciona el delito de aborto en sus variantes de: Auto aborto (Art. 114)⁶, Aborto consentido (Art. 115)⁷, Aborto con consecuencia grave o no consentido (Art.116), Aborto grave por la calidad del agente o abusivo o causado por profesional (Art. 117), Aborto preterintencional (Art. 118)¹⁰, Aborto sentimental o ético (Art. 120, Inc. 1)¹¹ y el Aborto Eugénico (Art. 120, Inc. 2). Sin embargo, el mismo Código no condena el Aborto terapéutico o necesario (Art. 119) por razones



de política criminal, las mismas que por obvias razones son consideradas de general aceptación.

El tipo base del delito está en los primeros artículos; el artículo 114 señala que “la mujer que causa aborto, o consiente que otro le practique, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas”. 2 años de cárcel es la sanción por aborto en el Perú, a excepción de la causal terapéutica en el que la vida y salud de la madre se pone en peligro. 3 meses de prisión reciben las mujeres por aborto por violación. En el último caso, si el agresor fue el esposo, la sentencia sube a dos años de cárcel.



CAPITULO IV

4. LA VIOLACION SEXUAL COMO UN PROBLEMA SOCIAL

4.1 Definición de violación sexual

Hesperian (2014, pp. 20,23) La violación es un delito que consiste en una agresión de tipo sexual que se produce cuando una persona tiene acceso sexual hacia otra, mediante el empleo de violencias físicas o psicológicas o mediante el uso de mecanismos que anulen el consentimiento de los ofendidos. También se habla de violación cuando la víctima no puede dar su consentimiento como en los casos de incapaces mentales, menores de edad, o personas que se encuentran en estado de inconsciencia.

La violación tiene una importancia trascendental dentro del esquema jurídico mundial, siendo considerado un delito grave porque compromete una serie de tutelados que forman parte de los derechos fundamentales del ser humano.

Quienes cometen este delito son denominados «violadores sexuales». Estos agresores hacen uso de la fuerza (física o emocional) para dominar o



amedrentar a sus víctimas, con el fin de satisfacer su deseo o impulso sexual. Un factor determinante para que se tipifique el delito de violación es la falta de consentimiento por parte de la víctima.

En el marco jurídico, la violación difiere de otros delitos sexuales tales como el estupro, el acoso sexual, atentado contra el pudor y la zoofilia. Las circunstancias que rodean el acto se analizarán de acuerdo a las agravantes o atenuantes que existan en cada caso. Dentro de la doctrina jurídica se considera que han existido agravantes cuando concurren ciertas circunstancias tales como la autoridad del agresor sobre la víctima (circunstancias tales como ser el tutor, patrón, empleador de la víctima, de entre otros).

4.2 Tipos de violación sexual

1) Violación realizada por un conocido

Hesperian (2014, pp 23,24) señala que la mayoría de las mujeres que son violadas conocen al hombre que las viola. Si la mujer tiene que seguir en contacto con el violador, le puede ser muy difícil recuperarse de la violación y hablar con otras personas de lo que le pasó.

**2) Violación realizada por un esposo o ex-esposo**

Si las leyes o las costumbres tratan a la mujer como propiedad del hombre, es posible que él piense que tiene derecho a tener relaciones sexuales cuando él quiera y aunque la mujer no lo desee.

3) Una mujer puede ser violada por su novio

Quizás el novio alegue que tiene derecho a tener relaciones sexuales porque ha gastado dinero en ella, porque ya han tenido relaciones sexuales antes, porque ella ha coqueteado con él sexualmente o porque él ha ofrecido casarse con ella. Pero si él la forzó, la estará violando. Para la mujer puede ser difícil hablar de este tipo de violación, porque quizás tema que la gente la culpe a ella.

4) El acoso sexual

Una mujer puede verse forzada a tener relaciones sexuales con su jefe o supervisor, o con un colega, para poder conservar su empleo. Quizás ella se vea amenazada con perder su trabajo o con otro castigo si ella le dice a alguien lo que le ha sucedido

5) violación realizada por un desconocido

Éste es el tipo de asalto sexual que le viene a la mente a la mayoría de las personas al oír la palabra 'violación'. Alguien puede agarrar a una mujer en la calle o atacarla en su casa. Este tipo de violación es aterradorante, pero es mucho menos común que la violación realizada por una persona que la mujer conoce.



6) Violación en pandilla

Una mujer puede ser violada por más de un hombre. A veces, un hombre empieza a violar a una mujer, y luego otros hombres lo ven y se le unen. O a veces, un grupo de jóvenes y muchachitos se juntan y violan a una mujer para demostrar qué tan ‘machos’ son.

7) Violación en la cárcel

Muchas mujeres son violadas por policías o guardias después de ser arrestadas. Además, es común que algunos hombres en la cárcel violen a otros para demostrar quién tiene más poder.

4.3 El abuso sexual

Viviano (2012, pp. 18,20) define al abuso sexual como los contactos e interacciones entre una persona adulta con una menor de 18 años con la finalidad de obtener gratificaciones sexual y/o estimularse sexualmente el mismo o a otra persona. El abuso sexual también puede ser cometido por una persona menor de edad, siempre y cuando medie una situación de abuso de poder por razón de edad, sexo, clase social, coerción, amenazas entre otros.

Se le llama abuso precisamente porque existe una relación desigual entre quienes participan de esta interacción, estando la persona abusadora, en una posición de autoridad y poder que se utiliza para someter al niño, niña o adolescente a las actividades sexuales.



Es un abuso de la confianza y un aprovechamiento de la vulnerabilidad e inexperiencia del o la menor de edad para realizar acciones que se dirigen a la satisfacción de la persona abusadora.

Muchas de las violaciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes se cometen dentro del hogar y por parte de quienes tienen la responsabilidad de protegerles.

4.3 Tipos de abuso sexual

Para precisar los tipos de abuso sexual existen diversos criterios de clasificación en la doctrina. En este apartado presentamos la tipología que nos alcanza Viviano (2012, pp. 18,20). El autor señala que generalmente se asocia el abuso sexual únicamente con la violación sexual, esto no es correcto ya que existen muchas modalidades de abuso sexual. El autor citado refiere que se pueden clasificar en abusos con contacto físico

El contacto físico abusivo se puede dar de las siguientes maneras:

- a. Contacto bucal en zonas genitales u otras vinculadas a la actividad sexual y que suelen estar cubiertas por la ropa (pecho, vientre, pelvis glúteos). Estos contactos pueden incluir besos y otras formas



- b. Caricias, frotamientos o tocamientos de las zonas del cuerpo ya señaladas, con la finalidad de excitarse o explorar el cuerpo del o la menor de edad. Esto incluye la estimulación de los órganos sexuales del niño o niña. igualmente los frotamientos que la persona abusadora efectúa como por descuido, o aprovechando situaciones donde el cuerpo de la o el menor de edad es accesible, por ejemplo al pasar por un lugar estrecho, cuando se está en el microbús, cuando se comparte la misma cama, y aprovechando situaciones de expresión de afecto.
- c. Realización del acto sexual o coito, lo cual se denomina violación sexual. Esto puede darse mediante la penetración con otras partes del cuerpo (los dedos) o con objetos.

4.4 Delitos sexuales

De todas las formas de infringir la ley, quizá, es la delincuencia sexual la que es más fuertemente rechazada por la comunidad en que vivimos. El hecho de aprovecharse de víctimas indefensas y débiles como mujeres y niños vulnera y transgrede lo más íntimo de la persona, empujando sino a la muerte, si al abismo de la tortura psicológica más despreciable e inmerecida.

Douglas y Burgess (1995), afirman que al hablar del perfil psicológico del violador debería más bien decirse de los violadores, ya que no existe un solo tipo de agresor sexual, sino que la figura comprende un amplio espectro de conductas desadaptadas y agresivas ante la mujer. Cuando esta agrede al varón, hecho más frecuentemente de lo que podría creerse. Forma parte de otro gran capítulo de la psicopatología sexual.



Es importante conocer el patrón de comportamiento habitual de las personas que han delinuido ya que puede orientar acerca de sus pensamientos. Actitudes y comportamientos más usuales que ayudaran a comprender mejor los motivos que les han llevado a cometer delitos y sus reacciones ante los factores situacionales y ambientales que se han producido. De esta forma se pueden desarrollar programas de prevención y tratamientos en estos sectores de la población delictiva.

Así mismo Douglas y Burgess, A (1995, pp.30, 36), realizaron la clasificación de los agresores sexuales; el primer tipo de agresor sexual:

a) El violador ocasional :

Que es una persona convencionalmente normal, pero que en una determinada circunstancia y ante una mujer bien diferenciada, y casi siempre desconocida , bajo los efectos del alcohol en la mayoría de las ocasiones, no pone en marcha sus frenos inhibitorios noeticos y da salida a un acto violento en forma impulsiva e incontrolada que no suele repetir. Estos sujetos se reinsertan con facilidad y no suelen suponer un gran riesgo social, exceptuando el hecho aislado y ocasional a que dieron lugar de forma totalmente imprevisible incluso para ellos.

**b) Los violadores débil mental u oligofrénico:**

Que por su situación de hambre sexual, busca a la mujer para dar salida a sus impulsos, no importándole quien ni donde sea, ni siquiera si la víctima es una menor, lo que facilita las cosas, ya que con la mujer hecha y derecha siempre se encontrara en inferioridad de circunstancia, no físicas, por supuesto, sino en la propia dialéctica de los sexos, en que siempre será vencido. Estos sujetos suelen dotar a sus violaciones de una especial hostilidad ya que en ellos el acto se carga de venganza, pues en no pocas ocasiones la mujer se ha reído de él y le ha llamado tonto, lo que vivencia el débil mental como una espina irritativa, nebulosamente concienciada que le hace dolerse ante el desprecio.

En íntima relación con el segundo grupo se encuentra el perverso sexual, personalidad psicopática de gran resonancia social y criminal. Hay que distinguir el cuadro puro con los del débil mental disarmonico de carácter psicopático y del psicópata sexual con escasas dotación intelectual, mezcla que, cuando se da, aumenta de forma importante la peligrosidad del violador, ya que el perverso sexual busca encontrar en la fuerza empleada contra la mujer la seguridad de su sexualidad precaria y pobre ante la que necesita autoafirmarse. Esta es la razón por la que la resistencia de la mujer estimula su agresividad, siendo este el motivo del alto riesgo del perverso sexual, en el que los elementos sádicos determinantes de sus actos no son super disponibles, propiamente, a la



violencia indicativa del oligofrénico, aunque en algunos casos puedan darse de forma conjunta y mezclada.

c) El fetichista:

Utiliza objetos que le puedan estimular sexualmente, pero en este caso no solo le excitaban los fetiches, sino que además, los integraba en sus actos. No estamos refiriendo a las bragas que utilizaba en los hechos como antifaz, y que el informado refirió como de una muñeca. Sin embargo, en realidad el uso de esa prenda se correspondía con un travestismo fetichista, pues eran las bragas de la madre, con la que se identificaba hasta esos extremos, de tal manera que solo podía realizar el acto sexual a través de la vagina materna. Por supuesto, esto no suponía que realmente la prenda pertenecía a la madre, bastaba con que la vivenciara como tal, por supuesto a nivel inconsciente. Ahora bien, todo ello tenía un precio muy alto: no solo la neurotización de su personalidad alterada, sino también su aversión al sexo, razón por la que utilizaba los guantes, ya que el sexo, en su fuero interno, era algo anti ético, lo que explica que su sexualidad fuera pobre y escasa, salvo cuando utilizaba la violencia.

**d) El perverso:**

Transforma la dialéctica sexual (medio para alcanzar el pleno encuentro de la pareja) en un fin, ya que él es la lucha, el dominio y el poder; nunca la entrega ni la donación del amor. De ahí que estos sujetos, al igual que los débiles mentales, sean difícilmente resocializables, y que solo pongan fin a su carrera de sexo inútil y violento con la edad, la cual, por razones obvias, atempera sus impulsos sexuales, ya de por sí pobres y escasos. Esta es la razón por la que tantas veces precisan el estímulo del alcohol, las drogas o, lo que es más peligroso, el grupo, que potencia el anonimato, la regresión. Y por tanto el primitivismo y la barbarie.

Últimamente ha hecho su aparición otro tipo de violador que parecía superado en la historia de la humanidad. Ello se debe a que el hombre, a pesar de la cultura y la civilización, no ha determinado de despojarse de sus mitos, del miedo a lo distinto, a lo distinto, a lo diferente, a lo nuevo, del misoneísmo de nuestros clásicos y de la xenofobia. Así, ha vuelto a aparecer entre nosotros.

e) El violador fanático:

Es que el racismo, cuando llega a sus últimas consecuencias, llega también a la violación para lavar la raza y la sangre, a través de la idea sobrevalorada de la raza pura, criterio bien alejado, por supuesto, del rapto de las sabinas y del mestizaje como expresión de apertura y



progresismo. Todo lo anterior permite contemplar al violador como negador de la libertad, elemento esencial del encuentro, del trato, del contrato sexual y amoroso de la pareja y en su negación van a influir no solo factores tóxicos, sino también de inteligencia, de emoción alterada y socioculturales, de intolerancia.

f) La pedofilia:

Es por tanto uno de los trastornos psicosexuales más profundos y graves, ya que la atracción por los niños suele adoptar un carácter progresivo. La relación con la mujer adulta conlleva un tipo de comunicación dialéctica que el pedófilo es incapaz de sostener y ante la que se siente inferior, inferioridad que se expresa en forma de impotencia. La niña o el niño (pues también se da la pedofilia homosexual), al no "exigir" condiciones completas de virilidad y potencia en la relación, "permiten" al perverso realizar un tipo de acto sexual pobre, vicariante e incompleto, elementos que le autoafirman en una supuesta hipersexualidad que, sin embargo, es primaria, regresiva y de escasa dotación.

Es precisamente por esta precariedad por la que el pedófilo adquiere su alta peligrosidad, haciéndole entrar en una trágica escalada en que cada vez busca mayores estímulos para obtener algún tipo de respuesta. Así, no es extraño que inicie con mujeres para continuar con



niñas, pues las primeras terminan por no asombrarse, asustarse o asquearse ante esa exhibición patética, ridícula y decadente del pene.

Esta primera fase de auténtico anonimato sexual, en la que incluso la relación es a personal, pues no existe más contacto que la mirada a la que pretende erotizar el exhibicionista, el riesgo para la víctima es mínimo. Pero como los fines no suelen conseguirse, se suele dar un paso más, que lleva al acoso sexual y a los tocamientos para, mediante esta parodia de propaganda, auto convencerse de sus grandes dotes sexuales. Ante el fallo de la propaganda, se pasa ya al acto de la fuerza, pues la violación es la erotización del poder, la muerte de la víctima, cuando surge, no es inicialmente buscada, pero tampoco rechazada. Forma parte de la parafernalia dramática del pedófilo, cuya "conciencia social" no le permite dejar testigos de su precaria actuación, pues en el fondo su pobreza sexual le avergüenza y humilla.

4.5 Los rasgos psicológicos y sociológicos del violador

Urra (2002, pp.39, 40) escribió acerca de los rasgos psicológicos y sociológicos del violador que no son en su totalidad enfermos mentales, ni han tenido una infancia marcada por la violencia. Los agresores sexuales de mujeres y niños, e incluso de algún varón, son individuos "normales", que tienen pareja, a veces hijos, y que están convencidos de que su víctima no sufre durante la agresión, e incluso creen que le gusta, por lo que no se sientan culpables ni se



muestren arrepentidos. Este es el perfil psicológico de la mayoría de los violadores.

La mayoría son jóvenes de entre 18 y 30 años que actuaron en el entorno de su domicilio. Un tercio de ellos a no más de kilómetro y medio de su casa. Están convencidos de que no les van a denunciar porque tienen una distorsión cognitiva.

Dos son los tipos de agresores sexuales que se ha detectado en su estudio: los que atacan a mujeres adultas 87% y los pedófilos, un 13% del total. Los primeros son jóvenes, capaces de cometer otro tipo de delitos, de un nivel social medio bajo, consumidores habituales de videos de violaciones y con una pareja con la que mantienen relaciones normales. Muchos se escudan en el alcohol y las drogas para justificarse, pero lo que hacen es utilizarlas para atreverse a atacar, según la investigación del psicólogo.

4.6 Repercusiones derivadas de un abuso sexual

Firestone , Gutenberg y Laro (1998, pp.41,44) afirman que las personas jóvenes y adultas que han sido abusadas sexualmente durante su niñez o adolescencia arrastran problemas a lo largo de sus vidas y suelen necesitar un apoyo o terapia psicológica especializada para superarlos. Los efectos más comunes como consecuencia de los abusos sexuales son:



- a. Odio al propio cuerpo, sentirse sucia.
- b. Desvalorización personal, pobre autoestima.
- c. Depresión, fobias, ansiedad y problemas psicosomáticos.
- d. Problemas de relación con otras personas, social y sexualmente.
- e. Miedo a la intimidad e incapacidad para poner límites y autoafirmarse.
- f. Comportamientos auto agresivos, mutilándose con cortaduras, quemaduras o golpes y realizando intentos de suicidio.
- g. Establecer muchas relaciones de abuso, incluso de maltrato, los varones victimizados tienden a ser abusadores y maltratadores, mientras que las mujeres victimizadas tienden a ser maltratadas y nuevamente abusadas.
- h. Juego más allá del típico mama- papa o doctor, introducir objetos. Generalmente hacen dibujos hipersexualizados o no incluyen ojos, genitales o boca o las niñas se dibujan como adultas, pintadas y con taco.

Firestone, Bradford, Greenberg y Laro (1998, pp.41, 44). Marcan pautas que se deben adoptar si un menor nos cuenta que está siendo abusado sexualmente: un adulto no debe esperar que un niño revele lo que está pasando, tendría que ser muy Maduro y fuerte. Por eso son importantes las campañas de difusión de derechos del niño, explicarles a ellos que deben cuidar su cuerpo, decirles que nadie puede tocarlos a menos que ellos quieran.



El decir que ha abusado de una niña o niño, puede resultar algo demasiado angustiante para cualquier persona. Sin embargo, nuestra primera reacción es muy importante para víctima ya que muchas veces no lo cuentan porque piensas que la gente no les va a creer, por eso:

Créale, de fiabilidad a sus palabras. Algo esencial es creerle al niño a la primera señal. Nunca decirle que miente, porque no es capaz de engañar con algo así. Lo segundo es ofrecer ayuda al cuidador de la víctima y con otros menores. Hay que tener conciencia de que el niño jamás tiene la culpa, ni imaginar la idea de que hizo algo para provocar.

De acuerdo con Firestone, Bradford J, Greenberg y Laro (1998, p) no es fácil descubrirlo, porque la víctima confunde los abusos con juegos de seducción, y porque frecuentemente hay amenazas por parte del agresor. Entran en una dinámica de espada y pared, el abusador manipula mucho las emociones. ‘si tu mamá se entera, por tu culpa me pueden meter preso y a ti te van castigar’. O les dicen que lo hacen porque los quieren mucho.

Cuando un niño te confiesa que está siendo agredido sexualmente se debe buscar ayuda profesional, la cual le oriente acerca de la manera correcta como se debe afrontar ese evento traumático. A la víctima se le debe clarificar una serie de sentimientos encontrados, los cuales afrontará:



Dejar muy claro que no tiene la culpa de lo que le ha ocurrido. El adulto es el responsable. Decirle y agradecerle de que se lo haya contado, transmitirle que siente que le haya pasado esa experiencia y que a otras niñas y niños, también les ha ocurrido. Decirle que va a ayudarlo y protegerle. Animarle de forma tranquila a que hable de ello y no se muestre enfurecida porque podría sentirse culpable de haberlo contado.

Si no es su madre, pídale permiso para hablarlo con ella o para pedir ayuda profesional especializada. Es especialmente doloroso para una madre saber que el abuso fue cometido por su esposo. En este caso, también ella es otra víctima. Además tendrá que decidir si es necesario hacer un reconocimiento médico a su hija o hijo, si presentara una denuncia y si demandara judicialmente al agresor. Todas estas decisiones que debe tomar después de un caso de abuso sexual son muy difíciles. Para asumir este terrible hecho y tomar las medidas oportunas, ella también necesitara apoyo.

4.7 Tratamiento jurídico de la violación sexual en el Derecho Penal Peruano

A. Violación sexual de menor de edad (Art 173 código penal)

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con un menor de edad será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:



- a. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
- b. Si la víctima tiene entre diez años de edad y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.
- c. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena no será menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3 será de cadena perpetua.

B. Actos contra el pudor en menores (Art 176 código penal)

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170 realiza sobre un menor de catorce años u obliga a este efectuar sobre sí mismo o un tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

- 1) Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez.
- 2) Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años.
- 3) Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.



Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o el acto tiene un carácter degradante o produce grave daño en la salud física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad.



CAPITULO V

5 RESULTADOS DE LA INVESTIGACION: ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EN EL PERU EN CASOS DE VIOLACION SEXUAL

5.3 Jurisprudencia internacional en favor de la despenalización del aborto

El objeto de este acápite es mostrar las sentencias constitucionales más relevantes que sobre la permisión del aborto por el sistema de excepciones se han dado en la experiencia jurisprudencial comparada de habla hispana. Para dicho efecto, se presentarán los principales argumentos de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional de España, la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Esto, con la finalidad de explicitar la forma en que estos tribunales han planteado el problema, así como las razones que les sirvieron para justificar sus decisiones¹. En estas sentencias se pueden encontrar tres tipos diferentes de líneas de argumentación:

¹ En la sentencia Artavia Murillo y otros, la Corte Interamericana repasó ejemplos jurisprudenciales en los que consideró que, si bien se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, no se hizo una referencia de la titularidad del derecho a la vida y se recaló que todo intento de protección de dicho interés debería ser armonizado con los derechos fundamentales de las mujeres.



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

- 2) Seguidamente, la sentencia de la **Corte Constitucional colombiana** tuvo como objetivo analizar la constitucionalidad de una normatividad penalizadora, por lo que la argumentación se centró en fundamentar la inconstitucionalidad alegada por la parte demandante sobre la base de los derechos vulnerados de las mujeres con la penalización del aborto (sentencia C-355/06); y

- 3) Finalmente, la sentencia de la **Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina** tuvo como objetivo interpretar los alcances de una norma despenalizadora, por lo que la argumentación se centró en negar la inconstitucionalidad pretendida por la parte demandante sobre la base de los derechos vulnerados de las mujeres con una interpretación restrictiva (sentencia en la causa F., A.L. s/ medida autosatisfacía, del 13 de marzo de 2012).



5.3.1 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

El Tribunal Constitucional Español se pronunció, mediante sentencia del 11 de abril de 1985 sobre la constitucionalidad del proyecto de ley orgánica reformatora del código penal, que introducía el artículo 417 bis², con el siguiente texto:

Artículo único.- el art. 417 bis del código penal queda redactado de la siguiente manera:

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

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

² STC 53/ 1985, publicado en el boletín oficial del Estado el 18 de mayo de 1985, puede ser ubicada en el siguiente enlace:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolución/show/433>



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

Esta norma, afiliada al sistema de indicaciones, fue objeto de un recurso previo de inconstitucionalidad formulado por un grupo de 54 diputados. En el recurso se pretendía que se declare la inconstitucionalidad del " proyecto en su totalidad y, con carácter subsidiario, la inconstitucionalidad parcial de las circunstancias.

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



Los argumentos presentados por los demandantes estuvieron fundamentados en una defensa absoluta del derecho a la vida del nasciturus. En dicho sentido, consideraban que el artículo 15 de la constitución española brindaba una protección superlativa del derecho a la vida; reforzaban este argumento en el hecho de que el estado social adoptado por España es incompatible con actuaciones negadoras y supresoras de la vida del no nacido y en que diversos instrumentos internacionales suscritos por España protegerían el derecho de "todos" a la vida, lo que incluiría al concebido al no recabarse el consentimiento del padre para practicar la interrupción del embarazo. Se aducía que, teniendo el nasciturus derecho a la vida, le correspondía el sistema de garantías previsto en el artículo 53.1 de la constitución: vinculación de los poderes públicos, garantía de reserva de ley orgánica para la regulación del derecho y protección judicial, por lo que el proyecto infringía el mencionado artículo al eximir de responsabilidad penal la interrupción del embarazo.

Específicamente, respecto de las causales despenalizadas se argumentó que el supuesto de aborto en caso de riesgo para la salud y la vida de la madre podían reconducirse a los supuestos de justificación por estado de necesidad. De manera similar, en lo que respecta al supuesto de aborto por violación sexual (o "aborto ético", según la sentencia), se adujo que se estaba dando mayor paso al derecho al honor en lugar del derecho a la vida y, además, se señaló que se infringía el de protección de hijos e hijas con independencia



de su filiación. Con relación al aborto en casos de fetos con “graves taras psíquicas o físicas”, llamado “aborto eugenésico”, se argumentó que la vida del nasciturus no puede ceder porque, además, existe el deber del estado de implementar políticas públicas a favor de las personas con discapacidades físicas, psíquicas y sensoriales.

Finalmente, los demandantes arguyeron que el proyecto de reforma hacia uso de la técnica de tipos penales abiertos, vulnerando de esta manera la seguridad jurídica. Vinculado a esta línea de argumentación, las objeciones al texto proyectado fueron las siguientes : i) en el tipo penal no se explicitaba como debe entenderse la “gravedad” del peligro para la vida o la salud de la madre ; ii) igualmente, en el tipo penal proyectado no se concretaban cuestiones fundamentales relativas al supuesto de violación; iii) no se precisaba que ha de entenderse por “probabilidad” y otros aspectos relativos al aborto eugenésico; iv) no se preveía un procedimiento administrativo que garantice que se han cumplido los requisitos señalados por la ley, vulnerándose con ello posiblemente el artículo 103 de la constitución y el 40 de la ley de procedimiento administrativo; v) se atribuía a médicos y medicas el ejercicio de tareas o funciones públicas o cuasi judiciales sin contemplar la abstención u objeción de conciencia del mismo; vi) no se preveía el procedimiento para la prestación del consentimiento por parte de la menor de edad o mujer sometida a tutela; vii) no se preveía la presencia del ministerio fiscal cuya misión es promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad,



de los derechos de los ciudadanos y del interés público; ix) no se determinaba la posibilidad y grado de cobertura del aborto por la seguridad social; x) no se seguían los criterios ni se guardaban las cautelas previstas en la ley 30/1979, del 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

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

De las consideraciones anteriores se deduce si la constitución protege a la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no solo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma, por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto este encarna un valor fundamental – la vida humana garantizado en el art.15 de la



constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional (fundamento 5).

A partir de dicha consideración, el supremo intérprete de la constitución española entiende que la vida del nasciturus es un bien jurídico constitucionalmente protegido, lo que se supone dos tipos de obligaciones para el estado: una negativa consistente en la prohibición de interrumpir la gestación; y una obligación positiva que se expresa en el establecimiento de un sistema de protección, cuya última herramienta es, sin lugar a dudas la protección penal. Sin embargo, también reconoce que esta protección no es absoluta, sino que puede estar sujeta a límites (fundamento 6).

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

Luego de ello, el supremo constitucional español analiza la constitucionalidad vía ponderación, de cada uno de los supuestos de



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

Ciñéndose estrictamente a la cuestión planteada por los recurrentes hemos de considerar si le esta constitucionalmente permitido al legislador utilizar una técnica diferente, mediante la cual excluya la punibilidad en forma específica para ciertos delitos. La respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa. Por una parte, el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales. Tal es el caso de los supuestos en los cuales la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene prangon con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego ya que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y



derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos (fundamento 9).

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

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

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

De esta manera, en el primer caso se ponderan la vida de la madre y la vida de nasciturus. Señala el juez constitucional español que con



la prohibición penal del aborto en este supuesto, se estaría protegiendo incondicionalmente la vida del no nacido por encima de la vida de la madre, y al mismo tiempo se penalizara a la mujer por defender su derecho a la vida; por lo que este caso resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre. De igual manera, se concluye cuando la salud de la madre está en grave peligro también están siendo afectadas su vida y su integridad física; por dicho motivo la prevalencia de la salud de la madre, en este supuesto, no resulta inconstitucional.

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

Finalmente el tribunal considera constitucional el tercer supuesto de despenalización, cuando el feto presenta graves taras físicas y psíquicas, porque entiende que la sanción penal para la interrupción del embarazo en esa situación supone la imposición de



una conducta que excede lo que moralmente es exigible a la madre y a la familia.

Añade que se debe considerar la situación excepcional en que se encuentran los padres y en especial la madre, más aun si existe insuficiencia de prestaciones asistenciales que permiten atenuar la situación; de igual manera, se consideró que en caso el feto sobreviva no se podría eliminar la inseguridad y la angustia que sufrirían ambos padres por su porvenir.

El tribunal constitucional acepto que los supuestos de exención (despenalización) eran constitucionales en tanto la ponderación realizada por el poder legislativo fue correcta en cada supuesto. Empero, en el fundamento 12 realizo un analices en torno a las garantías dispensadas por el proyecto legislativo despenalizador puesto que estimo que, si bien la despenalización estaba justificada, eso no obstaba que se proveyeran garantías adecuadas para la protección del no nacido. En dicho sentido, el supremo constitucional español expreso que:

“...una vez establecida la constitucionalidad de tales supuestos, es necesario examinar si la regulación contenida en el artículo 417. Bis del código penal, en la redacción dada por el proyecto, garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizado por el legislador de forma tal que la



desprotección del *nasciturus* no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer, evitando que el sacrificio del *nasciturus*, en su caso, comporte innecesariamente el de otros derechos constitucionalmente protegidos (ya que) el estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del *nasciturus* (art.15 de la constitución), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto”.

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

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



Asimismo, considero que el estado tampoco podía desentenderse de la forma en que el aborto se realiza; por dicho motivo, estimo que la intervención debía realizarse en condiciones médicas que disminuyeran los riesgos para la mujer, ya sea en establecimiento público o privados previamente autorizados.

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

Luego de estos argumentos, el supremo interprete de la constitución española declaro inconstitucional el proyectado artículo 417 bis del código penal, no porque las ponderaciones realizadas por el legislativo hayan sido incorrectas. Al concluir que los derechos de la mujer a la vida y su dignidad prevalecen sobre la protección del no nacido, sino porque en el proyecto cuestionado no se previeron las garantías detalladas en los párrafos precedentes.

5.3.2 Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana



La Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia³ emitida el 10 de mayo de 2006, **declaró inconstitucionales** los artículos del Código Penal que penalizaban, entre otros, el aborto “(i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) **cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento**, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto” (parte VII).

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

También sostuvo que “dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad,

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



como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición” (parte VII, numeral 5).

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

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

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



Pero a pesar de dicha afirmación, la Corte señaló claramente que dicha protección no puede ser absoluta, pues ningún derecho fundamental lo es. En esa dirección, manifestó que: “Si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida, y que sean de su cargo, esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales” (parte VI, numeral 5).

A efectos de valorar la protección penal del concebido, el tribunal colombiano tuvo como premisa de su análisis el carácter de última ratio del Derecho penal, así como el hecho de que la vida humana transcurre por diversas etapas, en la que cada una de ellas exige un grado de protección diferente que se corresponde con distintos bienes jurídicos, lo que justifica diversos modos de protección penal. En dicho sentido, la Corte indicó que: “El recurso a la penalización de conductas solamente debe operar como última ratio, cuando las demás medidas no resulten efectivamente conducentes para lograr la protección adecuada de un bien jurídico; por tanto, el recurso al Derecho penal queda limitado a la inexistencia o insuficiencia de otros medios para garantizar la protección efectiva de la vida del nasciturus [...]



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

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

El órgano constitucional destacó que los derechos de las mujeres tienen trascendencia constitucional como sujeto constitucional de especial protección y que debe valorarse que “respecto de las mujeres es evidente que hay situaciones que la afectan sobre todo y de manera diferente, como son aquellas concernientes a su vida, y en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción” (parte VI, numeral 7). Se recordó que los



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

Luego de señalar que la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la salud, la vida y la integridad de las personas, el bloque de constitucionalidad y la proporcionalidad y la razonabilidad son límites a la libertad de configuración de las/los



legisladoras/es penales (parte VI, numeral 8), la Corte analiza en el caso concreto.

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

Llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en los casos de violación penalizando el aborto equivale a: [...] darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y, en esa medida, resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable. La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto, el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación



cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos (parte VI, numeral 10.1).

Para la Corte Constitucional, el único requisito imponible a las víctimas es que

“el hecho punible haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes” lo que excluye expresamente que se exijan

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

Un razonamiento similar se aplica para “aquellos eventos en los cuales está amenazada la salud y la vida de la mujer gestante, pues resulta a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación”, recordando que “esta hipótesis no cobija exclusivamente la afectación de la salud



física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental” (parte VI, numeral 10.1).

5.3.3 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina

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

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

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

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

Con ocasión de la mención a la legalidad del aborto en los casos de violación cometidos contra “mujer idiota o demente” y a propósito de un caso en el que una mujer solicitó en representación de su hija de 15 años una interrupción del embarazo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación pronunció sentencia ampliando la interpretación



de la norma penal para declarar no punible el aborto de todas las víctimas de violación sexual.

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

Dado que la cuestión giraba en torno al compromiso de preceptos constitucionales y de tratados internacionales, la Corte se declaró apta para conocer el fondo. En su sentencia señaló que no se puede afirmar de ninguna disposición constitucional que haya sido voluntad constituyente limitar el alcance del aborto no punible. Además, consideró que de las disposiciones del artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos Humanos y del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos no se deriva mandato por el cual corresponda interpretar de modo restrictivo el aborto no punible previsto en el Código Penal, por cuanto las normas de estos



documentos internacionales fueron expresamente delimitadas para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto. Lo mismo respecto del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos puesto que el Comité de Derechos Humanos, su órgano de seguimiento, tiene una posición general relativa a permitir el aborto para los casos de embarazos consecuencia de una violación.

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

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

14) Que sentado que de las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente no se deriva mandato



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

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

En esta medida, la norma penal que habilita el aborto involucra el cumplimiento del deber estatal de protección frente a toda víctima de violencia sexual de brindarle atención médica integral tanto de emergencia como de forma continuada. Como fundamento de los estándares de protección en casos de violación sexual, se citó la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Fernández Ortega contra México.



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

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

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



17) Que a su vez, los principios de estricta legalidad y pro homine obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad del aborto practicado respecto de un embarazo que sea la consecuencia de una violación. Ello es así, por cuanto la decisión relativa al alcance de este precepto se encuentra limitada de antemano por estos principios que obligan, respectivamente, a “priorizar una exégesis [que esté]... en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al Derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y ... [a] privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal» (Fallos: 331:858, considerando 6° y 329:2265).

Por ello, debe adoptarse la interpretación según la cual no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación porque una exégesis en sentido contrario –que reduzca la no punibilidad de esta práctica al caso de una incapaz mental– amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega, a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esta práctica.

Sobre la base de los argumentos expuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se pronunció sobre algunos aspectos relevantes en la práctica del aborto no punible. Señaló que existe un importante grado de desinformación acerca de la implicancia del



aborto no punible, de modo que las/os profesionales de salud condicionan la realización del procedimiento de aborto al dictado de una autorización judicial, lo que obstaculiza el acceso a una práctica legal en Argentina desde la década de 1920. Ante ello, la Corte aclaró que la judicialización de la práctica del aborto en casos de violación es innecesaria e ilegal porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada y es, además, contraproducente porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo a la salud de la víctima y su derecho a acceder a un aborto en condiciones seguras.

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

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

Para el máximo órgano de justicia argentino, solo se requiere que la víctima manifieste declaración jurada, ante el/la profesional de



salud tratante, de que el embarazo es consecuencia de una violación sexual de modo que imponer cualquier otro requisito es improcedente, inclusive el que se requiera poner denuncia de los hechos de violencia. Aunque exista la posibilidad de que se den casos falsos, señaló la Corte que el riesgo derivado de ello no es razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que constituyan riesgo para su salud.⁴

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

Asimismo, dictaminó que el Estado debía implementar servicios integrales para las víctimas que resguarden su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva. Para ello debe asegurarse ambientes cómodos y seguros que brinden privacidad, confianza y

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



eviten reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática; así como garantizarse prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir los riesgos derivados de las violaciones; obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; asistencia psicológica inmediata y prolongada; y el asesoramiento legal del caso.

5.4 Argumentos a favor de despenalizar el aborto en casos de violación sexual

Además de los argumentos jurisprudenciales arriba expuestos, presentamos otros argumentos en favor de despenalizar el aborto en casos de violación sexual.

5.4.1 La penalización del aborto en casos de violación sexual responde a una visión patriarcal del Derecho

En relación al tema de la despenalización del aborto en casos de violación sexual, debemos señalar que existen algunos miedos que han propiciado el silencio en el debate: el miedo a herir susceptibilidades; a caer en desgracia ante la sociedad y ante la Iglesia Católica; a ser tildados como inmorales y asesinos. La doble moral es otra razón que dificulta el abordaje de este tema. Algunas personas están de acuerdo con el aborto en su vida privada (es decir, se han practicado un aborto o han contribuido de alguna manera a su práctica), pero públicamente lo rechazan. Esto no sólo tiene que ver con la censura social, sino con el



empleo de términos que polarizan el debate y hacen imposible una discusión que reconozca la complejidad del tema (Vásquez, 1983, p. 234).

En las legislaciones de los países acerca del aborto, como es el caso de la legislación peruana, se expresan las ideologías predominantes, los valores que la orientan así como su concepción sobre la vida y la mujer. La tendencia en las últimas décadas ha sido dejar de tratar el aborto como un hecho criminal y, por ende, punible, para abordarlo como un problema de salud pública.

En esa línea de argumentación, se puede interpretar que las leyes penalizadoras subordinan a la mujer, devalúan su papel en la sociedad y no protegen su dignidad y libertad. La legislación sobre el aborto en Perú ha sido hecha por hombres con elementos de principios más que de situaciones vivenciadas por las mujeres.

El Derecho es un conjunto de normas, instituciones y prácticas jurídicas que tienen por objeto regular el comportamiento social de las personas que conviven en una determinada sociedad y, como tal, “expresa las preferencias ideológicas de los sectores dominantes, a la vez que da cuenta de los hitos de ruptura con ese poder, producto de las luchas de amplios sectores de la humanidad a lo largo de la historia.” (Fries y Matus, 2009, p. 9).



Catherine Mackinnon, citada por Fries (2009, p. 11), señala que los valores de neutralidad y objetividad del derecho no son universales sino que son masculinos con pretensiones o que han llegado a ser universales. Insistir en la objetividad, igualdad y neutralidad equivale a insistir de acuerdo a Mackinnon en ser juzgadas de acuerdo con los valores de lo masculino.

La continuidad histórica del sistema patriarcal hace que, en el caso de las mujeres, el Derecho haya sido un instrumento determinante en la mantención y reproducción del sistema de género. “En efecto, la invisibilización de las mujeres, sumada a la exclusión de estas del ámbito de representaciones culturales, es decir de la producción simbólica, ha significado en la escritura de la ley, instalar los intereses de los varones como verdad única y objetiva, haciendo de las mujeres solo objeto del derecho. Este proceso de exclusión histórica de las mujeres, se reproduce como efecto de los mecanismos que el propio sistema genera con total legitimidad. De allí que el Derecho, en tanto uno más de los sistemas normativos que regulan y disciplinan las conductas de hombres y mujeres, sea, desde una perspectiva de género, perpetuador de la discriminación de la mujer” (Frías, 2009, p. 11).

Por ello, el derecho penal ha generado tipos penales enmarcados en estructuras de poder fuertemente enraizadas, que han servido para reproducir un sistema social y jurídico patriarcal, ejemplo de ello, han sido los códigos penales latinoamericanos, que evidencian en sus tipos



penales la defensa de la continuidad del status quo, en el cual la mujer es valorada y controlada a partir de su sexualidad y de su rol reproductivo, un caso es la penalización del aborto.

“El derecho penal fija los límites aceptables para una sociedad. En este sentido establece una frontera entre aquello tolerado y aquello que socialmente deberá ser castigado. El derecho penal intenciona un determinado modelo de sexualidad, y contribuye al disciplinamiento de las conductas sexuales. Regular las relaciones sexuales implica tener a priori una concepción sobre sexualidad. En este caso se trata de limitar el ejercicio de la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres, es la capacidad de gestar y parir de las mujeres la que determina la regulación de las conductas constitutivas de estos delitos” (Fries, 2009, p.12).

Este camino, nos plantea la necesidad de reformar la ley penal y ampliar sus horizontes, tiene que ver mucho con el derecho internacional de los derechos humanos, desarrollados fuertemente en la década de los noventa del siglo pasado. El derecho internacional de los derechos humanos, en el mundo de hoy no sólo son los límites sino los objetivos del derecho penal, en la medida que amplían y enriquecen los criterios de interpretación de las normas o imponen interpretaciones restrictivas, como en el caso de la despenalización en el Perú del aborto en casos de violación sexual.



5.4.2 La autonomía sobre el cuerpo

Consideramos que tan trascendentales y básicas como las políticas económicas, las sociales y las culturales son las demandas para garantizar el ejercicio de los derechos de las mujeres sobre el cuerpo, la reproducción y la sexualidad; de derechos a la autonomía y la privacidad; de la integridad corporal, de la diversidad y de la individualidad.

La legitimación definitiva de los derechos de las mujeres a nivel de la sociedad sólo será completa si incluye los derechos sobre el cuerpo, y si logra traspasar y permear, con toda su riqueza conceptual y política, a los distintos ámbitos donde se desarrolla la vida de nuestras sociedades. Eso implica también, comprender que las posibilidades de la sexualidad de las mujeres son muy amplias, y que a la fecha han sido cercenadas por el patriarcado, y dejado sólo como válida la práctica de la penetración, asociada ésta a una forma de control, que está determinada por la reproducción.

Ya es, de por sí, bastante inhumano que sea el Congreso de una república el que deba votar para decidir lo que una mujer hace o deja de hacer, y esto por el hecho de que ese cigoto, según algunos sectores de la sociedad como la Iglesia católica, ya es un ser humano, algo separado y con alma, en fin, metáforas de la religión que pueden ser muy interesantes desde el punto de vista estético o doctrinal, pero que no tienen por qué ser vinculantes en la legislación de un Estado moderno,



pues por ese camino se llega a contradecir la carta fundamental de los Derechos Humanos, cuando dice que todos los hombres son libres e iguales, ya que la mujer, por el hecho de tener un útero que aparentemente no le pertenece —le pertenecería al Estado, que legisla sobre él—, se halla limitada en su libertad y por supuesto en su integridad, cuando está en peligro su vida, o en su dignidad, cuando el embarazo es producto de una violación o de un abuso familiar.

Por tanto, el universo de la autonomía del cuerpo de las mujeres es infinito y la despenalización del aborto en casos de violación sexual, en ese universo es una transformación importante. En ese sentido, esta investigación muestra la historia de un camino que recién se inicia, aún quedan muchos años y muchas luchas por alcanzar la autonomía de la mujer que implica no sólo transformar el patriarcado sino dejar de estar sujeta a él.

5.4.3 La criminalización del aborto en casos de violación sexual en Perú vulnera los derechos de las mujeres a la salud y los derechos sexuales y reproductivos

Respecto a la criminalización del aborto en casos de violación, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) considera que el hecho de que “el Estado Parte no protege los derechos reproductivos de la mujer ni promulga leyes para reconocer el aborto por causa de abuso



sexual o violación contribuye a la situación de un incremento en los casos de embarazos como resultado de la violación sexual. (Comité de la CEDAW, párr. 8, 18).

Para el Comité de la CEDAW, la inexistencia de la causal generó la limitación de un servicio de salud sexual y reproductiva que podía potencialmente reducir el daño físico de L.C. Adicionalmente, el Estado peruano no contrarrestó el daño psicológico sufrido cuando L.C. descubrió que se encontraba embarazada a causa de la violencia sexual ejercida en su contra.

5.4.4 La libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo

La mujer como ser humano autónomo, tiene derecho a ejercer tal autonomía con todas las libertades civiles que le correspondan, en tanto de tal manera podrá realizar su plan de vida buscado. Así, en tanto el feto constituye una existencia dentro del cuerpo de la mujer, esta estaría en capacidad de disponer de él, en ejercicio del derecho a la libertad de autodeterminación sobre el propio cuerpo.

En tanto la mujer considere que no desea tener al feto dentro de ella y menos, llegar al parto, debido a cualquier consideración que ella considere pertinente, cualquier norma que la obligue a llevar tal carga consigo, será considerada como vulneradora de su derecho



constitucionalmente reconocido a la libertad (Constitución peruana de 1993, Art. 2 inc. 3^o; inc. 24, literal b⁵).

Ibáñez y García-Velazco (1992) indican sobre esta libertad enfocada a la maternidad: “...*Derecho este, de libre maternidad, que es facultad y opción de la mujer, nunca obligación; expresión de su libertad y exponente de su personalidad, y, como se ha dicho recientemente, ‘expresión de la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida’...*”

Alegamos este derecho de carácter constitucional a la libertad, y consideramos este un argumento sólido de carácter jurídico.

5.4.5 El Número De Abortos Ilegales En El Perú Como Referencia De Inutilidad de La Sanción Penal

En el año 2013 se desarrolló en el Perú un estudio muy interesante que refleja el nivel de abortos en el Perú, en ese sentido, las conclusiones de tal estudio fueron las siguientes: “...*De acuerdo a la ENDES 2011-2012, el 57% de nacimientos ocurridos en los últimos cinco años se produjeron sin que sus padres los hubieran deseado. Esta cifra encaja con estadísticas sobre exposición al riesgo de embarazo. En el país de 3.8 millones de mujeres*

⁵ Inciso 24, literal b.- A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia; **No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal**, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.



sexualmente activas, alrededor del 30% o sea 1.4 millones está en riesgo de salir embarazada sin desearlo. Frente a esta contingencia algunas optan por tener un hijo no deseado y otras por interrumpir el embarazo. En este sentido cada año se producirían 376 mil abortos clandestinos en el país y aproximadamente 1.8 millones de nacimientos no deseados...” (Ferrando, 2006, p.35).

A raíz de las cifras derivadas en la citada investigación, apelamos al alto número de abortos ocurridos en el país para proponer que su despenalización en caso de violación sexual, sea el reflejo de un comportamiento que se viene dando desde hace largo tiempo dentro del estado peruano. En ese sentido, se propone que en base a la información obtenida acerca de la cantidad de personas (mujeres) que incumplen con la normatividad vigente y llevan a cabo un aborto, se expresen políticas que permitan eliminar las desigualdades sociales y beneficiar a las mujeres que se ven obligadas a llevar a cabo el aborto.

Como argumento complementario al previamente presentado, también sostenemos que en realidad, la norma penal únicamente genera un perjuicio contra aquellas ciudadanas que no tienen los medios económicos para pagar por el secreto profesional de médicos y personal capacitado, ya que es vox populi que un aborto en el Perú puede realizarse de forma higiénica y segura de tener los medios económicos necesarios.



Así, la ineficacia de la sanción penal para disuadir a aquellos que buscan llevar a cabo abortos se constituye, desde esta lógica, como un supuesto de negación de la capacidad preventiva de la pena, así como en una manifestación de cambio en la moral social con respecto a un determinado supuesto tal y como sería el aborto en casos de violación sexual.

5.5 Propuesta legislativa para despenalizar el aborto en casos de violación sexual

Inspirados en la legislación comparada y en proyectos fallidos anteriormente expuestos en el Congreso de la República, formulamos la siguiente propuesta para despenalizar el aborto en casos de violación sexual.



**PROPUESTA DE LEY PARA DESPENALIZAR EL ABORTO EN
CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL**

I. Antecedentes

a. Legislación vigente que penaliza el aborto

El aborto es considerado por el Código Penal de 1991 como un delito contra la vida, el cuerpo y la salud y establece como único supuesto de aborto despenalizado el "aborto terapéutico" y considera al "aborto por violación" (llamado "aborto sentimental") como delito con penas atenuadas.

Respecto al aborto por violación el Código Penal vigente señala:

Aborto sentimental [...]

Artículo 120.- El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; [...]" . Actualmente, el Código Penal prevé una pena atenuada para el delito de aborto si la violación sexual ocurrió fuera del matrimonio, más no si el supuesto



se enmarca en una relación matrimonial. Esta diferenciación es injustificada si se considera que la legislación vigente no solo sanciona la violación sexual dentro del matrimonio, sino que considera este vínculo como un supuesto para agravar la pena (art. 170 del Código Penal).

b. Situación fáctica de la violación sexual

En el mundo, la violencia de género contra las mujeres es la forma más extendida de vulneración de sus derechos humanos, ha sido reconocida como una forma de discriminación por razón de sexo y afecta profundamente su salud mental y física, así como su calidad de vida. En particular, la violación sexual es una de sus manifestaciones más crueles, se produce en espacios públicos o privados, en tiempos de paz y en el curso de conflictos internos o externos, es perpetrada por particulares así como agentes de los Estados, afecta a mujeres de todos los grupos etarios y étnicos así como a mujeres de diferentes condiciones económicas.

En el Perú, la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES 2012) evidencia que el 7.9% de mujeres, alguna vez unidas, fueron obligadas a tener relaciones sexuales contra su voluntad por parte de su esposo o compañero en algún momento de su vida; promedio nacional que no refleja las realidades regionales, donde los porcentajes ascienden casi en 11 puntos (en Cusco por ejemplo con el 18.17%), o la situación



particular de las mujeres (las mujeres divorciadas, separadas o viudas reportan un 18.8% de afectación).

El “Estudio Multicéntrico de la OMS sobre la Violencia de Pareja y la Salud de las Mujeres” realizado en el Perú en el 2000, revelo que el 10.3% de mujeres encuestadas en Lima y el 11.3% en Cusco experimento violación sexual a partir de los 15 años por alguna persona distinta a su pareja; mientras que el 18.7% de mujeres encuestada de Lima Metropolitana y el 18.1% del Cusco reportaron haber sufrido violación sexual antes de los 15 años de edad.

La información reseñada evidencia que la violación sexual es un fenómeno extendido en el Perú aunque es necesario precisar que existe una “cifra oculta de la criminalidad”, expresión utilizada para referirse a aquellos actos que vulneran bienes jurídicos tutelados penalmente, pero que de manera oficial no han sido registrados como hechos punibles y, por lo tanto, tampoco han sido declarados judicialmente como tales.

c. El embarazo formado como consecuencia de la penalización del aborto por violación

La violencia sexual en sus diversas modalidades genera graves consecuencias en la salud física, psicológica y en la salud sexual y reproductiva de las mujeres que la padecen. Las víctimas se enfrentan a



altos riesgos de contraer infecciones de transmisión sexual (ETS) entre ellas el VIH, así como de embarazos no esperados ni deseados, además de problemas relacionados a la depresión e inclinación suicida.

No todas las mujeres embarazadas producto de una violación sexual deciden abortar, sin embargo, las que deciden hacerlo se encuentran con un marco jurídico que penaliza la conducta y las obliga a llevar adelante un embarazo forzado que afecta su salud mental y coloca en riesgo su integridad física al exponerse a un aborto inseguro.

II. Argumentos a favor de despenalizar el aborto en casos de violación sexual

a. Dignidad de la mujer

La dignidad en nuestro ordenamiento jurídico nacional es un derecho y un principio; así está consagrado en nuestra Norma Fundamental, la Constitución Política de 1993, y ha sido interpretado por el máximo intérprete, el Tribunal Constitucional, de la siguiente manera:

“La dignidad de la persona humana se configura como un principio-derecho constitutivo de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce.” (Sentencia del Expediente N° 00'44-2004-AA/TC, numeral 32).



Respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o infringirle sufrimientos morales deliberados.

b. Libre desarrollo de su personalidad

El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, está reconocido en el art. 2 inciso 1 de la Constitución Política de 1993:

Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. [...]

Uno de esos Ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es la elección del plan(es) o proyecto de vida, en los que figura, en el caso de las mujeres, la libre elección de desear o asumir una maternidad o no.



Por consiguiente, cada mujer en forma autónoma debe determinar si elige o no la maternidad como parte de su “opción de vida”. De ahí que la penalización del aborto por violación signifique la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad y otros derechos fundamentales. El Estado no debería, mediante una sanción penal, obligar a las mujeres a continuar un embarazo no deseado que es consecuencia de una violación sexual.

c. **Igualdad y no discriminación**

El artículo 2 inciso 2 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a "la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivos de origen, raza, sexo, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

La penalización del aborto constituye una discriminación contra la mujer, pues ninguna otra circunstancia requiere que las personas provean el recurso de sus cuerpos sin querer hacerlo, para el sustento de otros — como sucedería, por ejemplo con los y las donantes de órganos, de médula espinal, o de sangre y la obligatoriedad legal de hacerlo es condenada como una violación de derechos humanos. Este hecho solo se da respecto a las mujeres frente a su embarazo, pues ni siquiera los padres están obligados a proveer a sus hijos nacidos de transfusiones de sangre o de médula espinal, pese a que de ello dependa su vida.



La mujer que ante un embarazo que no desea, prioriza sus derechos y por lo tanto no responde a este patrón, no sólo es sancionada socialmente llamándola “desnaturalizada” sino también jurídicamente penalizando su conducta.

d. Derecho a la salud

El derecho a la salud es conforme a nuestro ordenamiento jurídico un derecho constitucional, consagrado en los artículos 7 y 9 de la Constitución Política. Este derecho comprende tanto la salud física como la mental, conforme los tratados internacionales en materia de derechos humanos que ha ratificado el Perú, como el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, entre otros.

El embarazo forzado que fue producto de una violación sexual tiene un impacto negativo en las mujeres, ya que las obliga a convivir con la prueba directa de que han sido violentadas sexualmente, lo que a su vez las hace más vulnerables frente al entorno que estigmatiza a las mujeres que han sido abusadas. Además, las lleva a un sufrimiento y dolor psíquicos mucho mayor, afectando aún más la autopercepción que tienen de sí mismas, así como sus vínculos con los demás. Es por ello, que la



maternidad no deseada trae como consecuencia un mayor impacto negativo al “proyecto de vida” entendiendo ésta como un grave impedimento para construir un sentido de vida expresado en deseos, sueños y razones para existir. Asimismo, atenta contra la libertad de conciencia, garantizada constitucionalmente.

Podemos señalar que si la salud mental es el estado de bienestar producto del buen funcionamiento físico, emocional y social, en donde la autonomía y el proyecto de vida son elementos claves para alcanzar este estado de bienestar; la imposición de la continuación del embarazo viene a ser un hecho de grave afectación de orden real y simbólico que se inserta en la serie de violencias que somete y vulnera la autonomía personal, sexual y en este último caso reproductiva, de las mujeres víctimas por parte del Estado, quien con este acto simbólicamente legitima la violación sexual ejercida.

III. Fórmula legal

Artículo 1. Modificación del Código Penal

Modificase el artículo 119 del Código Penal, en los términos siguientes:

”Artículo 119°.- No es punible el aborto practicado con el consentimiento de la mujer embarazada o su representante legal cuando el embarazo sea el resultado de un acto de violación sexual. Si se



tratare de una persona menor de edad, el consentimiento será prestado por su representante legal”.

Derogatoria

Deróguense todas las disposiciones que se opongan a la presente ley, entre ellas el inciso

1) del artículo 120 del Código Penal vigente.

IV. Análisis costo beneficio

El presente proyecto no demandará ni generará gasto alguno para el erario nacional, por el contrario producirá ahorros significativos en gastos originados por muerte o discapacidad resultante de abortos inseguros.

En el Perú, se espera como beneficio de la norma la reducción de las muertes materna como consecuencia de abortos inseguros y de ese modo dar cumplimiento a los Objetivos del Milenio. Asimismo, se espera reducir los costos de la atención de casos post aborto. Sin embargo, el mayor beneficio que pueda resultar de la norma propuesta es el respeto de los derechos a la salud y la vida de las mujeres en el Perú.



CONCLUSIONES

PRIMERA

En nuestro estudio hemos precisado de manera suficiente cual es el tratamiento doctrinal del aborto, así como también como está regulado en la legislación peruana. De ello establecimos que solo en el caso del aborto terapéutico (refiriéndonos a los casos de aborto provocado) no existe penalización alguna.

SEGUNDA

Así mismo, de manera detallada hemos identificado cual es el tratamiento jurídico que se da al aborto en la legislación comparada, precisando los países donde particularmente el aborto en casos de violación sexual se halla despenalizado.



TERCERA

En el último capítulo de nuestra tesis, hemos establecido las razones que consideramos justifican la despenalización del aborto en casos de violación sexual. Entre ellas consideramos que la penalización del aborto en casos de violación sexual responde a una visión patriarcal del Derecho, vulnera la autonomía de la mujer sobre el cuerpo, estamos convencidos que la criminalización del aborto en casos de violación sexual en Perú vulnera los derechos de las mujeres a la salud y los derechos sexuales y reproductivos, y esgrimimos también el argumento factico referido a que el número de abortos ilegales en el Perú constituye una referencia de la inutilidad de la Sanción Penal.

CUARTA

Finalmente a partir de los argumentos expuestos en nuestro trabajo de investigación, presentamos una Propuesta Legislativa en orden a modificar el Art. 119 del Código Penal en el sentido de declarar no penalizado el aborto en casos de violación sexual, bajo la fórmula siguiente: *”Artículo 119º.- No es punible el aborto practicado con el consentimiento de la mujer embarazada o su representante legal cuando el embarazo sea el resultado de un acto de violación sexual. Si se tratare de una persona menor de edad, el consentimiento será prestado por su representante legal”*.



RECOMENDACIONES

PRIMERA:

Se recomienda que el Estado deba implementar servicios integrales de atención para las víctimas de violación sexual. Dichos servicios deben implementarse en el área de la salud (tanto física como psíquica) particularmente orientada al área de la salud sexual y reproductiva.

SEGUNDA:

Otra recomendación derivada de nuestro análisis en la investigación, es que se implementen protocolos hospitalarios para la atención de los abortos no punibles que contemplen, en particular, pautas para garantizar información y confidencialidad, evitar procedimientos administrativos o periodos de espera, eliminar requisitos no médicamente indicados, establecer mecanismos para resolver desacuerdos entre el/la profesional de salud y la paciente, y asegurar el derecho a la objeción de conciencia del personal de forma adecuada.



TERCERA

Igualmente deben tenerse en consideración un conjunto de medidas para atender a las mujeres en la etapa post aborto, ello con el fin de desproteger la salud de quienes se sometieron a un aborto no penalizado. Las recomendaciones de manera más explícita las consignamos en el anexo N° 2.

**REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**

- ALZAMORA, Román, (1949). Historia del Derecho Peruano, Primera parte, El Imperio; revisada y anotada por Lizardo Alzamora Silva, Lima.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario (1999). Introducción a la Ciencia del Derecho. Edit. Eddilima Edición. Perú.
- BASADRE AYULO, Jorge, (1991). Consideraciones sobre Derecho Indiano, in *Ius et Praxis*, n. 17, p. 268 y ss. Lima.
- BRAMONT ARIAS, Luis (1988). Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, in Bramont Arias, Luis, Temas de Derecho Penal, tomo. 2, Lima.
- CARLSON, BRUCE M. (2005). “Embriología humana y biología del desarrollo”. 3ª Edición Madrid. España. Ed. Mosby.
- COMITÉ de la CEDAW, Recomendación general No. 24: La mujer y la salud (artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer), (20ª Ses., 1999), en Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, p. 104, párr. 11, Doc. De



la ONU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II) (2008) en L.C. v. Perú: Comunicación N° 22/2009. Párr. 8.11, Doc. de la ONU CEDAW/C/50/D/22/2009 (2011).

- CONGREGATION POUR LA DOCTRINE ET LA FOI, Instructions sur le respect de la vie humaine naissante et la dignité de la procréation. Réponses á quelques questions d'actualité. 27 de febrero de 1987. Paris s/f.
- DEL RÍO, RAIMUNDO. (1935 – 1936) “Derecho Penal” (III). Santiago, Chile. Editorial Nacimiento.
- DIDES, Claudia; BENAVENTE, Cristina; SÁEZ, Isabel (2011). “Aborto en Chile”. Programa Inclusión Social y Género. FLACSO, Chile. Santiago.
- DIEZ RIPOLLEZ, José Luis, (1989). La reforma del delito de aborto. Comentarios a la legislación penal, tomo. LX, Madrid, 1989.
- DOUGLAS, Jhon y BURGESS, aw. Crime classification Manual. San Francisco voseey _ Bass Publisheus. Tomo I, San Francisco, (1995).
- ESER, ALBIN, (1991). In Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 24a. ed., München.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO (1965). “Derecho Penal” (I). Santiago, Chile. Editorial Gibbs.
- EZAINE CHAVEZ, Amado. Diccionario de Derecho Penal. Tomo I.



- FAÚNDES, ANÍBAL (2007). “El drama del aborto”. Santiago. Chile. Editorial LOM.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, (1990). La protección jurídica de la persona, Lima.
- FERRANDO, Delicia (2006). El aborto clandestino en el Perú. Flora Tristán. Lima.
- FIRESTONE, ph., BRADFORD, J, GREENBERG, D. y LARO, M. Homicidal sex offenders: psychological, Grune Stratton, 1998.
- FRIES, Lorena y MATUS, Verónica. La ley hace el delito. Editorial LOM - La Morada. Bogotá.
- GARRIDO MONTT, Mario (2005). “Derecho Penal. Parte Especial” (III). 2^a Edición. Santiago, Chile.
- GONZALES NAPURI, Rosina (2006). “Visión Panorámica del Aborto en el Perú”. Universidad Privada San Pedro, Chimbote, Perú.
- HURTADO POZO, José (1979), La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú, Lima.
- HESPERIAN HEALD, Guides (2014), libro material online español



- IBAÑEZ Y GARCIA-VELASCO, José Luis (1992). “La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX”. Siglo Veintiuno de España. Madrid.
- IGLESIAS DE USSEL, Julio, (1979). El aborto: un estudio sociológico sobre el caso español. Centro de Investigaciones sociológicas, Madrid.
- INOSTROZA, Emilio y QUEZADA, Claudio (2012). “El aborto terapéutico y su regulación en Chile”. Universidad de Chile.
- LABATUT GLENA, Gustavo (1983). “Derecho Penal. Parte Especial” (II). 7ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, (1990). El aborto no punible (El art. 417 bis del Código Penal), Barcelona.
- MACERA, Pablo, (1977). Trabajos de Historia, Tomo. 3, Lima.
- MAURACH, REINHART/SCHRÖDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN/MAIWALD, MANFRED, Strafrecht, (1988). Besonderer Teil, t. 1, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 7a. ed., Heidelberg.
- MILANO, (1986) publicada por Cooperativa Amici per la vita y por Una voce grida, diciembre del 2004
- PÉREZ SÁNCHEZ, A., y DONOSO SIÑA, E. (2011). “Obstetricia”. Santiago. Chile. Mediterráneo. 2011.



- PORRAS BARRENECHEA, Raúl, (1955). Fuentes Históricas Peruanas, Lima.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, (1982). Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuricidad, in Homenaje a Antón Oneca, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 509 y ss.
- SCHENKER, J.G.; CAIN, J.M. (1999). “Committee for the Ethical Aspects of Human Reproduction and Women’s Health”. En FAÚNDES, ANÍBAL. Op. cit.
- SIMSON, Gerhard/ GEERDS, Fridrich, (1969). Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht, München.
- STUKENBROCK, KARIN, (1992). In Hauner/Reichart (editores), § 218. Zur aktuellen Diskussion. München.
- TRIMBORN, Hermann, (1968). El delito en las altas culturas americanas, Lima.
- URRRA, Jhon, delincuentes sexuales en cárceles de España. Editorial. Ediciones pirámide, Madrid España, 2002
- VALCARCEL, Luis E. (1971). Historia del Perú Antiguo, t. II, Lima.



- VÁSQUEZ, J. (1983). La vida a debate: el aborto en la prensa, Madrid, Instituto de Sociología Aplicada.
- VARGAS, Javier, (1993). Historia del Derecho Peruano, Parte General y Derecho Incaico. Lima.
- VIVIANO, Teresa, (2012). Programa nacional contra la violencia familiar y sexual –ministerio de la mujer y poblaciones vulneradas. Biblioteca nacional del Perú
- WIKIPIDIA (2014). Enciclopedia Libre en línea de internet.



ANEXOS



ANEXO 1°

PROVISIONES RELEVANTES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS
CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE
DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

Artículo 1

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

Artículo 2

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

Artículo 3

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el



objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Artículo 5

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

Artículo 12

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



RECOMENDACIÓN GENERAL N° 24 DEL COMITÉ DE LA CEDAW

Párrafo 11

Las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer. La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios.

Párrafo 13

El deber de los Estados Partes de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a los servicios de atención médica, la información y la educación, entraña la obligación de respetar y proteger los derechos de la mujer en materia de atención médica y velar por su ejercicio. Los Estados Partes han de garantizar el cumplimiento de esas tres obligaciones en su legislación, sus medidas ejecutivas y sus políticas. También deben establecer un sistema que garantice la eficacia de las medidas judiciales. El hecho de no hacerlo constituirá una violación del artículo 12.



ANEXO N° 2

**MEDIDAS NECESARIAS PARA MEJORAR LOS SERVICIOS POST-
ABORTO**

- 1) Desarrollar lineamientos y protocolos de salud pública para garantizar que la atención post-aborto de alta calidad pueda ser un servicio básico en todos los establecimientos de atención sanitaria de nivel primario y secundario. Los lineamientos y protocolos deberían designar los niveles específicos dentro del sistema en los cuales deberían ser prestados estos servicios y las categorías de profesionales de la salud autorizados para llevarlos a cabo.
- 2) Proporcionar capacitación para médicos y profesionales de atención sanitaria de nivel medio en la técnica de aspiración manual endouterina y el aborto con medicamentos para el tratamiento del aborto incompleto.
- 3) Implementar esfuerzos a nivel nacional, regional y local para informar a las mujeres acerca de los peligros del aborto clandestino, inseguro, y acerca de los lugares a donde pueden recurrir para obtener servicios para el tratamiento de complicaciones derivadas del aborto.
- 4) Establecer políticas y proporcionar financiamiento para asegurar que se mantenga de manera continua el suministro de equipamiento y medicamentos necesarios para la atención básica de servicios de post-aborto.
- 5) Crear estructuras de honorarios que no pongan los servicios de atención post-aborto fuera del alcance de las mujeres pobres.
- 6) Poner en práctica y mantener mecanismos de derivación rápida y sistemas de transporte para trasladar a las pacientes con complicaciones post-aborto que requieran cirugías complejas o transfusiones de sangre a establecimientos hospitalarios de nivel superior.



- 7) Desarrollar protocolos para asegurar que las pacientes que acceden a los servicios de atención post-aborto reciban consejería detallada sobre anticoncepción y, de ser posible, que se les proporcionen suministros de anticonceptivos para un período de tres meses o se coordine una visita de seguimiento; y que los métodos de acción prolongada (inyección, DIU y esterilización) estén disponibles y sean ofrecidos.

- 8) Apoyar los esfuerzos educacionales realizados en cualquier nivel del sistema de salud a fin de promover la condición y los derechos de las mujeres, y de reaccionar frente a las actitudes prejuiciosas, la posible estigmatización y las actitudes que buscan avergonzar a las mujeres que necesitan atención post-aborto, especialmente por parte de los mismos profesionales de la salud.