

Congreso peruano debate proyecto de ley
para despenalizar el aborto en casos de violación sexual

Irene Zegarra Ballón Quintanilla, Abogada.

Arequipa - Perú, 24 de abril de 2015.

El 26 de setiembre de 2014 ingresó al Congreso de la República del Perú el Proyecto de Ley N° 3839-2014-IC, iniciativa legislativa para despenalizar el aborto en los casos de embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas.

Luego de un intenso debate, el proyecto de ley fue archivado en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, pero fue enviado a la Comisión de Constitución, en la cual está pendiente su debate.

I. Antecedentes

La situación de una mujer que ha sido víctima de una violación sexual presenta altos rasgos de afectación a su salud física y psíquica, dejándola en un estado de vulnerabilidad muy difícil de superar. Este escenario no es ajeno al Estado peruano.

Las consecuencias de una violación sexual son aún más graves cuando la mujer queda embarazada como resultado de tal acto criminal. En este supuesto, la mujer enfrenta no solamente las secuelas del acto violento perpetrado contra ella, sino también la dificultad de conducir un embarazo en tales circunstancias y, la mayoría de las veces, sin contar con el apoyo de otras personas.

Es en este cuadro tan crítico en el que se genera una severa afectación tanto a la mujer gestante, víctima de una violación, como al niño por nacer. Es evidente que los estragos de la violación sexual podrán incidir en el bienestar y desarrollo normal de ambos.

Frente a esta crítica situación, es imperioso que el Estado peruano brinde y garantice un marco de protección a los derechos de la mujer peruana y de los niños concebidos como resultado de una violación sexual. Sin embargo, ello no deberá incluir solamente acciones de respuesta, en protección de la mujer víctima de una violación y del niño resultante de ésta; sino también acciones de prevención orientadas a disminuir los altos índices de violaciones sexuales en el país.

Una particular afectación a los niños concebidos como producto de una violación, es la vulneración a su derecho a la vida. Es un hecho alarmante que muchas mujeres víctimas de una violación sexual que han quedado embarazadas, se someten a prácticas abortivas clandestinas. Esta situación amenaza con agravarse aún más al pretenderse la despenalización del delito de aborto en los casos de violación sexual.

Hasta años recientes, el Estado peruano se había caracterizado por presentar un marco legal protector del derecho a la vida de todo ser humano. En tal sentido, hasta el año 2014 el ordenamiento jurídico peruano no admitía la práctica del aborto bajo circunstancia alguna.

Si bien el Código Penal peruano despenalizaba, desde 1924, la realización del –mal llamado- “aborto terapéutico”, dicha disposición legal¹ no se encontraba reglamentada, razón por la cual no procedía su aplicación.

Fue recién el 27 de junio de 2014 que se promulgó el popularmente llamado “Protocolo del Aborto Terapéutico”², el mismo que, reglamentando el artículo 19° del Código Penal -que contemplaba la impunidad de todo aborto practicado como único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente-, dio puerta abierta a la

¹ Artículo 119° del Código Penal peruano:

“No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.”

² Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA.

práctica legal del aborto en el Perú. Cabe mencionar que el Protocolo estableció el plazo de hasta veintidós semanas de embarazo como criterio para admitir la procedencia de la práctica abortiva.

Finalmente, evidenciando una vez más que la pretensión de legalizar el llamado “aborto terapéutico” suele ser el primer paso para solicitar después el “aborto libre”, el 26 de setiembre de 2014 ingresó al Congreso de la República del Perú el Proyecto de Ley N° 3839-2014-IC, iniciativa legislativa para despenalizar el aborto en los casos de embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas. Dicha propuesta legislativa fue impulsada por organizaciones feministas, como son Manuela Ramos³, DEMUS⁴, PROMSEX⁵, Flora Tristán⁶ y Católicas por el Derecho a Decidir⁷.

II. Del Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC, que despenaliza el aborto en los casos de embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas

El Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC (en adelante, el “Proyecto de Ley”) pretende modificar el Código Penal para despenalizar el aborto practicado en casos de embarazos resultantes de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas.

³ El Movimiento Manuela Ramos es una organización feminista peruana sin fines de lucro, fundada en 1978, que promueve entre sus fines el ejercicio de los “derechos sexuales y reproductivos” de la mujer. Véase: <<http://www.manuela.org.pe/manuela-ramos/>> (último acceso: 17/05/2015).

⁴ DEMUS es una organización feminista peruana, fundada en 1987, que promueve la afirmación de las mujeres como dueñas de su cuerpo y sexualidad, y la consolidación de un Estado laico donde se ejerzan los “derechos sexuales y los derechos reproductivos”. Véase: <<http://www.demus.org.pe/pagina.php?id=31>> (último acceso: 17/05/2015).

⁵ PROMSEX es una organización feminista, fundada en 2005 en Perú, cuya misión es “contribuir a la vigencia de la integridad y dignidad de las personas en el acceso a la salud sexual y reproductiva, la justicia y la seguridad humana, a través de la incidencia política, de la generación de conocimiento y de la articulación con otras organizaciones de la sociedad civil”. Véase: <<http://www.promsex.org/acerca-de-promsex/mision-y-vision.html>> (último acceso: 17/05/2015).

⁶ Flora Tristán es una institución feminista, fundada en 1979, que “se propone incidir en la ampliación de la ciudadanía de las mujeres y en las políticas y procesos de desarrollo para que respondan a criterios y resultados de equidad y justicia de género”. Véase: <http://www.flora.org.pe/web2/index.php?option=com_content&view=article&id=197&Itemid=120> (último acceso: 17/05/2015).

⁷ Católicas por el Derecho a Decidir es un movimiento feminista que afirma la existencia de un derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo y sexualidad sin restricciones, y, como parte de ello, a abortar. Véase: <<http://www.cddperu.org/acerca-de-cdd/carta-de-principios>> (último acceso: 17/05/2015).

En tal sentido, la modificación legislativa propuesta es la siguiente:

“Artículo 119°.- No es punible el aborto practicado con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal en los siguientes casos:

1. Cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave o permanente;

2. Cuando el embarazo sea el resultado de un acto de violación sexual, o de un acto de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida.

Si se tratare de una persona menor de edad, el consentimiento será prestado por su representante legal.”(Subrayado nuestro)

III. El Proyecto de Ley es contrario al ordenamiento jurídico nacional peruano y al ordenamiento jurídico internacional vinculante para el Perú

El Proyecto de Ley es directamente contrario al ordenamiento jurídico nacional peruano, así como al ordenamiento jurídico internacional vinculante para el país, ambos protectores del derecho a la vida de todo ser humano desde su concepción.

1. Marco normativo internacional

El artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que *“todo individuo tiene derecho a la vida”*.

El artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que *“el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”*

El artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) estatuye 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.”*⁸

⁸ Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso *“Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”*, ha hecho una interpretación en la que considera que el término “concepción” haría referencia a

De los textos normativos citados se desprende, en primer lugar, que el ordenamiento jurídico internacional vinculante para el Perú reconoce y protege el derecho a la vida del ser humano.

En segundo lugar, corresponde mencionar que los citados instrumentos internacionales reconocen claramente la calidad de persona humana del concebido. Así se evidencia en el artículo 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando dispone que *“todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”*, y en el artículo 1°, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando establece que *“para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”*⁹

la implantación del embrión, la Corte relativiza la abundante evidencia científica que reconoce al cigoto como un organismo humano vivo que alberga todas las instrucciones genéticas necesarias para el desarrollo del embrión (Sotienen los embriólogos Ronan O’ Rahilly y Fabiola Muller que aunque la vida es un proceso continuo, la fertilización es un hito crítico porque, en circunstancias ordinarias, un organismo humano nuevo, genéticamente distinto, es formado cuando los cromosomas provenientes de los pronúcleos del macho y de la hembra se mezclan en el ovocito. Esto es verdad aunque el genoma embrionario no esté realmente activado hasta que 2-8 células estén presentes en 2-3 días. Y continúan, señalado que a pesar de los varios hitos del periodo embrionario, el desarrollo es continuo y no un proceso saltatorio; razón por la cual, la selección de los eventos prenatales parecería ser ampliamente arbitraria. Véase: O’RAHILLY, Ronan y MULLER, Fabiola. *Human Embryology & Teratology*. Tercera edición. Wiley-Liss, Nueva York, 2001, p. 8.), y contradice, además el propio sentido del artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual no es otro que reconocer y proteger el derecho a la vida de todo ser humano desde el momento en que se da origen al cigoto.

Sin duda alguna, frente a una interpretación tan arbitraria –en el sentido de desconocer la realidad biológica y la evidencia científica que sirven de respaldo a la legislación- del Pacto de San José, así como de las legislaciones –en su mayoría constitucionales- de los Estados partes de dicho instrumento, que reconocen el derecho a la vida desde la concepción y entienden a esta última como el momento de la unión del espermatozoide con el óvulo; corresponde que los Estados –en ejercicio de su soberanía y en cumplimiento de sus reales obligaciones internacionales- preserven la protección legal a la vida humana de la manera en que han venido estimando acertada desde tiempos antiguos.

⁹ A pesar de que la Corte IDH ha considerado, en el caso *“Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”*, *“que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”* (fundamento 222), consideramos que tal postulado se opone frontalmente a una interpretación literal y teleológica del artículo 1°, inciso 2, de la Convención Americana, el mismo que expresamente establece que *“para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”*. Este enunciado debe interpretarse, a la luz de la evidencia científica, la misma que ha demostrado –como ya expresamos en la cita precedente- que el embrión es un individuo de la especie humana.

Por otro lado, cabe recordar que los *efectos* de la sentencia dictada en el caso *“Artavia Murillo vs. Costa Rica”* ordinariamente serían vinculantes únicamente para las partes de dicho proceso. Sin embargo las *interpretaciones* efectuadas por la Corte IDH sí serían vinculantes para el Perú. El Código Procesal Constitucional Peruano Ley N° 28237 regula la Jurisdicción Internacional y en particular la jurisdicción de la Corte IDH. En su Art. 115 establece que las decisiones de la Corte IDH son vinculantes para Perú y regula el procedimiento para su efectivización por medio del Poder Judicial. Si bien el Art. 115 fue establecido en

Finalmente, es necesario hacer la salvedad de que, bajo los comentados instrumentos, no cabe hacer distinción alguna entre el ser humano nacido y el por nacer, pues tal conducta configuraría un acto de discriminación proscrito por los mismos textos legales. En tal sentido, el artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)”*, precisando en su artículo 2° que *“toda persona tiene todos los derechos y libertad proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de (...) nacimiento (...)”*; el artículo 2°, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa que *“cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de (...) nacimiento (...)”*; y, finalmente, el artículo 1°, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos declara que *“los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de (...) nacimiento (...)”*.

2. Marco normativo nacional

El artículo 2°, inciso 1, de la Constitución Política del Perú establece expresamente que *“toda persona tiene derecho a la vida”*.

El artículo 1°, segundo párrafo, del Código Civil peruano dispone que *“la vida humana comienza con la concepción”*.

El artículo 1° del Código de los Niños y Adolescentes afirma que *“el niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción.”*

De esta manera, al igual que en el ordenamiento jurídico internacional, el ordenamiento interno peruano reconoce expresamente el derecho a la vida del ser humano.

orden a asegurar la efectividad de los Tratados Internacionales, a la luz del principio *pro homine* las decisiones de la Corte IDH no pueden ser vinculantes cuando provean menos protección que la ley local o la Constitución.

En segundo lugar, siguiendo el análisis efectuado respecto a la esfera internacional, corresponde mencionar que también el ordenamiento jurídico nacional peruano reconoce al concebido la calidad de persona y, por ende, la categoría de sujeto de derecho. Así se aprecia en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución Política, el cual declara que *“el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”*; en el artículo 1º, segundo párrafo del Código Civil, el mismo que reitera que *“el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”*; y en el artículo II del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, cuando afirma que *“el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica”*, precisando el artículo I de la misma sección que *“se considera niño a todo ser humano desde su concepción (...)”*.

Finalmente, el marco legal peruano reconoce también el derecho a la igualdad de todas las personas, proscribiendo toda discriminación injustificada. En tal sentido, el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución Política establece el derecho de toda persona *“a la igualdad ante la ley”*, precisando que nadie debe ser discriminado por motivo de ninguna índole; el artículo 3º del Código Civil señala que *“toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”*; y, finalmente, el artículo III del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes observa que *“para la interpretación y aplicación de este Código se deberá considerar la igualdad de oportunidades y la no discriminación a que tiene derecho todo niño y adolescente (...)”*.

Queda evidenciado, entonces, que tanto el ordenamiento jurídico internacional, como el nacional, reconocen y protegen el derecho a la vida de todo ser humano desde su concepción. Corresponde ahora examinar cuáles son los argumentos que emplea el Proyecto para pretender la despenalización del aborto.

IV. No existe fundamento jurídico alguno que obligue ni legitime al Estado peruano para aprobar el Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC

Sin perjuicio de que hemos demostrado que el Proyecto de Ley es contrario al ordenamiento jurídico peruano –tanto en su esfera interna como internacional-, siendo ello argumento suficiente para declarar su archivo definitivo; a continuación refutaremos los

argumentos presentados en la Exposición de Motivos de dicho documento, en aras a no dejar lugar a dudas sobre su falta de sustento jurídico.

Para lograr el cometido propuesto, seguiremos la estructura argumentativa empleada por la propia iniciativa legislativa. En tal sentido, los principales argumentos presentados en el Proyecto de Ley se resumen de la siguiente manera: (i) El derecho a la vida del concebido puede ser limitado; (ii) La proscripción del aborto atenta contra la dignidad de la mujer; (iii) La proscripción del aborto atenta contra el derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad; (iv) La proscripción del aborto atenta contra el derecho de la mujer a la igualdad y no discriminación; (v) La proscripción del aborto atenta contra el derecho de la mujer a la salud; y (vi) El marco Internacional de Derechos Humanos obligaría al Estado peruano a aprobar el Proyecto de Ley.

1. Es insostenible el argumento de que el derecho a la vida del concebido puede ser limitado

El Proyecto de Ley hace referencia a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional del Perú, señalando, respecto de los derechos fundamentales, que *“estos (...) no son absolutos. Así también lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, pues pueden ser limitables, es decir, restringidos o desplazados cuando entran en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales.”* Evidentemente, la orientación del Proyecto de Ley está dirigida a sostener que los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida del ser humano en formación, pueden ser objeto de limitación pues no son absolutos.

Sin embargo, si recurrimos a la sentencia a que se hace referencia, vemos que lo que el Tribunal Constitucional manifiesta es que *“los derechos fundamentales (...) no tienen la calidad de absolutos (...). Por lo tanto, (...) el legislador es competente para variar el contenido de los derechos fundamentales, siempre y cuando se respete las condiciones generales consagradas en la Constitución y no se quebrante su ‘contenido fundamental’.”*¹⁰ Más aun, precisa el citado órgano colegiado que *“(…) una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o*

¹⁰Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Exp. 0050-2004-AI, fundamento 38.

supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción”¹¹ (Subrayado nuestro).

En consecuencia, siguiendo al Supremo Intérprete de la Constitución, y recurriendo además a la jurisprudencia que el propio Proyecto cita, tenemos que si bien es admisible jurídicamente limitar el ejercicio de un derecho constitucional, ello jamás puede afectar el contenido esencial del mismo, al punto de suprimirlo. Siguiendo tal postulado, si observamos que el derecho a la vida es un bien jurídico elemental y un derecho de naturaleza fundante, por cuanto constituye el presupuesto para el goce de todos los demás derechos, podemos afirmar que no cabe ejercer limitación alguna sobre aquél. Evidentemente, el derecho a la vida no puede ser restringido “en menor o mayor medida”, es un derecho *sui generis*, que o se goza de manera total o se suprime, siendo su supresión un acto contrario al Derecho.

2. Es insostenible el argumento de que la proscripción del aborto atenta contra la dignidad de la mujer

Bajo tan importante concepto, como es la dignidad, el Proyecto de Ley pretende afirmar que la propuesta que presenta es concordante con la dignidad de la mujer. En efecto, la Exposición de Motivos establece lo siguiente: “*La imposición del embarazo producto de la violación atenta contra la autonomía y dignidad de las mujeres, a las que el Estado no trata como “sujetos de derecho” sino como “medios” para resguardar la vida o la salud de otro ser.*”¹²

Debemos señalar, en primer lugar, que si bien se sostiene que “la imposición del embarazo” atenta contra la dignidad de la mujer, en modo alguno se presenta un fundamento o explicación de tal postulado. No se explica por qué el exigirle a una madre gestante que respete el derecho a la vida del concebido -llevando su embarazo hasta su término natural- representa un desconocimiento a su calidad de persona humana o de sujeto de derecho. Para

¹¹Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Exp. 014-2002-AI/TC, fundamento 93.

¹²Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC, Cit., p. 5.

que tal argumento fuera sostenible, tendríamos que partir de la existencia de un derecho a abortar; sin embargo, si –como vimos- existe un derecho a la vida de todo ser humano, no cabe la posibilidad de un derecho a terminar con ésta.

La dignidad humana constituye no solamente un bien de supremo valor, sino que además, el respeto de aquélla constituye uno de los fines últimos del Estado peruano¹³, a lo cual orienta todo su actuar y, en particular, el despliegue de su ordenamiento jurídico. Bajo tal orden de ideas, el reconocimiento y la defensa de la dignidad de la mujer se encuentran comprendidos a lo largo y ancho de todo el cuerpo legislativo nacional, no haciéndose distinción alguna entre hombre y mujer, sino, por el contrario, esbozándose expresamente el principio-derecho de igualdad y no discriminación.

Cuando el Proyecto alega que se atenta contra la dignidad de la mujer pues se desconoce su calidad de “sujeto de derecho”, lo que pretende realmente es que se “cree” un nuevo derecho a favor de la mujer, derecho que actualmente no se encuentra reconocido: el derecho a abortar. Sin embargo, ignora –o busca ignorar- que la creación de tal derecho iría en contra del orden jurídico nacional que, como dijimos, reconoce el derecho a la vida de todo ser humano. Pero, más aún, colisionaría con el fin último del Estado de defender la dignidad de la persona humana, de todas las personas humanas, entre ellas el concebido.

Lo mismo se puede decir de otra manera: el Proyecto apela a la dignidad de un ser humano –la mujer gestante- para conseguir la violación a la dignidad de otro ser humano –el concebido-. Sin embargo, no hemos encontrado a lo largo de la Exposición de Motivos de esta propuesta legislativa, una sola explicación de por qué la dignidad de la mujer sería más valiosa que la del concebido. Por el contrario, creemos que ambas dignidades tienen el mismo valor jurídico –y que toda postura que sostenga lo contrario atenta contra la igualdad ontológica de los seres humanos-, razón por la cual corresponde brindarles la misma protección: el ordenamiento jurídico proscribiera tanto la violación del derecho a la vida del concebido –en los tipos penales que sancionan el delito de aborto-, como la violación del derecho a la vida de la mujer –en los tipos penales que sancionan el delito de homicidio-.

¹³Artículo 1° de la Constitución Política del Perú.

Sin perjuicio de que ambas dignidades, la del concebido y la de la mujer gestante, tienen el mismo valor; cabe recordar que el principio “*favor debilis*”¹⁴ impera proteger a la parte más débil cuando exista duda en la interpretación de situaciones que aparentemente comprometan un conflicto de derechos. Si bien rechazamos que en el caso propuesto estemos ante un conflicto de derechos –o que tal situación pueda realmente presentarse-, defendemos que aun en ese supuesto correspondería proteger la vida del concebido, por ser la parte más débil e indefensa.

No obstante lo anterior, consideramos que ante la grave situación de una violación sexual, es no solamente posible sino también imperioso proteger la dignidad y los derechos fundamentales tanto del no nacido como de la mujer. La protección de la vida del concebido en modo alguno puede legitimar una desatención estatal hacia la situación de la mujer víctima de una violación. Por el contrario, corresponde que el Estado integre acciones y políticas avocadas a proteger a todos sus ciudadanos, sin excepción. En tal sentido, en el caso de la mujer, deberá atenderse a la salvaguarda de su seguridad y salud, no solamente a través de actitudes reactivas –como es, por ejemplo, la implementación de programas de ayuda a las mujeres víctimas de violación sexual- sino también preventivas – como sería el diseño de una adecuada política criminal, disuasoria de actos contra la libertad sexual-.

3. Es insostenible el argumento de que la proscripción del aborto atenta contra el derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad

Señala el Proyecto de Ley que “*el embarazo forzado como consecuencia de un acto de violación sexual afecta profundamente el proyecto de vida de la mujer gestante, agravando las secuelas dejadas por el delito de violación sexual.*”¹⁵

Consideramos, en primer lugar, que si bien puede que el embarazo efectivamente constituya un recuerdo de la violación sexual, generando con ello dolor y aflicción para la

¹⁴ Tal como ha señalado el Tribunal Constitucional del Perú, el principio *favor debilis* manda que ante situaciones de derechos fundamentales en conflicto, deba tenerse especial consideración con aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra. Véase: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 02095-2009-PC/TC, 16 de octubre de 2009, fundamento 34.

¹⁵ Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC, Cit., p. 6.

mujer, los estudios demuestran que las consecuencias de un aborto para la salud física y psicológica de la mujer pueden resultar muy severas¹⁶. En tal sentido, la práctica de un aborto muy probablemente afectaría con gravedad el estado ya de por sí vulnerable en que se encuentra una mujer víctima de una violación.

En segundo lugar, corresponde señalar que no obstante el hecho de que un embarazo altera el proyecto de vida de una mujer, de tal premisa no se desprende una afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Ocurre que el Proyecto de Ley hace un erróneo entendimiento del contenido de este derecho.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra reconocido en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución Política, y ha sido definido por el Tribunal Constitucional de la siguiente manera: *“El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad.”*¹⁷

Señala el Proyecto que *“uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal (...) 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.”*¹⁸ Y prosigue, señalando que *“... cada mujer en forma autónoma debe determinar si elige o no la maternidad como parte de “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.”*¹⁹

Estamos de acuerdo con que uno de los ámbitos de la libertad, en los que ciertamente no cabe injerencia estatal ni de terceros, es la configuración del proyecto de vida, el cual comprende la elección de desear o no la paternidad o maternidad. Sin embargo, de tal premisa no se desprende la existencia de un derecho abortar. Debe distinguirse, necesariamente, entre la situación en la que uno puede elegir libremente reproducirse sexualmente, y la situación en la que ya existe una vida humana en formación.

¹⁶ RING-CASSIDY, Elizabeth y GENTLES, Ian. *Women's Health after Abortion: The Medical and Psychological Evidence*. Segunda edición. The deVeber Institute, Toronto, 2003.

¹⁷ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Exp. N° 2868-2004-AA/TC, fundamento 14.

¹⁸ Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC, Cit., p. 10.

¹⁹ Ídem.

Es innegable que la situación de una mujer embarazada víctima de una violación, es sumamente difícil y merecedora del mayor apoyo posible por parte del Estado. Sin embargo, no se atenta contra su derecho al libre desarrollo de su personalidad cuando se le exige respetar el derecho a la vida de la persona que lleva en sus entrañas.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad propugna una libertad general de despliegue, sin embargo, ésta no excede de los límites que imponen las posibilidades físicas y jurídicas, encontrándose dentro de estas últimas el deber de respetar los derechos de todas las demás personas.

Para ignorar estos fundamentos que planteamos, el Proyecto recurre nuevamente a una sentencia del Tribunal Constitucional, citando el siguiente pronunciamiento:

“(…) la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el inciso 1) del artículo 1 de la Constitución, que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular alguno. Consecuentemente, todas aquellas medidas que tiendan a impedir o a hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital, resultan inconstitucionales.”²⁰

Resulta del todo preocupante la forma en que el Proyecto cita una sentencia del Supremo Intérprete de la Constitución desvirtuando su contexto.

La sentencia citada corresponde a un proceso de amparo en el que el Tribunal Constitucional peruano declaró fundada la demanda, al considerar que el acto de separar a una cadete de la entidad policial en la que estudiaba, por razón de estar embarazada, constituía una violación a sus derechos de igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, y educación.

Como podemos apreciar, en este pronunciamiento el órgano colegiado protegió el derecho de la mujer gestante. Pero, lo que es más relevante para nuestro análisis, es que el propio fundamento citado por el Proyecto no tuvo el sentido que se le pretende asignar. A

²⁰ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Exp. N° 05527-2008-PHC/TC, fundamento 21.

continuación copiamos el texto inmediatamente anterior al citado por el Proyecto, seguido del texto completo correspondiente al citado:

“20. (...)”

*Por tanto, cualquier distinción de trato (distinción, exclusión o restricción) en el ámbito público o privado que sea desfavorable para la mujer por razón de su estado de embarazo, debido a que le impide injustificadamente gozar o ejercer los derechos fundamentales de que es titular, constituye un acto discriminatorio que es nulo de pleno derecho por contravenir el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución.*²¹

21. En este contexto, resulta oportuno señalar que la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el inciso 1) del artículo 1 de la Constitución, que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular alguno. Consecuentemente, todas aquellas medidas que tiendan a impedir o a hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital, resultan inconstitucionales.”²²

Podemos afirmar que cuando el Tribunal Constitucional utiliza los términos “*la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana*”, se refiere a la decisión de buscar quedar embarazada y ser madre, no a la decisión de terminar con un embarazo no deseado. Y cuando el mismo órgano hace mención a “*todas aquellas medidas que tiendan a impedir o a hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital*”, hace referencia a las medidas que busquen impedir a una mujer el ser madre –como lo es la discriminación en el centro de estudios-, y no a medidas que impidan la práctica de un aborto.

Toda mujer tiene derecho a –en la medida de sus posibilidades y sin menoscabo al derecho de los demás- decidir ser madre, siendo contrario a Derecho que por tal motivo sufra discriminaciones injustificadas. Sin embargo, tal derecho no significa que, *contrario sensu*, una mujer tenga el derecho a “decidir dejar de estar embarazada” cuando ya existe un ser en gestación en su vientre. La diferencia entre la primera y la segunda de las situaciones

²¹Ibidem, fundamento 20.

²²Ibidem, fundamento 21.

descritas es radical, por cuanto estriba en la existencia de un ser humano, y la correlativa obligación de respetar el derecho de éste a la vida.

4. Es insostenible el argumento de que la proscripción del aborto atenta contra el derecho de la mujer a la igualdad y no discriminación

Sostiene la Exposición de Motivos del Proyecto que *“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 (...) y la obligatoriedad legal de hacerlo es condenada como una violación de derechos humanos.”*²³

Si bien consideramos que esta tesis resulta insostenible si consideramos el hecho de la existencia de un derecho a la vida y la correlativa obligación jurídica de respetarlo; no restar decir que no existe discriminación alguna cuando a todos y cada uno de los ciudadanos peruanos se les obliga a respetar el derecho humano a la vida. Y es por eso que el hecho resulta en principio punible no solamente para la mujer que aborta, sino también para el médico que practica el aborto, y para toda persona que directa o indirectamente cause la muerte del concebido.

Evidentemente, el deber de protección que se exige a la mujer gestante respecto del concebido, es de carácter especial, significándole una acción de mayor grado que la que se le exige a cualquier otra persona que no esté gestando al ser humano protegido. Sin embargo, en este caso tampoco existe una conducta discriminatoria, por cuando la protección especial exigida a la gestante es la que se exige a todas las madres, sin distinguir en el hecho de si el embarazo fue deseado o no, por razón de que dichas circunstancias no son configurativas de la maternidad.

Queda claro, entonces, que la penalización del aborto no constituye un acto de discriminación en contra de la mujer gestante. Por el contrario, la comisión –o permisión– de dicha práctica sí constituye un hecho discriminatorio en contra del ser humano en gestación, a quien se le niega arbitrariamente un derecho que es reconocido a la generalidad

²³ Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC, Cit., p. 10.

de seres humanos, derecho que, además, constituye el presupuesto necesario para el goce de todos los demás derechos.

5. Es insostenible el argumento de que la proscripción del aborto atenta contra el derecho de la mujer a la salud

El Proyecto intenta esgrimir como un argumento en contra de la penalización del aborto en los casos planteados por el mismo, un supuesto atentado al derecho a la salud de la mujer gestante. Así, por ejemplo, señala que *“es preciso reconocer que el embarazo forzado producto de una violación tiene además graves consecuencias en la salud física, ginecológica y mental en las víctimas de violencia sexual.”*²⁴

Rechazamos frontalmente tal argumento, bajo tres fundamentos.

En primer lugar, es necesario diferenciar entre las consecuencias para la salud de la mujer generadas por la violación sexual y las que tengan como causa el embarazo. En tal sentido, es evidente que mientras que la violación sexual puede generar serias afectaciones a la salud física y psíquica de la mujer, el embarazo producto de la misma no suele *per se* significar una alteración de la salud psíquica de la mujer, lo que tendría que documentarse clínicamente.

En segundo lugar, parece que lo que se pretende alegar es que el embarazo producto de una violación sexual puede significar un daño psicológico a la mujer, por cuanto, *“significa la actualización permanente del hecho violento a través del hijo/a”*²⁵; sin embargo, es menester precisar que la comisión de una práctica abortiva genera, en la gran mayoría de casos, graves daños a la salud física o psicológica de la mujer²⁶.

²⁴ *Ibíd.*, p. 5.

²⁵ *Ibíd.*, pp. 11-12.

²⁶ Las posibles afectaciones a la salud resultantes de un aborto quirúrgico, incluyen hemorragia, infección, laceración del cuello del útero y perforación uterina. Por otro lado, el aborto no quirúrgico o químico (RU486) puede causar fuerte dolor, calambres, náuseas, hemorragia, infección, aborto incompleto y, eventualmente, la muerte de la mujer. Adicionalmente, posibles efectos a largo plazo del aborto incluyen esterilidad, aborto espontáneo, parto prematuro, un incremento de riesgo de cáncer mamario y el embarazo ectópico, que puede llevar a la muerte en caso de no tratarse de inmediato. Se suman a ello consecuencias psicosociales, como son la depresión, el consumo de drogas y los problemas en las relaciones personales. Véase: RING-CASSIDY, Elizabeth y GENTLES, Ian. *Women's Health after Abortion: The Medical and Psychological Evidence*. Óp. Cit.

En tercer lugar, aun en el hipotético caso que el embarazo en cuestión significara una afectación a la salud de la madre, corresponde observar que la propuesta legislativa presentada por el Proyecto no está orientada a tutelar el bien jurídico salud. Ello se desprende de la estructura típica propuesta, en la cual no se menciona la existencia de riesgo para la salud de la gestante. De acuerdo con la tipificación pretendida, basta que el embarazo sea consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentida, para que el aborto practicado quede impune.

Pero, más aún, cabe notar que el aborto practicado con el ánimo de proteger la salud de la gestante, se encuentra ya despenalizado por el artículo 119° del Código Penal. En consecuencia, el argumento del presente Proyecto basado en la salud de la madre es inconsistente.

6. Es insostenible el argumento de que el marco internacional de Derechos Humanos obligaría al Estado peruano a aprobar el Proyecto de Ley

Finalmente, concluyendo su línea argumentativa, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley recurre a ciertos pronunciamientos que han tenido algunos órganos de seguimiento de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú. A continuación, analizaremos la información traída a colación por el Proyecto de Ley, a fin de demostrar que no existe en ella fundamento alguno que obligue, ni legitime, al Estado peruano para aprobar la propuesta legislativa planteada.

6.1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Proyecto de Ley cita dos casos en que se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

6.1.1. Caso “*White y Potter vs. Estados Unidos*”

En primer lugar, se hace referencia al pronunciamiento emitido por la CIDH en el caso “*White y Potter vs. Estados Unidos*”, en el cual, menciona el Proyecto, “*la CIDH realizó una interpretación del artículo 4° de la Convención Americana que señala: «Toda persona tiene derecho 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.» [Subrayado nuestro] Al respecto, la CIDH señaló que la inclusión de la palabra «en general», obedecía a un consenso permisivo, por parte de los Estados Partes, de conceder la despenalización del aborto en determinadas circunstancias. En este sentido, estimó que la despenalización del aborto era compatible con la Convención Americana y, en consecuencia, que el derecho a la vida desde el momento de la concepción no posee naturaleza absoluta.”

El caso comentado, comúnmente conocido como caso “*Baby Boy*”, se refiere a una petición presentada en contra de los Estados Unidos. En 1973 una corte de Massachusetts declaró culpable de homicidio sin premeditación a un médico que, previa solicitud de la gestante, practicó el aborto de un niño que reunía las condiciones relativas a la excepción protegible (más de seis meses a partir de la concepción o vivo fuera del vientre) señalada por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En segunda instancia, la Corte Suprema de Massachusetts anuló la primera sentencia, por considerar que no existía prueba suficiente de la temeridad del doctor. Los peticionarios consideraron que esta última decisión violaba el derecho a la vida del concebido, presentando bajo tal argumento la petición ante la CIDH.

Si bien, al resolver este caso, la CIDH falló a favor del Estado denunciado; lo cierto es que en este caso se aplicó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y no la Convención Americana, instrumento último que no había sido –ni ha sido hasta el momento- ratificado por los Estados Unidos.

En segundo lugar, corresponde mencionar que en la resolución del caso la CIDH no se detuvo a analizar la cuestión de si el concebido, a cuyo nombre se presentaba la petición, era considerado persona para efectos jurisdiccionales. Simplemente tomó como hecho no controvertido el que una persona era el sujeto de la presunta violación. Cabe mencionar que algo similar ocurrió en otro caso individual seguido contra el Estado de Canadá²⁷, así como en el caso *Xákmok*, en el cual la CIDH calificó a niños que no llegaron a nacer como “personas fallecidas”²⁸. Evidentemente, el conceder personalidad al concebido para efectos

²⁷ Informe de la CIDH, Admisibilidad, James Demers, Canadá, N° 85/06, Petición 225-04, 2006, párrafos 41 y 42. Disponible en: <<http://www.cidh.org/annualrep/2006sp/canada225.04sp.htm>> (último acceso: 25/04/2015).

²⁸ Demanda de la CIDH ante la Corte IDH, caso Comunidad indígena Xákmok Kásek del pueblo Enxet-Lengua y sus miembros (Caso 12.420) contra la República del Paraguay, 3 de julio de 2009, párrafo 105.

jurisdiccionales, solamente puede tener cabida si previamente se le reconoce la categoría de sujeto de derecho, de lo cual es presupuesto en última instancia la vida humana²⁹.

Por otro lado, siguiendo con lo señalado por el Proyecto, con respecto a la Convención Americana, la CIDH afirmó –en una especie de *obiter dicta*- que la oración “*en general, a partir del momento de la concepción*”, contenida en el artículo 4°, no buscaba reflejar la intención de modificar el concepto del derecho a la vida que prevaleció en la aprobación de la Declaración Americana, es decir, aquel que no especificaba el momento inicial de la vida. Sin embargo, este *obiter dicta* es contrario a lo que previamente había sostenido el comisionado Tom J. Farer –quien estaba entre la mayoría- al comentar el Pacto de San José ante el Congreso de los Estados Unidos en 1979, cuando afirmó que “*Estados Unidos debería rehusarse a aceptar la preclusión categórica del aborto que hace el artículo cuatro*”³⁰. De igual modo, el comisionado Andrés Aguilar pareció reconocer que bajo la Convención Americana no era procedente la práctica de un aborto, pues emitió una opinión concurrente en la que recalcó que él alcanzaba su decisión sólo porque los Estados Unidos no debían ser juzgados a la luz de la Convención, sino solamente de la Declaración, la que permitiría que cada Estado regulara el tema de la protección de la vida durante la gestación³¹. Adicionalmente, afirmó que “*la vida del ser humano comienza en el momento mismo de la concepción y debería merecer desde este momento plena protección, tanto en el derecho interno como en el internacional*”³².

Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que en modo alguno sostuvo la CIDH –como afirma el Proyecto³³- que en virtud de la expresión “*en general*”, la despenalización del aborto fuera en este caso compatible con la Convención Americana. Efectivamente, tanto la CIDH como la Corte IDH han considerado que la expresión “*en general*”, contenida en el

Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.420%20Xakmok%20Kasek%20Paraguay%203jul09%20ESP.pdf> (último acceso: 25/04/2015).

²⁹ Siguiendo a Fernández Sessarego, “«Sujeto de derecho» es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. En la experiencia jurídica –en la dimensión existencial- este ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano, antes de nacer o después de haberse producido este evento, ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas”. Véase: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2004, p. 3.

³⁰ Citado en ALSTON, “The Unborn”, cit. Nota nro. 18, pp. 176-177.

³¹ Caso “*Baby Boy*”, opinión concurrente del Dr. Andrés Aguilar M., párrafos 4, 5 y 7.

³² *Ibidem*, párrafo 8.

³³ Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC, Cit., p. 13.

artículo 4° de la Convención, anota cierto carácter “permisivo”; no obstante, ninguno de dichos órganos se ha ocupado de precisar los alcances de dicho carácter.

Adicionalmente, algo que el Proyecto no menciona es que durante los trabajos preparatorios de la Convención Americana, los representantes de Estados Unidos y Brasil propusieron eliminar toda referencia en el texto del artículo 4° a la concepción como el momento inicial de la vida. Sin embargo, los demás países se opusieron a tal propuesta, lo cual deja muy en claro la postura que mantenían. Cabe mencionar, además, que la inclusión de la alusión a la concepción había sido incluso recomendada por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos³⁴.

Consideramos que, no existiendo –y aun si existiese- un pronunciamiento claro de la CIDH o de la Corte IDH respecto del término “*en general*” del artículo 4° de la Convención, éste debe ser aplicado de manera restrictiva, admitiendo como regla general la defensa de la vida humana desde su concepción. Esta interpretación es no solamente concordante con los trabajos preparatorios de la Convención, sino también con una interpretación literal de la misma, la cual debe observar el principio de *ut res magis valeat quam pereat*³⁵, es decir, debe excluir interpretaciones que tornen superflua la frase “*en general, a partir del momento de la concepción*”.

En consecuencia, haciendo una adecuada aplicación del término “*en general*” del artículo 4°, solamente podría darse cabida a interpretaciones muy restrictivas de una afectación a la vida del concebido. Parte de la doctrina considera³⁶, por ejemplo, que bajo tal ámbito de permisibilidad podrían considerarse como no sancionables a aquellas terminaciones del embarazo que resulten de la aplicación del “principio de doble efecto”³⁷, es decir, los abortos indirectos³⁸.

³⁴ CIDH. Resolución Nro. 23/81, Caso 2141 Estados Unidos, 6 de marzo de 1981, OEA/Ser.L/VII.54 Doc 9 Rev. 1, 16 de octubre de 1981, párrafo 27.

³⁵ En virtud de este principio, “cuando un tratado da pie a dos interpretaciones, de las cuales una permite que el tratado surta los efectos adecuados y la otra no, la buena fe y el objeto y fin del tratado requieren que se adopte la primera interpretación”. Véase: NACIONES UNIDAS, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. Volumen II. Naciones Unidas, Nueva York, 1967, p. 240.

³⁶ Así lo considera, por ejemplo, Álvaro Paúl Díaz. Véase: DÍAZ, Álvaro P. “*Status of the unborn in the American Convention: an interpretive exercise*”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 1, 2012, pp. 61-112.

³⁷ El principio de doble efecto es un principio de razonamiento práctico que sirve para determinar la licitud o ilicitud de una acción que produce o puede producir dos efectos, de los cuales uno es bueno y el otro es malo.

Sin duda alguna, la Exposición de Motivos del Proyecto, hace una errónea interpretación y aplicación práctica deficiente tanto de la Declaración y la Convención Americanas, como del pronunciamiento de la CIDH en el caso “*Baby Boy*”.

6.1.2. Caso “*Paulina vs. México*”

En segundo lugar, la Exposición de Motivos del Proyecto desarrolla otro pronunciamiento de la CIDH, esta vez en el caso “*Paulina vs. México*”, sobre acceso al aborto en un caso de violación. Señala el documento comentado que en este caso “*la Comisión Interamericana aprobó un Acuerdo de Solución Amistosa vinculando el acceso a los servicios de aborto por violación sexual con el derecho a una vida libre de violencia y a la salud.*”³⁹

En esta oportunidad, los hechos se refieren a una menor embarazada como consecuencia de una violación, la misma que, con el consentimiento de su madre, pretendió someterse a un aborto, valiéndose de que las leyes del Estado de Baja California se lo permitían. No obstante, algunos obstáculos fueron opuestos a la realización del aborto legalmente autorizado, lo que determinó que la menor finalmente diera a luz.

Como menciona el Proyecto, el caso concluyó con un Acuerdo de Solución Amistosa entre el Estado de México y Paulina Ramírez. En dicho acuerdo, México reconoció su responsabilidad por no implementar un procedimiento adecuado que permitiera a las mujeres procurarse un aborto legalmente autorizado, se comprometió a implementar dicho procedimiento, y acordó indemnizar a Paulina Ramírez y a su hijo.

Lo relevante para nuestro análisis – y el dato que el Proyecto omite mencionar- es que este caso no se trató de la admisión –o no admisión- del aborto directo en aplicación de la Convención Americana. En esta oportunidad, el aborto era permitido por la legislación nacional del Estado de México, razón por la cual el caso versó en estricto sobre la procedencia de oponer obstáculos a la realización de prácticas abortivas autorizadas por la

Para tal fin, este principio se basa en la relevancia de la distinción entre voluntariedad directa y voluntariedad indirecta. Véase: MIRANDA MONTESINOS, Alejandro. “*El Principio del Doble Efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico*”, en: Revista Chilena de Derecho, Volumen 35, Número 3, Santiago, 2008.

³⁸ Es menester distinguir entre el “aborto indirecto” y el –erróneamente llamado- “aborto terapéutico”. Mientras que el primero se presenta como una consecuencia no deseada de una intervención médica dirigida exclusivamente a proteger la vida o salud de la madre; el segundo es resultado de una práctica directamente encaminada a provocar la muerte del no nacido, siendo por ello antijurídico.

³⁹ Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC, Cit., p. 13.

ley nacional. En tal sentido, la Comisión no desarrolló explícitamente doctrina sobre el estatus del concebido.

6.1.3. Los pronunciamientos de la CIDH no son vinculantes para el Perú

Sin perjuicio de que hemos verificado que los pronunciamientos de la CIDH citados por el Proyecto, en modo alguno elevan razón para que los Estados partes de la Convención Americana deban desproteger el derecho a la vida; cabe recordar una cuestión de mayor importancia aún.

Lo cierto es que ninguna opinión o pronunciamiento de la CIDH es concluyente, en vista a que es la Corte Internacional de Derechos Humanos quien tiene la facultad –en principio– de fijar las interpretaciones definitivas de los instrumentos internacionales del Sistema Interamericano. Al desarrollar su labor, este tribunal no está obligado a ceñirse a las interpretaciones que de la Convención Americana haga la CIDH. Por el contrario, no es poco frecuente que la Corte rechace alegaciones jurídicas de la Comisión, entre las que se hallan algunas interpretaciones del Pacto de San José⁴⁰.

De acuerdo con su propio Estatuto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos está facultada únicamente para emitir recomendaciones, informes, opiniones, y conclusiones, no siendo ninguno de éstos de carácter obligatorio sino meramente exhortante hacia los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴¹.

6.2. Sistema Universal de Derechos Humanos

Por último, la Exposición de Motivos del Proyecto recurre a algunas observaciones generales emitidas por órganos de seguimiento de los tratados internacionales del sistema de las Naciones Unidas. En tal sentido, se citan opiniones del Comité de Derechos Humanos, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, del Comité contra la Tortura, y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Si bien es cierto que, en los tiempos recientes, estos organismos internacionales han adoptado opiniones que podrían favorecer o alentar la legalización o despenalización del

⁴⁰ DÍAZ, Álvaro P., Cit.

⁴¹ Artículo 19° del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos humanos.

aborto en los Estados respectivos; el hecho es que tales pronunciamientos no se ciñen a los tratados internacionales que dieron origen a estos órganos, ninguno de los cuales desprotege el derecho a la vida del ser humano. Sin perjuicio de ello, la cuestión realmente relevante para nuestro análisis es que ninguno de estos órganos puede emitir pronunciamientos vinculantes para el Estado peruano.

Si recurrimos a los textos legales que dieron origen a estos organismos -que son, justamente, los tratados internacionales de derechos humanos-, veremos que ninguno de los informes, recomendaciones u observaciones que puedan emitir el Comité de Derechos Humanos⁴², el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁴³, el Comité contra la Tortura⁴⁴, o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁵, puede tener carácter vinculante para los Estados partes de dichos instrumentos.

En consecuencia, debe recordarse que lo que vincula al Estado peruano son los tratados internacionales que ha ratificado, y no las opiniones que pudieran tener los órganos creados para el seguimiento de dichos instrumentos. En tal sentido, no existe fundamento jurídico alguno que obligue, ni tampoco legitime, a un Estado soberano como el Perú para despenalizar el aborto como pretende el Proyecto de Ley N° 3839-2014-IC.

V. Conclusiones

La situación de una mujer víctima de una violación sexual que, como consecuencia de ésta, ha quedado embarazada, es gravemente preocupante e impera al Estado peruano a tomar medidas de respuesta y de prevención frente a las prácticas contrarias a la libertad sexual.

⁴² Artículo 41° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴³ Artículo 21° de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

⁴⁴ Artículos 19°, 20°, 21° y 22° de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

⁴⁵ Artículo 21° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La comisión de una violación sexual vulnera y afecta no solamente al bienestar de la mujer víctima, sino también al del niño concebido producto de tal violación, quien se encontrará en la misma situación vulnerable que su madre. Adicionalmente, una afectación a los derechos de los niños que se produce en el escenario de una violación sexual, es la vulneración a su derecho a la vida, a través de la práctica de un aborto.

El Proyecto de Ley N° 3839-2014-IC, que pretende despenalizar el aborto en los casos de embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas, es claramente contrario al ordenamiento jurídico peruano, tanto en sus esferas interna como internacional, por cuanto en ambas se protege expresamente el derecho a la vida desde la concepción.

Tanto el ordenamiento jurídico internacional vinculante para el Perú, como el ordenamiento jurídico interno, reconocen claramente la calidad de persona humana del concebido, de lo cual derivan su reconocimiento expreso como sujeto de derecho.

Tanto el ordenamiento jurídico internacional vinculante para el Perú, como el ordenamiento jurídico interno, afirman el derecho a la igualdad y no discriminación de todo ser humano, lo que proscribire toda distinción de protección legal entre el ser humano nacido y el por nacer.

El exigir a una mujer gestante respetar el derecho a la vida del concebido, incluso bajo circunstancias que puedan implicar dificultades, no atenta contra los derechos de aquélla al respeto de su dignidad, al libre desarrollo de su personalidad, a la igualdad y no discriminación, a la salud, ni contra ningún otro derecho de ella. Más bien coloca a la mujer en una situación de vulnerabilidad aún mayor, por lo que tendrá que cargar no sólo con el

trauma psicológico y las consecuencias físicas de la violación sino también con las del aborto.

Los informes, opiniones, observaciones y demás pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, carecen de efecto vinculante respecto del Estado peruano. En tal sentido, aun cuando dichos organismos pudieran haber emitido opiniones contrarias a la protección del derecho a la vida – vulnerando así los textos legales de los instrumentos internacionales que les dieron origen-, estas últimas no obligan, ni tampoco legitiman al Estado peruano para disminuir la protección legal otorgada a la vida humana.

No existe fundamento jurídico alguno que obligue, ni tampoco legitime, al Estado peruano para aprobar el Proyecto de Ley N° 3839-2014-IC, por lo que debe archiversse.