

¿REALMENTE ALGUIEN ESTÁ A FAVOR DEL ABORTO?

28 DE SETIEMBRE: DÍA POR LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE¹

Gisela Fernández Rivas Plata

Abogada del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ) PUCP

Educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto para no morir.²

Origen de la campaña

Desde la década de 1980, las mujeres latinoamericanas y caribeñas se han reunido anualmente para discutir sobre los derechos sexuales y reproductivos en el marco de la lucha por la equidad de género. Fue en el V Encuentro Feminista de Latinoamérica y el Caribe, realizado en Argentina en 1990, que se creó el Día por la Despenalización del Aborto en América Latina y el Caribe.

Se eligió el 28 de setiembre a petición de Brasil, pues este país celebra ese día la promulgación de la «Ley de los vientres libres», la cual, en el siglo pasado, estableció la libertad de todos los niños y niñas nacidos de mujeres esclavas.³ Aunque la fecha fue oficializada en 1990, es recién a partir de 1993 que se inicia la Campaña por la Despenalización del Aborto en América Latina y el Caribe.

La naturaleza del debate

La discusión sobre la despenalización del aborto se concibe en términos de estar a favor o en contra de este, pero así se constituye un falso dilema, pues no existen personas que estén a favor o en contra. El aborto nunca es un resultado que las personas deseen, no se trata de una simple elección.

El verdadero dilema es condenar o no condenar a la mujer que aborta, esa es la discusión sobre la que se presentan distintas posiciones. Habrá quienes creen que la solución al problema del aborto es condenar a la mujer que lo practica, mientras otros pensarán que no.⁴

Nos enfrentamos a dos preguntas básicas: ¿la respuesta del Estado debe ser meramente punitiva? Y ¿se trata de un problema referido solo al derecho a la vida del no nacido, entendido este como derecho absoluto?⁵

La despenalización del aborto desde la perspectiva jurídico-penal

1. Conceptos jurídico-penales necesarios para hablar sobre despenalización

El Código Penal Peruano, en su parte especial, capítulo II, título I —«Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud»—, entre los artículos 114 a 118 considera que el aborto es un delito y le otorga una pena no mayor de dos años a la mujer que se lo realiza o consiente que se lo practiquen. Si no media consentimiento de la mujer, la pena puede llegar a cinco años, y existen numerosos agravantes para los profesionales de la salud.

El artículo 119 señala que el aborto no será punible cuando sea «el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente»; además, deberá ser practicado por un médico y contar con el consentimiento de la mujer. Asimismo, el artículo 120 señala las figuras atenuadas —penas no mayores de tres meses—: «aborto ético», cuando el embarazo es producto de violación sexual fuera del matrimonio; y

¹ El contenido del presente trabajo no representa la postura del CICAJ ni compromete su posición institucional como unidad parte de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

² Eslogan utilizado en las campañas llevadas a cabo en Argentina por las activistas de agrupaciones feministas.

³ Colectivo Mujer y Salud. *Entre la ilegalidad y los derechos. Reflexiones sobre la despenalización del aborto*. Serie Aportes para el Debate. Santo Domingo: Colectivo Mujer y Salud, 1997, p. 7.

⁴ Faúndes, Anibal. *El falso dilema de estar a favor o en contra del aborto*. Serie Aportes al Debate n.º 3. Montevideo: 2004, p. 17.

⁵ Villanueva Flores, Rocío. «El aborto: un conflicto de derechos humanos». En *Derechos humanos de las mujeres. Aproximaciones conceptuales*. Serie Mujer y Derechos Humanos n.º 2. Lima: Manuela Ramos, p. 191.

«aborto eugenésico», «cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico».

Pero ¿por qué estas conductas se encuentran tipificadas⁶ en el Código Penal?

El Derecho Penal protege bienes jurídicos de especial relevancia y señala las sanciones que se deben aplicar cuando se atenta contra estos. Al atentar contra un bien jurídico penalmente protegido, se configura un delito,⁷ que es toda conducta que el legislador sanciona con una pena.⁸

Despenalizar es eliminar toda sanción penal sobre determinada conducta tipificada en el Código Penal. Es decir, que una acción que era considerada por un Estado como delictiva deja de serlo.

Pero ¿cómo una conducta se convierte en delictiva? Es decir, ¿cómo una conducta llega a constituir una norma penal?

La norma es toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia.⁹ Un fragmento del ordenamiento jurídico se refiere a las conductas que más gravemente atacan a la convivencia humana; por ello, esas conductas son sancionadas con el medio más duro del que dispone el aparato represivo del poder estatal: la pena, el mal que impone el legislador por la comisión de un delito a los culpables de este.¹⁰

Este poder punitivo que tiene el Estado (*ius puniendi*) permite que se den y se apliquen normas penales con la finalidad de castigar conductas que dañen bienes de especial relevancia. Este poder no es ilimitado sino que debe tener ciertos límites en función del respeto a los derechos fundamentales. Esta limitación estará dada por determinados principios, como el de «intervención mínima».

Este señala que el Derecho Penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las «perturbaciones» del orden jurídico serán materia de otras ramas del Derecho.¹¹

Así, no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidas por el Derecho Penal; este castigará solo las acciones más graves contra los bienes jurídicos más relevantes. Este es el carácter «fragmentario» del Derecho Penal, que no se encarga de toda la gama de acciones prohibidas por el Estado sino solo de algunas, dejando sin castigo las acciones meramente inmorales, pues es deber del Estado «garantizar el orden externo y no tutelar moralmente a sus ciudadanos».¹²

Tampoco se encargará de sancionar penalmente todos los comportamientos que lesionen bienes jurídicos cuando la protección de estos se pueda conseguir —incluso con mayor eficacia— mediante otros instrumentos jurídicos no penales.¹³ Esto es lo que en el Derecho se conoce como *ultima ratio* («última razón»): el uso del Derecho Penal como último recurso ante la imposibilidad de solucionar el problema por otra vía.

Por tanto, el Derecho Penal es la «última razón» cuando fracasan todas las otras instancias de control del Estado para que una persona adecue su conducta a lo esperado socialmente. Así, si fracasan los medios de control propios de la sociedad civil —educación, familia, religión—, entrará a tallar el Derecho. Pero el Derecho Penal no será el primer interventor sino que lo antecederán el Derecho Civil y el Administrativo; solo en caso de que estos fracasen se recurrirá al último instrumento: el Derecho Penal. Esto es así debido a la gravedad de sus consecuencias.¹⁴

⁶ Es decir, señaladas como conductas típicas, el primer elemento para la constitución de una conducta como delictiva. La conducta delictiva, para ser tal, deberá ser típica, antijurídica y culpable.

⁷ La protección del bien jurídico como eje central del Derecho Penal es propia de la Teoría de la Imputación Objetiva, propuesta por el profesor alemán Claus Roxin, y constituye la tendencia mayoritaria; sin embargo, en el extremo opuesto está el profesor alemán Gunther Jackobs quien «reduce la función protectora al mero restablecimiento de la vigencia de la norma». Quienes apuestan por la primera postura consideran que la última pierde de vista que, detrás de la norma, siempre habrá un interés o bien jurídico; sin este, la norma se vuelve vacía de contenido e impide la posibilidad de ser criticada (Jackobs, Gunther. *Derecho Penal*. Tomado de Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. *Derecho Penal. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 67.

⁸ Recurrimos a una definición jurídica pues, tal como señala Muñoz Conde, «Todo intento de definir el delito al margen del derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión o moral». Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*. Santa Fe de Bogotá: Themis, 1999, p. 1.

⁹ Esta convivencia es el resultado de un proceso en el que el ser humano renuncia a sus impulsos egoístas a cambio de que la comunidad con los demás le posibilite un mejor desarrollo de su personalidad y los medios necesarios para su supervivencia. Véase Muñoz Conde y García Arán, obra citada, pp. 34-36.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 36 y 51.

¹¹ *Ibidem*, p. 79.

¹² *Ibidem*, p. 89.

¹³ *Ibidem*, p. 90. Este punto no solo sirve para esclarecer la naturaleza de *ultima ratio* propia del Derecho Penal sino que señala el eje central del principio de protección de bienes jurídicos, al que haremos referencia más adelante.

¹⁴ Ugaz, José. *Los aportes del Derecho Penal y la despenalización del aborto*. Mesa redonda organizada por el Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán y el Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer DEMUS el 14 de octubre de 1999 en Lima, p. 36.

En síntesis, podemos decir que:

- La *despenalización* consiste en eliminar toda sanción penal sobre determinada conducta que, en un momento previo a esta eliminación, constituía conducta delictiva o hecho punible —conducta humana prohibida o exigida en la ley penal mediante la conminación de una sanción—. ¹⁵ Con relación al aborto, garantizaría que el Estado no sancionara a nadie por solicitarlo o practicarlo.
- El uso del Derecho Penal es la expresión del poder punitivo que tiene todo Estado de Derecho.
- Este poder punitivo o *ius puniendi* tiene límites: el *principio de mínima intervención*, que derivará en el *uso fragmentario* del Derecho Penal, sancionará solo las conductas más graves que atenten contra los bienes jurídicos de mayor envergadura; y en su naturaleza de *ultima ratio*, es decir, únicamente cuando no exista otra posibilidad de actuación por parte del Estado que resulte eficaz.

2. Idoneidad de la penalización de una conducta como ejercicio del poder punitivo del Estado

a) Importancia de la función de la norma penal

«La norma es toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia». ¹⁶ Por tanto, mientras la norma penal posibilite una mejor convivencia, será funcional; cuando se convierta en perturbadora de aquella, disfuncional. ¹⁷

La realidad muestra que la penalización del aborto constituye una norma disfuncional, pues lejos de facilitar la convivencia al interior de la sociedad, la está anulando. Ello se refleja en:

- El Estado, al penalizar el aborto, incurre en una conducta discriminatoria, pues al prohibir su práctica, solo quedarán dos opciones: recurrir a abortos en condiciones poco seguras —procedimientos empíricos y en malas condiciones de asepsia— o pagar fuertes cantidades por tener acceso a un aborto seguro en una clínica privada. Es evidente que a este segundo supuesto accederá únicamente el sector

con ingresos económicos más altos, mientras que los sectores más deprimidos de la población ¹⁸ se verán involucrados en el primer supuesto. Esto trae consigo una violación al principio de igualdad y al mandato de no discriminación por parte del propio Estado.

- La penalización del aborto como ejercicio del poder punitivo estatal no viene siendo eficiente, pues las tasas de abortos clandestinos no han disminuido: no motiva a las mujeres a no practicarlo, sino que motiva a practicarlo en condiciones insalubres. Los porcentajes se han mantenido, y posteriormente han aumentado en forma proporcional al aumento de la población. ¹⁹
- La penalización del aborto genera mayores gastos al Estado, pues si no se produjera el elevado número de abortos inseguros que actualmente ocurren, no se tendría que dedicar tal cantidad de recursos hospitalarios a atender a las mujeres que acuden por casos de abortos incompletos o mal practicados. ²⁰
- La penalización del aborto afecta directamente la salud de las mujeres que se lo deben practicar en condiciones insalubres y/o poco seguras. Muchas de ellas quedan con lesiones permanentes o imposibilitadas de volver a quedar embarazadas.

¹⁸ «Aquellos carentes no sólo de recursos económicos, sino también de educación, cultura, acceso a los servicios y por lo tanto de oportunidades». Gutiérrez, Miguel. Conciencia social sobre el aborto. Mesa redonda organizada por el Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán y el Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer DEMUS el 14 de octubre de 1999 en Lima.

¹⁹ Es difícil contar con cifras exactas que señalen la tasa de abortos clandestinos producidos en países como el nuestro, ya que al tratarse de una conducta penada, la mujer que recurrió a esta práctica usualmente no querrá reconocerlo. Diversas instituciones han señalado que en nuestro país presumiblemente se practican 400 mil abortos al año. Lamentablemente, no contamos con estudios actuales que aporten cifras exactas; sin embargo, el informe titulado «El aborto clandestino en el Perú. Hechos y cifras» señaló, de acuerdo con sus proyecciones, que en el Perú deben practicarse anualmente 352 mil abortos. Ferrando, Delicia. *El aborto clandestino en el Perú. Hechos y cifras*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán y Pathfinder International, 2002. p. 25.

²⁰ Este punto se refiere específicamente al gasto en el que incurren los servicios de salud de aquellos Estados en los cuales el aborto constituye delito. En el caso peruano, estamos aún un paso más atrás, pues en numerosas ocasiones los médicos son reacios a atender las complicaciones producidas por abortos mal practicados o incompletos, por miedo a las sanciones penales que les podría acarrear este tipo de atención. En países como Uruguay, este gasto sí puede ser calculado; en efecto, algunas fuentes han señalado que el hecho de que el aborto sea ilegal aumenta diez veces el costo de la atención de sus complicaciones. Faúndes, obra citada, p. 23.

¹⁵ Bramont Arias, Luis A. y Luis A. Bramont-Arias Torres. *Código Penal anotado*. Lima: San Marcos, 1995. p. 42.

¹⁶ Véase la nota 8.

¹⁷ Muñoz Conde y García Arán, obra citada, p. 64.

- Los abortos clandestinos constituyen una de las causas más frecuentes de muerte materna en los países en los que la práctica es sancionada penalmente y no se cuenta con legalización alguna.²¹

En síntesis, la reivindicación del aborto —su despenalización— no implica promocionarlo sino señalar que el papel del Estado no es prohibir su práctica sino prevenir que se llegue a esta.

b) *Importancia de la protección del bien jurídico*

A la norma penal le corresponde una función esencialmente protectora.²² La diferencia entre esta y las demás normas es la especial gravedad que implica la aplicación de la norma penal frente al resto, lo cual confirma su naturaleza de última ratio. Pero ¿qué protegen estas normas? Bienes jurídicos, que son entendidos como «aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social».²³

Ante esto, se podría decir que la penalización del aborto se justifica en tanto el bien jurídico protegido sería la vida del no nacido. Sin embargo, el tema no es tan sencillo, pues entonces quienes apuestan por la despenalización del aborto podrían señalar que:

- Al ser los bienes jurídicos presupuestos que las personas necesitan para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad, el feto no estaría en capacidad de decidir eso. Por el contrario, ¿penalizar la conducta no resultaría un impedimento para la autorrealización de la mujer que esta frente a un embarazo no deseado?
- Al revisar el Código Penal, el delito de homicidio —protección de la vida independiente— castiga hasta con veinte años de pena privativa de libertad a su autor; el asesinato puede alcanzar los treinta años de pena. Por tanto, ¿la penalización del aborto tiene como verdadero fin defender la vida? ¿Se trata de una defensa del bien jurídico vida o de degradar moralmente a las mujeres que no desean cumplir con

el rol que les corresponde en lo que a prestaciones reproductivas se refiere?²⁴

- Finalmente, el artículo 120 del Código Penal —tipos atenuados— se refiere al embarazo producto de violación sexual *fuera del matrimonio*, siempre que los hechos sean denunciados y/o investigados por la policía. *Sensu contrario*, si se trata de una violación sexual *dentro del matrimonio*, ¿el aborto no configuraría el tipo atenuado? Si la norma protege la vida del no nacido, ¿no está haciendo un trato diferenciado de naturaleza subjetiva? ¿O es que el Derecho considera que la vida de algunos no nacidos vale más que la de otros?²⁵

Existencia de un conflicto de derechos

Las preguntas abiertas señaladas anteriormente denotan la existencia de un conflicto de derechos. Aunque nuestro análisis ha partido desde el Derecho Penal, no podemos ignorar el ya conocido enfrentamiento entre la vida del no nacido y la vida y/o salud, libertad de elegir y dignidad de la madre. Se trata de un conflicto de derechos; por tanto, en algunos casos prevalecerá uno y en otros, el otro.

Los tipos comunes denotan la primacía de la vida del *nasciturus* frente a la vida, salud y/o decisión de la madre. En los supuestos típicos atenuados, para el legislador ha primado la vida del no nacido sobre la de la madre, mientras que frente al tipo exculpante, el legislador ha preferido la vida de la madre a la del no nacido.

Se entiende, entonces, la interrupción del embarazo como una situación de conflicto de derechos en la que,

²⁴ Smaus, Gerlinda. «Análisis feministas del Derecho Penal». En *Contradicciones entre Derecho y control social*. Barcelona: M. J. Bosch y Goethe Institut, 1998, p. 82. La autora señala una situación similar contenida en el artículo 218 del Código Penal alemán, y afirma que su especial flexibilización refleja que no se trata de la protección de la vida *non nata* o de un control de hecho de la reproducción natural, sino de un intento de degradar moralmente a la mujer, de mantenerla en el lugar que se le ha asignado.

²⁵ ¿Existe alguna diferencia entre abortar un feto del cónyuge que el de un extraño? El tema aquí es el embarazo no deseado, el atentado contra la libertad sexual y el ejercicio de los derechos reproductivos, y no la naturaleza legal del padre. Para Jennie Dador, la ley penal en este supuesto no protege la vida del *nasciturus* sino el orden social implantado, en tanto los niños deben nacer al interior de un matrimonio. Dador, Jennie. «El debate legal sobre el aborto». En *Historia, confluencias y perspectivas. Veinticinco años de feminismo en el Perú*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 2004, p. 153. Para nosotros, esta práctica no pasa por considerar a la mujer sujeto en sus relaciones afectivas sino que se la sigue tratando como si fuera un objeto.

²¹ En 1999, la OMS señaló que cada año ocurren 20 millones de abortos y que, como resultado de complicaciones de abortos inseguros, mueren 70 mil mujeres. Asimismo, el aborto es considerado la causa más frecuente de muerte materna. Gutiérrez, obra citada, pp. 18-19.

²² Muñoz Conde y García Arán, obra citada.

²³ *Ibidem*, p. 65.

en algunas circunstancias, el derecho de la mujer puede primar frente al derecho del no nacido, lo cual no implica que el feto no tenga derechos. Ello debido a que no son equiparables un aborto temprano con otro tardío; así, si se toma al cigoto inmediatamente después de su «concepción», su pérdida no genera demasiada inquietud, más aún cuando muchos cigotos ni siquiera llegan a implantarse sino son expulsados sin que la mujer se dé cuenta.²⁶ Distinto es el caso de un neonato. Por tanto, nadie niega que el no nacido tenga derechos, sino que, dependiendo del caso, prevalecerán los derechos de este o de la madre.

Este conflicto ha sido materia de discusión frente a dos sistemas que plantean la posibilidad de la práctica del aborto: el sistema de plazos y el de indicaciones. El primero plantea la posibilidad de la práctica de aborto por un lapso determinado, y conforme aumentan los meses de gestación, se reducen los supuestos permitidos. El segundo, al que se adscribe nuestro Código Penal, señala determinados supuestos como permitidos. En el caso peruano, el legislador sólo ha previsto un supuesto: el aborto terapéutico.

Prohibición, penalización y legalización

Entonces, ¿afirmamos que debe despenalizarse en unos supuestos y no en otros? No. Desde un inicio, hemos afirmado que el Derecho Penal no lleva ningún aporte a

la problemática del aborto; sin embargo, ello no quiere decir que todos los supuestos de aborto deban ser permitidos sino sólo que no deben ser penalizados, pues:

- El despenalizar el aborto no implica su realización en todos los casos. Cuando se habla de despenalizar, se refiere a eliminar del Código Penal la conducta; es decir, se busca que deje de ser típica, antijurídica y culpable para la mujer que consiente su práctica o para el médico que, a su solicitud, le practica un aborto. Por tanto, despenalizar no implica permitir en todos los supuestos, ya que el Estado cuenta con diversos mecanismos de control social y únicamente recurre al Derecho Penal en casos extremos.
- Luego de despenalizarlo, habrá que ocuparse de su legalización, pues la sola despenalización genera un estado de indefensión para quienes necesitan practicarse un aborto y no cuentan con los medios económicos que les permitan un fácil acceso a una práctica de aborto segura. Por ello, consideramos que la legalización debiera ser acompañada con un sistema de plazos. De ese modo, respetamos las diferencias entre un cigoto y un neonato, dándole más valor a este último; permitimos la práctica del aborto en todos los supuestos únicamente durante determinado periodo; y prohibimos y/o restringimos a la máxima expresión su práctica en el periodo final del embarazo.²⁷ ■

²⁶ Villanueva F, Rocío. «El aborto: un conflicto de derechos humanos». En *Derechos humanos de las mujeres. Aproximaciones conceptuales*. Serie Mujer y Derechos Humanos n.º 2. Lima: Manuela Ramos y UNIFEM, 1995.

²⁷ Esto podría ser tomado de la conocida sentencia *Roe versus Wade* dada por la Corte Suprema de Estados Unidos, en la cual esta instancia distinguió tres trimestres en la gestación. En el tercero, el período en el cual el feto ya es viable, prohibió la práctica del aborto; es decir, no la penalizó, pero tampoco la legalizó. *Ibidem*, pp. 197-202.