

Justicia de Género

El derecho a la vida del concebido y la regulación del aborto

Presentación

En el año 2005, con la emisión del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el caso KL, se hizo pública la necesidad de que el Estado peruano adopte las medidas para que las mujeres puedan ejercer su derecho al aborto terapéutico. Ello, no solo permitió una mayor sensibilización social sobre el tema, sino también la reacción de aquellos grupos conservadores, quienes invisibilizando los derechos de las mujeres, se han permitido cuestionar su derecho a abortar legalmente, el que está vigente desde el año 1924.

DEMUS, a través de esta publicación, busca dar elementos que ayuden a interpretar nuestra Constitución, y en especial, el reconocimiento que ésta hace del derecho a la vida del concebido. Como se podrá observar del artículo desarrollado por la Dra. Jeannette Llaja, nuestros constituyentes tenían como objetivo regular el aborto, más allá de reconocerle derechos al concebido, sin embargo, siempre tuvieron la preocupación de preservar el aborto terapéutico.

Los hallazgos de la Dra. Llaja, también nos muestran la necesidad de cimentar el Estado Laico que la Constitución de 1979 y la Constitución de 1993 reconocieron. Es indispensable que nuestras autoridades tengan como parámetros de actuación los derechos humanos y no sus creencias religiosas. Solo así, los derechos humanos también pertenecerán a las mujeres.

DEMUS,
Estudio para la Defensa
de los Derechos de la Mujer
Jr. Caracas 2624 - Jesús María
4631236

Lima, enero 2009

Esta publicación ha sido posible gracias
al apoyo de Hivos.



derecho a la vida del conceb

Índice

I. Introducción	Pág. 3
II. Presupuestos de análisis	Pág. 4
III. Antecedentes jurídicos al reconocimiento constitucional del no nacido.	Pág. 6
IV. Tratamiento constitucional del no nacido: Constituciones de 1979 y 1993.	Pág. 10
V. Discurso de los Constituyentes de 1978 y de 1993	Pág. 12
VI. Reflexiones finales.	Pág. 20

ido y regulación del aborto

El Derecho a la vida del concebido: la regulación constitucional del aborto. Una mirada al proceso constitucional de 1979 y 1993.

Jeannette Llaja Villena¹

I. Introducción

Algunos de los recursos que facilitan la lectura de la Constitución son los métodos de interpretación constitucional, los que han sido sistematizados por la doctrina o incluso la jurisprudencia constitucional. Uno de los más conocidos es el “método histórico”, el que consiste en *“analizar los antecedentes de las normas con la finalidad de encontrar su sentido presente”*². Así, las discusiones dadas en el marco de un debate constituyente dejan de tener un sentido ilustrativo o incluso anecdótico, para pasar a convertirse en una herramienta de debate respecto a temas pendientes. Este método interpretativo debe ser utilizado luego de ser sometido a la crítica de la realidad social del momento en que se aplica el Derecho; en ese sentido, servirá *“si las condiciones históricas no han variado, pero deberán dejarse de lado si la realidad actual aconseja una interpretación distinta que en el momento de aprobación de la norma y a sus antecedentes”*³.

Una discusión vigente, y en la que aportaremos a través de la utilización del método histórico de interpretación constitucional, es el reconocimiento del derecho a la vida del concebido y sus implicancias en la regulación del aborto. Discusión vigente no solo por el permanente cuestionamiento de los organismos internacionales de protección de derechos humanos a la regulación estatal actual; sino, y fundamentalmente, por las consecuencias que tiene en la vida concreta de las mujeres peruanas.

La inquietud que genera esta reflexión surge al observar lo ocurrido en octubre del año 2002, cuando por 78 votos a favor y 8 en contra, el Congreso peruano aprobó la propuesta de modificación del artículo 2 inciso “a” de la Constitución en los términos siguientes:

“Art. 2.- Toda persona tiene derecho:

A la vida, a su identidad, integridad moral, psíquica y física y al libre desenvolvimiento de su personalidad. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

*Se prohíbe la pena de muerte. **Está prohibido el aborto, salvo la excepción permitida por ley**”.* (resaltado nuestro)

Este proceso de reforma constitucional, finalmente frustrado, habría convertido al Perú en el único país que reconocía la calidad de “sujeto de derechos” al concebido⁴ y, a la vez, restringía el aborto desde su Carta Fundamental. Situación que no solo evidencia la posición conservadora que primó en un espacio y momento

¹ Abogada feminista. Responsable de la Línea Jurídica de DEMUS.

² Rubio Correa, Marcial. La interpretación de la constitución según el Tribunal Constitucional. Lima, PUCP, 2005, Pág. 436.

³ Ibidem. Pág. 439.

⁴ Estatus jurídico que, como veremos en el documento, tiene desde la Constitución de 1993.

derecho a la vida del conceb

determinado, sino que constituye una clara violación de derechos humanos y una contradicción a las observaciones que, ya en el año 2002, habían emitido el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer⁵, ambos del Sistema Universal de protección de los derechos humanos. En esa oportunidad, casi no se abordó los derechos y la situación de las mujeres que deciden abortar; por el contrario, basándose en el derecho a la vida del concebido, se manipuló información científica y se presentaron argumentos que reivindicaban la religión católica, evidenciando así la precariedad de nuestro Estado laico.

Para nosotras es importante retroceder en el tiempo y analizar el marco normativo que acompañó el proceso de aprobación de las Constituciones de 1979 y 1993, así como el discurso de los políticos que tuvieron la misión de formularlas y aprobarlas. Estas constituciones, a diferencia del proyecto aprobado en el año 2002, han regido la vida de las mujeres peruanas en los últimos 28 años.

Consideramos que el análisis de lo mencionado, nos permitirá remirar e interpretar el “derecho a la vida” que la Constitución de 1993 ha reconocido al concebido, de una manera más acorde con los derechos fundamentales que esta carta constitucional también reconoce a la mujer gestante.

II. Presupuestos de análisis

Si bien el fenómeno jurídico se presenta como neutral, la perspectiva crítica del derecho ha demostrado que esa característica suele ser más una aspiración que una realidad. Lo mismo sucede con las personas que se acercan a analizar el fenómeno jurídico, quienes llevan consigo enfoques y conceptos aprehendidos, así como expectativas que nutren su diagnóstico final. Es por esta razón que antes de analizar los procesos de construcción constitucional de los años 1979 y 1993, consideramos importante dar cuenta de aquellos presupuestos que acompañan nuestro trabajo.

a. El alcance de la Constitución.

Juan Espinoza, en su libro “Derecho de Personas” señala que es *“unánimemente admitido a nivel legislativo, que las Constituciones consagran los derechos y los deberes de las personas, en forma general, para dejar a otros cuerpos legales, de menor jerarquía que regulen dichos derechos y deberes de una manera más detallada y pormenorizada”*⁶. Consideramos que ésta es una posición pertinente frente a la pretensión de regular constitucionalmente el aborto, la que debería estar regulada, si fuera necesario, solo a nivel infra constitucional.

b. La regulación del aborto nos enfrenta a un conflicto de derechos.

Toda discusión sobre el tema de aborto debe considerar no solo el interés constitucional de proteger al concebido sino también los derechos de las mujeres que los gestan. Omitir ese análisis, independientemente al resultado, da cuenta de una cosificación de la experiencia femenina.

⁵ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú del 8 de noviembre de 1996, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú del 15 de noviembre de 2000, Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al tercer y cuarto informe periódico del Perú del 8 de julio de 1998, y las Observaciones finales del Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer al Quinto informe periódico del Perú del 15 de agosto de 2002.

⁶ Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de las Personas. Lima, Editorial Huallaga, 2001. Pág. 52.

ido y regulación del aborto

La Constitución de 1993 ha reconocido el estatus de “sujeto de derechos” al concebido, de ahí que sea evidente el conflicto de derechos al que se ven enfrentados los legisladores al momento de regular penalmente el aborto. Sin embargo, aun cuando el concebido no tenga la calidad de sujeto de derechos se ha reconocido la existencia del conflicto. El Tribunal Constitucional Español, en su sentencia Nro. 53/1985⁷, señaló:

“se trata de graves conflictos de características singulares, no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del nasciturus, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello, en la medida 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”⁸

En el Perú, hasta el momento, el ordenamiento infra constitucional ha establecido la primacía del derecho a la vida del concebido salvo cuando se enfrenten al derecho a la vida o al derecho a la salud física y mental de la mujer gestante. Esta decisión no necesariamente es compartida por los demás Estados. Por ejemplo, el 10 de mayo de 2006, la Corte Constitucional colombiana priorizó los derechos de la mujer cuando ésta ha sido víctima de violación sexual, cuando el feto es incompatible con la vida y cuando se pone en riesgo su vida y su salud física y mental. Asimismo, el 24 de abril de 2007, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de México aprobó la ley que despenaliza el aborto hasta la semana 12 de gestación (art. 144 del Código Penal DF), decisión que fue declarada constitucional por la Suprema Corte de Justicia de México en agosto de 2008.

c. La presencia de jerarquía eclesial en el debate sobre aborto.

Guillermo Nugent⁹ señala que en la mayor parte de los países de América Latina, desde la formación de las repúblicas en el siglo XIX, predomina una cultura política que puede ser caracterizada como un ordenamiento tutelar castrense-clerical. El tutelaje no solo ha provocado la sistemática crisis de legitimidad de las normas de tipo consensual sino que ha permitido la sobrevivencia de un Estado, cuyas instituciones políticas y económicas no han sido gobernadas por una elite (los mejores). De ahí que cualquier crítica que tienda a despojar a estas instituciones (militares e iglesia) de su carácter tutelar no es vista como un tema puntual de polémica sino como una amenaza a la posibilidad misma de orden social.

El autor señala que la presencia de la iglesia católica en la escena política es precisamente la de ese rol tutelar de los sentimientos cívicamente aceptables,

⁷ Defensoría del Pueblo. Los derechos de la mujer en la jurisprudencia constitucional comparada Volumen 1. Lima, Forma imagen, 2000. Págs. 225 – 289.

⁸ Ibid. Págs. 267 y 268.

⁹ Nugent, Guillermo. Del perdón a la tolerancia. Una crítica de la cultura pública del tutelaje. Pág. 4. En: yxx. Iguales pero Diferentes. Año 3 Nro. 7. Lima, DÉMUS, 2002.

derecho a la vida del conceb

especialmente en el terreno de la sexualidad y la salud reproductiva. Una de sus consecuencias es la supresión del pluralismo y la persistente negativa a reconocer que vivimos en un universo donde existen otras religiones y además otras versiones del mismo cristianismo¹⁰.

Asimismo, Víctor Prado señala que la posición de la Iglesia ha tenido un peso gravitante en las decisiones políticas del Estado en materia de aborto, él da cuenta que las Constituciones anteriores a la Carta Magna de 1979 establecían que *“Respetando los sentimientos de la mayoría nacional, el Estado protege la religión Católica, Apostólica y Romana”*, por lo que toda pretensión estatal de liberalizar el aborto fuera de los preceptos eclesiásticos hubiera sido considerada anticonstitucional¹¹.

Este acercamiento a la Iglesia Católica como ente político explica el rol que ha jugado en la adopción de normas sobre aborto. Un ejemplo es lo ocurrido con el proyecto de Código Penal aprobado por el Congreso y publicado el 7 de junio de 1990 en el *“El Peruano”*, donde se despenalizaba el aborto practicado cuando el embarazo provenía de una violación o de inseminación artificial no consentida, además del aborto terapéutico; en esa oportunidad la persistente campaña iniciada desde la jerarquía de la iglesia hizo que el Presidente García prefiriera no promulgar el proyecto aprobado, dejando ese pendiente al siguiente gobierno. La presión se repitió en año 1992 con la elaboración del Código de Salud que pretendía legalizar el aborto eugenésico y en el año 2002 con la reforma constitucional que pretendía prohibir el aborto a nivel constitucional. En todos estos casos el debate jurídico se trasladó a los púlpitos de la Iglesia y comunicados de la Conferencia Episcopal Peruana¹².

III. Antecedentes jurídicos al reconocimiento constitucional del no nacido.

Antes de la dación de la Constitución de 1979, el concebido no era reconocido jurídicamente a nivel constitucional, y el derecho a la vida solo había sido recogido por dos constituciones:

- La Constitución de 1860, en su artículo 16, señalaba: *“La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado”*.
- La Constitución de 1920, cuyo artículo 21 prescribía: *“La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado”*.

En ambos casos la vida era protegida contra toda injusta agresión, excluyéndose aquellos casos en los que la afectación de la vida provenía de razones justas, como podría ser la legítima defensa¹³.

Por otro lado, es menester recordar que las mujeres si bien eran consideradas sujetos de derechos también eran tratadas como inferiores a los varones. Sus

¹⁰ Ibid. Pág. 6.

¹¹ Prado Saldarriaga, Víctor. Política Criminal Peruana. Lima, Cultural Cuzco Editores, 1985. Págs. 54-55.

¹² Para ver las incidencias de los tres primeros casos ver: Reynoso, Cecilia. “El aborto a la luz del debate público”. En: Rosas, Isabel. Aborto por violación. Dilemas Éticos y Jurídicos. Lima, Demus, 1997.

¹³ Rubio, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo I. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1999. Pág. 116.

ido y regulación del aborto

derechos en el ámbito familiar, económico y político estaban restringidos. No pudieron votar hasta 1955 y estaban sometidas a la llamada potestad marital hasta el año 1984.

Si tomamos el esquema esbozado por Pablo Pérez Tremps¹⁴, quien señala que hay tres fases en la evolución del tratamiento constitucional de los derechos de las mujeres, nos encontraríamos en la primera etapa, a la que llama “La ignorancia de la mujer como sujeto de derechos constitucionales”.

Esta fase coincide con el liberalismo revolucionario y doctrinario, en el que el principio de igualdad se convierte en uno de los principios básicos del Constitucionalismo. Va del siglo XVIII al siglo XIX. Está caracterizado por el reconocimiento formal de la igualdad como un principio universal que sin embargo excluye a las mujeres y a otros grupos vulnerabilizados como beneficiarios de ella. El autor evidencia como la Constitución de Virginia en 1776, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, y las constituciones del siglo XIX, guardaban silencio absoluto o casi absoluto en relación con la mujer. Ello no era producto de una concepción genérica del ser humano, sino precisamente de lo contrario: el varón como sujeto único o casi único del constitucionalismo.

Adicionalmente, habría que señalar que en general, incluyendo la Carta Magna de 1933, en el caso peruano no se encuentra constitucionalmente ninguna referencia específica a la persona humana en cuanto tal, ni se define su relación con el Estado y la sociedad; no se puede encontrar *“una orgánica y sistemática regulación de los derechos fundamentales de la persona”*¹⁵.

Como veremos a continuación, hasta la dación de la Constitución de 1979, tanto la regulación de derechos del concebido como del aborto se daban a nivel infra constitucional.

a. Reconocimiento jurídico del no nacido

La protección del concebido ha sido tratada desde hace muchos años en el derecho civil¹⁶, el que puede encontrar sus raíces en el derecho romano. Si bien, existe doctrina que recuerda lo dicho por Ulpiano en el sentido de que *“antes del alumbramiento el feto es parte de la mujer o de sus entrañas”*^{17,18}, también existen autores como Piarelo Catalana, que estudiando los Digesta de Justiniano, indicarían la vigencia del principio de igualdad del concebido y del nacido, y son más bien excepcionales el tratamiento desigual en perjuicio del concebido¹⁹.

Según Fernández Sessarego²⁰, sería en la edad media que, por influencia de la tradición canónica medieval, *“ya no se trata de la sola salvaguardia de los intereses patrimoniales del concebido, protegidos y reservados a la espera del nacimiento, sino que se tutela al nascituro en sí mismo, aunque no llegue a ser considerado técnicamente como un sujeto de derecho. Se le valora por lo que él mismo representa; un ser dotado de alma, un ser de naturaleza humana”*. Afirmación que se relativiza si se tiene en cuenta que hasta 1869²¹, la mayoría

¹⁴ Las fases en la evolución del tratamiento constitucional de los derechos de la mujer son: La Ignorancia de la mujer como sujeto de derechos constitucionales, Formación del Igualitarismo, Superación del mero igualitarismo. Pérez Tremps, Pablo. Constitución y derechos de la mujer. En: Manuela Ramos. Derechos Humanos de las Mujeres. Lima, Visual Service, 1998. Págs. 59-75

¹⁵ Fernández Sessarego, Carlos. Las personas, el Personalismo y la Constitución de 1979. En: Revista Derecho Nro. 36. Lima, PUCP, Diciembre 1982. Pág. 81

¹⁶ Según Juan Espinoza hay varias teorías sobre la naturaleza jurídica del concebido, ellas son la teoría de la portio muliers (que proviene del derecho romano en el que el concebido es considerado como un órgano, parte o porción de la madre), la teoría de la ficción (que somete al concebido a una condición suspensiva, pues se le reputa nacido siempre y cuando nazca vivo), la teoría de la personalidad (que considera al concebido persona) y la teoría de la subjetividad (que considera al concebido como sujeto de derechos). Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de las Personas. Tercera Edición. Lima, Huallaga Editorial, 2001. Págs. 40-48.

¹⁷ Digesto. Libr. XXV. Ley 1 Pr. 1. Citado por Espinoza. Op. Cit. Pág. 41.

¹⁸ Teoría portio muliers.

¹⁹ José María Castán Vázquez. El artículo 1 del Código Civil Peruano y su criterio sobre el comienzo de la vida humana. En Themis Nro. 30 Segunda Época, 1994. Pág. 51.

²⁰ Fernández Sessarego. Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas. Lima, Universidad de Lima, 1990. Pág. 79.

²¹ Año en el que el Papa Pío IX publica la Apostólica Sedi.

derecho a la vida del conceb

de teólogos, entre los que se encontraba San Agustín y Santo Tomás de Aquino, eran partidarios de la teoría de la hominización tardía y por lo tanto consideraban que la infusión del alma al cuerpo se producía hasta los 40 días después de la concepción, en el caso de fetos masculinos, y hasta los 80 días cuando eran fetos femeninos²². Así, teológicamente, un aborto antes de los 40 u 80 días, dependiendo del sexo del feto, no era considerado un homicidio. Independientemente a este debate, lo cierto es que en la edad media la legislación civil seguiría ocupándose predominantemente de los efectos patrimoniales que pueda tener el nacimiento o no del nasciturus.

Ya en el marco de la República habría que recordar al primer Código Civil peruano de 1852, que en su artículo 1 enunciaba *“El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer”* y luego en su artículo 3 que *“Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece”*; y al Código Civil de 1936 que en su artículo 1 prescribía que *“El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo”*.

Desde nuestro punto de vista ambos códigos se adhieren a la teoría de la ficción. Y tomando lo señalado por José León Barandiarán²³ respecto al Código Civil de 1936, entendemos que al hablar de personalidad se refería al carácter ínsito en el ser humano, de constituir un sujeto de derecho; el que estaba evidentemente determinado por su nacimiento.

Es por esta razón que en la exposición de motivos del artículo 1 del Código Civil de 1936 la discusión no abordó las atribuciones del que *“está por nacer”*; sino las condiciones que el ser que ya había nacido debía tener para que pudiera adquirir y transmitir derechos. Recogiendo lo expresado en el debate legislativo, recordemos que el señor Oliveira manifestó que había dos sistemas legislativos para abordar el tema *“uno que hacía depender la adquisición de la capacidad jurídica únicamente al hecho de la existencia y otro que exigía, además, el requisito de la viabilidad; - que este último presentaba dos variedades: el tipo español de regla fija y tasada, seguido por nuestro Código, según el cual se presume viable con presunción juris et de juri, al infante que ha vivido 24 horas; y el tipo francés, que deja la cuestión de la viabilidad en cada caso a la libre apreciación de los peritos”*²⁴. En ese momento era obvio que el *“no nacido”* no era sujeto de derechos.

El Código Civil de 1936 tenía una teoría ecléctica, en cuanto consideraba al concebido como una mera *“ficción”* al reputarlo nacido y, por ende, persona sin haber aún nacido y a condición de que nazca vivo²⁵. De acuerdo a lo establecido por el Dr. Fernández Sessarego esta norma ignoraba la vida humana prenatal, ya que era el hecho biológico del nacimiento el que determinaba la aparición del ser humano en tanto sujeto de derecho como persona natural. En sus palabras, el concebido era jurídicamente *“nada”*²⁶.

²² Romero Bidegaray, Inés. El aborto clandestino en el Perú. Una aproximación desde los derechos humanos. Lima, CMP Flora Tristán, 2002. Pág. 20.

²³ León Barandiarán, José. Curso Elemental de Derecho Civil Peruano. Segunda Edición. Lima, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1973. Pág. 85.

²⁴ Fernando Guzmán Ferrer. Código Civil. Antecedentes- Concordancias- Exposición de Motivos- Comentarios-Doctrina-Jurisprudencia. Tomo I. Lima, 1977, Pág. 51.

²⁵ Fernández Sessarego, Carlos. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Lima, Editorial GRIJLEY, 2004. Pág. 6.

²⁶ Fernández Sessarego, Carlos. El Concebido en la Doctrina y en la Legislación Peruana del Siglo XX. Pág. 37. En: Bioética y Biojurídica: La unidad de la vida. Lima, Jurídica Unifé, 2002.

ido y regulación del aborto

Finalmente, respecto a estos antecedentes es importante señalar que en el año 1969, se aprobó el Código Sanitario, el que no solo reguló la aplicación del aborto terapéutico, no punible, sino que expresamente señaló en su artículo 17 que “Con la concepción comienza la vida humana y nace el derecho a la salud”.

b. Penalización del aborto

Independientemente al reconocimiento jurídico del no nacido, y las diferentes razones para ello, el aborto ha estado proscrito históricamente.

En Roma, según Fernández Sesarego, el aborto habría sido sancionado en función de la *spes prolis* del marido, es decir, de la frustración de la esperanza de la paternidad²⁷. Sin embargo, en la época del incanato solo se sancionaba el aborto luego de los tres meses de embarazo pues contrariaba el interés demográfico del Estado, mientras que en la época colonial, regida por las “Siete Partidas” o el “Fuero Juzgo”, el aborto era sancionado sin excepción²⁸.

Con la República siguió rigiendo el derecho hispano en tanto no contradijese los ideales de libertad e independencia bases del nuevo sistema político, por lo tanto la prohibición absoluta del aborto se mantuvo. Durante el protectorado del Mariscal Andrés Santa Cruz se materializó la vigencia en el Estado Sud Peruano del Código Penal Boliviano, el que había sido promulgado en el año 1934 y que sancionaba el aborto en el capítulo “Del Homicidio”.

Posteriormente en el año 1853 se nombró a una comisión codificadora que preparó un anteproyecto que luego de ser sometido a varias revisiones fue aprobado como el primer Código Penal de la República en el año 1863. Resulta relevante recordar que en el proyecto de 1859 el legislador incorporó el aborto terapéutico como práctica impune colocando al “*legislador nacional como precursor de este tipo de indicación médica en el continente y ante lo avanzado del derecho europeo*”²⁹, propuesta que finalmente no fue asumida en la redacción final.

En el Código Penal de 1863, el legislador bajo la influencia hispánica, separó el delito de aborto del delito de homicidio, sin embargo los agrupa bajo el título común de “Delitos contra la Persona”. Llama la atención que en su artículo 243 se disponga, respecto a la mujer que comete el delito, que “*Si fuera de buena fama y cometiere el delito obcecada por el temor de que se descubra su fragilidad, se rebajará un grado la pena*”. Según Tammy Quintanilla³⁰, este atenuante se basaba en el argumento de que la mujer embarazada o con hijo y sin esposo podía ser marginada socialmente; al haber tenido relaciones sexuales fuera del matrimonio, podía perderse, irremediablemente, su honor y, con ello, el honor de su familia. El atenuante respondía a una sociedad donde primaba el honor de la familia o más exactamente el honor del hombre de la familia, pues en un contexto patriarcal, éste es responsable de la sexualidad y doncellez de “sus” mujeres.

Posteriormente, siguiendo el proyecto suizo de 1918, el legislador peruano de 1924 promulgó un nuevo Código Penal, el que según Hurtado Pozo³¹, constitu-

²⁷ Fernández Sesarego, Carlos. Nuevas Tendencias en el Derecho de Personas. Lima, Universidad de Lima, 1990. Pág. 77.

²⁸ Prado, Víctor. Op. Cit. Págs. 75-76.

²⁹ Ibid. Pág. 79.

³⁰ Quintanilla, Tammy. Estudio Comparativo de la Regulación Jurídica del Aborto en América Latina y El Caribe. Cladem, 1997.

³¹ Hurtado Pozo. Aborto y Constitución. En: AAVV. Derechos Humanos de las Mujeres. Aproximaciones Conceptuales. Lima, Manuela Ramos, 1994. Pág. 223

derecho a la vida del conceb

yó un “gran avance” en la medida en que previó el aborto terapéutico. Para este autor los presupuestos tomados por el legislador fueron:

- Protección del bien jurídico vida humana en su etapa embrionaria, sin indicar expresamente el momento en el que comienza la protección y, por el contrario, señalando que termina con el parto.
- Estimación de la vida embrionaria como menos valiosa que la vida del nuevo ser, cuyo nacimiento ha comenzado. Ello en la medida de que diferencia aborto de homicidio, no se reprime la negligencia, exige una preferencia de la salud y la vida de la mujer y se prevé una menor severidad de las penas.

Es preciso señalar que en el Código Penal de 1924, la sanción impuesta a las mujeres que abortaban era de hasta dos años de pena privativa de libertad, sanción muy diferente a la establecida para el delito de homicidio. Esta situación evidenciaba y aún hoy evidencia la diferente valoración que existe entre los bienes jurídicos tutelados: la vida del no nacido, frente al derecho a la vida de una persona.

IV. Tratamiento constitucional del no nacido: Constituciones de 1979 y 1993.

La reforma constitucional de 1955³², que reconoce el derecho político al sufragio y la categoría de ciudadanas a las mujeres; y la aprobación de la Constitución de 1979, que prohíbe la discriminación por sexo; permitieron la revisión y exclusión del orden jurídico de la casi totalidad de normas que hacían diferenciaciones injustificadas entre hombres y mujeres.

En ese sentido, siguiendo el esquema planteado por Pérez Tremps³³, consideramos que nuestro constitucionalismo se encontraba en la segunda fase denominada “Formalización del igualitarismo”, fase que considera suficiente reconocer la total equiparación legal entre varón y mujer. Y si bien, la misma Constitución establecía que la ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón, ésta no generó ninguna acción afirmativa que tuviera como objetivo la igualdad real, característica de la siguiente etapa de este proceso.

Con la Constitución de 1993 y su desarrollo infra normativo y jurisprudencial, nos encontramos en la tercera fase “Superación del mero igualitarismo”. Fase que considera que la construcción de la igualdad formal es absolutamente insuficiente para acabar con una situación de discriminación ancestral entre el varón y la mujer; por lo que debe profundizarse la idea de discriminación, reconocerse acciones positivas y finalmente consagrarse otros derechos y principios. Entre los derechos a reconocerse o al menos discutirse se encuentra la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo³⁴.

Es preciso señalar, que a la par de la prohibición de la discriminación contra las mujeres, con la Constitución de 1979, se reconoció la autonomía del Estado

³² La Ley 12391 modificaba los artículos 84, 86 y 88 de la Constitución Política, los que fueron sustituidos por una sola norma, que estableció, en su artículo 84: “Son ciudadanos los peruanos varones y mujeres mayores de 18 años y los emancipados”.

³³ Pérez Tremps. Op. Cit. Págs. 64-65.

³⁴ Ibid. Págs. 66-72

ido y regulación del aborto

peruano frente a la Iglesia Católica, constituyéndose nuestro Estado como uno de carácter Laico; y se reconoció constitucionalmente “al que está por nacer” como un bien constitucionalmente tutelable. A continuación, profundizaremos en el último de los puntos mencionados, sobre cómo las Constituciones de 1979 y 1993 reconocen al concebido.

a. Constitución de 1979.

Landa señala que la Constitución de 1979 estableció *“un moderno diseño constitucional democrático y social, donde destacó la incorporación de la justicia constitucional, a través de la consagración de un amplio catálogo de derechos fundamentales, la institucionalización de las garantías constitucionales, la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y el reconocimiento de la jurisdicción supranacional”*³⁵.

Como antecedentes al reconocimiento de los derechos fundamentales podemos mencionar al movimiento “personalista” o “humanista” que tiene como preocupación la elaboración de una *“teoría de la persona bajo el influjo del existencialismo, en sus varias expresiones, del humanismo marxista que recién se insinuaba, y de los nacientes personalismos, mayoritariamente de inspiración cristiana”*³⁶. Según Fernández Sessarego nos encontramos frente a una concepción que *“trata de tutelar jurídicamente ... el ser y las maneras de ser de la persona en tanto antológicamente libre”*³⁷; a través de ella se pretende utilizar el derecho del hombre en el proceso abierto del tiempo, de acuerdo a su personal proyecto vital, *“autoconstituyéndose en la historia, apoyado en la realidad de su cuerpo y de su pasado”*³⁸. Esta concepción no es lejana a la construcción possegunda guerra mundial del reconocimiento expreso de los derechos humanos y la formación de sistemas supranacionales que pretendan protegerlos.

Para Fernández Sessarego, un antecedente jurídico del Capítulo I del Título I de la Constitución de 1979 sobre los “Derechos fundamentales de la persona” es el proyecto del Libro Primero “De las Personas” del nuevo Código Civil que fue publicado en el año 1977³⁹, en el que se consideraba a la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado⁴⁰ y en el que él participó.

La Carta Magna de 1979, como veremos más adelante acogió la formulación del Código Civil de 1936, y quitándole el condicionamiento de que nazca vivo señaló que *“Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece”*. Esta opción constitucional sigue siendo tributaria de la teoría de la ficción, ya que al “considerarlo” como nacido, es decir como sujeto de derechos, implícitamente expresa que en la realidad no tiene ese estatus jurídico.

b. Constitución de 1993.

Políticamente la Constitución de 1993 cumplió la función de legitimar la dictadura fujimorista, así como permitir la apertura a un sistema económico neoliberal; si bien se mantuvo el reconocimiento de los derechos civiles, los derechos socia-

³⁵ García Belaunde, Domingo. La Constitución en el péndulo. Citado por: Landa Arroyo, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Segunda Edición. Lima, Palestra, 2005. Pág. 74.

³⁶ Fernández Sessarego, Carlos. Las personas, el Personalismo y la Constitución de 1979. Op. Cit. Págs. 82 y 83

³⁷ Ibid. Pág. 84

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibid. Pág. 88

les y económicos dejaron de ser considerados fundamentales y se intentó quitar el rango constitucional a los tratados internacionales⁴¹ de derechos humanos.

La Constitución de 1993 aprobó en su artículo 2 inciso 1 que *“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”*.

El texto de la norma tiene como antecedente directo lo que ya había sido establecido por el Código Civil de 1984, cuando señalaba que *“el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”* y que *“la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”*.

Con ella, la Constitución de 1993, al igual que la legislación civil, acogió la llamada teoría de la subjetividad, siendo una propuesta que en su momento carecía de antecedentes legislativos⁴². Asimismo desechó la antigua teoría que consideraba al concebido como una parte de la madre (teoría *portuio mulieris*) y también dejó de lado la clásica y difundida teoría de la ficción; para Fernández Sessarego, la teoría de la ficción era incoherente en tanto *“el concebido es lo que no es –nacido– y cuando es, ya no es –concebido– desde que es persona natural”*. *Es decir, que es y no es al mismo tiempo*⁴³.

Fernández Sessarego se atribuye la iniciativa de reconocer al concebido como sujeto de derecho autónomo en el Código Civil de 1984, indicando expresamente que debe ser diferenciado del concepto de persona⁴⁴. El autor al justificar su propuesta hace referencia a la necesidad de aprehender sistemáticamente, a nivel normativo, la dimensión sociológico-existencial, que integra el fenómeno jurídico, y en la cual el ser humano se hace presente de cuatro modos: como concebido, como persona natural, como persona jurídica o como aquellas organizaciones que, comportándose como personas jurídicas, no han cumplido con el requisito de su inscripción en el registro respectivo⁴⁵. Para él, la calidad de “sujeto de derecho” en general, es atribuible sólo al ser humano, ya que incluso cuando se establece la existencia de sujetos de derechos constituidos por simples y puras expresiones patrimoniales, por conjunto de bienes, se debe tener en cuenta que, detrás siempre existirán seres humanos que lo usan, custodian o manipulan según determinada finalidad.

Como veremos más adelante la formulación del texto constitucional fue indirectamente propuesta por Fernández Sessarego. En este caso, nos encontramos ante la *“primera (Constitución Política) en el mundo que, al reconocer su naturaleza de ser humano, le otorga al concebido la categoría de “sujeto de derechos”*⁴⁶.

V. Discurso de los Constituyentes de 1978 y de 1993

Luego de haber hecho una breve revisión tanto a nivel constitucional como legal sobre el reconocimiento del concebido y el aborto, pasaremos a dar cuenta de

⁴¹ Señalamos “pretendió” pues en el año 2006, el Tribunal Constitucional Peruano, mediante sentencia del 25 de abril de 2006 en los Exps. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC determinó que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional.

⁴² Fernández Sessarego, Carlos. Derechos de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Op. Cit. Pág. 9

⁴³ Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar. En: La Constitución Comentada. Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica, 2005. Pág. 43

⁴⁴ Fernández Sessarego, Carlos. Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Op. Cit. Pág. xxxiv de la introducción.

⁴⁵ Ibid, Pág. 3 y 4.

⁴⁶ Fernández Sessarego, Carlos. El Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar. Op. Cit. Pág. 42

ido y regulación del aborto

los discursos que esbozaron en su momento los asambleístas del 78-79 y los congresistas del 93. Ellos darán cuenta que si bien el estatus jurídico del concebido tiene como antecedente directo, por su formulación, a la legislación civil; en la realidad su constitucionalización prevé entre otras cosas una preocupación por el fenómeno del aborto y su penalización.

El análisis no describirá la secuencia del diálogo, sino que pondrá énfasis en aquellos puntos que consideramos relevantes para una adecuada interpretación histórica de la Constitución. Es importante indicar que el análisis se realizará de las discusiones esbozadas fundamentalmente en dos espacios:

- Respecto a la formulación de la Constitución de 1979, en el Diario de Debates de la Comisión Principal de la Constitución⁴⁷, así como en el Diario de Debates de la Asamblea Constituyente⁴⁸.
- Respecto a la formulación de la Constitución de 1993, en el Diario de Debates de la Comisión de la Constitución y el Reglamento y el Diario de Debates del Pleno del Congreso Constituyente Democrático⁴⁹.

a. Asamblea Constituyente de 1978-1979.

La Asamblea Constituyente de 1978-79 fue mayoritariamente masculina; ella estuvo conformada por 98 varones y dos mujeres⁵⁰. Ésta, luego de varias reuniones, aprobó como artículo 2 inciso 1, el siguiente contenido:

“toda persona tiene derecho: (...) A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad. Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece”.

Con la aprobación de esta norma, se reconoció por primera vez, al “no nacido” en la Carta Constitucional.

A continuación analizaremos las intervenciones de los constituyentes alrededor de algunos puntos que consideramos relevantes para la discusión actual sobre la protección del concebido y el aborto.

• ¿Protección desde la concepción? ¿El concebido es persona?

El 17 de diciembre de 1978, en la Comisión Principal de la Constitución de la Asamblea Constituyente, se discutió la ponencia presentada por la Comisión Especial Nro. 3 “Título I Derechos y Deberes Fundamentales. Garantías”; ella proponía como artículo 3 inciso 1 de la Constitución que *“Toda persona tiene los siguientes derechos: (...) A la vida, desde el momento de la concepción – salvo las excepciones contempladas por el Código Penal, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad”.*

En la Comisión Principal de la Constitución no solo se discutió desde cuando debía protegerse al concebido sino también si éste constituía una persona. Algunas de las posiciones encontradas fueron las siguientes:

⁴⁷ 7 de diciembre de 1978 y 26 de enero de 1979.

⁴⁸ 6 y 9 de abril de 1979

⁴⁹ 19 de febrero y 23 de agosto de 1993.

⁵⁰ Ellas eran Gabriela Porto Cárdenas de Power del Partido Popular Cristiano (PPC) y Magda Benavides Morales del Frente Obrero Campesino Estudiantil y Popular (FOCEP).

derecho a la vida del conceb

Mario Polar Ugarteche (PPC) consideraba que la concepción era sinónimo de fecundación; mientras que Héctor Cornejo Chávez (PDC) indicaba que *“no hay ninguna diferencia de naturaleza entre el óvulo fecundado por el espermatozoide en ese momento, de lo que van a ser en diferentes etapas de su evolución”*. Por su parte, Ernesto Alayza Grundy (PPC) consideraba que *“la personalidad nace en el momento en que es concebida y ya no tiene término hasta la desaparición con la muerte”*.

Como vemos existían posiciones que fundamentaban la no diferenciación del concebido con la persona en cuanto a atributos y derechos; posiciones que además asumían que el concebido era sinónimo de óvulo fecundado⁵¹.

Con una posición diferente Roberto Ramírez del Villar (PPC) estaba en contra de la mención expresa del “concebido”, al que consideraba un *“término tan discutible y de tanta imprecisión científica como es el de la concepción”*, señalando además que *“existe personalidad independiente del sexo sólo a partir del tercer mes”* dado que antes el concebido no tiene una vida independiente de la madre.

Finalmente, para Javier Valle Riestra (APRA) la frase *“desde el momento de la concepción”* se prestaba a *“un debate científico difícil de definir sobre cuál fue realmente el momento de la concepción”*, por lo que la norma del Código Civil le parecía *“mucho más clara y precisa”*. Esa norma de rango legal señalaba *“el que está por nacer se reputa existente para todo lo que le favorezca”*.

Como se puede observar de la lectura de la norma aprobada, la Asamblea acogió la propuesta defendida por Javier Valle Riestra, guardando silencio sobre el inicio de la protección del concebido y diferenciándolo de las personas.

- **La protección del que está por nacer y la despenalización del aborto terapéutico.**

Otro tema que se debatió es la preocupación porque el reconocimiento de la protección de la vida del concebido signifique automáticamente la criminalización del aborto terapéutico (aquel que se realiza para salvar la vida de la mujer gestante o para evitar un mal grave y permanente a su salud⁵²).

Ernesto Alayza Grundy (PPC) consideraba que debía reconocerse el derecho a la vida del concebido sin hacer mayor especificación. Ello porque no se debía hacer ninguna excepción *“y mucho menos por razones de aborto terapéutico en el cual precisamente, cuando ya hay certeza de la existencia de un nuevo ser, se condena la vida de éste en el riesgo que crea al **ser que le está sirviendo de matriz**”*. (resaltado nuestro).

Por su lado, Cornejo Chávez (PDC) y Valle Riestra (APRA) proponían consagrar en la Constitución que la única excepción posible al derecho a la vida del concebido era el aborto terapéutico, y que ésta debía estar mencionada expresamente

⁵¹ Esta aseveración llama la atención si se toma en cuenta la existencia de doctrina que establece que el concebido no es sinónimo de óvulo fecundado, sino de óvulo anidado; ⁵² Aborto despenalizado en el Perú desde el año 1924 (Código Penal de 1924 y Código Penal de 1991).

ido y regulación del aborto

en el Código Penal. El primero señalaba *“Actualmente, la excepción que yo sepa es el aborto patológico o quirúrgico, o sea cuando está de por medio la vida de la madre, en cuyo caso siempre es lícito provocar el aborto con consentimiento de la madre. La única excepción que yo conozco y creo que es la única que debe existir”*.

Coincidiendo con los antes mencionados, Jorge Lozada Stambury (APRA) explicó que el reconocimiento del derecho a la vida del concebido, sin establecer excepciones, no significaba la criminalización de las mujeres que abortaban por razones terapéuticas. Señaló *“no hay contradicción entre lo que preceptuaría el artículo constitucional (...) y el hecho de que pueda legislarse el aborto terapéutico, porque también se está protegiendo la vida de una persona que fue concebida y la que (en) este momento está concibiendo”*.

De alguna manera, la preocupación de los asambleístas del año 1979 sobre el aborto terapéutico da cuenta de que existía la noción de que el derecho a la vida no tenía límites, y que reconocerle éste al concebido significaba restringir toda posibilidad de despenalizar el aborto. De ahí que Valle Riestra (APRA), señalara que el aborto terapéutico era *“un caso del conflicto entre la vida de la madre o del hijo (...) y si la Constitución está señalando sin excepciones (...) todo aborto va a ser condenado en el Perú”*.

Las intervenciones de los constituyentes de la Comisión Principal de la Constitución, así como de la Asamblea Constituyente en general, dan cuenta que existía una preocupación por preservar la constitucionalidad del aborto terapéutico; más allá de la redacción final del artículo 2 inciso 1 de la Constitución. Es preciso señalar que, si bien esta norma omitió hacer alguna mención sobre el aborto terapéutico, durante su vigencia no hubo cuestionamientos de su plena constitucionalidad.

• La protección del que está por nacer y la posible despenalización de otros tipos de abortos.

El Partido Comunista Peruano⁵³ consideró que las excepciones al derecho a la vida por parte del concebido, no deberían estar referidas solo al “Código Penal”, sino a las que contemplara “la ley”. Ello en virtud de que esta norma solo despenalizaba el aborto en casos de enfermedad transmisible o de peligro de muerte para madre gestante, lo que consideraban una regulación deficiente, pues la *“mayoría de los abortos provocados, en sectores de magros recursos económicos”* tenían como principal causa la imposibilidad material al ser procreado.

Si bien esta posición es la única que abiertamente establece la pertinencia de despenalizar otros tipos de abortos, también es cierto que Prialé Prialé (APRA) consideraba como interesantes algunas reflexiones planteadas por grupos u organismos; llegando a señalar que la *“prohibición del aborto significa la práctica*

⁵³ En sus observaciones y sugerencias a la Ponencia de la Comisión 3.

derecho a la vida del conceb

clandestina del aborto, y las estadísticas demuestran que éstos (...) se producen en las condiciones más deplorables de higiene y de capacidad técnica, de tal manera que resulta conduciendo a la muerte del óvulo fecundado o sino de la madre misma”.

Con una posición contraria, Cornejo Chávez (PDC) señalaba que la fórmula de derivar al Código Penal las excepciones al derecho a la vida tenía *“el peligro de que en el futuro, en un Código Penal se ponga otra situación que nos parezca buena, pero que ya la Constitución la ha consagrado”*, por lo que consideraba que ello no debía suceder. Mientras que Alayza Grundy del mismo partido establecía que la regulación constitucional debía asegurar que *“no haya la arbitrariedad de liberarse de lo concebido”*.

En la misma línea Mario Polar Ugarteche (PPC) mostraba su preocupación porque *“se ha estado haciendo (...) campaña por aceptar el aborto hasta los tres meses después de la concepción”*, lo que no le parecía adecuado.

Como se puede observar, en el proceso constituyente de 1978 se hacía evidente el grave problema de salud pública que implica la penalización del aborto; sin que ello revirtiera la posición mayoritaria de proscribir el aborto.

- **La protección del que está por nacer y el signo del tutelaje eclesial.**

Ya con la Constitución de 1979 se definió la autonomía e independencia entre el Estado y la Iglesia Católica, y en ese sentido la garantía de un Estado Laico. Pese a ello, es común encontrar en los procesos de discusión no solo la alusión a la religión del ponente de turno, sino también a la fundamentación de su posición sobre el tema.

Es así, que el señor Mario Polar Ugarteche (PPC), Presidente de la Comisión Especial encargada del Estudio de los Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona, señaló que la tesis de la *“concepción”* que adoptaba esa Comisión se daba en atención a que *“toda (ella) es mayoritariamente católica y que hay que respetar sus condiciones”*.

Es decir, el reconocimiento del concebido a nivel constitucional (que luego fue llamado *“el que está por nacer”*) se habría dado en virtud a la religión de los participantes de esa Comisión.

- **Apuntes sobre el proceso constitucional de 1978.**

En general, sobre el discurso esbozado por los constituyentes podemos señalar lo siguiente: No se determinó el momento desde el cual se protege constitucionalmente al *“no nacido”*, y no se le consideró el carácter jurídico de persona; hubo una preocupación por resguardar la constitucionalidad del aborto terapéutico, aunque se mostró rechazo frente a la despenalización de otros tipos de aborto; y finalmente se evidenció la influencia de las concepciones religiosas en la adopción de las decisiones referidas a la protección del *“no nacido”*.

ido y regulación del aborto

b. Congreso Constituyente Democrático de 1993.

El Congreso Constituyente Democrático (CCD) estuvo conformado por 80 congresistas, 7 de la cuales eran mujeres⁵⁴. Este Congreso aprobó como fórmula constitucional del artículo 2 inciso 1:

“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.”

Con esta norma, el Estado peruano fue el primero en reconocer la calidad de sujeto de derechos al concebido, estatus jurídico por el cual el “no nacido” deja de ser solo un bien constitucionalmente tutelable para constituirse como un centro de imputación de derechos (aunque no de deberes, como cualquier sujeto de derechos).

Al igual que en el caso del proceso constituyente de 1979, analizaremos las intervenciones de los congresistas alrededor de algunos puntos que consideramos relevantes para la discusión actual sobre la protección del concebido y el aborto.

• **Reconocimiento expreso de la protección del concebido.**

En las discusiones llevadas a cabo en la Comisión de la Constitución y su Reglamento se discutió la pertinencia o no de reconocer expresamente al concebido, primando la primera opción.

Ferrero Costa (NM-C90) señaló: *“hemos tenido una larga discusión en relación a la posibilidad que algunos tratadistas sostienen de evitar la mención del favorecimiento que se le da a una persona desde que está concebido, es decir, al que está por nacer. Hubo en algún momento la tendencia a repetir lo que otras constituciones ya establecen: que, de manera indirecta, permitirían el aborto en forma general, al hacer que la Constitución no protegiera al que está concebido, como una afirmación teórica inicial y de carácter principista. Debe señalarse, señor, que, tras un debate que no fue corto, nosotros estimamos que el considerar la protección al que está por nacer implicaba, de hecho, una posición principista adversa al aborto, contenida en la Constitución peruana y que debe de seguir estando así. Ciertamente, no es esto una declaración del Código Penal, sino que es, más bien, un señalamiento de una voluntad colectiva sobre la base de una convicción en relación a la vida humana. Y es que la vida humana no le pertenece a aquel que la lleva como tránsito para concebirla, sino a aquel que en sí mismo la posee, que es el que está por nacer”*.

• **Significado del concebido y la despenalización del aborto terapéutico.**

Una de las preocupaciones planteadas en la Comisión de Constitución y Reglamento era que la formulación de la Constitución de 1979, sobre cuyo modelo

⁵⁴ Martha Chávez, Nicolasa Villar de Posadas, María Teresa Vitor, Luz Salgado y Carmen Lozada (Cambio 90/Nueva Mayoría), Gloria Helfer (Movimiento Democrático de Izquierda) y Lourdes Flores Nano (Partido Popular Cristiano).

derecho a la vida del concebido

trabajaban, podía significar la desprotección del concebido en sus primeros meses de vida.

Roger Cáceres Velásquez (FNTC) señalaba que *“cuando se dice que el que está por nacer tiene todos los derechos o se le reputa nacido para todo lo que le favorece, me da la impresión de que la Constitución está induciendo a pensar que se trata de aquel que ya está por nacer; o sea, en los días anteriores al parto”*. Posición que le hace proponer llamar al naciente como *“concebido”*.

Esta posición predominó, pues si bien se pensó que ella podría significar la penalización del aborto terapéutico, también se explicó que al estar sustentado este tipo de aborto en el *“estado de necesidad”* era claramente compatible con la constitución. Ello fue señalado por Fernández Arce (NM-C90).

• Protección del concebido y la posible despenalización de otros tipos de aborto.

En las discusiones revisadas casi no se debate sobre la posibilidad de despenalizar otros tipos de aborto, sin embargo, hay dos intervenciones relacionadas a este tema. Ambas se preocupan por las implicancias que tiene la afirmación *“reconocer derechos al concebido en todo cuanto le favorece”*.

Por un lado, el señor Matsuda Nishimura (NM-C90), expresa su preocupación porque este reconocimiento encasille el abordaje del aborto y por lo tanto sea incoherente con la realidad social, siendo ésta la razón por la que sugiere *“un punto de reflexión”*.

Y por otro lado, el señor Rey Rey (Renovación), proponía eliminar la frase *“en todo lo que le favorece”*, pues consideraba que su adopción podía servir para *“decir que el derecho a la vida pudiera (...) no favorecer a alguien (...), y entonces (...) acudir a este precepto constitucional para adoptar cualquier legislación que pudiera ser favorable al aborto”*.

Técnicamente la misma frase podía permitir o no la despenalización de nuevos tipos de abortos. A diferencia del debate de 1979 o el posterior debate del congreso en el año 2002 (Reforma Constitucional), en este periodo ningún congresista se atrevió a proponer la legitimidad de algún tipo de aborto diferente al terapéutico.

• De interés constitucionalmente tutelable a sujeto de derechos.

Ya a nivel del debate del Pleno del Congreso Constituyente se vio la posibilidad de considerar al concebido como sujeto de derechos. Esta propuesta, que no tuvo una posición contraria, fue presentada por el congresista Ricardo Marcenaro Freís (NM – C90). En ella se propuso que la redacción constitucional dejara de indicar *“Al concebido se le considera nacido para todo lo que le favorece”* para considerarlo como *“sujeto de derechos”*.

ido y regulación del aborto

El fundamento no estuvo vinculado al derecho penal, ni tampoco a razones científicas, sino a lo que él llamó “teoría moderna del derecho civil” y a la “doctrina italiana”. Se buscaba eliminar ficciones jurídicas, y en ese sentido seguir la línea recogida por el Código Civil de 1984, el que ya reconocía al concebido como sujeto de derechos. El señor Marcenaro señaló *“¿Por qué se le va a considerar nacido? No es necesario declararlo nacido. El concebido es un sujeto de derecho y por eso respetamos tener el derecho a la vida, porque, en la medida que es una vida, tienen ya un derecho en sí. No tenemos que imaginarnos que haya nacido para que tenga derechos; ya los tiene por ser vida humana, y esta vida humana la adquiere en el momento que es un concebido”*.

La posición de Carlos Fernández Sessarego parece ser sumamente importante en el debate, no solo porque el señor Marcenaro lo cita en todas sus intervenciones, sino porque parecería que el Congreso Constituyente tenía que aprobar un articulado que fuera previamente aceptado por él. El señor Ortiz de Zavallos Roedle (Renovación) intervino para señalar *“debo agregar que ayer el doctor Carlos Fernández Sessarego ... me ha manifestado que está absolutamente de acuerdo con el informe o con los términos del Capítulo I, que hemos aprobado. Por supuesto que el aporte del doctor Marcenaro ha sido muy valioso, porque está dentro de la concepción del doctor Fernández Sessarego”*.

Como se ha señalado anteriormente, Fernández Sessarego diferenciaba claramente al sujeto de derecho y a la persona.

- **Protección del concebido y signos del tutelaje eclesial.**

Ya definida la autonomía del Estado respecto a la Iglesia Católica, nos sorprende la repetida alusión a la religión como elemento determinante en la adopción de una fórmula u otra.

El señor Ferrero Costa (NM-C90) señalaba que la opción principista contraria al aborto de la Constitución era importante *“no sólo para el derecho penal, sino para la conducta general de los ciudadanos, y que además está en concordancia con las convicciones religiosas mayoritarias de nuestra población”*.

Asimismo, el señor Cáceres Velásquez (FNTC) fundamentando la necesidad de llamar al nasciturus “concebido” y no “el que está por nacer” expresaba que así *“estaríamos dentro de los cánones de la Iglesia”* quien tenía desde su punto de vista *“criterios muy acertados”*.

Y finalmente, Chirinos Sotos (Renovación) al justificar como la Comisión Especial había retirado de la fórmula propuesta la frase “desde el instante de la concepción” señaló que había sido porque ella *“parecía excluir el aborto terapéutico que desde 1924 contempla el Código Penal, sin protesta de la Iglesia Católica...”*

En este punto, es pertinente citar a Guillermo Nugent, quien llama “católicos oficiales” (funcionarios de la corporación) a aquellos para los que *“ser católico*

es algo indesligable de la propia noción de ciudadanía” y cuya actuación implícitamente se basa en afirmaciones como “la mayoría de los peruanos son católicos, en consecuencia la iglesia católica merece tales y cuales prerrogativas”⁵⁵. Para él, este tipo de argumento es utilizado para mantener el tutelaje clerical que impera en las sociedades latinoamericanas.

- **Apuntes sobre el proceso constitucional de 1993.**

En general, sobre el discurso esbozado por los congresistas constituyentes podemos señalar lo siguiente: si bien reconoció al concebido como sujeto de derechos, ello no lo equiparaba al estatus de persona; si bien se mantuvo el aborto terapéutico, se invisibilizó la posibilidad de despenalizar otras formas de aborto; y finalmente, que en su aprobación primaron las razones religiosas esbozadas por los congresistas, antes que argumentos de derechos humanos.

VI. Reflexiones finales.

Al iniciar este documento recordábamos que un método útil de interpretación constitucional es el método histórico, de ahí que no solo era conveniente analizar el tratamiento jurídico del “no nacido”, y la regulación del aborto a lo largo de la historia, sino también el discurso de las personas que tuvieron la responsabilidad de hacer las Constituciones que han regido nuestras vidas en las últimas décadas. Ello, con el objetivo de aportar en la discusión vigente sobre el reconocimiento del derecho a la vida del concebido y sus implicancias en la regulación del aborto.

Este recorrido da cuenta que el aborto estaba proscrito y que al “no nacido” se le atribuían derechos (a condición de que nazca vivo), aún antes de que la Constitución mencionara expresamente al “que está por nacer” o al “concebido”. Asimismo, da cuenta que los intereses tutelados con esta protección han variado conforme el paso del tiempo; el derecho civil tenía una clara preocupación por resguardar las consecuencias patrimoniales del eventual nacimiento de una persona, y el derecho penal de resguardar los intereses de un modelo de familia. Sin embargo, también es cierto que con el tiempo hubo una preocupación del concebido como un interés tutelable en sí mismo.

En el Perú, fue la Constitución de 1979 la que consideró al “no nacido” como un bien constitucionalmente tutelable, y la Constitución de 1993 como un sujeto de derechos. Ellas, si bien recogen la formulación de las normas que existían en derecho civil; en la realidad, responden a la preocupación de los constituyentes por restringir el aborto, aunque resguardando la constitucionalidad de la despenalización del aborto terapéutico.

Al confeccionar las Constituciones de 1979 y 1993, los constituyentes, en ningún momento, tuvieron la intención de reconocerle el estatus jurídico de persona al

⁵⁵ Nugent, Guillermo. Op. Cit. Pág. 4.

ido y regulación del aborto

“no nacido”. En el caso de la Constitución de 1979 debido a que no se acoge la propuesta en la que expresamente se le daba ese estatus jurídico; y en el caso de la Constitución de 1993, pues se adoptó la posición de Fernández Sessarego, quien en ese momento diferenciaba claramente al concebido de la persona.

Además, en el discurso de los constituyentes, se invisibilizó los derechos humanos de las mujeres, y casi ni se reconoció que la regulación del aborto enfrenta al legislador ante un conflicto de derechos. Situación que llama la atención, pues las constituciones de 1979 y 1993, reconocieron la prohibición de la discriminación por sexo y fueron el sustento jurídico para erradicar las normas infra constitucionales que hacían diferenciaciones expresas e injustificadas entre hombres y mujeres.

Asimismo, la aprobación de estas constituciones evidencia la fragilidad de nuestro Estado Laico; ya que más allá de su reconocimiento constitucional⁵⁶, el discurso de los asambleístas de 1979 o los congresistas de 1993 no pudo desprenderse de las creencias religiosas de cada uno.

En ese sentido, resulta peculiar que estas constituciones, que reconocen orgánicamente los derechos fundamentales, que consideran a los tratados internacionales de derechos humanos como parte del ordenamiento jurídico y que proscriben la discriminación por sexo; a su vez, reconozcan derechos al “no nacido” con el objetivo de restringir la posibilidad del aborto; ello en clara contradicción a la tendencia del sistema internacional de protección de derechos humanos, el que no solo considera legítima la despenalización del aborto, sino que incluso lo exige⁵⁷.

Consideramos que la interpretación del derecho a la vida del concebido y su implicancia en la regulación del aborto a nivel infraconstitucional, debería tener en consideración el método histórico, siempre y cuando sus resultados sean sometidos a la crítica de la realidad social del momento en que se aplica el derecho.

Así, es importante recordar que desde la aprobación de la Constitución de 1993 han pasado varios hechos relevantes. Como señalamos, en el año 2002, se dio el proceso de reforma constitucional que casi nos convierte en el único país que prohíbe el aborto desde la Constitución. Las discusiones que se llevaron a cabo demostraron nuevamente que los congresistas a cargo tuvieron la tendencia a imponer sus creencias religiosas, sin reconocer la vigencia de un Estado Laico⁵⁸.

Pero, paralelamente, en los últimos años se identifican avances en el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres vinculados al aborto. En el año 2005, el Comité de Derechos Humanos estableció que el Estado peruano había violado los derechos de una adolescente a la que no le permitió abortar, pese a que el aborto terapéutico estaba despenalizado⁵⁹. Asimismo, en el año 2006, el Perú recibió la preocupación del Comité de Derechos del Niño por el alto núme-

⁵⁶ Artículo 50 de la Constitución de 1993: “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas”.

⁵⁷ Sobre este tema ver: Jeannette Llaja. La penalización del aborto: un problema de derechos humanos. Serie Justicia de Género. Lima, DEMUS, 2008.

⁵⁸ Son particularmente relevantes los discursos de la señora Morales Castillo (Unidad Nacional), la señora Yanarico Huanca (Perú Posible), el señor Alejos Calderón (Perú Posible), y los señores Requena Oliva, Nuñez Dávila y Bustamante Coronado (del FIM); quienes dieron a entender expresamente que su posición jurídica estaba basada en sus creencias religiosas.

⁵⁹ Comité de Derechos Humanos. Caso KLL vs. Perú. CCPR/C/85/D/1153/2003 del 17 de noviembre de 2005.

derecho a la vida del conceb

ro de adolescentes que fallecen por someterse a un aborto⁶⁰; y ese mismo año, el Comité contra la Tortura cuestionó la legislación que restringe severamente el acceso a interrupciones voluntarias del embarazo en el Perú, incluso en los casos de violación, considerando este hecho como un trato cruel, inhumano y degradante⁶¹. Por su parte, en el año 2007, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer instó al Estado peruano a revisar su restrictiva interpretación del aborto terapéutico, y a considerar la revisión de la ley que penaliza el aborto eliminando las provisiones punitivas impuestas a las mujeres que se someten a un aborto⁶².

De acuerdo a todo lo relatado, consideramos que el artículo 2 inciso 2, que reconoce el derecho a la vida del concebido, no puede significar *per sé* la proscripción del aborto. En primer lugar, porque en ningún momento se determinó que el concebido era persona; y, en segundo lugar, porque su aprobación no implicó un cuestionamiento al aborto terapéutico. Pero además, si bien existía la intención de proscribir el derecho de las mujeres a abortar, esta intención tiene que ser analizada tomando en cuenta lo establecido por los órganos supranacionales de protección de derechos humanos los que, independientemente al reconocimiento del derecho a la vida, conciben que es claramente legítimo despenalizar el aborto⁶³.

Solo cuando nuestros legisladores tengan conciencia de que el parámetro de sus decisiones deben ser los derechos humanos en el marco de un Estado Laico, tendrán la capacidad de reconocer que el aborto enfrenta un conflicto de derechos; conflicto en el que las mujeres también tienen derecho a la vida, a la integridad y lo que es más importante el derecho al libre desarrollo de su personalidad. Es desde ese marco, que cualquier ponderación de derechos se hará adecuadamente, de lo contrario, los legisladores seguirán cosificando la experiencia femenina de la maternidad y a ellas mismas, al tratarlas como medios no como sujetos.

⁶⁰ Comité de Derechos del Niño. "Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño: Perú" del 14 de marzo de 2006.

⁶¹ Comité contra la Tortura. "Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Conclusiones y Recomendaciones del Comité contra la Tortura: Perú". 25 de julio de 2006.

⁶² Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. "Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al Sexto Informe Periódico del Perú". Enero de 2007.

⁶³ En ese sentido, resulta relevante recordar que en el caso *Caso White y Potter v. EEUU*, la Comisión Interamericana estableció que la despenalización del aborto en determinadas circunstancias es compatible con el reconocimiento que la Convención Americana de Derechos Humanos hace al derecho a la vida del concebido (artículo 4). En: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución N° 23/82, Caso 2141, Estados Unidos, el 6 de marzo de 1981, OEA/Ser.L/VII.54 Doc. 9 Rev. 1, 16 de octubre de 1981, original: español. Párrafo 14 (c).

Estado y regulación del aborto

Diseño y Diagramación: Marisa Godínez

Impresión: Editorial Línea Andina
Lloque Yupanqui 1640, Jesús María. Telefax: 4719481

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-01703

Lima, enero de 2009

Justicia

**El derecho a la vida del
concebido y la regulación
del aborto**

de Género

HIVOS