

GACETA DEMUS

DEMUS, Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer



LA PENALIZACIÓN
DEL ABORTO:
LO QUE NO SE DICE.

Publicación de DEMUS - octubre de 2005

Directora: María Ysabel Cedano

Elaboración de Contenido: Jeannette Llaja Villena

Diseño: Camila Bustamante

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de la Fundación Ford, Hivos y Womankind Worldwide.

DEMUS Jirón Caracas 2624. Jesús María, Lima Perú demus@demus.org.pe www.demus.org.pe

I.
PRESENTACIÓN
pág. 3

II.
SITUACIÓN DE LA
PENALIZACIÓN
DEL ABORTO EN
EL PERÚ.
pág. 4

III.
TESTIMONIO
DE ANA.
pág. 6

IV.
QUÉ OPINAMOS
SOBRE EL
ABORTO
pág. 8

VI.
IMPACTO DE LA
PENALIZACIÓN
DEL ABORTO
PARA LAS
MUJERES
QUE SON
DENUNCIADAS.
pág. 19

LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO: LO QUE NO SE DICE.

I. PRESENTACIÓN

El aborto no es solo una vivencia biológica para las mujeres, en él se integran múltiples dimensiones humanas que **no deben invisibilizarse en las decisiones políticas de un Estado** cuyo fin supremo es la protección de la persona humana. Se ha calculado que son aproximadamente **cuatrocientos diez mil mujeres** las que optan anualmente por esta decisión¹.

El Estado Peruano históricamente ha enfrentado esta realidad penalizando la conducta, incluso cuando el concebido no tenía la categoría jurídica de “sujeto de derechos”²; ello ha generado la **vulneración sistemática de los derechos humanos de las mujeres**, los que clásicamente han sido INVISIBILIZADOS en una sociedad que

¹ Ferrando, Delicia. El aborto clandestino en el Perú. Nuevas Evidencias. Presentación en power point. Lima, Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán y Pathfinder Internacional, 2003

² Desde la Constitución de 1993 ostenta esta categoría jurídica.

SE SUSTENTA SIMBÓLICAMENTE EN LA CREENCIA DE QUE LA MATERNIDAD ES UNA FUNCIÓN DESEADA NATURALMENTE POR LAS MUJERES, QUE LAS ENALTECE Y LAS REALIZA.

En ese contexto, la presente gaceta busca evidenciar las **consecuencias de la penalización del aborto en las mujeres peruanas, desde una perspectiva de derechos humanos y una mirada de género.**

Actualmente el aborto está penalizado con la única excepción del aborto terapéutico, el que se da cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente³.

Esta decisión tiene como marco una posición de tendencia controlista, moralista y represiva del Estado a lo largo de la vida republicana⁴, tendencia que ha invisibilizado durante casi siglo y medio las necesidades y los derechos de las mujeres.

De esta tendencia dan cuenta el Código Penal de 1863 que penalizaba el aborto en general, pero consideraba como figura delictiva atenuada el

II. SITUACIÓN DE LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO EN EL PERÚ.

aborto por móvil de honor así como el consentido por la mujer, el Código Penal de 1924 que no recogió estos atenuantes y estableció como único aborto lícito aquél que fuera el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente (aborto terapéutico) y finalmente el Código de 1991, que también reconoce la licitud del aborto terapéutico y recoge como figuras atenuantes los abortos en los que el embarazo es consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio (abortos éticos), o cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico (aborto eugenésico)⁵.

...la penalización del aborto no ha determinado la disminución de esta práctica, por el contrario ésta ha aumentado...

³ Artículo 199 del Código Penal.

⁴ Rosas, Isabel. Aborto por Violación. Dilemas Éticos y Jurídicos. Lima, Demus, 1997. Pág. 106.

⁵ Ibid. Págs. 104-106.

⁶ Para ver las incidencias de los tres primeros casos ver: Rosas, Isabel. Aborto por violación. Op. cit. Págs 135-185.

⁷ Una descripción de los métodos comúnmente usados en el Perú se pueden encontrar en : Ferrando, Delicia. El aborto clandestino en el Perú. Hechos y Cifras. Lima, Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán y Pathfinder Internacional, 2002. Págs 18-19.

⁸ Ferrando, Delicia. Ibid. Págs 53 y 55.

En América Latina no se puede desconocer el papel que ha jugado la Iglesia Católica y los sectores más conservadores obstaculizando la adopción de medidas legislativas que despenalicen el aborto. En el Perú, el proyecto de Código Penal de 1990 eximía de pena el aborto ético, el aborto por inseminación artificial no consentida y el aborto eugenésico, sin embargo por la persistente campaña iniciada desde la jerarquía de la Iglesia, esta decisión se revirtió y solo fueron considerados como atenuantes con una pena de 3 meses. Esta dinámica se repitió en 1992 con la elaboración del Código de Salud que pretendía legalizar el aborto eugenésico, en 1993 con la reforma constitucional en la que se pretendía colocar el aborto como un caso de homicidio, y en el año 2002 con la reforma constitucional que pretendió prohibir el aborto a nivel constitucional. En todos estos casos el debate jurídico se traslada a los púlpitos de la Iglesia, a procesiones y comunicados de la Conferencia Episcopal Peruana⁶.

Pese a la opción represiva del Estado, la práctica del aborto está difundida entre las mujeres de todas las clases sociales, y en todo tipo de condiciones, desde la terminación del embarazo efectuada en clínicas por personal calificado, hasta el uso de procedimientos peligrosos aplicados por personal no calificado, y los intentos de las propias mujeres por terminar su embarazo con métodos tradicionales como hierbas abortivas, el exceso de actividad física y la violencia⁷.

Es más la penalización del aborto no ha determinado la disminución de esta práctica, por el contrario ésta ha aumentado; en 1994 se estimó que 271,000 mujeres al año se sometieron a un aborto, en el año 2000 la cifra aumentó a 352,000, y en el año 2003 ascendió a 410,000. Según la investigación realizada en el año 2002, el 5.2% de las mujeres peruanas de 15 a 49 años se provocan un aborto, el 28% de estos abortos se realizan en Lima, el 26% en el resto de la costa, el 32% en la sierra y el 14% en la selva.⁸

III.

TESTIMONIO DE ANA⁹.

El objeto de esta carta es el relato de lo que me sucedió hace 4 años atrás, cuando tan solo tenía 17 años.

Lo primero quiero dejar en claro que mi objetivo es que lo que me ocurrió no le vuelva a ocurrir a ninguna otra joven. Empezaré por el principio tratando ser lo más concreta posible, resumiendo todo lo que viví:

En abril del 2001, **salí embarazada**, hasta casi los 3 meses de embarazo no sabía lo que ocurría dentro de mí; cuando lo supe, dejando al margen los problemas que tuve con mi familia, me fui a sacar una ecografía al Hospital para saber en qué estado se encontraba mi bebé, sin saber todo lo que se venía.

Desgraciadamente me dijeron que mi bebé no se encontraba en condiciones, en concreto en los resultados de dicha ecografía decía que **mi bebé era anencefálico**, yo sin saber lo que significaba, pregunté a los enfermeros de dicho hospital sin tener respuesta alguna de lo que realmente significaba. Así pasaron dos semanas hasta que llegó el momento de mi consulta con el doctor, fue ahí cuando supe que mi niña no viviría, ya que no había desarrollado la masa encefálica. **Desde entonces empecé a destruirme poco a poco, entre la confusión y la tristeza sabía que tenía que hacer algo.**

Conciente de que mi bebé no tenía posibilidades de vivir, ya que su situación era incompatible con la vida, **decidí abortar creyendo que estaba en mi derecho, pero me negaron esa posibilidad.** En dicho hospital los doctores me decían que siga apelando ya que sí tenía posibilidades de que se me concediera la petición dada la gravedad de lo que me estaba ocurriendo. Así pasaron 3 meses, cuando mi barriga empezó a crecer notablemente y mi bebé se dejaba sentir.

Toda la situación era muy confusa para mí. Ya no sabía si lo que estaba intentando hacer, era correcto o incorrecto. En todo el transcurso de la pe-

⁹ Ana es el seudónimo de una adolescente, que en el año 2001 fue obligada por el Estado Peruano, representado por el Director del Hospital Arzobispo Loayza, a continuar con un embarazo pese a que se conocía que el concebido era un “feto anencefálico”. La anencefalia es una anomalía fetal congénita caracterizada por la ausencia de hemisferios cerebrales y bóveda craneana. En lugar del cerebro y el cráneo, hay una membrana compuesta de un tejido gelatinoso que cubre la coronilla de la cabeza. La anencefalia es fatal para el feto en todos los casos, sin embargo, mantenerlo en el vientre de la madre puede generar su muerte por hemorragia al experimentar sangrados severos o que el embarazo exceda el año con un alto riesgo para ella de preclamsia, fallas renales o hepáticas, convulsiones o coágulos sanguíneos. Ello además de someterla a la vivencia subjetiva de llevar un embarazo sabiendo que su hijo va a morir. El Estado Peruano ha sido denunciado ante el Comité de Derechos Humanos por este caso.

tición de aborto en el hospital, **me hicieron creer que la culpable de lo sucedido era yo**. Cada vez la confusión era más grande, yo no sabía qué hacer, si por una parte dejaba que mi embarazo transcurriera y correr todos los riesgos que esto implicaba ya que el bebé podría morir en cualquier momento dentro de mí sin que yo me diera cuenta **¿realmente valía la pena llegar hasta el final?, o por otra parte abortar dando fin al sufrimiento que me estaba causando la situación**.

Una vez un miembro de dicho hospital, me dijo de forma vulgar que la culpa de lo sucedido era mía “por abrir las piernas”, fue exactamente lo que él dijo, haciéndome sentir aún peor, ¿tenía derecho a maltratarme psicológicamente? mi situación era cada vez peor ya que tenía que escuchar muchos comentarios de ese tipo.

Caí en la depresión total, día a día lloraba reprochándome aquella culpa que en conjunto me hicieron creer. Psicológicamente yo estaba destruida, no tenía salud mental. Mi mundo se había reducido a la espera del nacimiento de una niña que no viviría.

Gracias a Dios y por distintos motivos, gente muy bondadosa se acercó a mí, me dieron la ayuda que necesitaba en esos momentos. Ellos me ayudaron a salir de la profunda depresión en la cual yo me encontraba y me dieron fuerza y valor para continuar.

Un sábado 12 de enero del 2002, me ingresaron al hospital, padecí los dolores de la dilatación por más de 16 horas, ya que los doctores decidieron que no valía la pena hacerme una cesárea por el estado en que se encontraba el bebé, y por eso mismo mi parto tuvo dificultad ya que el bebé, al venir de cabeza, no podía salir. Hay muchos detalles que no quisiera mencionarlos ya que son muy dolorosos para mí volver a recordarlos, **mi bebé vivió tres días de los cuales solo pude estar con ella unos cuantos minutos; mi dolor se hizo aún más profundo al verla padecer, ella no tenía la culpa de nada, al verla tan indefensa y al escucharla apenas llorar, mi culpa se hizo más grande aún, nunca me lo pude perdonar**. No podré olvidar esas imágenes tan desgarradoras de mi bebé y aunque actualmente intento no pensar en lo sucedido, es a veces inevitable que aquellas imágenes se crucen por mi mente.

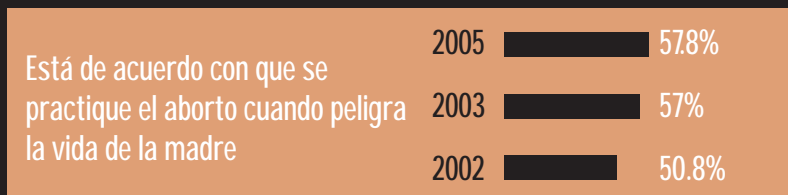
Lo único que deseo es que lo sucedido no se vuelva a repetir, para una chica de 17 años es realmente difícil superarlo. No saben cuántas veces intente dejar este mundo, ya que el valor y el sentido de la vida para mí ya no tenían importancia.

Pido que por favor se reflexione sobre mi caso y que ayuden a que no vuelva a suceder.

IV. QUÉ OPINAMOS SOBRE EL ABORTO

La **Encuesta Nacional sobre Discriminación** realizada por **DEMUS**¹⁰ establece que la mayoría de peruanos y peruanas no justifican el aborto. Solo en un caso, la mitad de los entrevistados que expresaron su opinión sobre el tema tendría actitudes favorables al aborto: cuando el embarazo pone en grave peligro la salud de la mujer. Los casos donde el embarazo ha sido producto de una violación, o donde se busca evitar el nacimiento de niños con malformaciones también tienen niveles importantes de actitudes favorables al derecho al aborto de la madre, en esos dos casos existe un 25% de entrevistados que piensa que el aborto sería bastante justificable. Sin embargo, aun en esas dos situaciones, más de la mitad de los entrevistados se ubica en el polo de no justificar el aborto.

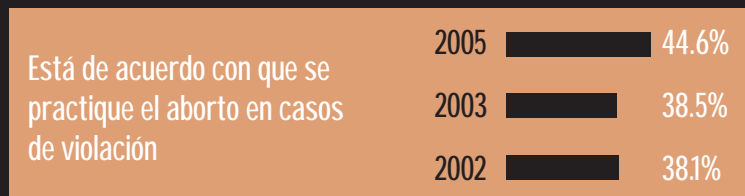
Por otro lado, el **Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima**¹¹ ha establecido que en la capital existe una tendencia creciente a aceptar el aborto. Evidentemente existe mayor aceptación en el caso de que **peligre la vida de la madre**.



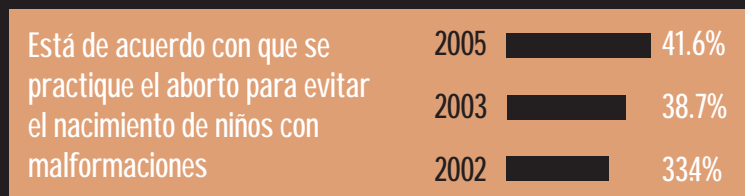
¹⁰ DEMUS, *Encuesta Nacional sobre Discriminación*, realizada entre los meses de agosto y septiembre de 2004, fue aplicada a 1.600 hombres y mujeres entre 18 y 70 años de edad, entrevistados/as en 14 departamentos del país, tanto en zonas urbanas como rurales.

¹¹ Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima. Estudio 269. Barómetro Social: Planificación Familiar. Lima Metropolitana y Callao. Encuesta realizada el 21 y 22 de mayo de 2005, fue aplicada a 538 personas elegidas en forma aleatoria en base a una distribución demográfica, con afijación y ponderación proporcionales

En el caso de **aborto por violación**, ético, o mal llamado “sentimental”, la población limeña también ha registrado una tendencia de mayor aceptación en los últimos años. Aunque todavía no pasa la barrera del 50%.



Finalmente, el **aborto que busca evitar el nacimiento de niños con malformaciones** o llamado aborto eugenésico, muestra una tendencia a ser tolerado.



¹² Paradójicamente, en el estudio realizado por la Universidad de Lima, ante la pregunta ¿usted cree que la mujer que causa su aborto debe tener pena de cárcel? Un 55.3% respondió que “sí”, un 36.2% respondió que “no” y un 8.5% respondió “no sabe/no opina”. Interpretamos que estas respuestas se refieren a aquel aborto que no pone en peligro la vida de la madre, en caso de violación o cuando se practique para evitar el nacimiento de niños con malformaciones. De lo contrario habría una contradicción con los datos expuestos anteriormente.

¹³ Imasen. *Percepción de los jóvenes sobre el aborto. Informe Final. Investigación Cualitativa*. Lima, DEMUS, 2002. pp. 27 y 28.

Estas apreciaciones evidencian que el rechazo al aborto se atenúa ante la presencia de circunstancias que agravan la situación de la mujer que tiene que asumir el embarazo. Sin embargo, no necesariamente traducen la opinión que se tiene sobre penalizar el aborto, y por lo tanto a enjuiciar a las mujeres¹².

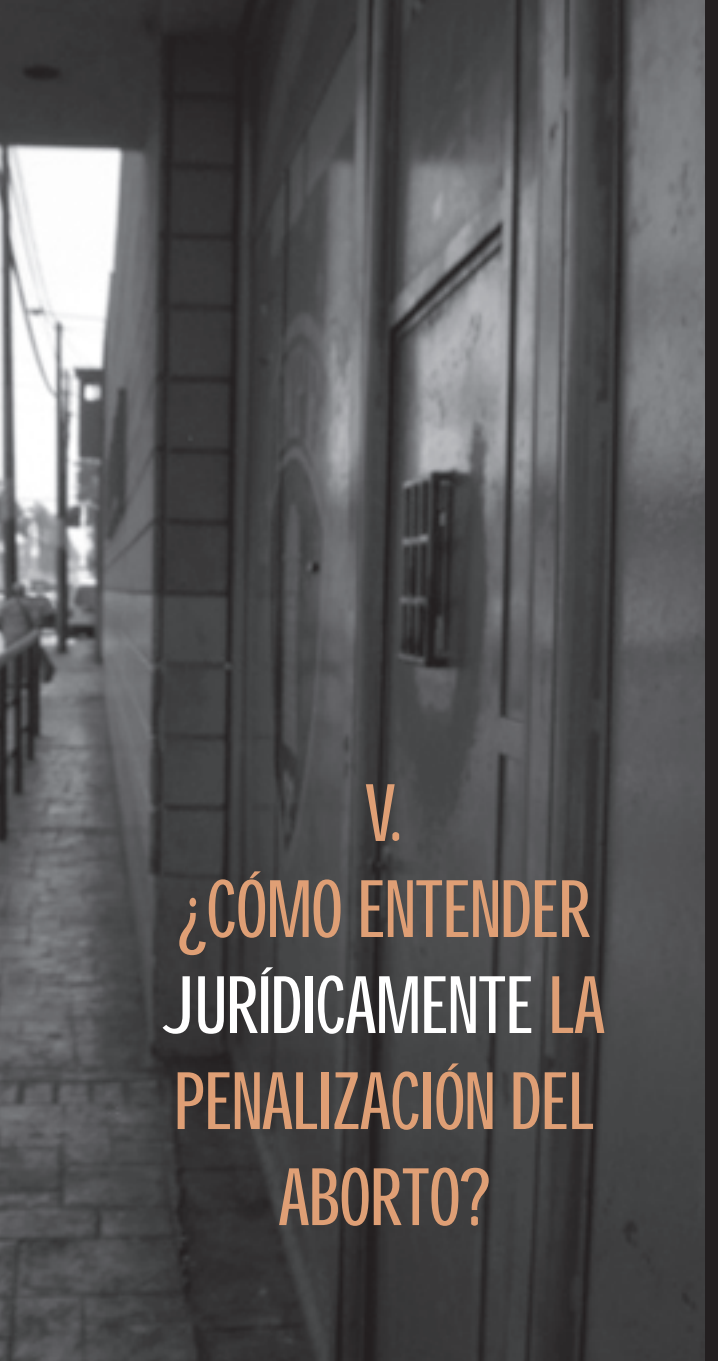
Una investigación realizada con grupos focales de jóvenes de clase media estableció lo siguiente:

“La penalización del aborto de ninguna manera constituye, desde el punto de vista de los consultados, una medida que lleve a la disminución de esta práctica. A decir de los consultados, el aborto siempre va a existir por lo que resulta ilógico las medidas represivas.

Incluso para quienes tienen buenas condiciones económicas la legalización sería favorable pues tendrían la opción de elegir el lugar que mejores condiciones médicas y sanitarias le ofrezca.

Como parte de los puntos a ser investigados, se preguntó a los participantes sobre la sanción que recaería en la mujer que aborta, las respuestas indican que el máximo castigo es el cargo de conciencia que lleva la mujer a lo largo de su vida.

Se descartó totalmente la idea del encarcelamiento a la mujer.”¹³



V.
¿CÓMO ENTENDER
JURÍDICAMENTE LA
PENALIZACIÓN DEL
ABORTO?

1. La penalización del aborto es discriminatoria por sexo y género.

Para entender la actuación del ordenamiento jurídico ante el aborto es sugerente leer el siguiente relato:

“una persona se despierta una mañana y se encuentra en la cama con un famoso violinista inconsciente, a quien se le ha detectado una enfermedad renal mortal, y solo esa persona tiene el grupo sanguíneo adecuado para ayudarlo. Consciente de este hecho, la Sociedad de Amantes de la Música ha secuestrado a tal persona, y por la noche han conectado su sistema circulatorio al del violinista, de tal forma que sus riñones puedan purificar la sangre del violinista además de la suya propia. Para evitar que el violinista muera, la persona debe permanecer conectada durante nueve meses, plazo en el que se encontrará totalmente recuperado. Si se desconecta antes de ese plazo, el violinista morirá indefectiblemente.”¹⁴

¿El Estado debería castigar a esta persona si quisiera desconectarse del violinista? Obviamente ningún ordenamiento jurídico lo aceptaría, incluso sancionaría a la Sociedad de Amantes de la Música por secuestrarla y disponer de su cuerpo sin

¹⁴ Judith Jarvis. Citada por Villanueva, Rocío. El aborto un conflicto de derechos humanos. En : Derechos Humanos de las Mujeres. Aproximaciones Conceptuales. Lima, Manuela Ramos, 1996. Pág. 208.

su autorización. Este caso nos muestra como el Estado decide entre el derecho a la vida del violinista y el derecho a la integridad y la libertad individual de la persona secuestrada; evidencia como frente a este conflicto de derechos prioriza la autonomía de la persona.

Una situación similar es la que el Estado tiene que afrontar en el caso del aborto, en el que se da un conflicto de derechos, entre el derecho a la vida del concebido¹⁵ (no persona) y los derechos de la mujer (libertad individual, integridad, etc.). Recordemos que las mujeres que deciden abortar viven una realidad similar al de la persona secuestrada en este ejemplo; de pronto, encuentran que su cuerpo está al servicio de otro ser vivo, sin haberlo deseado, ni decidido.

Pero, a diferencia del caso del violinista, en el aborto, la sociedad y el ordenamiento jurídico suelen resolver el conflicto de derechos de una manera distinta, comúnmente sancionando a las personas que abortan.

¿Por qué se dispone del cuerpo de las mujeres embarazadas cuando se trata de resguardar la vida del concebido, y no se hace lo mismo en otros casos, pese a que podría salvarse la vida de personas? ¿Por qué la autonomía corporal de la mujer embarazada no tiene el mismo peso que la que tiene cualquier otra persona?

La razón está directamente vinculada a que nuestras sociedades asumen la “maternidad” como un elemento fundante de la identidad femenina, la que determinaría que las mujeres tienen una natural inclinación hacia ella y que ésta es el resultado de su particular o especial condición biológica¹⁶. Así la mujer que ante un embarazo que no desea, prioriza sus derechos y por lo tanto no responde a este patrón, no solo es sancionada socialmente llamándola “desnaturalizada” sino también jurídicamente **penalizando su conducta**.

Esta anulación de la libertad para defender el derecho a la vida es sui generis, pues no se da en otros casos, por ejemplo la donación de órganos es totalmente voluntaria, incluso esta libertad se protege más allá de la muerte (necesita una declaración expresa de la persona para que se pueda disponer de sus órganos una vez muerto). ¿Por qué en esos casos no se dispone del cuerpo de las personas muertas para el bienestar de otros, y ante un embarazo osadamente se dispone del cuerpo de una persona viva?. La protección de la vida biológica sin límites, se da solo frente al derecho de autodeterminación de las mujeres.

Se suele señalar que la protección del derecho a la vida del concebido¹⁷, sin límites, proviene de tratados internacio-

¹⁵ Como es evidente, en el presente trabajo no entramos a la discusión sobre si el concebido es persona o no. La constitución expresamente le ha dado la categoría de “sujeto de derechos”, no el de persona. Ello no presenta ningún problema teórico jurídico, pues al igual que el concebido, en la actualidad se reconocen derechos a entidades que no son personas, como las futuras generaciones (seres humanos que ni siquiera existen potencialmente) o entidades colectivas o pueblos. Así, seguimos no solo a Villanueva Rocío, en el texto ya mencionado, sino también a Hurtado Pozo, José, quien en su texto “Aborto y Constitución”, en Derechos Humanos de las Mujeres. Aproximaciones Conceptuales. Lima, Manuela Ramos, 1996, evidencia esta realidad.

¹⁶ Inés Romero. *El aborto clandestino en el Perú*. Lima, Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 2002. Págs. 50 y 51.

¹⁷ Es legítima la protección del derecho a la vida del concebido, sin embargo, al igual que el derecho a la vida de una persona, tiene límites justificables.

nales suscritos por el Perú, por lo tanto es inevitable la penalización del aborto. Sobre ellos habría que señalar:

- a. En 1981 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció que las disposiciones sobre el derecho a la vida contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (única norma internacional que posibilita la aplicación del derecho a la vida desde el momento de la concepción, aunque no de manera absoluta) son compatibles con el derecho de la mujer a acceder al aborto legal y seguro¹⁸.
- b. Para Cook¹⁹ no existe ninguna evidencia convincente de que la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña, al señalar en su preámbulo que “el niño o la niña, por razón de inmadurez física y mental, requiere de cuidados y protecciones especiales, incluyendo una protección legal adecuada, tanto antes como después del nacimiento” tenga por intención excluir los derechos de la mujer. Ella señala que puede reconocer el requerimiento a los estados de la provisión de cuidados prenatales. Más si esta norma internacional omite hacer una declaración legalmente obligatoria respecto al aborto.

Por lo mencionado, la penalización del aborto resulta discriminatoria por sexo, pues denota una restricción que tiene como resultado menoscabar y anular el ejercicio de

¹⁸ Mollman, Marianne. Consenso sobre el aborto. Río Abierto, Boletín Nro. 23, agosto 2005. http://www.rioabierto.org/boletin/23/concenso_sobre_el_aborto.htm (Citado el 26 de setiembre de 2005)

¹⁹ Cook, Rebecca., Bernard M. Dickens y Laura E. Bliss. “International Developments in Abortion Law: 1988-1998” mecanografiado, publicado en American Journal of Public Health.89 (1999) Págs. 579-586.

los derechos humanos de las mujeres, por el hecho de ser tales (es imposible hasta el momento que un hombre se embarace)²⁰. Pero además constituye una discriminación por género, pues la razón de dicha restricción está directamente relacionada a las concepciones sociales que se tienen sobre el deber ser de las mujeres, en especial del ejercicio de su maternidad.

Resulta interesante evidenciar cuales son los otros derechos que se soslayan en esta diferenciación injustificada, para ello describiremos dos ejemplos en los que la jurisprudencia se ha pronunciado.

- El derecho a autodeterminarse y el derecho a la privacidad en Estados Unidos.

La asimilación de las mujeres a su maternidad ha sido implícitamente cuestionada en la doctrina y jurisprudencia norteamericana, la que partiendo de una sentencia de la Corte Suprema Norteamericana del año 1973 (Caso Roe vs Wade²¹) reconoció que el derecho a la “privacidad personal” de las mujeres es lo suficientemente amplio como para incluir la decisión del aborto.

²⁰ El Artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, suscrita por el Estado Peruano señala “A los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

²¹ Defensoría del Pueblo. Los derechos de la mujer en la jurisprudencia constitucional comparada. Volumen II. Lima, Forma imagen, 2000, Págs. 151-198.

En Estados Unidos el derecho a la privacidad personal está destinado a garantizar a toda persona el dominio de la autonomía decisoria frente a ciertas inquietudes o intereses decisivamente personales, pero no dictan el tipo de argumentos que deba ella aducir a favor de sus decisiones morales o éticas, ni define los procesos reflexivos que informa sus decisiones. Así ateniéndose a la privacidad de la decisión reproductiva, una mujer puede optar o no por el aborto sobre la base de valores de su comunidad, visión religiosa, etc²².

Según la sentencia mencionada, la privacidad, al igual que cualquier derecho no es absoluto, sin embargo su calidad de “fundamental” requiere que su limitación solo sea justificable ante un “interés estatal prioritario”, como podría ser la conservación y protección de la salud de la madre embarazada, así como la potencialidad de la vida humana. Estos intereses crecen en importancia a medida de que la mujer se acerca a la etapa de alumbramiento y, en algún punto del embarazo, llegan a ser “fundamentales”; en el caso de la salud de la madre ese momento se da aproximadamente a finales del primer trimestre (cuando la tasa de mortalidad por aborto dejaría de ser inferior a la tasa de mortalidad por nacimiento normal), y en el caso de la vida potencial cuando es “viable” (cuando tiene la capacidad de continuar con vida fuera del seno materno).

De ahí que el modelo norteamericano sea el de **plazos**, que parte de la tesis de la progresiva formación del concebido en el vientre materno, y permite el aborto con determinados requisitos, siempre que se produzca en los plazos establecidos por ley. El razonamiento se basa fundamentalmente en que durante determinado plazo, el aborto resulta menos peligroso para la vida e integridad de la madre y por otra parte, dado el carácter progresivo de la valoración de la vida en formación, ésta todavía es inferior a la sustentada por los intereses a los que enfrenta: fundamentalmente, el libre desarrollo de la personalidad de la madre²³.

- El derecho a autodeterminarse y la dignidad de la Mujer en España.

Otro concepto que se ha revelado frente a la imposición de embarazos ha sido el de “dignidad humana” de las mujeres. El Tribunal Constitucional de España el 11 de abril de 1985²⁴ estableció que obligar a una mujer a un embarazo que ha tenido su origen en una violación lesiona en grado máximo la dignidad personal y libre desarrollo de la personalidad. En esta sentencia se entiende la dignidad como:

aqueL “valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por

²² Cohen, Jean . “Para pensar de nuevo la privacidad; la autonomía, la identidad y la controversia sobre el aborto” en *Sexualidad y Derechos Ciudadanos* compilado por Blanch y otras. Lima, Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán. 2001. Pág. 108.

²³ Rosas, Isabel. Op cit. Pág. 122.

²⁴ Defensoría del Pueblo. Op cit. Volumen I. Págs. 225-289.

parte de los demás”. El tribunal señala que la dignidad de la mujer no permite que pueda considerársela como mero instrumento, es por ello que su consentimiento es necesario para asumir cualquier compromiso u obligación más aún ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar la vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos²⁵.

Esta concepción de la dignidad vinculada a la capacidad de decidir libre y racionalmente cualquier modelo de conducta, con la consecuente exigencia de respeto por parte de los demás, así como la prohibición de hacer de las personas un objeto de la acción estatal, no solo rechaza la penalización del aborto por violación, como lo establece la sentencia del Tribunal Español, sino que bajo la misma lógica debería rechazar cualquier tipo de penalización del aborto²⁶.

En España, esta sentencia señaló que era constitucional la despenalización del aborto ético, eugenésico y terapéutico. Con lo que consagró el sistema de **indicaciones**, el que considera no punible o no sancionable el aborto en determinados casos que representan situaciones “límite” vinculados a la mayor relevancia de la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad.

La posibilidad de autodeterminarse recogida en Norteamérica a partir del derecho a la privacidad y en España en base a la dignidad, tiene directa vinculación con el ejercicio de **derechos reproductivos** por parte de las mujeres, los que si bien no constituyen un concepto acabado, tienen elementos que pueden dar cuenta de su naturaleza.

²⁵ Fundamento Jurídico Nro. 11 inciso b de la sentencia.

²⁶ Cedano, María Ysabel. Entrevista realizada el 23 de febrero de 2003.

Para Petchesky estos derechos son la capacidad de reproducirse y la libertad de decidir cuando y con qué frecuencia hacerlo, ellos han sido incorporados a la gramática de los derechos humanos mediante los documentos de El Cairo y Beijing. Los elementos claves de estos derechos son: “Poder para tomar decisiones informadas acerca de la propia fecundidad, crianza de los (as) hijos (as), salud ginecológica y sexualidad. Recursos para poner en práctica decisiones en condiciones seguras y efectivas”²⁷.

A nivel nacional se ha positivado el derecho de las personas a decidir cuando y cuantos hijos tener (art. 6 de la Constitución). A nivel internacional se cuenta con el art. 16 de la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer que señala que el Estado asegurará, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos; por otro lado la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (Cairo) que en 1994 estableció que los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y con la Conferencia Internacional sobre la Mujer (Beijing) que reafirma estos postulados²⁸.

²⁷ Petchesky, Rosalind. “Tras las huellas de un porvenir incierto: del aborto a los derechos sexuales y reproductivos”, en Ediciones de las Mujeres Nro. 28, ISIS Internacional, 1999. Citada por Pimentel, Silvia “Derechos Reproductivos, fragmentos de reflexiones”, en: CLADEM, Derechos Sexuales, Derechos Reproductivos, Derechos Humanos. Lima, Cladem, 2002. Pág.157

²⁸ Defensoría del Pueblo. *Anticoncepción quirúrgica voluntaria I*. Lima, Tarea, 1998. Págs.26 y 27.

2. La penalización del aborto vulnera otros derechos.

Pese a que el argumento de la discriminación bastaría para establecer la despenalización del aborto, son otros los argumentos que han convocado un mayor respaldo en las discusiones sobre como resolver el conflicto de derechos existente entre la mujer y el concebido. El más evidente está vinculado al derecho a la vida y al derecho a la salud de las mujeres.

2.1. EL DERECHO A LA VIDA

El derecho a la vida tiene dos dimensiones una “dimensión existencial o formal” referida a la presencia tangible e individualizada del ser humano, y una “dimensión material” que surge a propósito del valor dignidad y que consiste en la posibilidad de que el ser humano existente “tenga la verdadera oportunidad de realizar el proyecto vivencial al que se adscribe, como una indiscutible potencialidad de realización humana”²⁹.

- **En su dimensión existencial**, la penalización de la conducta determina un gran número de abortos clandestinos que terminan con la vida de las mujeres. Según la Organización Mundial de la Salud una de cada ocho muertes maternas en el mundo se debe a complicaciones de abortos inseguros; por otro lado se estima que en el Perú cada año mueren 1,800 mujeres por causas relacionadas con el embarazo, parto y puerperio de las cuales alrededor de un 30% se debería a complicaciones de aborto³⁰.
- **En su dimensión material** pues la penalización del aborto, en muchos casos (cuando el embarazo no es querido) se convierte en un embarazo forzado, y ello tiene consecuencias definitivas en su proyecto de vida.

²⁹ Sáenz Dávalos, Luis. “El derecho a la vida y la interrupción voluntaria del embarazo”. En Revista Jurídica del Perú. Núm. 29, Lima, Diciembre, 2001, pág. 343.

³⁰ Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán y DEMUS. *Seis Acciones urgentes para reducir la mortalidad materna y el aborto inseguro. Exigencias al Estado Peruano*. Lima, Equilibrios, 2000. Citado por Delicia Ferrando. Op cit. Pág. 6.

DERECHO
A LA VIDA

DERECHO A LA SALUD
DE LAS MUJERES

DERECHO A NO SER
DISCRIMINADA POR
CAUSAS ECONÓMICAS

DERECHO A NO SER SOMETIDA
A TORTURA Y OTROS TRATOS
CRUELES, INHUMANOS Y
DEGRADANTES.

DERECHO A LA
LIBERTAD DE
CONCIENCIA DE
LAS MUJERES.

Sobre este derecho y la penalización del aborto se han pronunciado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación Nro. 28³¹ del Pacto de Derechos Civiles y Políticos señalando que los Estados Partes deben “proporcionar información sobre las medidas que hubiesen adoptado para ayudar a la mujer a prevenir embarazos no deseados y para que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida” (párrafo 10)

Asimismo el Estado Peruano, por la vulneración a este derecho, ha enfrentado una serie de observaciones del Comité de Derechos Humanos y recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

2.2. EL DERECHO A LA SALUD DE LAS MUJERES

Al igual que el derecho a la vida, el derecho a la salud de las mujeres ha centrado la inquietud de consensos y organizaciones internacionales.

El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población (Cairo 1994) y de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) se han pronunciado expresamente sobre el vínculo de la penalización del aborto y la afectación del derecho a la salud de las mujeres.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer ha expresado en su recomendación Nro. 24 “La mujer y la salud” que el acce-

³¹ Observación General Nro. 28 llamada “Igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, del 29 de marzo de 2000.

so de la mujer a una adecuada atención médica tropieza con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y la castigan por someterse a dichas intervenciones³².” Los Estados Partes en la medida de lo posible, deberían enmendar la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”³³.

La Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer, sus causas y sus consecuencias, también ha señalado que el Estado tiene la responsabilidad de proteger la salud reproductiva y los derechos reproductivos de la mujer, y toda manipulación del control por la mujer de su propio cuerpo y de la reproducción mediante leyes que penalizan el aborto va en contra de esa obligación³⁴.

2.3. EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADA POR CAUSAS ECONÓMICAS.

Se establece que la penalización del aborto es discriminatoria por causas o razones económicas debido a que esta determinación estatal genera graves problemas de justicia social y salud pública. La posibilidad de acceder a servicios especializados depende de la capacidad adquisitiva de la mujer y de su área de residencia, urbana o rural; las mujeres urbanas pobres acceden al servicio

³² Recomendación General Nro. 24 “La mujer y la Salud”. Párrafo 14.

³³ Ibid. Párrafo 31.

³⁴ Comisión de derechos humanos, E/CN.4/1997/47m 53 periodo de sesiones. Tema 9) del programa provisional, párrafo 41. citado por Inés Romero. Op cit. Pág. 41

prestado por personas no calificadas (44%) y obstétricas (39%); en cambio, las mujeres urbanas no pobres se atienden con médicos (77%). Las mujeres rurales pobres son en su mayoría atendidas por personas no calificadas (65%) y las mujeres rurales no pobres se atienden con obstétricas (38%) y médicos (36%). Se concluye pues que las mujeres pobres y del área rural están más expuestas a sufrir complicaciones³⁵.

2.4. DERECHO A NO SER SOMETIDA A TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES.

Se ha entendido que una mujer que es obligada a asumir su maternidad luego de haber sido violada está siendo sometida a **tortura u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes**, percepción que comparte el Comité de Derechos Humanos ya que en la Observación General Nro. 28³⁶ ha establecido que “a fin de evaluar el cumplimiento del artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (...) necesita saber si el Estado Parte da a la mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación acceso al aborto en condiciones de seguridad”. Este argumento también ha sido utilizado en los cuestionamientos que el Comité ha hecho a los informes periódicos del Estado Peruano en el año 1996 y 2000³⁷.

Por otro lado la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer ha señalado que es posible que la negación legal al aborto de una mujer embarazada por una violación complique su trauma físico y emocional³⁸.

³⁵ Ferrando, Delicia. El aborto clandestino en el Perú. Op cit. Pág. 21.

³⁶ La Observación Nro. 28 “Igualdad de derechos entre hombres y mujeres” emitida el 29 de marzo de 2000.

³⁷ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos al tercer y cuarto informe periódico del Perú. El primero se dio en sesiones 1547 a 1548 (58 período de sesiones) el 6 de noviembre de 1996 y el segundo en sesiones 1879 a 1881 (70 período de sesiones) el 1ro. de noviembre de 2000.

³⁸ Párrafo 21, conclusiones generales, sección A “Consecuencias de la violencia contra la mujer para la salud reproductiva” Citado en: Romero, Inés. Op cit. Pág 47.

2.5. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA DE LAS MUJERES.

Cuando se penaliza el aborto, se está atentando contra el derecho a la libertad de conciencia de las mujeres. Ésta supone el derecho de toda persona a formarse libremente en valores y principios que den lugar a un cúmulo de criterios e ideas. El Estado Constitucional de Derecho resguarda que el forjamiento de la propia conciencia no conlleve perturbación o imposición de ningún orden, ni siquiera de aquellos postulados éticos o morales, pues justamente, una condición intrínseca al ideal democrático lo constituye el garantizar el respeto de los valores e ideas de la mayoría³⁹.

No permitirle a las mujeres actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implica que el derecho a la formación de ésta careciera de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación de la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano.

Mollman señala que “No se puede obligar a que las mujeres cumplan con leyes basadas exclusivamente o principalmente en doctrinas de fe. Este es el caso de muchas de las leyes que restringen el aborto. Del mismo modo, donde el aborto es legal no se les debe obligar a tener un aborto a las mujeres que no consientan debidamente al procedimiento, que sea por razones religiosas o de otra índole”⁴⁰.

Como podemos observar, la opción de penalizar el aborto trae serias consecuencias en la vida concreta de las mujeres, consecuencias que se agravan en un país como el Perú, en el que la represión penal constituye prácticamente el único recurso de “prevención” utilizado por el Estado, ya que carece de una política conveniente y perseverante de prevención real⁴¹.

Siguiendo a Villanueva consideramos que ningún Estado puede imponer la maternidad a una mujer, pero mucho menos aquél que no garantiza las condiciones mínimas para una vida digna⁴², en el Perú el 25.5% de mujeres unidas está insuficientemente protegida de un embarazo no deseado, en la sierra las mujeres tienen dos hijos más que los que desean y en la selva 1.6 hijos de más⁴³.

La penalización
del aborto
vulnera otros
derechos

³⁹ Concepto asumido por el Tribunal Constitucional Peruano en el expediente 0895-2001-AA/TC. <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/0895-2001-AA-TC.htm> (citado el 26 de setiembre de 2005).

⁴⁰ Mollman, Marianne, Ibid.

⁴¹ Rosas, Isabel. Op cit, Pág. 109.

⁴² Villanueva, Rocío. Op cit, Pág. 217.

⁴³ Ferrando, Delicia. Op cit, Págs. 19 y 29

Cada Estado soluciona el conflicto de derechos que presenta el aborto de acuerdo al contexto socio político en el que se desenvuelve. En el Perú, éste ha sido resuelto priorizando el derecho a la vida del concebido, salvo en el caso en el que se ponga en riesgo el derecho a la vida o a la salud de la mujer. Esta opción, materializada en la penalización del aborto no ha detenido el crecimiento de la conducta: en 1994 se estimó que 271,000 mujeres se sometieron a un aborto, en el año 2000 la cifra aumentó a 352,000⁴⁴, y en el año 2003 se elevó a 410,000⁴⁵.

Sin embargo, no todos los abortos son objeto de denuncia y menos de investigación; pocos son los casos que llegan a judicializarse.

A nivel nacional en el año 2000 solo se denunciaron 640 casos policialmente⁴⁶. En Lima, frente a los 96,811 abortos⁴⁷ realizados en el año 2000 solo 83 casos fueron denunciados en las Fiscalías Penales de Lima (Lima, Cono Norte y Callao). Esta tendencia es similar en los últimos años: en el año 2001 se recibió la denuncia de 93 casos, en el año 2002 la cifra descendió a 83 casos, en el año 2003 a 73 denuncias; en el año 2004 ascendió el número de denuncias a 95 casos y en el año 2005 (hasta el 31 de agosto) se habían ya registrado 61 denuncias⁴⁸.


⁴⁴ Ferrando, Delicia. El aborto clandestino en el Perú. Hechos y Cifras. Op cit., 2002. Pág.26

⁴⁵ Ferrando, Delicia. El aborto clandestino en el Perú. Nuevas Evidencias. Presentación en power point. Lima, Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán y Pathfinder Internacional, 2003

⁴⁶ Chávez Susana. Atención Humanizada del Aborto Inseguro. Los Consensos del Cairo. Monitoreo como práctica ciudadana de las mujeres. Lima, CMP Flora Tristán, 2003. Pág. 10.

⁴⁷ Ferrando, Delicia. El aborto clandestino en el Perú. Op cit. Pág. 27

⁴⁸ Cifras del Sistema de Información de Apoyo al Trabajo Fiscal. Setiembre de 2005.



VI. IMPACTO DE LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO PARA LAS MUJERES QUE SON DENUNCIADAS.

Frente a una cifra similar Chiarotti señala que la proporción es tan importante que salta a la vista que el objetivo perseguido con la penalización de esta conducta es la deslegitimación del aborto y todo intento de obtener autonomía reproductiva por parte de las mujeres, objetivo que se da más en el terreno de lo simbólico – cultural que en el terreno de la justicia propiamente dicha⁴⁹. En este caso el derecho penal está siendo utilizado como una herramienta simbólica y no como un mecanismo de última ratio, por ello es ineficaz y lejos de impedir que las mujeres recurran al aborto cumple otras funciones entre las que se encuentra obligar a aquellas que deciden interrumpir su embarazo a someterse a abortos en condiciones inseguras y con alto riesgo para sus vidas.

La opción por el derecho a la vida del concebido materializada en la penalización del aborto no solo viola derechos concretos de las mujeres sino que transgrede la lógica penal. Además, no toma en consideración experiencias de otros países, Pimentel nos señala que:

“Contrariamente a lo que pueda pensarse, los países que legalizaron el aborto inducido y crearon programas asequibles de planificación familiar combinados con un acceso efectivo a la información, tuvieron como resultado una disminución en el número de abortos realizados. En Holanda, por ejemplo, donde el aborto no se considera un delito, ya existen servicios de aborto gratuitos y se cuenta con un amplio y efectivo acceso a los anticonceptivos y servicios, y con protección social para la mujer. Se estima que la tasa de abortos es de 0.53 por

⁴⁹ Chiarotti, Susana. *Las Estrategias Jurídico Legales para la Defensa de la Salud y los Derechos Sexuales y Reproductivos*. Rosario, 1999. Mecanografiado. Pág. 8.

cada cien mujeres, una de las tasas más bajas en el ámbito de toda Europa. En Cuba, país que cuenta con una legislación liberal sobre el aborto, la tasa aún permanece alta debido a que no se cuenta con recursos suficientes de información y acceso a métodos anticonceptivos. En países de América Latina, con legislaciones que penalizan el aborto o lo permiten solo en ciertos casos, la tasa llega a ser diez veces mayor que en los países donde las leyes sobre el aborto fueron liberalizadas.”⁵⁰

¿Qué pasa con las mujeres que llegan a ser procesadas?

Poco se sabe de la actuación concreta del sistema de justicia frente a la penalización del aborto, menos de lo que ocurre con las mujeres que llegan a ser procesadas. En el año 2003 se realizó una investigación⁵¹ que analizaba la información registrada en expedientes judiciales, en los que se procesaba a mujeres por haber abortado⁵². Algunos de sus hallazgos fueron los siguientes:

1. ¿Quiénes eran las mujeres procesadas?

- “NN” con 25 años, trabajaba como técnica en enfermería en el Hospital de la Policía y percibía un in-

⁵⁰ Pimentel, Silvia “Derechos Reproductivos, fragmentos de reflexiones”, en: CLADEM, *Derechos Sexuales, Derechos Reproductivos, Derechos Humanos*. Lima, Cladem, 2002. Págs. 165-166.

⁵¹ Llaja Jeannette. *La Penalización del Aborto: sus consecuencias en las Mujeres*. Monografía para obtener el título de Especialista en Derechos Humanos en la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador. El material escogido está compuesto por el expediente 646-97 del 12 Juzgado Penal de Lima, expediente 216-2000 del 31 Juzgado Penal de Lima y el expediente 384-01 del 25 Juzgado Penal de Lima.

⁵² Si bien, en el material encontrado también se procesa a las personas que ayudaron a abortar a estas mujeres, nos centraremos solo en cómo el sistema de justicia trata a las primeras.

greso de 450 nuevos soles mensuales. Era casada y tenía un hijo. Ella se sometió a un “legrado uterino” en el consultorio privado de un médico del centro de la ciudad; la operación le costó 150 nuevos soles y le provocó una pelviperitonitis aguda, cervicitis, perimetritis y perforación uterina. El aborto se realizó cuando ella tenía un mes y medio de embarazo y provocó que le practicaran una histerectomía en el Hospital.

- “JJ” con 29 años, estudió hasta el 6to grado de primaria y tenía como ocupación “su casa”. Era conviviente al momento de embarazarse y tenía una hija de 5 años. Esta mujer consultó su caso con un vendedor de farmacia, le colocaron una inyección con Ciclogesterin más oxitocina y se colocó citotex en la vagina, todo ello le costó la suma 61 nuevos

soles. A raíz del aborto fue atendida en un hospital por emergencia ya que presentaba ginecorragia dolor tipo cólico en hipogastro y eliminación de coágulos. Este hecho se dio cuando tenía mes y medio de embarazo.

- “KK” con 32 años, estudió la secundaria (según el atestado policial) superior (según su instructiva), era soltera y tenía un hijo de año y medio. Ella, aconsejada por una mujer, tomó un líquido en base a hierbas fuertes y luego se aplicó una inyección aceitosa. Las hierbas le costaron 30 nuevos soles y la inyección 15 nuevos soles. A raíz del aborto fue atendida por emergencia en un hospital pues presentaba sangrado vaginal abundante y dolor abdominal tipo cólico. El aborto se produjo cuando tenía aproximadamente tres meses de embarazo.



Como se evidencia, la clientela del Código Penal son mujeres de escasos recursos, pertenecientes a los sectores más vulnerables de la sociedad y quienes por diferentes circunstancias no tuvieron acceso a servicios de calidad; de ahí que las tres hayan terminado con complicaciones que las llevaron a un hospital a recuperarse y a ser luego procesadas judicialmente. Si el aborto se hubiera dado en condiciones adecuadas, ninguna hubiera sido procesada, y menos sentenciada.

Esta situación es denunciada por la Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias, quien destaca la idea de que las normas que penalizan el aborto afectan y discriminan con mayor intensidad a las mujeres pobres o de escasos recursos⁵³.

Ugaz señala que una consecuencia indirecta de la penalización del aborto es la selectividad del derecho penal⁵⁴, pues convertir en delito esta conducta empuja a un conjunto de mujeres a los bordes marginales de la criminalidad, a vincularse con un mundo clandestino y delincuencial que las arrastra. De los casos revisados ninguna de las procesadas había tenido una experiencia previa con el sistema de justicia: no tenían antecedentes penales, policiales o procesales. No son personas vinculadas al crimen.

Además, eran mujeres que ya tenían un hijo por lo que era improbable que su decisión de abortar se haya vinculado a la negación de la maternidad en sí misma, así-

⁵³ Inés Romero. Op cit. Pág. 46.

⁵⁴ José Ugaz, *El aborto desde el enfoque jurídico penal*, <<http://www.convencion.org.uy/menu3-002.htm>> (citado el 2 de setiembre de 2005).

mismo eran mujeres que aparentemente contaban con una pareja estable al embarazarse (incluso la que se auto define como “soltera”), por lo que debemos descartar la idea de que el aborto es más frecuente entre las mujeres solteras de vida licenciosa, conclusión a la que llega Ferrando cuando se refiere a las características de las mujeres que son atendidas en los hospitales del sector público por complicaciones de aborto⁵⁵.

2. Sobre la defensa en el juicio.

El hecho de que las mujeres tengan escasos recursos determinó que el apoyo de un abogado en su defensa sea ocasional, por ello el ofrecimiento y la actuación de las pruebas dependieron del Ministerio Público o del Poder Judicial.

3. ¿Quién denunció?

En el caso de NN y JJ el proceso judicial se inició con el parte policial registrado en los hospitales. Esta actitud responde a la Ley General de Salud (Nro. 26842) vigente que obliga a los médicos a informar al director del establecimiento de salud sobre los casos en que existan indicios de aborto inducido y el director, a su vez, está obligado a denunciar el hecho ante las autoridades competentes.

Esta norma contradice la Observación Nro. 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU,

⁵⁵ Delicia Ferrando. El aborto clandestino en el Perú. Op cit. Pág. 57

sobre “Igualdad de derechos entre hombres y Mujeres”, en la que se señala:

“otro ámbito en el que puede ocurrir que los Estados no respeten la vida privada de la mujer guarda relación con sus funciones reproductivas, como ocurre, por ejemplo, (...) cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a aborto ..”

Asimismo, la Recomendación Nro. 21 de la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación sexual sobre “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares” ha señalado que:

“La falta de respeto del carácter confidencial de la información (...) puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y bienestar.

Por esa razón, la mujer estará menos dispuesta a obtener atención médica para (...) o atender casos de abortos incompletos...”

Estas serían algunas de las razones por las que existe una dinámica hospitalaria de no denunciar policialmente los casos, de lo contrario en el año 2000 habrían por lo menos 13,259⁵⁶ mujeres procesadas por el delito de aborto y no las 46 que mencionamos antes.

A diferencia de los otros dos casos, KK fue denunciada por el presunto padre del concebido.

⁵⁶ Número de mujeres que se estima fueron hospitalizadas por complicaciones de aborto inducido en centros de salud de Lima Metropolitana. En: Delicia Ferrando. El aborto clandestino en el Perú. Op. Cit. Pág. 54.

4. ¿En el proceso se involucró a los presuntos progenitores?

Cotidianamente se señala que tras el aborto de una mujer se encuentra el aborto previo que hizo el presunto padre al desentenderse de esta situación; ésta es una realidad en sociedades con una paternidad ausente muy fuerte como la nuestra.

En los expedientes revisados los supuestos progenitores del concebido no fueron involucrados en el proceso, pese a la existencia de indicios de su participación en el delito o en la comisión de otros ilícitos penales (cuando el progenitor era el denunciante). Este hecho refuerza una mentalidad tolerante con la irresponsabilidad paterna y de paso constituye una discriminación adicional por sexo contra las mujeres.

5. Las pruebas: entre informes médicos y declaraciones.

Las pruebas sobre las que se indaga en estos procesos están directamente relacionadas a informes médicos y el testimonio de la procesada.

Los informes médicos versan sobre lo ocurrido con la mujer una vez que se acercó al hospital para recuperarse de las complicaciones del aborto, es decir sobre la historia clínica que generó en esa institución. Si esta mujer hubiera tenido recursos para un aborto seguro, no existirían pruebas documentales de lo ocurrido, por lo tanto tampoco tendrían más riesgo en ser consideradas responsables del delito.



En los procesos revisados, los operadores de justicia consideraban imprescindible el pronunciamiento del Instituto de Medicina Legal sobre la historia clínica; ello pese a la existencia de otras pruebas del hospital o de la Dirección Nacional de Criminalística, o aunque signifique ampliar los plazos impuestos por ley para la investigación.

Es importante señalar que solo en el caso de NN los informes dieron cuenta de un “aborto provocado”, mientras que en los otros dos casos (por ingestión de yerbas o medicinas) se estableció que eran “abortos incompletos”; concepto neutro penalmente, ya que un aborto incompleto puede ser consecuencia de un aborto voluntario o un aborto espontáneo.

Otro elemento ineludible es la declaración de la mujer que abortó, la declaración de la persona a la que se acusa por haber realizado el aborto, o en su caso, de la persona denunciante. Estas declaraciones causan convicción en el juzgador cuando señalan la comisión del delito, sin embargo no se toman en cuenta cuando respaldan la inocencia de las procesadas.

6. La sentencia

En los tres juicios revisados se declaró que las procesadas eran responsables de cometer el delito de aborto. Sin embargo ninguna fue literalmente a la cárcel. **JJ** fue condenada a un año de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el mismo término, y en los casos de **KK** y **NN** se dispuso la reserva del fallo condenatorio, imponiéndosele como periodo de prueba un año.

Según Mir Puig existen diversas razones para evitar la aplicación de las penas privativas de libertad de corta duración, ellas antes desocializan más que favorecen a la resocialización; además las penas cortas de prisión están previstas para delitos poco graves, para los cuales bastarían penas menos traumáticas⁵⁷, ese sería el caso del aborto. Sin duda los jueces tomaron en cuenta esos elementos para determinar la sanción a las procesadas, en el caso de NN y KK hay una remisión expresa al hecho de que no tienen antecedentes penales.

¿El Estado Peruano es laico?
En el proceso seguido contra
NN, la fiscal le preguntó:
" Si sabe si la vida humana
está protegida por ley desde
la concepción y que solo Dios
decide la hora de nuestra
muerte".

Fojas 5 del Expediente 216-2000 del 31
Juzgado Penal de Lima.

⁵⁷ Alfredo Villavicencio. Código Penal Comentado. Lima, GRILEY, 2002. Pág. 212

ALGUNOS APUNTES FINALES

La penalización del aborto no logra que esta conducta disminuya, conforme va pasando el tiempo el número de abortos aumenta.

Es ínfimo el número de mujeres que llegan a ser procesadas y sentenciadas por abortar. La incidencia de la penalización del aborto está más en el terreno de lo simbólico – cultural que en el terreno de la justicia propiamente dicha.

Las mujeres procesadas y sentenciadas son mujeres con escasos recursos y que se sometieron a abortos inseguros. Las complicaciones a las que llegan por haber abortado en malas condiciones constituyen una prueba fundamental de la ocurrencia del delito.

Existe una lógica en las instancias estatales que hacen que las mujeres no sean encarceladas. A nivel de los hospitales, es mínimo el nivel de denuncia; y a nivel judicial es casi seguro que ninguna va a la cárcel. Esta lógica se condice con una sociedad en la que el aborto no es aceptado moral, ni éticamente pero tampoco se acepta su sanción penal.

“El aborto es la manera ancestral que tienen las mujeres para resolver el conflicto de un embarazo no deseado. Por eso para eliminar totalmente los abortos habría que garantizar que todos los embarazos fueran deseados. Esto es hoy imposible, pues implica resolver cuestiones como que un embarazo ya no ponga en peligro la vida de una mujer, que los métodos anticonceptivos sean infalibles, que ya no ocurran más violaciones sexuales, y que exista un sistema de seguridad social que garantice un ingreso a las mujeres embarazadas y a sus hijos dependientes.”⁵⁸

⁵⁸ Lamas, Marta . “El aborto en México”. *Revista Nexos Virtual con Avantel*, en: http://www.nexos.com.mx/archivo_nexos/detalle.asp?id=2641.
Pág. 5

¿Sabía qué?

el Estado Peruano ha enfrentado una serie de observaciones y recomendaciones de parte del Comité de Derechos Humanos, así como del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

El Comité de Derechos Humanos, en el año 2000⁵⁹, señaló :

“es signo de inquietud que el aborto continúe sujeto a sanciones penales, aun cuando el embarazo sea producto de una violación. El aborto clandestino continúa siendo la mayor causa de mortalidad materna en el Perú” El Comité reitera que estas disposiciones son incompatibles con el artículo 3 (Igualdad en el goce de derechos por parte de hombres y mujeres), el artículo 6 (derecho a la vida) y artículo 7 (No ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes)”.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en el año 1998⁶⁰, recomendó lo siguiente:

“El comité observa con preocupación que existe un estrecho vínculo entre el índice de abortos practicados y la alta tasa de mortalidad materna, y señala que la tipificación del aborto como delito no hace desistir del aborto sino que lo hace inseguro y peligroso para las mujeres. El comité recomienda al Gobierno del Perú que revise su legislación sobre aborto y vele porque la mujer tenga acceso a servicios de salud generales y completos, que incluyan el aborto sin riesgo, y la atención médica de urgencia cuando surjan complicaciones”.

⁵⁹ Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos al cuarto informe periódico del Perú. En sus sesiones 1879 a 1881 (70 periodo de sesiones), celebrada el 1ro de noviembre de 2000.

⁶⁰ Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al tercer y cuarto informe periódico del Perú. En sus sesiones 397 y 398 (19 periodo de sesiones), celebrada el 6 de julio de 1998.

**citas e información sobre atención
 psicológica y orientación legal
 463 8515 / 463 1236**

**atención por correo electrónico
 consultas@demus.org.pe**

**www.demus.org.pe
 demus@demus.org.pe
 jirón caracas 2624, jesús maría**

