

# Justicia de Género

## La penalización del aborto: un problema de derechos humanos

### Presentación

Lo resuelto por el Comité de Derechos Humanos en octubre de 2005 en el caso de K.L. constituye un hito jurídico no sólo para las mujeres peruanas, sino para todas aquellas que se encuentran en los países que forman parte de las Naciones Unidas, y que pese a tener derecho a un aborto terapéutico, no tienen acceso a ello.

El Dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso mencionado no es el único pronunciamiento de los órganos supranacionales de protección de derechos humanos sobre aborto. Tal y como lo señala la Dra. Jeannette Llaja, aquellos que se han pronunciado sobre este tema -con diferentes énfasis- no sólo aceptan la despenalización del aborto sino que la exigen, estableciendo que cuando éste ha sido despenalizado debe reglamentarse.

Demus espera que con la difusión de este material, abogados(as), operadores(as) del Derecho y activistas, encuentren más argumentos para fundamentar por qué el aborto es un problema de violaciones a los derechos humanos, además de ser un asunto de salud pública.

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

Jr. Caracas 2624 - Jesús María  
Teléfonos 4631236 y 4638515  
demus@org.pe  
www.demus.org.pe

Lima, noviembre 2009

Esta publicación ha sido posible gracias  
al apoyo de Hivos



# la penalización del aborto

## Índice

- |   |         |
|---|---------|
| 1. El Sistema Internacional de protección de los Derechos Humanos y el aborto en el Perú. | Pag. 3  |
| 2. La reglamentación del aborto legal y el sistema internacional de derechos humanos.     | Pág. 21 |

# un problema de derechos humanos

## EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y EL ABORTO EN EL PERÚ

Jeannette Llaja Villena<sup>1</sup>

### 1. EL PERÚ Y EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el sistema internacional de protección de derechos humanos, el único tratado internacional que se pronuncia directamente sobre el aborto es el Protocolo de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos de los Pueblos en materia de Derechos de las Mujeres en África<sup>2</sup>. En él se establece que los Estados Parte deben tomar todas las medidas que resulten necesarias para “proteger los derechos reproductivos de las mujeres a través de la autorización del aborto médico en casos de asalto sexual, violación, incesto, y donde el embarazo pone en peligro la salud mental o física de la madre o la vida de la mujer o del feto”<sup>3</sup>. En los otros sistemas, son los órganos especializados en vigilar el cumplimiento de los tratados, los que a través de recomendaciones, observaciones o en la resolución de casos concretos, se han pronunciado sobre el tema.

El Perú, que obviamente no pertenece al sistema africano, está involucrado en dos sistemas de protección de derechos humanos, el sistema universal (ONU) y el sistema interamericano (OEA), en el ámbito de los cuales ha suscrito varios tratados de derechos humanos en general o directamente vinculados a los derechos de las mujeres<sup>4</sup>.

De acuerdo a la Constitución peruana, los tratados de derechos humanos que se encuentran en vigor no sólo forman parte del derecho nacional sino que los derechos y libertades que ella reconoce deben ser interpretados conforme a estas normas supranacionales<sup>5</sup>.

El Tribunal Constitucional peruano ya terminó con la clásica y no consensuada discusión sobre el rango de los tratados internacionales de derechos humanos señalando que éstos “no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional”<sup>7</sup>, ello conforme a una interpretación sistemática del artículo 3 de la Constitución que acoge un sistema de *numerus apertus* de derechos constitucionales y el artículo 57<sup>8</sup> del que se deriva “la constitucionalización de determinados tratados internacionales”. Conforme a lo dispuesto, los tratados de derechos humanos “están dotados de fuerza

<sup>1</sup> Abogada de DEMUS. Especialista en Derechos Humanos por la Universidad Simón Bolívar de Quito y Diplomada en Género y Políticas Públicas por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>2</sup> El Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de la mujer en África fue aprobado el 11 de julio de 2003 en la segunda cumbre de la Asamblea de la Unión Africana, celebrada en Maputo, Mozambique. Entró en vigor el 26 de octubre de 2005 cuando lo ratificó el décimo quinto país africano (Benín, Cabo Verde, Comoras, Yibuti, Gambia, Libia, Lesoto, Malí, Malawi, Namibia, Nigeria, Ruanda, Senegal, Sudáfrica y Togo).

<sup>3</sup> Human Rights Watch. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y aborto en América Latina. Página 5. Julio 2005 <<http://hrw.org/spanish/informes/2006/wrd0106/wrd0106sp.pdf>> (visitado el 15 de octubre de 2006).

<sup>4</sup> Resaltan la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas, más conocida como la CEDAW por sus siglas en inglés y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer de la Organización de Estados Americanos, más conocida como la Convención de Belém do Pará, por el lugar en la que se adoptó.

<sup>5</sup> Artículo 55 de la Constitución peruana.

<sup>6</sup> Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana.

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional peruano. Sentencia del 25 de abril de 2006 en el Proceso de Inconstitucionalidad presentado por el Colegio de Abogados de Arequipa y Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra el artículo 22, inciso c), de la Ley N° 26397, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. (Exp. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC). Fundamento B. Numeral 1. Sub numeral. 1.1.

<sup>8</sup> Norma que señala “Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”.

# La penalización del aborto

activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional". Fuerza activa en la medida que incorporan al ordenamiento jurídico de rango constitucional los derechos reconocidos por ellos, y fuerza pasiva ya que son normas que "no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido".

Desde el derecho internacional público, el Estado peruano está en la obligación de cumplir con los tratados antes mencionados de buena fe, conforme al "principio pacta sunt Servanda" reconocido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados<sup>9</sup>. Según Iván Bazán<sup>10</sup>, este principio implicaría que los pronunciamientos de organismos internacionales como los Comités o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deban acatarse; de lo contrario, el artículo 205 de la Constitución peruana carecería de sentido ya que permitiría que las personas accedan a la jurisdicción internacional para, finalmente, no protegerla.

Desde el ámbito constitucional también es importante recoger lo establecido por los órganos supranacionales de derechos humanos. Si bien el Código Procesal Constitucional, en su artículo V del Título Preliminar, solo se refiere a que los derechos constitucionales deben interpretarse conforme a las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es Parte; lo cierto es que existe jurisprudencia anterior del Tribunal Constitucional que amplía esta interpretación también a lo dispuesto por los órganos supranacionales de protección de derechos humanos que no constituyen precisamente tribunales.

Por ejemplo, en el año 2002, el Tribunal Constitucional señaló que conforme a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución "conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano"<sup>11</sup>. Asimismo, en dos procesos constitucionales<sup>12</sup> el Tribunal llegó a establecer la obligatoriedad de cumplir con los Dictámenes emitidos por el Comité de Derechos Humanos surtidos a propósito de quejas individuales.

*"la Decisión del Comité de Derechos Humanos ... tiene en sí misma, los alcances de una sentencia internacional definitiva, que al Estado que suscribe un Convenio Internacional en materia de Derechos Humanos, necesariamente corresponde cumplir y ejecutar, conforme a lo dispuesto por el artículo 40° de la Ley N° 23506, en concordancia con el artículo 101° de la Constitución Política del Estado de 1979, vigente al momento de plantearse la presente controversia"*<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.

<sup>10</sup> Bazán, Iván. Obligatoriedad de las Resoluciones Internacionales. <http://www.idl.org.pe/idlrev/revistas/107/pag72.htm> (citado el 27 de abril de 2006).

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional peruano. Sentencia del 17 de abril de 2002 en el proceso de hábeas corpus iniciado por Alfredo Crespo contra el fuero militar (Exp. 217-02-HC/TC). Fundamento N° 2.

<sup>12</sup> Tribunal Constitucional peruano. Sentencias en los expedientes Exp. N° 105-2001- AC/TC y Exp. N° 012-95-AA/TC.

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional peruano. Sentencia del 17 de abril de 1998 en el Proceso de Amparo interpuesto por Rubén Toribio Muñoz Hermoza contra el Director General de la Policía Nacional. (Exp. N° 012-95-AA/TC). Fundamento N° 2.

# un problema de derechos humanos

La importancia de lo antes señalado, se ha visto reafirmado por disposiciones administrativas; entre ellas debemos resaltar:

- El D.S. 014-2000-JUS, en su artículo 1, señala que “las decisiones, resoluciones o recomendaciones adoptadas en el marco de los procedimientos y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional, serán procesadas por el Estado de acuerdo a los principios de buena fe, fiel observancia de los tratados respectivos y cooperación con las instancias internacionales de promoción y protección de derechos humanos”, y
- El D.S. 017-2005-JUS, que aprueba el Plan Nacional de Derechos Humanos señala en su punto 1.4. “algunos Comités desempeñan también una importante labor de protección mediante el conocimiento de denuncias individuales por violaciones a los derechos contenido en los tratados (...). Por tanto, los dictámenes y decisiones emitidos en estos procedimientos, si bien carecen del carácter obligatorio de una sentencia, deben demandar del Estado los máximos esfuerzos para lograr su atención, para lo cual, deben buscarse mecanismos destinado a una adecuada evaluación de los mismos, y de ser pertinente, a su seguimiento”.

Como podemos ver, la interpretación de los derechos humanos no solo está circunscrita a lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos establezca; existe un marco normativo, jurisprudencial y doctrinario que determina que el Estado debe acoger lo resuelto por los diferentes Comités de las Naciones Unidas que supervisan periódicamente el cumplimiento de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, así como lo dispuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. Esta situación es relevante para el caso del aborto, pues es en estos espacios donde se ha abordado el tema y desde los cuales se ha llamado la atención al Estado peruano por violar los derechos humanos de las mujeres.

## 2. SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

En el sistema universal de derechos humanos, existe un solo caso de denuncia individual en el que un órgano supranacional ha responsabilizado a un Estado por el tema de aborto; se trata del Dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso KL v. Perú emitido en el año 2005. Sin embargo, conforme a información de Human Rights Watch desde mediados de los 90 hasta comienzos de 2005, los órganos encargados de monitorear el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos por parte de los Estados han emitido al



# la penalización del aborto

menos 122 observaciones finales referidas a noventa y tres países, abordando de manera sustantiva la relación entre el aborto y los derechos humanos<sup>14</sup>.

A continuación haremos referencia a cada uno de los pronunciamientos realizados por diferentes comités que monitorean el cumplimiento de los derechos humanos, haciendo hincapié en lo dispuesto para el caso concreto del Estado peruano.

## 2.1. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Comité de Derechos Humanos*

El Perú aprobó la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) mediante el Decreto Ley 22128 del 28 de marzo de 1978, el que entró en vigencia el 28 de julio de 1978. Con la firma de este tratado el Estado se comprometió a informar periódicamente al Comité de Derechos Humanos sobre sus logros y fallas en relación al respeto y la efectiva aplicación interna de los derechos humanos consagrados en este tratado internacional, así como a recibir las "observaciones" que el Comité de Derechos Humanos adopte respecto a esa realidad.

Por otro lado, el Perú aprobó la ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto mediante el Título VIII de la XVI Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1979, ratificación que entró en vigencia el 3 de enero de 1981. Esta última disposición permite que el Comité de Derechos Humanos tenga la capacidad de recibir quejas individuales dirigidas contra el Estado peruano por presunta violación de alguno de los derechos consagrados en el PIDCP, así como emitir un Dictamen en el que se pronuncie sobre la existencia o no de violaciones a los derechos humanos reconocidos en el tratado que vigila.

Describiremos cuáles han sido los principales pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos, ya sea como parte de la resolución de quejas individuales, de sus observaciones generales o de las observaciones específicas realizadas a los informes presentados por el Estado peruano.

### • *Denuncia Individual. Caso KL vs. Perú. Comité de Derechos Humanos*

El Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sólo respecto a una queja individual en materia de aborto. KL tenía 17 años cuando el Estado peruano, a través del Director de un hospital público, le negó el servicio de aborto terapéutico. En el año 2001, a ella se le había diagnosticado un embarazo de feto anencefálico, es decir un feto que carecía de hemisferios cerebrales y bóveda craneana y que moriría indefectiblemente durante el embarazo, el parto o al poco tiempo de nacer, además de colocar en grave riesgo su salud física y mental.

El caso fue denunciado el 13 de noviembre de 2002 y fue resuelto por el Comité de Derechos Humanos el 24 de octubre de 2005<sup>15</sup>. En el proceso se presentaron informes psicológico, psiquiátrico y social del caso, así como un informe médico



<sup>14</sup> Human Rights Watch. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y aborto en América Latina. Op cit. Página 4.

<sup>15</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso KLL vs. Perú. CCPR/C/85/D/1153/2003 del 17 de noviembre de 2005.

# un problema de derechos humanos

científico de la Federación Latinoamericana de Obstetricia y Ginecología (FIGO) y de la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología (SPOG) sobre esta problemática.

En su Dictamen el Comité de Derechos Humanos determinó que el Estado peruano:

- a. Violó el artículo 7 del PIDCP, es decir, el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, ya que sometió a la adolescente al dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo, experiencia que sumó más dolor y angustia a la ya acumulada durante el periodo en que estuvo obligada a continuar con su embarazo. El Comité recordó que, de acuerdo a su Observación General N° 20, no solo existe una protección frente al dolor físico, sino también el sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores.
- b. Violó el artículo 17 del PIDCP; es decir, el derecho a no sufrir interferencias arbitrarias en la vida privada, ya que el Estado peruano se negó a actuar conforme a la decisión de abortar de la adolescente.
- c. Violó el artículo 24 del PIDCP; es decir, el derecho a una atención especial en tanto se trataba de una menor de edad, ya que no le brindó apoyo médico y psicológico a la adolescente durante, ni después de su embarazo, y
- d. Violó el artículo 2 del PIDCP; es decir, el derecho a un recurso efectivo pues la adolescente no contó con un recurso adecuado para oponerse a la decisión del Estado de no proveerle el servicio.

Por todo lo mencionado, el Comité de Derechos Humanos determinó que el Estado peruano tiene la obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro, proporcionar a KL un recurso efectivo que incluya una indemnización y publicar el Dictamen del caso.

El Dictamen del caso KL v. Perú constituye un precedente importante no sólo para el Perú, sino para todos los países que forman parte de las Naciones Unidas. Se trata del primer pronunciamiento de un órgano supranacional de protección de derechos humanos sobre un caso particular de aborto.

## • *Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos*

El Comité de Derechos Humanos, a través de su Observación General N° 28 "Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres", ha establecido que la realidad del aborto tiene relación directa con la violación de varios derechos reconocidos en el PIDCP.

Respecto al Derecho a la Vida<sup>16</sup> y en directa relación con la clandestinidad del aborto en los países en los que éste no se presta legalmente y de manera adecuada, el Comité ha señalado:

<sup>16</sup> Artículo 6 (1) "el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".



# La penalización del aborto

*“Los Estados Partes, al presentar informes sobre el derecho a la vida (...) deberán 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 (...)”<sup>17</sup>.*

Sobre el derecho a no ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>18</sup>, así como al derecho de los menores a medidas de protección especiales dadas por el Estado<sup>19</sup>, el Comité ha establecido que la penalización del aborto por violación sería violatoria de derechos humanos.

*“El Comité, a fin de evaluar el cumplimiento del artículo 7 del Pacto, así como del artículo 24 (...) 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 (...)”<sup>20</sup>.*

Respecto al derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales a la vida privada<sup>21</sup>, el Comité estableció que las normas que obligan a los prestadores de salud comunicar la ocurrencia de un aborto a las autoridades no sólo es violatorio de su derechos a la privacidad sino que puede poner en riesgo su vida o ser considerado un trato cruel, inhumano y degradante:

*“Los Estados Partes deben presentar información que permita al Comité evaluar los efectos de las leyes y prácticas que entraban el ejercicio por la mujer, en pie de igualdad con el hombre, del derecho a la vida privada y otros derechos amparados por el artículo 17 (...) Otro ámbito en 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 abortos. En esos casos, pueden estar en juego también otros derechos amparados en el Pacto, como los previstos en los artículos 6 y 7 (...)”<sup>22</sup>.*

## • **Observaciones del Comité de Derechos Humanos al Estado peruano**

El artículo 40 del PIDCP otorga al Comité de Derechos Humanos la facultad de recibir y estudiar los informes presentados por los Estados sobre sus progresos y dificultades en la aplicación del Pacto. Respecto a estos informes el Comité se ha pronunciado sobre el aborto en más de una oportunidad.

El Comité ha establecido que la penalización “aún” del aborto por violación (es decir que no se agota en este tipo de aborto) contradice el reconocimiento del derecho a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas.

Observemos lo señalado por el Comité de Derechos Humanos respecto a dos de los últimos informes presentados por el Estado peruano:

<sup>17</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 28 Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10. Del 29 de marzo de 2000. Párrafo 10.

<sup>18</sup> Artículo 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

<sup>19</sup> Artículo 24 (1). Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

<sup>20</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 28. Op. Cit. Párrafo 11.

<sup>21</sup> Artículo 17(1). Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

<sup>22</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 28. Op. Cit. Párrafo 20.

# un problema de derechos humanos

“Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú”<sup>23</sup> del 8 de noviembre de 1996.

*“15. (...) También le preocupa que el aborto esté sujeto a sanciones penales, aun en el caso de que el embarazo de una mujer sea producto de una violación y de que el aborto clandestino sea la mayor causa de mortalidad materna. Estas disposiciones traen como resultado someter a las mujeres a un tratamiento inhumano y pudieran ser incompatibles con los artículos 3, 6 y 7 del Pacto”.*

*“22. El Comité recomienda una revisión de las disposiciones del Código Civil y del Código Penal a la luz de las obligaciones establecidas en el Pacto, particularmente en los artículos 3 y 26 del mismo (igualdad de derechos y no discriminación). El Perú debe asegurarse de que las leyes que guardan relación con violación, el abuso sexual y la violencia contra las mujeres las protejan de manera eficaz y debe tomar las medidas necesarias para evitar que las mujeres deban arriesgar su vida en razón de la existencia de disposiciones legales restrictivas sobre el aborto”.*

“Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú”<sup>24</sup> del 15 de noviembre de 2000.

*“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 los artículos 3 (igualdad de derechos entre hombres y mujeres), 6 (derecho a la vida) y 7 (derecho a no ser sometido a torturas) del Pacto y recomienda que se revise la ley para establecer excepciones a la prohibición y sanción del aborto”.*

## • Apuntes sobre el Comité de Derechos Humanos

El Comité de Derechos Humanos establece con claridad que la penalización del aborto en cualquier circunstancia, en la medida que provoca su clandestinidad, afecta el derecho a la vida de las mujeres. El Comité es consciente de la existencia de una alta tasa de mortalidad materna producto del aborto clandestino.

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos establece que la penalización del aborto terapéutico y el aborto por violación constituyen un trato cruel, inhumano y degradante; y acusa recibo de legislaciones, como la peruana, en las que se obliga a los prestadores de salud a denunciar casos de aborto, constituyendo esta normatividad violatoria del derecho a la privacidad.

Para el Comité la violación de los derechos humanos de las mujeres no se agota con la despenalización del aborto, sino mientras persista su clandestinidad. En el caso *KL v. Perú*, el aborto terapéutico está despenalizado, sin embargo no se



<sup>23</sup> Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú. CCPR/C/79/Add.72 del 8 de noviembre de 1996.

<sup>24</sup> Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú. CCPR/CO/70/PER del 15 de noviembre de 2000.

# La penalización del aborto

brinda en los servicios públicos de salud, constituyendo esta situación determinante para la configuración de violaciones de derechos humanos.

## 2.2. *La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y el Comité CEDAW*

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en adelante CEDAW, se ratificó mediante Resolución Legislativa 23432 del 4 de junio de 1982 y entró en vigencia el 13 de octubre de ese mismo año. Por su parte, el Protocolo Facultativo, que permite la realización de quejas individuales, está vigente desde el 9 de abril de 2001.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer o Comité CEDAW ha establecido que la realidad del aborto tiene relación directa con varios derechos reconocidos en esa norma supranacional. Este órgano supranacional se ha pronunciado fundamentalmente en sus Recomendaciones Generales N° 21 “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares” y N° 24 “Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud”, así como en las recomendaciones que alcanza a cada país. A continuación describiremos cada uno de estos pronunciamientos.

<sup>25</sup> Artículo 16 (1) Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

<sup>26</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer. Recomendación general N° 21. La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares. U.N. Doc. HR/GEN/1/Rev.1 at 90. 13° período de sesiones (1994). Párrafo 22.

<sup>27</sup> Artículo 12 (1). Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.(2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

### • *Recomendaciones Generales del Comité CEDAW*

En la Recomendación N° 21, pronunciándose sobre el derecho a no ser discriminada en el matrimonio y las relaciones familiares, en especial en el tema de decidir libre y responsablemente el número de hijos e intervalo entre sus nacimientos<sup>25</sup>, el Comité CEDAW ha señalado:

*“En algunos informes se revelan prácticas coercitivas que tienen graves consecuencias para la mujer, como el embarazo, el aborto o la esterilización forzados”<sup>26</sup>.*

Consideramos que en este caso el Comité se refiere al embarazo forzado en una acepción distinta a la dada por el Estatuto de Roma; primero, porque es una recomendación anterior al Estatuto y, segundo, porque no condiciona su existencia a la presencia de los elementos intrínsecos de un crimen de lesa humanidad o crimen de guerra. En ese sentido, podemos entender que la penalización del aborto es una forma de embarazo forzado.

Esta interpretación se confirma cuando el Comité CEDAW, en su Recomendación General N° 24 sobre Salud y Mujer, al desarrollar el derecho a no ser discriminada en la esfera de la atención médica<sup>27</sup>, determina que en la medida de lo posible deben revisarse las normas que penalizan el aborto:

*“Los Estados Partes también deberían (...) dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la edu-*

# un problema de derechos humanos

*cación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivadas de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”<sup>28</sup>.*

Así, la penalización del aborto es vista como parte de los obstáculos que tienen las mujeres para recibir una adecuada atención médica. El Comité señala:

*“La obligación de respetar los derechos exige que los Estados Partes se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud (...). El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones”<sup>29</sup>.*

Ello no sólo porque biológicamente son las mujeres las que abortan, sino porque el Comité reconoce la legitimidad y necesidad de que se revise la penalización del aborto.

Por otro lado, el Comité CEDAW, en su Recomendación N° 21, ha establecido que la decisión de tener hijos no debe estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno<sup>30</sup>. Asimismo, en su Recomendación N° 24, establece que la falta de confidencialidad por parte de las instituciones públicas o privadas que prestan atención médica a las mujeres que han abortado atentaría contra su derecho a la salud.

*“La falta de respeto del carácter confidencial de la información sobre los pacientes afecta tanto al hombre como a la mujer, pero 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 (...) atender a casos de abortos incompletos, y en los casos en que haya sido víctima de violencia sexual o física”<sup>31</sup>.*

## • Observaciones del Comité CEDAW al Estado peruano

El Comité CEDAW, en la revisión de los informes periódicos que el Estado peruano le ha presentado, se ha pronunciado en más de una oportunidad sobre la regulación del aborto en el Perú, cuestionando su penalización casi total. Asimismo, se ha pronunciado sobre la interpretación restrictiva del único tipo de aborto legal en el Perú, así como sobre el incumplimiento del Dictamen emitido por el Comité de Derechos Humanos en el caso KL v. Perú:

“Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al tercer y cuarto informe periódico del Perú”<sup>32</sup>. Del 8 de julio de 1998.



<sup>28</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N° 24. Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud. U.N. Doc. A/54/38/Rev.1 (1999) Párrafo 31.

<sup>29</sup> Ibid. Párrafo 14.

<sup>30</sup> Comité para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Recomendación general N° 21. Op. Cit. Párrafo 22.

<sup>31</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N° 24. Op. Cit. Párrafo 12.(d).

<sup>32</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al tercer y cuarto informe periódico del Perú. A/53/38/Rev.1. Párrafos 292-346. (1998).

# la penalización del aborto

*“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”.*

“Observaciones finales del Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer al Quinto informe periódico del Perú”<sup>33</sup> del 15 de agosto de 2002.

“Principales esferas de preocupación y recomendaciones

*u) Preocupa al Comité la situación de la salud de la mujer, y en particular su salud reproductiva. (...) El Comité observa con preocupación la alta tasa de mortalidad derivada de la maternidad, en especial la mortalidad derivada de abortos clandestinos, incluyendo los adolescentes, y la normatividad que puede impedir a las mujeres obtener tratamiento médico en caso de aborto (...).”*

“Observaciones finales del Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer al sexto informe periódico del Perú”<sup>34</sup> enero de 2007.

*“24 (...) El Comité observa con preocupación que el aborto ilegal sigue siendo una de las principales causas de la elevada tasa de mortalidad materna y que la interpretación restringida que hace el Estado Parte del aborto terapéutico, que es legal, puede inducir a las mujeres a hacer que se practiquen abortos ilegales en condiciones de riesgo. Al Comité le preocupa además que el Estado Parte no aplicó las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos formuladas en relación con el caso KL contra el Perú (...).”*

*“25 (...) El Comité insta al Estado Miembro a revisar su restrictiva interpretación del aborto terapéutico, el cual es legal, para darle un mayor énfasis a la prevención de los embarazos juveniles y a considerar la revisión de la ley relacionada con el aborto de embarazos no deseados, con el propósito de eliminar las provisiones punitivas impuestas a las mujeres que se someten a un aborto, lo cual está en concordancia con la recomendación general N° 24 del Comité sobre la mujer y la salud, así como la Declaración y la Plataforma para la Acción de Beijing. Más aún, el Comité hace un llamado al Estado Miembro para que cumpla con las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos en KL vs. Perú”.*



<sup>33</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al Quinto Informe Periódico del Perú. CEDAWC/2002/EXC/CRP3/Add7/Rev1.

<sup>34</sup> 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. CEDAWC/C/PER/CO/6

# un problema de derechos humanos

- *Algunos apuntes sobre el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*

El Comité CEDAW llama la atención sobre los efectos del aborto clandestino en materia de la salud de las mujeres. Claramente ha reconocido que las mujeres abortarán independientemente de su penalización, por lo que tipificar esta conducta solo las empuja a servicios en los que se coloca en riesgo su vida. El Comité entiende que la penalización del aborto sólo constituye un obstáculo para que las mujeres puedan ejercer su derecho a una adecuada atención médica sin discriminación.

El Comité no sólo hace un llamado a despenalizar el aborto, sino que cuestiona la forma en que se viene aplicando el único tipo de aborto legal existente en el Perú, indicando que se debe tener una interpretación más amplia.

Finalmente, el Comité reconoce que la penalización del aborto afecta la igualdad entre hombres y mujeres en el matrimonio y en las relaciones familiares, reconociendo explícitamente que son las mujeres las que tienen la última palabra en la decisión de cuándo y cuántos hijos tener.

## **2.3. La Convención de los Derechos del Niño y el Comité de los Derechos del Niño**

El Estado peruano aprobó la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño el 3 de agosto de 1990 mediante Resolución Legislativa 26583, entrando en vigencia este tratado el 2 de setiembre de 1990. Por su lado, el Protocolo Facultativo entró en vigencia el 9 de mayo de 2002.

El Comité de los Derechos del Niño, que vela por el cumplimiento de este tratado, ha establecido que la realidad del aborto vinculada a las mujeres adolescentes vulnera su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud<sup>35</sup>. En su observación General N° 4: La Salud y el desarrollo de los adolescentes, ha señalado que:

*“(...) Los Estados Partes deben adoptar medidas para reducir la morbilidad materna y la mortalidad de las niñas adolescentes, producida especialmente por el embarazo y las prácticas de aborto peligrosas, y prestar apoyo a los padres de las adolescentes (...). El Comité insta a los Estados Partes a: a) elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar, los contraceptivos y las prácticas abortivas sin riesgo cuando el aborto no esté prohibido por la ley, y a cuidados y asesoramiento generales y adecuados en materia de obstetricia (...)”<sup>36</sup>.*

Al igual que sus similares, este Comité también se ha pronunciado en el caso de países concretos, incluido el Perú. En sus “Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Perú” del 14 de marzo de 2006<sup>37</sup>, estableció:



<sup>35</sup> Artículo 24 (1) Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

<sup>36</sup> Comité de Derechos del Niño. Observación general N° 4 La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. CRC/GC/2003/4. (2003) Párrafo 31.

<sup>37</sup> Comité de Derechos del Niño. Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño al Tercer Informe Periódico del Perú. CRC/C/PER/CO/3. del 14 de marzo de 2006. Párrafo 52.

# La penalización del aborto

“52. El Comité está preocupado por la elevada tasa de embarazos precoces y por el número de adolescentes que fallecen por someterse a un aborto. Además, al Comité le preocupa la falta de servicios de salud sexual y reproductiva adecuados, debido también a la asignación insuficiente de recursos en esos sectores.

53. El Comité recomienda al Estado Parte que, teniendo en cuenta la Observación general del Comité sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención (CRC/GC/2003/4), garantice el acceso a los servicios de salud reproductiva a todos los adolescentes y lleve a cabo campañas de sensibilización para informar plenamente a los adolescentes sobre sus derechos en materia de salud reproductiva, y en particular sobre la prevención de las enfermedades de transmisión sexual y los embarazos precoces. Además, el Estado Parte debe adoptar todas las medidas posibles para hacer frente al fallecimiento de niñas adolescentes a causa del aborto”.

## • Algunos apuntes sobre el Comité de Derechos del Niño

El Comité de Derechos del Niño evidencia su preocupación por el peligro que corre la salud de las mujeres adolescentes que se enfrentan a un embarazo precoz y a un aborto clandestino, por lo que llama a los Estados a “adoptar” todas las medidas posibles para hacer frente al fallecimiento de adolescentes a causa del aborto.

Asimismo, el Comité establece con claridad que cuando la adolescente se encuentre en un supuesto de aborto legal, como el aborto terapéutico en el Perú, debe recibir los servicios adecuados para poder interrumpir su embarazo sin riesgo.

## 2.4. La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y el Comité contra la Tortura

El Estado peruano, mediante Resolución Legislativa N° 24815 de fecha 12 de mayo de 1988, aprobó la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. El 19 de julio de 2006, el Congreso dictó la Resolución Legislativa N° 28833 aprobando el Protocolo Facultativo de esta Convención, el que entró en vigencia el 14 de octubre de ese mismo año.

El Comité contra la Tortura no ha desarrollado comentarios o recomendaciones generales que traten el aborto. Sin embargo, se ha pronunciado sobre el tema en más de una oportunidad con ocasión de hacer comentarios a los informes que los Estados presentan periódicamente.

En el caso del Perú, el Comité contra la Tortura ha señalado respecto a los “Tratos crueles, inhumanos o degradantes”<sup>38</sup> que,



<sup>38</sup> 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 CAT/C/PER/CO/4. 25 de julio de 2006.

# un problema de derechos humanos

*“23.... El Comité ha recibido información de que personal médico, empleado por el Estado, se niega a suministrar atención médica requerida para que las mujeres embarazadas no recurran a abortos ilegales que ponen en riesgo su vida. La legislación actual restringe severamente el acceso a interrupciones voluntarias del embarazo, incluso en casos de violación, lo cual ha resultado en graves daños, incluso muertes innecesarias de mujeres. Las alegaciones recibidas indican la omisión del Estado Parte en la prevención de actos que perjudican gravemente la salud física y mental de las mujeres y que constituyen actos crueles e inhumanos.*

*El Estado Parte debe tomar las medidas necesarias, incluyendo medidas legales, para prevenir de manera eficaz actos que perjudican gravemente la salud de las mujeres proporcionando la atención médica requerida, fortaleciendo los programas de planificación familiar y ofreciendo un mejor acceso a información y servicios de salud reproductiva, incluso para los adolescentes”.*

## • Algunos apuntes del Comité contra la Tortura

El Comité establece que la negación de servicios de aborto constituye un trato cruel, inhumano y degradante, ello independientemente a si los abortos son legales o no. Asimismo, expresa su cuestionamiento a la penalización del aborto, incluso en casos de violación, y es por ello que invoca al Estado peruano a tomar las medidas necesarias, incluso cambios legislativos, para revertir esta situación.

Respecto a otro país, Chile<sup>39</sup>, el Comité identificó como una forma de tortura la práctica por la que se condicionaba la atención médica a que las mujeres confiesen el delito.

## 2.5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité DESC

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales está encargado de hacer seguimiento al cumplimiento por parte de los Estados del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por el Decreto Ley 22129 del 28 de marzo de 1978 y que entró en vigencia el 28 de julio del mismo año.

Pese a que es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el que reconoce expresamente el derecho a la salud de las personas, derecho que es invocado por los otros Comités al tratar el tema de aborto, este Comité no ha desarrollado una Observación General sobre el tema. Sin embargo, se ha pronunciado respecto a los informes que periódicamente le alcanzan los países, aunque no expresamente en el caso peruano; por ejemplo, ante la penalización total del aborto en Chile, el Comité le instó a revisar su legislación y despenalizar el aborto terapéutico o cuando se trate de un embarazo consecuencia de una violación o incesto<sup>40</sup>.



<sup>39</sup> Comité contra la Tortura. Conclusiones y Recomendaciones al tercer informe periódico de Chile. CAT/C/CR/32/5 del 14 de junio de 2004.

<sup>40</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones finales del tercer informe periódico de Chile. E/C.12/1/Add.105. 1º de diciembre de 2004.

# la penalización del aborto

## 3. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana de Derechos Humanos fue aprobada por el Estado peruano mediante Decreto Ley 22231 del 28 de marzo de 1978, y entró en vigor el 28 de julio de 1978. El análisis de esta norma en relación al aborto es importante pues se trata de un tratado internacional de derechos humanos, que al igual que la Constitución peruana, otorga derecho a la vida al concebido. La Convención expresamente señala:

*“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.*

El aborto ha sido tratado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) mínimamente en tres oportunidades, a través del caso *White y Potter v. Estados Unidos*, el caso *Paulina v. México*, y el informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia.

La Carta de la Organización de Estados Americanos - OEA<sup>41</sup> ha establecido que la CIDH tiene como objetivo promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la OEA en esta materia; junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos son las dos entidades del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos en las Américas, de acuerdo a la Carta de la Organización de Estados Americanos. La CIDH es competente para conocer “los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes” en la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme al artículo 33 inciso “a” de ese tratado internacional.

### 3.1. Caso *White y Potter v. EEUU*<sup>42</sup>

Este caso, más conocido como *Baby Boy*, aborda la petición realizada por un ciudadano estadounidense contra la absolución de un médico (Dr. Edelin) que había realizado un aborto, luego de emitida las sentencias *Roe vs. Wade* y *Doe vs. Bolton*<sup>43</sup>. La petición se fundamenta en la supuesta violación del derecho a la vida reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aclarado por la definición y descripción de “derecho a la vida” que consta en la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>44</sup>.

La importancia del informe de la CIDH radica en su interpretación sobre el art.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos; el que señala que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

La CIDH, haciendo un recuento histórico de la aprobación del art. 4 de la Convención, diferencia la frase “en general, desde el momento de la concepción

<sup>41</sup> Artículo 106 de la Carta de la OEA,

<sup>42</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución Nro.23/81, Caso 2141, Estados Unidos, el 6 de Marzo de 1981, OEA/Ser.LVII.54 Doc.9 Rev.1, 16 de octubre de 1981, original: español.

<sup>43</sup> Sentencias de la Corte Suprema Norteamericana que despenaliza el aborto por plazos (1973).

<sup>44</sup> Estados Unidos no ha ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Es por ello que la petición se realiza en base a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

# un problema de derechos humanos

“de la frase más corta “desde el momento de la concepción”; dando cuenta que la inclusión de las palabras “en general” obedecen a un consenso permisivo de la despenalización del aborto en determinadas circunstancias<sup>45</sup>.

El reconocimiento del derecho a la vida desde el momento de la concepción, no implica que éste sea absoluto, en ese sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos es compatible con la despenalización del aborto.

## 3.2. Caso *Paulina v. México*

La Comisión Interamericana se pronunció en el caso *Paulina v. México* sobre aborto por violación. Paulina era una adolescente de 13 años a la que el Estado no le prestó servicio de aborto legal, pese a que el aborto por violación estaba despenalizado en el Estado de Baja California de México y ella cumplía con todos los requerimientos para que la interrupción del embarazo prosperara. Ella había sido violada por unos desconocidos e incluso había obtenido la aprobación del aborto por parte de la fiscalía.

En este caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobó un Acuerdo de Solución Amistosa entre las peticionarias y el Estado mexicano en el que se comprendía “un reconocimiento público de responsabilidad de parte del Gobierno de Baja California y un importante conjunto de medidas de reparación para la víctima y su hijo, incluyendo gastos judiciales por el trámite del caso, gastos médicos, apoyo financiero para manutención, vivienda, educación y desarrollo profesional, atención psicológica, y reparación por daño moral”<sup>46</sup>.

El Acuerdo ha sido publicado en el informe N° 21/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 9 de marzo de 2007. En el informe, este órgano supranacional vincula el derecho al aborto con el derecho a una vida libre de violencia y a la salud. De ahí que en el acápite “Determinación de compatibilidad y cumplimiento” señale:

*“18 (...) La CIDH ha señalado reiteradamente que, proteger y promover los derechos de las mujeres es una prioridad para los Estados Miembros de la OEA, con el fin de garantizar el goce pleno y eficaz de sus derechos fundamentales, en especial a la igualdad, la no discriminación y a vivir libres de la violencia basada en el género”.*

*“19. La Convención de Belém do Pará establece que las víctimas de violencia sexual tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos sus derechos humanos, incluyendo los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados en los instrumentos regionales e internacionales de protección a los derechos humanos. La Comisión subraya asimismo, que el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres no es posible de alcanzar sin un acceso oportuno a servicios*



<sup>45</sup> Párrafos 21 al 30.

<sup>46</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunicado de Prensa del 8 de noviembre de 2006.

# la penalización del aborto

*integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia. La CIDH también observa que la salud de las víctimas de violencia sexual debe ocupar un lugar prioritario en las iniciativas legislativas y en las políticas y programas de salud de los Estados”.*

### 3.3. Informe Especial sobre Colombia

Respecto a la situación de países, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha expresado su preocupación por lo que ocurría en Colombia, antes de la sentencia de la Corte Constitucional que despenalizó el aborto en tres circunstancias.

En el “Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia”<sup>47</sup>, del 26 de febrero de 1999, la Comisión señaló:

*“49. No obstante lo anterior, la Comisión considera necesario referirse al aborto, que constituye un problema muy serio para las mujeres colombianas, no solamente desde el punto de vista de la salud, sino también de sus derechos como mujeres, incluyendo los derechos a la integridad y a la privacidad.*

*50. El Código Penal vigente en Colombia, en su capítulo III, tipifica el aborto como un delito contra la vida y la integridad personal. La pena establecida en el artículo 343 de dicho Código es de uno a tres años de prisión para la mujer que lo practica, o permite que otro se lo practique. La CIDH observa que incluso está penado el aborto en los casos de la mujer embarazada por acceso carnal violento, abusivo o inseminación artificial no consentida (artículo 345 del Código Penal - “circunstancias específicas”).*

*51. Según la información suministrada a la Comisión, a pesar de las normas citadas, en Colombia se verifican unos 450.000 abortos inducidos por año. La criminalización del aborto, unida a las técnicas anticuadas y las condiciones antihigiénicas en que se realiza esta práctica, hacen que la misma constituya la segunda causa de muerte materna en Colombia. Según estadísticas presentadas por el Estado, el 23% de las muertes maternas en Colombia son resultado de abortos mal practicados”.*

En este caso, si bien existe una preocupación por las implicancias del aborto clandestino, es importante resaltar que la Comisión vincula el derecho a la salud con otros derechos como son a la integridad y a la privacidad. Rasgo importante cuando hablamos del aborto como un derecho reproductivo de las mujeres. La Comisión llama la atención ante el hecho de que el aborto esté penalizado incluso cuando el embarazo es producto de una violación.



<sup>47</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.10 (1999). Capítulo 12: Derechos de la Mujer.

# un problema de derechos humanos

## 3.4. *Algunos apuntes sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

Después de lo señalado podemos indicar que, si bien los derechos sexuales y los derechos reproductivos no son temas que suelen ser abordados por el sistema interamericano, de la lectura de los pocos documentos emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se evidencia que no existe una oposición a la despenalización del aborto. Ello a pesar de que la Convención Interamericana de Derechos Humanos reconoce derechos al concebido.

Es más, mientras la Comisión considera que los Estados están en la libertad de despenalizar el aborto en la medida que lo justifiquen, el informe de Colombia da cuenta de que existe un cuestionamiento implícito a la sanción penal del aborto por violación o inseminación artificial no consentida. De ahí, que en el caso de Paulina, pueda vincularse el derecho al aborto con la Convención de Belém do Pará.

## 4. REFLEXIONES FINALES

El Estado peruano siempre ha sancionado el aborto. En el año 1924 se despenalizó el aborto terapéutico, es decir aquel que se da cuando es el único medio para salvar la vida de la mujer gestante o para evitar un daño grave y permanente en su salud<sup>48</sup>; y en el año 1990, estuvo a punto de despenalizarse el aborto por violación<sup>49</sup>. La decisión de criminalizar el aborto no ha determinado que éste disminuya; por el contrario, las pocas estadísticas existentes dan cuenta de que se incrementa día a día<sup>50</sup>, a costa de la vida y la salud de las mujeres de más bajos recursos<sup>51</sup>.

Paralelamente, el Estado peruano ha ido reconociendo una serie de derechos a las personas, siendo importante en este proceso, la inserción del Perú dentro del sistema supranacional de protección de derechos humanos. Sin embargo, pese a estos avances, el Estado peruano no ha modificado su decisión de criminalizar la interrupción del embarazo.

Como hemos visto, los órganos supranacionales que vigilan el cumplimiento de los tratados internacionales y que se han pronunciado sobre el tema del aborto, con diferentes énfasis, no sólo aceptan la despenalización del aborto sino que incluso la reclaman, pues es evidente la afectación que tiene esta medida en la vigencia de los derechos humanos de las mujeres.

¿Por qué el reconocimiento de los derechos humanos de las personas por parte del Estado peruano no ha implicado una revisión de la legislación del aborto?, ¿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?

<sup>48</sup> Art. 119 del Código Penal vigente.

<sup>49</sup> El 7 de junio de 1990 se publicó en "El Peruano" el proyecto de Código Penal que había aprobado el Congreso en el que se despenalizaba el aborto practicado cuando el embarazo provenía de una violación o de inseminación artificial no consentida, además del aborto terapéutico. Este proyecto no fue promulgado por el Presidente García, en el primer periodo de gobierno, ante la presión evidente de la jerarquía eclesial.

<sup>50</sup> En el año 1992 se calculaba que abortaban 271,000 mujeres al año en el Perú (Allan Guttmacher Institute. *Clandestine Abortion Latin America reality*. 1994), en el año 2002 la cifra ascendía a 352,000 mujeres (Delicia Ferrando. *El aborto Clandestino en el Perú*. Hechos y Cifras. Lima, CMP Flora Tristán, 2002), y en el año 2006 a 376,000 mujeres (Delicia Ferrando: *El aborto Clandestino en el Perú*. Revisión. Lima, CMP. Flora Tristán, 2006).

<sup>51</sup> Las probabilidades de que aparezcan complicaciones por la realización del aborto es mucho mayor (72%) si es la misma mujer la que se manipula o si acude a una persona no calificada; mientras que el riesgo disminuye cuando la atiende una obstetrix o enfermera (24%) o si va a un médico (4%). Delicia Ferrando. *El aborto clandestino en el Perú*. Revisión – 2006. Lima, CMP Flora Tristán. Página 20.

# la penalización del aborto

La penalización del aborto es la única circunstancia en la que se obliga a las personas (en este caso las mujeres embarazadas) a proveer su cuerpo sin querer hacerlo, para el sustento de otros. Este hecho sólo se da respecto a las mujeres frente a su embarazo, pues ni siquiera los padres están obligados a proveer a sus hijos nacidos de transfusiones de sangre o de médula espinal, pese a que de ello dependa su vida.

La respuesta es compleja y excede el objetivo de este documento, sin embargo, no podemos dejar de mencionar la enorme influencia de la jerarquía eclesial y los grupos conservadores en la gestión estatal, así como la vigencia de una sociedad en la que las mujeres siguen siendo vistas como instrumentos. Ambas situaciones se contradicen con nuestro ordenamiento jurídico, el que no sólo tiene que adecuarse a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres, tal y como lo hemos descrito a lo largo de este documento, sino que debe cimentar la conformación de un Estado laico y proscribir todo tipo de discriminación contra la mujer, tal como se ha dispuesto en nuestras constituciones de 1979 y 1993.



# un problema de derechos humanos

## La reglamentación del aborto legal y el sistema internacional de derechos humanos.

Jeannette Llaja Villena

El artículo que nos antecede y al que denominamos “El sistema internacional de protección de derechos humanos y aborto en el Perú” nos permite afirmar lo siguiente:

- **El sistema internacional de protección de derechos humanos permite la despenalización del aborto;** donde la Convención Interamericana de Derechos Humanos, único tratado que reconoce el derecho a la vida desde el momento de la concepción, es compatible con la despenalización de determinados tipos de aborto.
- **El sistema internacional de protección de derechos humanos exige la despenalización del aborto;** de ahí que los diferentes comités que monitorean el cumplimiento de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, de manera general o específicamente al Estado peruano, han llamado la atención sobre la vinculación existente entre la penalización del aborto y la violación de diferentes derechos humanos.

Sin embargo, no basta la despenalización del aborto para que las mujeres tengan garantizados sus derechos. Los casos litigados a nivel internacional indican que aún en los países donde se despenalizaron algunos supuestos de aborto, éste no es accesible a las mujeres, por lo que la violación de sus derechos humanos permanece. De ahí que se convierta en una necesidad imperativa la reglamentación del aborto legal, para asegurar las condiciones que permitan a las mujeres decidir sobre él.

### JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.

Con el objetivo de evidenciar la vinculación entre la ausencia de normas que reglamentan el aborto legal y la violación de los derechos humanos de las mujeres, presentaremos tres casos de negación de servicios de aborto legal litigados en tres sistemas de protección de derechos humanos diferentes: KL vs. Perú en el Sistema Universal de Derechos Humanos (2005); Paulina vs. México ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (2006); y Tysiac vs. Polonia en el Sistema Europeo de Derechos Humanos (2007). Como veremos a continuación, cada uno de ellos significa un paso más adelante en el requerimiento de la reglamentación del aborto legal.



# la penalización del aborto

## 1. **Caso KL vs. Perú en el Sistema Universal de Derechos Humanos (Dictamen del Comité de Derechos Humanos - Octubre de 2005)**

### - Norma vigente en el momento de los hechos.

El art. 119 del Código Penal de 1991 establece que no es punible el “Aborto terapéutico”, es decir aquel practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

### - Hechos.

- En el año 2001 KL (17 años) descubrió que estaba embarazada. En un principio ella había decidido continuar con la gestación y por ello se atendía en el Hospital Arzobispo Loayza, un nosocomio público de Lima.
- El 27 de junio de 2001 se le realizó una ecografía y el 3 de julio del mismo año, un médico le informó que estaba embarazada de un feto anencefálico; es decir un feto que carecía de hemisferios cerebrales y bóveda craneana y que moriría indefectiblemente durante el embarazo, el parto o al poco tiempo de nacer, además de generarle riesgos a su vida y su salud en caso de continuar con la gestación. Por recomendación del médico, KL decidió interrumpir su embarazo.
- El 19 de julio, cuando KL se presentó en el hospital para ser internada, fue informada por el mismo médico que debía solicitar por escrito la autorización del aborto.
- El 24 de julio, el director del hospital respondió por escrito que no era posible realizar la interrupción de la gestación, por cuanto hacerlo sería contravenir las normas legales, ya que de conformidad con el artículo 120 del Código Penal, el aborto era reprimido con “pena privativa de libertad no mayor de tres meses (2) cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas” y que, conforme al artículo 119, el aborto terapéutico sólo está permitido cuando “la suspensión del embarazo es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”.
- El 13 de enero de 2002, con una demora de tres semanas, KL dio a luz una niña anencefálica, que vivió cuatro días.
- De acuerdo a lo descrito, desde el momento en que KL decidió abortar hasta que el director del hospital le negara esta la posibilidad, transcurrió casi un mes. No existía norma que reglamentara el aborto legal y determinara el procedimiento a seguir luego de esta denegación.



# un problema de derechos humanos

## **- Argumentación de las instituciones peticionarias relacionada a la ausencia de normatividad**

Las peticionarias DEMUS, CLADEM y el Centro para los Derechos Reproductivos denunciaron la violación de diversos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 2, art. 3, art. 6, art. 7, art. 17, art. 24 y art. 26).

Concretamente sobre el derecho a la intimidad (art. 17) indicaron que éste se halla vinculado al derecho a la salud (en su dimensión de libertad) cuando incluye el derecho a no padecer injerencias en la toma de decisiones sobre la salud y el cuerpo, incluida la libertad sexual y reproductiva. Las peticionarias indicaron que se habría vulnerado el derecho a la intimidad de KL, pues la prestación del servicio de aborto legal estaba disponible y si no hubiera sido por la injerencia de los agentes del Estado, ella hubiera podido interrumpir su embarazo y salvaguardado su salud física y mental.

Asimismo sobre su derecho a un recurso efectivo (art. 2.2) las peticionarias indicaron que en el Perú existe un vacío normativo que permite que el personal de salud incumpla con la disposición penal que autoriza el aborto terapéutico, o realice una interpretación restrictiva de él. En el caso concreto de KL el personal optó por “considerar que un embarazo de feto anencefálico no pone en peligro la vida y la salud de la madre, en abierta contradicción de las obligaciones nacionales e internacionales adquiridas por el Perú”. El vacío legal había significado la violación del derecho a la garantía de los derechos de KL, pues se la sometió a la arbitrariedad de los funcionarios de salud, y como consecuencia se violó la obligación de hacer efectivos sus derechos a la integridad física y mental, así como su derecho a la salud, que debían ser protegidos con la aplicación de la excepción a la penalización del aborto.

## **- El Dictamen del Comité de Derechos Humanos.**

El Comité consideró que a KL se le violaron los derechos reconocidos en los artículos 7 (prohibición de torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes), 17 (privacidad), 24 (atención especial por ser menor de edad) y 2 (recurso efectivo). Nos detendremos en el análisis que hace el Comité respecto al art. 7 y el art. 2, pues están directamente relacionados a la falta de acceso al aborto legal.

*Art. 17<sup>1</sup>: “La autora afirma que al negarle la posibilidad de una intervención médica para suspender el embarazo, el Estado parte interfirió de manera arbitraria en su vida privada. El Comité nota que un médico del sector público informó a la autora que tenía la posibilidad de continuar con el embarazo o de suspenderlo de acuerdo con la legislación interna que permite que se practiquen abortos en caso de riesgo para la salud de la madre. Ante la falta de información del Estado parte, debe darse el peso debido a la denuncia de la autora en el sentido de que cuando los hechos ocurrieron, las condiciones para un aborto legal, conforme a lo*

<sup>1</sup> “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. (2) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

# la penalización del aborto

*establecido por la ley, estaban presentes. En las circunstancias del caso, la negativa de actuar conforme a la decisión de la autora, de poner fin a su embarazo, no estuvo justificada y revela una violación del artículo 17 del Pacto.” Resaltado nuestro.*

*Art. 2<sup>2</sup>: “La autora alega haber sido objeto de violación del artículo 2 porque no contó con un recurso adecuado. Ante la falta de información del Estado parte el Comité considera que debe otorgar el peso debido a las alegaciones de la autora en cuanto a la falta de un recurso adecuado y concluye, por consiguiente, que los hechos examinados revelan igualmente una violación del artículo 2 en relación con los artículos 7, 17 y 24 del Pacto” . Resaltado nuestro.*

En virtud de ello, el Comité señaló que “el Estado tiene la obligación de proporcionar a la autora un recurso efectivo que incluya una indemnización; así como adoptar las medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro”.

Como se puede observar el Comité no determinó cuáles eran las medidas de no repetición en el presente caso. Sin embargo, por la fundamentación de la petición, las peticionarias han solicitado en reiteradas oportunidades que el Estado peruano reglamente el aborto terapéutico en el Perú, directamente o a través del Comité de Derechos Humanos.

## **2. Caso Paulina v. México en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (Acuerdo de Solución Amistosa ante la CIDH – Marzo de 2007)**

### **- Norma Vigente al momento de los hechos (1999)**

El artículo 136 del Código Penal de Baja California determinaba que el aborto era no punible (legal) cuando el embarazo era resultado de una violación, si se realizaba en los 90 días de gestación, y con la autorización del Ministerio Público.

### **- Hechos**

- El 31 de julio de 1999, Paulina (14 años), fue víctima de una violación sexual perpetrada en su domicilio, producto de la cual quedó embarazada. El hecho fue denunciado inmediatamente ante la Agencia del Ministerio Público Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, que no le brindó información sobre la Anticoncepción Oral de Emergencia.
- Al decidirse por un aborto, Paulina y su madre acudieron al Ministerio Público por la autorización. En un primer momento el Ministerio se rehusó a otorgar la autorización del aborto en un servicio particular y luego (3 de septiembre de 1999), lo autorizó en un hospital público.

<sup>2</sup> “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”

# un problema de derechos humanos

- Paulina solicitó cita en el Hospital General de Mexicali el 8 de septiembre, la que fue otorgada el 1° de octubre. Paulina estuvo en el hospital hasta el 8 de octubre sin que se realizara la intervención por diversas excusas.
- Paulina y su madre acudieron de nuevo al Ministerio Público, quien reiteró la orden para que se realice el procedimiento médico. En ese momento, el Procurador de Justicia del Estado las condujo a hablar con un sacerdote católico.
- El 13 de octubre, Paulina reingresó al hospital y al día siguiente, sin la presencia de su madre, recibió la visita de dos mujeres ajenas a los servicios de salud que habían sido invitadas por el director del hospital, y quienes le mostraron videos violentos de maniobras abortivas. Posteriormente hicieron lo mismo con la madre.
- El 15 de octubre de 1999, momentos antes de iniciar el procedimiento médico, el director del hospital se reunió con la madre de Paulina para exponerle los supuestos riesgos de la intervención (esterilidad, perforación uterina, hemorragia masiva, síndrome de Asherman y muerte). Ante esta falsa información la madre solicitó a los médicos que suspendieran el aborto.
- Conforme a lo descrito, desde que Paulina y su madre decidieron que la primera se sometiera a un aborto, transcurrieron más de dos meses. A Paulina no se le negó formalmente la posibilidad de abortar, sin embargo se le presentaron obstáculos para que ejerza sus derechos.

## **- Argumentación de las instituciones peticionarias relacionada a la ausencia de normatividad**

Las instituciones peticionarias (GIRE, ALAIDE FOPPA y el Centro para Derechos Reproductivos), argumentaron la violación de varios derechos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Belem do Pará, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la CEDAW y la Convención de Derechos del Niño. Ellas señalaron que el caso de Paulina es representativo de un sin número de niñas y mujeres que se han visto obligadas a ser madres como consecuencia de una violación sexual, pues se les obstaculiza ejercer su derecho a interrumpir el embarazo, situación que se agrava por la falta de reglamentación de estos casos. Y si bien hay recursos que podrían declarar la responsabilidad penal o disciplinaria de las autoridades en México, éstos no constituían un recurso idóneo y eficaz para remediar la falta de una regulación del procedimiento para ejercer el derecho a interrumpir un embarazo como consecuencia de una violación.

## **- El Acuerdo de Solución Amistosa ante la CIDH**

El 8 de marzo de 2006 se suscribió un Acuerdo de Solución Amistosa entre las instituciones representantes de Paulina y el Estado mexicano: el Estado se comprometió a dar medidas de reparación para Paulina, así como a adoptar re-



# la penalización del aborto

formas legislativas y de políticas públicas acordadas con el gobierno local, para la no repetición de hechos como los denunciados. El Estado se comprometió además a publicar un pronunciamiento público de responsabilidad<sup>3</sup>.

En el pronunciamiento publicado en un diario oficial el 10 de febrero de 2006, se señaló:

*“Como parte de este acuerdo, el Gobierno del Estado de Baja California, presenta este pronunciamiento público, reconociendo que la falta de un adecuado marco normativo en la entidad en materia de aborto generó la violación de los derechos humanos de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto.*

Con lo anterior, queda establecido y se reconoce plenamente que en el tiempo en que se dio la violación a los derechos humanos de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, el Estado de Baja California, no contaba con un marco normativo adecuado a la circunstancia que se presentó y esto le impidió, ejercer el derecho que reclamaba. También debe quedar claro que esta práctica no es política de estado en Baja California.” (resaltado nuestro)

Con la suscripción del Acuerdo de Solución Amistosa no sólo se reconoció que la ausencia de un marco normativo permitió la violación de los derechos humanos de Paulina, sino que en él, el Estado mexicano se comprometió a adoptar este marco como una medida de no repetición.

### 3. **Caso Tysiacy v. Polonia en el sistema europeo de derechos humanos. (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – Marzo de 2007)**

#### - Normas vigentes durante los hechos.

La ley de planificación de la familia (1993) establecía que el aborto puede llevarse a cabo únicamente por un médico en caso que el embarazo ponga en peligro la salud de la madre (siempre que se diera en un hospital y con el certificado de un médico diferente al que practica el aborto). Además, cuando los test prenatales u otros exámenes médicos indicaran un alto riesgo de que el feto esté severa e irreversiblemente dañado o sufra una enfermedad incurable que afecte su vida (no pueda sobrevivir fuera de su madre); o cuando hubiera indicios graves para creer que el embarazo es el resultado de un acto criminal (90 días).

#### - Hechos

- La señora Tysiacy sufría miopía grave desde los 6 años y era madre de dos hijos nacidos por cesárea. Antes de su último embarazo se la consideraba con una discapacidad de grado medio.

<sup>3</sup> El Acuerdo de Solución Amistosa fue publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 9 de marzo de 2007, en su informe 21/07.



# un problema de derechos humanos

- Se embarazó en febrero de 2000. Tres oftalmólogos la evaluaron y le señalaron que debido a los cambios patológicos en la retina, el embarazo y el parto constituían un riesgo para su vista. Le recomendaron chequeos y controles permanentes, que evaluara la esterilización posterior y que tomara precauciones severas. Sin embargo, se negaron a emitirle un certificado para la realización de un aborto.
- El 10 de abril de 2000, un médico general emitió un certificado señalando que el embarazo constituía un riesgo para su salud, pues había riesgo de ruptura de útero (dado que sus partos anteriores habían sido cesárea), y por el problema en la retina vinculada a la miopía.
- El 26 de abril de 2000, el Jefe del Departamento de Ginecología y Obstetricia de la Clínica de Varsovia (hospital del Estado), pese a tener el certificado que recomendaba el aborto, en cinco minutos hizo una nota en el reverso del documento señalando que éste no procedía y que recomendaba una cesárea. En ese momento consultó con un endocrinólogo, al que le habló susurrándole, y quien confirmó la nota escrita luego de señalar que la peticionaria podría tener 8 hijos si diera partos por cesáreas.
- La señora Tysiac dio a luz en noviembre de 2000.
- El 2 de enero de 2001 fue trasladada de emergencia al hospital. Su vista se había deteriorado gravemente. De acuerdo a un certificado médico este deterioro se había dado por hemorragias recientes en la retina. En ese momento se le recomendó aprender el alfabeto Braille, pues estaba en riesgo de quedar ciega.
- El 13 de setiembre de 2001, se la declaró con una incapacidad significativa; antes solo tenía una discapacidad de grado medio.
- Ella inició un proceso penal y un proceso administrativo. El primero fue declarado infundado, y el segundo no prosperó.
- De acuerdo a lo descrito, transcurrieron más de dos meses desde que la señora Tysiac decidió abortar hasta que le negaran la interrupción del embarazo en la Clínica de Varsovia,.

## - *La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*<sup>4</sup>.

El Tribunal Europeo consideró que el Estado polaco había violado el derecho a la vida privada reconocido en el art. 8<sup>5</sup> del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Indicó que la “vida privada” es un término amplio, que abarca, entre otras dimensiones aspectos de la identidad física y social de un individuo en particular el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y la capacidad de establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior. Asimismo incluye la integridad física y psicológica de una persona, en relación a la

<sup>4</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del CASO DE Tysiac v. POLONIA (Aplicación no. 5410/03). 20 de marzo de 2007.

<sup>5</sup> “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada. No podrá ser objeto de injerencias por una autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo por conformidad con la ley y siendo necesaria para una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, seguridad pública o el bienestar económico del país, para la prevención de desórdenes o delitos, para la protección de la salud o la moral públicas, o para la protección de los derechos y libertades de las demás.”

# La penalización del aborto

cual el Estado tiene una obligación positiva para garantizar su respeto efectivo.

El Tribunal recordó que el Convenio tiene por objeto garantizar que los derechos no sean teóricos o ilusorios, sino prácticos y eficaces; en ese sentido, se debe determinar si conforme a las circunstancias particulares del caso, el individuo tiene protegidos sus intereses durante su proceso de decisión.

Al examinar las circunstancias del presente caso, el Tribunal tuvo en cuenta el contexto en que se produjo. Cómo la prohibición legal del aborto junto al riesgo de incurrir en responsabilidad penal por parte de los médicos, pueden tener un efecto negativo al momento de decidir si un caso cumple los requisitos para ser considerado legal. En ese sentido, el Tribunal evaluó que las disposiciones que regulan el acceso al aborto legal deben formularse de tal manera que palien este efecto. Una vez que el legislador decide permitir el aborto, debe estructurar su marco legal de tal forma que no se limiten las posibilidades reales de obtenerlo.

El Tribunal señala que la regulación debe, entre otros elementos, garantizar con claridad la posición jurídica de la mujer embarazada, previniendo qué hacer frente a las diferencias que puedan surgir entre médicos, o entre médicos y la gestante. El procedimiento debe garantizar que una mujer embarazada tenga la posibilidad de ser escuchada y que sus puntos de vista se tomen en cuenta. Asimismo, la regulación debe garantizar que las decisiones sean oportunas para limitar o prevenir los daños a los que está expuesta la salud de la mujer en un aborto tardío, por lo cual debe tener en cuenta que el factor tiempo es de importancia crítica.

En el caso de la señora Tysiak, el Tribunal señaló que para analizar la violación del art. 8 del Convenio no se debía discutir si la demandante sufría de miopía grave, su condición de incapacidad, el juicio clínico de los médicos, ni si el embarazo podría o no podría llevar a un deterioro de su vista.

El Tribunal debía examinar cómo el marco jurídico que regula la disponibilidad de un aborto terapéutico se aplicó al caso de la señora Tysiak, y si abordó sus preocupaciones sobre el posible impacto negativo del embarazo y el parto en su salud (la que de acuerdo a los hechos, era razonable). En ese sentido, consideró que si bien en Polonia había un procedimiento relativamente sencillo para acceder al aborto (dos opiniones coincidentes de especialistas diferentes al médico que realizaría la intervención), éste no preveía las situaciones en las que no había coincidencia plena entre la mujer embarazada y los médicos o entre los médicos; y tampoco un procedimiento para oponerse a la decisión final. De acuerdo a ello, no se demostró que la ley polaca contenía mecanismos eficaces para asegurar las condiciones y obtener un aborto legal, creando por tanto una situación de incertidumbre prolongada en la señora Tysiak, por lo que tuvo un sufrimiento intenso y de angustia al contemplar las posibles consecuencias negativas de su embarazo y el parto próximo para su salud.



# un problema de derechos humanos

Como se puede observar, en el presente caso no sólo se reconoció la necesidad de reglamentar el aborto terapéutico para evitar la violación de los derechos humanos de las mujeres, sino que se dieron las características mínimas que una reglamentación debe contener para no vulnerar el derecho a la vida privada de las mujeres.

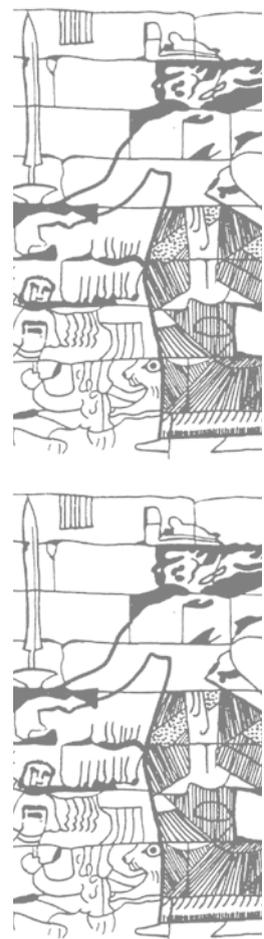
## A MODO DE CONCLUSIÓN

La jurisprudencia describe como el sistema internacional de protección de derechos humanos avanza en el reconocimiento de que la reglamentación del aborto legal es necesaria para el ejercicio de los derechos de las mujeres. Citando al Tribunal Europeo “una vez que el legislador decide permitir el aborto, debe estructurar su marco legal de tal forma que no se limite las posibilidades reales de obtenerlo”<sup>6</sup>.

Como se observó de la descripción de los hechos de cada caso descrito, la despenalización de algunos supuestos de aborto no bastan para que las mujeres tengan acceso a decidir sobre él; cada caso evidenció como la ausencia de una normatividad que reglamente el aborto legal dio paso a la actuación arbitraria de los prestadores de servicios de salud, restringiendo el derecho a decidir y acceder al aborto legal por parte de las mujeres.

En ese sentido, la respuesta del sistema internacional ha ido complejizándose. Mientras que en el caso KL el Comité de Derechos Humanos se limita a ordenar al Estado peruano a adoptar medidas para que casos similares no se repitan, en el caso Paulina la CIDH propicia un Acuerdo de Solución Amistosa comprometiéndolo al Estado mexicano a realizar modificaciones normativas como medidas de no repetición; y en el caso Tysiatic, el Tribunal Europeo llega a determinar las condiciones mínimas necesarias para que la reglamentación de aborto legal sea compatible con el derecho a decidir de las mujeres.

Asimismo, mientras que la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso KL (2005) se basa en la convicción de que esta adolescente se encontraba en un supuesto de aborto legal, en el caso Tysiatic (2007) el Tribunal Europeo no ve la necesidad de tener esta convicción para considerar que ha habido violación de derechos, sólo le basta constatar que la gestante tiene una preocupación razonable sobre el riesgo a su salud (supuesto de aborto terapéutico) para empezar a analizar si la normatividad que reglamenta el aborto legal es la adecuada para asegurar su derecho a decidir. La sola ausencia de un marco normativo que asegure el aborto legal puede constituir una violación al derecho a la vida privada de la gestante, si ésta además tiene dudas razonables de tener un supuesto de aborto legal.



<sup>6</sup> Párrafo 116 de la sentencia.

# la penalización del aborto

Por lo expuesto podemos afirmar que el sistema internacional de derechos humanos permite la despenalización del aborto y lo exige en determinadas circunstancias, y además establece que en los países donde está despenalizado debe ser reglamentado, pues la normatividad es uno de los elementos que permiten que las mujeres no vean obstaculizada su decisión de abortar.



# un problema de derechos humanos

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° 2010-02395

# Justicia

La penalización del aborto: **un problema de derechos humanos**

# de Género

H<sup>i</sup>VOS