

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**RELATIVIZACIÓN DE LAS CAUSAS JUSTIFICANTES DEL
ABORTO: CASOS DE VIOLACIÓN Y MALFORMACIONES
FETALES INCOMPATIBLES CON LA VIDA. CONSIDERACIONES
ÉTICAS Y JURÍDICAS**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

AUTORA

FABIOLA DEL CARMEN PALACIOS PEÑA

ASESORA

MGTR. ABOG. ERIKA JANET VALDIVIESO LOPEZ

Chiclayo, 2019

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mis padres, por su apoyo en toda mi vida universitaria; a mi hija que es el motivo de mi vida y mis logros.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por haberme dado la vida y permitirme el haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional. A mi Padre, por siempre estar ahí guiándome y aconsejándome siempre. A mi madre, por darme su amor incondicional. A mi Familia, mi hija por darme motivos para siempre seguir adelante. Y un especial agradecimiento a mi Asesora de tesis, la Dra. Erika Valdivieso, por su constante apoyo, gracias a ello ha sido posible la culminación de este trabajo de titulación.

RESUMEN

El aborto es un tema arduamente cuestionable en los últimos años dentro de nuestra sociedad; existen posturas a favor que nacen con el feminismo radical, porque consideran que al despenalizar el aborto, la mujer logra un progreso en su vida. Con esta forma de pensamiento se construye toda la plataforma de derechos sexual y reproductivos a nivel mundial que imponen la legalización del aborto, como un “derecho”, derecho que sólo le compete a la mujer de decidir sobre su propio cuerpo y decidir por ende su maternidad, maternidad que debe ser libre y voluntaria. Los partidarios a favor del aborto, alegan que existe un “derecho al aborto”, cuando la madre gestante es víctima de una violación sexual o cuando el niño por nacer viene con ciertas malformaciones “incompatibles con la vida”; pero no existe tal derecho en estricta aplicación del artículo 1° de la constitución política del Perú, en donde el fin supremo de la Sociedad y el Estado es la defensa de la vida humana y su dignidad. Además, sabemos que legislar a favor del aborto sea cual fuere la causa que aparentemente lo justificaría, no solo es un atentado a los valores supremos constitucionales, sino también una desobediencia directa al mandato constitucional y no sería esta una solución al problema planteado, sino más bien constituiría un enorme retroceso legislativo y social, por las consecuencias que su aprobación generaría.

PALABRAS CLAVES: Aborto, Derechos sexuales y reproductivos, violación sexual, malformaciones fetales.

ABSTRACT

Abortion is a topic hard questionable in the last few years within our society, there are positions for that they are born with the radical feminism, because they believe that the decriminalization of the abortion, the woman achieved a progress in your life. With this way of thinking is built the whole platform of rights sexual and reproductive rights at the global level and that impose the legalization of abortion as a “right”, a right that only belongs to the woman to decide over her own body and decide therefore her motherhood, motherhood which should be free and voluntary. Supporters in favor of abortion, they allege that there is a “right to abortion”, when the pregnant mother is the victim of a rape or when the unborn child comes with certain malformations “incompatible with life”; but there is no such right in the strict application of the article 1° of the political constitution of Peru, where the supreme end of Society and the State is the defense of human life and its dignity. In addition, we know that legislate in favor of abortion for whatever reason that apparently would justify, not only is an attack on the supreme values of the constitution, but also in disobedience of a direct constitutional mandate, and it not be a solution to the problem posed, but rather would constitute an enormous setback to legislative and social, for the consequences that its adoption would generate.

KEYWORDS: Abortion, sexual and reproductive Rights, rape, fetal malformations.

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	iv
ABSTRACT	v
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I.....	12
CONTENIDO Y RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER.....	12
1.1. Postulados del feminismo radical	14
1.1.1. Orígenes de las ilustradas vinculaciones feministas.....	15
1.1.2. Feminismos contemporáneos	17
(i) Feminismo de la igualdad	19
(ii) Feminismo de la diferencia.....	20
(iii) Feminismo de la Complementariedad	22
1.2. Postulados de la ideología de género	23
1.2.1. Concepto y definición de la ideología de género	24
1.2.2. Fundamentos de la ideología de género.....	29
1.2.2. Ideología de género en el Perú	31
1.3. El aborto como “derecho” a la mujer	32
1.4. Los derechos sexuales y reproductivos de la mujer en el Perú.....	34
1.5. Postura crítica respecto a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer	35
CAPÍTULO II.....	38
EL ESTADO Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO	38
2.1. Teorías sobre el inicio de la vida humana	40
2.1.1. Teoría de la Fecundación.....	42
2.1.2. Teoría de la anidación.....	44
2.1.3. Teoría de la formación del sistema nervioso central	46
2.2. Estatuto Ontológico del concebido.....	48

2.2.1. El concebido como persona humana	49
2.2.2. La dignidad como presupuesto de los derechos de la persona	50
2.3. Estatuto Jurídico del Concebido.....	54
2.3.1. El concebido como sujeto de derecho	55
2.3.2. El concebido en el ordenamiento Jurídico Peruano.....	56
2.3.3. El concebido en las legislaciones internacionales.....	60
2.4. Operacionalización del deber del Estado contenido en el artículo 1° de la Constitución Política Perú	61
CAPÍTULO III.....	65
INCOMPATIBILIDAD DEL ABORTO POR CAUSAL CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE	65
3.1. El aborto como “derecho”	66
3.2. El delito de aborto	74
3.2.1. El bien jurídico protegido.....	78
3.2.2. El consentimiento de la madre gestante.....	82
3.2.3. Postura de mínima intervención del Derecho Penal	83
3.2.4. No existen derechos absolutos.....	87
3.2.5. Ponderación de intereses	88
3.3. Causales de despenalización del aborto	91
3.3.1. Violación sexual	92
3.3.2. Malformaciones fetales incompatibles con la vida	100
3.4. Análisis de la viabilidad jurídica de las causales de despenalización del aborto en relación con el ordenamiento jurídico vigente	104
CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFÍA	110

INTRODUCCIÓN

El aborto siempre ha sido y seguirá siendo un tema controversial y sobre todo un problema social que no distingue raza, condición social, nacionalidad y nivel de educación. Actualmente es un tema muy discutido por la polémica que genera. En los últimos años el aborto ha seguido aumentando. Según la Organización mundial de la salud (OMS), Entre los años 2010 y 2014; en promedio, se produjeron anualmente 56 millones de abortos en todo el mundo¹. Por otro lado los estudios publicados en *The Lancet* “el número de abortos aumenta en el mundo, habiendo llegado en 2015 a 56 millones, cifra ciertamente escandalizadora”².

Sin embargo, a pesar de la prohibición del aborto en nuestro País, un reciente estudio publicado por Flora Tristán y *Pathfinder International* sobre el aborto clandestino en el Perú, refleja cifras que ponen en tela de juicio su eficacia. De acuerdo con este estudio, el aborto es practicado anualmente por más de 350,000 mujeres de toda condición socioeconómica, etnia, lugar de residencia y edad, que

¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Prevención del aborto peligroso*, 2016 [ubicado el 17. VI.2017]. Obtenido en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs388/es/>

² OBSERVATORIO DE BIOÉTICA. UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALENCIA, SAN VICENTE DE MARTIR. *Sigue aumentando el número de abortos en el mundo*, 2016 [ubicado el 17. VI.2017]. Obtenido en <http://www.observatoriobioetica.org/2016/05/aumenta-el-numero-de-abortos-mundo/13945>

en su empeño por interrumpir un embarazo que no desean continuar ponen en riesgo su vida y su salud³.

Asimismo el informe del centro de Derechos Reproductivos insta al Consejo de Derechos Humanos a que recomiende al Estado Peruano: el cumplimiento de la decisión emitida por el Comité de Derechos Humanos en caso de Karen Noelia Llantoy Huamán vs. Perú de establecer medidas que permitan dar cumplimiento al dictamen⁴; y también que el Estado garantice el derecho de las mujeres a la vida y a la salud tanto física como mental mediante la expedición de un protocolo o una regulación del aborto terapéutico a nivel nacional que señale las condiciones de acceso al servicio, los estándares de calidad y seguridad de la prestación del servicio ajustado a estándares internacionales al igual que el acceso de manera oportuna⁵.

Según la última encuesta elaborada por Ipsos -Perú, el 52% de los peruanos está a favor de interrumpir el embarazo de una mujer que ha sido ultrajada, mientras que el 43% piensa lo contrario. Por otro lado, hay un 41% que cree que el aborto debe ser considerado ilegal en la mayoría de casos⁶. Al observar las estadísticas podemos ver que la sociedad acepta el aborto aun sabiendo que es acto inmoral, sobre todo cuando se subsume en causales relacionadas con la violación sexual que sufre la madre gestante o las malformaciones genéticas que sufre el feto; estas causas mencionadas generan de cierto modo empatía con la víctima; a lo que se suma una tendencia lógica al rechazo del dolor, evitando el sufrimiento y conduciendo a lo más práctico que sería el aborto.

³ Cfr. ROMERO BIDEGARAY, Inés. *El aborto clandestino en el Perú. Una aproximación sobre los derechos humanos*. 2002 [ubicado el 22. VI.2017]. Obtenido en <http://bvs.minsa.gob.pe/local/minsa/1606.pdf>

⁴ Cfr. CLADEM PERÚ. *Reporte alternativo al vi informe del estado peruano al comité Cedaw*, 2007 [ubicado el 19. VI.2017]. Obtenido en https://www.fidh.org/IMG/doc/REPORTE_ALTERNATIVO.doc

⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Dictamen. Comunicación No. 1153/2003*, 2005, [ubicado el 19. VI.2017]. Obtenido en <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/08/Dictamen-Caso-Llantoy.pdf>

⁶ EL COMERCIO, *El 52% a favor de despenalizar el aborto en casos de violación*, 2015, [ubicado el 17. VI.2017]. Obtenido en <http://elcomercio.pe/lima/52-favor-despenalizar-aborto-casos-violacion-367012>

A este pensamiento se suman los postulados del feminismo radical que en la búsqueda de la reivindicación de la mujer, llega a plantear temas controversiales, como es el “derecho al aborto” que tiene la mujer, pues es ella la única que puede decidir sobre su cuerpo y puede decidir también si quiere ejercer su maternidad, una maternidad voluntaria, es por ello que se pide la legalización del aborto, considerando un logro fundamental en la vida de la mujer.

Todo lo mencionado trae como consecuencia que existan conductas inmorales que al ser aceptadas por la sociedad lleguen a ser recogidas y validadas por el derecho, llegando a justificarse social y jurídicamente el aborto. Tanto así que el congreso en estos últimos años ha pretendido despenalizar al aborto en los casos de embarazo a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial y malformaciones incompatibles con la vida, contraviniendo el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, en el cual se establece que: *“la defensa de la persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”* y por ello, la defensa de la vida es un valor fundamental para el Estado. Si bien las circunstancias que pretenden despenalizar el aborto son dolorosas y afectan a toda la sociedad, cabe preguntarse si sería suficiente para aceptar como jurídicamente válida la terminación del concebido, siendo este un sujeto de derecho. Por esta y muchas razones, es preciso hacernos la siguiente interrogante: ¿Por qué las causales de violación sexual y malformaciones fetales no serían razón suficiente para legalizar un “derecho al aborto” en el ordenamiento jurídico peruano?

Por tal motivo, la presente investigación tiene como objetivo general, el determinar si las causales de violación sexual y malformaciones fetales incompatibles con la vida, son razón jurídica suficiente para legalizar el “derecho al aborto” en el ordenamiento jurídico Peruano. Así mismo, analizar el marco jurídico de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, explicar la obligación que tiene el Estado a la protección del derecho a la vida del concebido; y por último, conceptualizar al aborto en un aspecto general y las causales que pretenden su despenalización.

Es así que en el primer capítulo trataremos sobre el contenido y reconocimiento de los Derechos sexuales y reproductivos de la mujer, para poder entender el inicio del planteamiento del “derecho al aborto”; en el segundo capítulo hablaremos del Estado y la protección jurídica que este y la sociedad debe de dar al concebido, por ser persona y un sujeto de derecho por excelencia; y en el último capítulo desarrollaremos la incompatibilidad que tiene el aborto por causal con el ordenamiento jurídico peruano.

En Resumen, si el respeto a la vida humana desde la concepción es un principio ético fundamental, exigiendo de este modo el respeto a la dignidad humana como el sustento de todo derecho; entonces las causas de violación sexual y malformaciones fetales incompatibles con la vida no serían razón jurídica suficiente para legalizar un “derecho al aborto” en nuestro ordenamiento Jurídico. Por tal motivo, Confiamos en que esta investigación aporte a la discusión que genera el aborto por causal y contribuya a reforzar los argumentos a favor de la protección de la vida del niño por nacer, para proteger y acompañar a la gestante, víctima de violación, a superar las secuelas traumáticas de ese episodio y brindar el apoyo psicológico adecuado a la madre cuyo niño tiene malformaciones, sin necesidad de acabar con la vida de su hijo.

La Autora.

CAPÍTULO I

CONTENIDO Y RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER

Históricamente; el papel de la mujer fue relegado al ámbito privado, en donde ésta se ocupaba sólo de roles familiares y domésticos, es decir el espacio físico de la vivienda y de las relaciones familiares e íntimas, excluida totalmente del ámbito público conocido antiguamente como lo dice BARBIERI “como el mundo de lo masculino”, en donde las actividades socialmente eran más valoradas, constituyéndose en un espacio de reconocimiento, de lo que se ve, de las competencias. Todo lo mencionado generó que la mujer busque la reivindicación legítima de sus derechos. Con la llegada de los movimientos sociales y feministas hubo un cambio de mentalidad que como afirma CASAS VAREZ, Marina y CABEZAS, Gabriela- “llevó a las mujeres a conquista del espacio público”, dando paso a una nueva cultura de expresión de la libertad sexual⁷. Sin dejar de lado los roles domésticos y familiares que la mujer tenía a su cargo.

Si bien fue un logro para estos grupos feministas la igualdad entre varón y mujer en el ámbito familiar, político, económico, entre otros; también tenían otros afanes para lograr la no discriminación de la mujer, este afán hace que conceptualicen a

⁷ Cfr. CASAS VAREZ, Marina y CABEZAS, Gabriela. *Los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de género en América Latina*, 2016 [Ubicado el 26. VI. 2017], Obtenido en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142698/Los-derechos-sexuales-y-reproductivos.pdf?sequence=1>

los derechos sexuales y derechos reproductivos de la Mujer a tal punto que se logre su reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico internacional de los Derechos Humanos. En base a ello, en las últimas dos décadas, los esfuerzos a nivel mundial de estos grupos feministas y activistas han ido perfilando el concepto y elevando el reconocimiento de los Derechos Sexuales Reproductivos a los niveles internacional y regionales, incrementándose la consciencia sobre la obligación de los gobiernos de proteger y promover dichos derechos⁸. Pero para lograr la eliminación de todo rasgo que puede hacer diferentes al varón y la mujer. Estos postulados se agruparían para formar el llamado feminismo radical que originó la denominada ideología de género, que al igual que el reconocimiento a los Derechos Sexuales y Reproductivos de la mujer llegaron a plantear propuestas que se desligan de la propia naturaleza femenina. Por ejemplo el decidir sobre su cuerpo como: la libre y voluntaria maternidad; legalización del aborto, entre otros.

La ideología de género considera que lo femenino y lo masculino, al ser dimensiones de origen cultural en el ser humano, pueden construirse íntegramente al margen del dato biológico. Es decir, la identidad puede someterse al arbitrio de cada uno, con lo cual, el sexo de la persona, deja de ser considerado como parte integral de la personalidad y es más bien un accidente variable, que puede ser construido por la cultura o por la propia persona⁹.

A grandes rasgos podemos definir a los Derechos Sexuales Reproductivos como aquellos relacionados con el derecho de los individuos a decidir de forma libre el número y espaciado entre los hijos e hijas, tener información y medios para ejercer la autonomía. Ello implica del mismo modo el derecho a acceder a servicios de salud reproductiva sin discriminación, el derecho a la atención obstétrica, el derecho al aborto libre, seguro y gratuito, el acceder a las distintas tecnologías anticonceptivas, el derecho a acceder a información sobre salud sexual y reproductiva. También incluye el acceso a técnicas de reproducción asistida, a la adopción independientemente del modelo familiar, el matrimonio igualitario, a estar libre de interferencias indebidas en la salud sexual y reproductiva, como por

⁸ Ibídem.

⁹ Cfr. SANTAMARÍA D'ANGELO, Rafael; *Dignidad humana y "nuevos derechos". Una confrontación en el derecho peruano*, Palestra – Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Lima, 2012, p.332.

ejemplo la mutilación genital femenina y las esterilizaciones forzadas sin consentimiento¹⁰.

Es por ello que el Estado peruano ha adoptado muy seriamente todas las políticas públicas destinadas a garantizar estos derechos y debe crear una plataforma que garantice las libertades de los individuos y que otorgue toda la información sobre el tema, pero que todo ello no signifique relegar la sexualidad a un plano meramente material y de obtención de placer, exacerbar la libertad hasta justificar el aborto.

Al hacer mención a los Derechos Sexuales y reproductivos de la mujer, es necesario hablar del feminismo, siendo este un movimiento que empieza su historia por más de cien años, éste es un hecho social en donde se originan una serie de acontecimientos ideológicos e históricos importantes, que dan lugar a la separación entre el hogar y el lugar de trabajo, determinando para muchas mujeres trabajadoras su inserción a la clase proletaria, siendo estos hechos relevantes para la historia del feminismo¹¹. La teoría feminista se refiere al estudio sistemático de la condición de las mujeres, su papel en la sociedad y las vías para lograr su emancipación y la lucha contra cualquier forma de discriminación¹².

1.1. Postulados del feminismo radical

El feminismo radical se origina en los movimientos contestatarios de los años 60 del siglo XX. En su teorización del sexo como categoría social y política. Este modelo racial es la clave para analizar las relaciones de poder entre hombre y mujer. Sí, como había demostrado la crítica al racismo, la relación entre las razas es política, la conclusión será que también lo es la relación entre los sexos; esta forma de feminismo, se define como radical porque según su etimología busca la raíz de la denominación¹³; donde se pedía la integración de las mujeres en el mundo capitalista del trabajo asalariado y de la cultura.

¹⁰ Cfr. CASAS VAREZ, Marina y CABEZAS, Gabriela. *Op.Cit.*, p. 17.

¹¹ Cfr. NAVARRO FERRER, Ana. *Feminismo, familia, mujer*, primera edición, Pamplona, EUNSA, 1982, pp. 21-23.

¹² GAMBÁ, Susana. *Feminismo: historia y corrientes*, 2008 [Ubicado el 29.VI.2017], Obtenido en http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/36893030/Feminismo_historia_y_corrientes.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1498721591&Signature=7BRryC4XbftAofTH8vI8TyQTaeg%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DFeminismo_historia_y_corrientes.pdf

¹³ PULEO, Alicia H. *Lo personal es Político: El surgimiento del feminismo radical*, [Ubicado el 29.VI.2017], Obtenido en

El feminismo radical sostiene que la mayor contradicción social se produce en función del sexo y propugna una confrontación; aquí las mujeres estarían oprimidas por las instituciones patriarcales que tienen el control sobre ellas y, fundamentalmente, sobre su reproducción¹⁴. Este tipo de feminismo tiene como objetivos centrales: retomar el control sexual y reproductivo de las mujeres aumentando su poder económico, social y cultural; destruir las jerarquías y la supremacía de la ciencia; crear organizaciones no jerárquicas, solidarias y horizontales. Otro rasgo principal es la independencia total de los partidos políticos y los sindicatos¹⁵.

Los primeros movimientos feministas buscaban la igual jurídica y legal; el derecho al voto y a la educación, el derecho a la participación en todos los ámbitos sociales en igualdad con el hombre¹⁶.

1.1.1. Orígenes de las ilustradas vinculaciones feministas.

El feminismo nace en el siglo XIX con la primera revolución industrial de Occidente. Se cifra el nacimiento del feminismo como un fenómeno colectivo en 1848, y es a partir de esa fecha que se comienzan a utilizar abiertamente los vocablos “feminismo” y su contrario “antifeminismo”, o los adjetivos correspondientes. Este movimiento cobra carta de naturaleza en la historia de la sociedad¹⁷.

Desde la coordenada geográfica, se ve cómo el feminismo nace en Europa, en Inglaterra y Francia sobre todo, después pasa a Norteamérica, donde provoca un mayor impacto por el espíritu democrático de Los Estados Unidos¹⁸.

En el desarrollo del feminismo hay dos momentos o fases sucesivas, estos reciben el nombre de primero y segundo feminismo. *El primer feminismo o feminismo liberal*, arrancarían de mitad del siglo XIX, para replegarse después de la primera guerra mundial, en torno a los años 1920 o 1930, según los países¹⁹; en este primer

http://webfacil.tinet.cat/usuarios/ronafo/Alicia_H._Puleo_El_surgimiento_del_feminismo_radical__con_notas_20151107001436.pdf

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ LLANES, María Isabel. *Del sexo al género. La nueva revolución social*, primera edición, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, España, 2010, p. 80.

¹⁷ Cfr. NAVARRO FERRER, Ana. Op. Cit., pp.22-23.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ NAVARRO FERRER, Ana. Op. Cit., p. 24

momento se reclamaba el reconocimiento de la individualidad, libertad e igualdad femeninas y la condición de mujeres autónomas y racionales²⁰. Es conocido con el nombre de “sufragismo”, por las pretensiones del voto de sus adeptas; pero con los problemas de la primera guerra mundial y las preocupaciones por reconstruir Europa, hicieron caer aquellas demandas, y a la vez que se potenciaba nuevamente la presencia de la mujer en el hogar y la vida en familia²¹. Este primer feminismo defendió, con acierto, la presencia de la mujer en todos los ámbitos de la vida social: cultura, política y economía pero llega a perder su identidad femenina²².

El segundo y último feminismo aparece en la escena del mundo occidental después de la segunda guerra mundial, pero en esta ocasión el brote es norteamericano, el resurgimiento del feminismo, bajo el nombre genérico de Movimientos de Liberación de la Mujer²³.

El feminismo se configura en la Ilustración, y la revolución francesa como una vindicación política, es decir no solo pidiendo que a las mujeres se les reconozca como ciudadanas sino que se las eduque igual que a los hombres, al ser las mujeres seres razonables por encima de las diferencias del sexo²⁴. Pero para los feministas la discriminación y exclusión de la mujer llegaba a tal punto de que tal punto que orden político y social si bien era basado en la primacía de la ley y la autonomía de los seres humanos y que reconocía la dignidad humana y los derechos que le son inherentes²⁵; estos no eran hechos pero que excluye a las mujeres y a otros muchos grupos continuamente vulnerado.

Frente a esa marginación, como recuerda SÁNCHEZ, *“las ilustradas reivindicarán la inclusión de las mujeres en los principios universalistas que la Ilustración mantenía: la universalidad de la razón, la emancipación de los prejuicios, la*

²⁰ DE LAS HERAS AGUILERA, Samara. Op. Cit.

²¹ Cfr. NAVARRO FERRER, Ana. Op. Cit.

²² APARISI, Ángela y BALLESTEROS, Jesús (eds.). *Por un feminismo de la complementariedad. Nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*, primera edición, EUNSA, ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 2002, p. 16.

²³ *Ibidem.*, p. 25.

²⁴ Cfr. AMORÓS, Celia. *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, tercera edición, Madrid, editores catedra, 2008, p.378

²⁵ DE LAS HERAS AGUILERA, Samara. *Una aproximación a las teorías feministas*, Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 9,2009 [ubicado el 28.VI.2017], Obtenido en <http://universitas.idhbc.es/n09/09-05.pdf>

*aplicación del principio de igualdad y la idea de progreso*²⁶. En definitiva, el objetivo de estas propuestas teóricas de la llamada Ilustración consecuente era hacer evidentes las incoherencias y contradicciones del discurso ilustrado, del mismo modo que la finalidad del feminismo posterior ha sido mostrar las incongruencias de los discursos teóricos y de las prácticas sociales dominantes²⁷.

El activismo feminista estuvo fuertemente vinculada a la Teoría de los derechos humanos; cabe destacar que este movimiento nace en el llamado “tiempo de los derechos” (utilizando una expresión de BOBBIO). Es en ese contexto intelectual y filosófico ilustrado, que deviene progresivamente dominante en la Europa de los siglos XVII y XVIII, cuando aparecen los derechos del hombre, concepto que ha sido fundamental en el pensamiento feminista, puesto que durante casi doscientos años, las vindicaciones feministas han tenido como meta propiciar el igual reconocimiento de derechos a todos los seres humanos, independientemente de su sexo²⁸.

La revolución democrática de la modernidad y el compromiso del Feminismo con la defensa de la igualdad, han promovido grandes cambios sociales y, en gran medida, la eliminación de muchas de las discriminaciones que impedían la autonomía moral de las mujeres y el ejercicio de su libertad²⁹.

1.1.2. Feminismos contemporáneos.

En los años sesenta surge una nueva ola del Feminismo, que plantea nuevos temas de debate, nuevos valores sociales y una nueva forma de autopercepción de las mujeres. Como recuerda DE MIGUEL:

“fueron años de intensa agitación política. Las contradicciones de un sistema que tiene su legitimación en la universalidad de sus principios pero que en realidad es sexista, racista, clasista e imperialista, motivaron la formación de la llamada Nueva

²⁶ SÁNCHEZ MUÑOZ, Cristina: “Genealogía de la vindicación”, en DE LAS HERAS AGUILERA, Samara. Op. Cit., p. 48.

²⁷ DE LAS HERAS AGUILERA, Samara. *Una aproximación a las teorías feministas* Op. Cit., p. 48.

²⁸ *Ibíd.*, p.49.

²⁹ DE LAS HERAS AGUILERA, Samara, Op. Cit., p.47.

*Izquierda y diversos movimientos sociales radicales como el movimiento antirracista, el estudiantil, el pacifista y, claro está, el feminista. La característica distintiva de todos ellos fue su marcado carácter contracultural: no estaban interesados en la política reformista de los grandes partidos, sino en forjar nuevas formas de vida (...) y, cómo no, al hombre nuevo*³⁰.

En esos primeros años dos grandes temas sirvieron de eje tanto para la reflexión teórica como para la movilización feminista. El primero estuvo representado por el lema Lo personal es político, que llamaba la atención sobre los problemas de las mujeres en el ámbito privado; el segundo fue el análisis de las causas de la opresión, en el que el concepto de Patriarcado desempeñaría un papel fundamental³¹.

Hasta los años 80 aproximadamente este gran impulso del Feminismo se canaliza en tres perspectivas que marcan distintas visiones sobre la situación de las mujeres: el feminismo liberal, el feminismo socialista y el feminismo radical. En las últimas décadas, además, podemos identificar otras perspectivas feministas, como el feminismo cultural, el feminismo de la diferencia o el feminismo postmodernista. Por eso, la profesora LLANOS hace una clasificación de las propuestas feministas diferenciando siete, agrupadas en dos categorías: por un lado, el feminismo domesticado o de la igualdad y, por otro, el feminismo indómito o de la diferencia. Mientras que el primero pretende extender las categorías de análisis y definición masculinas a las mujeres, afirmando que mujeres y hombres poseen el mismo estatus, el segundo reclama la quiebra del entramado político-social, científico, ontológico y epistemológico del sistema patriarcal, porque ese entramado supone la dominación de la perspectiva masculina sobre la femenina³².

³⁰ DE MIGUEL, ANA: "Los Feminismos" en DE LAS HERAS AGUILERA, Samara, *Una aproximación a las teorías feministas*, Op. Cit., p. 56

³¹ DE LAS HERAS AGUILERA, Samara, Op. Cit., p. 56.

³² SUÁREZ LLANOS, María Leonor: *Teoría Feminista, Política y Derecho*, en DE LAS HERAS AGUILERA, Samara, *Una aproximación a las teorías feministas*, Op. Cit., p. 57.

(i) Feminismo de la igualdad.

El feminismo de la igualdad incluye el feminismo liberal, el socialista y el marxista, que se identifican por su esfuerzo por ampliar el marco público de los derechos a las mujeres, convencidos de que puede entenderse que existe un sexo indiferenciado y universal.

En palabras de FOURNIER, para las igualitaristas, llamadas también universalistas, todos los seres humanos son individuos iguales y las diferencias que se observan en la sociedad son sólo la consecuencia de las relaciones de dominación. De modo que toda afirmación de una especificidad femenina tiene el riesgo de favorecer la jerarquización entre los sexos³³.

El feminismo liberal se caracteriza, en palabras DE MIGUEL, por *“definir la situación de las mujeres como una de desigualdad y por postular la reforma del sistema hasta lograr la igualdad entre los sexos”*³⁴. Es decir, como señala BELTRÁN, las vindicaciones de las feministas liberales durante los años sesenta y setenta eran muy similares a las del feminismo ilustrado y decimonónico; así, se lucha por la igualdad y por la libertad y la autonomía moral de las mujeres³⁵.

Por otra parte, desde el feminismo socialista y marxista se sostiene que la opresión de las mujeres se debe a la confluencia de los sistemas patriarcal y capitalista. Es decir, como señala DE MIGUEL, se trata de conciliar teóricamente tanto el feminismo (con gran influencia del radical, especialmente en el caso de las feministas socialistas norteamericanas), como el socialismo y el marxismo, y se defiende la complementariedad de su análisis. Es cierto que, aunque marxismo y feminismo comparten la misma noción de la naturaleza humana como *“algo históricamente creado mediante la interrelación dialéctica entre la biología, la sociedad humana y el entorno físico”*³⁶, en el primero no encontramos una teoría del patriarcado y precisamente en el análisis del capitalismo y la mujer surge el más importante desencuentro entre ambos.

³³ Cfr. FOURNIER, Martine. *“Combats et débats”* citado por DE LAS HERAS AGUILERA, Samara, Op. Cit., p.13.

³⁴ DE MIGUEL, Ana. *“Los Feminismos”*, Op. Cit., p. 57.

³⁵ BELTRÁN, Elena: *“Feminismo liberal”*, citado por DE LAS HERAS AGUILERA, Samara, Op. Cit., p.14.

³⁶ Cfr. DE LAS HERAS AGUILERA, Samara, Op. Cit., p. 59.

Pues bien, a todos estos feminismos (tanto al liberal como al socialista – marxista) se le hacen varias objeciones: en primer lugar, se critica que con esta estrategia que defiende la igualdad las mujeres son asimiladas a los hombres. En otras palabras, al intentar integrar a las mujeres en aquellas estructuras socio-políticas que han sido creadas por los varones conforme a sus propias características y necesidades, lo que se promueve es una masculinización de la mujer³⁷.

En segundo lugar, se objeta que en el feminismo de la igualdad, no se busca un cambio institucional, político y social sino que los excluidos del marco público puedan incorporarse, al menos formalmente. Desde otras teorías feministas, se exige que las teóricas adscritas al feminismo de la igualdad reconozcan que las personas son masculinas y femeninas. A pesar de esas críticas, lo cierto es que el feminismo liberal aportó elementos necesarios, y sentó las bases de posteriores avances políticos y de discusiones teóricas que hoy siguen vigentes. Así, destacan entre sus contribuciones, la acción afirmativa y los desarrollos constitucionales, legislativos y jurisprudenciales en torno a la igualdad³⁸.

(ii) Feminismo de la diferencia.

Surgen en Europa varios feminismos autoproclamados defensores de la diferencia sexual. En concreto, destacan los feminismos francés e italiano de la diferencia, que nacen en la década de los setenta, en un momento de *“resaca cultural e intelectual que provocó la revuelta intelectual y estudiantil del mayo del 68 en París”*³⁹.

Por un lado, el feminismo francés de la diferencia, sostiene que la dualidad de géneros no puede ser defendida ni eliminada ya que no es un orden biológico ni cultural, sino que es entendido en un sentido existencial u ontológico y por otro lado, el feminismo italiano de la diferencia, sostiene que las leyes nunca son neutrales y que a través del sistema jurídico no es posible solucionar la situación de las mujeres. Estas feministas *“plantan que de nada sirve que las leyes den valor a las mujeres si éstas de hecho no lo tienen (...)”*. En definitiva, consideran que la

³⁷ Ibídem.

³⁸ Ibídem.

³⁹ Cfr. POSADA KUBISSA, Luisa: *“La diferencia sexual como diferencia esencial: sobre Luce Irigaray”* en AMORÓS, Celia Y DE MIGUEL, Ana (Eds.): *Teoría feminista: de la Ilustración a la Globalización* citada por DE LAS HERAS AGUILERA, Samara, Op. Cit., p.23

diferencia es un principio existencial y, por tanto, defienden implementar lo femenino a través del *affidamento*, es decir, el reconocimiento de las mujeres entre sí y la comunicación de unas a otras de la capacidad de determinar por sí mismas sus vidas y de dar más relevancia a los contextos femeninos⁴⁰.

Las feministas de la diferencia, esta vez optaron por un análisis detallado de la nueva situación del hombre. Ello, con sorpresa las llevó a comprobar lo siguiente: la presunta liberación sexual de las mujeres había beneficiado una vez más a los varones⁴¹.

Dando repuesta a lo afirmado, lo que dio surgimiento al referido fenómeno que se perfiló de manera inusitada a favor de los varones, halló su causa en el remedo en que caía la mujer por asemejarse al hombre; lamentablemente para conseguirlo, tuvo que verse obligada a negar su esencia femenina, y sustituirla por lo considerado propiamente masculino. Con tal proceder, las mujeres se habían enfrascado en la lucha por quebrantar su identidad, exponiéndose a vivir en la peor de las alienaciones, y sin saberlo, nutriendo un imperialismo masculino, incitado por su actuar⁴².

Al evidenciar la desventaja que existía, las feministas criticaron el modelo de identidad con perspectiva masculina, tenido en cuenta por las primeras olas del feminismo a la hora de configurar el mundo laboral, social y político al que debía insertarse la mujer; ello sin duda, llegaba a reclamar una urgente necesidad por reivindicar una “forma de hacer” propia de las mujeres, que llevó a configurar el inicio de una nueva postura, arraigada en la diferencia del ser varón y del ser mujer. Una postura que hizo propia el feminismo de la diferencia, y que apuntaba a promover un protagonismo social a favor de las mujeres, un protagonismo que con acento habían tenido los hombres en gran parte de la historia⁴³.

⁴⁰ Cfr. DE LAS HERAS AGUILERA, Samara, Op. Cit., pp. 67-68.

⁴¹ UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO. 3° Congreso Internacional: *Familia e ideología de género*, primera edición, Chiclayo, 2014, p. 97

⁴² Cfr. BADINTER, Elizabeth citado por PALACIO V., María Cristina; VALENCIA HOYOS, Ana Judith. *La identidad masculina: un mundo de inclusiones y exclusiones*, Manizales, Universidad de Caldas, 2001, en 3° CONGRESO INTERNACIONAL, *Familia e ideología de género*, Op. Cit., p. 97.

⁴³ Cfr. ELOSEGUI ITXACO, María. Citada por VASSALLO CRUZ, Kathya Lisseth en 3° CONGRESO INTERNACIONAL, *Familia e ideología de género*, Op. Cit., p. 98.

A diferencia de las iniciales oleadas feministas, el feminismo de la diferencia llegó a centrarse en la reivindicación de la importancia de los valores femeninos, si bien puede a simple vista vislumbrarse como un serio avance por destacar lo propio del ser mujer esta oleada se excedió, a tal punto de considerar al hombre como un ser *alejado* de valores destacables o coherentes con los de la mujer, perfilándolo como un ser condenado a guiarse por criterios de poder y violencia: lo maquillaron como un renegado de la raza humana⁴⁴.

(iii) Feminismo de la Complementariedad.

Si bien tanto el feminismo de igualdad como el de diferencia trataron de reivindicar adecuadamente la importancia que tienen los valores femeninos; el feminismo de la complementariedad que se habla en este apartado ha sabido conservar y ahondar en la defensa de la igualdad de derechos entre hombre y mujer. Ello implica reconocer la complementariedad del varón y la mujer, así como también la riqueza que esta aporta, tanto a nivel personal, como también social y familiar⁴⁵.

Este feminismo busca que el varón tenga las mismas responsabilidades que tiene la mujer, es decir que los valores femeninos deben convertirse en valores de todos.

Se presupone así, en términos muy generales, que hombres y mujeres son diferentes pero, y al mismo tiempo, iguales. Diferentes, por ejemplo, desde un plano genético, endocrinológico e, incluso, psicológico. Sin embargo, tales diferencias no llegan a romper la igualdad ontológica, en cuanto que hombres y mujeres son personas y, por tanto, poseen una igual dignidad ontológica⁴⁶.

De este modo, la distinción presupone necesariamente la igualdad entre varón y mujer; es decir que la igualdad es condición imprescindible para la propia complementariedad de ambos, puesto que participan de una misma naturaleza y poseen una misión conjunta: la familia y la cultura. De hecho, estudios psicológicos han demostrado que las semejanzas entre los sexos son muy superiores a las

⁴⁴ Cfr. APARISI, Ángela; BALLESTEROS, Jesús. APARISI, Ángela y BALLESTEROS, Jesús (eds.). *Por un feminismo de la complementariedad. Nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*, Op. Cit., p.10.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ *Ibíd.*

diferencias en cualquier tipo de variable⁴⁷. Una vez establecida convenientemente la igualdad, el modelo de la complementariedad debe dar un paso adelante: tiene que dilucidar dónde se encuentra la diferencia y saber insertarla en la igualdad, de modo que ninguna categoría lesione o le reste su lugar a la otra. Se trataría de encontrar lo denominado “eslabón perdido” del feminismo, es decir, “una antropología capaz de explicar en qué y por qué las mujeres son diferentes a los hombres”. Además, al determinar en qué consiste la diferencia, tendrá que precisar qué tiene de cultural y qué de permanente en la condición sexuada, explicando cómo se armonizan igualdad y diversidad⁴⁸.

1.2. Postulados de la ideología de género

La ideología de género se apoya en una nueva antropología, en una original visión de la persona y sus relaciones entre su naturaleza y su cultura que hacen que la identidad humana se configure⁴⁹. Está mal llamada “teoría”, “enfoque” o “perspectiva” de género brinda un cambio de mentalidad en los hombres, en donde existe el género “neutro”, aparte del “masculino” y “femenino”, pretendiendo sostener que hay un sexo biológico con el que nacemos, pero que toda persona puede construir un sexo psicológico o de género. Esta ideología tiene varias locuciones que se utilizan para manipular hábilmente el lenguaje lo cual genera confusión en la sociedad.

Según esta ideología la libertad para construir un propio género debe ser sinónimo de una autonomía absoluta de la persona, en donde ella puede decidir libremente el contenido de la masculinidad y la feminidad, eligiendo cada persona lo que quiere ser: hombre o mujer; a esto le denominan “opción sexual”, generando pues un

⁴⁷ Eleanor E. mACCoby, “*la psychologie des sexes: implications pour les rôles adultes*”, en Evelyn Sullerot (ed.), *Le fait féminin*, citada por APARISI-MIRALLES, Ángela. *Modelos de relación sexo-género: de la “ideología de género” al modelo de la complementariedad varón-mujer*, 2012, [ubicado el 29. VI.2017], Obtenido en: file:///C:/Users/SONY/Downloads/ideolog%C3%ADa-de-g%C3%A9nero-y-complementariedad-Aparisi.pdf

⁴⁸ Cfr. APARISI-MIRALLES, Ángela. *Modelos de relación sexo-género: de la “ideología de género” al modelo de la complementariedad varón-mujer*, Op. Cit. p.364.

⁴⁹ Cfr. APARISI-MIRALLES, Ángela. “Ideología de género: de la naturaleza a la cultura”, *Persona y Derecho* Tomo 61, 2009, p. 169.

atentado contra la vida familiar, planteando el matrimonio entre personas del mismo sexo. Del mismo modo, esta perspectiva de género al buscar la igualdad radical entre hombres y mujeres sobre todo el “derecho a la libre elección en materia reproductiva”, llegan a justificar el aborto en tanto que la mujer debe tener el derecho a decidir sobre su propio cuerpo y no sufrir las consecuencias del ejercicio de su “libertad sexual”, de la misma manera que los hombres; por lo que, para lograr la perfecta igualdad, las mujeres deberían poder liberarse de la carga de la maternidad cuando quisieran.

Con la ideología de género se busca entre los diversos planteamientos *“desmitificar la maternidad, porque constituyen los mayores opresores de las mujeres, la esclavizan y es el mayor obstáculo para el desarrollo de una sociedad igualitaria, porque crea y apoya el sistema de clases sexo/género”*⁵⁰.

Como señala APARISI *“es evidente que, si queda algún resquicio de desigualdad entre varón y mujer se encuentra, precisamente, en la posibilidad, por esta última, de ser madre. Por ello, el último bastión para la igualdad se encuentra en la configuración del aborto como un derecho”*⁵¹.

1.2.1. Concepto y definición de la ideología de género.

La ideología de género tiene como núcleo de su planteamiento la negación de la diferencia sexual afirmando que esta diferencia no es natural y que en realidad es construida por la sociedad, a partir de estereotipos impuestos de lo masculino y lo femenino⁵². En otras palabras lo femenino y lo masculino se puede construir de acuerdo a los propios deseos de cada persona, sin tener en cuenta los aspectos biológicos y naturales con los que cada individuo nace.

El término género se caracteriza, fundamentalmente, por su radical autonomía con respecto al dato biológico, por su elaboración al margen de todo presupuesto

⁵⁰ FERNANDEZ MATEOS, Luz María. *La cuestión feminista hoy. Instituto Social León XIII*, [Ubicado el 29. VI.2017], Obtenido en: https://nanopdf.com/download/el-mito-de-la-super-mujer_pdf

⁵¹ APARISI MILLARES, Angela. Op. Cit., p. 186.

⁵² Cfr. PERRIAUX DE VIDELA, Josefina, *La familia hoy, nuevos desafíos*, Colección Familia escuela de humanidad, EDUCA, Buenos Aires, 2012, p. 42.

empírico o natural⁵³. En este sentido, se considera que el sexo biológico es absolutamente irrelevante, tanto en el ámbito personal, social e incluso jurídico. Por el contrario, exaltan la categoría del género, considerado como un dato convencionalmente elaborado dependiente de la autonomía individual. En consecuencia, en este segundo contexto, sexo y género ya no son dimensiones complementarias, sino antagónicas. Encontramos de este modo, un enfrentamiento entre naturaleza -entendida en sentido biológico u ontológico, y cultura o, más bien, una aniquilación de la primera en beneficio de la segunda.

La ideología de género deviene de los planteamientos del feminismo radical bajo la pretensión de erradicar la discriminación histórica contra la mujer, llegó a plantear como solución, la eliminación de cualquier diferencia entre hombres y mujeres, luego de determinar que las mismas obedecían a patrones enteramente culturales, siendo el dato biológico, completamente irrelevante.

Finalmente, tenemos como consecuencia de esta ideología la premisa que sostiene que no hay ninguna diferencia “natural” entre el hombre y la mujer, por lo que la situación de “sometimiento” de la mujer al hombre es algo artificial creado por quienes tienen una visión machista y patriarcal de la vida, contra la que hay que rebelarse. La revolución se orienta por ello a una deconstrucción total de todo aquello que somete a la mujer y no le deja ser lo que ella quiera: el género, la familia y los hijos. La ausencia de diferencia natural entre hombre y mujer se postula a partir de una negación de la naturaleza humana, para ellos no existe –porque es sólo una invención cultural- el ser varón o el ser mujer, no se nos da una determinación de género con nuestro propio ser que debemos aceptar y cultivar tal como viene, sino que estaríamos sexualmente indeterminados. Afirmarían *que “no existe un hombre natural o una mujer natural, que no hay conjunción de características de una conducta exclusiva de un solo sexo, ni siquiera en la vida psíquica”*⁵⁴.

En palabras de otra defensora de esta ideología, SHULAMITH FIRESTONE: *“Lo natural no es necesariamente un valor humano. La humanidad ha comenzado a*

⁵³ APARISI MILLARES, Ángela. Op. .Cit., p. 170.

⁵⁴ C.DELGADO, citado por GOMEZ DE PEDRO, María Esther. *La identidad sexual como constitutiva del ser, familia e ideología de género*, Usat, 2014, p. 22

*sobrepasar a la naturaleza, ya no podemos justificar la continuación de un sistema discriminatorio de clases por sexos sobre la base de sus orígenes en la naturaleza. De hecho, por la sola razón de pragmatismo empieza a parecer que debemos deshacernos de ella*⁵⁵.

Aquí no se está tratando sólo de una reivindicación de los derechos de la mujer, sino que va más allá: se pretende eliminar las diferencias de género desligándolas del sexo, de carácter más biológico, para acabar dejándolo como fruto de la decisión de cada individuo. En la identidad personal no tendría ninguna importancia la diferencia sexual, sólo el género, libremente escogido por cada uno. Se podría hablar de una “neutralidad en el género”. *“No hay nada constitutivo, nada que nos preceda, nada que nos sea dado y de lo que podamos disponer. Todo es libertad (...) Sería la libertad la que nos hace verdaderos y no la verdad la que nos hace libres*⁵⁶. Siendo esto así, para esta corriente se puede elegir la opción sexual y cambiarla según las circunstancias o conveniencias sociales o personales.

También se “deja de lado”, a la par que la noción de naturaleza esencial, la identidad personal, para afirmar la exclusiva individualidad. Efectivamente, si se elimina la naturaleza, también se eliminará el fin específico que ésta imprime a cada persona, que es orientarse a su máximo desarrollo como persona en la comunión con el otro, en el amor como donación. Cabe precisar que este amor lo entendemos como algo radicalmente opuesto a la relación de dominio y poder, que suponía el neo marxismo falsamente y que es rechazable. *“No hay verdad, ni naturaleza, sólo cultura. En esta disociación entre sexo y género, o entre naturaleza y cultura, no cuenta, y sin embargo la destruye, la dimensión personal del ser humano y lo reduce a una simple individualidad*⁵⁷.

Desligado de su tendencia social por naturaleza –al más puro estilo aristotélico– cada ser humano queda a cargo de sí mismo, exclusiva pero también

⁵⁵ S. FIRESTONE, Op. Cit.

⁵⁶ Cardenal Antonio Cañizares, *“Balance y perspectivas de la reflexión sobre la mujer, a los veinte años de la carta apostólica “Mulieris dignitatem”, de Juan Pablo II”*. Conferencia dictada en el Congreso “Mujer y hombre, la totalidad del *humanum*”, Roma 7-9 febrero 2008, [Ubicado el 01. VI. 2017], Obtenido en: www.laici.org/canizares.pdf

⁵⁷ *Ibídem*.

egoístamente. Lo cual no es más que una traducción de una existencia narcisista centrada en sí mismo y profundamente inmadura⁵⁸.

Si toda relación o actividad de los hombres es resultado de una “construcción social”, lo mismo se aplica al género. Y así, la nueva definición de género de esta ideología se apoya en el concepto de rol, que es algo marcadamente artificial. El género, en concreto, sería el producto de los roles asignados culturalmente. Una niña asumiría que es mujer exclusivamente por las tareas que la sociedad le señala y enseña: el cuidado de la casa, de los hijos, ciertos trabajos, etc. Así concebido el género, es entendible que sea rechazado por esta ideología.

El problema es que tal concepción no se corresponde con realidad del ser humano. De forma paralela a lo recientemente dicho, al rol se le podría oponer otro concepto, el de vocación, ligado esta vez a una inclinación natural personal. El rol se representa y se desempeña por un tiempo y en unas circunstancias, por lo que no es dependiente de lo que uno sea; en cambio, el ser, en este caso concreto, madre, no es algo que se represente o se actúe por un tiempo, sino que es algo que se es. Es cierto que la sociedad y la tradición influyen en el modo de cumplir las responsabilidades de la maternidad, pero no crea madres, no las hace. Primero se es, y luego se concreta cómo se lleva a cabo eso que se es.

Bajo el nombre de “*perspectiva de género*”, se han encumbrado los postulados de la ideología de género a nivel político y legislativo. Esto significa que los diversos Estados adoptan políticas transversales que bajo esta denominación pretenden dejar sentadas las bases de la igualdad, para la convivencia y la paz social. Estos fines son válidos y aceptados por todos y en algunos casos han logrado resultados positivos (piénsese nomás en toda la legislación de prevención y lucha para la erradicación de la violencia hacia la mujer, o las normas sobre igualdad de condiciones laborales para hombres y mujeres). Sin embargo, en otros casos puede distorsionar la realidad y responder a intereses egoístas e individualistas que únicamente buscan el reconocimiento legal d deseos y exigencias subjetivas.

⁵⁸ Cr. Tony Anatrella, citado por GOMEZ DE PEDRO, María Esther, Op. Cit.

En nuestro país, se entiende por enfoque de género a la forma de mirar la realidad identificando los roles y las tareas que realizan las mujeres y los hombres en una sociedad, así como las asimetrías y relaciones de poder e inequidades que se producen entre ellas y ellos, permitiendo conocer y explicar las causas que las producen para formular medidas (políticas, mecanismos, acciones afirmativas, normas, etc.) que contribuyan a superar las brechas sociales producidas por la desigualdad de género.

La primera aproximación de la ideología de género a nivel legislativo fue en la Conferencia de El Cairo, Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, 1994. En esta conferencia se exhorta a los gobiernos proporcionar recursos y asistencia necesaria para fomentar la salud de la reproducción y sus derechos, especialmente en las mujeres.

La novedad presentada en esta conferencia, fue la introducción del concepto de perspectiva de género, bajo el cual, desarrollaron individualmente las problemáticas de salud y de educación en varones y mujeres, los derechos sexuales y reproductivos, el principio de autonomía de la mujer y el tema del aborto seguro.

Luego, en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer – Beijing 1995, se consolida el término “perspectiva de género” y se señaló que: “el género se refiere a los roles y responsabilidades de la Mujer y el Hombre que son determinados socialmente. El Género se relaciona con la forma en que se nos percibe y espera que actuemos como mujeres y hombres, por la forma en que la sociedad está organizada, no por nuestras diferencias biológicas”.

El año 2007 se suscriben los Principios de Yogyakarta, orientados a delinear un conjunto de principios internacionales en relación con la orientación sexual y la identidad de género. En este documento se define orientación sexual: *“La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”*.

Define identidad de género:

“La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente

profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

Es necesario señalar que los principios de Yogyakarta corresponden a lo que jurídicamente se denomina *Soft Law*, es decir, el derecho que emana de organismos internacionales que no son vinculantes para los Estados, ni mucho menos de adopción obligatoria. En otras palabras, tales principios y disposiciones solo se adoptarán a nivel interno de cada país, por una decisión política de cada Estado.

Es importante tener presente esta característica pues en los recientes proyectos de ley presentados ante el Congreso de la República (por ejemplo, aquel que plantea la Unión Civil o la despenalización del aborto en casos de violación), se alude a este tipo de normas y disposiciones como obligatorias, haciendo incurrir en error a los legisladores y a la población.

1.2.2. Fundamentos de la ideología de género.

La evolución del concepto de género ha sido fruto de una larga serie de aportaciones de corrientes de pensamiento, propias de la post modernidad y que hacen un fuerte énfasis en la autonomía individual y en la construcción convencional de todos los aspectos culturales. Por lo mismo, algunos autores no dudan en señalar que se está en presencia de una verdadera ideología, es decir de la existencia de un sistema de ideas que explica una realidad completa en base al reduccionismo de uno de sus elementos— fundada en una nueva antropología, que confunde las relaciones entre naturaleza y cultura en la configuración de la sexualidad humana⁵⁹ . Lo anterior no es inocuo, pues como ya es manifiesto, las

⁵⁹Veáse APARISI, Ángela, citado por FUNDACIÓN JAIME JUZMÁN, “*Ideología de Género. El gran atentado a la Familia*”, ideas & propuestas, N°117, enero 2013, p. 2

bases de esta nueva corriente ideológica tienen claras consecuencias en la ética, la política e, incluso, en el derecho, afectando a normas e instituciones tradicionales como el matrimonio. Es evidente la influencia de estas teorías en el ámbito de los derechos humanos, tanto en las conferencias de El Cairo (1994) y Pekín (1995), como en el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).

El uso del término género se sustenta en los planteamientos de feministas radicales influenciadas por el pensamiento marxista. Un pensamiento que plantea todo en términos de confrontación y lucha de clases. Por esta razón, se fueron acuñando términos como patriarcado, heteropatriarcado, género y casta sexual; ligados “a una concepción socialista que ponía por delante el análisis de la dominación social, a la diferencia sexual”⁶⁰.

Esta construcción se debe a la instauración de un sistema sexo-género, que atribuye al sexo las diferencias fisiológicas entre hombres y mujeres y al género las pautas de comportamiento culturalmente establecidas en el ámbito de lo femenino y lo masculino. A su vez, se plantea que estas diferencias están marcadas por una relación desigual de poder entre mujeres y varones. El género es entonces una construcción social de lo femenino, y se construye bajo el patriarcado dominante que la mujer sufre en la familia.

La primera persona en establecer, de manera sistemática, las bases de la ideología en comento es la francesa SIMONE DE BEAUVOIR. Su pensamiento parte de algunos patrones de comportamiento, profundamente arraigados en la sociedad de su tiempo, con connotaciones claramente discriminatorias para la mujer. En su discurso denunció ciertos determinismos sociales que asignaban a la mujer, en razón de su sexo biológico, unos roles y papeles absolutamente secundarios y discriminatorios. Al punto de establecerse una verdadera sumisión de la mujer frente al hombre.

Su solución frente al problema era tan simple como equivocada: *“si lo sexual era fuente de discriminación, se debía restar total importancia a ese componente*

⁶⁰ AGUILAR, Citado por VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. El problema del género, 2018, legis.pe. [Ubicado el 19. VI. 2018]. Obtenido en: <https://legis.pe/problema-genero-erika-valdivieso-lopez/>

genético o natural a la hora de definir la sexualidad de las personas". El hecho biológico de ser varón o mujer debiera decir nada o muy poco. Son varias las corrientes filosóficas que están en el origen de esta ideología. Para de Beauvoir, por ejemplo, el punto de partida es el existencialismo. Para la autora la libertad humana está por sobre cualquier otra consideración antropológica y totalmente desligada de cualquier realidad previa, especialmente de la naturaleza humana.

El ser humano, por tanto, ya no tendría una esencia, sino sólo sería una existencia configurable al libre arbitrio de cada individuo. De esta postura inicial se concluye que, si no hay esencia o naturaleza humana definida, cada quien puede configurar y construir, no sólo su proyecto personal, sino también su propia identidad como le plazca.

MICHAEL FOUCAULT, uno de los mayores representantes del deconstruccionismo, señala en un trabajo sobre sexualidad que ésta no es una realidad natural que las distintas sociedades y religiones han intentado reprimir, sino que es el resultado de un complejo proceso de elaboración social. Por lo tanto, entiende la identidad sexual como una construcción subjetiva y cambiante, basada, exclusivamente, en la autodeterminación individual y apoyada en las variables pulsiones, deseos, impulsos, intereses, etc.

1.2.2. Ideología de género en el Perú.

Nuestra legislación interna ha recibido influencia de la ideología de género, podemos mencionar que no han sido pocos los casos de normas que, bajo esta perspectiva, terminan perjudicando a las personas y la familia.

Solo para mencionar algunas normas y políticas públicas tenemos⁶¹:

- La norma que aprueba el protocolo del Aborto Terapéutico, Res. Ministerial N° 486-2014/MINSA
- La norma que valida el denominado Divorcio Express,
- La Ley de políticas públicas de Población – Ley 26530,

⁶¹ Para mayor detalle, Cfr. SANCHEZ BARRAGÁN, Rosa, VASSALLLO CRUZ, Kathia. *La ideología de género en el derecho peruano y en sus políticas públicas*. En IUS – Revista de Investigación de la Facultad de Derecho. N° 10, USAT, 2015, pp. 1-17

- La norma que aprueba la distribución del AOE o Píldora del día siguiente, que si bien su distribución gratuita fue prohibida por el Tribunal Constitucional el año 2013, recientemente un Juez Ordinario, revocó dicha sentencia y ordenó su distribución gratuita a nivel nacional.
- La modificación del Art. 4° de la Constitución Política del Perú, que cambió la condición del matrimonio de “institución protegida por el Estado”, a institución “promovida” por éste.
- La norma técnica de planificación familiar N° 032-MINSA/DGSP-V.01, que establece los mecanismos para una adecuada atención por parte del Estado de la salud sexual y reproductiva.
- Plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y varones 2006-2010
- Ley 28983: Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y varones (2007).
- Plan Nacional de igualdad de género 2012-2017
- Autorización de procedimiento judicial para el cambio de sexo en el DNI a sola petición del interesado.

1.3. El aborto como “derecho” a la mujer.

Este conjunto de ideas que tiene como tema el “derecho” a la mujer al aborto es producto de la filosofía actual, que ha desencadenado una sociedad hedonista y egoísta, que coloca la libertad individual por encima de cualquier otra categoría, y trata de algún modo desconocer el derecho a la vida que tiene todo ser humano, desde la concepción.; y que el derecho a la vida constituye el bien más alto que la libertad de elegir y la autodeterminación”⁶².

El aborto, en este contexto se plantea como un “derecho”, derivado del “derecho a decidir sobre el propio cuerpo de toda mujer”. Bajo este argumento se considera que la decisión de abortar o no, le corresponde única y exclusivamente a la mujer⁶³.

⁶² CASTILLO ALVA, José Luis; *El delito de Aborto*, ARA Editores, Lima, 2005, p. 19; citando a ROXIN.

⁶³ *Ibidem*. P. 23.

Como se rechaza la idea de que el concebido es un sujeto separado y distinto del sujeto madre, no se le reconoce protección jurídica independiente.

Desde el punto de vista biológico, este argumento tendría sentido por ejemplo, si se tratara de un apéndice. Este órgano podría ser extirpado aparentemente sin ninguna razón, porque sus células contienen la misma información genética que el resto del cuerpo, y por ello, forma parte de *su* cuerpo. Sin embargo, cuando nos referimos al óvulo fecundado de una sola célula, o el cigoto de múltiples o el embrión humano que se está desarrollando dentro del útero, no puede, bajo ninguna circunstancia, considerarse como parte de ese cuerpo. Este nuevo ser viviente tiene un código genético totalmente diferente a las células del cuerpo de la madre. Es otra persona. Y en tanto otra persona, nadie tiene derecho a decidir arbitrariamente sobre su vida⁶⁴.

El aborto ha existido siempre y continuará existiendo, sin embargo, “lo preocupante es el cambio de mentalidad en relación con el valor de la vida del feto humano en abierta contradicción con el progreso científico y un presunto sentido de madurez cívica e histórica”⁶⁵. Mentalidad que se ve alimentada, además, por las consideraciones jurídicas recientes, como las señaladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a negarle la categoría jurídica de persona al embrión humano antes de la anidación en el útero.

Con ello, se pretende reducir la categoría del embrión humano a un segundo nivel, y se estaría cumpliendo el objetivo de los movimientos radicales: “olvidarse de la categoría ontológica del embrión o del feto y plantearse la cuestión de qué derechos tiene la mujer y cuáles supuestamente el feto, y tratar el aborto como un caso de conflicto de derechos en donde nada está decidido de antemano”⁶⁶. Por lo demás, esta postura siempre se encontrará sesgada por la posición ideológica que pondera sobre la vida del concebido, la necesidad de respeto a la libertad y autodeterminación de la madre⁶⁷.

⁶⁴ Sobre el desarrollo de este argumento, véase WILLKEY, J.C., *Manual sobre el aborto*, Eunsa, Pamplona, 1974, pp. 74 y ss.

⁶⁵ BLAZQUEZ, Niceto, Op. Cit., p. 4

⁶⁶ VALDÉZ, Margarita M. (Comp.), *Controversias sobre el aborto*, UNAM, Fondo de Cultura Económica de México, México D.F., 2001, p. 13.

⁶⁷ Cfr. CASTILLO ALVA, Luis, Op. Cit., p. 25

Pero, como señala García Cavero, los argumentos a favor del aborto “no resisten ningún análisis”⁶⁸. En un primer nivel de discusión no es posible opinar sobre el origen de la vida o sobre el reconocimiento jurídico del concebido, porque eso ya está superado (toda persona tiene derecho a la vida, el concebido es persona). Y en un segundo nivel de discusión incluiría la prevalencia de los “derechos reproductivos” de las mujeres sobre el derecho a la vida; pero aquí el conflicto se resuelve a favor del concebido, pues el derecho al desarrollo de la libre personalidad no puede lesionar la vida de nadie⁶⁹.

Acabar con la vida de una persona indefensa, hablando del concebido, jamás podrá ser considerado un derecho de la madre gestante. Y en conclusión no habría un “derecho al aborto”, como se han apresurado a sostener algunos grupos feministas.

1.4. Los derechos sexuales y reproductivos de la mujer en el Perú

Los “derechos sexuales y reproductivos”, son entendidos como “aquellos derechos humanos que todo ciudadano, varón o mujer – sin importar su condición social, edad, raza, religión, estado civil u opción sexual – tiene al ejercicio pleno, libre y responsable de su sexualidad centrada – o no- en la procreación”⁷⁰.

Sin embargo, no debemos olvidar que entre los derechos sexuales y reproductivos, se considera el derecho a decidir, en la adolescencia, sobre sexualidad y reproducción, a poder “interrumpir” un embarazo de acuerdo a lo señalado por la ley (se habla de interrupción de embarazo y no de aborto, como estrategia de lenguaje), a recibir educación sexual desde la niñez (como obligación del Estado, al margen de los padres), etc.

No debemos olvidar que el Estado peruano ha adoptado muy seriamente todas las políticas públicas destinadas a garantizar estos derechos y considera que “los

⁶⁸ Cfr. GARCÍA CAVERO, citado por: VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. “Informe técnico: sobre el proyecto de ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazo a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial y transferencia de óvulos no consentidas y malformaciones incompatibles con la vida: Proyecto de Ley 387/2016-CR”, Instituto de Ciencias para el matrimonio y la familia-USAT, Facultad de derecho USAT, Instituto de Bioética-USAT, Chiclayo, 2017, p. 10.

⁶⁹ Cfr. VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. Op. Cit, p. 11

⁷⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho y manipulación genética*. 1996. pp. 250 – 251.

derechos sexuales y derechos reproductivos constituyen un aspecto central de los derechos humanos que, desde su especificidad, comprometen la responsabilidad del Estado para garantizar a cada persona el bienestar, la autonomía y capacidad para tomar decisiones libres y responsables con respecto al ejercicio de su sexualidad⁷¹. Y en efecto, se debe contar con una plataforma que garantice las libertades de los individuos y que otorgue toda la información sobre el tema, pero que eso no signifique relegar la sexualidad a un plano meramente material y de obtención de placer, exacerbar la libertad hasta justificar el aborto, permitir manipulación de embriones como parte de un pretendido “derecho al hijo”, o vulnerar la intimidad con programas de educación sexual para niños, sin el consentimiento de los padres⁷².

1.5. Postura crítica respecto a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer

Si bien los derechos sexuales y reproductivos de la mujer surge con la reivindicación de los derechos de la mujer, siendo este uno de los logros más importantes en los últimos tiempos, pues hace que se acepte que las mujeres tienen la misma dignidad y los mismos derechos que los varones; pero sin embargo, aparecieron a lo largo de los años otras ideas más radicales que buscaban la eliminación de todo rasgo que puede hacerlos diferentes, considerando estas diferencias, como sinónimo de inferioridad y sometimiento de la mujer al varón⁷³ que hablamos líneas arriba. Llegando a plantear propuestas que incluso se desligan de la propia naturaleza femenina. Por ejemplo defiende la facultad de la mujer – amparada en la libertad – de decidir sobre su cuerpo: maternidad libre y voluntaria; legalización del aborto, entre otros.

Lo cierto es que estos “derechos sexuales y reproductivos de la mujer”, no se puede amparar a nivel constitucional ni legal, El aborto no puede ser viable, aun

⁷¹ Cfr. Guía de Educación Sexual Integral MINEDU, Citado por VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. Op. Cit, p. 9.

⁷² Cfr. VALDIVIESO LÓPEZ, Erika, Op. Cit., p. 10.

⁷³ El feminismo radical exigía que “*la mujer se comportara como un varón, lo que acabó comportando la pérdida de la identidad femenina, de las llamadas virtudes y valores femeninos, de la cultura femenina*”. BALLESTEROS, Jesús, El paso del feminismo de la igualdad al neofeminismo de la complementariedad como respuesta a los retos de la sociedad contemporánea. En: *Por un feminismo de la complementariedad. Nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*. APARISI, Ángela, BALLESTEROS, Jesús (eds.), Op. Cit., p. 16

cuando el embarazo haya sido causado por una violación, porque afectaría a alguien distinto a ella (madre gestante), que este caso sería el hijo ya concebido y no nacido.. Porque el aborto – aun en las circunstancias difíciles de haber sido causado por una violación - no es únicamente un problema de conciencia individual de la madre, pues afecta a alguien distinto de ella: el hijo ya concebido y no nacido. Afectando directamente a la solidaridad natural de la especie humana, y todo ser humano debe sentirse interpelado ante la comisión de cualquier aborto.

Es por ello que los poderes públicos de cada Estado deben intervenir positivamente en la defensa de la vida y la dignidad de la persona, en todos los períodos de su existencia, con independencia de las circunstancias de cada cual.

La autonomía de la conciencia individual debe respetarse en función de la persona humana, pero precisamente por esta convicción, los Estados tienen la exigencia ética de proteger la vida y la integridad de los individuos, y despreiciarían gravemente esta exigencia si se inhibieran en el caso del aborto provocado, como la despreiciarían en el de la tortura⁷⁴.

Así, el TC reconoce la defensa de la vida, a nivel positivo, derivada del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando señala que:

“...resulta oportuno señalar que la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el inciso 1) del artículo 1.º de la Constitución, que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular alguno. Consecuentemente, todas aquellas medidas que tiendan a impedir o a hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital, resultan inconstitucionales”⁷⁵.

Con todo lo mencionado podemos decir de que a pesar que existan corrientes que quieran disminuir el valor del derecho a la vida por darle prioridad a otros

⁷⁴ Cfr. VALDIVIESO LÓPEZ, Erika, Op. Cit., p. 39.

⁷⁵ STC del Expediente N° 05527-08/HC/TC del 11 de Febrero de 2009, Caso NIDIA YESENIA BACA BARTURÉN, fundamento 21.

“derechos”, gracias a nuestro valor moral que se encuentra amparado por nuestras normas internas , debemos ante todo proteger el derecho a la vida, derecho que tiene toda persona desde su concepción.

CAPÍTULO II

EL ESTADO Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO

El Estado, a través de su normativa interna, para ser exactos a través del Código civil, adopta una postura clara sobre el inicio de la vida humana. Así que en el segundo párrafo del artículo 1 del Código Civil de 1984, estructuralmente ubicado en la parte relativa al “Principio de la persona”, se establece que “la vida humana comienza con la concepción”, declaración importante para el Derecho peruano porque se constituye en el punto de partida para la protección jurídica de la vida humana, que, a decir del tenor literal del precepto, comienza con la concepción.

Cuando se habla de la vida humana, implícitamente, se hace referencia a la existencia de la persona. Hablar de vida humana es hablar del ser humano⁷⁶ y del continuo proceso que implica su desarrollo. Para el Derecho Civil peruano, la vida del ser humano inicia desde la concepción y, en la medida que *“la vida es un bien, bien personal, bien común y don divino, es un valor fundamental para el Derecho”*⁷⁷. De allí la necesidad de preservar la vida humana desde la concepción, sea cual fuere el modo en que se manifieste, bien prenatal o independiente; Entendamos

⁷⁶ SÁENZ DÁVALOS, Luis, *“Las dimensiones del derecho a la vida”*, en *Los Derechos Fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del derecho*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 34.

⁷⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El valor de la vida humana*, 4ta. ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 17.

por vida humana independiente, aquella que se inicia después del parto⁷⁸. Siendo el reconocimiento de la subjetividad jurídica del ser humano a partir del momento inicial de su existencia, una de las mejores formas para preservarla. Esto explica que luego de enunciarse que la vida humana inicia con la concepción, se haya expresado que el “concebido” es sujeto de derecho de todo cuanto le favorece⁷⁹.

Constitucionalmente también se brinda protección al concebido tras reconocérsele la condición de sujeto de derecho para todo lo favorable⁸⁰, y aunque el constituyente no se refiera de modo *ex professo* a la concepción, puede comprenderse que denomina concebido al ser humano antes de nacer porque admite tácitamente que la vida inicia desde aquel momento. Es elemental la relación terminológica advertida, pues sólo puede nombrarse “concebido” a quien aún no ha nacido, cuando se entiende a la concepción como el momento determinante del inicio de la vida⁸¹.

La “concepción” se convierte en un punto clave, porque es a partir de ese momento, cuando comienza la vida humana y, por consiguiente, desde cuándo corresponde proteger los derechos del ser humano, lo que se traduce, a su vez, en la necesidad de brindar primaria tutela al concebido por representar él la etapa inicial de la vida⁸². El concebido es manifestación de vida humana. Es el ser humano en la primera fase del desarrollo vital y posee existencia para el Derecho, que le brinda tutela en todo lo que le beneficia o favorece aun cuando, todavía, no ha nacido.

La intención del legislador de 1984, al declarar que la vida humana inicia desde la concepción, no fue otra que la de resaltar que desde aquel instante el ser humano merece protección jurídica. Era importante para el codificador que normativamente

⁷⁸ ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, Delitos contra la vida el cuerpo y la Salud, [Ubicado el 12.XI.2017], Obtenido en: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/tema_dere_pen_espe/capitulol.pdf

⁷⁹ Cfr. SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina, “La protección jurídica desde el principio de la vida humana: a propósito del reconocimiento de la concepción en la legislación civil peruana”, *Gaceta Constitucional*, tomo 61, enero 2013, p. 3.

⁸⁰ En el artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, se establece en la parte final de su inciso 1. (...)“El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

⁸¹ Cfr. SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina, Op. Cit., p.3.

⁸² Cfr. SÁENZ DÁVALOS, Luis, Op. Cit., p. 38.

quedara establecida la posición adoptada sobre el inicio de la vida humana, pues ésta suponía el reconocimiento de un hecho biológico⁸³; siendo precisamente por la trascendencia de su reconocimiento que el Código Civil peruano, a través de su artículo primero, se limitó a enunciar que con la concepción iniciaba la vida humana. Es por ello que en la legislación peruana no existe norma alguna que defina en qué momento se produce la concepción. El determinar qué se entiende por concepción en el Derecho peruano no implica optar arbitrariamente por una u otra de las teorías que postulan el momento de la concepción, sino que esto debe ser el reflejo de la realidad del ser humano⁸⁴; es decir, que cuando hablamos de concepción, sólo nos podemos referir a la unión del óvulo con el espermatozoide.

2.1. Teorías sobre el inicio de la vida humana

Al hablar sobre las teorías del inicio de la vida humana, existen diversas posiciones esbozadas por la doctrina sobre la concepción. En lo que compete al ámbito peruano, la teoría de la fecundación y la teoría de la anidación son las más difundidas. También se tiene a la teoría de la gestación o del embarazo que, aunque con menor difusión, es apoyada por una parte minoritaria del sector académico, y que será abordada con detenimiento en otro apartado⁸⁵.

La Fisiología Médica de GUYTOR explica que para tener una idea del mecanismo inicial que produce la vida, primero se debe hacer referencia al tiempo durante el cual el óvulo permanece viable y capaz de ser fecundado, una vez que ha sido expulsado del ovario; por otra parte, el tiempo que el espermatozoide puede permanecer viable en las vías genitales femeninas⁸⁶.

Hace algunos años no se conocía el tiempo de vida de espermatozoide; ahora sabemos con exactitud que este puede vivir de 24 a 72 horas, tomándose como tiempo promedio de 12 a 24 horas, para la mayor parte de los casos. En tanto que para el óvulo, el tiempo es de 24 horas; en consecuencia, para que haya

⁸³ Cf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, 10ma. ed., Grijley, Lima, 2007, p. 9.

⁸⁴ Cfr. SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina, Op. cit., p. 4.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁸⁶ Cfr. VALDIVIESO ORTEGA, Gabriela. "La protección Jurídica del Non Nato en el Ecuador", *Ius Humani, Revista de derecho*, Vol 1, enero 2008, p. 5.

fecundación, el contacto sexual debe ocurrir un día antes o un día después de la ovulación⁸⁷.

Después del coito, los espermatozoides pasan al útero y a la trompa de Falopio, y llegan a la vecindad del ovario en unos 5 minutos; lugar en donde se realiza la fecundación. Los espermatozoides llegan con la ayuda de sus movimientos y también por los del útero y la trompa⁸⁸.

En la teoría de la fecundación, la concepción se produce desde el instante en que el espermatozoide penetra en el óvulo, porque al quedar estos fusionados se genera una nueva célula denominada cigoto; siendo desde ese instante, a decir de esta teoría, que puede hablarse de la concepción de un nuevo ser dotado de características únicas e irrepetibles⁸⁹.

Es decir que para fecundar se necesita de un solo espermatozoide que penetre en el óvulo. Cuando esto ocurre, el óvulo maduro y el espermatozoide unen 46 cromosomas, 23 de cada uno y se forma el huevo comienza allí el desarrollo de la nueva vida⁹⁰.

Posteriormente, el huevo u óvulo ya fecundado, tarda aproximadamente 3 días en llegar al útero, donde se implanta para que se desarrolle el nuevo ser; la implantación en el útero ocurre entre el séptimo día y el decimosexto después de la fecundación⁹¹.

Por otro lado, la teoría de la anidación sólo es posible afirmar el inicio del ser humano a partir de la adherencia del óvulo fecundado –esto es, del cigoto– en la parte interior del útero materno. Para ésta, únicamente puede hablarse de concepción cuando el óvulo fecundado obtiene las condiciones naturales que le permitan, con toda certeza, asegurar su desarrollo, lo que –según afirma la teoría en cuestión– “sólo puede darse en aquellos casos en los que el cigoto, una vez evolucionado en blastocito, queda alojado en la cavidad interna del útero

⁸⁷Ibídem, p. 5.

⁸⁸Ibídem.

⁸⁹ Cfr. SÁENZ DÁVALOS, citado por SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina, *Op. Cit.*, p. 5.

⁹⁰ Cfr. VALDIVIESO ORTEGA, Gabriela. *Op. Cit.*, p. 5.

⁹¹ Ibídem.

(endometrio), situación que recién se produce a los siete días de la fecundación, demorando otros siete más, para quedar totalmente concluido”⁹².

En definitiva, uno es el momento de la fecundación y otro el de la implantación en el útero materno y a estos dos momentos se los ha considerado por diversas corrientes como el de la concepción⁹³. A continuación analizaremos cada una de las teorías sobre el inicio de la vida, y a partir de las mismas señalaremos nuestra posición.

2.1.1. Teoría de la Fecundación.

La teoría de la fecundación se basa en que el inicio de la vida se origina, como su mismo nombre lo dice, con la fecundación, “proceso que se inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, concluyendo con la formación del cigoto que es la célula que resulta de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino”⁹⁴. Desde este momento se inicia un proceso vital irreversible, se origina un nuevo ser, donde se fusionan los 23 cromosomas del padre y de la madre, para formar su propia identidad genética. Después se realiza la primera fusión celular, la de las membranas que envolvían la cabeza del espermatozoide y del óvulo. Cuando el óvulo es fecundado empieza la vida del nuevo ser, un ser vivo que, de no haber intenciones, sabe cómo llegar y anidar en el endometrio, para seguir con su desarrollo hasta su nacimiento.

Así tenemos que, desde la fecundación existe vida humana, por lo que “el embrión humano desde el momento de la fecundación, tiene plena dignidad humana y por tanto pleno derecho fundamental, el cual merece protección”⁹⁵. Si desde el momento de la concepción existe vida humana, nadie puede interferir en el desarrollo de ese nuevo ser, es así que la eliminación de seres humanos es esta etapa, constituye un acto absolutamente delictivo e inaceptable.

⁹² Cfr. SÁENZ DÁVALOS, citado por SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina, *Op. Cit.*, p. 5.

⁹³ Cfr. VALDIVIESO ORTEGA, Gabriela. *Op. Cit.*, p. 5.

⁹⁴ SOSA, Juan. “Prohíben al Ministerio de Salud distribuir la píldora del día siguiente por poner en riesgo la vida del concebido”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 135, Diciembre 2009, p.86. Así también VARSÍ, Enrique. *Derecho y manipulación genética*, Lima, Universidad de Lima, 1996, p.54.

⁹⁵ Cfr. SPAEMANN, Robert. *Personas acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 2000, p. 100.

Para algunos autores, “el embrión es un ser humano con potencialidades, y merece la protección de la ley”⁹⁶, protección donde sea que se encuentre, así sea en la placa de un laboratorio. Los partidarios de esta teoría señalan que los últimos descubrimientos de la biología ratifican sus postulados, en el sentido de que penetrado el óvulo por el espermatozoide surge una nueva vida, distinta a la madre, con un patrimonio genético único, irrepetible, autogobernado por el mismo embrión.

La teoría de la fecundación, también conocida como la teoría de la concepción, se encuentra amparada por la mayoría de la doctrina constitucional latinoamericana⁹⁷. En el presente trabajo, nos adherimos a esta teoría, defendiendo la vida desde el momento de la concepción, puesto que no sólo la doctrina protege a la vida desde esta etapa de desarrollo sino también las diversas legislaciones, como ocurre en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 4º, inciso 1) indica que:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la ley en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”⁹⁸.

Como podemos apreciar, la CADH señala en el párrafo anterior que la vida se inicia desde el momento de la concepción, entendiéndose también como fecundación. De igual forma el Código Civil de nuestro Estado peruano se adhiere a esta postura como se ha señalado anteriormente en su artículo 1º, el cual manifiesta que “*la vida humana empieza desde la concepción (...)*”⁹⁹, reconociendo que el concebido de esta esta etapa necesita una plena protección jurídica por parte del Estado.

⁹⁶Cfr. FIGUEROA, Gonzalo. “El comienzo de la vida humana: el embrión como persona y como sujeto de derechos”, en *Bioética y derecho*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2003, p. 286.

⁹⁷ SÁNCHEZ, Rosa. *Protección Jurídica de la vida Prenatal. Con especial relevancia en el Derecho Constitucional Español*, 2009 [Ubicado el 08. X. 2017], Obtenido en <http://www.bioeticaweb.com/content/view/4681/904>

⁹⁸ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, artículo 4 inc., 1.

⁹⁹ CODIGO CIVIL PERUANO, Artículo 1º

Sin embargo, la CIDH, ha reinterpretado este concepto al señalar que la concepción debe entenderse como anidación¹⁰⁰. Actualmente, diversos autores han otorgado ciertos apelativos al concebido como “cigoto, mórula, pre-embrión, embrión, blastocito, feto, bebé¹⁰¹; todo esto para hacernos creer que no se trata de seres humanos, pero no cabe duda de que se trata de etapas temporales del desarrollo vital de un único ser individual.

Volvemos a recalcar que estamos de acuerdo con esta teoría, porque tanto un óvulo recién fecundado como un feto que ha alcanzado la madurez necesaria para su nacimiento poseen dignidad humana, y por tal motivo son personas y merecen la misma protección jurídica en virtud de su naturaleza, sin tener en cuenta el nivel de desarrollo físico en el que se encuentran.

2.1.2. Teoría de la anidación.

Los partidarios de esta teoría manifiestan que la vida humana recién puede considerarse como tal, a partir del momento en que el embrión se fija en el útero de la mujer; es decir, cuando se anida en él.

“La anidación ocurre al sétimo día de la fecundación aproximadamente, cuando el blastocito (célula embrionaria), comienza un proceso de anidación en el endometrio a fin de que se forme el embrión, proceso que dura alrededor de siete días, este proceso se concretará si el endometrio es suficientemente receptivo, culminándose el proceso a los 14 días”¹⁰².

Según esta postura, a partir de esta etapa se considerará que existe embarazo y por tanto vida de un nuevo ser. Conviene precisar que la teoría de la anidación es la corriente más extendida a nivel internacional, en especial en los países de Europa¹⁰³. Sin embargo, no hay duda que, a pesar que se procure referir de

¹⁰⁰ Véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs Costa Rica, [ubicado el 05. XI, 2017], Obtenido en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

¹⁰¹ COOL, Julio. *Bebés medicina: Cuestiones Científico-éticas de la selección de embriones*, Madrid, Ediciones Palabra, 2006, p. 57.

¹⁰² LOPEZ, Rony. “Nuevamente la píldora del día siguiente: ¿constitucional o inconstitucional?”, *Gaceta Constitucional*, N°28, Abril 2010, p.363.

¹⁰³ Cfr. SÁNCHEZ, Rosa, Op. Cit., p. 60.

diversas formas sobre el concebido, éste merece la debida protección jurídica por ser persona humana.

Para algunos penalistas, a partir de la implantación del embrión en el útero materno, éste recibe del organismo de la madre los impulsos necesarios para su desarrollo, por lo que consideran a la anidación como el principio de protección de la vida, ya que, de no haber anidación no hay desarrollo del embrión, y por consecuencia no habría vida humana¹⁰⁴, los penalistas olvidan que aunque el concebido depende de la madre, se trata de una vida diferente a la de ella.

En este punto es importante hacer referencia al caso de Artavia Murillo y otros VS costa rica, en donde la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”. Lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo. Es en este sentido, que la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Cfr. CASTILLO, José, *Derecho penal: parte especial I*, Lima, Grijley, 2008, p. 942.

¹⁰⁵ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs Costa Rica, Op. Cit., fundamento 76.

2.1.3. Teoría de la formación del sistema nervioso central.

Esta teoría sostiene que la vida se inicia con la primera actividad encefálica o cerebral, dicha actividad se inicia alrededor de los 48 días siguientes a la fecundación.

Así se determina que el inicio de la vida humana se da con la aparición de los rudimentos de la futura corteza cerebral que significa la aparición del sistema nervioso central, es decir, cuando se da la presentación de la llamada línea primitiva o surco neural como estructura esencial para el despliegue espiritual y relacional. Es en ese momento donde empieza la vida¹⁰⁶. En consecuencia, para ser considerado ser humano es necesario que aparezca tejido cerebral, pues es este el que permite el desarrollo de la capacidad intelectual.

Algunos autores señalan que el cerebro empieza a desarrollarse con la primera diferenciación del sistema nervioso primitivo del embrión, mientras que para otros, el cerebro empieza cuando aparecen los arcos reflejos o cuando hay movimientos espontáneos de brazos y piernas¹⁰⁷; en base a esto, un ser humano que no posee movimiento, no será considerado como tal.

Los defensores de esta teoría se basan en que si la muerte es el cese completo de las funciones encefálicas o cerebrales, entonces al ser la vida el opuesto a la muerte, esta se inicia con la primera actividad encefálica o cerebral¹⁰⁸. En este contexto, así como se considera que el fin de la vida humana se produce con la muerte cerebral, el inicio de ésta ocurre con el nacimiento del cerebro, lo cual resulta errado.

El principal promotor de esta tesis es el biólogo JACQUES MONOD quien sostiene que: *“Al tratarse que el hombre es un ser fundamentalmente consciente no se le puede reputar como tal hasta el cuarto mes de gestación, momento en el cual se*

¹⁰⁶ Cfr. VARSI, Op. Cit, p. 59.

¹⁰⁷ Cfr. FIGUEROA, Gonzalo, Op. Cit, p. 290.

¹⁰⁸ Cfr. SÁNCHEZ, Rosa, Op. Cit.

logra detectar electroencefalográficamente la actividad de su sistema nervioso central, directamente ligada a su posibilidad de poseer conciencia"¹⁰⁹.

Bajo este argumento muchas legislaciones, como es el caso de la Argentina¹¹⁰, han establecido que el fin de la vida humana viene dado por la falta de actividad eléctrica del encéfalo, es decir por la muerte cerebral. Desde esta perspectiva, se afirma que no es posible reconocer la calidad de persona a una entidad que no posee los rudimentos cerebrales, ya que solamente cuando emitan impulsos electrónicos cerebrales verificables, es que el individuo adquiere consciencia y solo así se podrá afirmar que se da el inicio a la vida humana.

Si adoptáramos esta teoría, olvidaríamos que, el dictaminar oficialmente la muerte cerebral de una persona, no es comparable en absoluto con el cerebro en desarrollo de un embrión, ya que, en el primer caso el cerebro ha dejado de funcionar, mientras que en el segundo, se trata de un embrión en desarrollo, el cual no ha iniciado su actividad cerebral. Los partidarios de esta teoría olvidan que el nuevo ser cuenta ya con una individualidad mental y una inteligencia potencial que lo hace ser humano en formación.

Y así compartimos la idea del autor FEDERICO BLASI, que afirma lo siguiente:

*“Un embrión a pesar de no poseer aún cresta neural, pertenece igualmente a la especie humana desde el momento que es individuo que presenta un código genético único a partir de la conjugación de los 23 pares de cromosomas masculinos y femeninos, necesario para dirigir y organizar su propio crecimiento y diferenciación hasta el crecimiento”*¹¹¹.

Como podemos observar, las dos últimas teorías son cada una más alejada de la realidad que la otra, así concordamos y estamos de acuerdo con la teoría de la

¹⁰⁹ MARTINEZ MARIS, Stella. *Manipulación genética y derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994, p. 85.

¹¹⁰ Véase la Ley Argentina, reformada por la Ley 23464- trasplantes de órganos y materiales anatómicos, artículo 23 inciso d).

¹¹¹ Cfr. FEDERICO BLASI, Gastón. *¿Cuál es el estatuto jurídico del embrión humano? En Persona, derecho y liberal. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*, Lima, editorial MOTIVENSA, 2009, p. 100.

fecundación, desde ese momento el embrión posee todo el material genético y biológico necesario para su desarrollo.

2.2. Estatuto Ontológico del concebido

La ontología se ocupa de la definición del ser, el estatuto ontológico del embrión es la cuestión central de la Bioética, y condiciona la efectiva universalidad de los derechos¹¹². Actualmente se busca revalorizar la definición ontológica del concebido hasta el punto de llegar a decir que se trata de un mero material biológico o conjunto de células¹¹³, hablándose así de una simple vida; quitándole todo el carácter inalienable e inviolable que posee todo ser humano.

Desde una concepción ontológica, el ser humano es persona debido a que posee dignidad y el derecho participar en la vida del hombre en cuanto hombre, es por esto que regula las conductas humanas para lograr su bienestar.

El ser persona pertenece al orden ontológico; por tanto, se es persona o no se es: la posesión de un estatuto sustancial personal no se adquiere o se disminuye gradualmente, sino que es un evento instantáneo y una condición radical: no se es más o menos persona, no se es pre-persona o post-persona o sub-persona, sino que se es persona o no se es persona. Las características esenciales de la persona no están sujetas a cambio (sólo crecen o disminuyen, en mayor o menor medida, las características accidentales y contingentes), sino que están presentes desde el momento en que se forma la sustancia (concepción) y se pierden cuando ella se disuelve¹¹⁴.

El derecho a la vida deriva de la dignidad y esta se encuentra en la naturaleza humana. De modo correlativo, el deber de proteger la vida surge de la primera inclinación o tendencia humana, la cual se encuentra dirigida a conservar el ser y evitar todo aquello que pudiera obstaculizarla, por eso es reprobable una

¹¹² GONZALEZ, Ana Marta. *En busca de la naturaleza perdida: estudios de bioética fundamental*, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 2000, p. 122.

¹¹³ Cfr. LAFFERRIERRE, Jorge. "El derecho ante las nuevas cuestiones de la bioética", en *Bioética y persona: Escuela de Elio Sgreccia*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica de Argentina, 2008, p. 174.

¹¹⁴ Cfr. SÁNCHEZ BARRAGÁN, Rosa de Jesús. *Un análisis de la protección Jurídica de la Vida Prenatal con especial relevancia en el Derecho Español*, 2015. [Ubicado el 08. X.2017], Obtenido en: <https://app.vlex.com/#WWW/search/jurisdiction:PE/derechos+patrimoniales+del+concebido/WW/vid/488194946>

legalización o legitimación del aborto, la manipulación genética, la clonación, etc., en tanto que ellos atentan contra el derecho fundamental a la vida y cualquier vulneración a este bien máximo es un atentado contra la misma dignidad de la persona y, por ende, contra la naturaleza humana¹¹⁵.

2.2.1. El concebido como persona humana.

Una noción clásica desarrolla que la persona es una sustancia individual de naturaleza racional, es decir un individuo concreto, dotado de una determinada naturaleza ontológica, que se manifiesta en una serie de capacidades, actividades y funciones, que sin duda pueden ser consideradas como características de la racionalidad, pero que no pueden reducirse a esta¹¹⁶. Por lo tanto, un determinado individuo como es el concebido posee naturaleza racional por el mismo hecho de ser persona.

Cuando usamos el término persona nos estamos refiriendo a todo individuo de la especie humana, en su existencia singular e incomunicable. Un individuo que tiene razón, voluntad y libertad. Con una existencia material y a la vez espiritual. Si bien en el plano de la realidad se puede decir que es lo mismo ser humano, hombre y persona, en el plano conceptual las diferencias vienen dadas a partir de lo que se puede predicar de la persona. Sin embargo esto no hace los conceptos distintos. El concepto de persona hace referencia al individuo de la especie humana¹¹⁷.

Todos y cada uno de los seres humanos, tienen la innata capacidad de gozar de todos los derechos naturales que les corresponden en virtud de su propia calidad ontológica de ser humano, es decir, por ser personas¹¹⁸, siendo todos los seres humanos se hacen poseedores de derechos intrínsecos, llamados también naturales los cuales merecen una mayor protección debido a su gran importancia.

¹¹⁵ Cfr. SÁNCHEZ BARRAGÁN, Rosa de Jesús, Op. Cit, p. 3.

¹¹⁶ Cfr. CICCONE, Lino. *Bioética: historia, principios, cuestiones*, Madrid, Ediciones Palabra, 2005, p. 79.

¹¹⁷ Cfr. VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. Cita a Javier Hervada en: "Informe técnico: sobre el proyecto de ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazo a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial y transferencia de óvulos no consentidas y malformaciones incompatibles con la vida: Proyecto de Ley 387/2016-CR", *Instituto de Ciencias para el matrimonio y la familia-USAT, Facultad de derecho USAT, Instituto de Bioética-USAT*, Chiclayo, 2017, p. 14.

¹¹⁸FERNÁNDEZ, Carlos. ¿Qué es ser "persona" para el derecho?, 2002 [Ubicado el 05. XI.2017], Obtenido en: http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.PDF

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos expresa en su artículo 1° inciso 2) que persona es todo ser humano¹¹⁹, tomando en cuenta esta disposición internacional; podemos decir que el concebido es considerado también persona.

Así también, la teoría tridimensional del derecho es persona: “el ser humano que, en cuanto libre, vivencia valores. En tanto coexistencial su conducta intersubjetiva está normativamente regulada, por lo que se constituye en un centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas, es decir, de derechos y deberes”¹²⁰. Por tanto, la persona es el centro de imputación de derechos, pero esta condición, no viene atribuida por el ordenamiento jurídico, sino por su propia naturaleza humana. Entonces, todo hombre es persona.

El ser persona pertenece al orden ontológico, por tanto: se es persona o no se es. La posesión de un estatuto sustancial personal no se adquiere o no se disminuye gradualmente, sino que es un evento instantáneo y una condición radical; no se es más o menos persona, no se es pre- persona o post-persona o sub-persona¹²¹. Las características esenciales de la persona no están sujetas a cambio, sino que están presentes desde el momento en que se forma la sustancia, es decir desde la concepción, y dicha sustancia se pierde cuando se disuelve.

Con esto tenemos que, todo ser humano es persona por cuando posee dignidad, es así que todo concebido es ser humano; puesto que es considerado persona y como tal merece especial protección.

2.2.2. La dignidad como presupuesto de los derechos de la persona.

Todos los seres humanos en cuanto personas, poseen el presupuesto ontológico denominado “dignidad”, la cual puede ser definida como aquel bien personal y el bien social por excelencia¹²², en cuanto implica de suyo “respeto”; y jurídicamente, se traduce en el reconocimiento de los derechos fundamentales por parte de la sociedad y del Estado.

¹¹⁹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Tratados multilaterales [Ubicado el 05. XI. 2017], Obtenido en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.pdf

¹²⁰ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ta. Ed. Grijley, Lima, 2012, p. 166.

¹²¹ Cfr. SÁNCHEZ BARRAGÁN, Rosa de Jesús, Op. Cit.

¹²² HOYOS, Ilva Myriam. *De la dignidad y de los derechos humanos*, Editorial TEMIS, Colombia, 2005, p. 220.

SANTO TOMÁS DE AQUINO nos dice que la dignidad es algo absoluto que pertenece a la esencia; es la perfección e intensidad de ser, y se predica de la persona, en cuanto esta es la realización existencial de la naturaleza humana¹²³.

La dignidad humana es definida como el valor supremo en la eminencia o existencia del ser humano, es decir se trata de un ser cuyo orden comprende el orden del deber ser¹²⁴. Se puede decir que la dignidad de la persona es una de las características más profundas del ser humano, es expresiva de la persona, irreductible al universo físico y a las otras personas, porque es estrictamente individual.

La calidad de digno es una condición de la esencia y existencia del ser humano, innata en él, desde el momento de la concepción, la cual no puede ser cuestionada¹²⁵. La dignidad como cualidad innata e intrínseca no está sujeta a debate, sino que existe independientemente de cualquier norma positiva, porque es real, por tanto no puede basarse en el contexto histórico o cultural, sino que es la fuente de la que surgen los derechos naturales del ser humano.

La dignidad se instituye así en una realidad de primer orden, prevalente y se convierte en el valor supremo del hombre, sin posible equivalencia y por consiguiente sin precio alguno, aquel valor irrenunciable y derecho imprescriptible. Nuestra dignidad radica en el poder y capacidad de darnos a nosotros mismo la ley que respeta la libertad igual de todos, con carácter universal, somos por todo ello, eminentemente seres autónomos¹²⁶. De esta manera, somos personas porque poseemos dignidad desde el momento de la fecundación y por ello necesitamos que el resto de la humanidad respete los derechos del concebido, sobre todo su derecho a la vida.

La Constitución Peruana ha señalado en su primer artículo que: la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. La persona humana al poseer dignidad humana, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y el Estado; los derechos naturales provienen de la ley

¹²³ Cfr. VALDIVIESO LÓPEZ, Erika, la autora cita a Santo Tomas de Aquino, Op. Cit., p. 20.

¹²⁴ HERVADA, Javier. *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 1987, p. 447.

¹²⁵ GHERSI, Carlos. *Derecho y reparación de daños*, Tomo V, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005, p. 71.

¹²⁶ BLÁZQUEZ, Javier. "la nueva genética ante la privacidad, la dignidad y la discriminación", *En bioética y bioderecho: reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Navarra, Comares, 2008, p. 159.

natural y ordena la conducta en una criatura racional, esto porque lo que manda o prohíbe lo hace en razón de la naturaleza del hombre. Esta visión de los derechos naturales establece un vínculo entre el hombre y un ser supremo, que es quien impone estos derechos¹²⁷; los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, como su misma denominación lo señala, declara derechos directamente referidos a la persona humana, precisando así en su artículo 1° que: todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos a los otros. Por eso, todos poseemos dignidad, por lo cual somos merecedores de respeto y protección de nuestros derechos y del mismo modo saber respetar los derechos de los demás.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional Peruano, a través de su jurisprudencia, ha señalado que:

“[...] la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un dínamo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos”¹²⁸.

Por la dignidad que posee el ser humano es que podemos distinguir la vida humana de otra clase de vidas, aquella nos permite conocer a la persona, precisamente en

¹²⁷Cfr. SALAZAR, FERNANDO. Derecho Natural, [ubicado el 13.XI.2017], Obtenido en: <http://www.listinet.com/bibliografia-comuna/Cdu340-4FE8.pdf>

¹²⁸ STC del 05 de diciembre del 2012. [Expediente número 02101-2011-PA/TC], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02101-2011-AA%20Resolucion.html>

atención a su dignidad¹²⁹, la cual nos diferencia de los demás seres vivos en la tierra. A las personas se les reconoce como tales por poseerla y a partir de ahí es que, los seres humanos merecen una debida protección de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida y los demás derecho que de éste se desglosan como el derecho a la salud y la integridad física.

Entonces, podemos decir que todos somos dignos por el hecho de ser personas y, por tanto, merecemos que se nos trate dignamente, así como también tenemos la obligación de respetar a los demás. La dignidad de la persona se constituye en regla de comportamiento, regla o norma que tiene su fundamento y origen en la naturaleza del hombre. La persona humana está revestida de dignidad por lo que sobresale del resto de la creación, de tal modo que posee un valor insustituible e inalienable.

Conviene insistir en que la dignidad radica en el ser y, por ello, se encuentra en conexión con la noción de la naturaleza humana y lo más intrínseco a ella, su fin. Así, se puede sostener que el ser humano, poseedor de una dignidad radical, está llamado a ser tratado, e incluso comportarse de acuerdo a sus exigencias derivadas pues de esta dignidad, vinculadas siempre a los fines propios de su naturaleza racional.

La dignidad no implica, por ello, derechos y deberes autónomos, sino que el ser humano está vinculado por la normatividad inherente a su propio ser. Desde esta visión ontológica de la dignidad, consideramos que es posible extraer las siguientes consecuencias:

- (i) Se trata de una condición propia e inherente al ser humano, en consecuencia debe ser reconocida a cualquier miembro de la categoría homo sapiens, con independencia de su estado de desarrollo o características físicas o mentales¹³⁰.
- (ii) Los derechos derivados de esta dignidad, siendo inherentes a su ser, están limitados y condicionados por su mismo ser, por su naturaleza. Esta tiene

¹²⁹ GÓNZALES, Ana. "la dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica" en *biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, Navarra, EUNSA, 2004, p. 33.

¹³⁰ APARISI, Ángela. El proyecto Genoma y la ingeniería genética desde la perspectiva de los derechos humanos, 1999 [ubicado el 05. XI. 2017], Obtenido en: <http://www.unav.es/cdb/uncib2a.html>

una ordenación a la relación con los demás y unos fines naturales; tales fines están presentes en la constitución intrínseca del ser humano¹³¹. La dignidad por ello implica que la persona humana merece un trato adecuado a su estatuto ontológico pero a su vez está llamada a comportarse de acuerdo a su dignidad.

- (iii) Desde la perspectiva ontológica de la dignidad, el primer derecho fundamental es el derecho a la vida, ya que su lesión implica la negación radical de la misma dignidad inherente al ser y a la vez la desprotección de todos los derechos que de ella se desglosan como la salud y la integridad física de todo ser humano. Todo ataque a una vida humana se traduce en la destrucción misma de la dignidad¹³², una agresión a la naturaleza humana.

Con todo lo mencionado en los párrafos anteriores, podemos decir que el concebido es persona porque posee dignidad y el reconocimiento de la misma, radica en el respeto y protección incondicionados de la vida del embrión, el hecho de tener dignidad es la razón por la que se le reconoce como persona. Al tener ahora un concepto claro sobre la dignidad de la persona humana, podemos señalar que, resulta ilícito atentar contra la vida, la salud o la integridad física del concebido, indiferentemente de sus capacidades, de su estado de salud, de su raza, sexo, y mucho menos de la etapa de desarrollo vital en la que se encuentre.

2.3. Estatuto Jurídico del Concebido

Para una protección jurídica del concebido es necesario primero, la determinación del momento de inicio de la vida humana. El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el inicio de la vida humana, manifestando que: *“La concepción de un nuevo ser se produce con la fusión de las células materna y paterna, con la cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo con su configuración e individualidad genética completa; podrá- de no interrumpirse su proceso vital- seguir su curso hacia su vida independiente”*¹³³.

Nuestra Constitución Política del Perú declara expresamente que el concebido es sujeto de derecho, esto implica que no es un proyecto de vida o vida potencial, sino

¹³¹ Ídem

¹³² Ídem.

¹³³ STC del 16 de Octubre del 2009, [expediente número 02005 PA/TC], *Gaceta Constitucional*, N° 28, Lima, 2010, p. 35.

que es un sujeto con derechos, por eso el ordenamiento jurídico debe regular la debida protección de sus derechos.

2.3.1. El concebido como sujeto de derecho.

Desde el punto de vista jurídico, la persona es sujeto de derecho, porque es el protagonista del mundo social y jurídico. Así, sujeto de derecho “*es un centro de imputación de derechos y deberes, adscribible, siempre y en última instancia a la vida humana*”¹³⁴. Por ello, debemos tener en cuenta que “*sea cual fuere el enfoque, la vida se presenta como un bien, como un valor en sí, y su privación como un mal, un contravalor o desvalor*”¹³⁵. Entonces, toda persona es sujeto de derecho.

En nuestro ordenamiento jurídico se evidencia una vinculación entre la noción de vida, a partir de la concepción, y la de ser humano entendido como persona, por existir una acentuada y marcada tendencia “personalista” en nuestra normativa que fundamenta el engranaje constitucional y el propio ordenamiento, siempre partiendo de la defensa de la persona y el respeto de su dignidad¹³⁶.

El Código Civil en su Art. 1º, realiza una distinción entre dos sujetos de derechos: la persona nacida y el concebido; a fin de establecer la capacidad de los derechos de las personas, sin que ello implique la negación al concebido de su condición de persona humana, que lo hace pasible de protección constitucional por tratarse de un ser humano digno, y por tal, persona humana y sujeto de derechos¹³⁷.

“*El concebido es un sujeto de derecho privilegiado, que se inicia desde la concepción y culmina antes del nacimiento*”¹³⁸. La primera, la persona humana nacida, como lo prescribe el artículo tercero del Código Civil, tiene el goce pleno de los derechos civiles¹³⁹ y, por ende, de los deberes que le impone el ordenamiento jurídico, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley. Mientras que, el concebido, es sujeto de derecho privilegiado en el mismo tenor, pero con una precisión puntual: “*es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece*”¹⁴⁰.

¹³⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Op. Cit., p. 1.

¹³⁵ Cfr. VALDIVIESO LÓPEZ, Erika, la autora cita a MOSSET ITURRASPE, Jorge, Op. Cit., p. 15.

¹³⁶ Cfr. SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina. Op. Cit , p. 211-213.

¹³⁷ Ídem.

¹³⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Op. Cit., p. 19.

¹³⁹Cfr. VALDIVIESO LÓPEZ, Erika, Op. Cit., p.15.

¹⁴⁰ Ídem, la autora cita a FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.

Por tanto entendemos que no existen diferencias radicales entre la protección que el Código Civil hace al concebido con la que confiere a un niño nacido, pues ambos, ejercerán sus derechos al carecer de su capacidad de ejercicio a través de sus representantes, sus padres. Y evidentemente, no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico interno, el criterio de la CIDH, en estricta aplicación del principio *pro homine*.

2.3.2. El concebido en el ordenamiento Jurídico Peruano.

Teniendo en cuenta que no existe ninguna norma en el Derecho internacional de alcance universal que defina el estatuto jurídico del embrión humano de manera clara, puesto que las declaraciones sobre los derechos humanos han sido deliberadamente ambiguas a la hora de pronunciarse sobre la protección correspondiente a la vida humana antenatal y preimplantatorio. Esto ha permitido que los Estado interpreten el sentido que mejor se acomoda a su legislación particular¹⁴¹.

Ante esta situación, el ordenamiento jurídico peruano, se ve entonces en la necesidad de asumir una posición con respecto a la determinación del inicio de la vida humana; es decir, desde que momento estamos frente a un concebido, para poder protegerlo y considerarlo como sujeto de derechos. Este hecho resulta problemático por los avances de la ciencia y la tecnología, específicamente en el campo de la biología y la medicina, que hacen exigir una protección mucho más amplia y concreta para todo ser humano, especialmente para aquellos que ya existen pero que no han nacido¹⁴².

Específicamente en el ordenamiento jurídico peruano, después de los argumentos posteriormente esbozados por las distintas teorías se tiene que dejar claro que desde la concepción el concebido tiene que tener una protección absoluta, para que de este modo no se atente contra el derecho a la vida, a la integridad psíquica y moral de este nuevo ser humano.

¹⁴¹ Cfr. AZNAR LUCEA, Justo; PASTOR, Luis Miguel. "Estatuto Biológico del Embrión Humano en *La vida naciente humana: 200 preguntas y respuestas*, Madrid, Editorial estudios y ensayos BAC, 2008, p.25.

¹⁴² Cfr. MORALES GODOL, Juan. "Concebido y Responsabilidad civil", *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 127, Abril 2009, p.20.

La posición asumida por nuestra legislación en el ámbito civil, específicamente en su artículo 1° es la siguiente:

“La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”¹⁴³.

Con ello, el Código Civil de 1984 le reconoce al concebido la calidad de sujeto de derecho, volviéndose en el primer texto legal en reconocerle normativamente tal categoría, descartando con ello que el concebido tenga que esperar a su nacimiento para adquirir personalidad jurídica¹⁴⁴.

Así, este código al señalar que la vida humana comienza con la concepción, eta reconociendo que esta se inicia con la fecundación o concepción, es decir, a partir de la fusión de los pronúcleos y la formación de la nueva célula¹⁴⁵. Con ello, se le otorga la protección jurídica correspondiente pues considera que el embrión humano es el ser humano que antes de nacer, pese a que depende de la madre para su subsistencia, esta genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico, y como tal, se convierte en un centro de imputación de los derechos y deberes que lo favorecen. Por otro lado, tenemos al Código de los Niños y Adolescentes¹⁴⁶ (Ley 273337), que en su artículo 1° del Título Preliminar indica que: *“Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad... El estado protege al concebido para todo lo que le favorece(...)”¹⁴⁷.*

El citado código no hace ninguna distinción entre concebido y persona humana; además reconoce tanto su calidad de sujeto de derecho, como su capacidad jurídica para ser titular, tanto de los derechos inherentes a la persona humana,

¹⁴³ Cabe recalcar que, se recurre a la dicción de “sujeto de derecho”, entendida como centro de imputación de derechos y deberes, para erradicar la controversia sobre el concebido era o no persona jurídica para el derecho; así este concepto de sujeto de derecho permitía comprenderlo dentro de las cuatro categorías jurídicas diferentes y específicas reconocidas por el código civil de 1984; el concebido, la persona natural, la persona jurídica y la organización de personas no inscritas.

¹⁴⁴ Cfr. SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina. *La situación jurídica del concebido en el Derecho Civil peruano: Una interpretación Histórica-legislativa y teológica*, Lima, Editorial Motivensa, 2014, p. 64.

¹⁴⁵ Cfr. SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina. *La situación jurídica del concebido en el Derecho Civil peruano: Tratamiento histórico legislativo y análisis de la regulación vigente*, tesis para optar por el grado de Magister, España, Universidad de Zaragoza, 2012, p. 40.

¹⁴⁶ Ley 273337- CÓDIGO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE.

¹⁴⁷ CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, [Ubicado el 05.XI.2017], Obtenido en: <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>

como de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo; protegiendo al niño desde el momento de la concepción y a su vez indica en el posterior artículo que “el niño y adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción, garantizando la vida del concebido, protegiendo de todas aquellas prácticas que afecten su integridad y desarrollo físico o mental”, dicho esto, cualquier acto que vaya en contra de la persona humana, como es el caso del concebido, estaría siendo contrario a este dispositivo legal.

Cabe agregar que, al considerarse niño a todo ser humano desde el momento de la concepción, podemos aplicar el principio general del interés superior del niño¹⁴⁸, que consiste en el conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permita vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible¹⁴⁹. Su importancia radica en la dignidad de la persona; puesto que el niño al poseerla obliga a las demás personas a respetarlo, no permitiendo que se realicen actos que perjudiquen sus derechos fundamentales. En el ámbito penal, nuestro Código establece que: *“El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres”*. (Art. 124-A)¹⁵⁰.

La conducta típica del delito es causar daño en el cuerpo o en la salud del concebido, y para efectos de la aplicación del referido tipo penal la intensidad del daño no es tomada en cuenta, por cuanto lo único importante será demostrar que hubo una afectación de la salud del concebido para aplicar el artículo 124-A. La incorporación de este artículo al cuerpo normativo penal, se efectuó como consecuencia del reconocimiento del concebido como ser humano y sujeto de derecho.

Por otro lado, la ley General de Salud, en su artículo III del Título Preliminar indica que: *“el concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud”*. El contenido

¹⁴⁸ Principio recogido en el artículo XI del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

¹⁴⁹ Cfr. MÉNDEZ, María. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 207.

¹⁵⁰ CODIGO PENAL DEL PERÚ

establecido en la presente norma se encuentra en estricta concordancia con el resto del ordenamiento jurídico y valido el hecho de considerar el aborto como delito.

Además de ello, existe actualmente una norma vigente que de alguna manera compromete su posición respecto al momento desde el cual se debe brindar atención y protección al ser humano, fijándolo en este caso a partir de la fecundación, se trata del documento denominado “salud integral; compromiso de todos- Modelo de Atención Integral de Salud”, aprobado por Resolución Ministerial N° 729-2009-SA/DM el 20 de Junio de 2003, documento que establece programas de atención integral para cada etapa de la vida, siendo la primera de las etapas la de “niño por nacer: desde la fecundación hasta el nacimiento” y prevé la atención periódica durante la gestación, a fin de estimular el desarrollo psicoafectivo del niño. Se trata de un conjunto de procesos y acciones que potencian y promueven el desarrollo físico, mental, sensorial y social del ser humano desde la fecundación hasta su nacimiento¹⁵¹. Como vemos existen programas de atención a cada etapa de la vida humana, siendo considerada la fecundación o concepción la etapa más importante y con mayor protección; pues de no haber interferencias ajenas a su naturaleza, el concebido podrá completar su norma desarrollo hasta que llegue el momento de su nacimiento.

Por último, el Decreto Legislativo 346 - Ley de Política Nacional de Población en su Artículo IV, inciso 1. Del Título preliminar, establece que: *“La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: A la Vida -y que- el concebido es sujeto de derecho desde la concepción”*¹⁵².

De la normativa nacional expuesta podemos concluir que, en el Perú se resguarda el derecho a la vida del concebido, que por su inicial y particular situación biológica necesita del vientre materno para nacer, así como requiere -después de su nacimiento- de cuidados especiales que permitan contribuir al adecuado desarrollo de su persona.

¹⁵¹ Véase sentencia del TC Sobre la píldora del día siguiente, [ubicado el 12. XI.2017], Obtenido en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-ciq5HMwJdgJ:www.unife.edu.pe/facultad/derecho/doc/sentencia.doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>

¹⁵² DECRETO LEGISLATIVO 346 - Ley de Política Nacional de Población en su Artículo IV, inc.1 del Título preliminar.

Por el hecho de existir, la perspectiva jurídica nacional hace de la persona por nacer, un centro de imputación jurídica, del mismo modo que la persona nacida; ello responde al evidente hecho de que la vida humana es una sola, ya sea antes o después del nacimiento. Puesto a que no solo tienen derecho a la vida los nacidos, sino también los que están por hacerlo.

En este sentido, no se justifica la afectación del derecho a la vida de la persona por nacer a través de la despenalización del aborto por embarazo a causa de violación u otras¹⁵³.

2.3.3. El concebido en las legislaciones internacionales.

A continuación se destaca los principales instrumentos de carácter internacional, que brindan en su texto normativo protección jurídica al concebido. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su preámbulo, establece lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)”. Así mismo, en su artículo 3° nos dice que: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su personal”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también en su preámbulo indica que:

“(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” y que “(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

Igualmente, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 4°, establece que:

¹⁵³ Véase a VALDIVIESO LÓPEZ, Erika, Op. Cit., pág17, la autora cita a GARCIA CHAVARRI, Abraham; “Entre el derecho y la moral. Anotaciones a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. En: *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas*. AA.VV., Motivensa, 1° edición, Lima, 2009, p. 1015.

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, que este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción, por lo que nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

Así mismo, La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 6°, manifiesta que:

“Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida (...) [y] garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, en su artículo 2°, indica que:

“(...) cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y demás derechos, cualesquiera que sean sus características, imponiendo esta dignidad que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas”.

Con todo lo mencionado, podemos concluir que, la normativa internacional, del mismo modo que la nacional, reconoce la dignidad y calidad de persona al niño concebido, hasta su nacimiento.

2.4. Operacionalización del deber del Estado contenido en el artículo 1° de la Constitución Política Perú

La dignidad de la persona humana ha sido colocada como punto de partida, fundamento y horizonte de nuestro sistema jurídico, pues se considera que constituye a la vez un umbral mínimo sobre lo que debe contener un ordenamiento justo y que su realización es la aspiración máxima para los Estados constituciones, como es el caso de nuestro Estado peruano¹⁵⁴.

Además de ello, de manera expresa esto se ve reflejado en un sinnúmero de documentos y normas que sirven de fuente y referente al constitucionalismo

¹⁵⁴ Cfr. GUTIERREZ CAMACHO, Walter. La Constitución comentada, tomo I, [Ubicado el 20. XI, 2017], Obtenido en : https://www.academia.edu/3827541/Dignidad_de_la_persona_comentarios_al_art%C3%ADculo_1_de_la_Constituci%C3%B3n_

contemporáneo; ejemplos representativos tenemos pues a la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que han sido detallados en los párrafos anteriores.

A través de la disposición de la comunidad política contemplada en su artículo 1° de la Constitución peruana, se fija como horizonte máximo el “defender” a la persona y además “respetar su dignidad”.

Con respecto a la defensa de la persona, alude básicamente al deber de reaccionar frente a ataques o menosprecios a cada ser humano, responsabilidad que recae en agentes públicos y privados, es decir, a todos los miembros de la comunidad.

Por otro lado, el respeto a la dignidad humana, vendría a ser una obligación mucho más amplia, pues podría decirse que abarca lo anterior, es decir a la protección de las personas, aludiendo además a su libertad plena o real, a su desarrollo, a su realización conforme a sus planes de vida. Por lo tanto, se advierte que el elemento clave en este artículo en mención es la dignidad de la persona humana y el respeto que esto demanda.

Este es el artículo fundamental donde se reconoce a la persona humana como el ente máximo de la sociedad; y dispone todo el poder del estado y de la sociedad para su protección y respeto. Los demás artículos tienen que lograr esta finalidad; plasmando de manera general que todas las actividades humanas nunca deben ir en contra de la dignidad de la persona, y el Estado es quien defenderá su cumplimiento.

Con lo mencionado, traemos a colación que el Estado tiene dos deberes básicos plasmados en el marco general de los deberes del Estado Peruano, y son:

- (i) El deber de resguardar la dignidad de sus miembros.
- (ii) El deber de promover el desarrollo y el mantenimiento de un orden basado en la justicia.

Para cumplir con estos deberes, el estado crea políticas públicas, siendo estas en su conjunto un cristal a través del cual pueden visualizarse transformaciones de las relaciones entre el Estado y la Sociedad¹⁵⁵.

A continuación mencionaremos algunas de las políticas públicas del Estado:

- (i) Fortalecimiento de la familia, protección y promoción de la niñez, la adolescencia y la juventud: Fortalecer la familia como la principal institución para educar en relaciones interpersonales de mutuo respeto entre varones y mujeres. Lo que también se plantea el estado aquí es ampliar y fortalecer los servicios de cuidado diurno y estimulación temprana para niños en apoyo a familias de escasos recursos y mujeres jefas de hogar; consistiendo en un servicio de cuidado diurno y estimulación temprana para niños, en lo posible por cada distrito. Además reducir la maternidad adolescente mediante servicios integrales de prevención del embarazo adolescente en el país.
- (ii) Erradicación de la violencia y fortalecimiento del civismo y de la seguridad ciudadana: Implementar y/o fortalecer programas preventivos para jóvenes en riesgo y/o sectores vulnerables. Fortalecer la PNP y reducir la corrupción institucional.
- (iii) Acceso universal a los servicios de salud y a la seguridad social: Atender acciones preventivas en el ámbito de la salud como vacunación temprana y programas nutricionales. Además velar por una atención especial a la madre gestante y asegurar condiciones adecuadas para el parto seguro, adecuando los programas a la realidad cultural de las gestantes. Consolidar y ampliar el aseguramiento universal de la salud en todo el país.

Por todo lo mencionado, podemos concluir que la dignidad humana es un canon valorativo de base y de control del sistema constitucional; de esta forma, la defensa de la dignidad humana debe ser razonada de un modo ponderativo en la medida que tanta autonomía de la voluntad es necesaria como responsabilidad en el

¹⁵⁵ GRACIELA MENDÍAZ, María. *El estado y las políticas públicas. las visiones desde el neo institucionalismo*, 2004, [Ubicado el 20. XI.2017], Obtenido en: http://rephip.unr.edu.ar/bitstream/handle/2133/847/Mend%C3%ADaz_%20El%20Estado%20y%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas_A1a.pdf?sequence=1

ejercicio de los derechos frente a la comunidad y los terceros en resguardo de su propia dignidad. Es así que, el Estado y la sociedad tienen el deber de proteger los derechos fundamentales de la persona, como es el Concebido; puesto que el simple indicio de la vida humana obliga a adoptar una actitud de sumo respeto, de reverencia, exigida por quien se encuentra adornado por la dignidad de lo personal, pues la personalidad no es una cualidad sino un constitutivo esencial de la especie *Homo sapiens*. Por lo que, la dignidad es el sustento de todo derecho.

CAPÍTULO III

INCOMPATIBILIDAD DEL ABORTO POR CAUSAL CON EL ORDENAMIENTO JURIDICO VIGENTE

“Antes de haberte formado Yo en el seno materno, te conocía, y antes que nacieses te tenia consagrado”¹⁵⁶

(Jr. 1,5; Jb 10,8-12; Sal 22,10-11)

Las palabras de la sagrada escritura nos hacen reflexionar de cuán grande es el amor de Dios hacia nosotros, y ese amor se debe de ver reflejado en el respeto y protección absoluta de nuestra digna vida humana desde la concepción.

Pero lo dicho queda totalmente olvidado, porque según la Iglesia católica y a nuestra opinión, existe la malicia moral en todo aborto provocado. Este pensamiento ha surgido desde hace siglos, pero, desde hace más de dos décadas se está tratando de implementar y reconocer a nivel mundial los llamados “derechos reproductivos de la mujer”, idea expresada en la Conferencia Mundial de Población y desarrollo celebrada en el Cairo en 1994 y vuelve aparecer años después en otra conferencia hecha en Pekín¹⁵⁷. Todo ello trajo a colación el mal llamado “derecho al aborto”, basándose en el derechos de libertad de decisión.

¹⁵⁶ BIBLIA DE JERUSALEN; Citada por PARDO SÁENZ, José María. *La vida del no nacido. El aborto y la dignidad de la mujer*, EUNSA, ediciones Universidad de Navarra S.A., España, 2011, p. 125.

¹⁵⁷ PARDO SÁENZ, José María. Op. Cit., pp. 57-58.

La despenalización del aborto tiene como fundamento un problema con un aparente trasfondo de justicia social. Según las corrientes feministas y las de ideología de género, en donde *“sólo la mujer puede decidir sobre temas que conciernen directamente a su cuerpo y a su salud”*, y según ellas el derecho a decidir es sólo un tema personal encontrándose dentro de su esfera íntima.

El proyectar la penalización del aborto como un problema de género, es decir, de desigualdad entre hombre y mujeres, o de injusticia social, hace que se evidencie la falta de importancia que la sociedad tiene frente a la vida del concebido, *“convirtiéndolo en un objeto incómodo y desechable”*¹⁵⁸, pues *“sólo la mujer es la que puede decidir sobre un asunto que le concierne directamente a su propio cuerpo”*¹⁵⁹.

El hecho que el aborto se plantee como “derecho” de la mujer, supone ciertas dificultades al ordenamiento jurídico; primero porque la consecuencia natural sería la despenalización de aborto a partir de determinadas causales hasta llegar a un aborto de libre elección, lo segundo sería el desconocimiento al derecho a la vida del concebido y de su estatuto jurídico del que ya se habló en el capítulo anterior.

Por esta razón, en este capítulo profundizaremos sobre cuáles son los fundamentos que plantean quienes defiende el aborto como derecho, luego analizaremos la necesidad de que aborto sea considerado como delito a partir del reconocimiento de bien jurídico protegido y finalmente analizaremos si las causales propuestas para la despenalización del aborto son viables en consideración con el estatuto jurídico del concebido y nuestro ordenamiento jurídico.

3.1. El aborto como “derecho”

El tema del aborto es un tema que sensibiliza a muchos en nuestra sociedad. Un sector de ella pretende relativizar los derechos fundamentales, haciendo unos más valiosos que otros, por ejemplo el derecho de libertad de decidir de la mujer frente al derecho a la vida del concebido.

¹⁵⁸ ORÉ SOSA, Eduardo. *El delito de aborto en el Perú*. [Ubicado el 02. VI. 2018], Obtenido en: http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/doc/articulo_delito_aborto.doc

¹⁵⁹ *Ibíd.*

Nos referimos a los llamados planteamientos feministas, que en los últimos años han logrado la reivindicación de los derechos de la mujer, haciendo que sea aceptada socialmente la idea de que la mujer tiene la misma dignidad y los mismos derechos que los varones; y que al igual que los varones, las mujeres aportan de igual manera al crecimiento de la sociedad¹⁶⁰.

Sin embargo, con la llegada de estas ideas aparecieron otras más fuertes, que no solo buscaban que los hombres y las mujeres tengan los mismos derechos e igualdades jurídicas, sino que también han buscado la anulación de todos los rasgos que puedan hacerlos diferentes, pues “*se tiende a ignorar cualquier base biológica o psicológica en las diferencias de sexo*”¹⁶¹ pues las consideraban “*sospechosa y ofensiva*”¹⁶². Pero no podemos negar que todo lo mencionado ha logrado consecuencias positivas, tanto en el derecho público como en el privado. Todas estas ideas se agrupan dentro del llamado feminismo radical que originó la denominada ideología de género.

La ideología de género, llegó a plantear propuestas que incluso se delimita de la propia naturaleza femenina, defendiendo que la mujer puede o tiene la facultad de decidir sobre su propio cuerpo, haciendo uso de su derecho fundamental a la libertad, ella decide su maternidad y por tanto exige la legalización de aborto, entre otros “derechos”.

LAURA KLEIN, Una feminista que piensa que el aborto sería el medio eficaz para que la mujer tenga el pleno derecho a su libertad, sustenta que: “*(...) el aborto es un verbo, una acción siempre violenta, basada en la falta de libertad original, pues la mujer no elige quedar embarazada.*”¹⁶³ Es así que estos pensamientos llegan a crear algún tipo de argumentación moral dentro de sus propuestas a favor de la despenalización de aborto, pues según ellos, la ley que despenaliza el aborto vulnera los derechos de las mujeres, derechos que son consecuencia directa del hecho de que las mujeres son moralmente autónomas; y la punición del aborto

¹⁶⁰ Cfr. VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. “Aborto por causal ¿Una opción viable? Análisis desde la perspectiva biojurídica”, *Revista de medicina e morale*, Chiclayo, abril 2018, p. 4.

¹⁶¹ APARISI, Ángela. “Ideología de género: de la naturaleza a la cultura”, *Persona y Derecho*, n°61, Universidad de Navarra S.A., 2009, p. 184.

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ ROSTAGNOL, Susana. *Aborto voluntario y Relaciones de género: Políticas del cuerpo y de la reproducción*, Universidad de la República, ediciones Universitarias, Uruguay, 2014, p. 24.

significa no reconocer que las mujeres tienen derechos a: decidir sobre su propio cuerpo, decidir cuándo y cuántos hijos tener, planear su futuro y realizarlo. Derechos que son inviolables, pero que es necesario que la ley los reconozca cabalmente a través de la despenalización del aborto¹⁶⁴.

A partir de estas propuestas, se proyecta toda la plataforma de los derechos sexuales y reproductivos, generando a nivel mundial un movimiento que viene imponiendo la legalización del aborto, pues según SILVA ABBOTT:

“El aborto es un logro fundamental para la mujer, quien puede librarse por fin de una manera legal y segura de un embarazo no deseado, dejar de estar en desventaja frente al varón para competir con él de igual a igual, y proyectarse como persona”¹⁶⁵.

Todos estos pensamientos hacen que los demás derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la vida, estén por debajo del derecho a la libertad individual, desconociendo como lo dice ROXIN, que la vida de todo ser humano-incluido aquí el concebido-es un bien más alto que la libertad que tienen las personas y la autodeterminación¹⁶⁶.

El “derecho” al aborto, considera que el concebido o feto es parte del cuerpo de madre, este argumento sería congruente si se hablamos de un órgano de la madre, pues en ese caso este órgano se podría extraer. Porque sus células contiene la misma información genética que el resto del cuerpo. Pero el embrión humano que se desarrolla dentro de las cavidades del útero de la madre, no puede, por ninguna circunstancia ser considerado como parte del cuerpo de la madre, porque el concebido tiene un código genético totalmente distinto al de la madre, y por ello nadie puede decidir caprichosamente sobre su vida¹⁶⁷.

El aborto, en este contexto se plantea como un “derecho”, derivado del “derecho a decidir sobre el propio cuerpo”, que tendría cada mujer. Bajo este alegato se

¹⁶⁴ Cfr. ORTIZ MILLÁN, Gustavo. *La moralidad de la ley y la moralidad del aborto*, 2007 [Ubicado el 29. V. 2918]. Obtenido en: http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres/menu_superior/doc_basicos/5_biblioteca_virtual/6_derechos_sexuales_rep/23.pdf

¹⁶⁵ SILVA ABBOTT, Max; citado por VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. Op. Cit., p. 4.

¹⁶⁶ ROXIN; citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de Aborto*, Lima, ARA Editores, 2005, p.19.

¹⁶⁷ Cfr. WILLKEY, J.C., *Manual sobre el aborto*, Eunsa, Pamplona, 1974, pp. 74-75.

considera que la decisión de abortar o no, le corresponde única y exclusivamente a la mujer¹⁶⁸. Con este planteamiento se llega a desconocer que el concebido es persona y por ende tiene protección jurídica independiente, pues si bien se desarrolla dentro del vientre materno, es un sujeto separado y distinto a la madre. Porque el feto que se originó al unirse el espermatozoide y el óvulo, tiene un ADN único y distinto al de su madre. Por lo tanto ese nuevo Ser, a partir de su fecundación o concepción ya es considerado vida humana.

En unos encuentros feministas estatales por el “derecho” al aborto, se manifiesta que el aborto debe ser realmente un derecho que puedan exigir todas las mujeres, tiene que ser gratuito y por tanto a cargo de la red sanitaria del Estado. Además se dice que se aborta sin necesidad de motivos sino por el solo hecho de querer hacerlo; pues la decisión de abortar corresponde solo a la mujer, decisión que no se puede poner ningún límite de: edad, condición social, estado civil, y tampoco por el número de semanas que tenga el feto¹⁶⁹. Como si se tratara de cualquier vida, menos la humana; considerando al concebido como una cosa o un negocio, que si conviene tenerlo, lo tienes y si no, simplemente lo desechas.

LAMAS, otra feminista, sostiene que:

“En América Latina el aborto es un problema de justicia social, porque las mujeres con recursos abortan sin peligro en los consultorios de sus ginecólogos, mientras las demás arriesgan su salud y sus vidas. Son justamente las indígenas, campesinas y trabajadoras pobres quienes mueren, quedan dañadas o van a la cárcel por los abortos ilegales”¹⁷⁰.

Es ante esta premisa que la labor de los postulados feministas se tornan trascendentales para lograr cambios de mentalidad, ya sea a nivel de concientización como de políticas públicas, siguiendo a LAMAS, éstas mujeres

¹⁶⁸ Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis, Op. Cit., p. 23.

¹⁶⁹ PONENCIAS COMISIÓN ABORTO MADRID, 1981. [Ubicado el 05.IV.2018]. Obtenido en: http://culturagalega.gal/añbum/docs/CCG_CI_COFEE_derchoaborto_1981.pdf

¹⁷⁰ LAMAS, Marta. *El aborto en la agenda del desarrollo de América Latina*. [Ubicado el 05. IV.2018]. Obtenido en: http://www.cimac.org.mx/cedoc/indesol/mujeres_en_pie_de_lucha_x_mat_libre_voluntaria/10_realidad_latin_oamericana/10_1_el_aborto_en_agenda_del_desarrollo_en_al_marta_lamas.pdf

planean que la interrupción de su embarazo llevada a cabo de forma voluntaria, es un derecho de las mujeres, “*un derecho a la autodeterminación reproductiva, vinculado al principio más amplio de la autonomía corporal que es el derecho a la integridad física*”¹⁷¹.

Así las corrientes pro-aborto manifiestan que la penalización del aborto sin excepción transgrede derechos en materia de la autonomía reproductiva y sexual, vulnera los derechos humanos de mujeres y niñas que son obligadas a vivir embarazos, aun siendo víctimas de violación e incesto, sometiéndolas a ser tratadas de manera degradante, no respetando su dignidad como personas. Algunas de estas plataformas son, por ejemplo, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994), La plataforma de Acción de Beijing (1995), Convención de los Derechos del Niño (1989), La Convención para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, promulgada el 1979 por las Naciones Unidas)¹⁷².

Todas estas corrientes a favor del aborto como “derecho”, plantean temas como:

- (i) El “derecho” al aborto es un tema social, porque el aborto existe y es una realidad concreta en todas las sociedades, a pesar que no se encuentre despenalizado en nuestro País, existe. Desde este punto de vista el tema del aborto se enfoca como el derecho que tienen los ricos a abortar sin peligro, pues son atendidos de forma segura en clínicas por sus ginecólogos de confianza. Mientras los pobres, arriesgan su vida o mueren por la falta de condiciones médicas, al practicarse un aborto de forma clandestina.
- (ii) El “derecho” al aborto es decisión de la madre, pues la mujer tiene autonomía y ella es la única que puede decidir sobre su propio cuerpo, y por ser una decisión que solo le compete a la mujer no debería ser legislado como un delito.

¹⁷¹ Ibídem, p. 20.

¹⁷² Cfr. CAMPOS GONZALES, Sofía. “*Yo aborto, Tú abortas ¿Todas callamos?*”. *Experiencias y defensoría feminista del aborto inducido en Chile*, 2015. [Ubicado el 05. IV.2018]. Obtenido en: <http://repositorio.udchile.cl/bitstream/handle/2250/138594/yo-aborto-tu-abortas-todas-callamos.pdf;sequence=1>

- (iii) El “derecho” al aborto se encuentra dentro de la esfera de la libertad de la mujer, porque la mujer puede decidir libremente sobre su maternidad, es decir la maternidad es libre.
- (iv) El “derecho” al aborto contribuye al derecho a la Salud, pues el mantenimiento de un embarazo no deseado, afectaría gravemente a la salud de la madre, causándole trastornos psíquicos y psicológicos.

Sin embargo, es necesario tener presente que apoyar la prohibición del aborto, no se basa solamente en admitir que el concebido es persona y tiene derecho a la vida. Sino pensar y aceptar que la vida humana es valiosa, y por ende, debe ser protegida, prohibiendo el aborto en cualquier momento del embarazo. Es por ello que los temas propagados por las corrientes a favor de aborto son erróneas porque:

- (i) El aborto no es una injusticia social:

MELGAR, una feminista manifiesta que:

“La interrupción del embarazo no se le impone a nadie, es decir la despenalización del aborto, es la posibilidad de decidir sin temor y sin riesgo (...), porque los abortos suceden, aun con legislaciones restrictivas, porque la maternidad no es un destino ni puede siempre aceptarse (...). En este sentido la despenalización de la interrupción del embarazo es, en efecto, un paso importante para garantizar algo muy elemental: Un mínimo de justicia social para la mayoría de mujeres (...).”¹⁷³.

La justicia social no se va a lograr con la aprobación del aborto en nuestra legislación, porque aun existiendo una normativa a favor de la interrupción del embarazo, el aborto no se acabaría ni tampoco terminaría con la injusticia social de cada País.

Al hablar de condiciones socioeconómicas como una injusticia social, porque los ricos pueden abortar con mejores condiciones médicas que los pobres, es algo errado, entraría mucho a tallar la moral de las personas, porque en la mayoría de

¹⁷³ MELGAR, Lucia. *Aborto legal y justicia social*, 2008. [Ubicado el 30.V.2018]. Obtenido en: http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/038_22.pdf

los casos las mujeres, pobre como ricas, abortan clandestinamente por evitar ser mal vistas socialmente, pues es un acto moralmente reprochable, por lo que supone privar de la vida a un feto, siendo este una persona inocente.

(ii) *El aborto no se justifica en el derecho a decidir que tiene la madre.*

Un manifiesto hecho por las mujeres de la Universidad de Chile sobre el derecho a decidir, manifiesta lo siguiente:

“Declaramos justo el derecho a disponer de nuestros cuerpos, a decidir sobre nuestras vidas. Disponer del propio cuerpo es indispensable a toda libertad. Sin este derecho, nuestro cuerpo se convierte en una cárcel. El derecho al aborto es un derecho fundamental para las mujeres. Históricamente, el derecho de las mujeres chilenas a decidir sobre sus cuerpos se ha cubierto de un velo de censura y criminalización”¹⁷⁴.

El “derecho” al aborto no existe ni puede existir; porque si bien tenemos el derecho a decidir sobre nuestros propios cuerpos, no podemos decidir acabar con la vida de un indefenso, porque esa vida no pertenece a la madre, es una vida ajena a ella. Sería injusto que una mujer decidiera privar de la vida al feto con base en su derecho a decidir sobre su cuerpo. Porque, siguiendo el pensamiento de VALDÉS¹⁷⁵, para esto es necesario mostrar que el feto tiene, al menos en ciertas circunstancias, además del derecho a la vida, un derecho especial a que la mujer que lo aloja en su útero proteja su vida, es decir que la madre tiene una responsabilidad moral de conservar la vida del feto.

Con respecto a que la penalización del aborto vulnere el derecho que tiene la madre al libre desarrollo de su personalidad, el Proyecto de Ley 384/2016-CR de nuestro País, manifiesta lo siguiente:

“(…) cada mujer en forma autónoma debe determinar si elige o no la maternidad como parte de su “opción de vida”. De ahí que la penalización del aborto por violación signifique la vulneración

¹⁷⁴ UNIVERSIDAD DE CHILE, *Manifiesto de mujeres de la Universidad de Chile por el Derecho a decidir*, 2015. [Ubicado el 30.V.2018]. Obtenido en: http://www.udchile.cl/documentos/manifiesto-mujeres-de-la-u-de-chile-por-el-derecho-a-decidir_110506_0_1416.pdf

¹⁷⁵ VALDÉS, Margarita; citada por VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.). *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1999, p. 146.

*al derecho al libre desarrollo de la personalidad y otros derechos fundamentales*¹⁷⁶.

Si bien cada mujer tiene derecho a decidir sobre su cuerpo, en relación a decidir libremente si desea ser madre o no, pues la opción de maternidad se encuentra en la esfera de las libertades de cada mujer. Pero en el caso que la mujer ya se encuentre embarazada- deseando o no estarlo- no podría en ningún caso ejercer ese derecho de libertar que tiene para decidir su maternidad porque estaría vulnerando el derecho a la vida que tiene el niño por nacer. En pocas palabras no existe libertad para decidir el interrumpir embarazos no deseados.

(iii) *El aborto no contribuye al Derecho a la Salud.*

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se encarga de la supervisión e interpretación del derecho a la salud, ha manifestado consistentemente en que el respeto por el derecho a la salud de las mujeres requiere básicamente que se despenalice el aborto, en ciertas circunstancias, como sería es casos de violación e incesto, malformaciones del feto, entre otras. Según este comité las leyes que criminalizan el aborto, afectan la salud de las mujeres no solo limitando el acceso a servicios para lograr un aborto seguro; sino que el derecho a la salud también es vulnerado cuando se le niega a la mujer arbitrariamente un tratamiento necesario en casos de abortos incompletos o cuando se le otorga el tratamiento sin entregarle a la mujer algún tratamiento paliativo para el dolor¹⁷⁷.

En el mismo orden de ideas, el citado proyecto, sostiene que:

*“El derecho a la salud como derecho constitucional constituye un límite a la libertad de configuración del legislados pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las mujeres aun cuando sea un procura de preservar el interés general, los intereses de tercero u otros bienes de relevancia constitucional”*¹⁷⁸.

¹⁷⁶ PROYECTO DE LEY N°387/2016-CR, p. 12.

¹⁷⁷HUAMAN RIGHTS WHATCH, *Derechos humanos y el acceso al aborto*, 2015. [Ubicado el 28.V.2018]. Obtenido en: <http://www.hrw.org/es/news/2005/06/15/qa-derechos-humanas-y-el-acceso-al-aborto>.

¹⁷⁸ PROYECTO DE LEY 387/2016-CR, p. 13.

Podemos apreciar que lo sostenido por el proyecto de ley al igual que los grupos feministas, que el no brindar las atenciones necesarias para acabar con un embarazo no deseado, vulnera el derecho fundamental de la salud, porque al ser un embarazo no deseado afectaría la salud de la madre, causándole serios trastornos psíquicos y psicológicos; olvidando que los procedimientos abortivos son muy crueles y producirían efectos del síndrome de post-aborto.

3.2. El delito de aborto

La palabra “aborto”, proviene del latín *abortus*, participio pasado del verbo *aboriri*, formado por el prefijo privativo *ab* y el verbo *oriri*, que significa surgir o nacer, de modo que etimológicamente “aborto” significa no surgido o no nacido¹⁷⁹.

BERNAL, Sostiene que el aborto es:

“La interrupción del desarrollo del feto durante el embarazo, cuando éste todavía no haya llegado a las veinte semanas. Una vez pasado ese tiempo, la terminación del embarazo antes del parto se denomina parto pre-término”¹⁸⁰.

En este sentido, la terminación del embarazo puede ser algo que suceda de manera espontánea o inducida; es decir puede “acontecer de manera no intencional o ser provocado mediante un acto intencional o liberado”¹⁸¹. Este tipo de acto es el que se reprocha socialmente y es tipificado como delito.

En algunos países de América Latina, el aborto es tipificado como delito en todos los casos, como sucede en: El salvador, Nicaragua, Honduras, Surinam, Haití y República Dominicana. En Perú, Paraguay, Venezuela y Ecuador; el aborto es delito, sin embargo, no es punible para los casos de aborto terapéutico. Países como Cuba, Guyana y Puerto Rico; admiten el aborto sin causal durante las primeras semanas de gestación. Mientras que en Argentina, Bolivia, México,

¹⁷⁹ VALDÉS, Margarita, Op. Cit., p. 129.

¹⁸⁰ BERNAL GONZÁLEZ, Raquel. *El aborto. La bioética como principio de vida*, 2013. [Ubicado el 31.V.2018]. Obtenido en:

<https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/3939/BernalGonzalesR.pdf?sequence=1>

¹⁸¹ VALDÉS, Margarita, Op. Cit., p. 129.

Colombia y Chile, han despenalizado el aborto en casos de embarazos provocados por violación y malformaciones fetales¹⁸².

Desde la doctrina penal, el aborto es definido como *“la destrucción de la vida humana, producto de la concepción, dentro del claustro materno o por su expulsión prematuramente provocada”*¹⁸³. La muerte del concebido configura un delito al margen de si hay o no expulsión o si la muerte de la que hablamos se produce dentro o fuera del vientre materno, solo así se logra comprender de manera placentera la consideración del aborto como un delito contra la vida¹⁸⁴.

El aborto en el Perú se encuentra tipificado como delito en nuestro Código Penal, en el Capítulo sobre los “Delitos contra el cuerpo y la salud”, que también se encuentra compuesto por el delito de homicidio y lesiones. Esta ubicación se ha realizado en función del bien jurídico que protege esta figura. La esencia del concepto legal reside desde que el sujeto pasivo es un feto, es la suspensión del proceso de gestación mediante la muerte del concebido¹⁸⁵.

En nuestro Código Penal, se establece el régimen general del delito de aborto, en donde se detallan los siguientes artículos:

“Artículo 114.- La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de la libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas

Artículo 115.- El que causa aborto con el consentimiento de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años.

¹⁸² CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *Aborto y Derechos Reproductivos en América Latina*, 2015. [Ubicado el 28.V.2018]. Obtenido en: <https://www.reproductiverights.org/cites/crr.civicaactions.net/files/documents/Aborto-y-Derechos-Reproductivos-en-América-Latina.pdf>

¹⁸³ CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit., p. 91.

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ Cfr. ALBERTO DONNA, Edgardo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I, Rubinzal-culzoni editores, Buenos Aires, p. 63.

Artículo 116.- El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.

Artículo 117.- El médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia o arte para causar el aborto, será reprimido, con la pena de los artículos 115 y 116 e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 4 y 8.

Artículo 118.- El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas”¹⁸⁶

En estos artículos, la normativa del código hace referencia a los abortos consentidos realizados por la madre o cualquier otra persona o profesional de la salud, será reprimido con una pena privativa de la libertad desde dos años hasta 10 años según sea el caso.

Así mismo el mencionado Código, detalla sobre el aborto terapéutico lo siguiente:

“Artículo 119.- No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave o permanente”¹⁸⁷.

Este tipo de aborto, pese a ser un delito, no se encuentra punible, al considerar que el “aborto” sería el único medio para salvar la vida de la gestante o también para evitar que la paciente padezca un mal grave y permanente de salud. Por esta razón el año 2014, se aprueba un protocolo sobre el aborto terapéutico, que tiene como fin a través de su guía técnica la atención integral de la gestante en la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del Embarazo no menos de veintidós (22)

¹⁸⁶ CÓDIGO PENAL PERUANO, 1991.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

semanas con el consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo antes mencionado¹⁸⁸.

El protocolo sobre aborto terapéutico en el Perú, se realiza por consentimiento de la madre gestante afectada, de manera voluntaria e informada, ella debe de decidir si opta o no por la referida alternativa de seguir con su embarazo o terminarlo. Sobre la base de lo consensuado por las sociedades médicas del Perú, se consideran las entidades clínicas las únicas que pueden evaluar si se amerita la interrupción terapéutica del embarazo. El aborto terapéutico se realiza si la madre presenta por ejemplo un embarazo ectópico, mola hidatiforme parcial, lupus eritemoso sistemático con daño renal severo, o cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la Junta Médica¹⁸⁹.

Desde la aprobación del protocolo, “entre los años 2014 y 2015, se han realizado sólo 24 abortos terapéuticos, según cifras del Ministerio de salud”¹⁹⁰. El Colegio Médico del Perú sostiene que se han realizado más de 100 abortos terapéuticos en los hospitales a nivel nacional, pero que no existen cifras oficiales¹⁹¹.

Finalmente con respecto a los atenuantes del delito de aborto, el código penal vigente establece que:

“Artículo 120.- El aborto será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o 2. Cuando es probable que el ser en

¹⁸⁸ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 486-2014/MINSA. [Ubicado el 30.V.2018]. Obtenido en : <http://unfpa.org.pe/legislacion/PDF/20140627-MINSA-Aprueban-Gia-Tecnica-Interrupción-Voluntaria-Embarazo.pdf>

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ LEÓN, Jérica. Aborto terapéutico: 2 años después aún hay barreras para su aplicación, diario la República, 2016. [Ubicado el 30V.2018]. Obtenido en: <https://larepublica.pe/sociedad/931092-aborto-terapeutico-2-anos-despues-aun-no-hay-barreras-para-su-aplicación>

¹⁹¹ *Ibíd.*

formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”¹⁹².

En este artículo, existe una atenuación de la pena, pues se trata de un embarazo producto de una violación sexual o que el feto tenga malformaciones fetales. El Estado al hacer punible el aborto por estas causales, está siendo análogo con los principios y obligaciones que ostenta; porque a pesar de que estas causales son dolorosas, no se puede ver al aborto como una solución, porque no lo es. En este sentido el Estado peruano, a través de su normativa interna está en contra de todas las modalidades de aborto, salvo el caso del aborto terapéutico, que a pesar de seguir siendo un delito aún se encuentra impune.

3.2.1. El bien jurídico protegido.

El contenido del bien jurídico es valorativo, ya que los bienes jurídicos son valores culturales verificables dentro de una determinada sociedad; es decir *“el concepto valorativo del bien jurídico no se refiere a la realidad social sobre la que incide el Derecho Penal, ni posibilita una crítica del sistema”¹⁹³*. En palabras de GOMEZ BENITEZ:

“Toda teoría del bien jurídico de remisión valorativa-espiritual-cultural, es capaz de explicar la punición de conductas, simplemente inmorales, como conductas lesivas de bienes jurídicos, precisamente por la moral un valor constatable y concretable en cada modelo de sociedad”¹⁹⁴.

En el caso del delito de aborto, tenemos que es una conducta tachada como inmoral y por tanto es punible este delito, al ser el derecho a la vida y bien jurídico investido de protección jurídica. *Es así que ORÉ SOSA, sostiene que:*

“La determinación de que si estamos ante un bien jurídico merecedor de protección jurídica, es importante para determinar la legitimidad de perseguir una conducta considerada delictiva,

¹⁹² CÓDIGO PENAL PERUANO, 1991.

¹⁹³ MÉNDEZ RODRIGUEZ, Cristina; citada por CAMACHO BRINDIS, María Cruz. *El bien jurídico penal*. [Ubicado el 30.V.2018]. Obtenido en: <https://www.azc.aum.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/28/31-02.pdf>

¹⁹⁴ GOMEZ BENITES, Sobre la teoría del bien jurídico; citado por CAMACHO BRINDIS, María Cruz, Op. Cit., p.2.

*pues si graves son las consecuencias de la intervención del Derecho penal, es de esperar que sean importantes las finalidades que se buscan preservar*¹⁹⁵.

Por ello, el derecho Penal a través de su normativa brinda especial protección al bien jurídico que puede ser afectado por conductas delictivas, *Es así que, ABANTO VASQUEZ* señala que: *“La teoría de los bienes jurídicos no ha dejado de ser la piedra angular de todo Derecho penal que aspire a considerarse como uno propio de un Estado de Derecho”*¹⁹⁶.

Dentro de un Estado de Derecho, como es el nuestro, la función principal del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos y por tal motivo es necesario prevenir que estos bienes jurídicos sean lesionados o vulnerados; y *“la vigencia de la norma, no es propiamente una función, sino consecuencia directa y principal de la función tutelar-preventiva que se tiene en el sistema social”*¹⁹⁷

Acerca de los grados de sanción entre los delitos de aborto y homicidio, al ser el bien jurídico protegido el mismo (derecho a la vida), al hacer una comparación con respecto a las penas, apreciamos que estas difieren; no significando que el Estado, al ser titular del *ius puniendi*, valore más la vida extrauterina que la intrauterina. Sino que, para algunos autores *“la realidad social postula un incremento en la valoración de la vida en la medida que avanza su desarrollo”*¹⁹⁸, y esto justificaría lo que las corrientes feministas y el proyecto pretenden que se haga. Sin embargo, esto no significa un desistimiento por parte del Estado con respecto a la protección de la vida humana antes del nacimiento o que el grado de desarrollo sea razón suficiente a nuestro criterio-para proteger la vida.

Consecuentemente la advertencia de una sanción penal va encaminada a una conducta reprochable socialmente por constituir una lesión o puesta en peligro de

¹⁹⁵ ORÉ SOSA, Op. Cit., p. 2.

¹⁹⁶ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Acerca de la teoría de los bienes Jurídicos*; citado por URQUIZO OLEACHEA (Dir.), *modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima, 2007, p. 70.

¹⁹⁷POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2005, pp. 110-111.

¹⁹⁸CASTILLO ALVA, Luis, Op. Cit., p. 19.

un bien jurídico merecedor de protección. “*El bien jurídico protegido para el delito de aborto es la vida humana, y no hay duda alguna de que nos encontramos ante un bien jurídico de gran importancia*”¹⁹⁹, porque es un derecho del cual derivan los demás derechos. Entonces la ley penal no solo tiene como fin la persecución de un delito, sino también favorece la formación de una conciencia social sobre los valores básicos de convivencia²⁰⁰.

A nivel Internacional tenemos compromisos que deben de ser respetados de manera sincera, honesta y leal²⁰¹; pues existe una obligatoriedad en respetar los tratados que se fundamentan en los principios de buena fe y *pacta sunt servanta*. Por tanto, no cabría el desconocimiento por lo previsto en normas internacionales que son protectoras fieles de los Derechos humanos.

El concebido tiene derecho a la vida²⁰² y así lo expresan tanto la legislación internacional como nacional; pues, no es propio que un Estado de Derecho desconozca el derecho a la vida del concebido a partir de la polémica discusión de si el concebido tiene o no la condición de persona, para que surja un proceso de despersonalización²⁰³ del ser humano y con ello se ignore los derechos primordiales dentro de una sociedad civilizada, es completamente insostenible.

En efecto, el concebido al ser considerado persona, posee la misma dignidad que un niño recién nacido o cualquier otra persona, “*posee igual dignidad dado un hecho biológico- el parto- no puede significar la aparición de una distinta y originaria valoración de la vida*”²⁰⁴. Pero por tratarse de una persona indefensa necesita la mayor protección posible por parte del Estado, a través de su normativa, como

¹⁹⁹ ORÉ SOSA, Op. Cit., p. 3

²⁰⁰ Cfr. VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. Op. Cit., p. 3.

²⁰¹ NOVAK, Fabián, y SALMÓN, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, Fondo editorial de la PUC, Lima, 2002, pp. 44-51.

²⁰² Nos referimos al ovulo fecundado, que a partir de esta etapa de su desarrollo ya posee una identidad propia, única e irrepetible que no cambiará a lo largo de su vida, por tanto ya tiene derecho a la vida desde ese momento. Vid. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético. Principios generales*, Normas Legales, Trujillo, 1995, pp. 28 y ss.

²⁰³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae*, 2007. [Ubicado el 16.IV.2018]. Obtenido en : <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 21.

también de la sociedad, al no realizar ni permitir actos criminales que atenten con su vida.

El código penal debe interpretarse en concordancia con el resto del ordenamiento jurídico, y en especial, con los principios constitucionales que lo informan. De esta manera es el artículo 1° de nuestra Constitución Política la que señala que: *“La defensa de la persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*²⁰⁵, establece entonces el marco de interpretación para determinar lo importante que es la protección de los bienes jurídicos en el ámbito penal. Y no existe ningún tipo de diferencia por la fase de desarrollo en la que se encuentre la vida humana.

Podemos citar aquí, a la sentencia del Tribunal Constitucional Español que manifiesta lo siguiente:

*“Si la Constitución protege la vida (...) no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no solo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es un momento de desarrollo de la vida misma”*²⁰⁶.

Y es así que FERNÁNDEZ SESSAREGO sostiene que:

*“el concebido, en cuando sujeto de derechos, tiene capacidad de goce, si bien limitada, restringida “para todo cuanto lo favorece” (...) el ser capaz “para todo en cuanto lo favorece” debe ser interpretado de modo más amplio. Al concebido favorecen los derechos como el de la vida, que carece de significación económica (...)”*²⁰⁷.

Entonces si bien el concebido se encuentra en una especialísima relación de dependencia con su madre, ello hace suponer que no se le puede negar el derecho a la vida, por ser una vida independiente; sin embargo, esto no significa que el concebido no necesite de otros seres para vivir, sino que reúne dos condiciones; la

²⁰⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Artículo 1°.

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Español; citada por CASTILLO ALVA, Luis. Op. Cit., p. 22.

²⁰⁷FERNÁNDEZ SESSAREGO; Citado por MUÑOZ DIAZ, Oscar. *La vida del concebido ante el tribunal constitucional comentario a la sentencia 02205-2009 PA/TC sobre la píldora del día siguiente*. [Ubicado el 30.V.2018]. Obtenido en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25514.pdf>

primera, que se trata de un ser distinto a la madre, pues es un ser individualizado; y segunda, que el derecho a la vida es un derecho propio²⁰⁸.

Entonces el promover una ley que despenalice el aborto supone atentar directamente con el deber constitucional de protección a la vida que tiene el Estado y la sociedad.

3.2.2. El consentimiento de la madre gestante.

Quienes están a favor de la despenalización del aborto manifiestan que la decisión de abortar es también una libertad de la madre, pues la madre elige si quiere ser madre o no. Y por tal motivo no debería ser punible el aborto que cuenta con el consentimiento de la madre gestante.

Como sabemos el consentimiento es la manifestación libre, voluntaria y racional realizada por cualquier persona en cualquier hecho o contrato, como señala ORE SOSA²⁰⁹ el consentimiento tiene la virtud de eliminar el injusto típico, para que esto ocurra es necesario que el consentimiento lo otorgue el titular del bien jurídico de libre disposición²¹⁰. Y en este caso del aborto, la madre gestante no es la titular del derecho a la vida del concebido, y por esta razón, no puede ella disponer libremente de la vida del hijo que lleva en su vientre, aun cuando el embarazo se haya dado como consecuencia de una afectación a su libertad sexual, tal es el caso del delito de violación, o cuando el concebido viene con malformaciones.

Así sea una realidad muy triste pasar por este tipo de casos, no debemos olvidar que el concebido es persona, y por tanto sujeto de derecho; y esta calidad se debe a que el ser humano es el ser superior dentro de la naturaleza, tal como lo señala SANTO TOMÁS DE AQUINO, la persona es "*la realización existencial de la naturaleza humana*". Esta calidad de persona debe ser respetada y garantizada por todas las normas internacionales y nacionales. Es por esta razón que la fórmula legal en donde se requiere solo el consentimiento de la madre para realizar el

²⁰⁸ *Ibíd*em, p. 153.

²⁰⁹ ORE SOSA, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 115. El autor se refiere a los casos en que no existe delito de violación, pues existe consentimiento.

²¹⁰ CÓDIGO PENAL DEL PERÚ, Artículo 20°, inciso 10.

aborto, carece de sentido pues eso no es suficiente para justificar la impunidad del aborto²¹¹.

GONZÁLEZ RUS sostiene que: *“el consentimiento de la mujer embarazada no exime de responsabilidad en el delito de aborto, puesto que no es ella la titular del bien jurídico protegido”*²¹². Pues se sabe el titular del bien jurídico o sujeto pasivo del delito es el concebido. Es por esta sencilla razón es que tanto el aborto consentido como el no consentido son comportamientos punibles. Por ellos cuando *“una mujer provoca el aborto o consiente que otro se lo practique será sancionada penalmente”*²¹³.

3.2.3. Postura de mínima intervención del Derecho Penal.

El principio de intervención mínima para BLANCO LOZANO quiere decir que:

*“El derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino que sólo en orden de evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos”*²¹⁴.

Con respecto a este principio el Derecho penal sólo debe intervenir cuando existan ataques muy graves a los bienes jurídicos protegido por nuestra normativa. Este principio constituye un tope al ejercicio del *ius puniendi*, ya que no todo interés disfrutará de protección penal por el carácter fragmentario y subsidiario que tiene el Derecho penal.

Entonces la obediencia de este principio de mínima intervención del derecho penal en el proceso de criminalización no certifica que las conductas delictivas se reduzcan y en este caso sea efectiva la normativa penal, porque si fuera así en el

²¹¹ SANTO TOMÁS DE AQUINO; citado por VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. *“Informe técnico: sobre el proyecto de ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazo a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial y transferencia de óvulos no consentidas y malformaciones incompatibles con la vida: Proyecto de Ley 387/2016-CR”*, Instituto de Ciencias para el matrimonio y la familia-USAT, Facultad de derecho USAT, Instituto de Bioética-USAT, Chiclayo, 2017, p.31.

²¹² GONZÁLEZ RUS, Juan José. *El aborto. Lesiones al feto. Derecho penal Español. Parte Especial*, 2º edición, Dykinson, Madrid, 2005, p. 126.

²¹³ Cfr. ORÉ SOSA, Eduardo. Op. Cit., p. 4.

²¹⁴ BLANCO LOZANO, Carlos; Citado por VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús MANUEL. *¿Qué es el principio de intervención mínima?*, 2009. [Ubicado el 30. V.2018]. Obtenido en: https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num23/principio.pdf

código Penal no se contemplaran los delitos económicos o delitos contra el medio ambiente, que a pesar de que en Perú se encuentran tipificados sigue habiendo delincuencia económica y crisis ecológica, entonces no se trata de reducir al Derecho penal; sino que el Estado a través del derecho penal emplee una pena cuando no haya remedio alguno para reparar o resarcir el daño ocasionado al bien jurídico tutelado.

Ahora bien, la existencia de un derecho penal mínimo o de última ratio no es incompatible con el mantenimiento del delito de aborto en el Código Penal vigente, toda vez que con su criminalización hace que se proteja el derecho a la vida del niño por nacer, siendo este un deber del Estado que no puede ser desconocido por presiones externas o planteamientos que reducen totalmente la condición de persona del concebido.

Al preguntarnos cuál es el sentido jurídico de este principio. Es muy ilustrativa al respecto la sentencia de la Audiencia llevada cabo en Córdova, en el año 2004, cuyo ponente fue BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE, el cual manifiesta lo siguiente:

“El principio de intervención mínima, que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal: a) El ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose además, esta tutela aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes. b) El ser un derecho subsidiario que, como última ratio, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.(...) el carácter doblemente fragmentario del derecho penal. A que hemos hecho referencia, como principio inspirador del concepto material del delito, no sólo se exige la protección de los bienes jurídicos más importantes, sino también que dicha protección se dispense solo frente a los ataques más

*importantes y reprochables y exclusivamente en la medida que ello sea necesario*²¹⁵

Es por ello que los Estado tienen la obligación de disponer todos los medios jurídicos para que no se lleven a cabo prácticas abortivas, del mismo modo el Estado tiene la obligación de brindar todas las medidas necesarias para que no se asesine, no se viole, no se robe; por consecuencia la tipificación del delito de aborto es una medida jurídica atribuida a la defensa de la vida humana.

Si bien existen otros medios jurídicos para castigar conductas delictivas; para el caso del delito del aborto se es necesario sancionar el delito con la pena privativa de la libertad, por ser un atentado radical a un bien jurídico básico y fundamental, el cual merece la máxima protección jurídica.

A pesar de contar con una tipificación acerca del delito de aborto, no se han reducido los índices de atentado contra la vida de un indefenso, al igual pasa con otros delitos tipificados dentro de la normativa penal, es necesario que siga penalizado, pues la función del derecho penal es acabar o reducir las conductas delictivas, para ello existen mecanismos dentro de las políticas criminales a fin de ayudar y asegurar la protección de los bienes jurídicos protegido.

El proyecto de ley 387/2016-CR, señala lo siguiente:

*“Es preciso identificar que en los Estados con vocación democrática, el derecho penal de mínima intervención se debe aplicar como última ratio, es decir, solo si otro tipo de controles sociales no han resultado. De este modo, se deben diseñar políticas extrapenales que permitan prevenir los embarazos no deseados y en consecuencia los abortos clandestinos e inseguros (...)”*²¹⁶.

El mencionado proyecto ve como un problema el hecho que existan embarazos no deseados y la solución más fácil que invoca es la práctica abortiva. Pero si bien en

²¹⁵ VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, Op. Cit., p. 4.

²¹⁶ PROYECTO DE LEY 387/2016-CR, p. 20.

la sociedad existen embarazos no deseados producto de diversas situaciones que hacen que la madre gestante no quiera seguir con su maternidad, como por ejemplo la edad de la madre, la falta de apoyo de su pareja, miedo a vivir su maternidad, miedo al rechazo social, el haber sufrido una violación sexual o saber que el niño por nacer trae ciertas malformaciones fetales.

Sin embargo, estas situaciones pueden superarse logrando mejorar el entorno social y familiar de la madre gestante, así como también un adecuado acompañamiento por parte de los profesionales de salud. El proyecto de ley se olvida que las leyes deben de ir acorde a los principios fundamentales de todo ordenamiento jurídico, y en vez de buscar una salida fácil a este problema social debe de trabajar para poner en marcha políticas públicas que ayuden a respetar la vida en nuestra sociedad.

Lo cierto es que la legislación sobre el aborto no debe ser una decisión arbitraria del legislador debido a la imposición de la minoría que no tiene claros los valores fundamentales que rigen a nuestra sociedad. Esto no se trata de ideologías, como lo manifiestan los grupos feministas, sino de la conciencia del deber de respeto y protección que se debe dar a la vida humana en todas sus etapas, frente a otros derechos que dependen del derecho a la vida para existir²¹⁷.

La ley penal no sólo tiene como fin la persecución de un delito, sino que también ayuda a que la sociedad forme su conciencia moral sobre los valores de convivencia, impulsando a los ciudadanos a no cometer lo que se encuentra penalizado. Por eso si *“una conducta se llega a despenalizar, hace que se practique la conducta con más frecuencia hasta llegar a ser vista como buena, y al practicarse con naturalidad se llega a creer que todo lo que es legal es moral y lo ilegal es inmoral”*²¹⁸.

²¹⁷ Cfr. SILVA ABBOT, Max. Op. Cit., p. 47.

²¹⁸ VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. Op. Cit., p. 3.

3.2.4. No existen derechos absolutos.

Para desarrollar este apartado es necesario preguntarnos, ¿Es la vida, al igual que otros derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, un derecho fundamental absoluto?, Si fuera así, el respeto de las facultades personalísimas debería ser absoluto pero sin embargo no lo es.

Según GÓNZALEZ AMUCHASTEQUI los derechos humanos son: en primer lugar universales. Afirmar esto, significa decir que: *“por un lado, constituyen un paradigma moral válido en todo el mundo, y por otro, reconocen a todos los seres humanos su condición de sujetos de los sistemas normativos de validez universal”*²¹⁹. Y después en definitiva existe una sola moral válida para todos, lo cual es producto de la razón, y establece que todos los seres humanos son titulares de tales derechos. En segundo lugar, los derechos humanos son absolutos, indicando que con ello se vence a todas las decisiones que están propagadas en su contra por una mayoría elegida democráticamente.

El derecho a la vida, es un derecho fundamental, y es protegido jurídicamente por nuestra constitución, y demás leyes que integran nuestra normativa interna, el concebido si bien es un embrión en formación, también es considerado persona desde su concepción, Sin embargo, el aborto terapéutico genera que el determinadas condiciones de peligro, la vida de la madre deba salvarse y que el feto muera. En definitiva, esto muestra que los derechos fundamentales no son absolutos²²⁰.

Los que están a favor del aborto defienden que el derecho a la vida no es un derecho absoluto. Porque desde el punto de vista penal, no existen estos derechos absolutos. Tal es el caso de la legítima defensa y el estado de necesidad que son situaciones en donde el matar o lesionar un bien jurídico no genera responsabilidad penal.

²¹⁹GÓNZALEZ AMUCHASTEGUI; Citado por ÁLVAREZ GÁLVEZ, Íñigo. *Universales, absolutos e inalienable: Los Derechos indestructibles*, Revista Humanidades de Valparaíso, 2014. [Ubicado el 30.V.2018], Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5652353.pdf>

²²⁰ Cfr. FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *¿Derechos fundamentales absolutos?*, 2011. [Ubicado el 30.V.2018]. Obtenido en: <https://edwinfigueroaag.wordpress.com/2011/09/08/%C2%BFderechos-fundamentales-absolutos-articulo/>

GÓNZALES manifiesta lo siguiente:

“(…) Las mayorías políticas no pueden legítimamente privar de sus derechos a los individuos. Dicho límite no puede ser traspasado en ningún caso; de manera que los derechos “no pueden ser desplazados en ninguna circunstancia y por ninguna otra consideración moral”²²¹.

3.2.5. Ponderación de intereses.

Algunos autores afirman que debe prevalecer el derecho de la madre y lo justifican diciendo que el aborto ha sido siempre un mal dentro de nuestra sociedad, porque “acaba con el germen de la vida y se rompe la línea biológica natural”, pero la ley lo permite en algunos Países, porque está ponderando los bienes y los males en juego, y considera que puede haber otros mayores males²²². Lo cual vendría hacer algo “proporcional”, porque valora la moralidad de la acción haciendo un balance de bienes y males²²³. Es decir si la acción tiene más bienes que males, esta acción es buena; y si es viceversa, es mala. Y en el caso en concreto que exista por ejemplo, un embarazo no deseado, produciendo a la madre muchos males, quedaría justificado el realizar un aborto porque esta acción sería, a través de este razonamiento, algo moral.

El argumento a mi opinión, es errado, dado que la vida humana tiene un valor por sí misma. Pero en la Doctrina penal, en caso de conflicto de intereses debe de procederse a una adecuada ponderación de intereses. Y sobre este punto, es menester mencionar que existe todo un desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre el tema. Por ejemplo, según el fundamento 65 de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0048-2004-AI/TC de 2005²²⁴, el test de razonabilidad y proporcionalidad comprenden tres subprincipios:

²²¹ GONZALEZ AMACHAUSTEQUI; Citado por ÁLVAREZ GÁLVEZ, Op. Cit., p. 66.

²²² Cfr. PECES BARBA, G. *La democracia en España. Experiencias y reflexiones*, Ediciones temas de hoy, Madrid, 1996, p. 193.

²²³ PARDO SÁENZ, José María. Op. Cit., p. 62.

²²⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 0048-2004-AI/TC, de fecha 01 de abril de 2005, fundamento 65.

- (i) *Subprincipio de idoneidad o de adecuación*: en donde toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este principio supone, la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida utilizada.
- (ii) *Subprincipio de necesidad*: significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada en los medios alternativos disponibles y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y por otro lado, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.
- (iii) *Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu*: según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental²²⁵.

Sin embargo, no existe tal ponderación de intereses cuando se opta por la prevalencia de un interés sobre otro, y peor aun cuando el bien sometido es justamente la vida, porque el sacrificio de este bien es irreversible. Como lo dice CASTILLO CÓRDOVA:

“La ponderación no sirve para sopesar derechos y finalmente intentar saber cuál derecho ha de prevalecer, sino que se ponderan las circunstancias para ayudar a saber el alcance jurídico del contenido de un derecho constitucional para saber si la conducta controvertida es o no merecedora de protección constitucional”²²⁶.

²²⁵ *Ibíd*em, p. 29.

²²⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima, 2° edición, 2005, p. 412.

Entonces podemos decir que acabar con el derecho de la vida del concebido no sería una manera necesaria para garantizar los intereses de la madre gestante, porque el concebido es y será un ser protegido de especial importancia pues a él le corresponden solo “todos los derechos que le favorecen” y para él no existe un “derecho a la muerte”.

En algunos países en donde se permite el aborto bajo determinados casos, en nuestro país por ejemplo, donde se permite el aborto terapéutico, no existen suficientes garantías, para saber que los requisitos formales que se utilizan para permitir el aborto terapéutico- informes médicos o diagnósticos- sean lo suficientemente idóneos para permitir la práctica abortiva, sin embargo, a pesar de ser un delito, se encuentra despenalizado.

Con respecto a las otras causales que en algunos países ya se permite el aborto- casos de violación y malformaciones de feto- el intento de dar una cobertura legal a una práctica inicua que sería acabar con una vida humana inocente, supone la vulneración irreparable de un derecho fundamental.

BADENI manifiesta que, si el aborto plantea un conflicto de derechos, sería inconciliable en cuanto la aceptación de la libertad conduce necesariamente a la destrucción de la vida humana, y el derecho al bienestar en sus múltiples manifestaciones no puede condicionar el derecho a la vida²²⁷.

Y así como lo manifiesta VALDIVIESO LÓPEZ en su informe técnico del Proyecto de ley en el Perú:

“La persona por nacer es incapaz de defenderse por sí misma en forma absoluta, no puede ninguna autoridad social substraerse de castigar el aborto, porque la amenaza de un castigo se presenta como el único medio real de protección. De otro modo el derecho a la vida se convierte en algo ilusorio y puramente potestativo de terceros. No debemos olvidar que la tutela de la vida humana es de orden público porque se trata de un piso mínimo de subsistencia de una sociedad. La autonomía

²²⁷ BADENI, Gregorio. *El derecho constitucional a la vida en Derecho a nacer*, p. 33-34.

*de la voluntad siempre debería encontrar límites cuando existe lesión de derecho de terceros*²²⁸.

Por esas razones, al existir una ponderación de derechos, siempre prevalecerá el derecho a la vida por encima de cualquier otro derecho, así sea un derecho fundamental.

3.3. Causales de despenalización del aborto

En el Perú, las corrientes feministas al igual que el **Proyecto de Ley N° 387-2016**, pues afirman que las mujeres, adolescentes y niñas son tratadas como criminales por interrumpir un embarazo no deseado por estar sumergido su embarazo en ciertas causales; nos dicen estas corrientes que, es momento de avanzar y dejar decidir a las mujeres en este punto de sus vidas, pues despenalizar el aborto en casos de violación y malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, es una medida mínima y urgente de justicia y salud²²⁹.

Un informe de año 2014 del barómetro de la familia, del estado de la familia en Arequipa, realizado a 800 núcleos familiares, por la Universidad Católica San Pablo y el Instituto para el Matrimonio y la Familia, al hacer una encuesta con relación al tema del aborto, el 5% se encuentra de acuerdo en realizar un aborto, mientras que el 77% opina lo contrario²³⁰.

Tres años después, en el 2017, se vuelve hacer otra encuesta con relación a temas del aborto, teniendo como tamaño de muestra a 8 núcleos familiares más; de la encuesta, el 43% de la población manifiesta que está de acuerdo con el aborto en ciertas circunstancias mientras que el 31% opina lo contrario; al preguntar sobre el aborto en todos los casos, el 73% de la población se encuentra en desacuerdo, mientras que el 5% opina lo contrario²³¹.

²²⁸ VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. Op. Cit., p. 38.

²²⁹ LA REPUBLICA. *por el derecho a decidir*, 2017, [Ubicado el 30.V.2018], Obtenido en: <https://larepublica.pe/sociedad/1103838-por-el-derecho-a-decidir>

²³⁰ BARÓMETRO DE LA FAMILIA. ESTADO EN LA FAMILIA EN AREQUIPA, Universidad Católica San Pablo, Instituto para el Matrimonio y la Familia, 2014, p. 14.

²³¹ IV BARÓMETRO DE LA FAMILIA. ESTADO EN LA FAMILIA EN AREQUIPA, Universidad Católica San Pablo, Instituto para el Matrimonio y la Familia, 2017, p. 18.

Al observar las estadísticas, podemos darnos cuenta que más del 70% de la población se encuentra en contra del aborto en todos los casos y el 40% se encuentra de acuerdo con realizar un aborto cuando existen ciertas circunstancias, como las que trataremos en este capítulo.

Se plantean tres presupuestos para la despenalización del aborto, estos son:

- (i) Cuando el embarazo ha sido causado por una violación sexual
- (ii) Cuando existen malformaciones fetales incompatibles con la vida uterina
- (iii) Cuando ha habido inseminación artificial no consentida.

En este punto, analizaremos las dos primeras causales que pretenden la despenalización del aborto

3.3.1. Violación sexual.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la violencia sexual como:

“todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo”²³².

La violencia contra la mujer es cualquier acción o conducta que, basada en su condición de género, cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como en el privado²³³. El instituto Nacional de

²³² ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Violencia sexual. Comprender y abordar la violencia contra las mujeres*, [Ubicado el 30.V.2018], Obtenido en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/20184_violenciasexual.pdf

²³³ MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. Plan Nacional Contra la Violencia hacia la Mujer, 2009 - 2015. Lima, 2009.

Estadística e Informática (INEI), a través de su información por ENDES continuas sobre el problema social de violencia contra la mujer, en su documento *“Perú: Indicadores de violencia familiar y sexual, 2000-2017”*²³⁴, refleja que en el año 2016, se aprecia que el 68,2% de mujeres de 15 a 49 años de edad que tienen o han tenido relación de pareja, han sufrido alguna forma de violencia física, psicológica y/o sexual por parte de su actual o último esposo o compañero en algún momento de su vida. El 31,7% de mujeres alguna vez unidas fueron víctimas de violencia física por su actual o último esposo o compañero, en el año 2016. Los resultados muestran disminución de 6,5 puntos porcentuales en el periodo 2009-2016.

Además entre enero y mayo 2017, se registraron 2 mil 689 denuncias por violencia sexual; en nuestro departamento de Lambayeque se registraron 132 denuncias, la mayoría de denuncias se registran a personas menores a los 18 años de edad más del 50%²³⁵.

No cabe duda de que la violación sexual es una de las manifestaciones más agresiva y abominable de violencia contra la mujer sin importar su edad, condición social, raza, religión, entre otros. Los índices de violencia sexual son alarmantes, por esta razón, el Estado con la ayuda de toda la sociedad, deben de enfrentar con seriedad y compromiso este problema que por años sigue sin solucionarse.

La violencia sexual afecta a las mujeres durante su vida; este acto es una violación al derecho a una vida segura. Los efectos pueden ser devastadores para las personas, familias y comunidades. Sin embargo, existe ayuda. Para ello es necesario trabajar todos en conjunto para ayudar a las víctimas y responsabilizar a los perpetradores, los efectos negativos pueden reducirse. Es por ello que juntos, podemos cambiar las condiciones que contribuyen a la violencia sexual²³⁶.

²³⁴ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA E INFORMÁTICA. *“Perú: Indicadores de violencia familiar y sexual, 2000-2017”*, noviembre 2017, p. 9.

²³⁵ *Ibíd.*, p. 38.

²³⁶ Cfr. NATIONAL SEXUAL VIOLENCE RESOURCE CENTER. *¿Qué es la violación sexual?*, [Ubicado el 09.VI.2018], Obtenido en: https://www.nsvrc.org/sites/default/files/Publications_NSVRC_Overview_Que-es-la-Violencia-Sexual.pdf

En Argentina, el 21 de mayo de 2019, un juez de la ciudad de Cipoletti, Rio negro, dictó sentencia declarando la responsabilidad penal del médico Leandro Javier Rodríguez Lastra, jefe del servicio de Ginecología, como autor del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público según los términos de los artículos de su Código Penal, por no realizar un aborto producto de una violación, dicho médico en una guardia había recibido a una joven embarazada con 39 grados de fiebre y una infección generalizada, producto de un aborto fallido, pues la mujer había ingerido pastillas para dicha práctica abortiva, aun cuando el feto ya se encontraba en las 22 semanas. El Doctor Lastra estabiliza a la paciente y hace que continúe su embarazo, donde después de semanas el niño nace vivo. A pesar de que el Doctor logró salvar la vida de la madre y el niño por nacer. Fue condenado, pues para el Juez, el médico se encontraba ante el deber de realizar el aborto porque era un embarazo proveniente de una violación, porque se presume de que cuando hay este tipo de embarazos se presume la existencia, según los feministas, de un peligro para la salud física, psicológica o social²³⁷.

Este tipo de casos hacen que reflexionemos sobre qué es lo que está pasando en nuestra Sociedad, Sociedad donde se olvida por completo de nuestras Leyes Naturales, de nuestros principios mínimos para mantener una sociedad pacífica y ordenada, Como es posible que se priorice una norma, ante un derecho a la vida de un indefenso, este tipo de sentencias desconoce lo que es valor vida. Por esta razón creemos conveniente que nuestro Estado está en la obligación de implementar medidas necesarias para prevenir las violaciones sexuales, para ello el estado primero debe de proteger a las víctimas por violación sexual, brindándoles todas las garantías necesarias para que puedan recibir la adecuada atención médica y la ayuda psicológica que permita, de cierto modo superar este episodio traumático; también se debe brindar protección jurídica a las mujeres violentadas para que se logre castigar a los perpetradores de estos delitos, haciendo que las denuncias hechas en su contra sean canalizadas y puedan ser penalizados estos delitos.

²³⁷ Cfr. LAFFERRIERE, Jorge. *Un médico condenado por salvar dos vidas*, 2019 [Ubicado el 06. VI. 2019]. Obtenido en: <http://centrodebioetica.org/2019/05/un-medico-condenado-por-salvar-dos-vidas/>

Como observamos los índices de violación sexual en el Perú son bastante elevados, no podemos decir lo mismo sobre los embarazos producidos por dicha violación sexual. Aunque no contamos con las cifras de estos embarazos. El proyecto de Ley antes citado admite que “*no se conoce con exactitud la dimensión de los embarazos ocasionados por este delito*”²³⁸. Y a pesar de no contar con estadísticas sobre estos embarazos, se quiere legalizar el aborto por dicha causal.

No negamos en ningún momento de que existan violaciones sexuales y que producto de ello se generen embarazos, pero según varios autores, como es el caso de SILVA ABBOTT y BIANCHI, señalan que los embarazos bajo esta circunstancia son raros, y en donde el aborto es legalizado, sólo existe en 1% de embarazos correspondiente a esta lamentable situación²³⁹.

Existen varias razones por las cuales no se puede producir un embarazo en una violación sexual:

- (i) *Disfunciones sexuales por parte de los violadores es extremadamente alta*²⁴⁰.
- (ii) *Total o temporal infertilidad de la mujer violentada*: pues según estudios realizados el 80% de mujeres sufre de infertilidad en su vida sexual, debido a su edad avanzada, pues el potencial reproductivo disminuye; el

²³⁸ Proyecto, p. 26.

²³⁹ SILVA ABBOTT, Max; y BIANCHI, Alberto.; Citado por VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. Op. Cit., p. 46.

²⁴⁰ Este descubrimiento se realizó sobre una muestra de 101 violadores (Groth y Burgess, 1.977). De ellos, 27 individuos tuvieron dificultades de erección, 5 eyaculación precoz y 26 no consiguieron eyacular. Este cuerpo de evidencia nos lleva directamente a una conclusión que ya quedó dicha y es la que se refiere a que la violación no posee un móvil inspirado prioritariamente en el deseo sexual. De hecho, el 55% de la muestra experimentó alguna dificultad en su desempeño sexual, en especial en la fase del deseo o en la fase de la excitación. La incompetencia eyaculatoria, disfunción por lo demás rara en la población general, tuvo un índice muy alto entre los violadores. Posiblemente este hecho se halle positivamente relacionado con el mero empleo del poder, de la fuerza o la explosión de iracundia. Debe agregarse a lo anterior una consideración de orden práctico y es que, en algunas ocasiones, no se le ha prestado credibilidad al testimonio de la mujer por no encontrarse restos de esperma en su cuerpo. De ahí que, en el procesamiento de los violadores, debieran tenerse presente estos dos hechos, antes de dictaminar su absolución, es decir, que muchos agresores eyaculan prematuramente (sin llegar a tocar a sus víctimas) y que otros individuos no pueden eyacular durante la violación. ALARIO BATALLER, Salvador. Intervención psicológica en víctimas de violación. Valencia, Promolibro. [Ubicado el 10. VI. 2018]. Obtenido en: <http://nohaymentesincerebro.blogspot.com/2006/01/sobre-el-violador.html>

facto tubo- peritoneal, es decir cuando las trompas de Falopio tienen algún tipo de lesión; otra causa puede ser el sufrir de endometriosis y otros factores asociados como es el caso de los miomas, el padecimiento de enfermedades como la diabetes, el cáncer, tiroides, ovarios poliquísticos; o por decisión de la mujer al tomar medicamentos anticonceptivos²⁴¹. Además de ello la infertilidad temporal puede ser producida por un dispositivo intra- uterino (DIU)

Entonces con lo dicho sólo una minoría de las víctimas tiene una potencial fertilidad. Sin embargo, no podemos negar que las sí ocurren las violaciones y que los embarazos producto de dicha violación existen. A pesar de que existan muy pocos, no es motivo para que el Estado no realice ninguna acción para contrarrestar estos actos, pues es el Estado quien debe garantizar el bienestar de sus ciudadanos. No obstante el proyecto de Ley pretende que se confunda a la población mostrando cifras irreales sobre estos embarazos, pues el proyecto manifiesta que: *“si se admite que solo el 5% de las mujeres violadas resultan con un embarazo no planeado, ocurre que en el Perú se podrían estar dando 35,000 embarazos producto de violación al año, pudiendo ser en realidad mucho mayor”*²⁴².

Y siguiendo a VALDIVIESO LÓPEZ, estas cifras que establece el congreso en su proyecto de Ley no se ajustan a la realidad porque, primero Si 32,000 embarazos son el 5% de las violaciones, eso significa que en el Perú, al año, tendrían que haber 70,000 violaciones al año. Segundo, porque los datos proporcionados en el mismo proyecto, en el Perú se registran 19,647 denuncias de violación al año 2015²⁴³. Lo cual significaría que más de 50,000 violaciones no se llegan a registrar²⁴⁴.

No se puede justificar el aborto por ninguna razón, y mucho menos elevando datos estadísticos sobre el número de violaciones en el País; porque esto no puede servir

²⁴¹ ESPECIALISTAS EN MEDICINA REPRODUCTIVA. Causas de la infertilidad, [Ubicado el 10. VI. 2018]. Obtenido en: <https://ivi.es/causas-de-la-infertilidad/>

²⁴² Proyecto, p. 27

²⁴³ Proyecto, p. 26. Asimismo, el Ministerio Público registra 15,000 violaciones al año.

²⁴⁴ Cfr. VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. Op. Cit., p. 47.

para argumentar que se puede acabar con la vida de un indefenso para solucionar un problema social como es la violación sexual.

El despenalizar el aborto no sería la pieza clave para eliminar o solucionar este problema, porque no va a ayudar a solucionar nada. Pues si se permitiese el aborto, este sería el único delito que se pagaría con la vida del concebido. Pues el concebido pagaría con su vida el delito cometido por otra persona.

En este orden de ideas podemos decir que:

- (i) *El aborto del feto producto de violación no reduciría o eliminaría para la madre, el dolor y el trauma de la violación: pues no existe ningún beneficio del aborto electivo sobre la salud mental o reproductiva de la mujer, pues hasta la fecha no existen estudios biomédicos con respecto a ello.*

Por ello BLAZQUEZ sostiene que: “*Los abortos son los que producen muchas perturbaciones mentales*”²⁴⁵. Esta sería una más de las razones por la cual no se debe considerar al aborto como una solución. Porque “*Razones serias en psiquiatría, para justificar un aborto, prácticamente no existen*”²⁴⁶. Es por ello que no se podría curar ninguna enfermedad, ni trauma psicológico de la víctima de violación con la práctica abortiva.

No cabe duda que la decisión de la madre gestante de interrumpir su embarazo de forma voluntaria, se debe a diferentes razones, entre ellas un embarazo no deseado producto de una violación. Pero la mujer olvida que al consentir un aborto, está negando la calidad de ser humano que tiene su hijo, es más ella debería ser la primera en brindarle protección dentro de su vientre, que es fuente de vida.

Si se tuviera claro que en la concepción es el momento en que comienza la vida humana, podríamos poner en práctica el respeto hacia ella, pues según DWORKIN, el fundamento moral del respeto a la vida se basa en la concepción aristotélica de la “reciprocidad”, no hacer a otros lo que no queremos que nos hagan a nosotros. Resulta obvio constatar que ninguno de nosotros hubiera querido que nuestros

²⁴⁵ BLAZQUEZ, Niceto, *El Aborto*, BAC Popular, Madrid, 1977, p. 88.

²⁴⁶ WILLKEY, J.C., *Op. Cit.*, p. 59

padres abortaran. Esto, por supuesto, independiente de si se trata de 14, 22 o las semanas que sean posterior a la fecundación²⁴⁷.

Debemos entender que si bien la violación sexual causa daños físicos, mentales y psicológicos, estos no van a desaparecer con la práctica abortiva, pues hasta la actualidad no existe ningún estudio médico que lo acredite.

- (ii) *El aborto en embarazos por violación sexual afecta la salud mental de la madre gestante:* la realización de un aborto en este caso produciría dos males: la muerte de un inocente y el trauma del aborto en sí. En vez de ayudar a la víctima a superar su violación, el aborto hace que la mujer continúe en un ciclo de violencia. Y como se ha mencionado líneas arriba aquí no se castigaría al que cometió el delito, sino se castigaría a un inocente.
- (iii) *No es “maternidad forzada” el continuar con un embarazo no deseado por ser producto de una violación:* se manifiesta que al continuar con el embarazo que no se desea es un hecho de violencia. Es así que el proyecto de Ley manifiesta que:

“(…)el embarazo impuesto como producto de una violación sexual, se convierte en un nuevo hecho de violencia, ejercida ya no por el perpetrador sino por el Estado, quien no solo desprotege a la mujer frente al primer hecho, sino que, desconociendo su sufrimiento y dolor psíquico, le impone el recuerdo permanente del hecho violento a través del hijo/a, sumado a la culpa y el estigma social que recaen en la mujer y su hijo/a producto de estas violencias, vistos como los que alteran el orden de la comunidad y sus ideales”²⁴⁸.

²⁴⁷ DWORKIN, R. Citado en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Interrupción Voluntaria del Embarazo: definición, proyectos de ley y legislación extranjera. [Ubicado el 11. VI. 2018]. Obtenido en: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/21343/4/BCN%20Interrupcion%20voluntaria%20del%20embarazo_2015_FINAL_v3.pdf.

²⁴⁸ Proyecto, p. 28

El proyecto de Ley, olvida que el Estado también debe de proteger la vida del concebido, si bien la víctima de violencia sufre traumas, el aborto no es la solución a esto. Pues se olvidan que en Países donde el aborto es legal, siguen existiendo violaciones y embarazos no deseados producto de esto, además de ello siguen existiendo abortos clandestinos²⁴⁹.

(iv) *El realizarse un aborto produce el Síndrome Post Aborto:* El síndrome postaborto (SPA) se define como la incapacidad de resolver el temor, coraje, la tristeza y la pena que asocian con la pérdida de un hijo abortado. Para la mayoría de las mujeres, el aborto es una experiencia traumática, tanto física como emocionalmente²⁵⁰.

En la actualidad toda mujer que aborta, incluso en abortos debidos a causas naturales, puede quedar afectada; y en el caso de realizarse un aborto es natural que se presente un cuadro de ansiedad, culpa, depresión, correspondiente a un proceso de duelo conocido como Síndrome Post-Aborto (SPA)²⁵¹.

En la práctica clínica el SPA se presenta de forma característica como un cuadro afectivo depresivo-ansioso con sentimientos específicos de culpa-vergüenza, incapacidad para perdonarse y necesidad de reparar. También se presentan una serie de manifestaciones típicas: pesadillas, pensamientos y recuerdos intrusivos recurrentes sobre la temática abortiva, evitación de estímulos o situaciones relacionadas con el aborto y reacciones de aniversario. El cuadro suele completarse con diversas alteraciones de la conducta: disfunciones sexuales, trastornos alimentarios, agresividad auto y hetero-lesiva, distorsiones de las relaciones sociales y problemas adictivos de distintos tipos e intensidades²⁵².

Concluimos que a pesar de ser la violación un hecho aberrante, este hecho no puede ser solucionado por un aborto, pues el Estado a través de sus políticas públicas debe evitar que esto se realice, la solución no está en legalizar el aborto,

²⁴⁹ WILLKEY, J.C., Op. Cit., p. 106.

²⁵⁰ UMAN. Síndrome Post Aborto, 2007. [Ubicado el 12. VI. 2018]. Obtenido en: <http://www.uman.edu.mx/boletin/sindrome%20post%20aborto.pdf>

²⁵¹ GÓMEZ LAVÍN, Carmen y ZAPATA GARCÍA, Ricardo. *El síndrome Post –aborto*, Congreso Mundial de Familias, Junio 2012, [Ubicado el 13. VI. 2018]. Obtenido en: <http://congresomundial.es/wp-content/uploads/Carmen-GLCongreso-Mundial-de-las-Familias-El-s%C3%ADndrome-Postaborto-2.pdf>

²⁵² *Ibidem*.

la solución está en brindar apoyo y tratamiento adecuado a la mujer gestante, sin que ello implique el aumento de la intensidad del dolor o el trauma por la violación sufrida²⁵³.

3.3.2. Malformaciones fetales incompatibles con la vida.

La Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), a través de su Comisión de Bioética, considera que las anomalías fetales incompatibles con la vida son: *“aquellas anomalías que previsiblemente/habitualmente se asocian con la muerte del feto o del recién nacido durante el período neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor”*²⁵⁴.

Las anomalías congénitas son también conocidas como defectos de nacimiento, enfermedades congénitas o malformaciones congénitas. Las anomalías congénitas se pueden definir como anomalías estructurales o funcionales (por ejemplo, trastornos metabólicos) que se producen durante la vida intrauterina y pueden ser identificados antes de nacer, al nacer o más tarde en la vida²⁵⁵.

En la Sentencia C-355 de 2006 Corte Constitucional de Bogotá- Colombia, se habla de este tema y manifiesta que:

*“Existen eventos en los cuales, la misma vida del ser que está por nacer se encuentra en grave entredicho y se tornaría en inviable. Los avances de la ciencia han permitido determinar que unas graves y específicas malformaciones del ser que está por nacer llevan a concluir que la vida que éste tendría no sería viable; o se consideran incompatibles con la vida, o la vida independiente del niño afectado. En otras palabras, el ejercicio de la vida no sería posible. Las anteriores conclusiones científicas, devendrían indefectiblemente e ineludiblemente, de las graves malformaciones del feto”*²⁵⁶.

²⁵³ Cfr. WILLKEY, J.C., Op. Cit. p. 55 y ss.

²⁵⁴ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA. *Declaración de la Comisión de Bioética de la SEGO sobre la Ley Orgánica 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*. Madrid: SEGO, 2010, p. 2.

²⁵⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Anomalías Congénitas*. 2015 [ubicado el 07.VI.2017] obtenido en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs370/es/>

²⁵⁶ SECRETARÍA JURÍDICA DISTRITAL DE LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. *Sentencia C-355 de 2006 Corte Constitucional de Bogotá- Colombia*. [Ubicado el 19.VI.2018]. Obtenido en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=21540>

Lo que no quiere decir esta sentencia es que sería beneficioso para la mujer el abortar al feto que viene con malformaciones, pues ayudaría a que la mujer escoja su plan de vida y pueda gozar de su libre desarrollo de la personalidad, pues al tener en su vientre a un hijo que se sabe no va a vivir mucho tiempo, causaría mucho sufrimiento para la familia, en especial para la madre.

Nos dice también la sentencia en mención que:

“el derecho al libre desarrollo de la personalidad toma un realce constitucional de gran tono, cuando se compara con el ser que está por nacer y con su irrealizable e imposible vida o vida independiente. No cabe dudas, que no podría hacerse valer, por encima del derecho cierto y consolidado de la mujer madre como persona humana con vida independiente”²⁵⁷.

Lo que olvida esta sentencia es que no se puede quitar la vida del concebido porque aparte de ser un delito, el aborto para este tipo de casos no ayudaría a la madre en nada, pues al igual que cualquier otra causal que se pretenda para legalizar el aborto, traería consigo consecuencias traumáticas para la mujer que se somete a prácticas abortivas.

Siguiendo las palabras de RODRIGUEZ *“Es un error y una falacia decir que tener un hijo “incompatible con la vida” causaría un daño psicológico, Lo único incompatible con la vida es la muerte”²⁵⁸*. Señala que en su lugar se debería hablar de *“patologías que acortan la esperanza de vida”²⁵⁹*. Pues en muchos casos, los bebés diagnosticados con estas patologías, *“pueden vivir en el vientre materno, o incluso algún tiempo fuera de él, hasta que se muera de forma natural y esa muerte natural es menos perniciosa para la salud de la mujer que participar en su muerte intencionada”²⁶⁰*.

Es evidente que la sociedad actual se caracteriza por tener poca tolerancia al dolor y al sufrimiento, evita todo lo que le causa dolor y elige siempre sentirse bien, esto

²⁵⁷ *Ibíd.*

²⁵⁸ HAZTE OIR.ORG. *Entrevista a Esteban Rodríguez, portavoz de Ginecólogos por el Derecho a Vivir*, 2014. [Ubicado el 19. VI.2018]. Obtenido en: <http://www.hazteoir.org/noticia/61968-dr-esteban-rodriguez-incluir-una-lista-anomalias-es-un-coladero-eliminar-ninos>

²⁵⁹ *Ibíd.*

²⁶⁰ *Ibíd.*

justificaría de cierto modo el abortar al hijo que llevan en su vientre, pues el niño si nace solo llega al mundo a sufrir y hacer sufrir a su familia, bajo el argumento de que sus malformaciones son incompatibles con la vida y no existe esperanza de vida.

Si bien el tema del aborto puede proponerse como una forma de aliviar o acabar con los padecimientos que dichas malformaciones le acarrearán o le traerán en un futuro al mismo feto, y simultáneamente con correlativos padecimientos morales que afectaran a la madre por ese mismo hecho de la malformación de su hijo. Así planteado, el aborto presentaría cierta analogía con el homicidio por piedad, conocido como "aborto eutanásico"²⁶¹.

La eutanasia eugenésica, tiene como objetivo eliminar a las personas con deformaciones, debido a que se les considera que tienen una vida carente de valor. Este tipo de eutanasia fue practicada por el nazismo con la finalidad de purificar las razas²⁶².

Es así como JUAN PABLO II consideró que la eutanasia es *“una acción o una omisión que por su naturaleza, o en la intención, causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor”*²⁶³. Se tiene en cuenta dos puntos importantes, el primero, que nos referimos a que la eutanasia significa tanto la acción como la omisión que conlleven a la muerte de la persona, y lo segundo, que esta eutanasia se realiza bajo la única intención de evitar el sufrimiento de la persona.

La eutanasia u homicidio por piedad es la acción de quien obra por la motivación específica de poner fin a los intensos sufrimientos de otro; así, el sujeto pasivo del delito es la persona que se encuentra padeciendo intensos sufrimientos, provenientes de lesión corporal o de enfermedad grave o incurable, según los términos del artículo 112 del Código Penal Peruano²⁶⁴. De esta manera, la conducta típica guardaría cierta similitud con el aborto que se practica para evitar los

²⁶¹ SECRETARÍA JURÍDICA DISTRITAL DE LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. *Sentencia C-355 de 2006 Corte Constitucional de Bogotá- Colombia.*, Op. Cit.

²⁶² ORREGO CHOY, Karoll Yoselin. *Delimitación conceptual de la Eutanasia pasiva y su implicancia en el ordenamiento jurídico peruano*, tesis para optar por el grado académico de magister en Bioética y Biojurídica, Chiclayo, Perú, 2016, p. 48.

²⁶³ Cfr. JUAN PABLO II. *La Eutanasia. 100 cuestiones y respuestas*. La eutanasia es inmoral y antisocial, 3º edición, ediciones palabras S.A., Madrid, 2004, p. 39.

²⁶⁴ CODIGO PENAL PERUANO VIGENTE, artículo 112- homicidio piadoso- Eutanasia.

padecimientos al feto, derivados de las lesiones o malformaciones que padece, o de las alteraciones de su fisiología que se hayan podido detectar.

Es así que La Corte en la Sentencia C-239 de 1997⁵⁰⁹ dejó definido que:

"quien mata a otro por piedad, con el propósito de ponerles fin a los intensos sufrimientos que padece, obra con un claro sentido altruista", no obstante lo cual "la conducta. Sigue siendo antijurídica, es decir, legalmente injusta." Ha añadido que en el homicidio simple, "la persona mata porque no reconoce dignidad alguna en su víctima, mientras que en el homicidio por piedad, tal como está descrito en el Código Penal, el sujeto activo no mata por desdén hacia el otro sino por sentimientos totalmente opuestos. El sujeto activo considera a la víctima como una persona con igual dignidad y derechos, pero que se encuentra en una situación tal de sufrimiento, que la muerte puede ser vista como un acto de compasión y misericordia"²⁶⁵.

Así pues, la Corte ha estimado que causar la muerte a otro movido por la piedad podría estar justificado. Pero ha exigido que para que se configure tal causal de justificación, debe estar de por medio *"la voluntad libre del sujeto pasivo del acto"*²⁶⁶. Es más, ha puesto énfasis en que deben existir regulaciones *"destinadas a asegurar que el consentimiento sea genuino"*²⁶⁷.

Con relación a lo anterior, queda claro que no podemos asimilar al homicidio piadoso como el aborto que se puede practicar en caso se detecte alguna malformación en el feto, pues el feto siendo sujeto pasivo de la acción, no ha dado su consentimiento ni está en condiciones de hacerlo, ni tampoco puede la madre gestante siendo su progenitora dar el consentimiento por él, por ser la vida un bien jurídico protegido por excelencia.

Al hablar de que la situación de sufrimiento que enfrenta la madre al tener un hijo con malformaciones daña de cierto modo su salud mental, debemos de tener en

²⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia C-239/97. Homicidio por piedad.* [Ubicado el 19. VI. 2018], Obtenido en : <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>

²⁶⁶ *Ibídem.*

²⁶⁷ *Ibídem.*

claro que el valor “vida”, está por encima del valor “salud”, pues no se podría nunca supeditar la vida del niño por nacer, a la salud mental de la madre. En este caso si bien existe ese sufrimiento, este puede disminuir o desaparecer si existe un adecuado acompañamiento psicológico para la madre y la familia, para que puedan superar el trauma que causa la pérdida de su hijo.

El valor de la vida humana es sagrada, debe ser respetada y protegida de manera absoluta desde el momento de la concepción. Desde el primer momento de su existencia, el ser humano debe ver reconocidos sus derechos de persona, entre los cuales está el derecho inviolable de todo ser inocente a la vida²⁶⁸.

La eugenesia y esta causal del aborto por malformaciones fetales incompatibles con la vida, al igual que todas las causales que pretenden su despenalización, atenta contra el derecho fundamental de la vida, del derecho y la libertad de ser, de existir.

3.4. Análisis de la viabilidad jurídica de las causales de despenalización del aborto en relación con el ordenamiento jurídico vigente

Las causales de despenalización del aborto que se han desarrollado en el capítulo anterior no son jurídicamente viables por los siguientes motivos:

- (i) La vida se origina desde el momento de la concepción; así lo establece la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 4° inciso 1, de igual forma el Código civil Peruano se adhiere a esta postura en su artículo 1°, reconociendo que el concebido en esta etapa de su vida necesita la plena protección jurídica por parte del Estado, por lo que nadie podrá privarlo de la vida arbitrariamente.
- (ii) El Concebido es sujeto de derecho, así lo reconoce el Código civil de 1984 en su artículo 1°, “...*el concebido es sujeto de Derecho para todo cuanto le favorece...*”. Con ello, se le otorga la protección jurídica correspondiente

²⁶⁸ PRIETO, María del Rosario. *Eugenesia: un tipo de eutanasia.*, 2017. [Ubicado el 19. VI.2018]. Obtenido en: http://encuentra.com/salud/eugenesia_un_tipo_de_eutanasia15511/

pues se considera que el embrión humano es el ser humano que antes de nacer, esta genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico, y como tal, se convierte en un centro de imputación de los derechos y deberes que lo favorecen. También tenemos al Código de los Niños y Adolescentes²⁶⁹ (Ley 273337), que en su artículo 1° del Título Preliminar indica que: “*Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad... El estado protege al concebido para todo lo que le favorece...*”²⁷⁰. Se reconoce tanto su calidad de sujeto de derecho, como su capacidad jurídica para ser titular, tanto de los derechos inherentes a la persona humana, como de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo; protegiendo al niño desde el momento de la concepción, garantizando la vida del concebido, protegiendo de todas aquellas prácticas que afecten su integridad y desarrollo físico o mental. Por ello cualquier acto que vaya en contra del concebido siendo este considerado una persona humana, estaría contradiciendo los dispositivos legales antes mencionados.

- (iii) La vida humana es un derecho, reconocido en la Constitución Política del Perú en su artículo 2°, derecho fundamental de la persona que debe ser respetado desde el momento de la Concepción, siendo la vida un valor fundamental para el Derecho, de allí nace la necesidad de preservar la vida humana desde su inicio.
- (iv) El artículo 1° de la Constitución Política establece que la defensa de la persona humana y su dignidad son el fin supremo del Estado y la sociedad, esto significa que la obligación no solamente alcanza al Estado, como organización jurídica o política, sino también a cada uno de los miembros de la sociedad.
- (v) El aborto está tipificado como delito en nuestro Código Penal, ya que atenta contra la vida del niño por nacer. Desde la doctrina penal, el aborto es “*la destrucción de la vida humana, producto de la concepción, dentro del*

²⁶⁹ Ley 273337- CÓDIGO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE.

²⁷⁰ CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, [Ubicado el 05.XI.2017], Obtenido en: <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>

*claustró materno o por su expulsión prematuramente provocada*²⁷¹. Por tal motivo el acabar con la vida del concebido es una conducta tachada como inmoral que debe ser siempre punible, al ser la vida un bien jurídico protegido. Por tal motivo el código Penal hace referencia que los abortos consentidos realizados por la madre o cualquier otra persona o profesional de la salud, serán reprimido con una pena privativa de la libertad desde 2 hasta 10 años según sea el caso, es así cómo el derecho Penal a través de su normativa brinda especial protección al bien jurídico que puede ser afectado por conductas delictivas, pues su función principal del Derecho es la protección de los bienes jurídicos y por tal motivo es necesario prevenir que estos bienes jurídicos sean lesionados o vulnerados.

- (vi) El delito de aborto no puede justificarse en el hecho de que el embarazo haya sido producido por causa de una violación sexual o las malformaciones incompatibles de la vida del feto, porque si bien la víctima de violación sexual tiene argumentos subjetivos válidos, no son suficientes para considerar jurídica una conducta que atenta contra la vida de otro; y si se permitiese el aborto, este sería el único delito que se pagaría con la vida del concebido. Pues el concebido pagaría con su vida el delito cometido por otra persona; se sabe que la violación sexual causa daños físicos, mentales y psicológicos, estos daños no van a desaparecer con la práctica abortiva, pues hasta la actualidad no existe ningún estudio médico que lo acredite. Por otro lado, tampoco puede justificarse el aborto por las malformaciones que puede sufrir el feto, pues si bien nuestra sociedad no tolera mucho el dolor y el sufrimiento, y elige siempre sentirse bien. Al hablar de que la situación de sufrimiento que enfrenta la madre al tener un hijo con malformaciones daña de cierto modo su salud mental, debemos de tener en claro que el valor “vida”, está por encima del valor “salud”, pues no se podría nunca supeditar la vida del niño por nacer, a la salud mental de la madre. En este caso si bien existe ese sufrimiento, este puede disminuir o desaparecer si existe un adecuado acompañamiento psicológico para la

²⁷¹ CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit., p. 91.

madre y la familia, para que puedan superar el trauma que causa la pérdida del hijo.

- (vii) Los derechos de libertad individual, el de decidir sobre su propio cuerpo: Maternidad libre y voluntaria que la madre gestante alega para despenalizar el aborto no son suficientes, porque no se puede disminuir el valor del derecho a la vida por darle prioridad a otros “derechos”, y gracias a nuestro valor moral que se encuentra amparado por en normas internas como externas podemos decir que no existen derechos en contra de otros derechos, como es el derecho a la vida, derecho que tiene toda persona desde su concepción.
- (viii) El aborto no soluciona un problema social como son las violaciones sexuales y los embarazos que se pueden producir por este tipo de actos delictivos porque el despenalizar el aborto no sería la pieza clave para eliminar o solucionar este problema, y esto se ve reflejado en algunos Países donde consideran el aborto legal, y a pesar de estar normado sigue existiendo índices de abortos clandestinos por violaciones sexuales o embarazos no deseados; tampoco es la cura para este tipo de traumas, porque el aborto por sí mismo genera un trauma post aborto.
- (ix) Si se acepta como solución el aborto por causal, generaría daños en la salud mental y psíquica de la madre, porque se encuentra comprobado que las mujeres que se practican un aborto sufren del Síndrome Post aborto (SPA).
- (x) La mejor forma en la que el Estado protege a las mujeres será creando políticas públicas que contribuyan al tratamiento de mujeres que sufren violencia sexual, además de apoyo psicológico en casos que exista embarazos producto de estas violaciones; y en el caso de que el niño por nacer tenga malformaciones, idear alternativas de acompañamiento médico y psicológico, para que se deje vivir al niño por nacer aunque sea por poco tiempo. El acompañamiento psicológico ayudaría a que la familia pueda superar el trauma de perder a un hijo.

- (xi) El Estado tiene el deber de proteger la vida, por lo tanto, todas y cada una de sus políticas públicas que desarrolle deben ser compatibles con esto, incluso aquellas que pretenden reducir las tasas de aborto, reducir el número de violaciones o proteger adecuadamente a los niños con malformaciones fetales.

De lo dicho hasta aquí resulta que nuestro orden jurídico u ordenamiento jurídico supone el respeto a principios mínimos que nos permitan vivir en sociedad y estos principios pasan por la obligación de defender a la persona en cualquier estado de su vida, sobre todo en los estados más vulnerables de su desarrollo, y si buscamos una sociedad actual próspera debemos empezar por proteger a los más vulnerables, por lo tanto, no es viable ningún tipo de legislación que se encuentre orientada a decidir sobre la vida de otro. Por esta razón es necesario crear una conciencia ética en los niños y jóvenes, una conciencia con principios o valores fundamentales, como el respeto a la persona humana y la promoción de la vida humana en sí misma.

CONCLUSIONES

1. No existen dichos derechos Sexuales y Reproductivos de la mujer, porque el “derecho al aborto” que pretenden crear las corrientes feministas no puede existir, pues la madre gestante si bien tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo, no puede ella decidir sobre la vida de su hijo y mucho menos acabar con ella, ya que es una vida ajena a ella. Por tal motivo sería un injusto social que una mujer decidiera privar de la vida a un feto con base en su derecho a decidir sobre su propio cuerpo.
2. La obligación que tiene el Estado a la protección del derecho a la vida del concebido es su principal función, pues desde el momento de la concepción éste es revestido de protección jurídica y así lo manifiestan las diferentes normativas tanto internas como internacionales, pues toda persona tiene derecho a que se respete su vida, especialmente la vida de un indefenso, y esta responsabilidad recae no solo en agentes públicos y privados, sino también en todos los miembros de la sociedad.
3. El aborto por causal pretende despenalizar el aborto por el hecho de que el embarazo se haya producido por causa de una violación sexual o alguna malformación que sufre en feto haciendo “inviabile su vida”, pero por ninguna razón puede justificarse la práctica abortiva en estricta aplicación del artículo 1° de la Constitución política del Perú; y sobre todo se exige que dentro de nuestro ordenamiento jurídico exista la aplicación de ciertos principios mínimos para el bien funcionamiento de la Sociedad, como es la protección del derecho a la vida del concebido, por tal motivo no es viable cualquier normativa que este a favor de atentar contra la vida de otro, siendo este un indefenso.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

1. AMORÓS, Celia. *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, tercera edición, Madrid, editores catedra, 2008.
2. APARICIO ALDANA, Karina; SANTA MARÍA D'ANGELO, Rafael; SANCHEZ BARRAGÁN, Rosa y otros. "Derecho a la vida desde una perspectiva filosófica jurídica en La persona en el Derecho Peruano: Un análisis jurídico contemporáneo". *Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, Lambayeque, Editorial Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2010.
3. APARISI, Ángela y BALLESTEROS, Jesús (eds.). *Por un feminismo de la complementariedad. Nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*, primera edición, EUNSA, ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 2002
4. ALBERTO DONNA, Edgardo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I, Rubinzal-culzoni editores, Buenos Aires, 2001.
5. CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de Aborto*, Lima, ARA Editores, 2005.
6. CASTILLO, José, *Derecho penal: parte especial I*, Lima, Grijley, 2008.
7. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima, 2º edición, 2005.
8. COOL, Julio. *Bebés medicina: Cuestiones Científico- éticas de la selección de embriones*, Madrid, Ediciones Palabra, 2006.

9. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de Personas*, quinta edición, Lima, Rodhas, 2008.
10. FIGARI, Rubén. *El homicidio y el aborto en la legislación peruana*, Lima, MOTIVENSA, 2010.
11. FEDERICO BLASI, Gastón. “¿Cuál es el estatuto jurídico del embrión humano?” *En Persona, derecho y libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*, Lima, editorial MOTIVENSA, 2009.
12. FERNÁNDEZ POSTIGO, José Chávez. *La dignidad como fundamento de los Derechos Humanos en las Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, primera edición, Lima, Palestra, 2012.
13. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil Peruano, 10° edición, Lima, Grijley, 2007.
14. GONZÁLES MORÁN, Luis. *De la bioética...al bioderecho: libertad, vida y muerte*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas: Dykinson, 2006.
15. GONZÁLEZ RUS, Juan José. *El aborto. Lesiones al feto. Derecho penal Español. Parte Especial*, 2° edición, Dykinson, Madrid, 2005.
16. JUAN PABLO II. *La Eutanasia. 100 cuestiones y respuestas*. La eutanasia es inmoral y antisocial, 3° edición, ediciones palabras S.A., Madrid, 2004.
17. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El valor de la vida humana*, 4° edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
18. NAVAS GARCÍA, Alejandro. *El aborto, a debate*. Pamplona, EUNSA, 2014.
19. NAVARRO FERRER, Ana. *Feminismo, familia, mujer*, primera edición, Pamplona, EUNSA, 1982
20. NOVAK, Fabián, y SALMÓN, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, Fondo editorial de la PUC, Lima, 2002.
21. ORÉ SOSA, Eduardo. *Sobre el delito de aborto y la protección penal de la vida del concebido, La persona en el derecho peruano. Un análisis jurídico contemporáneo*. Libro homenaje a Carlos Fernandez Sessarego. Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo; 2010.

22. PARDO SÁENZ, José María. *La vida del no nacido. El aborto y la dignidad de la mujer*, EUNSA, ediciones Universidad de Navarra S.A., España, 2011.
23. PASTOR GARCIA, Luis Miguel. *Dilemas éticos en el aborto deliberado*, España, 2010.
24. PECES BARBA, G. *La democracia en España. Experiencias y reflexiones*, Ediciones temas de hoy, Madrid, 1996.
25. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2005.
26. PUENTE, Esperanza. *Rompiendo el silencio: testimonios de mujeres que sufrieron un aborto provocado*, Madrid, Manos Libres, 2009.
27. ROSTAGNOL, Susana. *Aborto voluntario y Relaciones de género: Políticas del cuerpo y de la reproducción*, Universidad de la República, ediciones Universitarias, Uruguay, 2014.
28. SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina Viviana. *La situación jurídica del concebido en el derecho civil peruano: interpretación de la regulación vigente desde una perspectiva histórico-legislativa y teleológica*, primera edición, Lima, Motivensa, 2014.
29. SANTOS, José Antonio; ALBERT MÁRQUEZ, Marta y HERMIDA DEL LLANO, Cristina. *Bioética y Nuevos derechos*, Granada: comares, 2016.
30. SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA. *Declaración de la Comisión de Bioética de la SEGO sobre la Ley Orgánica 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*. Madrid: SEGO, 2010.
31. SPAEMANN, Robert. *Personas acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 2000.
32. UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO. 3º Congreso Internacional: *Familia e ideología de género*, primera edición, Chiclayo, 2014.
33. URQUIZO OLEACHEA (Dir.), *modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima, 2007.
34. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético. Principios generales*, Normas Legales, Trujillo, 1995.

35. VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.). *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1999.
36. WILLKEY, J.C., *Manual sobre el aborto*, Eunsa, Pamplona, 1974.

TESIS:

37. DURAND CABALLERO, Stephany Pamela. *El derecho a la sepultura del concebido nacido muerto: antinomia en el ordenamiento Peruano para su garantía*, Tesis para optar por el título de abogado, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2016.
38. HERNÁNDEZ IGNACIO, Dánae Stephany. *La protección jurídica del concebido frente a los riesgos del activismo judicial*, Tesis para optar por el título de abogado, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2015.
39. MOSTACERO ANAYA, Julissa Verónica. *La defensa de los derechos del concebido por fecundación in vitro en los tribunales internacionales de derechos humanos*, Tesis para optar por el título de abogado, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2014.
40. ORREGO CHOY, Karoll Yoselin. *Delimitación conceptual de la Eutanasia pasiva y su implicancia en el ordenamiento jurídico peruano*, tesis para optar por el grado académico de magister en Bioética y Biojuridica, Chiclayo, Perú, 2016.
41. POLITI BARRETO, Melina Brunella. *Protección Jurídica del concebido en el derecho peruano ante la regulación de las técnicas de reproducción asistida*, Tesis para optar por el título de abogado, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2010.
42. SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina. *La situación jurídica del concebido en el Derecho Civil peruano: Tratamiento histórico legislativo y análisis de la regulación vigente*, tesis para optar por el grado de Magister, España, Universidad de Zaragoza, 2012
43. VALLEJOS PERÉZ, Ángela Fiorella. *La derogación tácita del artículo 7° de la Ley General de Salud respecto al uso de las técnicas de reproducción asistida: debido a la incorporación del artículo 124-A al código Penal por la Ley N° 27716. Sobre el delito de Lesiones en el concebido*, Tesis para optar

por el título de abogado, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2012.

44. VILLENA PAIRAZAMÁN, Karim Vanessa. *El aborto: ¿Derecho humano?*, Tesis para optar por el título de abogado, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2010.

ARTÍCULOS DE REVISTA:

45. APARISI, Ángela. “Ideología de género: de la naturaleza a la cultura”, *Persona y Derecho*, n°61, Universidad de Navarra S.A., 2009.
46. AZNAR LUCEA, Justo; PASTOR, Luis Miguel. “Estatuto Biológico del Embrión Humano en *La vida naciente humana: 200 preguntas y respuestas*, Madrid, Editorial estudios y ensayos BAC, 2008.
47. BARÓMETRO DE LA FAMILIA. “Estado en la Familia en Arequipa”, Universidad Católica San Pablo, *Instituto para el Matrimonio y la Familia*, 2014, pp. 1-17
48. IV BARÓMETRO DE LA FAMILIA. “Estado en la Familia en Arequipa”, Universidad Católica San Pablo, *Instituto para el Matrimonio y la Familia*, 2017, pp. 1-18.
49. BLÁZQUEZ, Javier. “La nueva genética ante la privacidad, la dignidad y la discriminación”, *En bioética y bioderecho: reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Navarra, Comares, 2008.
50. FEDERICO BLASI, Gastón. “¿Cuál es el estatuto jurídico del embrión humano?” *En Persona, derecho y libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*, Lima, editorial MOTIVENSA, 2009.
51. FIGUEROA, Gonzalo. “El comienzo de la vida humana: el embrión como persona y como sujeto de derechos”, en *Bioética y derecho*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2003.
52. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA E INFORMÁTICA. “Perú: *Indicadores de violencia familiar y sexual, 2000-2017*”, noviembre 2017, pp. 1-59.

53. LOPEZ, Rony. "Nuevamente la píldora del día siguiente: ¿constitucional o inconstitucional", *Gaceta Constitucional*, N°28, Abril 2010.
54. MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. Plan Nacional Contra la Violencia hacia la Mujer, 2009 - 2015. Lima, 2009. Pp. 1-50.
55. MORALES GODO, Juan. "Concebido y Responsabilidad civil", *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 127, Abril 2009.
56. MORA RAMIREZ, Norma. "Motivos de realización de un aborto en adolescentes cubanas", *Metas de enfermería*, vol.18, N°4, mayo 2015, 50-53.
57. PILARES MOSCOSO, Lía Marina. "Bioética y aborto", *Revista Científico Cultural* N° 114, 2009, 147-149.
58. SÁENZ DÁVALOS, Luis, "Las dimensiones del derecho a la vida", en Los Derechos Fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del derecho, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2010.
59. SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina, "La protección jurídica desde el principio de la vida humana: a propósito del reconocimiento de la concepción en la legislación civil peruana", *Gaceta Constitucional*, tomo 61, enero 2013.
60. SAURA ESTAPÁ, Jaume. "El estándar jurídico internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones en perspectiva de Derechos Humanos", *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, abril 2015, Págs: 1-33.
61. SOSA, Juan. "Prohiben al Ministerio de Salud distribuir la píldora del día siguiente por poner en riesgo la vida del concebido", *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 135, Diciembre 2009.
62. STC del 16 de Octubre del 2009, [expediente número 02005 PA/TC], *Gaceta Constitucional*, N° 28, Lima, 2010.
63. VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. "Informe técnico: sobre el proyecto de ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazo a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial y transferencia de óvulos no consentidas y malformaciones incompatibles con la vida: Proyecto de Ley 387/2016-CR", *Instituto de Ciencias para el matrimonio y la familia-USAT*,

Facultad de derecho USAT, Instituto de Bioética-USAT, Chiclayo, 2017, pp.1-68.

64. VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. “Aborto por causal ¿Una opción viable? Análisis desde la perspectiva biojurídica”, *Revista de medicina e morale*, Chiclayo, abril 2018, pp. 1-22.
65. VALDIVIESO ORTEGA, Gabriela. “La protección Jurídica del Non Nato en el Ecuador”, *Ius Humani, Revista de derecho*, Vol 1, enero 2008, pp. 51-81.

RECURSOS ELECTRÓNICOS:

66. ALARIO BATALLER, Salvador. Intervención psicológica en víctimas de violación. Valencia, Promolibro. [Ubicado el 10. VI. 2018]. Obtenido en: <http://nohaymentesincerebro.blogspot.com/2006/01/sobre-el-violador.html>
67. ALIANZA POR LA SOLIDARIDAD. *Perú debate la despenalización del aborto en los casos de violación*, 2017 [ubicado el 10. VI 2017]. Obtenido en <http://www.alianzaporlasolidaridad.org/reflexiones/peru-debate-la-despenalizacion-del-aborto-en-caso-de-violacion>.
68. APARISI, Ángela. El proyecto Genoma y la ingeniería genética desde la perspectiva de los derechos humanos, 1999 [ubicado el 05. XI. 2017], Obtenido en: <http://www.unav.es/cdb/uncib2a.html>
69. ARÁNBULA REYES, Alma. *Legislación internacional y derecho comparado sobre el aborto*, 2008 [ubicado el 05. VI.2017] Obtenido en www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-19-08.pdf.
70. ÁLVAREZ GÁLVEZ, Íñigo. *Universales, absolutos e inalienable: Los Derechos indestructibles*, Revista Humanidades de Valparaíso, 2014. [Ubicado el 30.V.2018], Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5652353.pdf>
71. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Interrupción Voluntaria del Embarazo: definición, proyectos de ley y legislación extranjera. [Ubicado el 11. VI. 2018]. Obtenido

- en: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/21343/4/BCN%20Interrupcion%20voluntaria%20del%20embarazo_2015_FINAL_v3.pdf
72. BERNAL GONZÁLEZ, Raquel. *El aborto. La bioética como principio de vida*, 2013. [Ubicado el 31.V.2018]. Obtenido en: <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/3939/BernalGonzalesR.pdf?sequence=1>
73. CAMPOS GONZALES, Sofía. “Yo aborto, Tú abortas ¿Todas callamos?”. *Experiencias y defensoría feminista del aborto inducido en Chile*, 2015. [Ubicado el 05. IV.2018]. Obtenido en: <http://repositorio.udchile.cl/bitstream/handle/2250/138594/yo-aborto-tu-abortas-todas-callamos.pdf;sequence=1>
74. CASAS VAREZ, Marina y CABEZAS, Gabriela. *Los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de género en América Latina*, 2016 [ubicado el 26. VI. 2017], Obtenido en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142698/Los-derechos-sexuales-y-reproductivos.pdf?sequence=1>
75. CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *Aborto y Derechos Reproductivos en América Latina*, 2015. [Ubicado el 28.V.2018]. Obtenido en: <https://www.reproductiverights.org/cites/crr.civicactions.net/files/documents/Aborto-y-Derechos-Reproductivos-en-América-Latina.pdf>
76. CENTRO DE BIOÉTICA DE FACULTAD DE MEDICINA CLÍNICA ALEMANA UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO. *Glosario para la discusión sobre Aborto*, 2014. [ubicado el 06.VI. 2017] Obtenido en <http://medicina.udd.cl/ictim/files/2014/05/ABORTO-GLOSARIO.pdf>
77. CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia C-239/97. Homicidio por piedad*. [Ubicado el 19. VI. 2018], Obtenido en : <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>
78. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs Costa Rica, [ubicado el 05. XI, 2017], Obtenido en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

79. DE LAS HERAS AGUILERA, Samara. *Una aproximación a las teorías feministas*, Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 9, 2009 [ubicado el 28.VI.2017], Obtenido en <http://universitas.idhbc.es/n09/09-05.pdf>
80. ESPECIALISTAS EN MEDICINA REPRODUCTIVA. Causas de la infertilidad, [ubicado el 10. VI. 2018]. Obtenido en: <https://ivi.es/causas-de-la-infertilidad/>
81. FERNÁNDEZ, Carlos. ¿Qué es ser “persona” para el derecho?, 2002 [ubicado el 05. XI.2017], Obtenido en: http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.PDF
82. FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *¿Derechos fundamentales absolutos?*, 2011. [Ubicado el 30.V.2018]. Obtenido en: <https://edwinfigueroa.wordpress.com/2011/09/08/%C2%BFderechos-fundamentales-absolutos-articulo/>
83. GAMBA, Susana. *Feminismo: historia y corrientes*, 2008 [ubicado el 29.VI.2017], Obtenido en http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/36893030/Feminismo_historia_y_corrientes.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1498721591&Signature=7BRryC4XbftAofTH8vI8TyQTaeg%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DFeminismo_historia_y_corrientes.pdf
84. GÓMEZ LAVÍN, Carmen y ZAPATA GARCÍA, Ricardo. *El síndrome Post – aborto*, Congreso Mundial de Familias, Junio 2012, [Ubicado el 13. VI. 2018]. Obtenido en: <http://congresomundial.es/wp-content/uploads/Carmen-GLCongreso-Mundial-de-las-Familias-El-s%C3%ADndrome-Postaborto-2.pdf>
85. GUITIERREZ CAMACHO, Walter. *La Constitución comentada*, tomo I, [ubicado el 20. XI, 2017], Obtenido en: https://www.academia.edu/3827541/Dignidad_de_la_persona_comentarios_al_art%C3%ADculo_1_de_la_Constituci%C3%B3n
86. GRACIELA MENDÍAZ, Maria. *El estado y las políticas públicas. las visiones desde el neoinstitucionalismo*, 2004, [ubicado el 20. XI.2017], Obtenido en: http://rephip.unr.edu.ar/bitstream/handle/2133/847/Mend%C3%ADaz_%20E

- l%20Estado%20y%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas_A1a.pdf?sequence=1
87. HAZTE OIR.ORG. *Entrevista a Esteban Rodríguez, portavoz de Ginecólogos por el Derecho a Vivir*, 2014. [Ubicado el 19. VI.2018]. Obtenido en: <http://www.hazteoir.org/noticia/61968-dr-esteban-rodriguez-incluir-una-lista-anomalias-es-un-coladero-eliminar-ninos>
88. HUAMAN RIGHTS WHATCH, *Derechos humanos y el acceso al aborto*, 2015. [Ubicado el 28.V.2018]. Obtenido en: <http://www.hrw.org/es/news/2005/06/15/qa-derechos-humanas-y-el-acceso-al-aborto>.
89. HUFFPOST. *El engañoso argumento sobre el aborto y las malformaciones del feto*, 2012, [ubicado el 10. VI, 2017]. Obtenido en http://www.huffingtonpost.es/teresa-fernandez-paredes/el-enganoso-argumento-sob_1_b_2093245.html
90. MELGAR, Lucia. *Aborto legal y justicia social*, 2008. [Ubicado el 30.V.2018]. Obtenido en: http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/038_22.pdf
91. MÉNDEZ RODRIGUEZ, Cristina; citada por CAMACHO BRINDIS, María Cruz. *El bien jurídico penal*. [Ubicado el 30.V.2018]. Obtenido en: <https://www.azc.aum.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/28/31-02.pdf>
92. MUÑOZ DIAZ, Oscar. *La vida del concebido ante el tribunal constitucional comentario a la sentencia 02205-2009 PA/TC sobre la píldora del día siguiente*. [Ubicado el 30.V.2018]. Obtenido en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25514.pdf>
93. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Anomalías Congénitas*. 2015 [ubicado el 07.VI.2017] obtenido en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs370/es/>
94. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Tratados multilaterales* [ubicado el 05. XI. 2017], Obtenido en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.pdf

95. ORÉ SOSA, Eduardo. *El delito de aborto en el Perú*. [Ubicado el 02. VI. 2018],
Obtenido en:
http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/doc/articulo_delito_aborto.doc
96. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Violencia sexual. Comprender y abordar la violencia contra las mujeres*, [Ubicado el 30.V.2018],
Obtenido en:
https://oig.cepal.org/sites/default/files/20184_violenciasexual.pdf
97. LAFFERRIERE, Jorge. *Un médico condenado por salvar dos vidas*, 2019 [Ubicado el 06. VI. 2019]. Obtenido en:
<http://centrodebioetica.org/2019/05/un-medico-condenado-por-salvar-dos-vidas/>
98. LA REPUBLICA. *por el derecho a decidir*, 2017, [Ubicado el 30.V.2018],
Obtenido en: <https://larepublica.pe/sociedad/1103838-por-el-derecho-a-decidir>
99. L.C vs PERÚ (CEDAW). *Derecho al aborto en casos de violación sexual*, [ubicado el 10. VI. 2017]. Obtenido en
http://www.womenslinkworldwide.org/files/gjo_analisis_casoLCvPeru_es.pdf
100. MARTÍN LUPIÓN, Eva. *El aborto: perspectivas y realidades. aborto espontáneo e interrupción voluntaria del embarazo*. [ubicado el 06.VI.2017]
Obtenido en
<https://w3.ual.es/Congresos/JORNADASINTERNACIONALESDEINVESTIGACIONENEDUCACIONYSALUD/Ab.pdf>
101. MUJICA, Jaris. *Violaciones sexuales en el Peru 2000-2009. Un informe sobre el estado de la situación*, 2011. [ubicado el 07.VI.2017] obtenido en
<http://www.unfpa.org.pe/publicaciones/publicacionesperu/PROMSEX-Violaciones-Sexuales-Peru-2000-2009.pdf>
102. NATIONAL SEXUAL VIOLENCE RESOURCE CENTER. ¿Qué es la violación sexual?, [Ubicado el 09.VI.2018], Obtenido en:
https://www.nsvrc.org/sites/default/files/Publications_NSVRC_Overview_Qu_e-es-la-Violencia-Sexual.pdf
103. ORTIZ MILLÁN, Gustavo. *La moralidad de la ley y la moralidad del aborto*, 2007 [Ubicado el 29. V. 2018]. Obtenido en:

- http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres/menu_superior/doc_basicos/5_biblioteca_virtual/6_derechos_sexuales_rep/23.pdf
104. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Prevención del aborto peligroso*, 2016 [ubicado el 17. VI.2017]. Obtenido en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs388/es/>
105. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Prevención del aborto peligroso*, 2016 [ubicado el 17. VI.2017]. Obtenido en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs388/es/>
106. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Violencia contra la mujer: violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer*, 2011. [ubicado el 07.VI.2017] obtenido en: www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/
107. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres*, 2013. [Ubicado el 07.VI.2017] obtenido en pps.who.int/iris/bitstream/10665/98821/1/WHO_RHR_12.37_spa.pdf
108. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE SALUD. *Malformaciones Congénitas*, 2015 [ubicado el 07.VI.2017] obtenido en http://www.paho.org/nic/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=datos-y-estadisticas&alias=711-boletin-informativo-malformaciones-congenitas&Itemid=235
109. PONENCIAS COMISIÓN ABORTO MADRID, 1981. [Ubicado el 05.IV.2018]. Obtenido en: http://culturagalega.gal/añbum/docs/CCG_CI_COFEE_derchoaborto_1981.pdf
110. PULEO, Alicia H. *Lo personal es Político: El surgimiento del feminismo radical*, [ubicado el 29.VI.2017], Obtenido en http://webfacil.tinet.cat/usuaris/ronafo/Alicia_H._Puleo_El_surgimiento_del_feminismo_radical_con_notas_20151107001436.pdf
111. PRIETO, María del Rosario. *Eugenesis: un tipo de eutanasia.*, 2017. [Ubicado el 19. VI.2018]. Obtenido en: http://encuentra.com/salud/eugenesis_un_tipo_de_eutanasia15511/
112. RENTERÍA DÍAZ ADRIAN. *La cuestión del aborto. Una perspectiva filosófico-jurídica de un problema ético-moral.* 2001, [Ubicado el 15.VI.2017].

- Obtenido en http://dianoia.filosoficas.unam.mx/files/5613/6313/8140/DIA48_Renteria.pdf
113. RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 486-2014/MINSA. [Ubicado el 30.V.2018].
Obtenido en: <http://unfpa.org.pe/legislacion/PDF/20140627-MINSA-Aprueban-Gia-Tecnica-Interrupción-Voluntaria-Embarazo.pdf>
114. ROJAS, Mariana y WALKER, Laura. *Malformaciones congénitas. Aspectos generales y genéticos*, 2012 [ubicado el 07.VI.2017] obtenido en <http://www.scielo.cl/pdf/ijmorphol/v30n4/art03.pdf>
115. SÁNCHEZ, Rosa. *Protección Jurídica de la vida Prenatal. Con especial relevancia en el Derecho Constitucional Español*, 2009 [Ubicado el 08. X. 2017], Obtenido en <http://www.bioeticaweb.com/content/view/4681/904>
116. SÁNCHEZ BARRAGÁN, Rosa de Jesús. *Un análisis de la protección Jurídica de la Vida Prenatal con especial relevancia en el Derecho Español*, 2015. [ubicado el 08. X.2017], Obtenido en <https://app.vlex.com/#WW/search/jurisdiction:PE/derechos+patrimoniales+d el+concebido/WW/vid/488194946>
117. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae*, 2007. [Ubicado el 16.IV.2018]. Obtenido en : <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>
118. SECRETARÍA JURÍDICA DISTRITAL DE LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. *Sentencia C-355 de 2006 Corte Constitucional de Bogotá-Colombia*. [Ubicado el 19.VI.2018]. Obtenido en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=21540>
119. SECRETARIA EJECUTIVA DEL ACUERDO NACIONAL, *Políticas de Estado y planes de gobierno 2016-2021*, primera edición, 2016, [ubicado el 19. XI.2017], Obtenido en: http://acuerdonacional.pe/wp-content/uploads/2016/03/PoliticasyPlanesdeGobierno2016_2021.pdf
120. Sentencia N.º 02005-2009-PA/TC Sobre la píldora del día siguiente, fundamento 21 [ubicado el 12. XI.2017], Obtenido en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-ciq5HMwJdgJ:www.unife.edu.pe/facultad/derecho/doc/sentencia.doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>

121. STC del 05 de diciembre del 2012. [Expediente número 02101-2011-PA/TC], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02101-2011-AA%20Resolucion.html>
122. SOCIEDAD PERUANA DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA. *Aborto*, 2015 [ubicado el 22. VI.2017]. Obtenido en <http://www.spog.org.pe/web/index.php/component/content/article/97-la-sociedad/sesiones/243-sesiones-3>
123. LAMAS, Marta. *El aborto en la agenda del desarrollo de América Latina*. [Ubicado el 05. IV.2018]. Obtenido en: http://www.cimac.org.mx/cedoc/indesol/mujeres_en_pie_de_lucha_x_mat_li bre_voluntaria/10_realidad_latin oamericana/10_1_el_aborto_en_agenda_del_desarrollo_en_al_marta_lama s.pdf
124. LEÓN, Jésica. *Aborto terapéutico: 2 años después aún hay barreras para su aplicación*, diario la República, 2016. [Ubicado el 30V.2018]. Obtenido en: <https://larepublica.pe/sociedad/931092-aborto-terapeutico-2-anos-despues-aun-no-hay-barreras-para-su-aplicación>
125. UMAN. Síndrome Post Aborto, 2007. [Ubicado el 12. VI. 2018]. Obtenido en: <http://www.uman.edu.mx/boletin/sindrome%20post%20aborto.pdf>
126. UNIVERSIDAD DE CHILE, *Manifiesto de mujeres de la Universidad de Chile por el Derecho a decidir*, 2015. [Ubicado el 30.V.2018]. Obtenido en: http://www.udchile.cl/documentos/manifiesto-mujeres-de-la-u-de-chile-por-el-derecho-a-decidir_110506_0_1416.pdf
127. VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús MANUEL. *¿Qué Es el principio de intervención mínima?*, 2009. [Ubicado el 30. V.2018]. Obtenido en: https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num23/principio.pdf