

Ley n. 26530 modificatoria de la ley de politica nacional de poblacion

El presidente de la republica

Por cuanto:

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

El congreso de la republica

Ha dado la ley siguiente:

Artículo único.- Modifícase el Artículo VI del Título Preliminar del Decreto Legislativo N. 346, Ley de Política Nacional de Población, en la siguiente forma:

" **Artículo VI.**- La Política Nacional de Población excluye el aborto como método de planificación familiar. En todo caso, la adopción de los métodos se basa en el libre ejercicio de la voluntad personal, sin que medien estímulos o recompensas materiales "

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los ocho días del mes de setiembre de mil novecientos noventa y cinco.

Victor Joy Way Rojas

Primer Vicepresidente encargado de la Presidencia del Congreso de la República

Samuel Matsuda Nishimura

Tercer Vicepresidente del Congreso de la República

El Señor presidente constitucional de la republica

Por tanto:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los nueve días del mes de setiembre de mil novecientos noventa y cinco.

Alberto Fujimori Fujimori

Presidente Constitucional de la República

Eduardo Yong Motta

Ministro de Salud

Comentario: Bien jurídico integridad corporal, esterilización y Constitución

Prof. José Hurtado Pozo

No hay materia de derecho que no deba ser cuestionada, estudiada y completada desde la perspectiva de los derechos humanos y, muy especialmente, el derecho penal debido a que sus medios de reacción restringen gravemente derechos fundamentales..

En este sentido, trataremos de exponer algunas ideas relativas a un derecho fundamental, el de la autonomía procreadora. Tanto el ejercicio de este derecho como el hecho de negarlo tienen efectos decisivos, sobre todo, en cuanto a los derechos al " desarrollo y bienestar personales " de la mujer. Esperamos que estas modestas reflexiones constituyan un pequeño aporte a la lucha reivindicadora de sus derechos fundamentales.

Debido a que es frecuente que viejas concepciones sean presentadas como nuevas, comenzaré por aquellas para abordar después estas últimas. Por la importancia que tienen nos referiremos a las concepciones de la Iglesia Católica sobre la procreación. Santo Tomás sostenía firmemente que el feto no tiene un alma intelectual o racional en el momento de la concepción, sino que sólo la adquiere en algún momento posterior: 40 días en el caso del feto masculino, de acuerdo con la doctrina tradicional católica, y más tarde en el caso del feto femenino. (feto habitado por almas diferentes que se corrompen y luego son substituidos).

Siguiendo esta concepción y durante muchos siglos, la doctrina católica sostuvo que el aborto durante las primeras semanas del embarazo, antes de que el feto esté " formado " (en el sentido de habitado por el alma intelectual y racional), no es homicidio porque el alma no está todavía presente.

Aún en el siglo XIX (Libro de instrucciones para seminaristas), se declaraba que " el feto, aunque no animado, se dirige a la formación de un hombre; por tanto, su expulsión es un homicidio anticipado ".

La negación de que el aborto no fuera un homicidio no significaba que la Iglesia Católica no condenase el aborto como un grave pecado. Esto se notaba con claridad cuando era calificado de homicidio anticipado.

En esa época (Edad Media), el término homicidio no era utilizado para designar el crimen de homicidio previsto en las leyes penales modernas. Tampoco, aunque lo hace recordar mucho, en el discurso de la Iglesia Católica, cuando se afirma que el aborto es un crimen abominable porque constituye un ataque a vidas inocentes e incapaces de defenderse por lo que es calificado de homicidio, asesinato o genocidio.

El término homicidio era utilizado con frecuencia para designar cualquier ofensa, comprendida la práctica de actos anticoncepcionales, contra el orden natural de la procreación y, en consecuencia, contra la vida considerada un don de Dios.

El Papa Gregorio IX (Decretales, 5.12.5) estatuyó que quien tratara a un hombre o a una mujer " de tal modo que él no pueda generar, o ella concebir, o los hijos nacer, debe ser tenido por homicida ". De esta manera, la definición amplia de homicidio constituía una manifestación clara de las preocupaciones de la Iglesia respecto a la procreación: el aborto, la práctica de actos anticoncepcionales y la masturbación fueron percibidos, conjuntamente, como atentados contra la dignidad y la santidad de la vida humana misma.

No hace aún 30 años (1968), el Papa Pablo VI, en la Encíclica *Humane vitae* manifestaba: " De igual manera que el hombre no tiene dominio ilimitado sobre su cuerpo en general, tampoco, y con mayor razón, tiene tal dominio sobre sus facultades específicamente sexuales, pues éstas afectan por su

propia naturaleza a la generación de la vida, de la cual Dios es la fuente. Porque la vida humana es sagrada todos los hombres deben reconocer este hecho, recordó nuestro predecesor el Papa Juan XIII, " pues desde sus primeros comienzos necesita de la acción creadora de Dios ".

" Por tanto, ... la interrupción directa de los procesos generativos ya iniciados y, ante todo, el aborto directo, incluso por razones terapéuticas, deben ser excluidos absolutamente como medios legales para controlar el nacimiento de niños.

" Debe ser igualmente condenada ... la esterilización directa, sea del hombre o de la mujer, sea permanente o temporal. Igualmente excluida está una acción que antes, durante o después de la relación sexual, esté específicamente dirigida a evitar la procreación, sea como fin o como medio ".

En 1869, Pío XIX declaró que el aborto, incluso el precoz, podía ser castigado con excomunión, supuso el primer rechazo oficial de la opinión tradicional de la animación tardía del feto.

Estas concepciones han sido confirmadas en diferentes documentos pontificales publicados en los últimos años. A modo de ejemplo, citemos la Carta apostólica a las familias del 22 de febrero de 1924, en la que el Papa Juan Pablo II afirma que: " la unión sexual y la procreación no pueden ser separados artificialmente sin alterar la verdad íntima del acto conyugal mismo ". Por esto las prácticas anticoncepcionales deben ser condenadas en la medida que excluyen del acto sexual la posibilidad natural de procreación y, al mismo tiempo, disocian los fines esenciales del matrimonio: unión y procreación.

En la práctica legislativa estas ideas han tenido en nuestros países una fuerte influencia. Así se ha establecido un sistema normativo y de control altamente represivo, sistema que ha fracasado totalmente.

En el marco de la reacción provocada por la adopción del Código penal de 1924, en el que se previó de manera amplia -por ejemplo- la no represión de la interrupción del aborto por razones terapéuticas, se criticó por parte de los sectores más conservadores el hecho que no se hubiera previsto el " delito anticoncepcional ".

Delito que debería ser reprimido porque su " comisión impide la aparición de un nuevo ser, ya que la función reproductora, a cuyo cumplimiento no puede ni debe abstenerse hombre alguno, tiene por grandiosa finalidad la propagación de la especie y su perpetuación; y para el crecimiento de la propagación de tan funestos resultados es el sacrificio de los seres ya formados, en pleno proceso vital, por el aborto criminal o el infanticidio, como obstaculizar la procreación en la conjunción sexual ".

Pero Avendaño, autor de esta crítica, fue más lejos porque llegó a proponer igualmente la represión del " procedimiento criminal " de la " propaganda anticoncepcional ". En esta perspectiva poco le faltó para sugerir que se reprima como delito la masturbación.

En el proyecto de Cornejo-Jiménez de 1928, se previó (art. 347) la represión de quien " públicamente incitase a prácticas contra la procreación, o el que hiciere propaganda de los medios para evitarla ".

En esta perspectiva, recordemos -primero- que en 1958, se prohibió la fabricación de contraceptivos (mecánicos) considerando que es " deber del Estado defender la natalidad base del capital humano " y " velar por la moral y las buenas costumbres de los peruanos " (R.S. 5 de agosto de 1958) y -segundo- que en el Código sanitario, se dispuso que " todo anticonceptivo será usado bajo control médico quien es directamente responsable de los efectos secundarios consecuentes de su uso " y que " es prohibida la venta de anticonceptivos sin receta médica ".

En los últimos años, parecería que se han dado algunos pasos para crear las bases de un sistema diferente y cerrar el paso a concepciones tan fundamentalistas en la medida en que recurren a principios absolutos y divinos para justificar la intervención del Estado en el dominio de la procreación.

Sin embargo, las normas constitucionales han sido invocadas últimamente para descalificar una ley que modifica la ley relativa a la política nacional de población. En el marco constitucional actual, en el

que se enumeran de manera extensa los derechos humanos, parecería que criterios de esta naturaleza han sido dejados de lado y que, en consecuencia, los intereses de las personas y, en particular, de las mujeres estarían mejor garantizados.

Desgraciadamente la ley no es el instrumento más eficaz, porque aun si se logra, en su elaboración, consagrar mecanismos de protección y de fomento de los derechos fundamentales, al momento de su aplicación e interpretación es frecuentemente desvirtuada.

Lejos está de nuestro espíritu negar la lucha que debe darse por establecer normas legales más justas, pero creemos que es necesario recordar siempre la obstinación de los hechos frente al derecho; por lo que resulta indispensable reforzar los esfuerzos para remover las estructuras económicas y sociales para instalar un sistema más justo y un verdadero Estado de Derecho.

El ejemplo que queremos presentar sucintamente es el de la Ley n. 26530 que modifica el art. VI del D. Legislativo. n. 346, denominado Ley de política nacional de población. De esta manera, se autoriza como método de control de natalidad la esterilización.

Esta ley ha sido calificada de inconstitucional y violadora de los derechos humanos por dos Instituciones importantes. Ambas lo hacen con los mismos argumentos.

El Colegio de Abogados de Lima, luego de afirmar que la esterilización es una lesión grave y que produce una incapacidad permanente e invencible de la función reproductora, afirma que priva a las personas de su derecho natural a la procreación. Pues ella constituye, en realidad, una abdicación de la libertad de procrear. Afirmación que se comprende cuando se tiene en cuenta que el derecho a la integridad corporal es concebido como un derecho irrenunciable. [cuando éste es uno de los derechos respecto al cual se reconoce una potestad de disposición por parte de su titular].

Argumento que es reforzado mediante dos afirmaciones: la primera, dice que el derecho de toda persona a su integridad supone, al mismo tiempo, el deber de mantenerla (en el caso de especie, no esterilizarse) y, la segunda, expresa que la esterilización no sólo atenta contra la libertad de procrear sino que desconoce también el " derecho a perpetuarse de la especie humana ".

Esta argumentación es completada afirmando que de lo expuesto, la ley atenta, por ende, contra la dignidad de la persona.

Los mismos argumentos, expresados en términos muy semejantes, son expuestos igualmente por el Consejo Universitario de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Razón por la cual, nos vamos a limitar a citar algunos párrafos de su comunicado:

" La aprobación de la ley de esterilización afecta esenciales aspectos jurídicos, éticos y religiosos de la vida de los peruanos ".

" Expresamos, una vez más, que la Ética y el Derecho son el substrato en que se apoya el orden público ..., ahora nos vemos obligados a recordar que la utilización de medios indignos para resolver el problema demográfico es totalmente injustificada, puesto que se trata en este caso de la defensa de la vida y de la integridad de la persona humana ".

" El derecho no enraizado con la Ética no es Derecho, es sólo fuerza y arbitrariedad enmascaradas "

" La ley es tal cuando tiene validez formal y de contenido. Evidentemente una norma que sólo cumple requisitos formales, y que en su materia contradice la Constitución y el resto del sistema jurídico es cuestionable y no puede con pleno fundamento reclamarse como ley de la República. Somos claros al afirmar que esta ley mella gravemente los derechos humanos ".

Las preguntas que surgen son: ¿de qué ética se trata? Criterio tan importante que permite decidir lo que es o no es derecho. ¿En qué consiste la validez formal y de contenido? Validez que decidirá si una ley dictada por el órgano competente es una ley de la República. ¿Cuál es la noción de derechos humanos utilizada y que permitirá negar que la autonomía procreadora responsable sea un derecho

deducible de los derechos al " desarrollo y al bienestar " de las personas y, en particular, de las mujeres?

Tradicionalmente, se afirma que los derechos humanos se caracterizan por ser universales, inalienables y absolutos. Sobre la significación de cada uno de estos rasgos las opiniones divergen tanto respecto a sus contenidos como a sus alcances. Respecto a la universalidad y al carácter absoluto, se puede decir que se ha llegado a un cierto consenso.

La universalidad significa que los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos sin tener en cuenta criterio alguno de discriminación negativa fundada en razones de sexo, raza, religión, política, nacional, económica, social, etc. De donde se desprende tanto el deber del Estado y de los particulares de no violar esos derechos como el deber, igualmente del Estado y de los particulares, de actuar positivamente en favor de la realización y protección de dichos derechos. (Laporta, Sobre el concepto, p. 35 ss.). En la medida en que el respeto de los derechos fundamentales tiende a favorecer la disminución de la injusticia a su mínima expresión y a la satisfacción de las necesidades mínimas vitales de los seres humanos, constituyen la base mínima para la constitución de sociedades pluralistas respetuosas de los derechos humanos. Si por el contrario, negamos el carácter universal de los derechos humanos (en tanto que estándares mínimos relacionados con los seres humanos como tales), tendríamos que aceptar que, como señala el relativismo normativo, la corrección de cualquier acción para un miembro de un cultura particular, estará determinada por lo que de hecho es considerado correcto en esa cultura. Y no habrá manera de defender la igualdad de los sexos o de las personas, la libertad de opción sexual, el derecho a la educación, etc. El derecho a la integridad física es un derecho humano universal respecto a la especie de los seres humanos.

El carácter absoluto de los derechos humanos significa que constituyen requerimientos morales que, en caso de encontrarse en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan. En estos casos, los derechos humanos son la exigencia moral que debe ser satisfecha en detrimento de las demás en conflicto. El problema que nos interesa se plantea cuando los derechos en conflicto son todos derechos humanos. En este caso, siendo todos absolutos el conflicto sería insoluble. Este obstáculo es evitado si el carácter absoluto de los derechos humanos deja de ser percibido como exigencia abstracta y se toman en consideración los efectos o consecuencias del hecho de respetar cada uno de los derechos en conflicto. Lo que conduce a admitir que la excepción a la regla de que los derechos humanos desplazan siempre a los otros derechos la constituyen los mismos derechos humanos. El desplazamiento de un derecho humano (por ejemplo, la vida o la integridad física) en favor de otro derecho humano requiere una especial justificación moral y no comporta la negación del derecho desplazado.

Es inalienable el derecho que no se puede transferir o al que no se puede renunciar. La afirmación de este rasgo de los derechos humanos, en sus orígenes, buscó restringir totalmente la posibilidad de las personas a disponer de sus derechos básicos con la finalidad de limitar el poder del Estado. Hoy en día, en la medida en que se reconoce una dimensión positiva tanto frente al Estado como a los demás individuos, la cuestión es de saber si sus propios titulares pueden disponer de sus derechos. Se trata en consecuencia de un problema relacionado con el ejercicio del derecho. Una posible solución consiste en admitir que la inalienabilidad impide no la renuncia a los derechos, sino ciertas transacciones o acuerdos que imposibiliten " permanentemente " el ejercicio futuro del derecho (es decir el abandono del derecho), a menos que existan otras consideraciones a tener en cuenta. De esta forma, el consentimiento no sería suficiente para invadir el derecho, cuando está en juego la imposibilidad permanente del ejercicio de ese derecho. Si se puede disponer de un derecho fundamental en cuanto a su ejercicio, pero no renunciar a él, es de tener también en cuenta que cuando normativamente se dispone que este derecho (por ejemplo, a no ser torturado) no puede ser violado, su titular no puede justificar la violación mediante su consentimiento. La característica de inalienabilidad no puede ser predicada en relación con todos los derechos fundamentales. En la doctrina, se admite generalmente, por ejemplo, que el derecho a la integridad física constituye un caso típico de derecho renunciabile.

Esto explica que, en materia penal, se admita ampliamente el consentimiento como una de las eximentes de pena. Con este fin, se considera como requisito indispensable de su validez que el bien jurídico en cuestión sea disponible; es decir que su titular tenga la capacidad de disponer. En el caso de la integridad física (objeto del derecho fundamental a la integridad física de la persona), se recurre

al consentimiento para resolver los conflictos que pueden presentarse en el dominio de los delitos de lesión. La doctrina predominante reconoce plena validez al consentimiento en relación con las lesiones simples y, de manera limitada, respecto a las lesiones graves (es el caso de la esterilización, por ejemplo). El límite está constituido por el hecho que la lesión es causada en el "interés preponderante de la persona concernida".

La esterilización, medio apropiado para impedir la procreación, constituye un daño grave de la integridad corporal de una persona. El Estado o particulares no pueden practicarla coercitivamente debido a que violarían el derecho fundamental a la integridad física (reconocido constitucionalmente) y sus autores serían responsables penalmente. Tampoco podrían, invocando razones religiosas, políticas o económicas, negarle la libertad de practicársela voluntariamente porque esto significaría la negación *a priori* de otros derechos fundamentales de la persona (por ejemplo, el derecho procrear libre y responsablemente, el derecho al libre desarrollo y bienestar. En razón a que estos derechos no son absolutos ni inalienables en un sentido abstracto, en caso de conflicto entre ellos debe desplazarse alguno de ellos teniendo en cuenta el "interés preponderante de la persona afectada". La solución de este conflicto no puede ser decidida soberanamente por el Estado, pues el respeto de la dignidad de la persona impone reconocer que ésta es la mejor concedora de sus intereses. Lo que no significa que su decisión será el simple ejercicio de un libre arbitrio. Su decisión o consentimiento está condicionado por su capacidad personal a darlo, al hecho que esté debidamente informada de la naturaleza y de los alcances de la intervención a la que será sometida y a la ausencia de toda presión externa. Dado este contexto, la decisión de someterse a una esterilización sólo constituye el ejercicio responsable del derecho a la libertad de procreación. De esta manera, ella valora su conducta como relevante para su proyecto de vida libremente elegido y no causa prejuicios serios a los intereses de terceros.

Desde esta perspectiva, la ley n. 26530, modificadora del art. IV del Decreto Legislativo n. 346, que excluye sólo el aborto, y no la esterilización voluntaria, del Programa Nacional de Planificación familiar, no viola los derechos fundamentales de la persona y, por tanto, no es contraria a la Constitución.

Los argumentos invocados para afirmar lo contrario constituyen, en buena cuenta, una manera de tratar de imponer una concepción ética, moral, religiosa y social como la única y verdadera. Esto se pone en evidencia en el siguiente párrafo del Comunicado del Consejo Universitario de la Católica: "Resulta también claro que la ley de esterilización quebranta principios fundamentales de la fe cristiana. Ella desconoce la integridad de la persona humana, creada a imagen y semejanza de Dios. Por otra parte alienta una tendencia puramente hedonista que se esconde en la falsa tesis de la supuesta propiedad sobre el propio cuerpo. Tesis que reduce al ser humano a la simple categoría de objeto y que lo hace presa de intereses, apetencias y deseos moralmente ambiguos".

Contra este tipo de fundamentalismos debemos estar alertas, pues no sólo constituyen un riesgo para el ejercicio responsable de la sexualidad y de la facultad de procrear, sino lo es también para el resto de los derechos fundamentales.

Bibliografía sucinta

Avendaño, Leonidas, La reforma de la legislación penal, Parte especial: Estudio crítico forense del nuevo Código Penal del Perú, in Revista del Foro 1924, p. 248 y ss.

Dworkin, Ronald, El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual, Barcelona 1994.

Hurtado Pozo, José, Manual de Derecho Penal. Parte Especial 2. Aborto, Lima 1994.

Juan-Pablo II. La splendeur de la vérité. Lettre encyclique Veritatis Splendor del 6 de agosto de 1993. Mesnil-sur-l'Estreée 1993

Juan-Pablo II, Lettres aux familles del 22 de febrero de 1994, con prefacio de Mgr. Jacques Jullien, Plon-Mame, Paris 1994.

Laporta, Francisco, Sobre el concepo de derechos humanos, in Doxa n. 4, 1987, p. 23 y ss.

Singer, Peter, Etica práctica, 2a. ed., Cambridge 1995.

Stratenwerth, Günter, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 4a. ed., Bern 1993.

(Richi, p. 295, donde esta la nota 163).