



DERECHOS
HUMANOS
DE LAS
MUJERES

Aproximaciones
conceptuales



*Manuela
Ramos*



Serie Mujer
y Derechos
Humanos 2

ABORTO Y CONSTITUCION

*José Hurtado Pozo**

* Doctor en Derecho, profesor de Derecho Penal en la Universidad de Friburgo, Suiza.

I. INTRODUCCION

Todo sistema normativo (moral, jurídico, social) se orienta a controlar el comportamiento de las personas evitando o solucionando conflictos de intereses. Todos esos sistemas recurren a diferentes medios de reacción que restringen gravemente las libertades y bienes de las personas. Este es el caso, en particular, del sistema de control penal. Esta realidad explica ampliamente la casi unanimidad existente en cuanto a la necesidad de limitar el poder punitivo del Estado.

Los esfuerzos realizados en este sentido, en materia de control penal, se orientan a que el sistema punitivo no sólo garantice los bienes de las personas mediante la restricción de bienes fundamentales a título de sanción, sino que sea también promotor de la libertad de todas las personas.

Estos esfuerzos se inician realmente con los movimientos sociales y de ideas que culminan con la Revolución Francesa y la aparición del Estado liberal moderno. Proceso que significó la secularización de la vida social y política, el abandono de las concepciones que justificaban el poder invocando su origen divino.

Las primeras declaraciones de derechos del hombre se fundaban en la concepción del contrato social que suponía que las personas, en el estado natural previo, gozaban de derechos naturales y que permitían sean restringidos con el

fin de convivir en comunidad. El Estado, sociedad políticamente organizada, sólo debía reconocer esos derechos naturales y no limitarlos de manera abusiva.

La idea del Estado de derecho liberal ha evolucionado, entre otras circunstancias, por la manera como ha ido precisándose y completándose la concepción sobre los derechos humanos. En este siglo, con la Declaración Universal de derechos humanos de 1948 se plasmó una concepción occidental de estos derechos que se ha convertido en un paradigma de moralidad crítica, a la que los Estados deben adecuar su legislación interna. En consecuencia, los Estados, sean cuales fueren sus particularidades culturales, políticas, económicas o sociales, están obligados a garantizar los derechos fundamentales de las personas.

Este auge de los derechos humanos como base del Estado de derecho ha determinado que, en la mayoría de Constituciones modernas, se incorporen listas bastante detalladas de tales derechos. Hecho que seguramente ha influenciado en el cuestionamiento de las diferentes ramas del derecho positivo, en especial del derecho penal, en relación con su conformidad con las normas y principios constitucionales. En esta perspectiva, se habla frecuentemente de «constitucionalización de la materia penal».

La elaboración o modificación de las leyes y su aplicación están, en consecuencia, fuertemente marcadas por la determinación de su conformidad a la Constitución y, por ende, por su respeto a los derechos humanos. La tarea del legislador y de los órganos competentes para aplicar las normas penales, orientada a prevenir o solucionar conflictos, deviene con frecuencia una labor consistente en sopesar los derechos fundamentales en conflicto. Esta apreciación de la importancia de los intereses en conflicto no tiene lugar, sin duda alguna, a un nivel meramente abstracto y por la aplicación de una fórmula destinada a solucionar dichos conflictos; La solución depende de las circunstancias, del contexto y, en algunos casos, también de las consecuencias del hecho de preferir uno de los derechos en conflicto.

Un ejemplo típico de los innumerables aspectos y complicaciones que presentan ciertos conflictos de intereses es el relativo al aborto. Los diversos criterios propuestos y, a

veces, consagrados legislativamente son un fiel reflejo de la variedad de perspectivas axiológicas, políticas, religiosas y pragmáticas que han sido adoptadas. Mi objetivo no es el de analizar cada una de ellas, ya muy bien conocidas por ustedes debido al intenso debate que desde hace un buen tiempo tiene lugar. Quiero más bien presentar los casos de Suiza y del Perú con la finalidad de mostrar la manera como se trata de resolver el conflicto de intereses personales que supone la interrupción del embarazo en dos países diferentes social y políticamente, pero que se relacionan por la influencia del modelo suizo en la elaboración de la legislación penal peruana.

Siguiendo al Proyecto suizo de 1918, el legislador peruano, en 1924, promulgó un nuevo Código penal, lo que significó el abandono del modelo español que sirvió de base a la elaboración del Código de 1872. La regulación de la represión del aborto al estilo suizo constituyó un gran avance en la medida, por ejemplo, en que se previó el aborto terapéutico. Dicha regulación se caracterizaba por estar basada en los criterios siguientes:

1. represión severa para quien comete el aborto sin el consentimiento de la madre;
2. represión relativamente severa para quien practica el aborto con el consentimiento de la mujer;
3. represión atenuada de la mujer que se práctica ella misma el aborto o consiente que se lo practique un tercero;
4. impunidad del aborto terapéutico.

De la manera como los legisladores suizo y peruano habían regulado los comportamientos incriminados y de acuerdo a la graduación de las sanciones previstas para cada uno de los casos, se puede considerar que los presupuestos tomados en consideración son los siguientes:

1. Protección del bien jurídico vida humana en su etapa embrionaria, sin indicar expresamente el momento en el que comienza la protección y, por el contrario, señalando que termina con el inicio del parto (art. 110).
2. Estimación de la vida embrionaria como menos valiosa que la vida del nuevo ser, cuyo nacimiento ha comenzado.

Esto se deduce de las constataciones siguientes:

- a. Distinción clara entre aborto y homicidio. En las normas que se describen las diferentes formas de este último, la víctima es indicada expresamente mediante el término «persona».
- b. No represión del hecho de causar por negligencia la destrucción del embrión, a diferencia de la represión del homicidio por negligencia.
- c. Preferencia reconocida a la vida y a la salud de la madre frente a la vida embrionaria, en caso de peligro grave y siempre que la mujer consienta (aborto terapéutico).
- d. No represión de las lesiones causadas, dolosa o culposamente, al feto. Hechos que si son reprimidos como lesiones (daños a la integridad corporal o a la salud física o mental) cuando se trata de un ser humano ya nacido o en proceso de nacimiento.
- e. La severidad de las penas previstas en caso de homicidio, en relación con las estatuidas para el aborto, muestra claramente que el primero es considerado como un acto significativamente más grave que el aborto;

Teniendo en cuenta las grandes diferencias sociales, económicas y políticas existentes entre Suiza y Perú, se comprende fácilmente que disposiciones legales muy semejantes hayan sido aplicadas de manera diferente. También es claro que los procesos de reforma de las mismas disposiciones legales hayan dado lugar a discusiones y propuestas distintas. Las diferencias en ambos niveles han sido naturalmente las que se dan entre un país desarrollado, rico y políticamente estable y un país subdesarrollado, pobre e inestable tanto social como políticamente.

II. CASO SUIZO

La tercera gran revisión del Código suizo comenzó con la constitución de una Comisión de expertos en setiembre de 1971. Por la amplitud de la materia, se decidió que se procedería por etapas. Debido a que, por entonces, un grupo de ciudadanos recolectaba firmas para ejercer el derecho de

iniciativa popular en favor de la descriminalización del aborto, se encargó a dicha comisión como tarea primera la revisión de los artículos 118 a 121, relativos a la represión del aborto y a la impunidad del aborto terapéutico.

Tres opiniones diferentes se manifestaron:

- a- La iniciativa popular en favor de la descriminalización (1.12.1971) propugnaba la introducción en la Constitución federal de un nuevo art. 65 bis: «No podrá pronunciarse condena por interrupción del embarazo». En el mismo sentido, el Grand Conseil del Cantón de Neuchâtel planteaba una iniciativa cantonal proponiendo la derogatoria de los artículos 118, 119, 120 y 121 del Código penal represores del aborto.
- b- La petición «sí a la vida no al aborto», setiembre de 1972, proponía que las autoridades conserven y refuercen las disposiciones legales vigentes que tienen la finalidad de proteger la vida de los seres humanos en formación.
- c- Entre esas dos posiciones extremas, dos opiniones intermedias se manifestaron. Una propugnaba la solución de los plazos: toda interrupción del embarazo provocada por un médico en un plazo determinado no debía ser castigada. La otra proponía de ampliar el número de las indicaciones que permiten no castigar la interrupción del embarazo.

Esta última concepción fue especialmente planteada en una moción presentada por el Consejero Nacional Eng. Mediante esta moción, el Consejo Federal era invitado a preparar proposiciones destinadas a modificar los artículos 118 a 121 del Código penal en el sentido, primero, de completar la lista de casos de manera a impedir que el niño o, en caso de crimen, que la mujer encinta no sufra daños síquicos o físicos; segundo, limitar el número de abortos ilegales y hacer que las disposiciones legales relativas al aborto se apliquen uniformemente.

La Comisión de expertos examinó el conjunto de las cuestiones concernientes a la nueva reglamentación de la interrupción del embarazo no punible. De manera general, la Comisión se pronunció a la vez contra el statu quo y contra la agravación de las penas previstas en el Código penal.

Según esta iniciativa, debía completarse la Constitución mediante un nuevo art. 34 novies:

«La interrupción del embarazo no es punible si es practicada por un médico, autorizado a ejercer la profesión, en las doce primeras semanas del embarazo y con el consentimiento escrito de la madre. La libertad de escoger el médico está garantizada.»

«La Confederación, en colaboración con los Cantones, tomará las disposiciones necesarias para proteger la mujer encinta y promover la planificación familiar.»

En su mensaje, el Consejo federal argumentó diciendo que «si se adopta la solución de los plazos, se reconoce a la mujer encinta el derecho a disponer del destino del nuevo ser, sin exigírsele ningún motivo objetivo que justifique la interrupción del embarazo». En su opinión, esta solución resulta también contraria al principio de confrontar la importancia de los intereses en conflicto, ya que no se miden el valor y los derechos de dos vidas humanas equivalentes. La decisión será tomada unilateralmente en favor de la mujer embarazada, cualquiera que sean los motivos que determinen esta decisión. Además, el derecho reconocido a la mujer es contrario al principio generalmente admitido de que la persona directamente interesada sea juez y parte en caso de conflicto. Este debe ser resuelto por un tercero y sobre la base de criterios objetivos. Esta iniciativa fue rechazada por votación popular en setiembre de 1977.

A pesar del rechazo repetido de los ciudadanos, cuatro iniciativas parlamentarias y cuatro cantonales plantearon nuevamente la reforma de la legislación. Todas estas iniciativas, a excepción de una sola, pedían al Parlamento la búsqueda de una solución federalista al problema de la interrupción del embarazo no punible, es decir reconocer a los cantones que lo quisieran la libertad de aplicar en sus territorios la solución de los plazos. Aun cuando esta solución fue aceptada por el Consejo Nacional, el Consejo federal consideró que, a pesar de su conformidad con la Constitución, la propuesta

federalista constituía un grave atentado contra la unidad del derecho penal federal y favorecía la tendencia actual de los cantones a tratar diferentemente los problemas del aborto. El Consejo de los Estados se pronunció conformemente a la opinión del Consejo federal y rechazó la solución federalista.

Todos estos debates no han sido del todo improductivos. En octubre de 1981, se adoptó la ley federal concerniente a los centros de consulta en materia de aborto y se modificó la ley federal sobre seguro de enfermedad. Esta modificación permite a las mujeres aseguradas, en caso de interrupción no punible del embarazo, obtener las prestaciones normales de parte de las instituciones aseguradoras, en particular los cuidados médicos y farmacéuticos así como las indemnizaciones de jornales.

Mientras que las Cámaras federales discutían las ocho iniciativas indicadas, una nueva iniciativa popular fue depositada en julio de 1980. Se trataba de la iniciativa «vida sí, aborto no» que proponía se inserte en la Constitución un nuevo art. 54 bis, del tenor siguiente:

«Todo ser humano tiene derecho a la vida así como a la integridad corporal y espiritual»

«La vida del ser humano comienza desde la concepción y termina con la muerte natural»

«La protección de la vida y de la integridad corporal y espiritual no debe ser comprometida en provecho de derechos de menor importancia. Sólo puede afectarse los bienes beneficiados con esta protección mediante un procedimiento conforme a los principios que rigen el Estado fundado en el derecho».

De acuerdo con el Comité responsable, la tentativa tenía tres objetivos:

«provocar una decisión de principio clara en favor de la protección de todo ser humano»

«dar instrucciones al legislador y a todos los órganos del Estado, así como limitar claramente los casos en que ese derecho fundamental podía ser afectado»

«establecer los fundamentos constitucionales permitiendo de tomar «las medidas positivas y eficaces» destinadas a proteger la vida humana».

El Consejo federal opuso a esta iniciativa un contraproyecto por el que no hacía sino regular expresamente el derecho constitucional no escrito a la vida y ya establecido por la jurisprudencia del Tribunal federal. El Parlamento no aceptó la proposición del Consejo federal y la iniciativa popular fue rechazada por votación igualmente popular en junio de 1985.

De esta manera, se mantiene la situación establecida en 1942 mediante la entrada en aplicación del Código penal federal, cuyas disposiciones referentes al aborto pueden ser consideradas como severas y que sólo permite el aborto terapéutico bajo condiciones bastante estrictas. Frente a esta reglamentación, la realidad se presenta de manera bastante diferente. Se puede sostener que, hoy en día, la interrupción voluntaria del embarazo es practicada por médicos y en buenas condiciones materiales. De modo que se ha llegado a afirmar que muy raro es el caso en que la muerte de la mujer embarazada se produce en ocasión de un aborto clandestino; a pesar que una de cada cinco mujeres recurren, al menos una vez en sus vidas, a la práctica del aborto clandestino.

Lo cierto es que las normas del Código penal relativas al aborto son aplicadas de manera diferente por los 26 cantones y medio cantones. La tendencia actualmente predominante es la de una aplicación liberal, de manera a que no existe casi diferencia entre los antes llamados cantones liberales (Ginebra, Vaud, Neuchâtel) y los denominados conservadores (Jura, Fribourg, Valais). Entre los cantones germánicos, sólo una minoría de cantones continúan aplicando de manera estricta las severas disposiciones del Código (Uri, Nidwald, Obwald, Appenzell). Desde 1988, ningún tribunal ha condenado por aborto.

Es contra esta situación de hecho «hipócrita» que Barbara Hearing-Binder, consejera nacional socialista, ha planteado una

En los diferentes proyectos de reforma, la tendencia predominante fue sobre todo la de reforzar la represión del aborto, pero manteniendo casi inalterada la regulación de la impunidad del aborto terapéutico. Sólo en el proyecto de 1990, se innovó substancialmente tanto atenuando las penas como ampliando la impunidad a los casos de interrupción del embarazo por razones éticas o jurídicas (violación) y eugenésicas. Esta solución fue abandonada en el texto definitivo: la impunidad sólo es conservada para el aborto terapéutico y las indicaciones éticas y eugenésicas son consideradas como meras circunstancias atenuantes de la represión.

La reacción contra esta tendencia liberal ha sido constante y tuvo éxito temporalmente al elaborarse y promulgarse el Código Sanitario de 1980. El art. 21 de este Código disponía, primero, que el aborto terapéutico sólo era permitido «cuando existe prueba indubitable de daño en la salud con muerte del producto de la concepción o de la madre» y, segundo, que era necesaria «la opinión de dos médicos que tratarán el caso en consulta». Además, en los arts. 22 y 23, se prohibió el aborto terapéutico por consideraciones de orden moral, social o económico y la práctica del aborto como medio de control de natalidad.

Estas restricciones importantes dirigidas a reducir significativamente la aplicación de la disposición relativa al aborto terapéutico sólo estuvieron en vigencia un año.

Los criterios opositores a la liberalización en materia de aborto sobreviven y se refuerzan en razón, particularmente, a la influencia del movimiento de regresión que tiene lugar actualmente en muchos países. Movimiento impulsado sobre todo por la Iglesia Católica y cuya influencia es muy importante en Latinoamérica.

Como ejemplo, en el Perú, de la supervivencia vigorosa de la concepción represiva pueden señalarse dos casos. El primero, directamente relacionado con el aborto, es la modificación de último minuto y sin discusión alguna de la regulación de los casos de aborto por razones ética y eugenésica. El segundo, referido a la esterilización, es la reacción de la Iglesia Católica y de instituciones bajo su influencia como la Universidad Católica del Perú y, durante los dos últimos años, el Colegio de Abogados

de Lima, calificando de contraria a la Constitución a la ley que derogó la prohibición del uso de la esterilización voluntaria como medio de control de natalidad.

IV. DEBATE ACTUAL

Por razones de tiempo y considerando que la discusión en Suiza no difiere en mucho a las que han tenido lugar en los diferentes países europeos, me limitaré a presentar el debate actual en el Perú sobre la manera de comprender y resolver el conflicto de intereses presente en los casos de interrupción del embarazo.

La regulación del Código Penal del aborto, sin entrar a juzgar que sea la mejor o más conveniente, es conforme a la Constitución en la medida que el art. 2, inc. 1, distingue: de un lado, la persona que tiene derecho a la vida, identidad, integridad moral, síquica o física, y al libre desarrollo y bienestar; de otro lado, el concebido considerado como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. Si se hubiera partido de la idea que éste era una persona y que, en consecuencia, ya estaba comprendido en la fórmula «Toda persona tiene derecho ...», la mención expresa del concebido como sujeto de derecho resultaba superflua.

Cabe sin embargo preguntarse, si esta disposición no debe ser interpretada reconociendo toda la fuerza que podría darse a una ficción jurídica o si es de admitir, como algunos civilistas lo pretenden, que se trata en ambos casos de una persona humana.

Este segundo criterio es propuesto a partir del art. 1 del Código Civil, en el que se califica de sujeto de derecho a la persona humana desde que nace y hace lo mismo respecto al concebido, estableciendo una excepción únicamente respecto a la «atribución de derechos patrimoniales». El concebido sería en consecuencia sujeto de derecho por constituir una persona, ya que su nacimiento no es una condición para el reconocimiento definitivo de sus demás derechos. De esta manera, se habría abandonado una concepción «patrimonialista» en favor de una concepción «personalista».

El concebido no sería más tratado como una ficción jurídica, ni como una «mera esperanza de ser humano». Concluyéndose, de esta manera, que el concebido es también «persona humana» y, como tal, merecedor de la misma protección de que gozan las personas ya realizadas.

Toda apreciación de valor discriminatoria en relación con las diferentes etapas de la evolución del ser humano sería injustificada y si alguna hubiera que hacer sería más bien la de considerar que la vida inocente e incapaz de defenderse debería ser más protegida que la del ser humano desarrollado, maduro y capaz de defenderse.

Esta concepción se inspira directamente en las ideas preconizadas, fundamentalmente, por la Iglesia Católica. Si bien en un inicio, de acuerdo con esta orientación, la condena del aborto era fundada en el carácter sagrado de la vida (creación de Dios, quien sólo puede disponer de ella), desde mediados del Siglo XIX (1869, Pío IX), se completa con el abandono del criterio de la animación tardía del feto y la afirmación que éste es desde la concepción una persona humana.

De este modo, la Iglesia Católica reforzó su lucha contra el aborto apoyándose simultáneamente en la concepción autónoma de la protección de la vida (basada en su carácter sagrado) y en la concepción derivada de la vida como derecho perteneciente a todo ser por su condición de persona.

En esta perspectiva, aparece lógico que se pregunte ¿cómo se ha llegado, en la época de los derechos humanos, a la contradicción sorprendente de negación y violación práctica del derecho a la vida, particularmente en los momentos más significativos de la existencia: el nacimiento y la muerte?.

Y que se proclame: «ninguna circunstancia, ningún fin, ninguna ley del mundo podrá jamás transformar en lícito un acto que es intrínsecamente ilícito por ser contrario a la ley de Dios, escrita en el corazón de toda persona, revelada por la razón misma y proclamada por la Iglesia».

La muerte del feto deja de ser un aborto para transformarse en un homicidio, en genocidio. Las leyes que lo admitan son leyes sin validez jurídica y el Estado que las dicta un Estado tirano que pretende poder disponer de la vida de los más débiles y sin defensa.

Esta concepción no se encuentra en la base de los sistemas constitucional y penal peruanos. Aun cuando hubiera podido hacerlo, a condición que no afecte de esta manera los intereses de otras personas, el Estado peruano no ha declarado que el concebido es una persona humana. Si lo hubiera hecho en la Constitución de 1993, esto hubiera significado que las normas del Código Penal de 1991, referentes al aborto, deberían de ser consideradas como anticonstitucionales. Esto en razón a que no se protege de la misma manera al concebido y a las personas. Así, cuando se autoriza el sacrificio de la vida del concebido para evitar que la madre sufra grave daño en su salud; o cuando se disminuye la protección del feto al atenuar la represión del aborto en consideración a circunstancias o intereses personales o sociales: desarrollo y perfeccionamiento de la personalidad de la madre. Se habría contradicho así el principio fundamental de que no hay vidas menos valiosas que otras.

La regulación del aborto en el sistema legal peruano sólo puede ser comprendida si se reconoce que, en el art. 2, inc. 1, de la Constitución, la protección del concebido no se basa en el reconocimiento de su condición de persona. De esta manera, se ha considerado correctamente que el problema central no es el de determinar si el concebido es o no una persona, sino que se trata más bien de saber cómo el Estado puede reconocer y proteger mejor el bien jurídico vida, sobre cuyo carácter esencial existe unanimidad. La vida humana tiene un valor intrínseco cualquiera que sea la etapa de su evolución.

De modo que la prohibición del aborto significa la preocupación legítima de la comunidad por proteger la vida humana, exigiendo a sus miembros que le reconozcan un valor intrínseco al tomar decisiones individuales. Estos actúan irresponsablemente cuando atentan contra la vida del concebido sin tener una justificación suficiente. Situación que debe ser apreciada considerando que cualquiera que sea la razón de abortar, la decisión es tomada casi siempre en un contexto complejo de intereses y responsabilidades en conflicto.

El legislador peruano no ha osado tener plenamente en cuenta estas circunstancias. De un lado, no reconoce que en

la resolución de dicho conflicto de intereses la mujer embarazada debe jugar un papel decisivo. Que su vida, sus proyectos y aspiraciones vitales son ampliamente comprometidos por el nacimiento del nuevo ser y por la carga que significa su crianza, supervivencia y desarrollo futuro.

En este sentido, resulta insuficiente su decisión de sólo considerar el consentimiento de la madre para efectos de atenuar la represión. Abortar para la madre no es una simple cuestión de decidir, libre y soberanamente, sobre la continuación del embarazo. No se trata del ejercicio de un cierto libre albedrío. Aceptar este criterio implica situar a la madre en un mundo irreal y juzgar su decisión sin tener en cuenta las circunstancias humanas y materiales en las que actúa. Lo que significa a su vez desconocer su dignidad fundada en su sola condición de persona humana.

De otro lado, el codificador no ha sido consecuente con el reconocimiento que hace de ciertas circunstancias especiales que son propias a frustrar la vida del nuevo ser o la de la madre (embarazo debido a violación sexual o a inseminación artificial no consentida y feto gravemente afectado por taras físicas o síquicas). A diferencia de los legisladores que han tomado en cuenta dichas circunstancias, el nuestro se ha limitado a atenuar la pena. En la medida que con el nacimiento del nuevo ser afectará profundamente el desarrollo de la personalidad y la calidad de vida de la madre, ésta debería decidir, libre y responsablemente, sobre la interrupción del embarazo.

De manera consecuente se debió admitir que la mejor manera de proteger la vida es fomentando la responsabilidad de las personas para evitar que desperdicien vida humana. La base de esta responsabilidad es el reconocimiento de la soberanía de las personas -en el caso tratado, de la mujer, en la toma de decisiones personales. Más exactamente, la pretensión a no sufrir intromisiones de terceros, especialmente del Estado, en dominios que conciernen de manera fundamental a una persona como lo es la decisión de engendrar o de tener un hijo. La aplicación de estos criterios en materia de reproducción, control de embarazo y aborto, significa la admisión del principio de la autonomía procreadora.

V. COLOFON

Las moralejas que pueden sacarse de esta exposición son muchas. Quizás una de las más importantes sea la confirmación de una constatación generalmente aceptada, pero muchas veces olvidada. La eficacia del derecho como medio de solución de conflictos no depende de la elaboración de leyes cada vez más perfectas (técnica y dogmáticamente), sino de su aplicación por órganos estatales competentes y estables. En esto radica, precisamente, la diferencia existente entre el caso del Perú, donde la Constitución enumera ampliamente los derechos humanos, y el de Suiza, donde la Constitución no menciona expresamente el derecho a la vida. Lo que en buena cuenta significa que todo depende de la consolidación del Estado de derecho y social, lo que implica el respeto cada vez más amplio de los derechos humanos, devenidos en derechos positivos por su consagración en las Constituciones.