

§ 9 DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD

I

Reflexiones sobre la protección penal de la vida humana: eutanasia, asistencia al suicidio y homicidio a pedido de la víctima*

“[...] en general, las personas mueren como han vivido. Si alguien ha sido combativo toda su vida, luchará hasta el final. Nuestro papel no es de practicar el paternalismo terminal, de imponer lo que nos parece una ‘bella’ o ‘buena’ muerte. Sino más bien de tratar de eliminar los obstáculos que se erigen entre una persona y su propia muerte –aquella que es conforme a los deseos, lo vivido y la personalidad de cada uno”¹.

Gian Domenico Borasio

Sumario: 1. Presentación. 2. Introducción. 3. Vida humana. a. Eutanasia. b. Sentencia en el caso Berner. c. Comentarios a la sentencia. a) Contexto. b) Tipicidad. c) Ilícitud y culpabilidad. d. Conclusión. 4. Vida embrionaria y procreación. a. Introducción. b. Procreación responsable. c. Aborto terapéutico. 5. Femicidio. a. Introducción. b. Concepción de género. c. Técnica legislativa. d. Evolución legislativa en el Perú. e. Cuestiones procesales. f. Apreciaciones de política criminal. 6. Bibliografía sucinta.

* Versión aumentada del artículo escrito en el libro homenaje al profesor Nodier Agudelo, *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado*, Bogotá, 2013, t. II, pp. 307 y ss. Utilizada para dictar una conferencia en Asunción (Paraguay), 2014.

1 Versión en línea: <http://bit.ly/1JL8ZbC>.

1. Presentación

Desde hace muchos años y en diversas latitudes he frecuentado a Nodier Agudelo Betancur. De modo que, gracias a su generosidad, hemos llegado a establecer relaciones personales y académicas profundas. De las cuales he sido el principal beneficiado. Todo comenzó hace más de dos décadas en ocasión de mi primer viaje a Medellín, propiciado por su discípulo Fernando Velásquez Velásquez y a quien conocí, ocasión inolvidable, en el Max Planck Institut de Freiburg im Breisgau. Por todo esto, resultaba imposible dejar de participar en este libro, que tiene la finalidad de rendirle merecido homenaje por sus calidades humanas y su alto nivel tanto en la investigación como en la enseñanza del derecho penal.

El problema mayor, en consideración al número y a la diversidad de temas que Nodier Agudelo ha estudiado, era escoger la materia a presentar en esta breve contribución. Teniendo en cuenta que su labor esta siempre inspirada en el reconocimiento y salvaguarda de la dignidad de la persona y de los derechos humanos, escogimos analizar el complejo tema de la protección de la vida humana, la cual implica necesariamente el respeto de la libertad de decidir sobre el cómo y el cuándo ponerle fin. Nuestro análisis se limitará sin embargo a algunos aspectos penales de esta problemática compleja.

Con el objeto de tratar el tema de manera concreta, presentamos una sentencia dictada por un juez suizo², en la que se plantean ciertas cuestiones sobre la manera cómo debe juzgarse a quien, a pedido de la persona concernida, interviene en la culminación de su vida. Después de una introducción sucinta al tema, resumimos los hechos y los argumentos de la sentencia, Enseguida analizamos los fundamentos de esta decisión y, finalmente, establecemos algunas conclusiones.

Valga el esfuerzo aunque estamos seguros de que no estaremos a la altura con la que Nodier Agudelo lo hubiera hecho, pues carecemos de sus calidades. Las mismas que han sido descritas convenientemente diciendo: “Además de estar en su finca sembrando plantas, la felicidad de Nodier Agudelo es estar frente a un auditorio y verlo saturado de risa, a pesar de hablar del escabroso tema del delito. A cada tema, por muy complejo o doloroso que sea, siempre le pone su toque burlón de paisa coloquial y desfachatado”³.

2 BASTIEN SANDOZ, Président. Réf.: POL.2010.19/mad Réf.

3 Versión en línea: <http://carpidi.correvedile.com/profesor-nodier>.

2. Introducción

Con el reconocimiento de los derechos humanos, conforme a la concepción predominante en nuestro ámbito cultural, en tanto parámetro para calificar a los sistemas de liberales y democráticos, se ha impulsado la exigencia de que los Estados, sin consideración a sus especificidades sociales, económicas, culturales o políticas, asuman el deber de garantizar dichos derechos. Por esto se les prevé expresamente en la mayoría de las constituciones políticas vigentes y, asimismo, no solo se promueve la garantía de que no sean violados por el Estado y los particulares, sino que se fomentan las condiciones favorables para su desarrollo y ejercicio. La adecuación de la reacción penal del Estado a estas exigencias constituye la denominada “constitucionalización de la materia penal”.

El legislador al dictar leyes y los órganos competentes al aplicarlas, con la finalidad de prevenir o solucionar conflictos, sopesan los intereses concernidos, lo que implica con frecuencia superar una confrontación de derechos fundamentales. No se trata de una apreciación abstracta sino que depende del contexto personal y material en el que se realiza. De manera a tener en cuenta, igualmente, las consecuencias que acarrearía el preferir uno de dichos derechos en conflicto.

La Constitución, al regular los fundamentos y lineamientos de la organización política de la sociedad, determina expresa o tácitamente los intereses individuales y colectivos para la vida comunitaria. Lo que la convierte en una guía para determinar, en el ámbito penal, los bienes que deben ser protegidos y los alcances de esta protección. Sin embargo, la Constitución no es la única fuente de los bienes jurídicos merecedores de protección penal, ni todos los bienes que toma en cuenta deben gozar de dicha protección, menos aún que la protección penal comprenda todos los atentados que pueden ser cometidos contra dichos bienes. Los ámbitos de la Constitución y del derecho penal se superponen parcialmente, pero la elaboración de disposiciones penales y su aplicación deben hacerse de conformidad con el marco fijado por la Constitución.

3. Vida humana

La cuestión de la vida humana se plantea desde el momento de la concepción hasta la muerte, pasando por la vida embrionaria y la vida autónoma posterior al parto. Los alcances de su protección son constantemente debatidos en función de la diversidad de concepciones filosóficas, éticas, sociológicas y jurídicas con las que se le valora. Las divergencias continuarán y hasta se profundizarán debido a la imposibilidad de llegar a la unanimidad respecto a una de estas concepciones. Sin embargo, en el ámbito del derecho y, en particular, del dere-

cho penal, en razón a su índole pragmática debe adoptarse un compromiso que, en la medida de lo posible, satisfaga las expectativas de la mayoría de personas y los intereses colectivos, en el respeto de la dignidad y la libertad de las personas.

En esta perspectiva, los legisladores han regulado la protección penal en función del nivel de evolución del ser humano. Así, han considerado fundamentalmente dos etapas: de una parte, la que se desarrolla en el seno materno y, de otra, aquella que se desenvuelve independientemente del cuerpo materno. Criterio que plantea una serie de dificultades en cuanto a la fijación de los límites de cada uno de estos periodos, ya que se recurre a diversos criterios como: desde la concepción, a partir de la nidación, durante o después del parto, muerte biológica y muerte clínica.

De acuerdo con esa partición, se distingue el homicidio del aborto. En la medida en que las penas previstas para reprimir a los autores del primero son más severas que las fijadas respecto a los responsables del segundo, se puede considerar que el legislador ha estimado que la vida autónoma o realizada es de mayor valor que la vida embrionaria.

En relación con el homicidio, la vida tomada en cuenta es concebida como el conjunto de funciones biológicas y psicológicas propias al ser humano natural. La cual existe, como se admite casi unánimemente, desde los primeros dolores del parto y culmina con la constatación de la muerte clínica o cerebral. Esta vida es la condición elemental para el desarrollo del ser humano; la *conditio sine qua non* del ejercicio de todos los demás derechos de la persona.

Las concepciones sobre el tratamiento de los casos de eutanasia están relacionadas, pero de manera diferenciada, con la distinción entre la eutanasia activa y la pasiva. La primera cuestión que debe subrayarse es que, en el ámbito jurídico, esta diferenciación no debe hacerse recurriendo a la distinción entre los comportamientos de comisión y de omisión. Debe más bien tenerse en cuenta la esperanza de vida que tiene la persona concernida, para enseguida determinar los alcances del comportamiento en función de la influencia que tiene sobre esa esperanza de vida. En esta perspectiva, se califica, por un lado, de eutanasia activa el comportamiento que influye negativamente sobre la duración de la vida del paciente y, por otro, de pasiva el hecho de renunciar, p.e., por parte del médico tratante, a las medidas que mantendrían en vida al moribundo.

Si bien se considera, sin grandes dificultades, como punible al médico que inyecta al paciente un producto que sabe le producirá la muerte (eutanasia activa directa), no existe unanimidad respecto a cómo tratar al médico que prescribe un producto idóneo para calmar los sufrimientos insoportables, pero que pro-

ducirán progresivamente el deceso del paciente. Este tipo de casos es tratado, generalmente, como asistencia a la muerte, cuya práctica es obligatoria por favorecer el respeto de la dignidad de la persona, la que implica el reconocimiento de la libertad de cada uno para decidir sobre su muerte y, por tanto, sobre el tratamiento que se le propone o aplica.

Así, el médico no detenta, bajo el manto de su obligación de asistir al moribundo, un poder de decidir sobre su salud y su vida. El vínculo jurídico que los une es el de un mandato, que el paciente puede modificar o anular. Por lo que el médico puede encontrarse en un conflicto de intereses respecto a su deber de preservar la vida del paciente o de cumplir su obligación de aliviar los padecimientos físicos y síquicos del mismo paciente.

Los límites dependen de la voluntad del interesado. El médico deja de estar ligado a su deber de garante cuando el paciente –capaz, consciente y suficientemente informado sobre su estado de salud– le exige suspender todo tratamiento para mantenerlo con vida. Esta voluntad puede ser presumida considerando de manera seria y meticulosa todas las circunstancias personales y materiales del caso. Por ejemplo, una declaración escrita del paciente renunciando a que se le conserve en vida, puede constituir un indicio importante para precisar su voluntad. Sin embargo, esto no libera de la obligación de considerar otros elementos esenciales, útiles para presumir la voluntad actual del paciente. Por lo que debe preguntarse si el interesado, en el momento álgido, revocaría o no su declaración. Si bien el médico debe decir definitivamente, tiene que consultar, siempre, a los familiares del paciente.

a. Eutanasia

Los legisladores han debido tomar partido ante el tratamiento de la eutanasia, lo que no significa necesariamente que la hayan regulado expresamente. Cuando han omitido hacerlo, significa que la prohíben y condenan como homicidio. La mayoría, sin embargo, ha previsto disposiciones que, directa o indirectamente, conciernen ciertos aspectos de la eutanasia.

Es el caso, para mencionar en primer lugar el país que nos acoge, el Paraguay. En el artículo 106 CP, homicidio motivado por súplica de la víctima, se prevé el caso de quien “matara a otro que se hallase gravemente enfermo o herido, obedeciendo a súplicas serias, reiteradas e insistentes de la víctima” y su sanción con pena privativa de libertad de hasta tres años. Considerando esta disposición, se afirma que la “eutanasia (muerte dulce) y homicidio-suicidio se comportan como dos círculos secantes, pues la eutanasia no su-

pone necesariamente el consentimiento del sujeto pasivo, y menos que este quiera morir”⁴.

Además, en el mismo Código, artículo 108, se dispone que quien “incitare a otro a cometer suicidio o lo ayudare, serán castigado con pena privativa de libertad de dos a diez años. El que no lo impidiere, pudiendo hacerlo sin riesgo para su vida, será castigado con pena privativa de libertad de uno a tres años”.

Por las afinidades que nos vinculan con la legislación y la doctrina española, indiquemos que en el artículo 143, inciso 4, CP, se dispone que quien “causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de este, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

Disposición que resulta interesante en relación con el caso que luego exponemos debido a que habla de causar o cooperar activamente “con actos necesarios y directos a la muerte de otro”. De modo que comprende al homicidio ha pedido de la víctima y a la asistencia al suicidio, que son previstos separadamente en la legislación suiza.

Un paso decisivo respecto a la regulación de la eutanasia ha sido dado por algunos países europeos. Por ejemplo, en el año 2000, Holanda sanciona la primera ley de eutanasia que prevé el hecho de poner fin a la vida de un paciente bajo tres condiciones: el paciente debe sufrir un dolor intolerable y constante, debe haber pedido en repetidas ocasiones que se le deje morir, debe darse una segunda opinión médica y la terminación de la vida debe producirse en una forma médica apropiada. Dos años más tarde, Bélgica despenalizó la eutanasia para los adultos siguiendo el modelo holandés y fijando condiciones similares.

Los debates y las reformas legislativas continúan de manera intensa y concluyen de diferentes maneras. Por ejemplo, una propuesta legislativa francesa de 2012, agrega al artículo 1110-9 del Código de la Salud Pública, el párrafo siguiente: “Toda persona capaz mayor, en estado avanzado o terminal de una afección accidental o patológica grave e incurable, ocasionándole sufrimientos físicos o síquicos que no pueden ser calmados o que ella considera insoportables,

4 Ley N.º 1.160/97, Código Penal concordado, 2.ª ed., actualizada, t. I. División de Investigación, Legislación y Publicaciones. Asunción (Paraguay). Versión en línea: <http://bit.ly/1VSgCp>, p. 61.

puede pedir de beneficiar, en las condiciones previstas en este título, de una asistencia médica permitiendo, mediante un acto deliberado, una muerte rápida y sin dolor”.

En Suiza, desde el Proyecto de 1908, el legislador helvético admitió el homicidio cometido a pedido serio e insistente de la víctima y la instigación o ayuda al suicidio, las mismas que se mantuvieron en los Proyectos de 1916 y 1918. Dichas figuras delictivas figuran en los artículos 114 y 115 del Código vigente.

La jurisprudencia y la doctrina suizas reconocen que la protección de la vida está garantizada por la Constitución y que “no hay vida humana que no merezca ser vivida”⁵.

Los jueces federales han subrayado que el derecho fundamental a la vida se distingue “de los demás aspectos de la protección de la personalidad, garantizados por la libertad individual, en la medida en que toda violación voluntaria de este derecho constituye al mismo tiempo un atentado a su substancia misma –la que goza de una protección absoluta– y, por esto, una violación de la Constitución”⁶.

b. Sentencia en el caso Berner

La médica Berner, en setiembre 2009 y como miembro de la Asociación Exit⁷, se ocupó de una persona afectada, en fase terminal, de esclerosis lateral amiotrófica, una enfermedad neurodegenerativa, provocándole inevitablemente la muerte. Al momento de su intervención la paciente sufría de manera insostenible e irremediable de dolores imposibles de aliviar, producto de su estado de salud, el cual estaba muy deteriorado. La paciente, en plena posesión de sus capacidades mentales, había expresado de forma reiterada y hasta el último momento su voluntad de morir. De acuerdo con lo querido por la paciente y al recibir la señal acordada, la Dra. Berner presionó con el pie una placa de madera

5 ATF 98 Ia 515/JdT 1973 I 496; CourEDH, *Pretty v. The United Kingdom* Judgment, p. 27, § 37: “L’article 2 protège le droit à la vie, sans lequel la jouissance de l’un quelconque des autres droits et libertés garantis par la Convention serait illusoire”. Cfr. RIKLIN, *Würdiges Sterben*, p. 65; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 1 N.º 6; TRECHSEL/FINGERHUTH, *Praxiskommentar*, Vor artículo 111 N.º 2.

6 ATF 98 Ia 514/JdT 1973 I 496; Cf. ATF 97 I 49 s./JdT 1972 I 8; Message 1996, Constitution, p. 148.

7 Se trata de la Association pour le droit de mourir dans la dignité (ADMD), creada debido a que en Suiza es permitido ayudar al suicidio. Versión en línea: <http://www.exit-geneve.ch>.

con lo que puso en funcionamiento el mecanismo previsto para inyectarle en la circulación sanguínea una solución letal.

El juez consideró que de esta manera la Dra. Berner había tenido el dominio efectivo del hecho que produjo la muerte y que, por lo tanto, su comportamiento constituía un homicidio a pedido de la víctima y no una asistencia al suicidio (artículo 114)⁸, a pesar de que había intervenido en base a la solicitud de ayuda al suicidio asistido que hizo la enferma a la Asociación Exit. La enferma no se había causado ella misma la muerte, sino que se limitó a pedir de manera seria e insistente que se le ayudase a suicidarse, en plena capacidad de discernimiento. La Dra. Berner obró motivada por un sentimiento digno de consideración, a saber, poner fin al sufrimiento físico y psicológico de la paciente.

El juez destacó que el consentimiento no excluye la represión del homicidio porque la vida no es un bien jurídico de libre disposición, pero al mismo tiempo afirmó que pueden, sin embargo, absolver a quien mata a una persona invocando una de las causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad previstas en el artículo 14 y siguientes del CP⁹. De modo que, en su opinión, aun cuando se califique de absoluta a la protección de la vida, se admiten excepciones, tales como la legítima defensa, la eutanasia pasiva y la eutanasia activa indirecta. En apoyo de su posición, recordó que en las directivas de la Academia Suiza de Ciencias Médicas se acepta que un médico adopte un comportamiento específico para acabar con la vida de su paciente, cuando se cumplan ciertas condiciones estrictas¹⁰.

Después de destacar la doctrina unánime sobre la legalidad de la eutanasia pasiva y la eutanasia activa indirecta, el juez sostuvo que, debido a las discrepancias acerca de la eutanasia activa directa, resulta muy complicado valorar distintamente el hecho de prescribir una sustancia para aliviar y acelerar la muerte

8 Esta disposición prevé el homicidio piadoso. A diferencia del artículo 106 CP colombiano, se sanciona a quien, “cediendo a un móvil honorable, en particular por piedad, mata a una persona a su demanda seria e insistente, será castigado con pena privativa de libertad”. De acuerdo con la Sentencia C-239-7 de 1997 de la Corte Constitucional de Colombia, el homicidio de un enfermo terminal, a petición reiterada de este, practicado por un médico, es un hecho lícito.

9 Los artículos señalados regulan las causas de justificación y de ausencia de culpabilidad. Cfr. artículo 32 CP colombiano.

10 Cf. en particular las directivas ASSM “Traitement et prise en charge des patients souffrant d’atteintes cérébrales extrêmes de longue durée” (2003), N.º 2, “Prise en charge des patients en fin de vie” (2004), N.º 4.1, “Soins palliatifs” (2006), N.º 8 s. y “Directives anticipées” (2009).

Versión en línea: <http://bit.ly/1Q7q9oN>.

(activa indirecta) y el de administrar una sustancia con el objetivo principal de acelerar la muerte (activa directa). En su opinión, en ambos casos se trataría de “comportamientos homicidas, por lo que no aparece como objetivo y razonable, el distinguirlos al momento de examinar si son susceptibles de ser considerados como lícitas por una o más circunstancias justificativas relacionadas con el artículo 14 y ss. CP”.

Conforme a este razonamiento, el juez concluyó negando que haya “obstáculo teórico o dogmático absoluto que impida examinar si la acción de la Dra. Berner puede justificarse, en particular, según los artículos 14 ss. CP”. Además consideró que los tratados internacionales suscritos por Suiza “favorecen una aplicación coherente del régimen jurídico suizo de la asistencia a la muerte, lo que permite tener en cuenta los diversos intereses legítimos en juego”. Por lo que es factible examinar si, en este caso, la ponderación de los intereses en conflicto se “inclina o no a favor de una justificación del comportamiento de la Dra. Berner desde el punto de vista del estado de necesidad o de otras circunstancias extraléales relacionadas con este”.

Para adoptar esta solución, el juez admitió que la enfermedad de la paciente era incurable y que le causaba terribles sufrimientos y la pérdida de la dignidad; que estos sufrimientos –tanto física como psíquicamente intolerables– no podían ser aliviados mediante cuidados paliativos; que la paciente no estaba físicamente capacitada para poner fin a sus días por sus propios medios; y, finalmente, que estaba convencido de que la paciente habría muerto rápidamente como resultado de la fulgurante evolución de su enfermedad. En cuanto a la capacidad de discernimiento, el juez afirma su convicción de que la paciente era plenamente capaz y que expresó su voluntad de morir en varias ocasiones.

Además, consideró el contexto específico en el que la acusada actuó: un proceso de suicidio asistido permitido por la ley; el hecho de que solo en el último minuto realizó la conducta cuestionada, ya que la persona que deseaba suicidarse era incapaz físicamente de auto eliminarse. Por lo que afirmó que habría sido “particularmente cruel el negarle [a la paciente] esta última acción”. En su opinión era entonces “legítimo privilegiar el interés individual de [La paciente] a salvaguardar la autonomía de su voluntad, a preservar su dignidad y a poner fin a sus sufrimientos con respecto al interés público a la protección de la vida”. De este modo admitió que la Dra. Berner “actuó al amparo de una causa de justificación en el sentido de los artículos 14 ss. CP”. Precizando su argumentación consideró que se aplica el estado de necesidad de conformidad con los artículos 17 y 18 CP o las circunstancias relacionadas con el estado de necesidad; es decir, la salvaguarda de intereses legítimos o el conflicto de deberes.

Es de lamentar que el Ministerio Público decidiera no apelar esta decisión¹¹, porque habría permitido obtener un pronunciamiento del Tribunal cantonal o incluso del Tribunal federal.

c. Comentarios a la sentencia

a) *Contexto*

Un aspecto interesante de la decisión del juez es que, con miras a decidir subraya que la protección de la vida no es absoluta, en la medida en que el ordenamiento legal da la posibilidad de “justificar” el comportamiento cometido por la acusada, aplicando una de las circunstancias previstas en los artículos 14 ss. CP. Asimismo, que para apreciar correctamente los hechos es necesario considerar el conflicto entre el deber de respetar el derecho a la vida e integridad física del paciente y otros intereses de este, como el alivio del sufrimiento o el respeto de su voluntad, dignidad humana y libertad individual.

En función de la regulación del Código Penal, una primera cuestión esencial era la de distinguir el homicidio a pedido de la víctima del suicidio asistido; dicho de otra manera, entre el hecho de matar una persona y el de ayudar una persona a suprimirse. Como el suicidio no es un delito, esta ayuda no constituye complicidad, por lo que para reprimir este comportamiento debía preverse una disposición especial. Quien ayuda una persona a suicidarse debe limitarse a colaborar con la persona que desea morir y, por lo tanto, no debe realizar ningún acto para provocar directamente la muerte de la persona concernida.

Ante la dificultad de aplicar los distintos criterios concebidos establecidos en la ley, la jurisprudencia y la doctrina, el juez se refirió a los contextos en los cuales tuvieron lugar sucesos semejantes al caso *sub iudice*. Lo que le permitió constatar vacíos en la legislación y asimismo a referirse al dominio médico aun cuando la procesada no intervino en su condición de médico tratante de la enferma y, por tanto, no estaban vinculadas por un mandato.

Para superar el criterio generalmente admitido según el cual, en los casos de suicidio, la última acción debe ser necesariamente realizada por la persona que quiere morir, el juez interpretó de modo restrictivo la frase “habrá dado muerte” (artículo 114 CP) y extensivamente la noción de suicidio (artículo 115 CP), referentes al homicidio a petición de la víctima (hecho imputado por la acusa-

11 Comunicado de prensa del 4 de enero de 2011.

ción) y a la asistencia al suicidio (solicitado por la víctima a la Asociación Exit¹²). Lo que era factible debido a que ambas situaciones tenían un factor común de índole subjetiva: el homicida debe actuar cediendo a un motivo honorable y la persona que presta asistencia al suicidio no debe actuar por un motivo egoísta. A pesar de estos esfuerzos, le resultó invencible dejar de lado la exigencia de que el “último acto del proceso que conduce a la muerte debe, en todos los casos, ser realizado por el propio paciente”¹³.

b) Tipicidad

Como ya lo hemos indicado solo ciertos casos de eutanasia pueden ser calificados como homicidios a petición de la víctima (artículo 114 CP). Es el caso, por ejemplo, del médico que, cediendo a un motivo honorable y a solicitud insistente del paciente incurable, le causa la muerte. Siempre y cuando, este se encuentre en fin de vida, sea capaz de discernir y que su solicitud sea tanto seria y libre como reiterada.

En caso de asistencia en fin de vida, puede suceder que el médico tenga que asistir a un paciente que decide dejarse morir y renuncia a todo tratamiento diri-

12 Ver: <http://www.exit.ch/wDeutsch/>. En un proyecto el Consejo Federal ha propuesto insertar en el artículo 115 un nuevo inciso 2 CP, previendo:

“La persona que, como parte de una organización de asistencia al suicidio, ayuda una persona a suicidarse (acompañante) será sancionada con una pena privativa de libertad de cinco años como máximo o de una multa, si el suicidio es consumado o tentado, a menos que se cumplan las condiciones siguientes:

- a. la decisión de suicidarse debe ser tomada y emitida libremente, después de una debida reflexión, y deberá ser manifestada de forma persistente;
- b. un médico, independiente a la organización, certificará que el suicida es capaz de discernir en cuanto a su decisión de suicidarse;
- c. un segundo médico, independiente a la organización, certificará que el suicida sufre de una enfermedad incurable con un resultado de muerte inminente.
- d. las alternativas de tratamiento deben haber sido discutidas con el suicida y, en caso que él lo hubiera deseado, las medidas necesarias debieron ser llevadas a cabo y se debió implementar la alternativa elegida;
- e. el medio empleado debe estar sujeto a prescripción médica;
- f. el acompañante no debe tener como finalidad el lucro;
- g. la organización y el acompañante deben presentar conjuntamente la documentación completa sobre el caso en cuestión”.

13 Directivas ASSM “Prise en charge des patients en fin de vie” (2004), ch. 4.1; cfr. también SCHWARZENEGGER, BK, Vor artículo 115 N.º 11a.

gido a conservarlo en vida. Circunstancia en la que el galeno prescribe sustancias destinadas a paliarle los sufrimientos, pero que disminuyen la duración de la vida. La obligación del médico es comprobar si se cumplen las exigencias prescritas en las directivas de la ASSM¹⁴ y que hemos citado anteriormente. En esta perspectiva, incluso si se admitiera que la Dra. Berner actuó, como médico de la paciente, para aliviar el sufrimiento intolerable de la paciente, se debe concluir que no respetó el último requisito que obliga a que el acto final sea llevado a cabo por la paciente misma. Salvo si se admite, como lo hace el juez, que la Dra. Berner solo tuvo el rol de instrumento en la medida en que puso en marcha el sistema de inyección de la sustancia letal después de que la paciente le diera la señal.

Teniendo en cuenta que esta interpretación de los hechos y de la ley no es aceptada en el ordenamiento suizo, el juez tuvo que admitir que la acusada había realizado el tipo legal del homicidio a petición de la víctima (artículo 114 CP). Al respecto, el juez afirmó que, en el contexto médico, puede presentarse un conflicto entre el deber del médico de salvaguardar tanto la vida como la integridad física del paciente y determinados intereses de este último, como el alivio del sufrimiento o el respeto de su voluntad, dignidad humana y libertad personal. En este caso, la responsabilidad penal del médico depende de su deber de garante, el cual está limitado por la voluntad de la persona interesada que dispone de la capacidad de discernimiento y que se encuentra debidamente informada. Mientras que el consentimiento de la paciente es restringido por la declaración, implícita en la ley, de la indisponibilidad del bien jurídico vida (artículo 114 CP *a contrario*). Además, tampoco era posible considerar aplicable la figura de la gestión sin mandato (artículo 419 ss. CO), en primer lugar, porque la Dra. Berner no estaba actuando en calidad de médico y, en segundo lugar, porque la suicida tenía la capacidad de manifestar su voluntad¹⁵ pues estaba plenamente probado que dispuso siempre de la capacidad de discernimiento.

14 Directivas ASSM “Prise en charge des patients en fin de vie” (2004), ch. 4.1. Además de la condición indicada anteriormente, las otras son:

- La enfermedad que sufre el paciente permite considerar que el final de la vida está cerca.
- Alternativas de tratamiento fueron propuestas y, si así lo desea el paciente, practicadas.
- El paciente posee la capacidad de discernimiento. Su deseo de morir ha sido debidamente reflexionado, no resulta de una presión externa y es persistente. Esto debe haber sido verificado por una tercera persona que no debe ser necesariamente un médico.

15 Principios ASSM “Droit des patients et patients à l’autodétermination” (2005), ch. II.; directivas ASSM “Traitement et prise en charge des patients souffrant d’atteintes

c) *Ilicitud y culpabilidad*

El juez de manera general y poco clara se plantea la aplicabilidad de las diversas circunstancias excluyentes de la represión previstas en los artículos 14 ss. CP. Al respecto, aparecía evidente que era imposible invocar la legítima defensa (artículo 15 CP), el estado de necesidad lícito (artículo 17 CP) o la actuación sobre la base de una disposición legal por la cual se autorice u ordene el comportamiento (artículo 14 CP). En el mismo sentido, era claro que no entraban en juego la legítima defensa excusable (artículo 16 CP), el estado de necesidad excusable (artículo 18 CP) y el error sobre la ilicitud (artículo 21 CP). Frente a esta situación, el juez invocó la aplicación excepcional de la ponderación objetiva de los intereses fundamentales en conflicto¹⁶.

Considerando que el caso *sub iudice* se encuentra al límite de la asistencia al suicidio y la eutanasia activa, se impone plantearse algunas cuestiones previas. La primera es la de determinar la conveniencia ética o jurídica de juzgar de distinta manera el hecho de “poner una píldora mortal en la mesa de noche de una persona que quiere morir y [el de] colocársela en la boca porque no puede hacerlo ella misma”¹⁷. La respuesta será afirmativa si partimos del principio moral absoluto que afirma el carácter sagrado de la vida humana, cuya protección no admite excepciones. En cambio, la respuesta será diferente si reconocemos plenamente los criterios de dignidad y autodeterminación de las personas para decidir lo que les conviene y, por lo tanto, la libertad de decidir cuándo y cómo morir¹⁸.

Este análisis sobre la base de categorías teóricas y de criterios de valor es demasiado abstracto, considerando la complejidad humana del acto de asistir a morir a un enfermo incurable en fase terminal de vida. Es imperativo tener en cuenta sus intereses y el contexto en el que se encuentra. A esta persona, si desea

cérébrales extrêmes de longue durée” (2003), ch. 2.1 et “Prise en charge des patients en fin de vie” (2004), ch. 2.1.

16 Cfr. SCHWARZENEGGER, BK, Vor artículo 111, N.º 7, 8, 26; artículo 114, N.º 11.

17 OGIEN, Ruwen, *La vie, la mort, l'Etat: le débat bioéthique*, Editorial Grasset, París, 2009, p. 66.

18 Cfr. GOFFI, p. 109: “Las teorías que sitúan la santidad de la vida en el centro de la reflexión bioética consideran que en ningún caso es legítimo llevar a cabo la eutanasia; las teorías que consideran la dignidad o los derechos al centro de esta misma reflexión pueden, según como se interpreten estas nociones, autorizar o incluso recomendar la eutanasia. Pero, las teorías consecuencialistas son las que proporcionan la mayor parte de argumentos a los partidarios de la eutanasia. Estas teorías representan, al menos en la literatura inglesa, el enfoque generalmente admitido en la bioética”.

seguir viviendo, le es indiferente que el médico intervenga activamente para causarle la muerte o que la deje morir interrumpiendo los tratamientos que la mantienen en vida. No quiere ni lo uno ni lo otro por considerarlos malos¹⁹. El mismo razonamiento vale para el paciente incurable que no quiere vivir y que espera que el médico lo ayude a morir, actuando o absteniéndose. Estima que ambas posibilidades son buenas. Poco le importan “las intenciones del médico y de sus distinciones sutiles entre los efectos negativos no deseados de su acción u omisión. Desde su punto de vista de paciente que no quiere seguir viviendo, él no ve de diferencia moral”²⁰. Debería admitirse, por lo tanto, que tampoco el médico debería hacer esta diferencia.

Esta perspectiva ayuda a mejor comprender el razonamiento del juez en el caso analizado. El comportamiento de la Dra. Berner se justifica por el hecho que actuó dentro de un proceso de asistencia al suicidio permitido por la ley y que solo en el último instante practicó el acto final, dado que la suicida no era capaz de hacerlo. En consecuencia, hubiese sido “particularmente cruel denegarle [a la paciente] que se ejecute dicho acto [cometido por la acusada]”. Por ello, el juez consideró que es legítimo dar la prioridad a la salvaguardia de la autonomía y de la dignidad de la paciente, incluso a expensas de la protección de la vida.

Los hechos en los casos de eutanasia se caracterizan por su complejidad e intensidad. En especial, están marcados por la situación de necesidad y angustia en la cual se encuentra el paciente moribundo, circunstancias que influyen fuertemente sobre el comportamiento de las personas que le acompañan o asisten. Estas personas son testigos de los conflictos de intereses creados por la determinación voluntaria del paciente a poner fin a sus días. Su intervención en el desarrollo de los hechos debe ser apreciada teniendo en cuenta todas estas circunstancias, en una perspectiva normativa-axiológica y no solamente en el nivel material de los hechos. Por lo tanto, es indispensable examinar si hay un conflicto de intereses en el sentido descrito por el juez, entre la protección de los derechos fundamentales, como la libertad personal (autodeterminación), la dignidad humana y la protección de la vida.

Para aproximar el comportamiento de la Dra. Berner (homicidio a petición de la víctima) a la hipótesis de la asistencia al suicidio, el juez menciona que la Dra. Berner y las otras personas presentes al momento de los hechos se habían representado la señal dada por la paciente como constituyendo “simbólicamen-

19 OGIEN, *La vie, la mort, l'Etat: le débat bioéthique*, cit., pp. 120 y ss.

20 OGIEN, *La vie, la mort, l'Etat: le débat bioéthique*, cit., p. 121.

te, el movimiento que... [la paciente] hubiese debido hacer para liberar la sustancia mortal si la instalación prevista hubiese podido ser instalada”. Además, el juez tiene en cuenta la calidad de médico de la Dra. Berner, tanto para insinuar una cierta similitud con los casos de eutanasia, como para vislumbrar la posibilidad de que haya actuado en el contexto de un conflicto de deberes específicos de los médicos para con sus pacientes.

El juez tiene en cuenta todas estas circunstancias para afirmar que no hay ningún obstáculo que prohíba analizar si el comportamiento de la Dra. Berner puede justificarse, en particular, desde el punto de vista de los artículos 14 ss. CP. Sin embargo, como ya lo mencionamos, ninguno de los hechos justificativos previstos por los artículos 14 ss. CP es aplicable a este caso. Nos encontramos frente a una circunstancia de no punibilidad extralegal –en el sentido que no está prevista en una disposición legal– relacionada con el estado de necesidad.

El estado de necesidad (lícito o excusable) supone un peligro inminente y la necesidad de intervenir en nombre propio o, por un tercero, provocando un perjuicio a otra persona que nada tiene que ver con la creación del riesgo. Este debe consistir en una amenaza para el bien jurídico. En este caso, no puede ser la vida de la paciente, porque la intervención de la acusada consistió precisamente en provocar la muerte. Si se trata más bien de la libertad individual y la dignidad de la paciente, es necesario preguntarse por quién y cómo fue puesta en peligro. En otras palabras, por un lado, quién le impediría concretar su libre decisión de provocar la muerte (afectación de la libertad individual) y, por otro, la obligaría a seguir viviendo, tratándola así como un objeto y no como sujeto de derechos (contrario a la dignidad). El origen del peligro se encontraría en la prohibición legal de matar y el desconocimiento del consentimiento (pedido) de la víctima como circunstancia justificativa.

El razonamiento jurídico del juez no es muy coherente en la medida en que habla indistintamente de justificar y excusar el comportamiento de la Dra. Berner. Parece que considera que no es indispensable especificar con exactitud cuál circunstancia de justificación o de no culpabilidad es aplicable a este caso, como si considerase suficiente sostener que era inoportuno considerar como punible un comportamiento que era en sí justo. Sin resolver de modo definitivo la cuestión teórica y de manera pragmática, el juez decide que “en la medida en que, en ambos casos (el estado de necesidad o las circunstancias que le son asimilables) se libera a la Dra. Berner del procedimiento penal y que la resolución de esta cuestión, en el caso *sub iudice* no tiene otra incidencia, se le puede dejar abierta”. El juez concluyó que el comportamiento de la procesada se justifica y que, por lo tanto, debe ser absuelta.

Existen dudas sobre el hecho de saber si esta circunstancia extralegal influye sobre la ilicitud del comportamiento o sobre la culpabilidad del autor. Esta segunda hipótesis fue preferida por la mayoría de los miembros del grupo de trabajo “Asistencia al suicidio”, en contra de una minoría que estimaba inadecuado legislar en esta materia. De acuerdo con la mayoría, es necesario añadir al texto del artículo 114 CP (homicidio a pedido de la víctima) un segundo párrafo para regular este tipo de situaciones. El texto propuesto señala lo siguiente:

“Si el autor ha causado la muerte de una persona afectada en su salud de manera incurable y que se encuentra en fase terminal, con el propósito de poner fin a los sufrimientos insoportables e irremediables, la autoridad competente renunciara a perseguirlo, a reenviarlo ante un tribunal o a imponerle una pena”.

No se trata de justificar el comportamiento, sino más bien de considerar si es conveniente reprimir a la persona que actúa en el contexto específico de la eutanasia. Una vez reunidos todos los elementos mencionados en esta disposición, hay que admitir que la decisión de reproche, de culpabilidad, esta atenuada en gran medida, por lo que debe reflexionarse sobre si es indispensable imponer una pena.

Esta conclusión se impone. No se trata aquí de una circunstancia relacionada con el estado de necesidad lícito que permite justificar el comportamiento de la Dra. Berner. De hecho, el bien salvaguardado (la dignidad y la autodeterminación de la paciente) no son más importantes que el bien afectado (la vida). Los bienes son al menos iguales en este tipo de casos extremos. Se trata entonces de una circunstancia relacionada con el estado de necesidad excusable. El comportamiento de la Dra. Berner sigue siendo ilícito, pero no será sancionado. Hay que tener en cuenta, por un lado, el hecho que su culpabilidad es mínima o inexistente ya que no se le podía exigir que se comporte en tales circunstancias de manera diferente, es decir, que respete la prohibición de matar. Por otro, resulta innecesario recurrir a la represión penal en razón a criterios de prevención general o especial²¹.

d. Resumen

Para la doctrina, los criterios avanzados siguen siendo fuertemente controvertidos²². Para tratar de superar este impase dogmático y la regulación legal

21 De acuerdo con la noción de “responsabilidad” elaborada por Roxin como complemento a la noción de culpabilidad, cf. HURTADO POZO, José, *Droit pénal, partie générale, nouvelle édition refondue et augmentée*, Genève/Zurich/Bâle, 2008, p. 396.

22 Venetz, p. 253.

incompleta (en particular, los artículos 114 y 115 CP), es indispensable retornar a los valores fundamentales de la protección de la dignidad humana (artículo 7 Cst. y 3 CEDH) y de la autodeterminación (derecho a morir con dignidad y elegir su propia muerte (artículo 10 al. 2 Cst. y 8 CEDH²³). Lo que permite plantearse la cuestión si el sistema previsto en el Código Penal (que data del siglo XIX) es conforme con estos principios²⁴. El artículo 190 Cst., prohíbe el control de constitucionalidad de las leyes federales pero, el Tribunal federal admite el “control de la convencionalidad”²⁵ y ofrece al juez la posibilidad de no aplicar una ley contraria al derecho internacional²⁶. Si bien es cierto que el Tribunal federal, pese a haber recordado repetidamente este principio, nunca lo ha invocado para no aplicar una ley federal contraria a la CEDH, salvo cuando existió un fallo que condenaba a Suiza. Podríamos tal vez imaginar que, en casos extremos como el caso de Neuchâtel, el Tribunal federal renuncie a aplicar el artículo 114 CP, ya que es contrario a los artículos 3 y 8 CEDH. En realidad, no ayudar una persona en un caso tan extremo como el analizado, podría ser calificado de tratamiento inhumano y degradante en el sentido de los artículos 3²⁷ y 8 de la CEDH, disposiciones que protegen el derecho a decidir su propia muerte, en

23 ATF 133 I 58, 67 = JdT 2008 I 349, 358; MINELLI, *Das Recht*, p. 576; MINELLI, *Die EMRK*, p. 492.

24 Cf. GOFFI, Jean-Yves, *Penser l'euthanasie*, París, Presses Universitaires de France (collection: Questions d'éthique), 2004, p. 139 : la persona que no es capaz de dicho control, no puede vivir con dignidad, por ello, constituye un beneficio para ella reconocerle una muerte sin sufrimientos y socorrerla por benevolencia; SCHWARZENEGGER, BK, Ver artículo 111 N.º 8: “En las discusiones internacionales en áreas extremas, como, por ejemplo en los casos de enfermos incurables y cercanos a la muerte, que desean una ayuda al suicidio activo, se concretan pretensiones de autonomía individuales de gran importancia y el reconocimiento de una circunstancia de justificación supralegal, ver la impunidad de la asistencia al suicidio activa. Del examen de los fundamentos jurídicos, se deduce que la protección de la vida, en estos casos excepcionales, no puede servir como fundamento del ejercicio de otros derechos a la libertades, y que se atenta contra la dignidad humana mediante el tratamiento contrario a la voluntad confirmada repetidamente del moribundo”.

25 Se trata del proceso mediante el cual el juez puede decidir aplicar a un acto legislativo de nivel federal, aprobado llegado el caso por el pueblo, en favor de normas de índole internacional (p. ex., establecidas en una Convención); cfr. HOTTELIER, Michel, “La procédure suisse de révision consécutive à un arrêt de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2001, vol. 12, N.º 47, Bruxelles, Editions Nemesi a.s.b.l., 2001, p. 755.

26 ATF 124 II 480, 487; ATF 122 II 485, 487; ATF 122 II 234, 239 = JdT 1997 I 556, 560; ATF 118 Ia 473, 480 = JdT 1995 I 523, 530; ATF 117 Ib 367, 373 = JdT 1993 I 273, 278; ATF 111 Ib 68, 71 s. = JdT 1987 I 204, 206 s.

27 DONGOIS, Nathalie, *L'euthanasie en droit français*, in Moreillon Laurent et al. (édit.), *Aspects pénaux du droit du vivant*, Bâle, 2004, p. 312.

particular el suicidarse. En consecuencia, siguiendo el argumento de Minelli, podríamos estimar que el individuo puede pretender que el Estado no prohíba que un tercero le ayude a causarse la muerte; lo que cubriría el homicidio a pedido de la víctima, cuando la persona desea suicidarse pero no es más capaz de hacerlo por sus propios medios. El Estado debería limitarse solo a verificar la capacidad de discernimiento y la libre voluntad del suicida²⁸.

Las personas incapaces de suicidarse son víctimas de discriminación si no se permite la eutanasia activa directa²⁹. Por esto, la CEDH restringiría de este modo la aplicación del artículo 114 CP, sin que sea necesario modificarlo³⁰. En nuestra opinión, sin embargo, es conveniente hacerlo por razones de seguridad jurídica.

Aun cuando el Tribunal federal no fuera tan lejos y continuara aplicando de la misma manera el artículo 114 CP, podríamos imaginar que retome este razonamiento en el análisis de la culpabilidad y dispense el autor de toda pena. En efecto, prever una exención de pena en los casos extremos como el de la sentencia analizada es, según nosotros, compatible con la jurisprudencia actual del Tribunal federal y del Tribunal europeo de derechos humanos. Ambos consideran, primero, que no existe un derecho del paciente enfermo incapaz de suicidarse a exigir al Estado a un tercero que se le practique una eutanasia activa. Segundo, que el artículo 3 CEDH no obliga un Estado a establecer una excepción o exención de pena con respecto a la asistencia al suicidio³¹. Por el contrario, nada impide a un Estado instituir una exención de pena en determinados casos. Los Estados no están obligados a hacerlo pero pueden preverlo si lo estiman conveniente.

Es necesario precisar que este razonamiento es válido solo en casos extremos como el que venimos analizando. Las personas que asumen el acto extremo de provocar la muerte de los pacientes en estas circunstancias tan particulares, no deberían ser condenadas, porque “el derecho a la vida se relativiza en función de la calidad de vida, cuando en realidad se trata de apoyar el deseo de morir expresado por un enfermo cuya muerte es inevitable” y que no dispone ni de la capacidad, ni de los medios para provocarse por sí mismo la muerte.

28 MINELLI, Ludwig A., “Das Recht auf den eigenen Tod”, en *Schweizerische Juristen-Zeitung* (RSJ), año 95 (24), 1999, p. 577; MINELLI, “Die EMRK schützt die Suizidfreiheit. Wie antwortet darauf das Schweizer Recht?”, en *PJA*, 2004, p. 492.

29 SCHWARZENEGGER, BK, Vor artículo 111 N.º 26; KUSCH, p. 337; contra Pretty c. Royaume-Uni, N.º 2346/02, CEDH 2002-IH, § 89.

30 MINELLI, *Das Recht*, p. 578.

31 ATF 133 I 58, 67 ss = JdT 2008 I 349, 358 ss.

Una salida alternativa a la planteada por nosotros es la que siguió la Corte Constitucional de Colombia. En la sentencia C-239 de 1997 esta corporación consideró que es jurídicamente posible realizar una eutanasia activa, siempre y cuando la persona que la sufriera fuese un enfermo terminal que la hubiera solicitado reiteradamente, y quien la practicase fuera un médico. A su entender el acto eutanásico no es antijurídico, porque el paciente terminal emite su consentimiento a poner fin a su vida. Para llegar a esta conclusión la Corte Constitucional consideró que la vida no es un bien jurídico absoluto e indisponible, sino que –en situaciones extremas en las cuales se vea mellada la dignidad de su titular– se abre la posibilidad de disponer de ella.

Sin embargo, ambas soluciones no son completamente satisfactorias desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Por lo tanto, parece apropiado considerar una enmienda a los artículos 114 CP y 106 CP colombiano para permitir la eutanasia activa bajo estrictas condiciones y en determinados casos³²; es decir, en los casos caracterizados por los siguientes hechos: enfermedad incurable, sufrimientos insoportables imposibles de aliviar, capacidad de discernimiento, voluntad inquebrantable expresada repetidamente y sin presiones externas. Además, debe tomarse conciencia de que los progresos tecnológicos y médicos podrían transformar la regulación de los artículos 114 y 115 CP, dejándola obsoleta en un futuro próximo³³.

En esta perspectiva, consideramos adecuada la absolución de la persona que comete el homicidio a petición de la víctima incapaz de suicidarse por sus propios medios, cuando: (a) su acto es necesario para interrumpir una situación grave de sufrimientos insoportables; y (b) esta situación no puede evitarse o aplacarse por otros medios³⁴.

Es posible, dentro de ciertos límites, garantizar la libertad personal de estos pacientes y su dignidad humana, restringiendo al mismo tiempo los abusos. De hecho, en estos casos, se justifica que la autonomía de la voluntad y la dignidad de la persona prevalezcan sobre el interés colectivo de asegurar la protección de

32 SCHWARZENEGGER, BK, Vor Artículo 111, N.º 8.

33 KUSCH, p. 343.

34 Cf. BAUMANN JÜRGEN y OTROS, *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, Stuttgart/New York 1986; *Sterbehilfe und Sterbebegleitung*, Ethische, rechtliche und medizinische Bewertung des Spannungsverhältnisses zwischen ärztlicher Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung des Patienten, Bericht der Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz vom 23. April 2004; Loi relative à l'euthanasie (Belgique) du 28 mai 2002; Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act (Pays-Bas) du 10 avril 2001.

la vida, ya que se trata de “crímenes sin víctimas”; los cuales es injusto castigar, pues el autor respeta la libertad y la dignidad de la persona interesada, sin causar algún daño a terceros³⁵. Estas cuestiones conciernen a ámbitos muy personales e infinitamente complejos, pero creemos que una propuesta de esta índole debe ser considerada. En una sociedad democrática, laica y pluralista, no debe aceptarse que el Estado decida sobre qué maneras de morir son las mejores y las imponga a todos por medio de la coacción. Por el contrario, debería proteger las concepciones individuales siempre y cuando no perjudiquen a terceros³⁶.

4. Vida embrionaria y procreación

a. Introducción

En la Constitución peruana, como en otras latinoamericanas, se distingue entre la persona que tiene derecho tanto a la vida, identidad, integridad moral, síquica o física, como al libre desarrollo y bienestar y el concebido considerado como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (artículo 2, inciso 1 Const.). Esto permite comprender el tratamiento diferenciado que se hace, en el Código Penal, del homicidio y del aborto.

Siguiendo criterios predominantes sobre todo en derecho civil, se sostiene por el contrario que la persona realizada y el concebido son personas humanas. El fundamento legal de que, en el artículo 1 CC peruano, se califica de sujeto de derecho también a este último y que su nacimiento no es condición para que se le reconozcan sus derechos, salvo los patrimoniales. No debería ser tratado como una simple ficción jurídica, ni como una “mera esperanza de ser humano”. Por lo que es merecedor de la misma protección de que gozan las personas ya realizadas. Llevado al extremo este razonamiento, debería admitirse que si es de hacer una diferencia, esta comportaría en que la vida inocente e incapaz de defenderse requeriría mayor protección que el ser humano desarrollado, maduro y capaz de protegerse.

En esta perspectiva, la regulación de la protección de la vida en el Código Penal debería ser calificada de anticonstitucional, en la medida en que la vida embrionaria es valorada como menos valiosa que la vida autónoma. Lo que se

35 OGIEN, *La vie, la mort, l'Etat: le débat bioéthique*, cit., pp. 16 y 207 y ss.

36 OGIEN, RUIWEN, *La vie, la mort, l'Etat: le débat bioéthique*, cit., p. 187; ROXIN, Claus, “Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe”, en ROXIN, Claus y Ulrich SCHROTH (ed.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4.^a ed., Stuttgart, Boorberg, 2010, p. 106.

evidencia en el hecho que el aborto es menos severamente castigado que el homicidio, que no se prevé el aborto por negligencia, que se privilegie salvar la vida de la madre en detrimento de la del concebido en caso de aborto terapéutico o que o se disminuya la represión del aborto en consideración de circunstancias o intereses personales o sociales, en aras del desarrollo y perfeccionamiento de la personalidad de la madre.

En el artículo 2, inciso 1, de la Constitución, la regulación de los derechos del concebido no se basa en el reconocimiento de su condición de persona. El problema central no es determinar si el concebido es o no una persona, sino que se trata más bien de establecer de qué manera se puede reconocer y proteger mejor la vida, la cual tiene, en cada una de las etapas de su evolución, un determinado valor intrínseco.

La prohibición del aborto significa la preocupación legítima de la comunidad por proteger la vida humana, exigiendo a sus miembros que le reconozcan como valor substancial al tomar decisiones individuales. En caso de que la madre fuera quien atenta contra la vida de su propio concebido, su responsabilidad debe ser apreciada tomando en cuenta que, cualquiera que sea la razón que motiva su actuar, su decisión es tomada casi siempre en un contexto complejo de intereses en conflicto. Y en el que 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 esta perspectiva, resulta insuficiente, primero, que solo se reconozca al consentimiento de la madre el papel de atenuante de la represión. Olvidando que consentir en abortar no implica la simple decisión, libre y soberana, de continuar o no con el embarazo. No se trata de una cuestión como la de disponer del patrimonio. Es ignorar las circunstancias materiales y personales en la que toma esta decisión vital, así como no respetar su dignidad basada en su simple condición de ser humano.

Que se haya previsto la simple atenuación de la pena cuando el aborto está condicionado por ciertas circunstancias especiales que son propias a frustrar seriamente 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) significa que, a diferencia de otras legislaciones, no se ha considerado que el nacimiento del nuevo ser afectará profundamente el desarrollo de la personalidad y la calidad de vida de la madre. En estos casos, la madre debería decidir, libre y responsablemente, sobre la interrupción de su embarazo.

b. Procreación responsable

La base de esta responsabilidad es el reconocimiento de la soberanía de las personas –por tanto de la mujer–, tomar decisiones personales; es decir, de su derecho a no sufrir intromisiones de terceros, especialmente del Estado, en dominios que conciernen de manera fundamental a una persona como el de engendrar o de tener un hijo. En materia de reproducción, control de embarazo y aborto, significa la admisión del principio de la autonomía procreativa.

Si bien este derecho a decidir soberanamente en materia de procreación no está expresamente mencionado en la Constitución, puede ser deducido de algunas de sus disposiciones. Así, por ejemplo, el artículo 6 que, por un lado, señala como objetivo de la política nacional de población la difusión y promoción de la maternidad y paternidad responsables y, por otro, reconoce el derecho de las personas a decidir sobre la maternidad y paternidad. Lo que implica el reconocimiento de que la procreación es un asunto personal y que nadie puede ser coaccionado a engendrar o tener hijos.

Este derecho a la autonomía procreativa responsable está igualmente relacionado con el derecho de toda persona a su “libre desarrollo y bienestar”. Derecho que puede ser fuertemente afectado si, en los casos conflictivos en que se toma generalmente la decisión de abortar, se impone a la mujer la conservación del embarazo a pesar de la carga que representa para su “desarrollo y bienestar”.

Así mismo y como complemento, se puede invocar el artículo 3 Const., según el cual la lista de derechos fundamentales prevista en el artículo 2 de la misma Constitución no es exhaustiva y por lo tanto es factible admitir que el derecho a la autonomía procreativa es análogo a los mencionados expresamente y “que se fundan en la dignidad de la persona”. La dignidad de la mujer es ultrajada cuando se le considera como un medio para la realización de una política demográfica (sea dirigida a aumentar la población o a restringir los nacimientos), cuando se le impone un criterio particular respecto a que la vida debe ser conservada por ser divina. La decisión, tan propia e íntima, como la de procrear y tener hijos debe solo depender de la soberana y responsable decisión de la mujer.

Este reconocimiento del derecho de la autonomía procreativa, como derecho constitucional o como expresión del derecho constitucional al “libre desarrollo y bienestar” excluye la intervención coactiva del Estado para imponer un criterio o principio como absoluto, pero no es óbice para desarrollar programas que fomenten la responsabilidad de la mujer con miras a que tome conciencia de la necesidad de respetar la vida. De modo que, ante la disyuntiva de abortar o

de conservar el fruto de la concepción, la mujer esté debidamente informada sobre los pros y los contras de interrumpir el embarazo. Respecto a lo cual no debe dificultarse el ejercicio de este derecho mediante el establecimiento de “obstáculos substanciales”. El núcleo esencial de sus derechos a procrear autónomamente y a su libre desarrollo y bienestar sería vulnerado.

c. Aborto terapéutico

A pesar de que desde hace tiempo se prevé la no represión de la interrupción del embarazo en caso de grave peligro para la vida o la salud de la madre (artículo 109 CP), su reconocimiento efectivo es restringido y hasta excluido por falta de voluntad política del Estado. De manera general, la explicación se encuentra ya en el incumplimiento del artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en el que se prevé que los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

Respecto al aborto, la situación es variada en los países latinoamericanos. En Paraguay, según el artículo 109, pf. 4, CP, reformado en 2008, se dispone que no “obra antijurídicamente el que produjera indirectamente la muerte de un feto, si esto, según los conocimientos y las experiencias del arte médico, fuera necesario para proteger de un peligro serio la vida de la madre”. En un caso muy publicitado, se llevó a cabo un aborto de este tipo bajo el amparo de un informe favorable de asesores jurídicos del Instituto de la Previsión Social (IPS). Es de recordar que, en razón de la estricta legislación paraguaya, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha insistido ante el Estado paraguayo para que la revise, incluyendo excepciones adicionales a la prohibición del aborto, inclusive cuando el embarazo sea consecuencia de una violación o incesto.

En Chile, el Código Sanitario, artículo 119, dispone que: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. Diversos proyectos tendientes a modificar esta prohibición absoluta han sido rechazados. Sin embargo en el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, en el título II, artículo 26., “De los deberes del médico hacia los enfermos”, señala que: “El médico debe respeto a la vida humana desde el momento de la concepción”. Pero luego, prevé la posibilidad de practicar un aborto cuando: se efectúa como medida terapéutica, la decisión sea aprobada por escrito al menos por dos médicos escogidos por su competencia y la operación sea efectuada por un médico especialista. Además, estatuye que “si el médico considera que su convicción no le permite

aconsejar o efectuar un aborto, él debe retirarse, permitiendo la continuidad del cuidado médico con otro médico calificado”.

En el Perú, la cuestión es relacionada con el Estado, mediante el Ministerio de Salud, no ha establecido el protocolo de atención al aborto terapéutico, debido a que sigue privilegiando la protección del concebido en detrimento de la vida de la madre. Oficialmente, se ha sostenido, en ocasión de plantearse la aprobación de dicho protocolo (en 2007) que “su contenido contraviene el marco constitucional y legal vigente al afectar el derecho fundamental a la vida del concebido”³⁷.

Se afirma que dicho protocolo es indispensable para fijar el marco jurídico adecuado para que las mujeres ejerzan su derecho a practicarse el aborto terapéutico y se garantice la seguridad jurídica tanto para ellas mismas como para el personal de salud que deban practicarlo. Al respecto las Naciones Unidas, en un dictamen especial, dispuso que debe asegurarse un procedimiento eficaz para facilitar una toma de decisiones rápida, debidamente motivada, de manera que se pueda evitar graves riesgos para la salud física y mental de la madre. Un complemento es la obligación de implementar los medios materiales y personales apropiados para que se practique el necesario aborto terapéutico.

En la realidad, aunque no sean calificadas de abortos terapéuticos, numerosas interrupciones de embarazo son practicadas en algunos centros de salud (por ejemplo, el Instituto Nacional Materno Perinatal). En general, el personal que las ejecuta sigue un cierto tipo de guías establecidas conforme a instrucciones dictadas por la OMS.

La exigencia de que la aplicación del artículo 109 dependa de la dación de un protocolo para reglamentar la interrupción médica del embarazo resulta cuestionable en la medida en que se trataría dicha disposición como si fuera una ley penal en blanco. La misma que necesitaría ser completada por otra disposición legal. Disposición que según lo reclamado debería ser una norma jurídica de menor jerarquía: reglamento, regulación, decreto dictado por el Poder Ejecutivo, mediante el Ministerio de Salud. Lo que resulta incoherente e indebido en la perspectiva de la legalidad.

El protocolo para el manejo de casos de interrupción legal del embarazo, establecido por el Gobierno Regional de Arequipa en 2007, constituye un esfuerzo positivo en la dirección de facilitar el respeto de la persona y libertad

37 Ministerio de Justicia. Informe N.º 203-2007-JUS/OGAJ. Del 27 de junio de 2007, p. 5. Presidencia del Consejo de Ministros. Informe N.º 373-2007-PCM/OAJ. Del 30 de mayo de 2007, p. 25.

de procrear responsablemente de las mujeres. Pero al mismo tiempo revela los inconvenientes de solución. Sus prescripciones médicas, personales, materiales y exigencias formales, sobre todo en relación con nuestra realidad sanitaria, lo convierten en un verdadero obstáculo para la práctica del aborto terapéutica en las condiciones fijadas en el artículo 109.

En este artículo, se refleja el criterio de que la intervención del médico se encuentra sometida a su responsabilidad profesional en la constatación de la situación crítica de la mujer embarazada y en la existencia de las condiciones indispensables para que se interrumpa el embarazo. Circunstancias que, llegado el caso, deben ser comprobadas debidamente por los fiscales y jueces. Si se considera necesario que deben establecerse condiciones más estrictas para dar confianza al médico y personal sanitario auxiliar, así como a los miembros del sistema judicial para que aplique la ley, se debería pensar en una reforma legislativa. Así, podría precisarse, por ejemplo, la intervención de un segundo médico quien debería pronunciarse sobre el estado de salud de la madre, la exigencia de que la interrupción debe ejecutarse en un establecimiento sanitario, la obligación de informar debidamente a la mujer tanto sobre los alcances de la intervención como de las ventajas y ayuda sobre las que podría contar si desiste del aborto. Esto requiere una voluntad política de quien dicta las leyes, y cívica de parte de personal de salud y de operadores del sistema jurídico.

5. Femicidio

a. Introducción

Uno de los últimos logros, en el Perú, del movimiento en favor del reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres, es la nueva regulación del delito de “femicidio” en el Código Penal (artículo 107-A, Ley N.º 30068). Su fuente ideológica de inspiración son las diversas concepciones sobre género y sexualidad de origen sobre todo anglosajón. Sus antecedentes legislativos son el derecho positivo de algunos países latinoamericanos (Costa Rica, Guatemala, Chile, México).

El artículo 6 de la ley de Guatemala “contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer”, Decreto N.º 22-2008, en el que se dispone que quien valiéndose de cualquiera de las circunstancias que enumera expresamente (como se hace en nuestro artículo 108-B), “comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer”.

Siguiendo el modelo guatemalteco, el Proyecto paraguayo de 2007, presentado por el senador Carlos Filizola, prevé la represión del feminicidio o femicidio, así como otros comportamientos violentos contra la mujer. Se trata de una ley especial, complementaria al Código Penal y que se explica por el afán de tener en cuenta, de modo particular, las desigualdades que perjudican a las mujeres. Esto debido a que las disposiciones del Código sustantivo no son adecuadas para tener en cuenta las discriminaciones que afectan la vida, la dignidad y la salud física y mental de las mujeres.

El artículo 11, tipifica el feminicidio como el hecho de matar “a una mujer, como consecuencia de relaciones de género desiguales”. La pena privativa de libertad de diez a veinticinco años prevista para los responsables es agravada si estos han tenido relaciones íntimas, familiares, de convivencia, de noviazgo o afines con la víctima. Disposición que debe ser concordada con el artículo 5, en el que, quizás de manera innecesaria, se dice que se “entenderá por feminicidio la forma más extrema de violencia contra las mujeres que consiste en su muerte por razones asociadas a relaciones de género desiguales. La motivación principal de esta violación de derechos humanos reside en relaciones de poder desiguales”.

b. Concepción de género

El contexto social general de estas propuestas es la constatación y toma de conciencia de que las mujeres son víctimas de homicidio debido a la violencia que se ejerce contra ellas, resultante de las relaciones de desigualdad, dominación y discriminación respecto a los hombres. De diversas maneras, según la perspectiva intelectual adoptada, se ha descrito este fenómeno delictuoso violento en agravio de las mujeres. En cuanto a los ataques contra la vida, se describió el “feminicidio” (del inglés *femicide*) como “la muerte de mujeres a manos de hombres motivada por el odio, desprecio, placer o sentido de propiedad sobre la mujer, es decir, sexismo” (Diana Russell y Jane Caputi, 1990). De manera resumida, suponiendo el alcance ideológico, se dijo que consistía en “la muerte de mujeres por el hecho de serlo”. De esta manera, se busca determinar ciertos homicidios o asesinatos (términos considerados neutros y forjados por la dogmática penal tradicional) caracterizados por su sustrato misógino o sexista.

Para describir mejor el feminicidio, se han establecido categorías considerando ciertas circunstancias particulares al hecho cometido. Así, se distingue el feminicidio íntimo (la mujer y el victimario tienen una relación de pareja o de orden familiar) del feminicidio no íntimo (falta dicha relación) y del feminicidio por conexión (la muerte de la víctima mujer se produce a la ocasión en que otra mujer es agredida violentamente contra su vida o integridad corporal). Además,

se habla de feminicidio infantil, sexual sistémico, por ocupaciones estigmatizadas (en razón de la ocupación o el trabajo que desempeñan: trabajadoras del sexo, meseras, bailarinas).

Mediante estos criterios sociológicos se trata de caracterizar los hechos designados con el término “feminicidio” como comportamientos que constituyen agresiones violentas contra las mujeres por el hecho de ser tales, en un contexto social y cultural que origina y consolida la dominación y discriminación a la que están sometidas. De modo que la violencia a que se alude no es la violencia del acto concreto sino una violencia estructural contra las mujeres.

c. Técnica legislativa

Esta manera de aprehender los hechos, conforme a las ciencias sociales, es utilizada para construir la categoría jurídico penal denominada “delito de feminicidio” y clasificarla, diferenciándola de los delitos de homicidio (matar una persona). Esta tarea es dificultada cuando se afirma, por ejemplo, por un lado, que el “feminicidio representa el extremo de un *continuum* de terror antifemenino que incluye una amplia variedad de abusos verbales y físicos” y, por otro, que siempre “que estas formas de terrorismo resultan en muerte, ellas se transforman en feminicidios” (Russell D. y Radford J.).

Esto recuerda a lo acontecido con el fenómeno del “terrorismo”, así primero denominado y popularizado por el periodismo y, luego, retomado y analizado, desde diversas perspectivas, por estudiosos de las ciencias sociales, políticos y juristas. Entonces, como respecto al feminicidio, se enfrentaron dos concepciones respecto a la necesidad o no de incriminar el “terrorismo” como delito autónomo. Contra quienes afirmaban que los actos terroristas constituían comportamientos ya previstos en la ley penal (como delitos contra la vida, contra la integridad corporal, contra la seguridad pública, etc.) y que bastaba con agravar las penas teniendo en cuenta la finalidad terrorista, otros sostenían que era indispensable prever una nueva figura delictiva para, además de combatir con mayor eficacia esos comportamientos delictuosos, poner claramente en evidencia los alcances políticos y sociales de la reacción social y estatal.

La balanza se inclinó a favor de estos últimos con los resultados conocidos en la deficiente manera de regular legislativamente las diferentes variantes de los actos terroristas, lo que significó un aumento de la gravedad de las penas y el recurso a procedimientos de represión contrarios a los principios del debido proceso. Con estas afirmaciones, no se pretende de ninguna manera sostener que la incorporación del delito de feminicidio en el arsenal punitivo nacional tendrá,

necesariamente, los mismos efectos negativos provocados por la regulación del delito de terrorismo.

d. Evolución legislativa en el Perú

Sin extendernos en el análisis de los diversos proyectos de ley presentados, desde hace años, resulta interesante presentar, al menos, los dos intentos exitosos de modificar el Código Penal para prever el feminicidio. Mediante la Ley N.º 29819, se modificó el artículo 107 (parricidio) en el sentido de que si la víctima del delito de parricidio descrito en el primer párrafo del artículo 107 “es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga, el delito tendrá el nombre de feminicidio” (artículo 107, pf. 3). De esta manera, se consideró solo el llamado feminicidio íntimo. La descripción era relativamente satisfactoria en la medida en que se anclaba con la correspondiente al parricidio (explicada por la jurisprudencia y la doctrina) y que la expresión “relación análoga” es utilizada en la misma ley penal para prever otras circunstancias. Como la pena no era agravada por el hecho de calificarse el parricidio como feminicidio, la reforma era solo de orden simbólico: destacar que se tenía en cuenta esos hechos y que se buscaba individualizarlos y reprimirlos.

La orientación de la Ley N.º 30068 es sustancialmente diferente por cuanto revela una marcada influencia de los criterios feministas favorables a la represión del feminicidio, por considerarla como medio no solo para mejor proteger la vida de las mujeres, sino también y de manera significativa dar un paso en adelante contra la situación injusta de dominación y discriminación en la que se encuentran las mujeres.

Según el nuevo artículo 108-B, comete feminicidio quien “mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos: 1. violencia familiar; 2. coacción, hostigamiento o acoso sexual; 3. abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; 4. cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente”.

Con el artículo 108-B, no se logra establecer una figura delictiva autónoma, en el sentido que nuestro Código Penal prevería, por un lado, el homicidio (matar a un hombre) y, por otro, el feminicidio (matar a una mujer). Este es una forma agravada de homicidio, por lo que si no se dan las circunstancias prescritas en el artículo 108-B, matar a una mujer, es decir a una persona, constituye un homicidio según el artículo 106. Si la mujer es una persona con la que el

victimario sostenía o había “sostenido una relación conyugal o de convivencia”, este último será reprimido por feminicidio por tratarse de un caso de concurso aparente de leyes (el artículo 108-B es parcialmente una ley especial en relación con el artículo 107).

Para la aplicación del artículo 108-B, es condición previa, antes de comprobar si se da alguna de las circunstancias enumeradas, que el homicida ha matado a la víctima por su “condición mujer”, su “condición de tal”. Expresiones que se refieren a algo más que al simple hecho de que se trata de una persona de sexo femenino. Implícitamente, implican que se tengan en cuenta los criterios de género expuestos por las(os) partidarias(os) del feminismo para caracterizar la condición social de las mujeres.

Por la manera como ha sido redactada la disposición, decir que el delincuente debe haber matado a la víctima “por su condición de mujer” comporta estatuir un elemento subjetivo. El delincuente no solamente debe saber que mata a una persona de sexo femenino, sino que lo hace motivado por considerarla inferior, dominada, discriminada. No están, por tanto, comprendidas las personas que, como los homosexuales, también se encuentran en una situación similar de dominación, discriminación y violencia estructural.

e. Cuestiones procesales

Las dificultades procesales para probar este elemento subjetivo del tipo puede conducir sea, lo que más probablemente se producirá, a la no aplicación del artículo 108-B, sea a su aplicación afirmándose que basta que el homicida sea consciente de que sus relaciones con la víctima están necesariamente condicionadas por la “violencia estructural contra las mujeres” ínsita a nuestro sistema social injusto y discriminador impuesto por los hombres. O que se sostenga que el simple hecho de que se dé una de las circunstancias enumeradas en la misma disposición comporta que el agente ha matado la mujer “por su condición de tal”. Es decir que sería suficiente comprobar, por ejemplo, que el victimario maltrataba con violencia (artículo 108-B, 1) a su cónyuge para admitir que cometió feminicidio; pero, ¿qué tipo de maltrato: excepcional o continuado? Además, cabe preguntarse si las circunstancias “abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente”, no son una ejemplificación de la “violencia estructural contra las mujeres”. Por lo que cabe preguntarse, si no hubiera sido conveniente omitir la condición “por su condición de tal”, para simplificar la comprensión de la disposición y, por tanto, su aplicación efectiva.

f. Apreciaciones de política criminal

Tal como está redactado el artículo 108-B, la solución de suprimir –mediante la interpretación– la frase “por su condición de tal” no es conforme al principio de la legalidad porque amputa al texto legal de uno de sus elementos e, indebidamente, amplía el ámbito de la represión. La ley penal no es el campo apropiado para imponer o decidir sobre conflictos ideológicos de orden político, moral o intelectual. Estos seguirán y se resolverán en el debate que exija la comprensión y la aplicación de la ley. En este ámbito, la formación y concientización de los jueces, fiscales, policías y abogados, constituyen factores decisivos.

Igual que la fórmula peruana “por su condición de mujer”, la paraguaya “consecuencia de relaciones de género desiguales” están inspiradas en la concepción ideológica de género expuesta y defendida por algunos sectores de los movimientos feministas. Según la cual la previsión de un tipo legal específico y de penas severas presupone admitir que las relaciones entre las personas de distinto género son de desigualdad y sumisión en detrimento de las mujeres. La vaguedad de dichas fórmulas y la presunción de que el acto típico de matar una mujer se da y es debido al estado desfavorable en que se encuentra la víctima, comportan una violación del principio de legalidad.

Sin pretender que la elaboración y establecimiento de un texto legal sean labores neutras, hay que subrayar la necesidad de redactar leyes suficientemente claras para evitar que su previsión y aplicación no tenga efectos perversos y contrarios a los buscados con buenas intenciones por quienes las elaboran y las aprueban. Por último, hay que tener en cuenta los riesgos que se dan cuando se busca, con fines en gran parte ideológicos, enfrentar y resolver problemas sociales recurriendo al derecho penal en detrimento de medios políticos, sociales, educativos, económicos. Olvidándose, así que la mejor política criminal es una eficiente política social.

6. Bibliografía sucinta

- BAUMANN, Jürgen y otros, *Alternativentwurf eines Gesetzes Über Sterbehilfe*, Stuttgart/New York, Georg Thieme Verlag, 1986.
- BORGHI, Marco, “L’image de la mort en droit public”, en STEINAUER, Paul-Henri (ed.), *L’image de l’homme en droit: mélanges publiés par la Faculté de droit à l’occasion du centenaire de l’Université de Fribourg*, Fribourg, 1990.
- DONGOIS, Nathalie, “L’euthanasie en droit français”, en Moreillon, Laurent et al. (ed.), *Aspects pénaux du droit du vivant*, Bâle, 2004.

- GOFFI, Jean-Yves, *Penser l'euthanasie*, París, Presses Universitaires de France (collection: Questions d'éthique), 2004.
- HOTTELIER, Michel, "La procédure suisse de révision consécutive à un arrêt de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2001, vol. 12, N.º 47, Bruxelles, Editions Nemesis a.s.b.l., 2001.
- HURTADO POZO, José, *Droit pénal, partie générale, nouvelle édition refondue et augmentée*, Genève/Zurich/Bâle, 2008.
- KUSCH, Roger, "Was rechtfertigt die aktive Sterbehilfe gegenüber dem assistierten Suizid?", en PETERMANN, Frank Th. (ed.), *Sicherheitsfragen der Sterbehilfe*, Saint Gallen, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2008.
- LOZANO VILLEGAS, Germán, "La eutanasia activa en Colombia", en Cano Valle, Eugenio; Díaz Aranda y Eugenia Maldonado de Lizalde (coords.), *La eutanasia, aspectos jurídicos, médicos y religiosos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D. F., 2001.
- MINELLI, Ludwig A., "Das Recht auf den eigenen Tod", en *Schweizerische, Juristen-Zeitung* (RSJ), año 95 (24), 1999.
- MINELLI, Ludwig A., "Die EMRK schützt die Suizidfreiheit. Wie antwortet darauf das Schweizer Recht?", en *PJA*, 2004.
- OGIEN, Ruwen, *La vie, la mort, l'Etat: le débat bioéthique*, Editorial Grasset, París, 2009.
- ROXIN, Claus, "Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe", en ROXIN, Claus y Schroth ULRICH (ed.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4.ª ed., Stuttgart, Boorberg, 2010.
- SCHWARZENEGGER, Christian, "Vor artículo 111, artículo 111-120", en Niggli, Marcel Alexander y Hans Wiprächtiger (editores), *Strafrecht II* (Artículo 111-392 StGB), *commentaire bâlois*, 2.ª éd., Bâle, 2007.
- VENETZ, Petra, *Suizidhilfeorganisationen und Strafrecht*, Zurich, Schulthess, 2008.

II

Aborto y Constitución*

Sumario: 1. Introducción. 2. Caso suizo. 3. Caso peruano. 4. Debate actual. 5. Colofón.

1. Introducción

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 solo 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

* Publicado en MOVIMIENTO MANUELA RAMOS (editor), *Derechos humanos de las mujeres. Aproximaciones conceptuales*, Lima, 1996, pp. 219 y ss.

previo, gozaban de derechos naturales y que permitan sean restringidos con el fin de convivir en comunidad. El Estado, sociedad políticamente organizada, solo 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:

- Represión severa para quien comete el aborto sin el consentimiento de la madre;
- Represión relativamente severa para quien practica el aborto con el consentimiento de la mujer;
- Represión atenuada de la mujer que se practica ella misma el aborto o consiente que se lo practique un tercero;
- 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:

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 (artículo 110).

Estimación de la vida embrionario como menos valiosa que la vida del nuevo ser, cuyo nacimiento ha comenzado.

Esto se deduce de las constataciones siguientes:

- 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”.
- No represión del hecho de causar por negligencia la destrucción del embrión, a diferencia de la represión del homicidio por negligencia.
- Preferencia reconocida a la vida y a la salud de la madre frente a la vida embrionario, en caso de peligro grave y siempre que la mujer consienta (aborto terapéutico).
- 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.

- 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.

2. 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 recolectaban 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 (01-12-1971) propugnaba la introducción en la Constitución federal de un nuevo artículo 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, si a la vida “no al aborto”, setiembre de 1972, proponía que las autoridades conserven y retuercen 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 determina-

do no debía ser castigada. La otra proponía 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. Consideró igualmente que la solución propuesta tanto mediante la iniciativa popular relativa a la descriminalización del aborto como por la iniciativa del Cantón de Neuchâtel era inaceptable.

Debido a que sus miembros sostenían opiniones contradictorias, la Comisión decidió someter al Departamento Federal de Justicia tres proposiciones: la primera en el sentido de la solución de los plazos y las dos otras conforme a la solución de las indicaciones, siendo la tercera la que preveía la indicación social.

Además de las indicaciones terapéutica, ética o jurídica y eugenésica (prevista por la segunda proposición), la tercera proposición autorizaba la interrupción del embarazo en casos en que, muy probablemente, la continuación del embarazo provocaría en la madre un estado de necesidad grave, imposible de evitar recurriendo a los medios disponibles y siempre que la interrupción tenga lugar dentro de las doce primeras semanas del embarazo.

La solución de los plazos planteaba la impunidad de la interrupción del embarazo cuando era practicada por un médico, autorizado por la autoridad cantonal competente, durante las doce primeras semanas del embarazo. Después de este límite, la interrupción del embarazo no era permitida sino en razón de una indicación médica o eugenésica.

Conforme al procedimiento de elaboración de leyes, el Consejo federal sometió a consulta las proposiciones de la Comisión. La mayoría de instituciones y personas consultadas se pronunciaron favorablemente por la solución de las indicaciones sin la indicación social. En segundo lugar quedó la solución de los plazos y la proposición de las indicaciones comprendiendo la indicación social fue la menos votada favorablemente.

Sin embargo, el Consejo federal, al elaborar su proyecto, escogió esta tercera solución. El Parlamento no hizo modificaciones importantes a este proyecto al momento de aprobarlo (junio de 1977). Esta ley fue rechazada por votación popular en mayo de 1978.

Paralelamente a las discusiones parlamentarias sobre el proyecto del Consejo federal, en enero de 1976 fue lanzada la iniciativa popular “en favor de la solución de los plazos”. Según esta iniciativa, debía completarse la Constitución mediante un nuevo artículo 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 exigírsela 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, cualesquiera 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 no 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 si, aborto no” que proponía se inserte en la Constitución un nuevo artículo 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. Solo 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 solo 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, solo 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 nueva iniciativa tendiente a revisar el Código Penal. De acuerdo con esta propuesta, la revisión debe hacerse según los principios siguientes:

- “La interrupción no es punible durante los primeros meses del embarazo (solución de los plazos)”;
- “Transcurrido el plazo legal, la interrupción solo puede ser autorizada si un médico confirma que esta medida es la única apropiada para descartar, de modo aceptable para la mujer encinta, un peligro amenazando su vida o implicando un grave daño a su salud física o síquica”.

En febrero de 1965, el Consejo Nacional ha aceptado esta iniciativa por 91 votos contra 85. Esta estrecha mayoría deja presagiar los múltiples debates y los serios obstáculos que tendrán que vencer los promotores de esta iniciativa para lograr que la modificación propuesta sea aceptada tanto por el Parlamento como por el pueblo, ya que es seguro que de convertirse en ley tendrá lugar un referéndum popular.

Teniendo en cuenta la manera como, a pesar de la severidad de la legislación, los órganos encargados de aplicarla resuelven los conflictos que supone la interrupción voluntaria del embarazo, cabe preguntarse, si esta propuesta de reforma, destinada a poner de acuerdo las normas con los hechos, no significa correr un riesgo por nada.

3. Caso peruano

Las diversas iniciativas tendientes a reformar el Código Penal de 1924 y por ende las normas relativas al aborto han sido diversas y debidas generalmente a los grupos de poder de turno. La inexistencia de vías que hagan posible la intervención directa de los ciudadanos en el ejercicio del poder y el desinterés de parte de las instituciones profesionales u oficiales (por ejemplo, iniciativa legislativa del Poder Judicial) explican ampliamente que la voluntad popular no se haya manifestado como ha sucedido en Suiza.

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. Solo 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 solo 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 artículo 21 de este Código disponía, primero, que el aborto terapéutico solo 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 artículos 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 solo 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 regula-

ción 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.

4. 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 artículo 2, inciso 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 este 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 artículo 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 de] 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 solo 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 este 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, parece 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 solo puede ser comprendida si se reconoce que, en el artículo 2, inciso 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 lo 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 solo 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, esta 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.

5. Colofón

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.

III

Breves comentarios sobre “reflexiones sobre la esterilización”*

Sumario: 1. Introducción. 2. Reflexiones sobre la esterilización. a. Premisas generales. b. Argumentos legales. 3. Comentarios. 4. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

Con el mismo título de este artículo, Carlos Fernández Sessarego publicó una interesante nota sobre la esterilización, que constituye en realidad un breve y profundo análisis sobre el derecho del ser humano a la integridad personal. Lo que supone evidentemente el planteamiento del respeto a la vida de toda persona.

La lectura de esa publicación llamó fuertemente nuestra atención, al extremo de llevarnos a redactar unos comentarios que nos pareció necesario publicar. Esperando, al menos, contribuir en algo al debate que se desarrolla constantemente sobre estas cuestiones vitales.

Por razones de coherencia y transparencia, hemos creído necesario, antes de presentar nuestros comentarios, transcribir el texto de Carlos Fernández Sessarego y exponer sus argumentos.

* Publicado en *Anuario de Derecho Penal 1995*, Lima, 1995, pp. 114 y ss.

2. Reflexiones sobre la esterilización¹

1. *El inciso 1 del artículo 2 de la Constitución de 1993 prescribe que toda persona tiene derecho a “su integridad moral, psíquica y física”, mientras que el artículo 5 del CC de 1984 reitera el derecho de todo ser humano a “su integridad física”.*
2. *Debe remarcarse que todo derecho subjetivo conlleva en su seno un deber, y viceversa. Es decir, y como ejemplo, si se tiene el derecho a la vida ello supone, simultáneamente, el deber de preservar la vida. Es por ello, precisamente que en el Código Penal, al no poder sancionarse al suicida en tanto dejó de ser sujeto de derecho se sanciona a los instigadores y cómplices del delito de suicidio.*
Recurrimos a otro ejemplo. El artículo 19 del CC, dentro de esta nueva concepción coexistencial del Derecho, establece que “la persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre”. Si bien el sujeto tiene el derecho que se le sitúe socialmente por su nombre, tiene al mismo tiempo el deber de no variarlo ya que la sociedad tiene el derecho a identificarlo por el nombre.
Es pues de suma importancia, sobre la base de lo expuesto y de los ejemplos utilizados, que se tenga conciencia que no existen derechos subjetivos “absolutos” ya que todo individuo es un ser social, se debe a los demás, por lo que sus derechos deben coordinarse con aquellos de los demás miembros de la comunidad. El ser humano no es un ente aislado, incomunicado, encerrado sobre sí mismo; se encuentra en comunión con los demás en el seno de la sociedad.
3. *Como consecuencia lógica del derecho que tiene todo sujeto de que se respete su integridad moral, psíquica y física, tiene el deber de mantener incólume esta integridad, no atentar contra ella, no automutilarse. El ser humano se debe a los demás, al prójimo, por lo que tiene el deber de mantenerse en el mejor estado moral, psíquico y físico para servir adecuadamente a los demás y cumplir con la misión comunitaria que cada hombre tiene durante su existencia.*
4. *Es por lo expuesto en precedencia que el artículo 6 del CC vigente prescribe la prohibición de disposición del propio cuerpo. En este numeral se establece que tales actos están prohibidos “cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres”.*

1 Publicado en el diario *El Comercio*, Lima, del 4 de setiembre de 1995, p. A3.

Sobre la base de lo expuesto en los artículos del ordenamiento jurídico peruano antes mencionados, toda persona tiene simultáneamente el derecho a que se respete su integridad psicosomática y el deber de no disponer de su propio cuerpo, de no mutilarlo.

El artículo 6 del mencionado CC solo permite los actos de disposición del propio cuerpo, a título de excepción, “si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspiradas por motivos humanitarios”. Es decir, por ejemplo, una persona no puede, libre y voluntariamente, disponer de una pierna salvo el caso que se produzca una gangrena que ponga en peligro su vida. Del mismo modo, se puede disponer de tejidos que se reconstituyen o de órganos dobles, como los riñones, a título humanitario como es el caso de trasplantes para salvar una vida humana.

La esterilización, ya sea a través de la vasectomía o de la ligadura de trompas, supone un atentado contra la propia integridad física y psíquica. Por lo tanto le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 del CC por el cual, y tal como se ha señalado, se prohíben los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionan “una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres”. Cabe señalar que el concepto “buenas costumbres” equivale a la moral.

La esterilización, en cualquiera de sus modalidades, constituye un acto de disposición del propio cuerpo que conlleva a una “destrucción permanente de la integridad física “en la medida que se priva a la persona humana el derecho-deber de procrear.

Procrear supone un derecho natural de todo ser humano destinado a perpetuar la especie y a tener descendencia. A nadie se le puede privar de este derecho ni nadie puede, voluntariamente, atentar contra esta facultad. Si cada persona tiene el derecho de procrear, la especie humana, en cuanto sujeto de derecho, tiene el derecho a perpetuarse por lo que cada persona, a su vez, tiene el deber de no lesionar el derecho natural.

Por lo demás, nadie puede sostener que la esterilización se sustenta en un estado de necesidad médica o quirúrgico ni que a través de ella se cumpla una finalidad “humanitaria”. No es lo mismo, obviamente, privarse de la función procreativa que amputarse una pierna en gangrena.

5. *Desde un punto de vista jurídico, la esterilización es, sin duda, un acto de disposición del propio cuerpo que atenta contra la integridad psicosomática de la persona humana.*

Es imposible, por tanto, sostener que la esterilización es un método anticonceptivo. Ni el aborto ni la esterilización son métodos anticonceptivos sino que, jurídicamente, constituyen atentados contra la integridad psicosomática y contra la vida respectivamente. La esterilización configura, en cuanto es irreversible, una “disminución permanente de la integridad física”. De esta situación no cabe duda desde una perspectiva estrictamente jurídica.

6. *Solo es permisible la esterilización cuando procrear pone en grave riesgo la vida de la mujer, situación que, por lo demás, es excepcional dado el progreso experimentado por la ciencia médica.*
7. *Los métodos anticonceptivos tienen la característica de que se adoptan coyunturalmente y no atentan, por lo tanto, contra el derecho-deber a procrear. Si la persona decide procrear simplemente prescinde de la utilización de un método anticonceptivo y puede cumplir con su derecho-deber a procrear, que su integridad física se mantuvo incólume.*

La esterilización, en cambio, priva de modo permanente a la persona de su derecho-deber a procrear. Y esto es muy grave, ya que limita de modo permanente la capacidad del ser humano a proyectar libremente su vida así como variar sus proyectos en cualquier momento de su existencia.

Puede darse el caso que una persona, en un momento de desesperación, de angustia, perdida u obnubilada su capacidad racional, decide atentar contra su integridad física confundiendo el hecho radical y permanente de la esterilización con un método anticonceptivo cualquiera. Este hecho es sumamente grave no solo porque constituye un atentado contra la integridad física sino que, además, es un acto que atenta contra la propia libertad de la persona humana, contra el derecho de proyectar su vida, de desenvolver libremente su personalidad.

En efecto, puede ocurrir, y de hecho sucede, que una persona que por desesperación o por ignorancia o por un equivocado consejo decide, en un momento de desesperación, atentar contra su vital función procreativa, en otro momento posterior de su vida, restablecido el equilibrio emocional perdido, cambia de opinión y decide procrear. Esa persona, que confundió el atentado contra su integridad psicosomática con un método anticonceptivo, coyunturalmente utilizado, no podrá tener hijos. Se ha ocasionado así un daño irreversible contra la persona, una grave frustración que lesiona su libertad al libre desenvolvimiento o desarrollo de su personalidad.

El hecho antes enunciado es humanamente grave, como es también censurable el que induzca a las personas a confundir dos diversas si-

tuaciones: la esterilización con un simple método anticonceptivo. La esterilización, como se ha señalado, constituye una lesión contra la integridad física de una persona que le ocasiona una disminución permanente en una función vital como es la de la procreación. Es un hecho irreversible, que impide un futuro cambio en el proyecto de vida de una persona. Constituye por ello, la posibilidad de generar una frustración o trauma en la vida de un ser humano. Los métodos anticonceptivos son soluciones coyunturales, transitorias, que no atentan de modo permanente contra la integridad física, con el sagrado derecho-deber de procrear.

Esta distinción es tan visible y elocuente que el artículo VI del Título preliminar de la Ley de Política Nacional de Población se excluye al aborto y a la esterilización como métodos de planificación familiar.

a. Premisas generales

1. El derecho a la vida y el derecho a procrear son derechos naturales y tienen el carácter de sagrados.
2. Se trata de derechos subjetivos que no tienen el carácter de absolutos porque el ser humano no es un ser aislado sino que se encuentra en comunicación con los demás en el seno de la sociedad.
3. Estos derechos son relativos porque implican, al mismo tiempo, un deber para su titular. Este debe conservar el derecho del que goza en beneficio de los demás. El derecho a la vida no implica el derecho de morir (matarse o aceptar que nos maten); el derecho a la integridad física, el derecho a mutilarse; el derecho a procrear, el derecho a esterilizarse. “El ser humano se debe a los demás, al prójimo, por lo que tiene el deber de mantenerse en el mejor estado moral, psíquico y físico para servir adecuadamente a los demás y cumplir con la misión comunitaria que cada hombre tiene durante su existencia”.
4. En esta perspectiva, se reconoce que el derecho a procrear supone que, en tanto sujeto de derecho, la especie humana tiene derecho a perpetuarse, “por lo que cada persona tiene el deber de no lesionar el derecho natural”.

b. Argumentos legales

1. El no reconocimiento del derecho a morir se evidencia en el hecho que solo por razones prácticas no se reprime al suicida, pero si se castiga a los instigadores y cómplices del “delito de suicidio”.

2. Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos (artículo 6 CC) “Cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres”. Salvo “si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios”.
3. La esterilización no es un medio anticonceptivo y constituye tanto un atentado grave a la integridad sicosomática de la persona como la negación de su derecho a procrear. Solo es permisible cuando procrear pone en grave riesgo la vida de la mujer (situación por demás excepcional).
4. Los casos de esterilización son irreversibles y, de acuerdo con los ejemplos citados, pueden ser el resultado de una confusión entre esterilización y medio anticonceptivo o de un momento de desesperación, ignorancia o equivocación debido a una pérdida de equilibrio emocional.

3. Comentarios

Hasta aquí, lo que hemos comprendido como esencial de la exposición de Fernández Sessarego. Comprensión que constituye una interpretación y como toda interpretación no tiene la pretensión de ser la única verdadera. Sin embargo, la consideramos coherente, consistente y razonable. A pesar que se necesitaría más amplias indagaciones, nos limitamos a formular los siguientes comentarios.

1. Considerar a los derechos a la vida, a la integridad sicosomática o a la procreación como derechos naturales implica adoptar una concepción ideológica, política, religiosa. Defender este criterio constituye, a su vez, el libre ejercicio de otros derechos humanos: libertades de expresión, de pensamiento, de conciencia. Frente a otras concepciones, la del derecho natural no puede ser presentada como la única verdadera y valiosa.
2. Afirmar que se trata de derechos naturales supone que preexisten y que el derecho no hace sino reconocerlos al momento de regularlos (son innatos a la persona, constituyen un don que se ha recibido). La experiencia muestra, sin embargo, que el derecho natural no siempre ha reconocido los mismos derechos y que ha servido tanto para justificar la esclavitud como la igualdad de las personas.

Asimismo, se admite que los derechos humanos son la creación del Siglo de la Ilustración y que si se afirmó su carácter natural fue debido a que se les estableció como límites al poder absoluto del monarca. Se

admite, igualmente, que hay nuevos derechos humanos (llamados de la segunda y tercera generación) y que los derechos humanos primeros han sido enriquecidos con una dimensión positiva (el Estado debe promover las condiciones para su realización y no solo limitarse a no violarlos).

3. Aun si se aceptase la existencia de un sistema de derechos naturales, cabe preguntarse si es necesario recurrir a este sistema para explicar nuestro ordenamiento jurídico. En todo caso, basta con referirse a la manera amplia como los derechos humanos son, expresa e implícitamente, reconocidos por la Constitución.
4. En la perspectiva de Fernández Sessarego, cabría preguntarse por la norma de derecho natural que consagra el derecho a procrear o el derecho de la especie humana a subsistir. O, por la norma que reconoce a la especie humana un derecho colectivo a sobrevivir que tiene la primacía frente al derecho individual a la vida. Si la esterilización debe ser prohibida para garantizar la supervivencia de la especie, con mayor razón debe admitirse lo mismo respecto al suicidio (daño más grave). De la misma manera, debería darse la razón a quienes condenan el aborto como un crimen contra la humanidad o contra el capital demográfico de la sociedad. Asimismo, se podría justificar el sacrificio de la libertad de expresión, por ejemplo, en aras de la seguridad o tranquilidad públicas.
5. La supervivencia de la humanidad, la seguridad pública, el bienestar general [...] son bienes colectivos a condición que, primero, sean no distributivos (ninguna de las personas concernidas puede ser privada de su goce y el goce que haga una de estas no puede excluir una de ellas) y normativos (su creación o conservación están ordenados por una norma). En los sistemas normativos hay tanto derechos individuales como bienes colectivos. Se da una colisión entre estos cuando el ordenamiento exige que ambos sean lo más ampliamente realizados según las circunstancias jurídicas y materiales. De modo que cuanto mayor sea el grado de incumplimiento de uno, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro. Si se tiene en cuenta que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1 Constitución), es evidente que debe reconocerse la precedencia *prima facie* a los derechos individuales. Solo así se puede tomar en serio al individuo, a la persona (no se hace esto cuando ni siquiera se imagina –caso de Fernández Sessarego– que una persona capaz y equilibrada pueda

decidir racional y libremente esterilizarse). Lo que no significa que no pueda reconocerse, en ciertos casos, la primacía a un bien colectivo frente a un derecho individual. Pero esto solo es posible cuando pueda ser real y eficazmente justificado. Este tipo de ponderación no puede ser justificada debidamente en el conflicto supuesto entre el derecho individual a procrear y el bien colectivo supervivencia de la especie humana. Además, el problema se resuelve con antelación cuando se constata que, salvo en el derecho natural alegado en el trabajo comentado, no existe norma en nuestro ordenamiento jurídico que exija crear o conservar el bien “supervivencia de la especie humana”.

6. Concebir los derechos fundamentales como derechos subjetivos que tienen dos dimensiones: de un lado, el derecho a un beneficio o privilegio y, de otro lado, el deber de conservar dicho derecho, constituye también un criterio difícil de aceptar por las numerosas consecuencias negativas para la garantía de los mismos derechos fundamentales. Lo que aparece claro, por el contrario, es que todo derecho supone el deber de terceros de respetarlos, comprendido sobre todo el Estado. Lo que es dudoso es que el titular esté obligado a conservarlo y que se le pueda imponer lo conserve aun en contra de su voluntad. Esto justificaría que se imponga un tratamiento médico a un paciente que no quiere curarse o que prefiere otro y esto en razón a que se considera que es lo mejor para él. Este criterio supone un tipo de paternalismo. Desde esta perspectiva, se condenaría la eutanasia pasiva, una de las manifestaciones del derecho a morir reconocido ampliamente en la actualidad por personas con diversas y opuestas concepciones de la vida y de la moral.
7. Respecto a la afirmación que la esterilización es una mutilación grave que atenta contra el derecho a procrear, es de preguntarse si la decisión de practicársela no constituye más bien el ejercicio de la libertad a procrear o no, que se deduce del derecho a procrear. Si se reconoce la obligación de procrear, en la opinión de Fernández Sessarego: segundo componente del derecho subjetivo, se tendría que rechazar no solo la esterilización, sino también las relaciones sexuales practicadas sin la finalidad de procrear, o el voto de celibato practicado por los representantes de algunas creencias religiosas. Todos estos actos serían igualmente peligrosos o dañinos para la supervivencia de la especie y constituirían atentados contra su derecho natural a la supervivencia. Lo que estaría en contradicción con la admisión de la libre utilización de medios anticonceptivos.

8. Conforme a la doctrina dominante, es de afirmar, más bien, que los derechos humanos tienen un carácter absoluto con relación a los otros derechos de menor jerarquía. Es decir, en caso de conflicto, estos deben ceder siempre ante los primeros. Por lo contrario, ellos son solo *prima facie* cuando se encuentran en conflicto entre sí. Uno de ellos debe ceder según las circunstancias materiales y personales del conflicto. De lo contrario, el conflicto sería insoluble.
9. Los derechos humanos implican la libertad del titular de ejercerlos o no. Pero, la facultad de disponer no es la misma con respecto a todos los derechos humanos. El ordenamiento jurídico percibe solo algunos como derechos-deberes; por ejemplo, el derecho a la educación: el niño tiene derecho a frecuentar durante un periodo la escuela, mas no tiene la libertad de ir o no a la escuela. El Estado tiene la obligación de crear las condiciones materiales para su realización, pero no debe excluir de su goce algunos niños por criterios de raza, religión o política. En el caso del derecho a la propiedad, el titular tiene derecho a adquirir y conservar su patrimonio, pero también la libertad de disponer libremente de sus bienes. El Estado debe promover las condiciones para que cada persona tenga acceso a la propiedad, mas no imponer a cada persona que acceda o conserve siempre sus bienes. Los derechos a la vida, a la integridad física o a procrear no forman parte de ninguno de esos grupos de derechos. Las personas tienen derecho a decidir sobre su muerte, a disponer de su cuerpo y a tener o no hijos. Pero, no pueden transferir a terceros su derecho a la vida, a la integridad corporal o a procrear. En este sentido, estos derechos son irrenunciables y no pueden ser cedidos a terceros. De acuerdo con sus intereses y proyectos de vida, una persona puede preferir morir que soportar los sufrimientos intensos que le produce una enfermedad incurable (derecho a morir dignamente) o puede decidir no tener hijos o no tener más de los que ya tiene (paternidad o maternidad responsable).
10. En el aspecto jurídico penal, los argumentos propuestos en favor de la tesis que criticamos no son del todo correctos. La impunidad del suicidio no solo se explica porque el suicida deja de ser sujeto de derecho, sino también debido a razones de política criminal (por ejemplo, ineficacia de la pena frente a quien está decidido a morir). Si se debe imponer el deber de conservar la propia vida y se considera eficaz el derecho penal (como parece suponer el autor), debería reprimirse al suicida frustrado a título de tentativa del “delito de suicidio”. En cuanto a la integridad corporal, no se castiga la automutilación y, en la

doctrina como en el Código Penal, se admite el consentimiento como causa de justificación en el dominio de las lesiones corporales. Lo que significa que nuestro ordenamiento jurídico tampoco ha hecho de la prohibición civil (artículo 6 CC) una infracción penal.

4. Bibliografía sucinta

- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, 1989.
- ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, 1993.
- CALSAMIGLIA, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, 1986.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La protección jurídica de la persona*, Lima, 1992.
- HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, 1963.
- LAPORTA, FRANCISCO, “Sobre el concepto de derechos humanos”, en *Doxa*, N.º 4, 1987.
- LARENZ, Karl y Klaus-Wilhelm CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.ª ed., Berlín, 1995.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, 1983.
- RICOEUR, Paul, *Le Juste*, Paris, 1995.
- RUBIO, Marcial, *El ser humano como persona natural*, Lima, 1992.
- VILLANUEVA, Rocío, *Los derechos humanos en el pensamiento angloamericano*, Cuenca, 1995.
- WELZEL, Hans, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Berlín, 1935.

IV

Política nacional de población, control de natalidad y aborto*

Sumario: 1. Introducción. 2. Comentarios. 3. Concepciones de la Iglesia católica sobre la procreación. 4. Regulación legislativa. 5. Control de natalidad. 6. Cuestión ética. 7. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

Este trabajo constituye la exposición de algunas reflexiones sobre los derechos de la persona a su integridad personal. La ocasión fue la publicación de la Ley N.º 26530, dictada para modificar el artículo VI del Título Preliminar del Decreto Legislativo N.º 346, denominado Ley de Política Nacional de Población.

En el artículo VI, se declara que la Política Nacional de la Población garantiza los derechos de la persona humana:

1. “A la vida. El concebido es sujeto de derecho desde la concepción.
2. A formar su familia y al respeto de su intimidad.
3. A la libre determinación del número de sus hijos.
4. A la salud integral y al libre desenvolvimiento de su personalidad.
5. A habitar un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado.
6. Al trabajo y a la seguridad social para alcanzar un nivel de vida que le permita asegurar su bienestar y el de su familia.

* Publicado en *Anuario de Derecho Penal 1995*, Lima, 1995, bajo el título: “Ley N.º 26530 Modificatoria de la Ley Política Nacional de Población”.

7. A poseer una vivienda decorosa.
8. A elegir su lugar de residencia y a transitar libremente por el territorio nacional.
9. A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna.
10. A la educación y a la cultura.
11. A los demás reconocidos por la Constitución o inherentes a la dignidad humana”.

La modificación se explica quizás porque en el inciso 3 se reconocía el derecho a decidir sobre el número de hijos que se desea tener. Con lo que reconocía, implícitamente, el derecho a planificar la natalidad y, por tanto, la libertad de recurrir a los medios para evitar el embarazo y hasta interrumpirlo. El límite establecido es que la decisión sea tomada libremente (voluntad personal), sin que sea forzada por “estímulos o recompensas materiales”.

Para la mejor comprensión de nuestros comentarios, transcribimos el texto del artículo único de la ley mencionada:

Artículo único. Modifícase el Artículo VI del Título Preliminar del Decreto Legislativo N.º 346, Ley de Política Nacional de Población¹, 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”.

2. Comentarios

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

1 Del 6 de julio de 1985. Versión en línea: <http://bit.ly/1FhuPCH>.

modestas reflexiones constituyan un pequeño aporte a la lucha reivindicadora de sus derechos fundamentales.

3. Concepciones de la Iglesia católica sobre la procreación

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 solo 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 (Decreto, 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 *Human 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 estas 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.

4. Regulación legislativa

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 anti-concepcional”.

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 (artículo 347) la represión de quien “públicamente incitare 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.

5. Control de natalidad

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

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 anti-concepcional”.

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 (artículo 347) la represión de quien “públicamente incitare 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.

5. Control de natalidad

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.º 26530 que modifica el artículo VI del D. Legislativo N.º 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 este 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 solo 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 solo fuerza y arbitrariedad enmascaradas”

“La ley es tal cuando tiene validez formal y de contenido. Evidentemente una norma que solo 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”.

6. Cuestión ética

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 de derechos humanos” p. 35 y 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 una 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 inva-

dir 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 esta es la mejor conocedora 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 solo 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.º 26530, modificadora del artículo IV del Decreto Legislativo N.º 346, que excluye solo 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 solo 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.

7. Bibliografía sucinta

AVENDAÑO, Leónidas, “La reforma de la legislación penal. Parte especial: Estudio crítico forense del nuevo Código Penal del Perú”, en *Revista del Foro*, 1924.

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*, 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, París, 1994.

LAPORTA, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, en *Doxa*, N.º 4, 1987, pp. 23 y ss. Singer, Peter, *Ética práctica*, 2.ª ed., Cambridge, 1995.

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