

Biología, moral, derecho penal y aborto

José Hurtado Pozo

I

En el debate sobre el aborto, se enfrentan dos posiciones con frecuencia. En nuestro medio, podemos citar el ejemplo siguiente. Para prohibir toda liberalización en este dominio, por un lado, se afirma, primero, que según la biología el ovulo fecundado contiene todos los elementos para la construcción del cuerpo humano ; segundo, que por lo tanto, desde ese momento, estamos ante una persona con derecho e intereses. Por otro, se sostiene, con el fin de exigir la despenalización de ciertos casos de aborto, que el respeto de los derechos fundamentales de las mujeres supone la garantía del derecho a la vida, la salud y del derecho a decidir sobre la maternidad.

Los promotores de ambas corrientes de opinión, cabe admitir, son contestes sobre la comprobada afirmación de la biología sobre la aparición y desarrollo de la vida embrionaria. Discrepan sobre si el embrión tiene derechos desde la concepción y sobre si su derecho a vivir prima necesariamente sobre los derechos de la madre, comenzando por el derecho a la vida misma.

Del hecho biológico señalado no debe deducirse sin más que se trata de un ser humano o de una persona que tiene derechos, por lo que debe garantizarse, por ejemplo, su vida e integridad corporal. Tampoco, de que constituye simplemente una parte del cuerpo de la mujer embarazada y de la cual ésta puede disponer libremente.

II

Se trata más bien de una cuestión moral, normativa, que supone cuestionarse sobre cómo y por qué la vida humana es valiosa intrínsecamente, así mismo sobre qué consecuencias se deducen de esto respecto a la posición que debe adoptarse en el dominio del aborto (como también en el de la eutanasia).

Esta valoración, en razón a que se busca determinar cómo regular legalmente el aborto, no debe efectuarse simplemente a nivel filosófico o religioso. La solución no debe ser planteada, por ejemplo, afirmando la índole divina de toda forma de vida humana, concluyéndose que es de prohibir toda interrupción del embarazo por que el derecho a la vida del feto prima sobre los derechos de la mujer a la vida, la salud y la libertad de decidir sobre su maternidad responsable.

De acuerdo con nuestro ordenamiento, el marco del análisis deber ser sin duda el de la Constitución y de los convenios internacionales. Ahora bien, si nos limitamos al primero, la orientación será diferente si es que la valoración se hace en un contexto constitucional en el que se establezca, como lo hacía la Constitución de 1823, que la “religión de la República es la Católica, Apostólica, Romana con exclusión del ejercicio de cualquier otra” (art. 8) y que es “un deber de la Nación protegerla constantemente, por todos los medios conformes al espíritu del Evangelio, y de cualquier habitante del Estado respetarla inviolablemente” (art. 9). De donde era factible deducir que la vida era valorada y protegida como un bien divino de acuerdo con la moral católica.

Esta concepción ilumina el hecho que la Sección Primera de la parte especial del Código Penal de 1863 fuera consagrada a los “delitos contra la religión”. Reprimiéndose severamente, por ejemplo, “la tentativa para abolir o variar en el Perú la Religión católica, apostólica, romana” (art. 99).

Sin embargo, a pesar de esta confesión de fe religiosa, al reprimir los delitos contra la vida se distinguía entre el homicidio, el infanticidio y el aborto, así mismo se sancionaba menos severamente este último que los dos primeros. Además, se atenuaba la pena en un grado cuando la madre “fuere de buena fama, y cometiere el delito obcecada por el temor de que se descubra su fragilidad” (art. 243, pf. 2). De esta manera, a pesar de la confesionalidad del Estado, se consideraban circunstancias especiales para valorar y calibrar la protección de la vida embrionaria.

El análisis no puede ser el mismo, cuando la Constitución estatuye la laicidad del Estado y su separación de la religión. En la Constitución vigente, art. 50, se dispone que: “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”. Igualmente, se dispone, en el segundo párrafo, que el “Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas”. Lo que implica también el reconocimiento del agnosticismo y ateísmo.

En esta perspectiva ecuménica, debe comprenderse lo establecido en el art. 2 de la misma Constitución, en el que se reconoce que toda persona tiene derecho a “la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar” (inc. 1). Si el Estado estuviese obligado a reconocer, conforme a la doctrina católica, que la vida comienza desde la concepción y que el feto es tanto un ser humano como una persona, no es claro por qué se consideró necesario, en la misma disposición, esclarecer que: “El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. Calificación de “sujeto de derecho” que sería redundante y, por tanto, superflua, ya que ella implica que sea una “persona” y, por tanto, ya comprendida en el primer párrafo. Lo que abre la posibilidad de sostener que no es siempre tratado como “sujeto de derecho”, salvo en lo que le es desfavorable. De donde, se puede aceptar que el concebido no es una persona, sino que debe ser tratado “como si lo fuera” en ciertas circunstancias.

III

Por esto, resulta coherente que se refuerce el respeto al bien vida y la protección que merece en todas sus manifestaciones (sobre lo cual se puede admitir que existe unanimidad), al mismo tiempo que se valoran diferentemente las diversas etapas del desarrollo de vida humana para decidir sobre los grados de intensidad de la protección penal. Para lo cual, ha sido necesario establecer límites precisando a partir de qué momento se protege la vida embrionaria (de manera mayoritaria a partir de la nidación del óvulo fecundado), la misma que se admite dura hasta, conforme al art. 110 del Código Penal, el inicio del parto con los

primeros dolores, después del cual se protege la vida realizada de la persona reprimiendo el infanticidio y el homicidio.

Lo mismo se puede afirmar respecto a la coherencia en considerar los diversos casos de aborto teniendo en cuenta circunstancias relacionadas con las condiciones y los intereses de la mujer. Así, desde el primer Código Penal de 1863, como lo hemos indicado anteriormente, se han precisado y aumentado dichas circunstancias. En el Código Penal vigente se prevén: el aborto por indicaciones médicas (art. 119), el aborto sentimental (en caso de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida) y el aborto eugenésico (conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas) (art. 120). Para el primero, se prevé la impunidad y para los dos otros una sensible atenuación de la pena (no mayor de tres meses de privación de la libertad). Al respecto, hay que recordar que, en el Proyecto de 1990 (art. 120), se establecía también la impunidad para estas dos formas de aborto, versión que fue modificada “por padre desconocido” y sin debate alguno en manos del poder ejecutivo.

Calificar estas circunstancias como causas de impunidad, sea por considerárseles justificantes o excluyentes de culpabilidad, depende de la valoración normativa de todos los aspectos de cada una de las situaciones de hecho. De modo que si se admite la impunidad del aborto en caso de violación, por ejemplo, no significa que se esté autorizando la comisión de un crimen (aborto) para evitar la comisión de otro (violación), pues normativamente, en razón de las circunstancias excepcionales, no se califica de crimen la interrupción del embarazo producto de una atentado sexual. Salvo que se la califique siempre de crimen por considerarse que destruye la vida de índole divina y que ninguna excusa puede dejar que sea juzgada como pecado e infracción penal.

En un Estado de derecho, pluralista, laico, democrático social, cualquier reforma de la ley penal, en especial en ámbitos como el aborto, debe ser el resultado de un debate amplio y abierto sin imposición de dogmas religiosos o filosóficos. El mismo que debe tener en cuenta los cambios sociales, culturales, políticos en general y, en particular, sus consecuencias en la adopción de una política criminal adecuada. Con la finalidad, principalmente, de enmendar las injusticias cometidas contra las mujeres mediante el desconocimiento o desnaturalización de sus derechos fundamentales.

No es otro el planteamiento y las finalidades del Proyecto de ley N. 3839//2014-IC, referente a la despenalización de ciertos casos de interrupción del embarazo y que es objeto de debate en estos días. Su aprobación sería un paso adelante, aunque no lo suficientemente amplio, en la dirección que debe tener la reforma completa de la regulación de la despenalización del aborto.

IV

Para terminar, sin el ánimo de comparar o de caricaturizar situaciones inigualables, volvemos a la biología con la que iniciamos estas breves reflexiones. Los progresos en nanotecnología, junto con los realizados en informática y cognitiva, han permitido a científicos aumentar la inteligencia de ciertos animales (Laurent Alexandre, *Quelle place pour les animaux augmentés?*, en *Le Monde, Science&médecine*, 25.02.2015). Por ejemplo, de ratones y para lo cual han modificado la ADN de estos roedores con segmentos de cromosomas humanos o inyectándoles células gliales cerebrales humanas. Lo mismo se ha logrado con pequeños simios. Considerando que estas manipulaciones genéticas no requieren grandes inversiones económicas, primero, algunos plantean a un nivel pragmático, cómo enfrentar el desarrollo de un comercio incentivado por el deseo de los amorosos de los animales de demandar un perro más inteligente, con más empatía. Segundo, otros se interrogan, a un nivel existencial más elevado, cómo deberán ser considerados los animales cuando hayan alcanzado un QI próximo al de un ser humano actual.

En esta perspectiva de ciencia (¿ficción?), el problema tampoco sería resuelto por las constataciones biológicas por más científicas que sean, sino por criterios normativo-axiológicos que faciliten decidir si, en la dirección de la cada vez más fuerte tendencia a reconocer derechos a los animales, algunos de estos “animales mejorados en sus capacidades cerebrales” deben ser tratados, dentro de ciertos límites, “como” si fueran personas humanas, es decir, prohibir que sean utilizados como objetos de experimentación, que sean industrializados como materia para la alimentación humana, que sean privados de su libertad. Y no por que se debe proteger indirectamente a las personas de sufrimientos o perturbaciones sentimentales, como se justifica la represión del maltrato de animales, sino directamente a los animales mismos.

Fribourg, marzo 2015

José Hurtado Pozo