



EL SACRIFICIO POR LA VIDA HUMANA: UNA FILOSOFÍA ADECUADA CONTRA LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR VIOLACIÓN SEXUAL EN EL PERÚ

*Jainor Avellaneda Vásquez**
Universidad Católica Sedes Sapientiae
2020101209@ucss.pe

Resumen: El artículo aborda, mediante un enfoque hermenéutico, la problemática vigente sobre la despenalización del aborto en caso de violación sexual en el Perú. Tiene como objetivos, comprender y fundamentar porqué no es conveniente despenalizar dicha conducta. Para ello, se examina la figura objeto del problema según el derecho internacional y el derecho comparado en atención directa a lo regulado en nuestra normativa; se analiza los argumentos que inciden a favor y en contra de la misma. Por consiguiente, se ofrece una propuesta integradora sobre la base de tres fundamentos ius filosóficos: la ponderación de principios, los derechos humanos en dignidad como primera y única salvaguardia del concebido, y la dinámica de la comprensión como fuente reveladora del yo en lo otro.

Palabras clave: Aborto, violación sexual, despenalización, concebido, dignidad.

PHILOSOPHY OF SACRIFICE FOR HUMAN LIFE: AN ADEQUATE RESPONSE TO THE DECRIMINALIZATION OF ABORTION DUE TO SEXUAL RAPE IN PERU

Abstract: The article addresses, through a hermeneutic approach, the current problem regarding the decriminalization of abortion in case of rape in Peru. Its objectives are to understand and justify why it is not appropriate to decriminalize such conduct. For this, the figure object of the problem is examined according to international law and comparative law in direct attention to what our regulations regulate; the existing arguments for and against it are analyzed, and therefore an integrative proposal is offered on the basis of three foundations: the weighting of principles; human rights in dignity as the first safeguard of the conceived; and the dynamics of understanding as a revealing source of the self in the other.

Keywords: Abortion, rape, dignity, decriminalization, conceived.

* Estudiante del décimo ciclo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

No es que pueda vivir, es que quiero. Es que yo quiero. La vieja carne al fin, por vieja que sea. Porque si la memoria existiera fuera de la carne no sería memoria porque no sabría de qué se acuerda y así cuando ella dejó de ser, la mitad de la memoria dejó de ser y si yo dejara de ser todo el recuerdo dejaría de ser. Sí, pensó. *Entre la pena y la nada elijo la pena.*

William Faulkner, *The Wild Palms*

1. Introducción

En América, el debate sobre el aborto es un duelo de extremos irreconciliables. Muchos denominan “victoria histórica” la legalización del aborto en Argentina. Similar apreciación merece la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que, a mediados de este año, dejó sin efecto el histórico fallo Roe vs. Wade (1973), desterrando a la interrupción del embarazo, de derecho constitucionalmente protegido a conducta ilícita y socialmente reprochable. Ambos hechos no suman ni restan, lo único que añaden a la opinión pública es perplejidad y confusión.

En el Perú, discutir sobre el aborto parece un asunto sencillo. Al estudiar directamente su legislación, damos por sentado que únicamente es aceptable el aborto terapéutico, mas, sus otras modalidades son perseguidas y castigadas como delitos. Sin embargo, hay una circunstancia que siempre abrirá sus puertas a la crítica, será incomprendida, cuya característica principal no es la sencillez sino la complejidad, esta es, la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación sexual. Sectores de la doctrina nacional, grupos ideológicos e incluso el Sistema de Naciones Unidas recomiendan al Estado Peruano adoptar su despenalización. Según Tribe (2013), aquella población que se opone al aborto, permitiría que sea esta una excepción, que una vida sea destruida, aunque se tengan que reescribir las normas desde cero. Otros sectores, por ejemplo, la Iglesia Católica, se oponen categóricamente a lo anterior, argumentando que la vida por ser donación de Dios solo a Él le corresponde reclamarla; también se oponen aquellos que apuestan por una ética del discurso rebatiendo la equivocada idea de una ley moral, nacida de la vida (dolor) por encima de la razón. Así, cuando se trata de emitir un juicio de valor sobre el aborto por causa de violación sexual (aborto sentimental) de un lado, la comunidad académica librepensante solo considera a la víctima, de otro lado, el Estado se ocupa de perseguir el delito, es decir, investigar, procesar y castigar al culpable; pocos,

son aquellos que piensan en la vida humana que se está desarrollando, simultáneamente, a la mujer violentada que le presta su vientre.

En tal sentido, instaurar la despenalización del aborto en caso de embarazo por violación sexual en el Perú no solo se trata de una simple modificación al artículo 120 del Código Penal, sino de algo bastante complejo. Se trata de que el Estado a través de sus instituciones garantice a las mujeres su acceso, de la misma forma como garantiza el acceso a cualquier otro derecho. Pensamos que dicha iniciativa no es conveniente; así pues, para demostrar ello, esta investigación tiene como finalidad, comprender esta modalidad de aborto sin reducciones y fundamentar porqué no es conveniente respaldar su despenalización. Nuestra hipótesis, que podría admitir ciertas excepciones, más o menos es la siguiente: según el juicio de ponderación, el derecho a la vida, en disputa con otros derechos como el derecho de las mujeres a la libertad para decidir sobre su cuerpo, primaria en la mayoría de casos ya que es el derecho más fundamental de todos; garantizar el aborto sentimental vulnera los derechos humanos del concebido, pues la vida humana se mantiene en el vientre y nace con dignidad, esta cualidad es intrínseca y subyace como esencia, no puede ser arrebatada por otros ni tampoco rechazada por uno mismo; la doctrina de la comprensión es fundamental para reconocer a lo otro, aceptarlo como es y, tener el valor de encontrar sentido en el sufrimiento.

Partiendo de tales predicciones, tres son los capítulos que comprenderán el desarrollo de este artículo. En el primero, abordaremos aspectos generales de la problemática estudiada, diremos qué se entiende por inicio de la vida humana, delito de violación sexual, concebido y aborto. El segundo capítulo lo dedicaremos al tratamiento del aborto en caso de violación sexual en el derecho internacional y el derecho comparado: recabaremos de manera sustancial lo que nos dice la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y las legislaciones de España, Colombia y Nicaragua. En el tercer capítulo, analizaremos el aborto sentimental en el caso peruano, para ello interpretaremos exegéticamente la normativa respecto de la figura estudiada, explicaremos en qué consiste las posturas a favor y en contra de su despenalización y, finalmente, destacaremos una propuesta como solución al problema. Nuestras reflexiones se acogerán a lo siguiente: la ponderación de principios, la valoración filosófica de la dignidad y los Derechos Humanos del concebido, así como la dinámica de la comprensión.

2. Marco metodológico y marco teórico normativo

En primer término, nuestra investigación es de tipo dogmático-jurídico, aunque también haremos una contrastación del aspecto conceptual del tema, con los casos prácticos que ocurren en la realidad. Aplicaremos los métodos exegético y dogmático.

El método exegético es un método de interpretación de textos, llámese también, método hermenéutico. Su finalidad es encontrar el sentido más extenso y exacto de los textos objeto de análisis, estos textos pueden ser legales, jurisprudenciales, doctrinarios, como también textos clásicos, sagrados y literarios. En nuestro estudio aplicaremos este método, principalmente, a las normas nacionales e internacionales con la finalidad de encontrar el sentido del articulado pertinente en apoyo a nuestras pretensiones. Dicha aplicación se acercará en lo esencial al propósito de los hacedores de las normas consultadas.

El método dogmático, según Tantaleán (2016), es un método que estudia la naturaleza estructural del derecho objetivo, es decir, estudia a la norma jurídica en sí, por tal motivo, se basa fundamentalmente en sus fuentes. Así, este método se encargaría de estudiar una institución jurídica de manera integral y sistemática y, en toda su amplitud, moviéndose en un escenario puramente teórico. Para nuestra investigación se aplicará de modo directo a las normas jurídicas sin detenimientos en cuestiones prácticas, sin interesar su aplicación o sus sustratos valorativos. Aquí, lo que importa son las ideas que subyazcan en la desnudez o pureza del derecho y no en su validez aplicativa. Tal relevancia teórica se pone de relieve mediante abstracciones que podrían contrastar a la norma de derecho, analizarla, ampliar su contenido, como proponer su modificación y derogación. Este método se aplicará a casos prácticos, jurisprudencias, disertaciones de doctrina e incluso, hará posible el acercamiento a otros campos teóricos como, por ejemplo, la filosofía jurídica y la psicología.

Como herramientas de recolección de datos, en lo que refiere a las técnicas de investigación, se aplicarán el análisis documental y la entrevista. De otro lado, en lo que se refiere a los instrumentos de investigación se empleará, por ejemplo, el cuestionario, una lista de interrogantes dirigidas a catedráticos, investigadores, fiscales y otros especialistas en la materia.

En segundo término, la perspectiva de la cual partimos destaca que la vida humana inicia desde la concepción. Si entendemos por aborto a la interrupción del embarazo, es también, la interrupción de la vida o una forma de exterminarla. Así, pensamos que el aborto por violación sexual no es un derecho humano de la víctima, por lo que no puede concebirse en forma de libertad o derecho a decidir, constitucionalmente todo derecho

termina cuando inicia el derecho de alguien más. Además, si contrastamos el derecho a la libertad con el derecho a la vida, primaria la vida como ente causado por una causa suprema, independientemente al modo que lo originó; la despenalización del aborto sentimental es la peor reparación que el Estado podría ofrecer a las madres víctimas.

Asimismo, la relación de normas pendientes de analizar es de carácter nacional e internacional. Sobre las normas nacionales, se analizarán la Constitución Política (arts. 1 y 2.1), el Código Penal (art. 120) y el Código Civil (art. 1); y sobre normas internacionales, examinaremos la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 1 y 3), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 6 y 7) y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 2 y 6).

3. Cuestiones generales

3.1. Antecedentes del problema

No resulta extraño hablar o escuchar hablar del delito de aborto por violación sexual, pues, si miramos hacia el mundo, nos daremos cuenta de que la mayoría de las legislaciones extranjeras ya lo han despenalizado. Cuba, en 1965, se convirtió en el primer país de la región en despenalizar el aborto. En nuestra nación este problema sigue predominando, en el artículo 120 del Código Penal se posan todas las miradas y algunas de ellas vienen desde muy lejos. No obstante, hay estudios que pretenden revocar este fenómeno; así, un primer enfoque es el constitucional, autores como Castro (2020), quien analizó el aborto sentimental y eugenésico regulado por el artículo 120 del Código Penal bajo una mirada constitucional, nos dice que el ordenamiento jurídico debería prescindir de esta norma, es decir, dejarla sin efecto legal; también sostiene que el Estado debería custodiar la libertad de las mujeres no solo dejando impune la práctica de estos tipos de aborto, sino garantizándolos, proveyendo que su ejercicio sea legítimo y constitucional. En esta línea de investigación, ya en relación directa a los derechos de la mujer, Guerra (2019), en su investigación acerca de la prohibición del aborto sentimental y los derechos constitucionales de la mujer en el Perú, concluye que este delito se expresa de manera inconstitucional, ya que para el Estado el *naciturus* es un bien jurídico protegido, y que los derechos que se vulneran con su excesivo e inflexible amparo son de carácter más fundamental y necesario.

Otros estudios se han propuesto identificar las consecuencias del tipo penal abordado recabando su naturaleza jurídica y ontológica. Incil y Mendoza (2021), quienes investigaron la penalización del aborto como consecuencia de violación sexual y sus implicancias jurídicas, concluyeron que la penalización del aborto sentimental vulnera la dignidad de las mujeres, ya que se les despoja de sus proyectos y se les utiliza como

instrumentos en nombre de la ley, además vulnera otros derechos constitucionalmente reconocidos como el derecho a la libertad y a la salud. Así también, Sanchez (2011) parte de presupuestos hondamente filosóficos, entre ellos, la teoría del valor. Su objetivo principal fue fomentar el debate sobre, lo que él llama, un problema común de la sociedad peruana, siendo una alternativa de solución el compromiso de todos: involucrados, testigos y espectadores. El autor motivó su investigación mediante fundamentos teóricos, jurídico-filosóficos, estableció que el sentido del artículo 1 de la Constitución Política obedece a presupuestos de la ética kantiana; concluyó que, según la técnica de ponderación aplicada a casos de aborto por violación sexual, de la disputa entre el derecho a la vida del concebido y el derecho de las mujeres a decidir libremente sobre su cuerpo, primaría el segundo; finalmente, estableció que la solución al problema planteado lo tiene el derecho con sus valores constitucionalmente regulados.

Pocas son las investigaciones que miran con buenos ojos a la penalización del aborto por violación sexual. A pocos autores les parece que esta conducta penalizada no vulnera la Constitución y los derechos humanos. Entre aquellos que apuestan por la querencia de esa vida humana indefensa, tan solitaria y, condicionada a la decisión de su madre, están, por ejemplo, Saravia y Yataco (2019), quienes refieren lo siguiente:

Quando nos encontramos ante un embarazo producto de situación de violación o incesto siempre hay alternativas que no impliquen el querer atribuirse el derecho de matar una vida inocente. Puede ser lícito una decisión libre de entregar en adopción, cuando se tiene la certeza que no es posible convivir con el fruto de un acto que ha vulnerado la integridad de una mujer. (p. 19)

En este respecto, García (2006) nos dice que es risible plantear justificaciones al aborto; el feto es una vida humana y como tal, ninguna causa externa a su existencia, por más brutal que resulte podrá justificar su asesinato. Es lo mismo que el embarazo se haya efectuado producto de una violación sexual o en condiciones normales, y aquí no se trata de estar a favor o en contra, sino más bien dejarnos guiar por la verdad: una vida existe y el aborto es una acción en la misma categoría que el homicidio, es inmoral y punible.

3.2. Conceptos fundamentales

3.2.1. Inicio de la vida humana

¿Qué entendemos por vida humana? Según una definición de la RAE (2021), la vida es la prolongación que transcurre desde que un ser nace hasta que muere o hasta el presente. En el mundo clásico, Sócrates y la Escuela Platónica pensaban que la vida

humana era una dimensión orientada al ejercicio del bien; Aristóteles rescató este ideal sobreponiéndole el concepto de virtud. En la filosofía moderna, se renovó este concepto, pues pensadores como Hume, y sobre todo Kant, afirmaban que solo una vida libre y autónoma, esto es, una vida que se autorregula moralmente, es real y verdadera. Según Shakespeare, mediante el monólogo de Macbeth, la vida sería una historia voceada por un necio, llena de ruido y de furia que no significa nada. El cristianismo sostiene que la vida, siendo obra de un Creador, es la correspondencia entre el cuerpo y el alma. Por último, filósofos existencialistas como Sartre, conjeturan con rigor fenomenológico, que es nada la vida del hombre.

Ahora bien, entendiendo por noción de vida humana, de algún modo, lo descrito anteriormente, nos es dado preguntarnos: ¿Cuándo inicia? Muchos afirman que la vida humana inicia antes del nacimiento, de hecho, existen tres teorías que explican esto en lo sustancial: la teoría de la fecundación/concepción explica que la vida humana empieza a poco tiempo de contraer una relación sexual con la unión del óvulo y el espermatozoide y se consolida en un segundo momento, cuando el óvulo fecundado se convierte en cigoto; la teoría de la anidación nos dice que la vida humana empieza desde el momento en que el óvulo fecundado se implanta en el útero de la madre; asimismo, hay investigadores que por afán de enfrentar el problema, invocan a una tercera teoría, esta es, la del inicio de la actividad cerebral, y refiere que la vida humana subordinada ocurre entre las 6 y 7 semanas luego de la fecundación en coincidencia al inicio de la primera actividad cerebral (Castro, 2020). Sin embargo, hay otros estudios que proponen al nacimiento como origen de la vida humana, en esto, se apela por la independencia del feto respecto de la madre mediante su desprendimiento del cordón umbilical, como presupuesto de existencia. No debe extrañarnos que los platónicos hayan apoyado esta teoría, afirmando que el alma se integra al cuerpo humano con el nacimiento.

3.2.2. *Delito de violación sexual*

El delito de violación sexual es una acción antijurídica que nace con la comisión de un acto sexual violento o no violento, pero indeseado, involuntario y no consentido por la víctima. Según la Real Academia Española (2021), este delito consiste en contraer relaciones sexuales de manera violenta con una persona que no ha manifestado su voluntad para ello. Así también, para Arismediz (2013), la comunidad humana condena y reprocha este delito con los más altos castigos si fuera ello posible, pues el comportamiento delictivo no solo atenta contra la integridad física de la víctima (partes de su cuerpo) sino que arremete contra su dignidad humana, la hunde en una insondable desproporción.

Sobre los factores que concurren para la comisión de este delito, no es siempre la fuerza física un requisito obligatorio. Los violadores pueden emplear muchas otras modalidades. Por ejemplo, pueden recurrir a la coacción o intimidación a fin de intimidar a su víctima y arrinconarla a un estado de imposibilidad para responder. La violación sexual también se configura cuando el agresor abusa sexualmente de su víctima, encontrándose esta en estado de inconciencia (imposibilidad de resistir) o en caso de que mentalmente sea incapaz de comprender el significado del acto sexual (personas discapacitadas). Hay un mito catastrófico y horripilante muy voceado entre los entornos sociales, el mito dice: “la víctima de alguna manera tuvo la culpa del delito en su agravio”. No nos sorprende que la sociedad de a pie, el vulgo, azuce tal frase, sin embargo, es devastador oír a magistrados, fiscales y letrados decir esto de la víctima: no debió estar sola en ese lugar a esa hora, no debió emborracharse, la ropa que usó era inadecuada o no debió usar esa ropa (Mendoza, 2008).

3.2.3. *El aborto*

¿Qué significa abortar?, ¿es un delito, o acaso, un derecho, un método? La RAE (2021) define al aborto como la interrupción natural o voluntaria del embarazo; la OMS, nos dice que es un procedimiento médico sencillo y común, voluntario, al tratarse del aborto provocado. Con fervor científico, Pérez (2016) afirma lo siguiente:

El aborto ... es la pérdida espontánea o provocada del producto de la concepción antes de que sea viable. Según la época en que el aborto se efectúe se le denomina “ovular” (en el primer mes), “embrionario” (del primer al tercer mes) y “fetal” (del cuarto mes en adelante). (p. 34)

A Cabanellas de Torres (2008) le parece que el aborto es sinónimo de privación del nacimiento, leamos pues lo que nos dice:

Del latín abortus, de ab, privación, y ortus, nacimiento. Equivale a mal parto, parto anticipado, nacimiento antes del tiempo. Generalmente se dice de aquello que no ha podido llegar a su madurez y debido desarrollo ... es un género de delito, consistente en el uso voluntario de medios adecuados para producir un mal parto, o la anticipación de este, con el fin de que perezca el feto. (p. 13)

En este respecto, según su concepción legal, el aborto es entendible como delito, toda vez que el elemento subjetivo, es decir, la intención u “opción” de la madre por abortar esté presente. Por otro lado, la fracción liberal sostiene que el aborto es un derecho,

un derecho fundamental que garantiza la vida digna de la madre, ellos apuestan por una libertad sin fronteras, por algo que la Moral cristiana combate con rigor, pues para ella, el aborto no es otra cosa que un infanticidio, un acto que vulnera un mandamiento sagrado, este es, el famoso “no matarás”. En nuestra humilde opinión, el aborto, nos parece que es un delito, solo justificable, en aquellos casos donde existe una amenaza concreta y directa a la vida de la madre, independiente a las causas que provocaron su embarazo.

De otro lado, es necesario mencionar que el primer Estado en legalizar el aborto fue la Unión Soviética en 1920. Asimismo, de parte de los filósofos más importantes de la civilización occidental tenemos aquí, algunos aportes: para Platón, el aborto se justificaba porque favorecía a un Estado Ideal discriminatorio; Aristóteles, defendía el aborto a fin de combatir a la sobrepoblación y, con ello, la pobreza (Da Costa, 2011).

4. Tratamiento del aborto por violación sexual en el derecho internacional y el derecho comparado

4.1. Legislación internacional

4.1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, también DUDH) fue aprobada el 10 de diciembre de 1948 como iniciativa de la Comisión de los Derechos Humanos de Naciones Unidas. Marcó un antes y un después en la historia de la humanidad, perfilándose como cúspide de todos los instrumentos internacionales, surtiendo efectos incluso de norma imperativa o *ius cogens*.

En el primer párrafo de su Preámbulo establece: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Lo que se destaca en el preámbulo es el punto de partida de los derechos humanos fundado en la dignidad, una dignidad como cualidad diamantina e intrínseca y asidero de las aspiraciones morales del ser humano, en cuanto a ser un individuo en el mundo, falible pero inexpugnable.

Luego, el artículo 1 declara, el deber de la fraternidad que media entre los seres humanos, el respeto y reconocimiento del otro, del diferente, pero también del mismo e igual a nosotros, por ejemplo, el respeto y reconocimiento de la persona no nacida. He aquí, lo que nos dice la DUDH en su artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

También, el artículo 3 de la misma Declaración declara que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Aquí se reconoce derechos inalienables a todo individuo de la comunidad humana. Vale decir que con el término “individuo” no solo se hace referencia a persona humana, sino también a ser humano, hombre, e incluso religiosamente, a criatura; ello en conexión a su esencia única e irrepetible y, como ruptura de su naturaleza colectiva. En este sentido, no hay duda de que los derechos a la vida y a la seguridad también le asisten al concebido, en cuanto individuo con dignidad.

4.1.2. *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (en adelante, también PIDCP) es un tratado multilateral de Derechos Humanos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. Permanece vigente desde 1976, luego de haber obtenido el número mínimo de ratificaciones como requisito necesario para su entrada en vigor. Su artículo 6, inc. 1, nos dice: “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

A la vida, le sucede lo mismo que a la dignidad, es inherente a la persona humana. Independientemente de las interpretaciones disímiles que al ser humano y a la persona humana se le puedan atribuir, al concebido debe ampararle el discurso que más le favorezca. Es cierto que está protegido por la ley, no obstante, debemos aclarar que no se trata simplemente de la ley escrita, sino también de la ley natural, la ley moral y la ley del discurso; no basta la sola ley escrita, el concebido requiere un resguardo absoluto, sólido, universal, de parte de todo un sistema jurídico. Sin embargo, este Instrumento Internacional puede leerse de otras maneras mucho más imperantes y convincentes que la proferida. Su artículo 7, para muchos autores, presenta al embarazo por violación sexual como una especie de tortura contra la madre embarazada, una tortura cometida por los Estados que penalizan el aborto en dicha circunstancia; el propio Comité de Derechos Humanos en la Observación N. 36 ha señalado:

... todas las restricciones jurídicas que limiten la capacidad de las mujeres para someterse a un aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro sus vidas ni exponerlas a dolores o sufrimientos físicos o psíquicos por cuanto ello supondría una vulneración del artículo 7 del Pacto. Los Estados parte deben facilitar un acceso seguro al aborto para proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas, y en las situaciones en que llevar a término el embarazo causaría a la mujer graves

dolores o sufrimientos, sobre todo en los casos en que el embarazo es producto de violación o incesto, o el feto presenta una anomalía grave. (2017, p. 2)

4.1.3. *Convención sobre los Derechos del Niño*

Este instrumento de DD. HH fue aprobado en noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. No se pronuncia literalmente sobre el aborto, pero sí desarrolla una vasta referencia al concebido, la cual se advierte en la parte inicial, precisamente, en su artículo 1, que prescribe lo siguiente: todo ser humano menor de los 18 años es considerado niño para efectos de su protección. El concebido no puede ser considerado como un ser humano sin tiempo, por tanto, es un niño para efectos de su protección desde el momento que existe. Los principios rectores como la No Discriminación y el Interés Superior del Niño, consolidarán de manera práctica dicha protección, ya que los Estados parte de la Convención están obligados a respetarlos.

El principio rector de la No discriminación exige al Estado asegurar la protección del niño de toda forma de discriminación existente y de las que pueden generarse con el devenir de los años, esta directriz motiva la protección penal del concebido; pues, si consideramos el aborto por violación, entre muchas otras razones, se elige esa opción porque el concebido es hijo de un violador. ¿Eso no es algo discriminatorio? Pero, ¿qué sucede cuando el ejercicio efectivo de la no discriminación en favor del niño produce discriminación a su madre? En este caso, se debe invocar el principio del interés superior del niño, el mismo que también le corresponde al Estado el garantizarlo plenamente

Según la reflexión de Scala (2011), la Convención sobre los Derechos del Niño exige a los Estados obligados a penalizar al aborto. Les exige ello, incluso en el caso de que el embarazo se derive de violación sexual. Para esto hay, pues, una razón fundamental. Aún en el caso que dos vidas se encontraran en juego, se prioriza la vida del ser humano por nacer, ya que su interés sería superior al interés de su madre, al interés de una mujer que además de ser madre es una víctima.

4.2. Derecho comparado

4.2.1. *España*

En España el aborto es legal desde el año 1985 como lo dispone la Ley Orgánica 9/1985, la cual autorizaba abortar solo en circunstancias especiales, por ejemplo, cuando el embarazo se derive de una violación sexual dentro de los tres meses; cuando la vida de la madre se exponga a un peligro inminente a consecuencia del embarazo; y, en los

casos donde se advierta que el feto podría arribar al mundo con graves lesiones físicas y psíquicas.

No obstante, en julio del 2010 entró en vigor la “Ley Orgánica 2/2010” o ley del aborto que habría sido promulgada en marzo de ese mismo año. Esta ley autoriza el aborto libre o en todas sus circunstancias, siempre y cuando ocurra en el intervalo de 14 semanas, plazo establecido en función a la madre, a fin de que ella misma decida la interrupción de su embarazo, sin intervención de terceros; además, autoriza abortar incluso a mujeres menores de edad entre los 16 y 17 años, respectivamente. A Gonzales (2010) le parece que la Ley 2/2010 ha surgido como respuesta idónea al problema de la salud sexual y reproductiva, la cual no solo ha incorporado un equilibrio dinámico para garantizar el aborto como última ratio, sino también la capacitación en asuntos afines como la orientación educativa sexual, psicosexual y afectiva, así como la formación y capacitación de especialistas en salud.

4.2.2. Colombia

Colombia es uno de los países de la región con más incidencia de violaciones sexuales en mujeres menores de edad. Alrededor de los años 2005 y 2006 esta situación era bastante peor, siendo el momento oportuno para que la Corte Constitucional se pronunciara de manera categórica sobre el asunto, pues al Congreso simplemente no le interesaba. Según Pantoja (2014), la Corte se habría hecho con la función legislativa o, de alguna manera, habría sometido la función legisladora a la función que ella misma legitima, que es, la judicial. La Corte ha llegado a decir que la tarea del legislador no deberá impedir que el aborto se instaure y garantice, ya que los límites de la función parlamentaria son los derechos fundamentales previstos y protegidos en la y por la Constitución.

Del informe realizado por el Centro de Derechos Reproductivos en el 2021, rescatamos el siguiente párrafo:

Ante el recrudecimiento de la violencia sexual contra niñas y adolescentes, el acceso a servicios de salud sexual y salud reproductiva toma aún mayor importancia. Debe recordarse que, en Colombia, la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional despenalizó el aborto en tres casos: i) cuando existe un riesgo para la vida o la salud de la mujer, incluyendo afectaciones a su salud mental; ii) cuando el embarazo es producto de una violación o incesto y iii) cuando el feto es inviable. La Corte Constitucional declaró a la IVE un derecho fundamental que debe proveerse en todo el territorio nacional, sin restricciones ni dilaciones injustificadas. (p. 7)

Así, la sentencia C-355-2006 dio como resultado la despenalización del aborto en aquellos embarazos producto de violación sexual. Para emitir esta sentencia, la Corte Constitucional ha realizado una interpretación amplia y sistemática, a tal punto que convino en establecer que la persecución del aborto en todas sus circunstancias en cuanto a conducta delictiva vulneraba los derechos fundamentales de la mujer. Tal interpretación supuso dejar sin efecto de modo perentorio los supuestos penales que castigaban el aborto en tales circunstancias, que a la fecha funcionaban también a manera de causales de disminución de la pena que atenuaban el delito en sí, para ser consideradas desde ese momento como causales de exoneración de la sanción penal (Pantoja, 2014).

En la actualidad, los fundamentos en favor del aborto se han desarrollado progresivamente. Tan es así, que la interrupción voluntaria del embarazo hasta los seis meses de gestación viene siendo legal, en suelo colombiano, desde febrero de este año conforme lo autoriza la sentencia C-055-22 emitida por la Corte Constitucional, la misma que ha sido recibida muy familiarmente por las Organizaciones de Derechos Humanos de todo el mundo.

4.2.3. *Nicaragua*

Nicaragua es uno de los pocos países que penaliza el aborto en todas sus circunstancias. Esta rigidez legal, por un lado, conforme a la ley de la mayoría, responde a un atentado contra los derechos fundamentales de la mujer, principalmente contra la vida y la salud, por otro lado, responde a la vulneración de la libertad como hecho objetivo. Esto último lo afirman aquellos que rechazan el aborto con fervor democrático, pero falaz, pronunciándose a su tenor como si se tratara de una cuestión de urnas y elecciones libres, como si la solución al problema se supeditara a una verdad harta satisfactoria de acuerdo con la voz de las mayorías. El propio Comité Contra la Tortura ha expresado su rechazo a la radicalización del aborto en el país caribeño. Nosotros pensamos que, al menos, se debe despenalizar y garantizar de forma efectiva el aborto terapéutico.

Por consiguiente, Amnistía Internacional (2012) afirma que la penalización del aborto en Nicaragua constituye una violación de derechos fundamentales que propugna la tortura en los casos de embarazo por violación sexual, esto, sin importar que el agente activo o violador pertenezca o no a la nómina del Estado. Recomienda que el gobierno de Nicaragua, debe, primero, despenalizar el aborto, luego, garantizarlo y convertirlo en un derecho fundamental efectivo, con la finalidad de que todas las niñas y mujeres puedan optar por un aborto seguro en amparo de su dignidad y como desinfección a la tortura que resulta sobrevivir a un hijo producto de una causa brutal y despiadada. Pensamos que Amnistía Internacional no responde por el concebido, dice poco, no dice nada sobre él, y

su silencio es bastante discriminatorio, un silencio que niega nuestro origen y rechaza a ese algo que siempre está.

5. El aborto derivado de embarazo por violación sexual en el Perú

5.1. Análisis de la situación peruana actual

Los procesos seguidos por la comisión del delito contra la vida, el cuerpo y salud en su modalidad de aborto sentimental o ético, conforme lo establecido en el inciso 1 del artículo 120 del Código Penal, son muy escasos. Las causas que suelen predominar en las sedes fiscales se refieren principalmente a delitos como agresiones en contra de las mujeres e integrantes del grupo familiar, incumplimiento de obligación alimentaria, lesiones y delitos de índole sexual. El delito de aborto por violación sexual es difícilmente perseguido y juzgado.

Ahora bien, entendiendo que esta circunstancia no atraviesa por lo común, y que, por tanto, atañe al sistema jurídico solo de manera leve, en especial al Ministerio Público, titular de la acción penal en representación de la sociedad y el Estado, nos hacemos la siguiente interrogante: ¿Será necesario dejar sin efecto una conducta, castigada con una pena absolutamente leve, y que, escasamente es procesada y juzgada? Si afirmamos que no resulta necesario, ¿cuál es el otro propósito de aquellos que lo invocan y propugnan? Aquí conviene subrayar dos factibles respuestas: implementar políticas públicas que garanticen el aborto sentimental como derecho legalmente protegido, y asegurar la progresividad del aborto en todas sus circunstancias. Sobre la primera, afirmamos que la implementación de dichas políticas en el Perú es prácticamente imposible; es más, ni siquiera el aborto terapéutico impune es garantizado sin entredichos, y prueba de esta afirmación es la Comunicación N. 22/2009 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en relación al famoso caso L.C. vs Perú, la cual refiere que nuestro país, no cuenta con preceptos legislativos ni de reglamento que dispongan el acceso al aborto terapéutico. Sobre la segunda, es importante mencionar que en países como España y Colombia la despenalización del aborto ha ido progresando poco, siendo la no prohibición del aborto sentimental uno de sus precedentes fundamentales.

Por tales motivos, será justo afirmar que el caso de Georgina Gamboa, recogido en el 2002 por la Comisión de la Verdad y reconciliación y admitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el 2014, es indispensable para introducirnos racionalmente a la problemática pretendida inicialmente. En una noche de 1981, Georgina Gamboa, una jovencita de 16 años fue brutalmente violada por una patrulla de siete policías, quedando embarazada como consecuencia del crimen.

Ella quería matarse, creía que un monstruo iba creciendo y desarrollándose dentro de su cuerpo, pensaba en abortar, sin embargo, el Estado no le permitió, y la niña nació. ¿Era necesario el aniquilamiento de la niña, habría reparado los daños ejercidos contra Georgina? Esto nos acerca a otro cuestionamiento: ¿La adecuada identificación de los responsables en caso de aborto por violación sexual está supeditada a la víctima, a la madre?

A continuación, desarrollaremos desde la dogmática el problema estudiado según la normativa peruana. Las primeras líneas del artículo 120 del Código Penal son fundamentales. Como ya lo hemos mencionado, ofrecen acaso una única y débil resistencia ante la presión liberal, ya que representan la criminalización simbólica de una conducta. Nos ubicaremos en el primer inciso, pero el texto completo del artículo es el siguiente:

Artículo 120.- Aborto sentimental y eugenésico. El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o
2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.

El delito de aborto sentimental originariamente se pensaba que era aquel practicado a una mujer embarazada producto de una violación sexual. Sin embargo, nuestros legisladores, debido a la evolución de la ciencia genética, incluyeron en él a la circunstancia en que una mujer resulte embarazada debido a la una inseminación artificial, no dentro del matrimonio (Salinas, 2018).

En relación a las condiciones que concurren para la configuración de este delito, la comisión del mismo tiene lugar cuando el agente practica el aborto a una mujer que padeció violación sexual y como consecuencia resultó embarazada. La madre deberá solicitar y aceptar la intervención abortiva por esta causa, siendo ello un argumento de atenuación; el agente deberá conocer la causal del aborto, siendo una prueba el acta de denuncia policial por violación sexual. Asimismo, el bien jurídico protegido es la vida. La madre y la persona que le practica el aborto pasan a considerarse sujetos activos, el primero como coautor y el segundo como autor del delito; el sujeto pasivo es el concebido. En este delito no existe culpa como elemento subjetivo, los autores actúan dolosamente (Salinas, 2018).

Es evidente que el devastador crimen de violación sexual es utilizado para captar más adeptos en favor del aborto, apelando a sus sentimientos y emociones, representando al concebido como posible causa del delito o como autor mismo. El hecho que la mujer víctima sufra indeterminadamente no está en entredicho. Sin embargo, señalar al aborto como posible remedio es incongruente. Los dolores físicos y, sobre todo, los psicológicos y emocionales no serán sanados con el aborto. Lo único que ocasionará el aborto a la vida de la madre son padecimientos psíquicos (Mendoza, 2008).

En relación a lo mencionado en líneas precedentes, pensamos que el abordado inciso 1 del artículo 120 del Código Penal se encuentra entroncado en la Constitución Política. Bastará indicar que su derogación, de ser posible, atentaría directamente contra el artículo 1 y artículo 2, inc. 1, de esta Ley Fundamental. Leamos lo que nos dicen estos artículos:

Artículo 1.- Defensa de la persona humana. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho:
1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

El artículo 1 presenta a la persona humana como portadora de un valor inalienable e irrenunciable, siendo nada más que el fin supremo de la sociedad y el Estado. La persona humana es protegida, no por lo que haga o por lo que tenga, sino por lo que es, por su pertenencia a la comunidad humana. Según Sánchez (2011), esta máxima constitucional es bastante kantiana, “se basa en el sujeto como fin de toda función social y en tanto será el respeto de su dignidad (cualidad esencial y moral) lo que motivará a todo el sistema” (p. 4).

Por consiguiente, el inciso 1 del artículo 2 compagina al primer artículo, pues presenta a la vida como elemento material, como depositario de valores supremos, la estima como sujeto primigenio y básico que es por sí misma, y así, siendo, motiva su protección. La inclusión del concebido como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, favorece su reconocimiento como persona humana, como un ser en el mundo con derechos fundamentales inherentes. De igual manera, el artículo 1 del Código Civil recoge este concepto, agregando como novedad a la concepción, el inicio de la vida humana. Por todo esto, pensamos que el concebido puede carecer de derechos patrimoniales y económicos, sin embargo, el derecho fundamental a la vida, se le sigue siendo asegurado, aunque medianamente, por nuestra legislación.

5.2. Argumentos a favor de la despenalización del aborto por violación sexual

El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, integrado por instrumentos y organismos internacionales pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas, es el encargado de promover y defender los derechos humanos bajo el fervoroso discurso de la vida digna. El concepto de “vida digna” que propugna este sistema enturbia el amplio horizonte que entendemos por dignidad, desplaza su carácter inherente a la vida humana a un reducto secundario y variable. Según esta perspectiva, la dignidad humana aparecería como cuartada o beneficio del contrato social, la democracia y el estado de derecho, permaneciendo todo el tiempo arrojada a la buena voluntad de los hombres que gobiernan los Estados, lo cual, de no ser así, esta desaparecería en algún momento, de la misma forma que un objeto tangible parece por su mal uso o por el albedrío de sus dueños cuando deja interesar o se convierte en un estorbo.

Guiados por lo anterior, si pensamos en los derechos de la mujer, pensemos también en la dignidad, una cualidad suprema, ilimitada que ha roto paradigmas y prejuicios, a fin de garantizarlos de una manera plena. En relación al delito de aborto en casos de violación sexual, Naciones Unidas, siendo portavoz principal de la dignidad humana, recomienda al Estado Peruano, despenalizarlo y garantizarlo, con el propósito de no continuar atentando contra el derecho de las mujeres a gozar de una vida digna, cuyo correlato comprende el respeto a la “autonomía y libertad de decidir sobre su cuerpo” y el derecho a la “no discriminación”. En tal sentido, a Solís (2019) le parece que estos atentados tienen como fundamento “la absoluta protección del concebido en detrimento de la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, salud integral y otros derechos fundamentales de las gestantes víctimas de violencia sexual” (p. 59).

Por consiguiente, uno de los argumentos que de alguna forma poseen un mayor peso discursivo, lo expresa el Comité de Derechos Humanos, en la Observación N. 36 del 3 de septiembre del 2019. Este organismo estima que las prohibiciones de los Estados que restrinjan el acceso de las mujeres al aborto, y más aún, en circunstancias especiales donde el embarazo sea consecuencia de una violación sexual, pondría en peligro sus vidas, y se les sometería a torturas, dolor y tratos crueles, violando el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En esta línea de argumentación, el radicalismo liberal interno ha postulado una idea que resulta *per se* intrascendente. Dicen que la Constitución trasgrede su propia fe; esto debe sonar irónico y, tal vez, ridículo, sin embargo, hay disposiciones en la Carta Constitucional que no deberían, según ellos, integrar el primer orden del sistema jurídico peruano. Macassi (2003) nos dice lo siguiente:

En el proceso de reforma constitucional se ha incluido un artículo que le otorga al concebido la categoría de sujeto de derechos, lo que ha sustentado una política trasgresora de los derechos de las mujeres poniendo al que está por nacer por encima de los derechos de la mujer, de la integridad física, la vida y la salud reproductiva de las mujeres. (p. 40)

Asimismo, para Guerra (2019), deconstruir el concepto de derechos fundamentales es meritorio. Con ello, la despenalización del aborto derivado de abuso sexual incidiría positivamente en la mujer, repararía los daños producidos por la violación sexual, y provocaría la continuación de sus proyectos de vida. El autor escribe lo siguiente:

Los derechos constitucionales vulnerados en el delito de aborto sentimental por violación sexual tienen la categoría de derechos fundamentales, y se destaca a la dignidad que evita su cosificación, al libre desarrollo de su personalidad que evita que se destruya su plan de vida y el derecho de salud reproductiva que evita que acceda a maniobras clandestinas poniendo en riesgo su salud y vida. (p. 79)

5.3. Argumentos en contra de la despenalización del aborto por violación sexual

Los argumentos en oposición a la despenalización del aborto por abuso sexual, consideramos, provienen del Magisterio de la Iglesia Católica, de la moral laica reflejada en la ética del discurso, y de la bioética como fundamentación práctica de la vida humana.

5.3.1. Magisterio de la Iglesia Católica

El Magisterio de la Iglesia Católica acoge al hombre como una criatura, como fruto de la creación a imagen y semejanza y Dios. La causa primera de ese ser cristiano es Dios, es en Él donde busca y encuentra respuestas a sus preguntas últimas con abandono y sed de infinito. Según la Iglesia Católica, la vida humana es sagrada, inicia en Dios y en Él termina; la interrupción de la vida no nacida atenta contra su voluntad, y, aunque cuan ridícula sea la naturaleza moderna de los tiempos, no se puede escoger a la “Humanidad como sucedáneo de Dios” (Pessoa, 1997, p. 18). La Instrucción *Donum Vitae*. Sobre el *respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación* establece algo muy importante:

La vida de todo ser humano ha de ser respetada de modo absoluto desde el momento mismo de la concepción, porque el hombre es la única criatura en la tierra que Dios ha “querido por sí misma”, y el alma espiritual de cada hombre

es “inmediatamente creada” por Dios; todo su ser lleva grabada la imagen del Creador. La vida humana es sagrada porque desde su inicio comporta “la acción creadora de Dios” y permanece siempre en una especial relación con el Creador, su único fin. Sólo Dios es Señor de la vida desde su comienzo hasta su término: nadie, en ninguna circunstancia, puede atribuirse el derecho de matar de modo directo a un ser humano inocente.

Por su parte, el papa Juan Pablo II (como se citó en Bermúdez, 2005) aborda este asunto mediante preguntas de una profundidad elogiada:

¿Cómo es posible hablar todavía de dignidad de toda persona humana cuando se permite matar a la más débil e inocente? ¿En nombre de qué justicia se realiza la más injusta de las discriminaciones entre las personas, declarando a algunas dignas de ser defendidas, mientras a otras se les niega esa dignidad? (p. 104)

Asimismo, Bermúdez (2005) comenta que la Iglesia no contraviene a la humanidad; su doctrina solo puede ser entendida como un rechazo al avance de una racionalidad ciega y vacía. La Iglesia cumple una función preventiva contra el comportamiento que menoscaba al ser humano, que contravienen su naturaleza, atentan contra las normas que rigen el curso de la humanidad y lo empujan a rumbos mejores.

5.3.2. *Perspectiva moral laica: ética del discurso*

La Ética del discurso refiere dos tesis: la primera, no dice que la interrupción de la vida humana no nacida es una conducta injusta; la segunda destaca que el principio moral, por el cual la práctica abortiva es injusta, puede no aplicarse o no ser exigible para algunos casos (Michellini, 2019).

¿Cuáles son aquellos casos en que el principio moral no es exigible y aplicable? Pensamos que la práctica del aborto terapéutico no merece exigibilidad alguna del principio moral, pues el peso deliberativo escasamente se encuentra en las legislaciones de los países; la madre embarazada, es la que decide en cuanto a practicarse o no un aborto, y ambas decisiones serán igualmente válidas y de ninguna manera injustas, pues aquí se discute la vida que debe ser interrumpida para que la otra siga su curso. Al aborto derivado de abuso sexual sí le será aplicable el principio moral. En este escenario, la interrupción de una vida no se justifica en el progreso de otra, pues se da el caso que ambas vidas no están en peligro debido a ninguna de ellas, y considerando que ambas merecen respeto

y trato digno, no es necesario que a una vida se le aniquile y se convierta en medio para garantizar un bien menos valioso que ella como es, la libertad, la satisfacción de la madre.

A este propósito, Jürgen Habermas, uno de los máximos representantes de la ética del discurso, invoca originariamente a la cuestión moral, entendida como una noción de imparcialidad y justicia, por la que, de algún modo, se podría obtener una respuesta definitiva e igualmente justa y buena para todas las partes (Michelini, 2019). La teoría de la ética del discurso ha llegado a reconocer a la dinámica kantiana de los fines como su antecedente fundamental, y ha osado modificar la razón práctica clásica, de monológica a una razón dialógica, es decir, a una razón comunicativa. En este contexto, advertimos que la perspectiva moral del discurso es vital para acercarnos a la raíz de esta problemática. Michelini (2019) nos dice que “el problema del aborto puede y debe ser vista como un fenómeno que atañe a todos los interlocutores discursivos, porque afecta intereses de los miembros reales y virtuales de la comunidad ilimitada de comunicación” (p. 125).

Bastará añadir que la privación del concebido al acceso de comunicación no es sustentable en razones naturales, pues hay grupos de personas que se encargan de restringir ese acceso. Sin embargo, los interlocutores discursivos que comprendan el discurso del concebido, se darán cuenta que no se trata de un discurso sustentable en la sola palabra o en el mero oír y parlamentar.

5.3.3. *Perspectiva de la bioética*

La bioética responde al problema del aborto sentimental desde la entraña de las ciencias naturales, nos dice que la vida humana inicia en el instante de concepción y que el embrión es un ser humano. A este respecto, Ganoza (2020) destaca lo siguiente:

La ciencia genética, biológica, celular y embriología afirman que la vida humana inicia en la concepción. El Estatuto biológico del embrión refiere por qué un embrión es un ser humano: Tiene estructuras y funciones propias que se organizan entre sí de forma dinámica, tanto en el tiempo como en relación con la materia y entorno (unidad biológica autónoma). Proviene de dos células humanas reproductoras (masculina y femenina), las cuales, al unirse, conforman un nuevo sujeto proveniente de la misma especie humana con carga genética propia, la que participa en la construcción del organismo del nuevo sujeto. Contiene 23 pares de cromosomas, los cuales corresponden a la especie humana, ya que es la única que contiene tal cantidad. (p. 46)

El concebido y el embrión no son biológicamente la extensión del cuerpo de la madre, pues poseen específicamente particularidades propias, una identidad única que comprende toda información genética que va desde su estado actual hasta la adultez. Además, el cigoto es un ser humano, uno nuevo, con plenas capacidades de autonomía biológica en todo lo que dure su proceso de formación; del mundo que lo circunda, capta reflejos con significado vital. El hecho que no sea independiente al cuerpo materno no le restringe la facultad de autorregularse biológicamente, de hecho, los recién nacidos tampoco son independientes al cuerpo de la madre hasta lograr cierto entroncamiento en el orbe (Burguete, 2016).

5.4. El riesgo de ser lo otro: tres reflexiones a modo de propuesta

En el tramo introductorio fijamos como hipótesis que no era conveniente instaurar la despenalización del aborto en caso de embarazo por violación sexual en el Perú. En lo que sigue de esta investigación nos referiremos a ella, ratificándola racionalmente.

5.4.1. Ponderación de principios entre la vida del concebido y la libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo

Las normas están divididas en reglas y principios, y se aplican al caso en concreto a través de dos operaciones: la subsunción y la ponderación. La subsunción se encarga de aplicar las reglas (mandatos específicos y condicionados); la ponderación, por el contrario, hace posible la aplicación de los principios (mandatos de optimización) (Alexy, 2010, p. 14). La necesidad de ponderar surge cuando a un mismo supuesto de hecho le son aplicables dos principios, los cuales generan resultados absolutamente disímiles, entonces la ponderación aparecerá como un juicio racional-argumentativo que compara el grado de importancia de la aplicación de un principio en cese de otro de menor relevancia. Debemos aclarar, en este contexto, que el valor absoluto regularmente asignado a cada principio es desplazado por el juicio ponderativo a un plano secundario, a un plano graduable y relativo, por citar un ejemplo: a los derechos fundamentales en colisión se les reconocerá a cada uno un valor diferente de acuerdo con la naturaleza del caso (se rechaza el argumento de analogía).

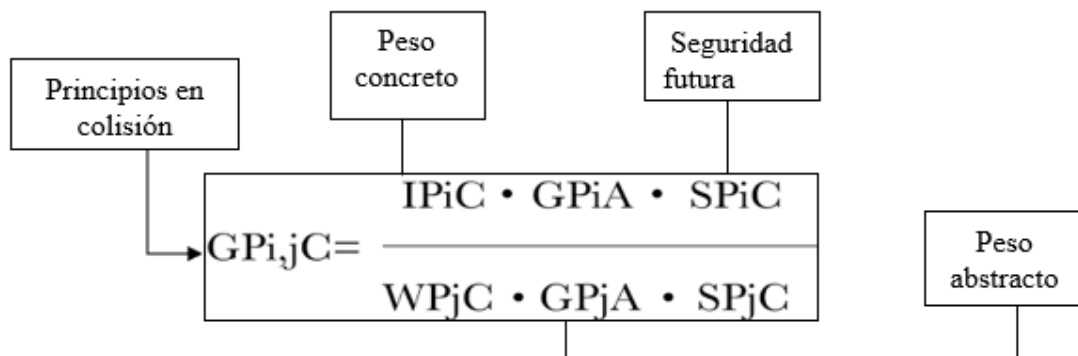
En este orden de ideas, Alexy (2010) explica con precisión la famosa ley de ponderación: “cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” (p. 15). Para el filósofo alemán la ponderación tendría una elevada relevancia pragmática, ya que son dos los presupuestos de valoración y escrutinio: la no satisfacción o intervención

gradual de un principio, y, la relevancia y satisfacción de otro de mayor peso según la escala triádica.

La escala triádica que refleja a grandes rasgos una práctica argumentativa, como también una forma intuitiva adecuada, es el conjunto de rangos que se asigna según sea el caso a los pesos concreto y abstracto, estos rangos son: (l) “leve” reducido o débil, (m) “medio” y (g) “grave” elevado o fuerte (Alexy, 2010, p. 20). A cada rango le corresponderá un valor numérico: al leve le corresponde un valor de 1, al medio un valor de 2 y al grave un valor de 4. Asimismo, para determinar el grado de valor en la segunda ley de ponderación “ley epistémica o ley material de ponderación” orientada a la seguridad de las apreciaciones y presupuestos empíricos o la seguridad del valor futuro de los pesos para realización de un principio por el sacrificio de otro, existe una segunda escala triádica de la cual se desprende tres rangos: (s) seguro, (p) plausible y (e) no evidentemente falso. Al primer rango le corresponde un valor de 1 (2^0), al segundo un valor de $\frac{1}{2}$ (2^{-1}) y al tercero un valor de $\frac{1}{4}$ (2^{-2}) (2010, pp. 33-34). Ahora revisemos la fórmula del peso de Robert Alexy:

Figura 1

Fórmula del Peso



G_{Pi} : PRINCIPIO 1 (grado de no satisfacción o restricción)	I_{PiC} : peso concreto (1l,m2,g4)	G_{PiA} : Peso abstracto (1l,m2,g4)	S_{PiC} : Seguridad de presupuestos empíricos (s1,p1/2, e1/4)
j_C : PRINCIPIO 2 (importancia de la satisfacción)	W_{PjC} : peso concreto (1l,m2,g4)	G_{PjA} : Peso abstracto (1l,m2,g4)	S_{PjC} : Seguridad de presupuestos empíricos (s1,p1/2, e1/4)

Adicional a esto, no es preciso reflejar estos razonamientos en un caso concreto¹ a fin de demostrar el grado de afectación de un derecho en satisfacción de otro. Por ello, debemos asumir hipotéticamente la idoneidad de ambos derechos, es decir, su adecuación con el ordenamiento jurídico, de tal manera también debemos asumir para efectos de este caso que el delito de aborto sentimental ha sido derogado.

Conforme fluye del caso, los derechos o principios en colisión en una primera operación son la afectación de la vida del concebido (GPi) por la satisfacción de la libertad de la madre para decidir sobre su cuerpo (jC), y se tiene que: el peso en concreto o grado de afectación del primer principio es grave (4), ya que el aborto ha provocado la muerte del concebido, interrumpiendo de manera definitiva su desarrollo; su peso en abstracto es elevado (4), pues “el derecho a la vida tiene un peso abstracto mayor que el de la libertad general de acción” (Alexy, 2010, p. 21); su peso específico, el peso de las medidas adoptadas o grado de afectación futura es segura (1) o totalmente segura, quiere decir, los abortos se incrementarán. Asimismo, el peso concreto o importancia de la satisfacción del segundo principio en conflicto (libertad de la madre para decidir sobre su cuerpo) es débil (1), pues no se conoce con certeza si el embarazo fue producto de una violación, ya que la pareja de la víctima alega ser padre de la vida trastocada y, además, todo aborto tiene por secuela generar traumas psicológicos a la madre; su peso abstracto es medio (2) no se trata de una libertad absoluta, la condición del concebido como parte del cuerpo materno es relativa; y su peso específico o afectación futura es segura (1).

En una segunda operación, los principios varían su orden de ubicación, la afectación de la libertad de la madre para decidir sobre su cuerpo (jC) por la vida del concebido (GPi). ¿La vida del concebido afecta al derecho de la libertad...? Veamos: El grado de afectación de jC es leve (1), su peso abstracto es medio (2) y su valor de afectación en el futuro es seguro (1); el grado de la importancia de la satisfacción del principio GPi es elevada (4), su peso abstracto es elevado (4) y, su valor de afectación en el futuro es segura (1).

Primera operación

$$G_{Pi, jC} = \frac{4 \times 4 \times 1}{1 \times 2 \times 1} = \frac{16}{2} = 8$$

Segunda operación

$$jC, G_{Pi} = \frac{1 \times 2 \times 1}{4 \times 4 \times 1} = \frac{2}{16} = 0,125$$

Como resultado, se advierte la primacía del derecho a la vida del concebido respecto de la libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo con un valor (8) en relación al grado de afectación del derecho a la libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo ante la vida del concebido que arroja un valor (0,125), absolutamente inferior al primero.

5.4.2. *El deber de respeto en el yo: valoración filosófica de la dignidad y los Derechos Humanos del concebido*

Las nuevas reflexiones sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos² deben recabar en lo esencial conclusiones objetivas. La doctrina del derecho internacional ha coincidido en algo que a nosotros nos parece inexacto, esto es, asignar un mismo peso, valoración o importancia a todos los derechos humanos. Pensamos que hay derechos humanos que deben primar sobre otros y no necesariamente como resultado de un examen ponderativo, sino más bien, por el acopio de circunstancias intersubjetivas fácticas e insolubles que merecen un tratamiento excepcional³ y, por la relación medios-fines y fines-medios⁴ que interfiere entre todos ellos. Cuando hablamos de esta relación, no hacemos referencia a la práctica instrumental de valores jurídicos en tanto derechos, sustancialmente existirán derechos que serán medios y fines para otros derechos y al mismo tiempo, medios y fines para ellos mismos, no obstante, habrá otros derechos que no funcionarán de esa manera y ello solo significa que se mantendrán supeditados al primer grupo. El rechazo a la jerarquía de los derechos humanos ha forzado *ex profeso* su verdadera naturaleza, esto, por conveniencia de algunos grupos de poder⁵ e ideologías que buscan mitigar (adormecer) el dolor propio (deseo) en desmedro de lo otro, generando dolor en lo otro. La recurrencia a un pretencioso reino de los fines⁶, el ceñirlo con el halo de los derechos humanos es un discurso inexacto que nos involucra en una idea equivocada de lo que debemos entender y aspirar como realidad.

Y ahora, ¿qué debemos entender por derechos humanos? Pollmann (2008) sitúa a los derechos humanos simultáneamente entre la moral, el derecho y la política y señala que estos “son pretensiones, moralmente fundamentadas, a realizar políticamente derechos fundamentales” (p. 12). La dimensión política de estos derechos es la más importante, de ella depende que los mismos sean regulados y garantizados, aunque también vulnerados, y, en tal sentido, ¿cuándo nos encontramos ante la vulneración de derechos humanos? Nuestra respuesta será la siguiente: se vulneran derechos humanos cuando el Estado infringe por acción u omisión su propio ordenamiento jurídico causando agravios a sujetos individuales.

¿Despenalizar el aborto por violación sexual atentaría contra los derechos humanos del concebido? El profesor Edgar Cruz responde que sí, nos dice que concepción es igual a fecundación y que la unión de gametos, con 23 cromosomas cada uno, forman un ser humano diferente de los padres y, por ello, considera que despenalizarlo sería la violación más injusta de los DD. HH⁷. Por el contrario, a la especialista en derechos humanos, Tatiana Chavez Filinich, le parece que no constituiría una vulneración a los derechos humanos, ya que tratándose de una violación sexual la niña o la mujer se encuentra en una situación de desventaja donde de manera forzada han vulnerado su derecho a la libertad de elegir ser madres. Debe quedar en ellas la decisión de proceder o no. Al hacer una ponderación prevalecería el proyecto de vida por la que pueda optar la mujer agredida⁸.

Nosotros pensamos que despenalizar este tipo de aborto sí atentaría contra los derechos humanos del concebido. La finalidad del tipo penal, previsto en el artículo 120 de nuestro Código Penal, no es sancionar o castigar a los sujetos responsables sino prevenir una conducta moral y socialmente reprochable. Esto puede entenderse cuando advertimos que la gravedad de la pena correspondiente no será mayor de tres meses, será pues, una pena suspendida, simbólica y escasamente aplicable, por ello, el estado no obliga a ser madre a ninguna mujer, lo único que busca es la protección de todos los seres humanos, la protección de la vida humana en desarrollo, quiero decir, el deber de respeto, el compromiso con la dignidad⁹; además, considerando que la maternidad no se reduce simplemente a una idea biológica, a la madre el Estado le exige algo mínimo, la madre podrá elegir lo que más le convenga, ser o no ser madre, siempre y cuando haya permitido nacer a un ser humano. El dolor de la madre, por llevar a cabo un embarazo no deseado y producto de un atentado contra su libertad sexual e integridad, suele ser muchas veces incomprensible, monstruoso e inimaginable. Sin embargo, la vulneración de los derechos

⁷ Según instrumento de recolección de información (cuestionario).

⁸ Según instrumento de recolección de información (cuestionario).

⁹ Artículo 4, inc., 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

humanos de la madre se podría configurar no cuando el Estado le prohíbe abortar, sino cuando el estado se aleja de ella y su embarazo, se aleja del niño y no respalda su decisión de no ser madre.

Asimismo, retomando el asunto de la dignidad, hay algo aún que debemos resolver. Los sistemas de protección de derechos humanos supuestamente aspiran y difunden la protección y el deber de respeto de la dignidad humana, sin embargo, hay muchos cuestionamientos al respecto. Nos centraremos brevemente en uno de ellos: si la dignidad es una dote, una donación, un premio magnífico por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, ¿tiene sentido diferenciar a la vida humana de la vida humana digna (calidad de vida)? Pensamos que no tiene mucho sentido, pues toda vida humana es digna desde su inicio, es digna incondicionalmente. Entonces, lo que pretende el discurso de la vida digna, vale decir, es asumir que ciertas personas por alguna circunstancia no poseen dignidad o la pierden, veamos un ejemplo: una mujer ha quedado embarazada consecuencia de un abuso sexual, la mujer ha perdido su dignidad, su vida abstractamente pesó menos que otras vidas. ¿Qué debe hacer para recuperar esa dignidad arrebatada? Dejar que el aborto sea una medida excepcional o, como sugiere y exige Naciones Unidas, considerar al aborto como regla general y acceder a él a modo de derecho fundamental.

Respetar el deseo de la madre, de no seguir siendo madre, el deseo de dañar a un ser humano con un interés superior que otro ser humano en beneficio propio, a fin de salvarse y salvar su proyecto de vida, es la práctica más evidente de racionalidad instrumental. ¿Qué decirle al concebido cuando su madre desea arrebatarse su proyecto de vida, cuando su madre sufre y lo acusa de un crimen, y pide venganza en su agravio? Si hablamos de deseos, la madre desea terminar con su dolor, recuperar su vida. ¿Alguien sabe lo que desea el concebido? Habrá que preguntarle si desea morir y esperar una respuesta que no llegará porque humanamente es imposible, habrá que confiar en una realidad milagrosa. ¿Por qué no seguir el camino más idóneo? Habrá que decirle a la madre, no lo mates, dámelo a mí¹⁰.

5.4.3. *La dinámica de la comprensión y el don hospitalario del yo en lo otro*

Hay bastantes razones para pensar que el problema del aborto “sentimental” es un problema de comprensión. Una de ellas consiste en no identificar correctamente a las partes involucradas, hasta hoy las miradas solamente se han posado en aquello que resulta

¹⁰ “Si oís que alguna mujer no quiere tener a su hijo y desea abortar, intentad convencerla para que me traiga a ese niño. Yo lo amaré, viendo en él el signo del amor de Dios” (Santa Madre Teresa de Calcuta, 1979).

tan evidente, ya en el dolor y en la soledad de la madre, ya en el concebido. Sin embargo, hay muchas otras partes que aún nos falta identificar, por ejemplo, falta decir, comunicar a la madre que el “nosotros” como comunidad de seres humanos también participa en todas sus circunstancias. A tal afirmación resta sumarle la buena voluntad de nuestro compromiso, porque la comprensión de la vida humana no solo exige su reconocimiento sino la apertura directa o el encuentro con los sujetos que la poseen.

Otra de las razones fundamentales se entronca en la negación del contexto humano como fuente de sentido. Ocupemos por un instante el lugar de la madre, veamos al concebido y a la humanidad que le rodea desde ella, solo en ese estado será posible asumir racionalmente que su deseo original no es el aborto, sino la regresividad de los eventos en el tiempo, es decir, el estado anterior a la comisión del ilícito en su agravio. Entonces, como ello es algo imposible, le surge el temor a la alteridad, una indiferencia a ser otra o permitir dramáticamente que lo otro le absorba; y en esa circunstancia la libertad se transforma en un simple recorrido del yo en un yo ciego que ensalza su propia desesperación; en esa misma circunstancia nace también, la necesidad de un sentido, un sentido en la libertad íntima y en la gracia infinita¹¹.

La libertad como un simple recorrido en el yo (libertad externa), supone una aptitud desigual para valorar y proteger la vida. Las pretensiones de la comunidad proabortista estriban en el sufrimiento de la madre. Por ello, cuando declaran que la penalización del aborto sentimental es discriminatoria, viola derechos como la salud, la libertad y obliga a las mujeres a seguir siendo madres, parecen tener toda la razón. Desde nuestra perspectiva no se intenta desmontar supuestamente tal verdad, sin embargo, bastará reflejar que lo que ellos proponen contraría de forma absoluta el deseo original de la madre, al priorizarse el deseo de no continuar siendo madre de la aspiración de no haber sido violada que es un presupuesto contrafáctico de una validez indeterminada, imaginaria, pero “milagrosa”. Suele pensarse que el Comité de Derechos Humanos ratifica y ampara la vida humana sin reducciones, empero, no hay tal cosa. Hemos leído y releído la Observación N. 36 y no se ha encontrado una sola línea dedicada a la vida del concebido. En dicho texto solo se habla de la vida humana de aquellos individuos que conviene que sigan teniéndola. Por tanto, propone al aborto como como fuente de sentido humano, como rechazo a la tortura.

Por otro lado, el sentido de la libertad interior o sentido como donación es uno de los presupuestos más valorados por la doctrina de la comprensión será Viktor Frankl, a través de su obra y su propia vida, el más capacitado para hablarnos de ello. Un hombre como él, sobreviviente a Auschwitz, piensa que el sentido es aquella luz interior que nadie

¹¹ Conocido también como “sentido religioso” el cual se expresa a través de preguntas últimas, desde un estado de desproporción total de la aceptación y apertura hacia el “carácter insoldable del misterio” (Guissani, 2011, p. 78).

puede apagar y que todo destino tiene un sentido porque es un regalo. Leamos lo que nos dice:

Precisamente esa libertad interior, que nadie puede arrebatarse, confiere a la vida intención y sentido ... Pero también atesora sentido una vida exenta de creación o contemplación, que solo admite una única capacidad de respuesta: la actitud de mantenerse erguido ante su inexorable destino, como por ejemplo en un campo de concentración. En esas condiciones, al hombre se le niega el valor de la creación o de la vivencia, pero aun así la vida ofrece un sentido. De manera que todos los aspectos de la vida son significativos; también el sufrimiento. Si hay un sentido en la vida, entonces debe haber un sentido en el sufrimiento. La experiencia indica que el sufrimiento es parte sustancial de la vida, como el destino y la muerte. Sin ellos, la existencia quedaría incompleta. (2011, p. 63)

Frankl nos ha regalado un magnífico retrato del hombre cuando busca y encuentra sentido en el sufrimiento. De esa manera, lo que proponemos como respuesta al deseo original de la madre es la participación activa de la humanidad (contexto) como energía vencedora de lo imposible (sentido), proponemos a la humanidad como sucedáneo de la muerte; decimos pues, que siempre hay más cosas en el mundo que el cielo y la tierra, que hay una realidad prodigiosa que se esconde entre ambos confines, y que también se abre hacia nuestros deseos, algo que no podemos encontrarlo aquí ni allá porque no aparece en un uno mismo sino en lo desconocido, en lo otro. Así, nuestro fundamento final se anidará en la interconexión de tres elementos: el contexto humano de participación, la libertad interior que concede a la vida intención y significado y, lo otro o profundamente otro. En este caso, lo otro no es el extranjero o el foráneo, es el concebido, un ser humano que únicamente reclama hospitalidad y respeto.

En la filosofía, la pregunta por el otro es tan relevante como la pregunta por el ser. Lo otro, de la misma manera que el sentido, también emerge como una donación; una donación pura del “yo mismo”, cuyo efecto, como pensaba Jacques Derrida, implicaría que el sujeto que da no sepa que está dando y el sujeto que recibe tampoco sepa que está recibiendo. Este dar puro permite que “lo mismo” no se adueñe de lo otro, sino al contrario, lo descubra, sea absorbido y se integre a ello, a fin de permanecer inmutable, intacto. Allí podemos discernir un deber que nos exige tal condición, este es el de soportar, aceptar, tolerar, lo otro, que es, lo insostenible, lo inaceptable y lo intolerable. Ahora, reflejemos estas abstracciones en un ejemplo.

Hay una mujer embarazada por consecuencia de una violación sexual. La mujer se encuadra en lo mismo (la víctima), mientras que el concebido es lo otro (lo insoportable). Lo mismo no es dueño de lo otro, la mujer no es dueña del concebido y no puede disponer de él, sino todo lo contrario, el concebido es dueño de la mujer (su madre) porque necesita de ella para desarrollarse. ¿En qué momento se rebela el dar puro y en qué momento se extingue? El dar puro se rebela en el momento que la madre acepta pertenecer al otro¹² y soportar lo insoportable; el dar vida, el hacer que el otro aparezca ya es un dar puro (ella no sabe que está dando y lo otro no sabe que está recibiendo) no obstante, la permanencia de dicha donación le sugiere donar algo más, le sugiere donar su propia vida a la vida del otro. El dar puro se extingue en el momento que la madre decide adueñarse de lo otro y considerarlo como parte de ella, disponer del concebido por complacencia de sí misma y no soportar lo insoportable, matar a lo otro.

Por último, vamos a decir fenomenológicamente, que el concebido es un ser en el mundo como cualquier otro. Todos somos un nosotros despojado de saberes previos e ideas preconcebidas. Vemos al concebido y no se nos parece de ninguna manera, porque es absolutamente lo otro; a su primer mundo (la madre) tampoco se le parece porque ella también es nosotros. Hemos respondido a lo que es, pero nos falta responder a lo que quiere en el mundo. Lévinas piensa que lo absolutamente otro es ese rostro que está ahí, situado entre los demás rostros, que encarna el “no matarás” el “a nadie matarás”, ese rostro que nos dice no me mates, protégeme. La significancia misma del rostro del otro es el principio “no matarás”:

Abordar al Otro es cuestionar mi libertad, mi espontaneidad de viviente, mi dominio sobre las cosas, esta libertad de la “fuerza que va” esta impetuosidad del corriente a la cual todo está permitido, aún el asesinato. El “No matarás” que esboza el rostro en el que se produce el Otro, somete mi libertad a juicio. (2002, p. 307-308)

El “NO MATARÁS” que suena al unísono con “no me mates, protégeme”, cuya trascendencia pone de relieve a la confraternidad, implica la participación activa de la humanidad bajo un único ruego de comprensión: a una madre que desea abortar se le implora “no lo mates, dámelo a mí”. Implica satisfacer el deseo original de la madre en el contexto que participe su libertad interior aceptando al otro como única posibilidad de un significado para su vida. El no matarás, también aspira convertir en nuestros pares a los más pequeños, destacando que el aborto provocado en circunstancias que no concurra

¹² “Pero el Otro, absolutamente otro —Otro— no limita la libertad del Mismo. Al llamar a la responsabilidad la instaure y la justifica” (Lévinas, 2002, p. 210).

peligro inminente a la vida de la madre, es una libertad que niega inhumanamente el carácter humano en la vida del hombre.

6. Conclusiones

Se ha logrado probar que en el Perú no es conveniente instaurar la despenalización del aborto derivado de violación sexual, a pesar del insidioso estigma de aquellos que presuponen lo contrario. Los resultados obtenidos pretenden reflejar en lo esencial un estado de armonía entre el concebido y su madre; por ello, se ha deslindado la no existencia de cualquier forma de racionalidad instrumental (medios-fines, causa-efecto) entre la prevalencia de la vida del concebido y el sufrimiento de su madre.

Nuestro examen argumentativo recae en la ley de ponderación de principios, de modo que, llegándose a ponderar la vida del concebido y la libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo con aplicación directa a un caso concreto, se ha obtenido como resultado la necesaria restricción del segundo por la máxima satisfacción del primero. Aquí debemos indicar que dicho resultado no necesariamente es igual para todos los casos, puesto que no existe ponderación que siga preceptos universales. Sin embargo, como diría Robert Alexy, el peso en abstracto del derecho a la vida en relación a cualquier otro derecho, será superior en todos los casos, incondicionalmente.

De acuerdo con el enfoque de la dignidad, se ha llegado a comprender que despenalizar el aborto sentimental vulneraría los derechos humanos del concebido. Tal realidad, aunque parezca evidente, insta a irremediables contradicciones. Por ejemplo, no existe una exactitud en relación al concepto de “vida digna” y, por tanto, se pretende turbar el sentido de la dignidad, se pretende calificar al aborto como estrategia para el reencuentro de una dignidad arrebatada por la violación sexual y como la única salida al dolor de la madre. Sin embargo, hay otras opciones, está, por ejemplo, la responsabilidad jurídica de la sociedad, el deber del rebuscado “nosotros” que se condice con aquella frase de Teresa de Calcuta: “No lo mates, dámelo a mí”.

Por último, se ha logrado destacar la importancia de la comprensión en tanto extensión de la hermenéutica y exigencia primordial de todo conflicto. Así, para contestar al problema del aborto sentimental se ha propuesto la participación activa de la humanidad dentro de las esferas de aquellas madres que esperan abortar. También, se ha desarrollado el tema de la comprensión desde la perspectiva de la madre, quien es víctima y sufre. Esta comprensión se compone por tres elementos: a) el yo, la libertad interior como generadora de sentido a la vida de la madre, la aceptación de su destino como un regalo; b) el otro, el reconocimiento del no matarás en el rostro del otro, la capacidad de no interferir en su

trascorrir dichoso, de no adueñarse y convertirlo en parte del mismo y disponer de él; y c) el nexos, el dar puro como nexos entre el yo y el otro, como única aceptación del concebido por su madre violentada.

Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (E. Garzón, Trad.). Centro de Estudios Constitucionales. <http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales-Robert%20Alexy.pdf>
- Alexy, R. (2003). *Fórmula del Peso* (C. Bernal, Trad.). De Gruyter. <https://vlex.com.pe/vid/formula-peso-378203382>
- Amnistía Internacional. (2012). El Estado de los Derechos Humanos en el Mundo. <https://www.amnesty.org/es/documents/pol10/001/2012/es/>
- Arismendiz, E. (2013). *El delito de aborto por violación sexual entre cónyuges* [Tesis de Grado, Universidad Pedro Ruiz Gallo]. <https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7535/BC-1137%20ARISMENDIZ%20AMAYA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos. https://alertacontraelracismo.pe/sites/default/files/archivos/normas/Pacto-Internacional-de-Derechos-Civiles-y-Poli%CC%81ticos_0.pdf
- Burguete, E. (2016). *Bases para una fundamentación de la bioética del inicio de la vida en la filosofía de Robert Spaemann. Consideraciones a propósito del aborto* [Tesis doctoral, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir]. <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=6F41%2BhgYn54%3D>
- Cabanellas de Torres, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta.
- Castro, E. (2020). *Aborto sentimental y eugenésico: análisis constitucional del artículo 120 del código penal* [Tesis de grado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/17986>

- Catalina, B. (2005). Doctrina de la Iglesia y despenalización del aborto: algunas reflexiones. *Persona y Bioética*, (25), 99-110. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2053423.pdf>
- Centro de Derechos Reproductivos. (2021). ¿Cómo beneficiaría a las niñas y adolescentes la eliminación del delito de aborto en Colombia? <https://www.ninasnomadres.org/alza-la-voz/wp-content/uploads/2021/11/Como-beneficiaria-a-las-ni%C3%B1as-y-adolescentes-la-eliminacion-del-delito-de-aborto-en-Colombia.pdf>
- Comisión de la Verdad y Reconciliación. (2004). *Hatun Willakuy: Versión abreviada del informe final*. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/11/hatun-willakuy-cvr-espanol.pdf>
- Comité de Derechos Humanos. (2019). Observación N. 36. PIDCP. <https://www.refworld.org/es/pdfid/5e61813b4.pdf>
- Congregación para la Doctrina de la Fe. (1987, 22 de febrero). Instrucción *Donum vitae*. Sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html
- Congreso de la República. (1984, abril). Decreto Legislativo N. 295. Código Civil. Diario Oficial *El Peruano*. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0090/CODIGOCIVILv02.pdf>
- Congreso de la República. (1994, abril). Decreto Legislativo N. 635. Código Penal. Diario Oficial *El Peruano*. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/\\$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf)
- Constitución Política del Perú. (1993). Diario Oficial *El Peruano*. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0001/1-constitucion-politica-del-peru-1.pdf>
- Da Costa, M. (2011). El problema del aborto y el infanticidio en los filósofos griegos. *Revista Latinoamericana de Bioética*, (1), 90-101. <https://www.redalyc.org/pdf/1270/127024229008.pdf>
- Frankl, V. (2015). *El hombre en busca de sentido*. Herder. <https://clea.edu.mx/biblioteca/files/original/41be568d7577be312ad601e64e6960a9.pdf>
- Ganoza, C. (2020). *Experiencia de ser madre después de un aborto consentido: una perspectiva bioética* [Tesis de grado, Universidad Católica Sedes Sapientiae]. <https://repositorio.ucss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14095/896/Tesis%20-%20Ganoza%20Plasencia%2C%20Cynthia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- García, C. (2006). Cuestiones de vida y muerte. Los dilemas éticos del aborto. *Derechos y Libertades*, (10), 181-209. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23430.pdf>
- Gonzales, A. (2010). Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España. Estudio realizado a partir de la ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*,(23), 1-31. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CESCR/Discussions/2010/GonzalezVarasIbanez.pdf>
- Guerra, R. (2020). *La prohibición del aborto sentimental por violación sexual y los derechos constitucionales en la mujer en el Perú – 2019* [Tesis de titulación, Universidad Privada Antenor Orrego]. http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/6596/1/REP_DERE_ROSA_GUERRA_PROHIBICI%C3%93N.ABORTO.SENTIMENTAL.VIOLACI%C3%93N.SEXUAL.DERECHOS.CONSTITUCIONALES.MUJER.PER%C3%9A.2019.pdf
- Guissani, L. (2011). *El sentido religioso*. Fondo Editorial UCSS.
- Incil, O. y Mendoza, J. (2021). *Implicancias jurídicas de la penalización del aborto que interrumpe el embarazo como consecuencia de violación sexual* [Tesis de titulación, Universidad Privada del Norte]. <https://hdl.handle.net/11537/28747>
- Lévinas, E. (2002). *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la Exterioridad* (D. Guillot, Trad.). Sígueme. https://etica.uazuay.edu.ec/sites/etica.uazuay.edu.ec/files/public/levinas-1961-totalidad-e-infinito_ocr.pdf
- Macassi, L. (2003). Violencia familiar, violencia sexual, aborto, derechos reproductivos. https://www.flora.org.pe/pdfs/violencia_fam_sex_aborto_der_reprod.pdf
- Mendoza, F. (2008). *La penalización por aborto por violación sexual y sus contradicciones* [Tesis de grado, Universidad Nacional del Altiplano]. <http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/786>
- Michelini, D. (2019). Aborto y discurso moral. Ideas clave de la Ética del discurso para el tratamiento de la interrupción voluntaria de la vida humana inicial. *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, (78), 123-139. <https://doi.org/10.6018/daimon/382621>
- Pantoja, A. (2019). Análisis de la sentencia C-355 de 2006. *Instituto de Estudios Constitucionales*, (34), 67-79. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/BIEC/article/download/1317/1042/>
- Peña, P. y Pérez, M. (2011). *Historias de vida de mujeres que experimentaron un aborto entre los 20 a 35 años en el Instituto Nacional Materno Perinatal, periodo*

- noviembre 2010 - enero 2011 [Tesis de titulación, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. <https://hdl.handle.net/20.500.12672/2996>
- Pérez, W. (2016). *Despenalización del aborto sentimental y eugenésico en el Código Penal Peruano* [Tesis de grado, Universidad Pedro Ruiz Gallo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12893/7357>
- Pessoa, F. (1997). *El libro del Desasosiego*. Seix Barral. <http://www.insumisos.com/M4T3R14L/BD/Pessoa-Fernando/Libro%20del%20desasosiego.PDF>
- Pollmann, A. (2008). *Filosofía de los derechos humanos: problemas y tendencias de actualidad*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/filosofia_de_los_derechos_humanos_problemas_y_tendencias_de_actualidad.pdf
- Salinas, R. (2018). *Derecho Penal, Parte Especial*. Iustitia.
- Sanchez, H. (2011). *Análisis del Aborto Derivado de Casos de Violación Sexual dentro del Modelo Jurídico Vigente en el Perú: Una Aproximación desde los Fundamentos Filosóficos del Artículo Primero de la Constitución Política del Perú* [Tesis de titulación, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/785>
- Saravia, J. y Yataco, M. (2019). *Actitudes ante el aborto provocado de las estudiantes del cuarto grado de educación secundaria de la I.E Santa Ana en el año 2018* [Tesis de titulación, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. <http://hdl.handle.net/20.500.12423/2478>
- Scala, J. (2011). El interés superior del niño y el derecho de los derechos humanos. <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/derechos-humanos/Jorge-Scala-Interes-Superior.pdf>
- Solís, N. (2019). Crítica feminista a la penalización del aborto en casos de violación sexual: una mirada interseccional a propósito del embarazo infantil. *IUS ET VERITAS*, (59), 226-239. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201902.014>
- Stephane Vinolo. (2019, 16 de abril). *Derrida Dar y Perdonar S Vinolo* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=iM8-BPIDMA4>
- Teresa de Calcuta. (1979, 11 de diciembre). Discurso de Aceptación del Premio Nobel de la Paz. [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=aKLS-4xiSCA>
- Tantalean, R. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, (43), 1-37. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456267>

Tribe, L. (2013). *El aborto: guerra de absolutos*. Fondo de Cultura Económica. <https://elibro.net/es/ereader/ucss/111069?page=392>

Anexos

Anexo 1

A continuación, presentaremos las entrevistas que realizamos en su momento a dos personalidades del mundo del derecho, a quienes de ante mano, agradecemos su valiosa contribución a este estudio.

Tabla 1

Tabla del consolidado de entrevistas realizadas a profesores de la UCSS

PREGUNTA	ENTREVISTADO	RESPUESTA
1. En un juicio de ponderación de principios o derechos fundamentales, se pondera el derecho a la vida del concebido con el derecho a la libertad de la madre para decidir sobre su cuerpo. Según usted, ¿primaría el derecho a la vida del concebido?	Edgar Odón Cruz Acuña	Sí. El concebido es un ser humano en desarrollo, vida humana en proceso, sujeto de derecho con capacidad jurídica. La vida es el primer derecho personalísimo que más le favorece; nadie puede disponer de ella...
2. La vida humana empieza desde la concepción, y siendo la dignidad una cualidad inherente al concebido, en tanto ser humano. ¿Despenalizar el aborto por violación sexual constituiría una violación de derechos humanos?	Edgar Odón Cruz Acuña	Sí. Concepción es igual a fecundación. Unión de gametos, 23 cromosomas cada uno, formando un ser humano diferente de los padres. Considero que despenalizarla sería la violación más injusta de los DD.HH.

3. La Convención sobre los Derechos del Niño considera niño a todo ser humano menor de los 18 años; al concebido no se le puede considerar como un ser humano sin tiempo, por ello también es un niño para efectos de su protección. ¿Cree usted que con la interrupción del embarazo por violación sexual se vulnera el interés superior del niño?

Edgar Odón Cruz Acuña

Sí. La vida es el mayor interés del niño... si se le mata, se termina todo...

4. La Convención sobre los Derechos del Niño declara a la No discriminación como uno de sus principios rectores. ¿Cree usted que la despenalización del aborto, cuando el embarazo sea consecuencia de abuso sexual, vulnera el principio a la no discriminación que le asiste al concebido?

Edgar Odón Cruz Acuña

Sí. Más que por la causa cómo fue concebido, se le discrimina al considerarse que su vida podría ser menor a la de una persona física. Ontológicamente el concebido y la persona física, natural son iguales en dignidad.

5. ¿Considera usted que es conveniente instaurar la despenalización del aborto en caso de embarazo por violación sexual en el Perú?

Edgar Odón Cruz Acuña

No. No es la solución al problema... hay que educar a los niños y jóvenes en valores, en responsabilidad y ciudadanía... educar en solidaridad y justicia... aplicar penas efectivas y drásticas para los violadores...

1. En un juicio de ponderación de principios o derechos fundamentales, se pondera el derecho a la vida del concebido con el derecho a la libertad de la madre para decidir sobre su cuerpo. Según usted, ¿primaría el derecho a la vida del concebido?
- Tatiana Myrlenko Chavez Filinich
- Cuando se trata de ponderación de derechos fundamentales no se puede dar una respuesta estandarizada, sino revisar cada caso de acuerdo con las particularidades de este. En el caso planteado y al tratarse de una violación sexual a una menor de edad, mi posición es a favor del derecho a decidir por parte de la víctima, toda vez que no fue algo voluntario sino una maternidad impuesta.
2. La vida humana empieza desde la concepción, y siendo la dignidad una cualidad inherente al concebido, en tanto ser humano. ¿Despenalizar el aborto por violación sexual constituiría una violación de derechos humanos?
- Tatiana Myrlenko Chavez Filinich
- No, no constituiría una vulneración a los derechos humanos. Tratándose de una violación sexual la niña o la mujer se encuentran en una situación de desventaja donde de manera forzada han vulnerado su derecho a la libertad de elegir ser madres. Debe quedar en ellas la decisión de proceder o no. Al hacer una ponderación prevalecería el proyecto de vida por el que pueda optar la mujer agredida.

3. La Convención sobre los Derechos del Niño considera niño a todo ser humano menor de los 18 años; al concebido no se le puede considerar como un ser humano sin tiempo, por ello también es un niño para efectos de su protección. ¿Cree usted que con la interrupción del embarazo por violación sexual se vulnera el interés superior del niño?
- Tatiana Myrlenko Chavez Filinich
- No, no se vulnera el interés superior del niño. Considero que si bien el concebido tiene una protección legal que reconoce la existencia de la vida humana, no se constituye aun como persona en términos civiles, bajo la teoría de la subjetividad es un sujeto de derecho. Pese a ello, es cierto que en el país existen fallos que han buscado reconocer la calidad de “persona” y procedido de esa manera, desde mi punto de vista, cuestionable (Ver: caso Américo Montezza contra Rímac Seguros).
4. La Convención sobre los Derechos del Niño, declara a la No discriminación como uno de sus principios rectores. ¿Cree usted que la despenalización del aborto, cuando el embarazo sea consecuencia de abuso sexual, vulnera el principio a la no discriminación que le asiste al concebido?
- Tatiana Myrlenko Chavez Filinich
- No, no considero que haya discriminación alguna. Si bien importa el interés superior del niño, en derechos humanos también existe el Principio Pro Persona (antes *Pro Homine*), tendría que también considerarse los derechos que amparan a la niña y a la mujer bajo lo dispuesto por la Convención CEDAW y Belém do Pará.

5. ¿Considera usted que es conveniente instaurar la despenalización del aborto en caso de embarazo por violación sexual en el Perú?

Tatiana Myrlenko Chavez Filinich

Sí, considero que debe darse la oportunidad de elegir a niñas y mujeres en esa situación límite. No se puede obligar a ejercer la maternidad o llevar un embarazo no deseado. Más allá de la despenalización, considero que resulta indispensable la incorporación de la educación sexual integral y el enfoque de género en educación que contribuya en la formación y desarrollo desde la primera infancia. A mediano y largo plazo podría derribarse estereotipos de género aún muy arraigados en sociedades patriarcales y machistas como la peruana.
