

# Aborto: de lo prohibido y lo sugerido

**Rosa Mavila León**

Abogada, coordinadora de IDEPAZ "Instituto para la paz y el desarrollo"  
Miembro de CLADEM Perú

Las tendencias penales positivas que se explican el injusto en el agente o en el infractor, tienen implícita una cosmogonía tradicionalista que valida la criminalización de las conductas principalmente a partir de criterios racistas, teológicos o moralistas, que aparentemente no estarían incluidos en el ordenamiento penal.

La política criminal positivista, en sus versiones más retrógradas y oscurantistas, tiene una clarísima base teológica, canonista y represiva que se escuda en la política criminal para sugerir un modelo de vida anacrónico, tanto a nivel familiar como en las relaciones entre los géneros.

Los pilares jurídico-éticos en los que se asienta la sociedad occidental y cristiana, son las nociones de indisolubilidad matrimonial, el débito sexual, la potestad marital, la incapacidad absoluta o relativa de la mujer, el orden público y las buenas costumbres.

Por una simple deducción... ¿Acaso no es posible inferir que la posibilidad de que la interrupción del embarazo salga de la esfera penal, no estaría ya constituyendo la definitiva partida de defunción del modelo tradicional y religioso sugerido como forma de control social informal principal de la vida de la mujer?

Seamos claros: Lo que de verdad está en cuestión en el debate sobre el Aborto Sentimental no es la defensa de la vida del embrión, sino la del paradigma de vida tradicional en el que se fundamenta el poder político, económico y social de la Iglesia Católica. El modelo de vida matrimonialista y patriarcal se ha levantado históricamente junto con la percepción de que la sexualidad vivida en cuanto tal, es siempre pecado y concupiscencia<sup>1</sup>.

Desde el siglo XIII, en el Fuero Juzgo Visigodo, los principales delitos contra la familia eran los llama-

dos delitos de fornicio, o ilícitos de fornicación. No se criminaliza el aborto, en realidad, se criminaliza la sexualidad femenina.

Aunque nuestros quijotes con sotana y sin sotana lo nieguen, Monseñor Durand y sus aliados expresan eso: el ideal de vida austera, de maternidad como única y principal función social, de virginidad, doncellez, sumisión, castración y piedad, que se levanta como propotipo de conducta para la mujer virtuosa. El mensaje es claro para las mujeres: Vuestra función es ser madres, no pensar. Vuestro espacio es el dulce hogar, en el que sois reynas y señoras. No deben acercarse a la sociedad civil, ese es un ámbito de los hombres; si se les permitiría abortar, ello puede inclinarlas peligrosamente a trabajar, crear, pensar y peor aún, a independizarse, no sólo de sus parejas, sino de sus creencias. El aborto contiene entonces el peligro de rebelión frente al pater y el statu quo. No se dan cuenta que la historia contemporánea fluye y que la modernidad, aunque aún no es integralmente popular, viene recusando prácticamente este mensaje de vida, que fuera absolutamente válido para nuestras abuelas, pero que ahora es parte ya de un mensaje que corresponde al discurso anacrónico de la sociedad oligárquica y semifeudal.

Son fuentes religiosas las que sustentan los temores y perjuicios del Dr. Javier Alva, quién fuera Presidente de la Comisión Revisora del Código Penal, cuando manifestaba que la descriminalización llevaría a que miles de mujeres hicieran cola para abortar, llevado ese perjuicio a su punto más alto, tiene relación con aquella idea que sustenta que el orden público, la raza, el estado, y la nación serían agredidos, si se permite la interrupción del embarazo.

Ese sistema de pensamiento no

asume que el acceso de la mujer al trabajo remunerado y a la economía informal ha sacado a ésta, principalmente a la que proviene de estratos bajos y medio, de la esfera privada a la vida pública y que ello ha variado los patrones económicos tradicionales de reproducción social. Quienes se oponen ahora hasta a la descriminalización del aborto terapéutico, es decir, al que es practicado sobre una mujer para evitar en su salud un mal grave o permanente, o para mantenerle la vida, aspecto que ya se encuentra permitido en el Código Penal de 1924 hace más de 60 años, ponen por delante argumentos formales antes que sustantivos a nivel jurídico.

Fundamentan su oposición en el Art. 29 del Código Sanitario, que establece que el proceso de gestación concluye con el parto; en la disposición que en 1958 prohibió el uso de anticonceptivos (aunque resulte increíble, pareciera existir esa normatividad); en el primer artículo del Código Civil de 1984, que establece en su segundo párrafo, que la vida humana empieza con la concepción. Su principal argumento es, sin embargo, el de la supuesta anticonstitucionalidad de la disposición que estaba contenida en el penúltimo Proyecto del Código Penal que descriminalizaba el aborto de la mujer violada. La base normativa estaría en el inc. 1ro, del Art. 2 de la norma madre, que establece que al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece.

Por último, recurren al Pacto de San José de Costa Rica, sobre los derechos civiles y políticos, que contiene disposición similar a la contenida en la Constitución.

El Dr. Luis Roy Freyre ya ha respondido, a la par que hacía público que en la última Comisión Revisora del Código Penal se votó el asunto de la criminalización del

(1) Una interesante crítica de este sistema de pensamiento para la sociedad española está contenida en el Artículo de Gerardo Landrove Díaz: Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho Penal, donde se hace énfasis en la relación de los conceptos delito-pecado como parte del imaginario tradicionalista en el campo penal.

aborto de la mujer violada, manifestando su oposición a tal medida, al carácter exclusivamente formalista de esa lírica forma de defensa de la vida. Nótese que no se trata de la vida del feto sino del embrión y que para esta tendencia la concepción de la vida se reduce al proceso biológico de la gestación y el alumbramiento, antes que al proceso histórico concreto de construcción del destino de las nuevas generaciones.

Refiere el mencionado especialista que la propia norma Constitucional acepta la aplicación de la pena de muerte en el caso de traición a la patria y con sutil ironía expresa que en todos los países que consideran que la interrupción del embarazo no es delito, sigue garantizándose constitucionalmente el derecho a la vida. Sólomente que ese derecho, añadiremos nosotros, se concibe desde otro nivel de percepción de la responsabilidad del estado frente a la población infantil asumiendo la prioridad de sus intereses a partir de políticas sociales concretas y no sólo desde un proteccionismo lírico y de papel.

Añadiremos que la protección de los intereses del concebido en la tradición jurídica romana no estaba basada en un principio absoluto sino que se encontraba fundamentada principalmente en objetivos de naturaleza patrimonial. Incluso en la propia Iglesia Católica no ha existido siempre una oposición cerrada a la interrupción del embarazo. La doctrina del doble efecto, de fuentes cristianas, asumía su permisibilidad como una forma de legítima defensa de la mujer ante eventuales circunstancias, siempre que el embrión aún no tuviera alma o viabilidad. Esta percepción fue compartida por teóricos de la Iglesia a nivel de San Agustín y Santo Tomás. Sólo que ahora los representantes de la Iglesia saben que perderían el poder que ostentan sobre las conciencias, que es la base angular de su cada vez más alicaído poder político y patrimonial, si se atreven a practicar formas parciales de pluralismo, basa-

das en la caridad del cristianismo original, que en el caso de la mujer violada, ameritarían una mayor permisibilidad desde el punto de vista de algunos sectores progresistas y democráticos de dicha creencia religiosa<sup>2</sup>.

Cuando se pretende confrontar los intereses de la madre y del concebido, defendiendo sólomente el supuesto derecho a la vida de este último, se olvidan los datos fríos y racionales que demuestran la verdadera esencia del problema: el aborto clandestino es la tercera razón de muerte de las mujeres; en Lima, de cada 10,000 embarazos, se dieron, en 1990, 2,217 abortos; es decir, que se practica un aborto por cada 4 embarazos; y ello a pesar de que el aborto se encuentra criminalizado.

El año pasado, de una población penal total de 28,000 internos en los establecimientos penitenciarios del país, sólo 21 personas habrían ingresado a éstos por razones vinculadas a prácticas abortivas. Las cifras hacen evidente una interrogante...¿Es que funciona realmente el objetivo de prevención general, que hace que se presuma que la criminalización disuade a las personas de incurrir en dicha conducta, en materia de aborto? Es evidente que no. En consecuencia, su criminalización no tiene una función útil, desde el punto de vista de la prevención general.

Esa circunstancia objetiva la validez de la tesis que sostiene que su criminalización responde principalmente a la naturaleza simbólica del Derecho Penal en la sociedad contemporánea, que intenta imponer un modelo de comportamiento conservador en la mujer, que deifica la maternidad y que consecuentemente, condena la interrupción del embarazo. El objetivo del Derecho Penal es el de servir de socio a la religión, para que ésta continúe manteniéndose en las cárceles de la culpa moral, el alma de las mujeres creyentes que se ven obligadas a abortar, principalmente por razones de naturaleza socio-económica.

Las formales defensas del derecho a la vida del embrión, pasan por tabla rasa el mercado del aborto clandestino que la criminalización fomenta y auspicia, legitimando de este modo la aplicación informal de la pena de muerte a la mujer que aborta en condiciones insalubres y profundamente riesgosas. De paso, libran al estado de asumir su responsabilidad en materia de planificación familiar, salud de las mujeres, políticas de población, en el fomento de la paternidad y maternidad responsables así como de políticas de vivienda que enfrenten el hacinamiento y la tugurización que fomenta formas de promiscuidad sexual<sup>3</sup>.

Si las normas penales expresan también elementos subjetivos existentes en la realidad social, es evidente que desde el punto de partida dogmático hay debate. ¿El aborto es un asesinato, constituye o no un hecho delictivo?. Desde nuestro punto de vista no. Si estudiamos la criminalización de la interrupción del embarazo desde una perspectiva totalizadora y apostamos por una nueva teoría social de la conducta desviada que separe claramente la teología del derecho, concluiremos que se trata de un acto de libertad individual de la mujer que contiene una visión distinta de maternidad asociada a la voluntad de ésta de decidir cuando acceder a ser madre y a una percepción del amor maternal asociada al hijo concebido por amor y no por el deber de fecundidad. Por eso pensamos que la interrupción del embarazo, mucho más en el caso del aborto sentimental, no constituye una conducta antijurídica debiendo en consecuencia salir del ámbito de intervención del Derecho Penal.

Para quien esto escribe es evidente que ni siquiera en el plano ético y no jurídico constituiría un deber moral obligatorio el tener un hijo que es producto de una violación, porque esta situación excede con creces los límites del deber, constituyendo lo que la doctrina penal califica como un típico acto super-erogatorio.

(2) Sobre la doctrina del doble efecto y la variable posición de la Iglesia católica en materia de aborto; ver el libro de Martín Diego Farrell: *La Ética del Aborto y la Eutanasia*; Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, pag. 64 y ss.

(3) Sobre incidencia, aspectos sociales y de salud es útil el trabajo de Denise Palewonsky: *El aborto en la República Dominicana*; CIPAF, Santo Domingo; 1988; pags. 23 y ss.

Por esta razón el aborto de la mujer violada no es un acto moralmente malo, pero excusable, sino el ejercicio legítimo de la mujer a autodeterminar sobre su maternidad ya que no se deja de cumplir deber moral alguno en la medida en que el acto requerido estaría más allá del deber. Obsérvese que estamos hablando de la vida concreta de mujeres de carne y hueso en el marco de la tremenda crisis que afrontamos hoy y que no estamos hablando de heroínas épicas ni de santas de las catacumbas.

El hecho tan evidente de que las únicas mujeres criminalizadas en razón del aborto son las de extracción popular no sólo ratifica el carácter distorsionador del Derecho Penal, sino que la política criminalizadora auspicia el aborto clandestino en desmedro de la salud

de las más pobres. Tal vez convenga precisar en esta breve revisión del problema que descriminalizar no significa promover y que una conducta que no sea considerada delito no tiene porqué ser emulada o auspiciada desde el estado y a nivel público.

Y a un grueso sector de opinión que en materia de aborto opta por la atenuación de la pena en vez de la eximencia total tal vez debamos señalarle que las nuevas corrientes en el Derecho Constitucional no confrontan intereses entre el concebido y la mujer sino entre ésta y el varón y que sustentan que el principio de igualdad entre los géneros ante la ley, para no ser un referente meramente lírico tiene que partir del reconocimiento objetivo de la secular discriminación a la mujer en la vida social. Adviértase, por último que la

Constitución establece que las mujeres tenemos derechos no sólo iguales, sino no menores que el varón, ergo, tenemos, al igual que el varón, derechos mayores que el concebido, en razón de nuestra calidad de personas.

Nótese asimismo que el propio Código Civil establece que la persona humana es sujeto de derechos desde su nacimiento, y que el Perú es estado parte de las naciones que han suscrito la Convención Internacional que elimina cualquier forma de discriminación a la Mujer. Si un nuevo paradigma de vida está anunciando la utopía de una época distinta, la humanización del Derecho Penal deberá también pasar por la inhibición de criminalizar sobre el cuerpo de las mujeres en la medida en que nunca se ha criminalizado sobre el cuerpo de los hombres.