

## LA INCONVENIENCIA DE ESTABLECER REQUISITOS LEGALES PARA LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN CASOS DE EMBARAZO POR VIOLACIÓN

### Introducción

Respecto a la regulación del aborto, los regímenes jurídicos pueden clasificarse en cuatro grandes modelos: 1) el “modelo de plazos”, que despenaliza los abortos practicados hasta determinado momento de la gestación<sup>1</sup>, 2) el “modelo de indicaciones/causales”, que permite el aborto en ciertos supuestos como, por ejemplo, peligro para la salud o la vida de la mujer, violación sexual, malformaciones fetales incompatibles con la vida extrauterina, incesto e incluso apremio socioeconómico; 3) el “modelo de penalización total”, prohíbe el aborto en todos los casos sin ninguna excepción; y 4) el “modelo mixto”, que combina el modelo de plazos y el modelo de indicaciones/causales. Estas regulaciones y las normativas que lo reglamentan se encuentran, por lo general, en los códigos penales, el desarrollo jurisprudencial, las políticas públicas y la oferta efectiva de servicios.

El Perú sigue el modelo de indicaciones. El Código Penal de 1924 penalizó todas las figuras de aborto, con excepción del terapéutico. La despenalización del aborto en casos de violación ha sido debatida en distintos momentos de la vida republicana. Primero en 1928, dos juristas propondrían sin éxito la despenalización del aborto eugenésico y ético o por violación. Mucho después, en 1981, con la segunda Comisión Revisora del Código Penal. Hasta 1991, en que se promulga el nuevo código, se elaboraron cinco proyectos, pero solo el de 1989 llegó a ser debatido y aprobado en ambas cámaras del Parlamento. Su texto mantenía la despenalización del aborto terapéutico y la ampliaba en casos de embarazo por violación e inseminación artificial no consentida, y malformación fetal. Este nuevo código vería la luz en 1991, pero el aborto en casos de violación siguió siendo delito, aunque con una pena atenuada, siempre que ocurra fuera del matrimonio.

En el año 2009, una nueva Comisión Especial Revisora del Código Penal aprobó un anteproyecto de Código Penal. Nuevamente, se aprobó la despenalización de las figuras de aborto por violación, inseminación artificial y malformaciones incompatibles con la vida, sin que llegara al Pleno.

Durante el 2014, una articulación de organizaciones feministas y organizaciones de mujeres, “Déjala Decidir”, recolectó más de 80 mil firmas a nivel nacional y presentó al Congreso de la República una iniciativa ciudadana que fue signada con el N° 3839-2014-IC, “Ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentida”. La iniciativa fue remitida a las comisiones de Constitución y a la de Justicia y Derechos Humanos, para su debate y posterior dictamen. Con fecha 26 de mayo de 2015, la Defensoría del Pueblo remitió su opinión institucional favorable<sup>2</sup>, conforme ya lo habían hecho la Fiscalía de la Nación y el Poder Judicial.

Si bien el informe defensorial de la Adjuntía de Derechos de la Mujer hace un análisis constitucional favorable a la despenalización del aborto en casos de embarazo por violación, señalando que se trata de la afectación de varios fines constitucionales relevantes, como es el caso de la vida del concebido y el derecho de las mujeres a la dignidad, libre desarrollo, integridad, salud, entre otros; no siendo posible la afectación desproporcionada de estos fines, por lo que ha de entenderse que la respuesta constitucional y éticamente adecuada es un supuesto de excepción que no niega el derecho a la vida del concebido, pero reconoce su valor incremental y toma en cuenta la situación dramática y extrema de las mujeres víctimas de una violación. Sin embargo, el informe culmina con una propuesta de

<sup>1</sup> Usualmente hasta las 12 o 14 semanas de gestación, aunque en Inglaterra se permite hasta la semana 22, y en Estados Unidos hasta el segundo trimestre.

<sup>2</sup> Oficios N° 0262-2015/DP y 263-2015/DP, remiten Informe de Adjuntía N° 006-2015-DP/ADM. 25 de mayo 2015.

requisitos para, supuestamente, evitar excesos o falsas alegaciones por parte de las mujeres: i) la denuncia policial de la violación; y, ii) un plazo de gestación.

Este documento, en base a la evidencia acumulada en los distintos países de la región y los estándares internacionales de salud pública y de derechos humanos, aboga por la inconveniencia de establecer requisitos en las normas penales o regulaciones sanitarias que en la práctica operan como barreras legales para el derecho de las mujeres, adolescentes y niñas víctimas de una violación.

## 1. Sobre el requisito de la denuncia policial

En la región de América Latina y el Caribe, se estima que solo un 5% de las víctimas adultas denuncian ante la autoridad policial los actos de violación sexual<sup>3</sup>. El Perú, sin ser la excepción, registra en los últimos diez años 63,545 denuncias por violación de la libertad sexual, donde las víctimas son predominantemente mujeres, adolescentes y niñas<sup>4</sup>. Sin embargo, pese a ser la denuncia una manifestación unilateral sin valor probatorio, la gran mayoría de víctimas no denuncia.

Las razones para no denunciar son múltiples y aluden a la vergüenza, el miedo o temor a las represalias, el hecho de que el violador sea un familiar o conocido, la culpa, las prácticas y estereotipos del personal de justicia, la falta de apoyo de la familia o las dificultades para enfrentar el largo, engorroso y oneroso camino hacia la justicia penal. Situación que se agrava a causa del fallo del Tribunal Constitucional N° 02005 de 2009, que prohibió la distribución de la anticoncepción oral de emergencia en los servicios de salud pública a los que podrían llegar las víctimas de un ataque sexual o de relaciones sexuales forzadas, y prevenir una maternidad impuesta.

### 1.1 La experiencia de los países de la región

Existe un grupo de países en los que, siendo legal el aborto en casos de embarazo por violación, las normativas establecen requisitos previos para acceder al servicio de salud, como por ejemplo, la denuncia policial o la autorización judicial. Se trata de Bolivia, México (a excepción del DF), Panamá, Colombia, Costa Rica y Uruguay. En Argentina, la Corte Suprema de la Nación y el protocolo de atención de los abortos no punibles del Ministerio de Salud de la Nación, solo exigen a la mujer una declaración jurada ante el servicio de salud, siendo innecesaria la denuncia policial o judicial.

Existe otro grupo de países en los que la ley no exige ni denuncia ni trámite previo, como Brasil, donde las normativas indican la inexigibilidad de la denuncia de violación, por lo que basta la palabra de la mujer; o los casos de Ecuador, Guatemala y Paraguay, donde las normas nada dicen expresamente sobre la necesidad de la denuncia previa de la violación<sup>5</sup>. Lo cierto es que, en uno y en otro caso, la práctica ha consistido en que las autoridades exigen requisitos, ya sean los reales aumentados o imaginarios donde la ley nada reclama, vulnerando el principio de legalidad y generando dilaciones innecesarias que obstaculizan el derecho de las mujeres a la salud y a un aborto legal seguro, al margen de los procedimientos y requisitos para la investigación y sanción del delito de violación.

#### Argentina

La Suprema Corte de la Nación argentina señala en el caso F.A.L. que, de acuerdo con la **Organización Mundial de la Salud** "... la exigencia de que las víctimas de violación, para calificar para el aborto, tengan que elevar cargos contra su agresor, obtener informaciones policiales, requerir autorización de un tribunal o satisfacer cualquier otro requisito que no sea médicamente necesario, puede transformarse en una barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana. Estos requisitos, diseñados para identificar casos

<sup>3</sup> (UNFPA, 1998 en Contreras *et al.*, 2010: 41). Bergallo, Paola y González, Ana. Interrupción legal del embarazo por la causal violación: enfoques de salud y jurídico. Agosto 2012, Bogotá. Pág. 16

<sup>4</sup> Mujica, Jaris. Violaciones Sexuales en Perú 2000 – 2009, Un informe sobre el estado de la situación (2011), disponible en: <http://www.unfpa.org.pe/publicaciones/publicacionesperu/PROMSEX-Violaciones-Sexuales-Peru-2000-2009.pdf>

<sup>5</sup> Bergallo, Paola y González Ana. Interrupción legal del embarazo por la causal violación: enfoques de salud y jurídico. Agosto 2012, Bogotá. Págs. 25 y 26.

fabricados, retrasan el cuidado necesario y aumenta la probabilidad de abortos no seguros o, incluso, pueden llevar a la negativa de la práctica porque el embarazo está muy avanzado”<sup>6</sup>.

La Corte advierte que el temor por los “casos fabricados”, “riesgo derivado del irregular accionar de determinados individuos, —que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal—, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud”<sup>7</sup>.

## Colombia

Los tribunales han considerado que la solicitud efectuada por el médico ginecólogo encaminada a exigencias indebidas como los dictámenes de medicina forense, órdenes judiciales, exámenes médicos inoportunos, autorización o notificación por parte de familiares (del marido o de los padres), asesores jurídicos, auditores médicos y pluralidad de galenos para proceder a la interrupción del embarazo, constituye una práctica inadmisibles, contraria a la normatividad vigente y se convierte en una seria y grave afrenta a los derechos constitucionales de la mujer ; y que las entidades prestadoras del servicio de salud —sean particulares o estatales, laicas o confesionales— deben abstenerse de exigir a las mujeres que optan por interrumpir su embarazo, bajo cualquiera de los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006, un previo permiso judicial<sup>8</sup>.

### 1.2 Estándares internacionales de derechos humanos

En su decisión contra **Argentina en el caso L.M.R., el Comité de Derechos Humanos** consideró que la obstrucción y la dilación de los servicios de aborto previstos en el código penal, solicitados por una mujer menor de edad que padecía un retraso mental y había sido víctima de violación, causaban un daño moral y físico que representa una violación del artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, el Comité encontró que habían sido vulnerados los artículos 17° y 2° del Pacto; y que la falta de mecanismos para permitir la interrupción legal del embarazo torna al Estado responsable por la violación al derecho a la garantía y respeto de los derechos prevista en el artículo 2 del Pacto en relación con los artículos 3°, 7° y 17°.

L.M.R., joven con discapacidad de 19 años, oriunda de Buenos Aires, quedó embarazada como resultado de una violación. Solicitó a los/as médicos/as que la atendieron que le practicaran un aborto no punible. Sin embargo, éstos le exigieron una autorización judicial, solicitud que fue denegada por una jueza de menores. La sentencia fue confirmada en segunda instancia, por lo que fue recurrida ante la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Desde el pedido original de interrupción del embarazo hasta la sentencia suprema transcurrieron dos meses. No obstante la autorización, ningún centro de salud accedió a realizarlo, lo que empujó a L.M.R a practicarse un aborto por fuera del sistema de salud<sup>9</sup>.

Finalmente, el Comité respondió al pedido de garantías de no repetición declarando que “El Estado tiene también la obligación de tomar medidas para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro”, y le solicitó que en un plazo de 180 días informe al Comité sobre las medidas que haya adoptado para aplicar su dictamen<sup>10</sup>.

El **Comité que monitorea la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW**, en la decisión del caso **L.C. contra Perú**, consideró que la denegación del acceso oportuno y de calidad a los servicios de salud viola los derechos de las

<sup>6</sup> Sentencia de la SCN, 13 de marzo de 2012, caso F.A.L. Párrafo 27. Puede consultarse al respecto: “Aborto sin riesgos. Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud”, OMS, 2003.

<sup>7</sup> Sentencia de la SCN, 13 de marzo de 2012, caso F.A.L. Párrafo 28.

<sup>8</sup> Sentencias: C-355/06, T-209/08, T-388/09. En: Bergallo, Paola y González, Ana. Interrupción legal del embarazo por la causal violación: enfoques de salud y jurídico. Agosto 2012, Bogotá. Págs. 142 y ss.

<sup>9</sup> Cavallo M., Romero K., Minieri S., Schnidrig D., y Rossi F. Manual para el ejercicio, respeto y garantía del derecho al aborto no punible en Argentina. Junio, 204. Páginas 23 y 24

<sup>10</sup> Comunicación No 1608/2007. *L.M.R c. Argentina*. Dictamen del Comité de Derechos Humanos. Causal Violación.

mujeres a la vida, a la salud, y a vivir una vida libre de discriminación de acuerdo con el artículo 12° de la Convención de la CEDAW y la Recomendación General N°24.

L.C. quedó embarazada cuando tenía 13 años, como producto de las repetidas violaciones que sufrió por parte de un adulto. Ella intentó suicidarse saltando al vacío desde el techo de un vecino y sufrió una lesión en la médula espinal. Trasladada a un hospital público, los médicos recomendaron una intervención quirúrgica urgente para evitar que se consolidara el daño. La cirugía no se realizó por su embarazo, pese a que se solicitó formalmente un aborto a la dirección del hospital, el cual fue negado. Cuando L.C. sufrió un aborto espontáneo tres meses después, fue operada pero la intervención no impidió que quedara cuadripléjica.

El Comité reconoció que: i) la prohibición o limitación de los servicios de salud reproductiva están íntimamente relacionados con la visión estereotipada de la función reproductiva de la mujer, la que afecta y sobrepone negativamente los derechos del feto por encima de los derechos de la mujer; ii) los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que cuando el aborto es legal, se garantice tales servicios; iii) el aborto terapéutico debe incluir una interpretación amplia, en la que se incluya un componente exclusivo de salud mental; iv) la necesidad de despenalizar el aborto en los casos de violencia sexual, con base en el argumento que limitar el aborto en estos casos, refuerza el estereotipo de género según el cual las mujeres son reconocidas como objetos sexuales y reproductoras sin reconocer de manera efectiva sus derechos; v) es obligación de los Estados garantizar el acceso a la salud de las mujeres sin ningún tipo de discriminación con la finalidad de asegurar el acceso en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres; y, vi) existe una obligación de protección reforzada sobre las niñas, adolescentes y mujeres mayores víctimas de violencia sexual.

Por su parte, el caso **Paulina fue llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos** por la vulneración de los derechos de la adolescente (14 años), víctima de una violación sexual de la cual resultó embarazada. La joven vio obstaculizado por las autoridades estatales su derecho a un aborto legal, previa autorización del Ministerio Público, según lo establecido por ley mexicana<sup>11</sup>.

Paulina y su madre acudieron al Ministerio Público para solicitar la autorización. Cuando se le otorgó, permaneció en el hospital público una semana sin que se realizara el aborto, escuchando absurdas excusas como la inexistencia de médicos anestesiólogos, las vacaciones de los ginecólogos, o que el caso sería presentado a un Comité. Paulina y su madre acudieron nuevamente al Ministerio Público, quien reiteró la orden. En ese momento, el Procurador de Justicia del Estado las condujo ante un sacerdote católico.

El 13 de octubre, Paulina reingresó al hospital y al día siguiente, recibió la visita de dos mujeres que le mostraron videos de maniobras abortivas para persuadirla. El 15 de octubre, el director les expuso los supuestos riesgos de la intervención: "esterilidad, perforación uterina, hemorragia masiva, síndrome de Asherman y muerte" y señaló que, si Paulina moría, la responsabilidad única sería para ella. Las peticionarias se desistieron.

La Comisión Interamericana advirtió "la importancia de que los Estados adopten medidas de tipo penal, civil, o administrativo, con la finalidad de garantizar que hechos como los ocurridos en este caso sean debidamente sancionados y no permanezcan en la impunidad"<sup>12</sup>. Asimismo, el contenido del acuerdo amistoso al que arribaron las partes frente a la Comisión Interamericana, representa un ejemplo valioso sobre las consecuencias de la determinación de responsabilidad estatal en el plano internacional para los deberes de reparación hacia la víctima de la obstrucción de su derecho a un aborto.

<sup>11</sup> "El aborto no será punible: I. (...), II. (...), Cuando el embarazo sea resultado de una violación (...), siempre que el aborto se practique dentro del término de noventa días de la gestación y el hecho haya sido denunciado, caso en el cual bastará con la comprobación de los hechos por parte del Ministerio Público para autorizar su práctica."

<sup>12</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 21/07, 9 de marzo de 2007, en el marco de la Petición 161/02, Caso Paulina c. México, 2007.

En el caso **Tysiak vs. Polonia**, la **Corte Europea** explicó que el derecho a la privacidad protegía la decisión de las mujeres a interrumpir el embarazo. Preciso que el derecho a la privacidad implicaba obligaciones negativas para los Estados que se traducían en la prohibición de interferir en la vida privada de las mujeres, por ejemplo, en la decisión de interrumpir un embarazo; también obligaciones positivas como la de adoptar medidas para garantizar el respeto de la privacidad en las relaciones entre particulares, por ejemplo en la intervención de los profesionales de la salud frente a las decisiones de las mujeres<sup>13</sup>.

Por último, el fundamento de no exigibilidad de requisitos para aplicar a la causal violación guarda relación con la facultad de las mujeres de decidir sobre la continuación o la interrupción del embarazo como una decisión que incumbe única y exclusivamente a su intimidad y su vida privada, excluyendo la injerencia del Estado y de terceros, pues son ellas las únicas que deben decidir acerca de la afectación de su proyecto de vida como resultado de la violación y del embarazo resultante<sup>14</sup>. Por ello, cuestionamos la posible exigencia de tener que hacer público, a través de un acto unilateral en la instancia policial, como es la denuncia, la afrenta del delito de violación y luego, la decisión frente al embarazo producto de la violación

## 2. Sobre el requisito del plazo

La legislación peruana se adhiere al “modelo de causales”, dado que permite el aborto en caso de peligro para la salud o la vida de la mujer gestante. En este modelo, los límites gestacionales para el aborto estarán determinados según las características del caso.

Por lo general, los abortos se realizan hasta las 24 semanas; sin embargo, en los casos en los que este límite deba ser superado por las circunstancias particulares del caso, también es legal realizar el aborto en un periodo más avanzado de la gestación, respetando la decisión de la mujer basada en el diagnóstico y pronóstico del médico tratante. Al respecto, la Organización Mundial de la Salud en su Guía actualizada al 2012, realizó recomendaciones específicas sobre la forma en que deben realizarse los abortos para las distintas semanas de gestación: durante el primer trimestre o hasta las 12 semanas, entre las 12 y 14 semanas; inclusive hasta las 24 semanas de gestación<sup>15</sup>.

En el mismo sentido, en el Perú la “Guía técnica nacional para la estandarización del procedimiento de la atención integral de la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas”, no establece un plazo límite para practicar un aborto, sino que establece una serie de métodos que se pueden utilizar hasta las 12 semanas de gestación y otros métodos para evacuar el contenido uterino menor de 22 semanas<sup>16</sup>.

En los casos de embarazo producto de una violación, además de las bajas tasas de denuncia ya mencionadas, también se debe considerar que muchas veces se llega a tener noticia del delito, e incluso de sus consecuencias, cuando la gestación ha superado las 12 semanas, especialmente cuando se trata de niñas y adolescentes con historias de abuso sexual prolongado. Por ejemplo, en un estudio realizado en Estados Unidos sobre este tema, se encontró que el “32% de las mujeres violadas se dan cuenta que se encuentran embarazadas hasta que inician el segundo trimestre del embarazo, debido en gran parte a que sólo el 24% recibe atención médica posterior a la violación”<sup>17</sup>.

Por otro lado, los requisitos establecidos o los arbitrariamente exigidos, causan o se complementan con otras dilaciones que terminan demorando el acceso real a una interrupción legal del embarazo por violación. De esta manera, cuando la dilación se prolonga, ésta puede implicar finalmente la denegación del acceso al aborto por haberse excedido el plazo establecido de las semanas de gestación

<sup>13</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. Tysiak vs. Poland. 2007.

<sup>14</sup> Bergallo, Paola y González, Ana. Interrupción legal del embarazo por la causal violación: enfoques de salud y jurídico. Agosto 2012, Bogotá. Pág. 81.

<sup>15</sup> OMS. Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Segunda edición, 2012.

<sup>16</sup> Aprobada por RM 486-2014/MINSA, 27 de junio de 2014.

<sup>17</sup> Bergallo, Paola y González, Ana. Interrupción legal del embarazo por la causal violación: enfoques de salud y jurídico. Agosto 2012, Bogotá. Pág. 94.

hasta las cuales se permite la interrupción, conforme lo han reportado, distintos estudios en la región<sup>18</sup>. Por ejemplo, en México, en los estados que han establecido un plazo para el aborto legal en casos de violación, las mujeres víctimas de violencia sexual – especialmente niñas y adolescentes – no han logrado acceder a servicios de salud reproductiva. El Grupo de Información en Reproducción Elegida - GIRE, ha documentado al menos tres casos de niñas víctimas de violencia sexual embarazadas en los estados de México e Hidalgo, donde a pesar del acompañamiento y asesoría legal de la institución, los plazos de 90 días estipulados en la legislación penal han impedido el acceso a la interrupción legal del embarazo. Por tanto, el Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado de México eliminar las barreras legales en el acceso al aborto legal, sobre todo para niñas y adolescentes en México.

### 3. Conclusiones:

- Despenalizar el aborto en casos de violación considerando los derechos humanos de las mujeres a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a vivir una vida libre de violencia, a la salud, a la privacidad y a la integridad personal establecidos en la Constitución de Perú y en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado.
- No establecer requisitos en la legislación penal, como la denuncia, autorización judicial o plazos, para el acceso a la interrupción legal del embarazo en casos de violación, pues la evidencia en varios países de América Latina demuestra que constituyen barreras de acceso para la prestación de servicios de salud reproductiva en condiciones legales, seguras y de calidad.
- Las normas del sector salud deben establecer claramente la responsabilidad funcional por el incumplimiento de los plazos o dilaciones innecesarias frente a los supuestos de aborto legal, además de considerar que ello conlleva responsabilidad internacional del Estado.
- Implementar las Recomendaciones del Comité CEDAW al Estado de Perú<sup>19</sup> para que legalice el aborto en los casos de violación, incesto o malformación fetal severa; que garantice la disponibilidad de servicios de aborto y el acceso de las mujeres a atención de calidad después de un aborto, especialmente cuando se presenten complicaciones a raíz de un aborto en condiciones de riesgo; y, elimine las medidas punitivas contra las mujeres que abortan, entre otras cosas adoptando las medidas necesarias para armonizar la Ley General de Salud y el Código de Procedimiento Penal con el derecho constitucional a la intimidad
- Considerar la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos de las mujeres, como el caso de Inés Fernández, Valentina Rosendo y los informes de la CIDH respecto de las obligaciones estatales para proteger a las mujeres víctimas de violencia sexual, que incluyen promover el acceso en condiciones de igualdad a los servicios de salud reproductiva, especialmente al aborto en condiciones seguras y de calidad.

---

<sup>18</sup> Bergallo, Paola y González, Ana. Interrupción legal del embarazo por la causal violación: enfoques de salud y jurídico. Agosto 2012, Bogotá. Pág. 140.

<sup>19</sup> U.N. Doc. CEDAW/C/PER/CO/7-8 (2014).