
EL INICIO DE LA VIDA HUMANA, SU PROTECCIÓN Y LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

María Teresa Cornejo Fava ¹

RESUMEN

Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. La persona humana adquiere la condición de sujeto de derecho desde su nacimiento.

El concebido goza de la condición de persona: se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad. El niño es sujeto de derechos, de libertades y de protección específica. Es sujeto de derecho "en todo cuanto lo favorece". El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. La atribución de derechos patrimoniales a su favor está condicionada al hecho de su nacimiento vivo.

Como niño el concebido tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción.

La expresión "*El que está por nacer*" de las Constituciones de 1979 y de 1993 permite precisar que -producida la concepción- se está ante un ser ya existente cuyo nacimiento tendrá lugar en futuro próximo perfectamente determinable, es decir ante vida humana titular de derechos, siendo el primero de ellos el relativo a la protección de su existencia, esto es de la vida de la que ya goza como ser humano.

Para el ordenamiento legal peruano los actos cometidos en agravio de un ser ya procreado constituyen delitos contra la persona: el concebido goza de la condición de persona.

PALABRAS CLAVE

Derecho fundamental a la vida. Inicio de la vida humana. Concebido. Persona humana. Niño. Sujeto de derechos, de libertades y de protección específica. Atribución de derechos personales y de derechos patrimoniales. Nacimiento vivo. Sujeto de derecho en el campo de la salud. Aborto. Tipos penales.

ABSTRACT

Everyone has the right to life; to an identity; to moral, psychological, and physical integrity. Every human person is given rights at the time of birth.

Unborn are considered persons: humans are considered children from conception to the twelfth birthday. Children enjoy rights, freedoms, and specific protection. Children are protected by law "insofar as they are favorable to them." The State protects unborn in everything that is favorable to them. Unborn may be attributed property provided that he is born alive.

As a child, an unborn has a right to life as from conception.

The expression "an unborn/ fetus" ("*El que está por nacer*") used in the 1979 and 1993 Constitutions allows to underpin that -once conception occurs- this is a being which is bound to be born in the near foreseeable future, i.e. a human life enjoying rights. One of their first rights is the right to protect his existence, in other words, his life -this means the life he is already enjoying as a human being.

In the Peruvian legal system, any action against a being that has already been procreated is considered a crime against a person: an unborn is considered a person.

KEY WORDS

Fundamental Right to Life. Beginning of human life. Unborn, Human Being. Child. Enjoy rights, freedoms, specific protection. Recognition of personal and property rights. Born alive. Enjoy rights in the field of health. Abortion. Criminal classifications.

¹ Abogada y Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial y de Doctorado de Derecho y Ciencia Política en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Experiencia en el ejercicio de la profesión y en la Docencia Universitaria en temas de Derecho de Familia - Derecho de Sucesiones - Legislación de Hidrocarburos. Integrante de Comisiones de Revisión y de Elaboración de normas vinculadas con el derecho de familia y con los derechos de niños y adolescentes.

IDEAS PRELIMINARES: TRATAMIENTO LEGISLATIVO

Respecto de la persona la Constitución Política que nos rige consagra el derecho fundamental a la vida, precisando que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar y declara -en el tema de nuestro interés- que *el concebido es sujeto de derecho "en todo cuanto lo favorece"*.

Constituye antecedente de esta declaración el segundo párrafo del numeral 1 del artículo 2 de la Constitución de 1979, norma en virtud de la cual *al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece*.

Puede, asimismo, mencionarse como antecedente de la norma constitucional de 1993 la regulación contenida en el Código Civil de 1984 que -por decir lo menos- introdujo en la materia innovaciones interesantes bajo la influencia de la Carta de 1979, vigente a la fecha de su elaboración final, de su promulgación y de su aplicación.

Con anterioridad a la vigencia de la Carta Política de 1979 no existía en el ordenamiento constitucional norma relativa al reconocimiento del concebido.

A diferencia de ello, las Constituciones de 1860 y de 1920 sí reconocieron el derecho a la vida en sus artículos 16 y 21, respectivamente. En ambas normas la vida era protegida contra toda injusta agresión, excluyéndose los casos en que la afectación de la vida provenía de razones "justas", una de las que podría ser la legítima defensa.

Cabe señalar que las Constituciones anteriores a la de 1979 no contienen referencia específica alguna a la persona humana ni definen la relación de ella con el Estado y con la sociedad, como ocurre asimismo con la familia. En efecto, las Cartas Políticas que rigieron en el Perú entre 1821 y mediados de 1979 no contienen regulación alguna relativa a los derechos fundamentales de la persona.

En la materia, esta Constitución de 1979 recogió en su texto la fórmula del artículo 3 del Código Civil de 1852 y reprodujo, asimismo, aquella consagrada por el Código Civil de 1936, vigente a la fecha de su dación y promulgación: se trata de una "reproducción parcial" toda vez que no dispuso el condicionamiento concerniente al nacimiento vivo del concebido como hecho determinante de la atribución de derechos a su favor, dispuesto por el ordenamiento civil citado.

En efecto, según se aprecia del tenor de su artículo 2, luego de declarar en la primera parte del numeral 1 del mismo que toda persona tiene los derechos a la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad, la segunda parte de este numeral 1 precisa que *"Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece"*, sin supeditar tal atribución a la circunstancia de su nacimiento vivo.

Puede decirse que, con esta norma constitucional de 1979, el Estado peruano fue el primero en reconocer al concebido la calidad de sujeto de derechos.

En virtud de este status jurídico, el no nacido se constituye en centro de imputación de derechos (aunque no de deberes) y deja de ser solo un bien constitucionalmente tutelado.

Es pertinente resaltar en el antedicho texto constitucional un hecho de interés: la referencia *"al que está por nacer"* del numeral 1 de su artículo 2 constituye expresión que permite precisar que -al haberse producido ya la concepción- se está ante un ser ya existente, cuyo nacimiento tendrá lugar en futuro próximo perfectamente determinable, es decir ante vida humana titular de derechos, siendo el primero de ellos aquel relativo a la protección de su existencia, esto es de la vida de la que ya goza como ser humano.

Bajo el imperio de la Carta Fundamental de 1979, el primer párrafo del artículo 1 del Código Civil de 1984 declara que la persona humana adquiere la condición de sujeto de derecho desde su nacimiento.

En el segundo párrafo de este mismo artículo 1 precisa, asimismo, el inicio de la vida humana con la concepción, otorgando al concebido la calidad de sujeto de derecho para todo cuanto le favorece y condicionando la atribución de derechos patrimoniales a su favor al hecho de su nacimiento vivo.

Cabe resaltar que, en concordancia con esta Carta Política o -más aún- como directa, clara y evidente consecuencia de ella, la normativa contenida en el artículo 1 del Código Civil de 1984 en vigencia consagra cuatro enunciados de importancia capital, relativos al tema de nuestro interés: (a) el

inicio de la vida humana con la concepción; (b) la condición de sujeto de derecho de la persona humana desde su nacimiento; (c) la condición de sujeto de derecho del concebido para todo cuanto le favorece, en cuanto concierne a la totalidad de derechos personales; y, (d) asimismo para todo cuanto le favorece, la atribución al concebido de derechos patrimoniales, condicionada a su nacimiento vivo.

Resulta necesario, asimismo, hacer mención de circunstancias y hechos diversos, relativos a este artículo de la normativa civil en vigencia:

(1) esta disposición es “reflejo” de la norma consagrada por el artículo 2 de la Constitución de 1979;

(2) a su vez, ella constituye antecedente directo del inciso 1 del artículo 2 de la Constitución de 1993, en sus dos enunciados, el primero de ellos relativo al derecho de toda persona a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar; y el segundo referido a la calidad de sujeto de derecho que corresponde al concebido en todo cuanto le favorece;

(3) al declarar que el concebido es sujeto de derecho para todo lo que le favorece, su tenor coincide con el texto normativo civil que le antecedió;

(4) se diferencia del mismo en cuanto consagra el hecho de que nazca vivo únicamente como condición de la atribución de derechos patrimoniales.

Es menester precisar que la protección del concebido ha

constituido desde siempre preocupación del derecho civil. Las raíces de esta preocupación se encuentran en el derecho romano: en efecto, el *nasciturus* merece tutela jurídica en razón de valorársele como ser de naturaleza humana y, además, dotado de alma, aunque -en cuanto concierne a sus derechos de índole patrimonial- no llega a ser considerado técnicamente sujeto de derecho per se, sino a partir de su nacimiento vivo.

Resulta pertinente la referencia a la normativa penal vinculada con la materia.

El Código Penal de 1863 normó los delitos de homicidio y de aborto de modo independiente. Sin perjuicio de ello, agrupó ambos tipos penales bajo el título común de “delitos contra la persona”. Este texto consideró entre estos delitos contra la persona tanto el aborto por móvil de honor como el aborto consentido por la mujer, aunque como supuestos atenuados.

De esta calificación resulta de ello indudable que -en ambos tipos penales- el concebido (sujeto pasivo, víctima, en ambos) es persona.

El Código Penal de 1924 sancionó los tipos penales de aborto propio, aborto consentido, aborto no consentido, aborto perpetrado por profesionales, aborto terapéutico y aborto preterintencional y excluyó las figuras atenuadas del Código anterior.

De los tipos penales consagrados en esta codificación y, de otro lado, de la exclusión tanto del aborto por móvil de honor como el aborto consentido por

la mujer como figuras atenuadas, resulta claro que para este Código los actos cometidos en agravio de un ser ya procreado constituyen delitos contra la persona y que, por tanto, el concebido goza de la condición de persona.

En su artículo 15 el Código Sanitario de 1969 declaró que “*Toda persona, incluso la que está por nacer, es sujeto de derecho en el campo de la salud*”.

Precisando este enunciado, los artículos 17, 18 y 19 del mismo texto normativo declararon -respectivamente- que “*Con la concepción comienza la vida humana y nace el derecho a la salud. El cuidado de la salud durante la gestación comprende: a la madre y al concebido*”; “*El que está por nacer tiene derecho al cuidado de su salud*” así como que “*El proceso de la gestación debe concluir con el nacimiento, salvo hecho inevitable de la naturaleza o peligro para la salud y la vida de la madre*”.

Este mismo Código reiteró, en su artículo 20, la represión del aborto dispuesta por la ley penal. En su artículo 21 limitó el denominado aborto terapéutico disponiendo que éste “*... solo es permitido cuando es practicado por un médico con consentimiento de la mujer encinta y con la opinión previa de dos médicos que tratarán el caso en consulta, si no hubiere otro medio de salvar la vida de la madre o de evitar en su salud un mal grave y permanente*”.

En sus artículos 22 y 23 este Código Sanitario de 1969 prohibió el aborto terapéutico basado en consideraciones de orden mo-

ral, social o económico así como el aborto practicado como medio de control de la natalidad.

En armonía con la Constitución de 1979 y con el Código Civil de 1984, la Ley de Política Nacional de Población garantiza el derecho de la persona humana a la vida y declara que el concebido es sujeto de derecho desde la concepción.

La Ley General de Salud - Ley 26842 dispone en el artículo III de su Título Preliminar que el concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud.

Las normas del Código Penal vigente sancionan el homicidio simple y el parricidio con pena privativa de libertad en tanto que reprimen, respectivamente, el autoaborto y el aborto consentido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

La Exposición de Motivos de este Código resalta la protección del derecho a la vida del ser en formación con la tipificación como delitos, tanto del aborto sentimental (o ético) como del aborto eugenésico, como se aprecia del texto contenido en aquella, que se reproduce a continuación: *“La Parte Especial del nuevo Código Penal contiene nuevos tipos legales así como innovaciones de carácter técnico-jurídico en las figuras tradicionales, en relación al de 1924. Con la finalidad de determinar materialmente y ordenar los tipos legales, se ha tenido como criterio sistematizador al bien jurídico: 1. En este orden de ideas, dentro del Título de los Delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, (...) el Có-*

digo Penal prevé como delitos el aborto sentimental (o ético) y el eugenésico. De esta manera se protege el derecho a la vida del ser en formación, amparado constitucionalmente (artículo 2º inc. 1) pues al que está por nacer se le considera nacido para todo cuando le favorece.”

En efecto, al regular en el Título I de su Libro Segundo - Parte Especial los Delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud y al tratar del aborto en el Capítulo II de este Título I, el Código Penal en vigencia sanciona los tipos de: (a) auto aborto; (b) aborto consentido; (c) aborto sin consentimiento; (d) agravación de la pena en el aborto sin consentimiento si sobreviene la muerte de la mujer y si el agente pudo prever este resultado; (d) agravación de la pena por la calidad del sujeto: el médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia o arte para causar el aborto, será reprimido con la pena prevista por los artículos 115 y 116 y con la inhabilitación dispuesta en los incisos 4 y 8 del artículo 36 de este mismo Código; (e) aborto preterintencional; (f) aborto terapéutico; y, (g) aborto sentimental y eugenésico.

En el mismo orden de ideas de protección de la vida del concebido el Código Penal sanciona con pena privativa de libertad tanto los daños al concebido (en su cuerpo y en su salud) como el infanticidio.

PROPUESTA PARA LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

Resulta lamentable, por decir lo menos, la propuesta de despenalización del aborto practicado

en los supuestos de embarazos producidos a consecuencia de violación sexual de la mujer; de embarazos que ponen en peligro a la mujer gestante en su vida o en su salud; y de embarazos en los que el concebido adolece de malformaciones genéticas.

Tal despenalización traería consigo la admisión de conductas jurídicamente ilícitas, que -carentes de toda sanción- resultarían consagrando la impunidad de quienes incurran en ellas.

En la primera situación prevista en la propuesta, su concreción en norma significaría propiciar la comisión de un nuevo delito: en efecto, al delito de violación sexual de la mujer se sumaría el delito de homicidio, en razón que el aborto así practicado consiste en la privación de la vida a un ser ya existente.

En cuanto concierne a las situaciones de peligro de la vida o de la salud de la mujer gestante o de malformaciones genéticas del concebido, tal normativa propiciaría, asimismo, la comisión de delito contra la vida.

Esta propuesta significa la consagración por el ordenamiento penal de la impunidad de un homicidio, con la circunstancia agravante -en la totalidad de los supuestos contenidos en ella- de tratarse de homicidio cometido en agravio del concebido, ser ya existente, inocente e indefenso.

En efecto, en la totalidad de supuestos previstos esta privación de vida y la ausencia de sanción resultaría agravada por una doble circunstancia, la inocencia y la indefensión de la víctima.

Más aún, la despenalización del aborto ocasionaría discordancia en el ordenamiento legal.

Situación de graves consecuencias: (a) por el hecho mismo de la incongruencia resultante de la consagración de la protección

de la vida humana como derecho fundamental por la legislación vigente y, no obstante ello, de la exclusión de penalización de la privación de la misma en los supuestos enunciados en la propuesta que así lo enuncia; (b) por el absoluto desampa-

ro en que resultaría sumida la vida humana al disponerse, en el ámbito de la legislación penal, que la privación de ella en las situaciones contenidas en tal propuesta no constituye ni ilícito penal ni, por tanto, conducta penalizada.