



YVAN QUISPE APAZA

*“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia”*

El Congresista que suscribe, miembro del Grupo Parlamentario Frente Amplio por la Justicia, Vida y Libertad, **Yván Quispe Apaza**, en ejercicio de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y conforme lo establecen los artículos 74, 75 y 76 del Reglamento del Congreso, proponen el siguiente proyecto de ley.

PROYECTO DE LEY QUE RECONOCE EL DERECHO A LA MATERNIDAD LIBREMENTE DECIDIDA

Artículo 1. Objeto.

La presente ley tiene por objeto regular el derecho a la maternidad libremente decidida, la interrupción voluntaria del embarazo y la atención sanitaria pre y post aborto en los servicios del sistema de salud.

Artículo 2. El derecho a la maternidad libremente decidida.

El Estado reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida. Para el cumplimiento de la presente ley el Gobierno aprobará la Estrategia Nacional de Salud Sexual y Reproductiva, que contará con la participación de los colegios profesionales y las organizaciones de sociedad civil.

Artículo 3. La interrupción voluntaria del embarazo.

Las mujeres tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción del embarazo hasta la semana catorce de gestación.

Pasado el plazo de catorce semanas la mujer embarazada sólo podrá decidir la interrupción del embarazo si:

- a. El embarazo es resultado de una violación. En este caso se requiere presentar copia de la denuncia policial o la declaración jurada en los casos en que no haya o no sea posible acceder a una Comisaría. En estos casos se aplican las reglas establecidas en el artículo 6.
- b. La vida de la gestante o su salud integral estuviere en peligro.

Artículo 4. Principios de la atención sanitaria pre y post aborto.

La atención sanitaria pre y post aborto se rige por los siguientes principios:

- a. **Principio de no discriminación.** - Por el cual el Estado garantiza que todas las mujeres sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición social como la discapacidad, la edad, el estado civil y la situación familiar, la orientación sexual y la identidad de género, el estado de salud, el lugar de residencia, o la situación económica y social el acceso a las prestaciones y servicios sanitarios pre y post aborto previstos en la presente ley.
- b. **Principio de respeto de los derechos fundamentales en el ámbito de la salud reproductiva.** - En el acceso a las prestaciones y servicios sanitarios pre y post aborto se garantiza a todas las mujeres los derechos de autonomía personal, información, intimidad y privacidad.
- c. **Principio de prestación adecuada.** - Por el cual el Estado garantiza que los servicios, bienes e instalaciones pre y post aborto son disponibles, accesibles, aceptables y de buena calidad para todas las mujeres.

Artículo 5. Consentimiento informado.

Previo a la interrupción voluntaria del embarazo se requiere que la gestante exprese por escrito, o cualquier otro medio, su consentimiento informado de interrumpir el embarazo. Ninguna mujer puede ser sustituida en el ejercicio de este derecho.

Artículo 6. La interrupción del embarazo de mujeres menores de edad.

Para la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres menores de edad se aplicarán las siguientes reglas:

- a. Las mujeres de dieciséis (16) a diecisiete (17) años de edad tienen plena capacidad para prestar su consentimiento.
- b. Las mujeres de quince (15) a catorce (14) años tienen plena capacidad de prestar su consentimiento si están en posesión de suficiente madurez, caso contrario el consentimiento será otorgado por su representante legal.
- c. Las mujeres de trece (13) años a menos edad el consentimiento es otorgado por su representante legal.

Artículo 7. El consentimiento informado de las mujeres con discapacidad.

Las mujeres con discapacidad expresan su consentimiento libre e informado para interrumpir el embarazo. Todo el personal médico y sanitario está obligado a velar por que se efectúe la consulta apropiada directamente con la mujer con discapacidad. También garantizan, en la medida de sus posibilidades, que los asistentes o personas encargadas de prestar apoyo no sustituyan a las personas con discapacidad en sus decisiones ni tengan una influencia indebida sobre ellas.

En caso de discapacidad absoluta de la mujer embarazada, el consentimiento es otorgado por el representante legal.

Artículo 8. Educación sexual y reproductiva.

El Estado garantiza la educación sexual y reproductiva, escolarizados o no. Asegura que sea apropiada a la edad de sus destinatarios, amplia, incluyente, basada en evidencias científicas y en normas de derechos humanos y diseñada con la colaboración de la sociedad civil.

El Estado en la elaboración e implementación de la enseñanza de la educación sexual y reproductiva tiene en cuenta la igualdad de género, la diversidad sexual, los derechos en materia de salud sexual y reproductiva, la paternidad y el comportamiento sexual responsables, así como a la prevención de la violencia, los embarazos precoces y las enfermedades de transmisión sexual. Además, estará disponible en formatos alternativos para garantizar la accesibilidad a todos los adolescentes, especialmente a los que presentan discapacidad.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA. Reglamentación

El reglamento de la presente Ley se expide por el Poder Ejecutivo en un plazo no mayor a noventa días calendario desde su entrada en vigencia. Para tal efecto, se convoca a una comisión conformada por el Ministerio de Salud, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y las representantes de las organizaciones de mujeres de sociedad civil.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

ÚNICA. Modificación del Artículo 1 del Decreto Legislativo 295, Código Civil
Modificase el Artículo 1 del Código Civil en los siguientes términos:

Sujeto de Derecho

Artículo 1º.- [...]

La vida humana comienza a partir de la decisión de la mujer de llevar a término su embarazo. [...].

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICA. Derogación de los artículos 114, 115, 117, 119 y 120 del Código Penal
Derogase los artículos 114, 115, 117, 119 y 120 del Código Penal.

Lima, 08 de febrero de 2021



Firmado digitalmente por:
BAZAN VILLANUEVA Lenin
Femando FIR 41419208 hard
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 02/03/2021 11:08:56-0500



Firmado digitalmente por:
QUISPE APAZA Yvan FAU
20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 26/02/2021 13:12:38-0500



Firmado digitalmente por:
QUISPE APAZA Yvan FAU
20161749126 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 26/02/2021 13:12:57-0500



Firmado digitalmente por:
CHECCO CHAUCA Lenin
Abraham FAU 20161749126 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 02/03/2021 16:46:03-0500



Firmado digitalmente por:
MONTROYA GUIMN ABSALON
FIR 09448228 hard
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 02/03/2021 17:44:58-0500



Firmado digitalmente por:
ANCALLE GUTIERREZ Jose
Luis FAU 20161749126 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 07/03/2021 10:11:50-0500



Firmado digitalmente por:
SILVA SANTISTEBAN
MANRIQUE Rocio Yolanda Angelica
FIR 07822730 hard
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 07/03/2021 18:25:37-0500

✓ CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, ...10...de...MARZO...del 2021...

Según la consulta realizada, de conformidad con el
Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la
República: pase la Proposición N° 7298 para su
estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de
CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTOS Y
JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS



.....
YON JAVIER PÉREZ PAREDES
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

A continuación, expondremos los fundamentos e implicancias de la presente proposición de ley.

I. IMPORTANCIA DE LA PROPOSICIÓN LEGISLATIVA.

La importancia de la presente proposición legislativa radica en lo siguiente:

1. Concreta el principio la igualdad y no discriminación entendida como valoración las diferencias.
2. A partir de esta concreción, se reconoce a todas las mujeres derechos fundamentales específicos como el derecho a la maternidad libremente decidida y su derecho a interrumpir el embarazo.
3. Coadyuva a que la sociedad peruana y en particular las mujeres, alcancen mayores niveles de libertad.
4. Contribuye a fortalecer el modelo de convivencia democrático al reconocer derechos que son específicos de las mujeres.

II. LA REALIDAD CONSTITUCIONAL

2.1. La situación social.

De acuerdo con PROMSEX¹ el 19% de mujeres de entre 18 y 49 años han realizado un aborto; es decir, alrededor de 450 mil mujeres han abortado en el Perú².

¹ PROMSEX, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, *El aborto en cifras: Encuesta a mujeres en el Perú, 2018*, <https://promsex.org/wp-content/uploads/2019/02/EncuestaAbortoDiptico.pdf> (Visitado por última vez el 04 de febrero de 2021).

² CHLIMPER CELIS, Yoel, REHDER NORMAND, Diego, *El costo de abortar: estudio de caso de la Maternidad de Lima*, Universidad del Pacífico - PROMSEX, Lima, 2013, p. 6.

Asimismo, se constata que la «práctica del aborto es transversal a todos los niveles socioeconómicos»³.

Del total de mujeres que abortaron el 58% acudió a un profesional de la salud para interrumpir el embarazo. Y el 42% de las mujeres no precisa como realizó la interrupción del embarazo⁴. Además, el documento de PROMSEX pone en evidencia que casi la mitad de las mujeres que acudieron a un profesional de la salud y que utilizaron el método de intervención quirúrgica tuvieron que ser hospitalizadas y casi el 20% de las mujeres que acudieron a un profesional de la salud y que utilizaron pastillas para interrumpir el embarazo tuvieron que ser hospitalizadas⁵.

De lo expresado en el párrafo anterior podemos deducir que muchísimos de «de estos embarazos terminan en abortos practicados por personas sin la debida formación profesional y en condiciones sanitarias inadecuadas, ya que los servicios médicos especializados son escasos y costosos»⁶, además el aborto es ilegal en el Perú» y que «la mayor cantidad de mujeres que reportaron un aborto fueron de los estratos económicos medios y bajos»⁷.

Por otra parte, tenemos que el costo del aborto promedio que debe desembolsar una mujer es de 1489 soles⁸.

Motivo	Promedio (S/.)	Porcentaje del total
Costo por aborto inducido	500.00	33.56%
Desembolso post-aborto	375.41	25.20%
Costo de oportunidad	82.76	5.56%
Carga de enfermedad	531.54	35.68%
Total post-aborto	989.71	66.44%
Total	1489.71	100.00%

Fuente: CHLIMPER CELIS, Yoel, REHDER NORMAND, Diego

³ PROMSEX, Op. cit., p. 4.

⁴ Loc. cit.

⁵ Loc. cit.

⁶ INEI, Perú Encuesta Demográfica y de Salud Familiar- ENDES 2019, p. 100; https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Endes2019/ (Visitado por última vez el 04 de febrero de 2021).

⁷ PROMSEX, Op. cit., p. 4.

⁸ CHLIMPER CELIS, Yoel, REHDER NORMAND, Diego, Op. cit., p. 17.

A su vez, las mujeres de menos recursos terminan pagando hasta un 45% más que las mujeres de mayores ingresos⁹; con lo cual se agudiza la desigualdad estructural de las mujeres más pobres.

Rango de ingreso familiar mensual (S/.)	Gasto promedio post-aborto
0 - 500	477.95
500 - 1000	367.17
1000 - 1500	337.82
1500 - 2000	240.06
2000 - más	260.56

Fuente: CHLIMPER CELIS, Yoel, REHDER NORMAND, Diego

Igualmente, el aborto se ha convertido en un problema de salud pública¹⁰ por las malas condiciones en que se práctica; por el número de mujeres que fallecen a consecuencia del mismo, se estima que fallecen mil mujeres por cada cien mil abortos; es decir, fallecen al año aproximadamente más de tres mil mujeres por practicarse un aborto inseguro. A esto hay que mencionar las complicaciones de salud que sufrirán las mujeres a lo largo de su vida por practicarse un aborto inseguro, las repercusiones en la familia y la sociedad¹¹.

2.2. El aborto en el Código penal vigente

Ahora bien, desde la perspectiva jurídica tenemos que la actual regulación penal del aborto resulta contraria a la Constitución Política del Perú, ya que una de las manifestaciones del principio de igualdad y no discriminación es la igualdad como valoración de las diferencias. Esta manifestación del principio de igualdad y no discriminación es el fundamento constitucional para el reconocimiento de derechos fundamentales específicos de las mujeres. Teniendo en cuenta esto, la penalización del aborto regulado en el Código Penal – artículos 114, 115, 117, 119 y 120 – no tiene encaje constitucional.

También señalar que el «tratamiento del aborto desde el Derecho Penal también responde a una perspectiva androcéntrica, que ha determinado a lo largo del tiempo conductas prohibidas por la ley, sin considerar las necesidades y libertades de las mujeres. Detrás de esta prohibición, subyacen estereotipos de género, como apunta Rebecca Cook y Simone Cusack (2009, pág. 29). Entre estos se encuentran los

⁹ Op. cit., p. 18.

¹⁰ TÁVARA, Luis, «El aborto como problema de salud pública en el Perú», en *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, Vol. 47, N° 4, octubre – diciembre, 2001, p. 253,

¹¹ TÁVARA, Luis, Op. cit., p. 254.

estereotipos de roles sexuales, que imponen a las mujeres la maternidad como un destino que deben asumir sin importar el origen de la gestación o si ésta no fue planificada por ausencia de información o acceso a servicios de planificación familiar, realidad que suele ser común en países como el Perú, donde no se garantiza plenamente el acceso a los métodos anticonceptivos ni la implementación de la educación sexual integra»¹².

Finalmente, indicar que la penalización del aborto «no hace sino imponer a lo mujer un sufrimiento adicional e injustificado, pues el hecho de tener que culminar un embarazo que no desea, se agrega el que tengo que asumir una maternidad que deviene la mayoría de veces en forzado»¹³.

III. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la autonomía reproductiva de las mujeres. La Corte ha señalado que

El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho «a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos»¹⁴.

IV. LA PERSONA HUMANA.

¹² SOLÍS PEÑA, Victoria, «Crítica feminista a la penalización del aborto en casos de violación sexual: una mirada interseccional a propósito del embarazo infantil» en *Revista IUS ET VERITAS* N° 59, noviembre 2019, p. 228, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/22498/21713> (Visitado por última vez el 04 de febrero de 2021).

¹³ ROMERO BIDEGARAY, Inés, *El aborto clandestino en el Perú. Una aproximación desde los derechos humanos*, Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, Lima, 2002, p.18.

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Artivia y otros vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, párr. 146; http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (Visitado por última vez 04 de febrero de 2021).

El reconocimiento de los derechos reproductivos de las mujeres nos conduce a un asunto crucial, el cual consiste en determinar que se entiende por «persona» en la actual Constitución y cuál es el status constitucional del concebido.

4.1. «Toda persona tiene derecho...»¹⁵

El enunciado normativo contenido en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, inicia con el sintagma que preside el presente capítulo. De dicha frase interesa determinar el significado de la palabra «persona».

De acuerdo con el texto de la Constitución, encontramos al menos treinta enunciados jurídicos que hacen referencia a la «persona humana». (Const., 1993, art 1; art.2; art. 2, 7; art. 2, 9; art. 2, 24, e; art. 2, 24, g; art. 2, 24, h; art. 6; art. 7; 1993, art. 10; art. 13; art. 22; art. 32; art. 45; art. 71; art. 74; art. 103; art. 139, 3; art. 139, 14; art. 139, 15; art. 139, 16; art. 139, 20; art. 149; art. 162; art. 163; art. 166; art. 176; art. 200, 1; art. 200, 2; art. 200, 3).

En cuanto a expresiones que remiten a la idea de persona humana, tenemos que en ocho oportunidades utiliza el cuantificador universal *todos* (Const., 1993, art. 6; Const., 1993, art. 7; Const., 1993, art. 38; Const., 1993, art. 39; Const., 1993, art. 86; Const., 1993, art. 128 y Const., 1993, art. 139, 16) En nueve artículos menciona la palabra *ciudadanos* (Const., 1993, art. 2, 17; Const., 1993, art. 30; Const., 1993, art. 31; Const., 1993, art. 35; Const., 1993, art. 107; Const., 1993, art. 176; Const., 1993, art. 180; Const., 1993, art. 203, 5; Const., 1993, art. 206). En tres artículos utiliza la expresión *extranjeros* (Const., 1993, art. 2, 19; Const., 1993, art. 63; Const., 1993, art. 71). Y en una ocasión utiliza la palabra *agentes diplomáticos* (Const., 1993, art. 118, 13).

Antes de continuar, cabe recordar que desde la época de los romanos se consideraba que para ser reconocido como persona física debían cumplirse tres requisitos: nacimiento efectivo, forma humana y nacer con vida¹⁶. Es decir; la relación entre persona y vida ha sido establecida desde los inicios del derecho a través del derecho romano.

De la relación mencionada podemos hacer al menos dos constataciones. Una primera, que la Constitución no define que debemos entender por «persona». Esta, tal vez, sea tarea de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte

¹⁵ Seguimos en esta parte a Pachas Serrano, Miguel, «Yo nací libre, y para poder vivir libre, escogí...» en *Ius Inkarrí*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Ricardo Palma, 8, Año 8, Enero, 2019, pp. 279 – 303.

¹⁶ IGLESIAS, Juan, (1958), «DERECHO ROMANO. Instituciones de derecho privado» Tercera Edición, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958, pp. 91 y 92.

Interamericana de Derechos Humanos. Y la segunda, consiste en que la noción de persona se refiere a toda mujer u hombre que existe realmente o que tiene existencia como ser autónomo. Así la Constitución expresa, por ejemplo, que «Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad» o «La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.» o «Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad» (Const., 1993, art. 24, e, g, h).

Ésta segunda constatación también es predicable de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Así tenemos que la Observación General N° 6, Derecho a la vida, señala, por ejemplo, que

Los Estados Partes deben también tomar medidas concretas y eficaces para evitar la desaparición de individuos, algo que desgraciadamente se ha hecho demasiado frecuente y desemboca demasiadas veces en una privación arbitraria de la vida. Más aún, los Estados deben establecer servicios y procedimientos eficaces para investigar a fondo los casos de personas desaparecidas en circunstancias que puedan implicar una violación del derecho a la vida¹⁷.

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve la relación entre persona humana y vida al indicar que en la Constitución Política

la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos¹⁸.

Y sobre el derecho a la vida, el Tribunal Constitucional ha expresado que el derecho a la vida que “Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su

¹⁷ ONU, Observación General N° 6, Derecho a la vida (Artículo 6, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), párr. 4, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6630&Lang=en (Visitado por última vez 04 de febrero de 2021).

¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP N° 2016-2004.AA/TC, José Luis Correa Condori vs Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Fj. 26; <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.html> (Visitado por última vez 04 de febrero de 2021).

dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos.” [STC N° 01535-2006-PA, fundamento 83).

Dado que el derecho a la vida no se agota en el derecho a la existencia físico-biológica, a nivel doctrinario y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo encontramos definido también desde una perspectiva material. Así, se ha dicho que “actualmente, la noción de Estado social y democrático de Derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad.” [STC N.° 01535-2006-PA, fundamento 82]¹⁹.

Como conclusión preliminar señalar que la Constitución establece que sólo se es persona si tenemos vida o existencia autónoma; sólo así podemos gozar y ejercer el derecho fundamental a la vida (Const., 1993, art. 2, 1) al igual que los demás derechos fundamentales. Dicho de otra manera, para la Constitución el *nasciturus* o la vida prenatal o el concebido no son personas por lo que no son titulares de derechos fundamentales.

4.2. Un argumento de autoridad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que de la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión²⁰.

¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP N° 2005-2009-PA/TC, ONG Acción de Lucha Anticorrupción vs Ministerio de Salud, Fj. 9 y 10; <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html> (Visitado por última vez 04 de febrero de 2021).

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Artivia y otros vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, párr. 223; http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (Visitado por última vez 04 de febrero de 2021).

Y más adelante la Corte reitera que

ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona²¹.

4.3. «... en todo cuanto le favorece».

Del inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, podemos extraer, al menos, dos enunciados normativos (EN).

El EN₁: «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 el EN₂: «El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece».

Para la presente argumentación nos interesa el enunciado normativo EN₂ y del cual se deduce que el concebido no es persona.

V. FINES CONSTITUCIONALES QUE SE PRETENDE GARANTIZAR.

Los fines constitucionales que se pretende garantizar con la presente proposición de ley son la libertad constitucional, la igualdad y no discriminación constitucional, la solidaridad constitucional, la Dignidad de la persona humana, el principio democrático y el principio de laicidad del Estado.

5.1. La libertad constitucional.

La libertad constitucional contiene dos significados. Una, la libertad negativa; en el sentido que una persona será considerada «como libre en la medida que su conducta *no* encuentra impedimentos y *no* sufre constricciones»²². Expresión de ésta son las libertades individuales reguladas en la Constitución (Const., 1993, art. 2). La otra, la libertad positiva; en el sentido de que una persona será considerada

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Op. cit., párr. 256.

²² BOVERO, Michelangelo, «Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores», (Traducción de Lorenzo Córdova Vianello), Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 78.

libre en la «medida en que reconocemos que puede tomar decisiones por sí misma, que es capaz de querer, de determinar su propia voluntad en un sentido o en el otro, de escoger»²³. Para la presente exposición de motivos nos centraremos en ésta última, también llamada autonomía.

El que nuestra Constitución se inscriba en la tradición liberal democrática presupone entender al ser humano como individuo racional e independiente²⁴. Racional en el sentido de que sus creencias «son contrastables racionalmente»²⁵. E independiente entendido como que la pauta de valoración autocritica se basan en argumentos y evidencias examinados y consentidos racionalmente y no por la voluntad de terceros²⁶.

Pues bien, cuando este individuo actúa de modo racional e independiente decimos que actúa con autonomía personal. Esto significa que «todos los individuos pueden elaborar libremente sus planes de vida, que pueden ser dueños de su destino, que este no puede quedar en manos de instancias extrañas a los citados individuos»²⁷.

Ahora bien, el ejercicio de la autonomía personal se hace en el marco de lo que está permitido por el ordenamiento jurídico; es decir, «de hacer lo que se debe, por tanto, o al menos aquello que se puede hacer según las propias leyes»²⁸. Y en nuestro caso, se trata de saber si la Constitución Política del Perú de 1993 reconoce a las mujeres la libertad o autonomía reproductiva.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha expresado que las mujeres tienen autonomía reproductiva, al afirmar que

Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir cómo ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la

²³ BOVERO, Michelangelo, (2002), Op. cit., p. 79.

²⁴ ALVAREZ, Silvina, «La autonomía personal», en la obra colectiva Elías Díaz y José Luis Colomer (eds.) *Estado, justicia, derechos*, Filosofía y pensamiento, Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 153 y ss.

²⁵ LAPORTA, Francisco J. (2007) «El imperio de la ley. Una visión actual», Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 26.

²⁶ LAPORTA, Francisco J. Op. cit., p. 26.

²⁷ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, «AUTONOMÍA, DIGNIDAD Y CIUDADANÍA. Una teoría de los derechos humanos», Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 373.

²⁸ BARBERIS, Mauro, «ÉTICA PARA JURISTAS» (Traducción de Álvaro Núñez Vaquero), Editorial Trotta. Madrid, 2008, p. 92.

reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez]. En consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo²⁹.

Concordando la Constitución Política del Perú (Const., 1993, Cuarta Disposición Final) con la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer – CEDAW, tenemos que el enunciado jurídico contenido en el artículo 16, reconoce la libertad o autonomía reproductiva de las mujeres. Dicho texto jurídico establece que los Estados partes deben garantizar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los «mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos y de tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos»³⁰.

Cabe indicar que el Comité de la CEDAW precisó que la autonomía reproductiva corresponde únicamente a las mujeres y que lo deseable o lo preferible respecto de la decisión de tener hijos es que se adopte «en consulta con el cónyuge o el compañero, no debe, sin embargo, estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno» (ONU; HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. II); párr.22). Además, precisa que el gobierno - el Estado – no puede obligar a las mujeres a ser madres.

También, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la autonomía reproductiva de las mujeres. La Corte ha señalado que

El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho «a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos»³¹.

²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP N° 2005-2009-PA/TC, ONG Acción de Lucha Anticorrupción vs Ministerio de Salud, Fj. 6; <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html> (Visitado por última vez 04 de febrero de 2021).

³⁰ ONU, CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER, Ratificado por el Estado peruano en 1982, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx> (Visitado por última vez 04 de febrero de 2021).

³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Artivia y otros vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, párr. 146; http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (Visitado por última vez 04 de febrero de 2021).

Para finalizar, podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico constitucional contiene la siguiente norma jurídica constitucional – **NJC**₁:

NJC₁: Todas las mujeres tienen derecho «a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos y de tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos» (ONU, CEDAW, art.16.e).

5.2. La igualdad y no discriminación constitucional.

En principio indicar que todas las personas humanas son iguales en dignidad (DU, art. 1; CERD, segundo párrafo del preámbulo, Ratificado por el Perú el 29 de septiembre de 1971; CEDAW, segundo párrafo del preámbulo, Ratificado por el Perú el 13 de septiembre de 1982); esto significa que somos igualmente dignos en las semejanzas e igualmente dignos en las diferencias.

Dicho de otra manera, el reconocimiento y protección de las diferencias son necesarias a fin de garantizar la igualdad constitucional; es decir, que se valora la «igual dignidad» de las diferencias y, a la vez, en la garantía de su efectividad»³².

De aquí se desprende que la igualdad constitucional presenta varias dimensiones, tales como la igualdad formal, la igualdad material y la igualdad en derechos. A su vez, la primera es la igualdad ante la ley que se puede concretar en igualdad como generalización, igualdad procesal o de igualdad de procedimiento e igualdad de trato que tiene dos manifestaciones, la igualdad de trato formal como equiparación y la igualdad de trato formal como diferenciación. La segunda, se expresa como igualdad de trato material como equiparación y como igualdad de trato material como diferenciación. Y la tercera, como igualdad en la ley e igualdad en los derechos³³.

Respecto de la igualdad como diferenciación, el Tribunal Constitucional ha expresado que el derecho a la igualdad

no garantiza que todos seamos tratados igual siempre y en todos los casos. Puesto que la igualdad presupone el trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es, hemos afirmado que su programa normativo admite la realización de tratos diferenciados.

³² Véase: FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil», (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 76 y FERRAJOLI, Luigi, «Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia» 1. Teoría del derecho (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel), Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 748.

³³ AÑON, María y GARCÍA, José (2004), «LECCIONES DE DERECHOS SOCIALES» 2ª edición, Valencia: tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 117 – 121.

Este último no puede confundirse con el trato discriminatorio. La cuestión de cuál sea la línea de frontera entre una diferenciación constitucionalmente admisible y una discriminación inválida fue expuesta en la STC 0045-2004-PI/TC. Allí dejamos entrever que el trato diferenciado dejaba de constituir una distinción constitucionalmente permitida cuando esta carecía de justificación en los términos que demanda el principio de proporcionalidad [F.J. 31 *in fine*]. Desde esta perspectiva, pues, el trato diferenciado deviene en trato discriminatorio y es, por tanto, incompatible con el contenido constitucionalmente protegido del derecho de igualdad, siempre que éste no satisfaga las exigencias derivadas de cada uno de los subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad³⁴.

Ahora bien, una diferencia relevante entre las personas humanas es el sexo³⁵. Esto significa que, respecto de las mujeres, la diferencia sexual se expresa en la capacidad de éstas de generar vida y que en términos jurídicos se corresponde con la libertad o autonomía reproductiva, reconocida por nuestro ordenamiento jurídico como hemos tenido oportunidad de señalarlo en el capítulo precedente. Y esto es así, debido a que son las mujeres las únicas que tienen la «potencia natural inherente»³⁶ de reproducir a la especie humana. Es por ello que el derecho a la maternidad libre y voluntaria es un derecho fundamental específico de las mujeres³⁷.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el principio de igualdad y no discriminación

pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico³⁸. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen

³⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP N° 019-2010.PI/TC, Colegio de Abogados Lima Norte vs Congreso de la República, Fj. 8; <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00019-2010-AI.html> (Visitado por última vez 04 de febrero de 2021).

³⁵ Véase: FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil», (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 2001 y AÑON, María, «IGUALDAD, Diferencias y Desigualdades», Distribuciones Fontamara, México, 2001.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil», (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 84 y 85.

³⁷ Loc. cit.

³⁸ El subrayado es nuestro.

nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición³⁹.

Respecto a la no discriminación, la Observación General N° 20 que desarrolla el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que la misma alude a

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los **motivos prohibidos de discriminación** y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, **goce o ejercicio**⁴⁰, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto⁴¹.

Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos Humanos» (CIDH, Caso Átala Riffo, Fj. 120) por lo que un «derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como [condición de mujer] la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención⁴².

Podemos arribar a la conclusión que nuestro ordenamiento constitucional reconoce la igualdad y no discriminación y, en particular, la igualdad como protección de las diferencias. Por ello, podemos afirmar que ordenamiento jurídico constitucional contiene la siguiente norma jurídica constitucional – **NJC₂**:

NJC₂: La Constitución Política del Perú de 1993 reconoce derechos específicos a las mujeres a partir de la

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados, párr. 101; http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf (Visitado por última vez 04 de febrero de 2021).

⁴⁰ Cursivas y negritas son nuestras.

⁴¹ ONU, Observación General N° 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (Artículo 2, párrafo 2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 7; http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f20&Lang=en (Visitado por última vez 04 de febrero de 2021).

⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Átala Riffo y niñas vs. Chile, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Fj. 93; http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf (Visitado por última vez 04 de febrero de 2021).

regulación de la igualdad como valoración de las diferencias.

5.3. El principio de solidaridad constitucional.

La solidaridad como valor o principio derecho tiene carácter relacional e incide en la libertad e igualdad⁴³ antes mencionados. «El punto de partida de la solidaridad es el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y los demás. El objetivo político es la creación de una sociedad en la que todos se consideren miembros de la misma [...] en la que todos puedan realizar su vocación moral, como seres autónomos y libres»⁴⁴.

En este sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que

Es indubitable que en cualquier forma de vida comunitaria se hace necesario que esta se instaure y organice en relación con un fin compartido y cuyos logros, de alguna manera, alcancen a todos los que la conforman.

[...].

La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo, sino consustancial⁴⁵.

Pues bien, este nexo ético del que habla el Tribunal Constitucional se quiebra cuando en la sociedad se presentan situaciones de no reconocimiento o reconocimiento parcial de derechos fundamentales como el derecho a la maternidad libremente decidida o el derecho a decidir la interrupción de los embarazos.

Para concluir, podemos arribar a la conclusión que nuestro ordenamiento constitucional impone a los poderes públicos – entre ellos al Congreso de la República – el deber de protección de los derechos fundamentales de todas las personas. Es decir, nuestro ordenamiento jurídico constitucional contiene la siguiente norma jurídica constitucional – **NJC**₃:

NJC₃: Todos los poderes públicos tienen el deber constitucional de proteger los derechos fundamentales de todas las personas.

⁴³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, «Lecciones de Derechos Fundamentales», Editorial DYKINSON, Madrid, 2004, p 173.

⁴⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Op. cit., p 178.

⁴⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP N° 2016-2004-AA/TC, José Luis Correa Condori vs Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Fj. 15; <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.html> (Visitado por última vez 04 de febrero de 2021).

5.4. La Dignidad de la persona humana.

Existe acuerdo en que la idea de Dignidad humana sugiere que hay en la existencia de todo ser humano «algo que podemos y debemos considerar inviolable, y que limita el ámbito del discurso moral admisible»⁴⁶. También, en que la Dignidad es un valor absoluto en el sentido de que ésta y los bienes en que se concretan no tienen precio ni corresponde comercio alguno de los mismos⁴⁷.

Y es en esta perspectiva que el Tribunal Constitucional ha señalado que

De este reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho constitucional e internacional, se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto, sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como “(...) un *mínimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover [STC N. ° 0010-2002-AI, Caso Marcelino Tineo Silva].

De allí que, la dignidad sea caracterizada por la posición preferente que ocupa en el ordenamiento jurídico, y por la individualización respecto del rol de fundamento, fin y límite que a la misma le corresponde cumplir frente a la existencia de todos los derechos fundamentales⁴⁸.

Me interesa señalar, en primer lugar, que la mejor manera de considerar la Dignidad es reconociendo, a todas las personas, la titularidad de derechos fundamentales - tanto los derechos fundamentales de todos como los derechos fundamentales específicos de las mujeres, por ejemplo - así como el efectivo ejercicio de los mismos⁴⁹. Es decir, y tal como se puede deducir de la sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada, existe una correlación entre los derechos fundamentales - tanto de todos como los específicos de las mujeres - y la Dignidad de la persona humana.

Y, en segundo lugar, que el principio de dignidad de la persona humana opera como un límite al poder Estatal; es decir, el Estado no podrá, de modo arbitrario, legislar que determinadas personas no podrán ejercer ciertos derechos. Hacerlo significaría

⁴⁶ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, «AUTONOMÍA, DIGNIDAD Y CIUDADANÍA. Una teoría de los derechos humanos», Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 417.

⁴⁷ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, Op. cit., p. 433.

⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP N° 2273-2005-PHC/TC, Karen Mañuca Quiroz Cabañillas vs. Sala Penal Superior de Emergencia para procesos con reos libres de la Corte superior de Justicia de Lima, Fj. 7; <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html> (Visitado por última vez 04 de febrero de 2021).

⁴⁹ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, Op. cit., p. 418.

vulnerar el Estado Constitucional de Derecho, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad y, en el caso que nos ocupa, la igualdad como valoración de las diferencias⁵⁰.

De lo dicho, podemos arribar a la conclusión que nuestro ordenamiento constitucional impone a los poderes públicos – entre ellos al Congreso de la República – la obligación de no dejar de proteger los derechos fundamentales específicos de las mujeres. Es decir, nuestro ordenamiento jurídico constitucional contiene la siguiente norma jurídica constitucional – **NJC4**:

NJC4: No garantizar los derechos fundamentales específicos de las mujeres es una vulneración de la Dignidad de las mismas.

5.5. El principio democrático.

No cabe duda de que no se puede entender la democracia sin los derechos fundamentales⁵¹. Más aún, no se puede entenderla sin aquellos derechos fundamentales que tienen su fundamento en la igualdad como valoración de las diferencias; es decir, en el caso que nos ocupa, sin el reconocimiento y las garantías necesarias para la plena vigencia de los derechos reproductivos de las mujeres.

El no reconocimiento de los derechos fundamentales que tienen su fundamento en la igualdad como diferenciación, en particular, de los derechos reproductivos de las mujeres caracteriza nuestro régimen democrático como un modo de vida política que otorga sólo a los hombres la mayor libertad posible y desconoce la diversidad social y cultural existente en la sociedad, generando – a su vez - mayores niveles de desigualdad y discriminación⁵². Es decir, seguimos siendo una sociedad patriarcal.

5.6. El principio de laicidad del Estado.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil», (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 75.

⁵¹ Véase: BARAK, Aharon, «PROPORCIONALIDAD. Los derechos fundamentales y sus restricciones», Palestra Editores, Lima, 2017, p.251 y BARBERIS, Mauro, «ÉTICA PARA JURISTAS» (Traducción de Álvaro Núñez Vaquero), Editorial Trotta. Madrid, 2008, p. 81.

⁵² TOURAINE, Alain, «¿Qué es la democracia?». México: Fondo de Cultura económica, México, 2015, p. 23.

Al ser el Perú una República democrática (Const., 1993, art. 43), esto significa que permite la convivencia de diferentes «creencias y valores»⁵³. La democracia no puede identificarse con una verdad o creencia oficial o «con un dogma público indiscutible o imposible de ser modificado»⁵⁴. Por ello, la «democracia es laica o no es democracia»⁵⁵.

El principio de laicidad del Estado es una concreta manera de «entender la política democrática y también una doctrina de la libertad civil. Consiste en afirmar la condición igual de todos los miembros de la sociedad, definidos exclusivamente por su capacidad similar de participar en la formación y expresión de la voluntad general y cuyas características no políticas (religiosas, étnicas, sexuales, genealógicas, etc.) no deben ser en principio tomadas en consideración por el Estado. De modo que el laicismo va unido a una visión republicana del gobierno [...]»⁵⁶.

De la concordancia de los artículos 2.2 (Igualdad y no discriminación), 2.3 (libertad de conciencia, religión, ideológica, opinión), 2.4 (libertad de expresión), 2.7 (intimidad personal), 2.24 (libertad personal) y artículo 43 de la Constitución se puede establecer el deber del Estado de abstenerse de favorecer o imponer una determinada moral, religión o creencia a través de las disposiciones o enunciados normativos; en otras palabras, estos artículos configuran el deber de neutralidad del Estado respecto de las creencias, concepciones morales o religiosas de los ciudadanos y ciudadanas⁵⁷ o de la exigencia constitucional de la laicidad del Estado.

Dicho esto, recordar un hecho ocurrido durante el debate en la Comisión de Justicia del Congreso de la República de la iniciativa legislativa (PL 3839-2014, 6/7/2014) que propone la derogación de la prohibición del aborto por violación sexual. Uno de los congresistas que participó en el debate de la Comisión de Justicia acusó a las representantes de la iniciativa de querer «descristianizar el debate».

Esta afirmación es preocupante porque deja entrever que la iniciativa no se aprobó por que las personas que la firmaron tienen creencias o convicciones morales o religiosas distintas a la de la mayoría de los congresistas de la Comisión de Justicia. Es decir, e igualmente preocupante, no se aprueba porque estos congresistas anteponen sus creencias o convicciones morales o religiosas al respeto y protección de la igualdad y no discriminación constitucional, así como al respeto del principio

⁵³ BOVERO, Michelangelo, «Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores», (Traducción de Lorenzo Córdova Vianello), Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 49.

⁵⁴ BOVERO, Michelangelo, Op. cit., p. 48.

⁵⁵ Loc. cit.

⁵⁶ SAVATER, Fernando, «La vida eterna», Editorial Ariel, Madrid, 2007, p. 227.

⁵⁷ MALEM, Jorge, «La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart», en la obra colectiva Rodolfo Vázquez (compilador) *Derecho y Moral. Ensayos de un debate contemporáneo*, Primera reimpresión, Primera Edición, Gedisa Editorial, Barcelona, 2003, p. 60.

de laicidad que se deriva de la forma de Estado Republicano y democrático que establece la Constitución Política del Perú (Const., 1993, art. 43).

Dicho de otro modo, no se protege el ejercicio de la libertad o autonomía reproductiva de las mujeres - y su derecho a interrumpir el embarazo -, porque dicho derecho expresa creencias o convicciones morales o religiosas diferentes a la de los congresistas o de las mayorías nacionales.

En la práctica, cuando el Estado sanciona penalmente la interrupción voluntaria del embarazo, aborto, nos quiere decir que se sanciona a las mujeres porque no comparten las mismas creencias o convicciones morales ni religiosas de la mayoría de los congresistas o de las mayorías nacionales. Es decir, se quiere imponer una determinada creencia, moral o religión mediante los enunciados jurídicos; lo cual es contrario al modelo de convivencia social que diseña la Constitución Política del Perú de 1993, de la tradición liberal democrática y del mejor del constitucionalismo⁵⁸.

Finalmente, hay que indicar que este principio excluye la utilización de argumentos tales como la ley natural, las mayorías creyentes o cristianas del país o recurrir al artículo 50 de la Constitución, que a nuestro juicio es una norma constitucional inconstitucional.

VI. EL SIGNIFICADO DE «EL CONCEBIDO ES SUJETO DE DERECHO EN TODO CUANTO LE FAVORECE» o EN₂.

Teniendo en cuenta lo expresado hasta el momento el significado o la norma jurídica derivada lógicamente de EN₂ es la siguiente:

NJC₅: «Sólo si la mujer en ejercicio de su autonomía reproductiva decide quedar embarazada, la vida prenatal o el concebido es objeto de protección».

Por otra parte, de NJC₅ se garantizan dos expectativas:

- La primera, la decisión misma de ser o no madre.
- La segunda, y luego de decidir ser madre, protege al concebido en todo lo que le favorezca. Es decir, «[...] el embrión es merecedor de tutela *si* y

⁵⁸ BARBERA, Augusto, «Le basi filosofiche del costituzionalismo», Quarta edizione, Editori Laterza, Roma-Bari, 2000.

sólo si es pensado y querido como persona por la madre» (Ferrajoli, 2011, p. 334).

Además, esto es posible si se considera que el enunciado jurídico EN₂ y la respectiva norma jurídica son expresión de la dimensión diferenciadora del principio de igualdad y no discriminación. Dicho enunciado:

- Denota la regulación de la igualdad como valoración de las diferencias.

Por último, expresa una decisión fundamental del constituyente:

- Para efectos de la convivencia política o social o desde una perspectiva constitucional, la vida comienza con la decisión de la mujer de ser madre.

Asimismo, esta interpretación que ofrecemos garantiza de mejor manera la libertad, igualdad y no discriminación, la solidaridad, así como la Dignidad de la persona humana. Además, permite alcanzar mayores niveles de igualdad (Rosenfeld, 1998, p. 414) entre mujeres y hombres, lo que coadyuva a que todos y todas podamos reconocernos y hacer nuestra la Constitución y percibir que protege a todos por igual.

VII. OBLIGACIÓN DEL LEGISLADOR DE PROTEGER LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA.

De los principios de libertad, igualdad y no discriminación y de laicidad se derivan varias obligaciones para el legislador, las mismas que tienen como finalidad garantizar la autonomía personal y en particular la autonomía reproductiva de las mujeres. Estas obligaciones son las siguientes:

1. Crear pautas o reglas jurídicas que aseguren a las mujeres la posibilidad de realizar sus planes de vida – entre estos, el de decidir libremente quedar embarazada o interrumpir el mismo, cuántos hijos tener y con qué frecuencia. Es decir, la autonomía obliga a los poderes públicos «a crear las precondiciones necesarias para la elección y materialización de todas aquellas acciones que no afectan sustancialmente la autonomía de otras personas»⁵⁹.

⁵⁹ FERNÁNDEZ, Mariano, «Matrimonio y diversidad sexual: la lección sudafricana» en la obra colectiva GARGARELLA, Roberto (Coordinador) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 610.

2. Sancionar todas aquellas conductas que vulneren las reglas jurídicas arriba mencionadas y que produzcan un daño en los bienes de terceras personas⁶⁰.
3. El legislador y los demás poderes públicos no deben imponer una determinada imagen del ser humano o moral o creencia religiosa a través del derecho; es decir, no debe usarse el derecho para imponer determinados valores morales y religiosos⁶¹. Esto en razón a que la sociedad peruana es una sociedad plural en la que coexisten formas de vida, pautas morales, religiosas y culturales diversas «compatibles con la igual ciudadanía»⁶² regulada en nuestra Constitución.

Para finalizar, hay que indicar que el numeral 2 del artículo de la Constitución Política del Perú de 1993, se puede derivar, la obligación del legislador de que durante la deliberación política para la aprobación de las leyes - y sobre todo las relacionadas con el goce y ejercicio de los derechos fundamentales - no es posible, en principio, argumentar a partir de los motivos mencionados en la disposición normativa antes aludida.

Así tenemos, por ejemplo, que en el caso de las creencias religiosas o concepciones morales individuales éstas no podrán utilizarse como argumentos durante el proceso de deliberación para la aprobación de las leyes, ya que la propia Constitución al otorgarles igual valor, nos está diciendo que ninguna tiene predominio sobre la otra, por lo que están fuera del proceso político deliberativo.

VIII. SOBRE EL PROYECTO DE LEY⁶³.

El presente proyecto de ley consta de once artículos. De estos ocho se corresponde con la parte central de la presente proposición y tres se corresponden con las disposiciones complementarias (final, modificatoria y derogatoria).

En el primer artículo se propone regular el objeto del presente proyecto de ley, que no es otro que regular el derecho a la maternidad libremente decidida, la interrupción

⁶⁰ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, Op. cit., p. 396.

⁶¹ COLOMER, José Luis, «Libertad individual y límites del derecho. El liberalismo y sus críticos», en la obra colectiva Elías Díaz y José Luis Colomer (eds.) *Estado, justicia, derechos*, Filosofía y pensamiento, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 181 y 182.

⁶² COLOMER, José Luis, Op. cit., p. 179.

⁶³ Para la elaboración de la fórmula legal del presente proyecto de ley se ha tenido en cuenta las siguientes leyes: Ley 27610, Acceso a la Interrupción voluntaria del embarazo de Argentina de enero de 2021; Ley 18987, Interrupción Voluntaria del Embarazo de Uruguay de octubre de 2012 y la Ley Orgánica 2/2010 Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo de España de marzo de 2010.

voluntaria del embarazo y la atención sanitaria pre y post aborto en los servicios del sistema de salud.

En el segundo artículo se reconoce el derecho de todas las mujeres a la maternidad libremente decidida, así como la obligación del Estado de aprobar la Estrategia Nacional de Salud Sexual y Reproductiva. En el artículo tercero se reconoce el derecho de todas las mujeres a decidir y acceder a la interrupción voluntaria del embarazo hasta la semana catorce de gestación. También se propone los casos en que es posible interrumpir el embarazo luego de las catorce semanas.

En el artículo cuarto se proponen regular los principios de la atención sanitaria pre y post aborto. Estos son el principio de no discriminación, principio de respeto de los derechos fundamentales en el ámbito de la salud reproductiva y el principio de prestación adecuada. En el artículo quinto se propone regular el consentimiento informado por el cual la mujer expresa su decisión de interrumpir el embarazo.

En el artículo seis se propone regular la interrupción voluntaria del embarazo de las adolescentes. Teniendo en cuenta el inicio de las relaciones sexuales de las mujeres en el país⁶⁴, se propone que las adolescentes entre dieciséis y diecisiete años tienen plena capacidad para prestarse consentimiento. En el caso de las adolescentes entre quince y catorce años tienen plena capacidad de prestar su consentimiento si están en posesión suficiente de madurez⁶⁵, caso contrario el consentimiento es otorgado por su representante legal. Y para el caso de las adolescentes de trece años y menores el consentimiento será otorgado por su representante legal.

En la propuesta del artículo siete se propone normar el consentimiento de las mujeres con discapacidad, así como las obligaciones del personal médico y sanitario de velar por que se efectúe la consulta apropiada directamente con la mujer con discapacidad. También garantizan, en la medida de sus posibilidades, que los asistentes o personas encargadas de prestar apoyo no sustituyan a las personas con discapacidad en sus decisiones ni tengan una influencia indebida sobre ellas.

En el artículo octavo se plantea reglar unos principios relativos a la educación sexual y reproductiva. Y en cuanto a las disposiciones complementarias tenemos que la

⁶⁴ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, Encuesta Demografía y Salud Familiar –ENDES 2019, https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Endes2019/ (Visitado por última vez 04 de febrero de 2021).

⁶⁵ BASTIDA FREIJEDO, Francisco, VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, ALÁEZ CORRAL, Benito y FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, p. 95.

única disposición final establece un plazo de noventa días para aprobar el reglamento. La disposición modificatoria única se dispone modificar el artículo primero del Código Civil y en la disposición derogatoria única se propone derogar los artículos 114, 115, 117, 119 y 120 del Código Penal con la finalidad – ambos casos - de mantener la coherencia del ordenamiento jurídico.

IX. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA QUE SE PROPONE SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

La presente proposición de ley reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida y el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Cabe señalar que este proyecto de ley busca garantizar mayores niveles de libertad de las mujeres mediante la aplicación del principio de igualdad y no discriminación entendida como respeto de las diferencias. En consecuencia, las entradas en vigencia de estos cambios tendrán un efecto positivo en el ordenamiento jurídico peruano.

X. ANALISIS COSTO BENEFICIO.

10.1. Contexto de la iniciativa.

Actualmente en el Perú las mujeres no son titulares de los derechos que tienen su fundamento en el principio de igualdad y no discriminación entendida como respeto de las diferencias. Estas diferencias – biológicas, culturales, etc. – se traducen en derechos fundamentales específicos o propios de las mujeres que hasta el momento les son negados.

Evidencia de ello es que hasta el momento no son reconocidos los derechos reproductivos de las mujeres. Olvida el Estado que son las mujeres las únicas que tienen la «potencia natural inherente»⁶⁶ de reproducir a la especie humana. Es por ello que el derecho a la maternidad libre y voluntaria es un derecho fundamental específico de las mujeres que debe ser reconocido y garantizado lo antes posible⁶⁷.

Por otra parte, actualmente el Estado peruano sanciona penalmente el aborto. Y respecto de la única excepción, el aborto terapéutico, el Estado peruano demoró

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil», (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 84 y 85.

⁶⁷ Loc. cit.

más de noventa años en aprobar el protocolo para el mismo. Esta situación de hecho hizo que el aborto fuera siempre sancionado aun cuando la vida de la madre se encuentre en grave riesgo de continuar con el embarazo o cuando, de acuerdo con la evidencia médica, el feto no era viable.

10.2. El objetivo de la propuesta.

Hay que indicar, de manera general, que el objetivo de esta proposición legislativa es aplicar el principio de igualdad y no discriminación entendida como respeto de las diferencias. En particular, es reconocer tanto el derecho a la maternidad libremente decidida como el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

10.3. El contenido de los cambios.

El ordenamiento jurídico peruano tendría un cambio sustantivo, ya que la presente proposición de ley busca incorporar dos derechos reconocidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y tienen encaje en la actual Constitución.

10.4. Identificación de actores.

Con la aprobación de esta proposición de ley todas las mujeres del país lograrían mayores niveles de libertad con el reconocimiento del derecho a la maternidad libremente decidida y del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

10.5. Impacto de la proposición de ley.

La aprobación de la presente proposición de ley tiene un impacto positivo tanto en el Estado como en los derechos de las mujeres. El Estado, porque para garantizar la plena vigencia de estos derechos tiene que implementar una serie de servicios, bienes e instalaciones pre y post aborto que sean disponibles, accesibles, aceptables y de buena calidad para todas las mujeres. Las mujeres lograrán alcanzar mayores niveles de libertad y autonomía personal.

XI. VINCULACIÓN DEL PROYECTO DE LEY CON EL ACUERDO NACIONAL.

La presente proposición de ley está vinculada con el objetivo de **Democracia y Estado de Derecho** y con las Políticas Públicas de Fortalecimiento del Régimen



YVAN QUISPE APAZA

*“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia”*

Democrático y del Estado de Derecho y de Democratización de la Vida Política y con el objetivo **Equidad y Justicia social** y con las políticas públicas de promoción de la Igualdad de Oportunidades sin Discriminación y de Acceso Universal a los Servicios de Salud y a la Seguridad Social⁶⁸.

⁶⁸ ACUERDO NACIONAL, <http://acuerdonacional.pe/> (Visitado por última vez 04 de febrero de 2021).



YVAN QUISPE APAZA

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Universalización de la salud"

Lima, 08 de marzo del 2021

OFICIO 150-2020/2021-YQA/CR

Señora:
MIRTHA VÁSQUEZ CHUQUILIN
Presidenta del Congreso de la República

**ASUNTO: PROYECTO DE LEY QUE RECONOCE EL DERECHO A LA
MATERNIDAD LIBREMENTE DECIDIDA**

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en mi condición de Congresista de la República, para saludarlo cordialmente y por medio de la presente solicitarle la numeración respectiva al proyecto de ley que reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida.

Sin otro particular, hago propicia la oportunidad para expresarle mi consideración. Atentamente,



Firmado digitalmente por:
QUISPE APAZA Yvan FAJ
20161740126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 08/03/2021 15:47:04-0500