



Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 8, n.º 8, enero-diciembre, 2019 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v8n8.2734

## «YO NACÍ LIBRE, Y PARA PODER VIVIR LIBRE, ESCOGÍ...»<sup>1</sup>

«I was born free, and in order to live free, I chose...»

MIGUEL PACHAS SERRANO

Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: miguelpachasserrano@gmail.com

### RESUMEN

El presente trabajo busca determinar si la Constitución reconoce a las mujeres la libertad o autonomía reproductiva que a su vez incluye la libertad de interrumpir el embarazo. Creemos que, desde la libertad, la igualdad y la no discriminación constitucional y la solidaridad, así como de la dignidad de la persona humana es posible argumentar que dicha libertad es reconocida por la Constitución.

**Palabras clave:** Constitución; libertad constitucional; igualdad y no discriminación constitucional; dignidad de las personas humanas; autonomía; igualdad como valoración positiva de las diferencias; vida prenatal; concebido; interrupción del embarazo.

---

1 Una versión de este artículo se publicó en abril de 2018, p. 224, tomo 124 de *Gaceta Constitucional*: «La autonomía reproductiva de las mujeres».

## ABSTRACT

This paper seeks to determine whether the Constitution recognizes women's reproductive freedom or autonomy, which in turn includes the freedom to terminate a pregnancy. We believe that, based on freedom, equality, constitutional non-discrimination and solidarity. In this way, as well as the dignity of the human person it is also possible to argue that such freedom has constitutional recognition.

**Key words:** Constitution; constitutional freedom; constitutional equality and non-discrimination; dignity of the human person; autonomy; equality as a positive valuation of differences; prenatal life; conceived; interruption of pregnancy.

Recibido: 10/07/2019 Aceptado: 15/07/2019

Respuesta de Marcela a Ambrosio en Cervantes, de M, *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*, capítulo XIV.

## 1. INTRODUCCIÓN

Comenzar indicando que el presente trabajo es una actualización de un artículo que escribí con motivo de la iniciativa legislativa del movimiento feminista en el contexto de la campaña «Déjala decidir», (PL n.º 3839/2014- IL, 6/7/2014), el mismo que fue publicado en abril de 2018 en el tomo 124 de la *Gaceta Constitucional* con el título de «La autonomía reproductiva de las mujeres».

En el presente trabajo se intenta averiguar si la Constitución reconoce a las mujeres el derecho a decidir si interrumpe el embarazo; si este es un derecho exclusivo de las mujeres y si tiene límites temporales para decidir. Por último, hay que indicar que la propuesta que haremos busca contribuir a que todos los

ciudadanos y las ciudadanas podamos reconocernos y afirmarnos en el modelo de convivencia democrático que establece la Constitución.

## 2. «TODA PERSONA TIENE DERECHO...»

### 2.1. LA PERSONA HUMANA EN LA CONSTITUCIÓN

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 vida (Iglesias, 1958, pp. 91-92). 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 qué debemos entender por «persona». Esta, tal vez, sea tarea de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte 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).

Esta segunda constatación también es predicable de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Así tenemos que la Observación General n.º 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 vida. (ONU, PIDCP, Observación General n.º 6, párr. 4)

Igualmente, el Tribunal Constitucional (2004) 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 connota-

ción 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. (f. j. 26)

Y sobre el derecho a la vida, el Tribunal Constitucional (2009) 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 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.º 01535-2006- PA, fundamento 82]. (ff. jj. 9-10)

Como conclusión preliminar hay que 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.

## 2.2. 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 embrión. (Corte IDH, *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, párr. 223)

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 persona. (párr. 256)

## 3. «... EN TODO CUANTO LE FAVORECE»

Del inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, podemos extraer 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 el presente artículo nos interesa el enunciado normativo EN2 y lo primero que se evidencia es una aparente contradicción en la Constitución; entre lo que debemos entender por persona y lo establecido en el enunciado jurídico EN2.

Para determinar el significado del EN2 e identificar las principales expectativas de conducta protegidas, recurriremos a los principios derechos de libertad constitucional, igualdad y no discriminación constitucional, solidaridad constitucional y dignidad de la persona humana.

## 4. LIBERTAD, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, SOLIDARIDAD Y LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

Para la determinación de la norma jurídica contenida en el enunciado normativo EN2 nuestro punto de partida son los valores de la revolución francesa: Libertad, igualdad y fraternidad, que sirven de fundamento ético-político al modelo de convivencia diseñado por la Constitución Política del Perú de 1993 (Guastini, 1999, p. 384). Además, dichos valores han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia constitucional peruana.

Como todos sabemos los valores y principios constitucionales son normas jurídicas constitucionales que «imponen determinadas conductas, sea al Poder Legislativo, sea al Poder Ejecutivo, o a la propia administración de justicia» (Pérez Luño, 2004, p. 62) o a las personas en general. Y a partir del análisis de estos indagaremos si es posible afirmar que el ordenamiento constitucional reconoce a las mujeres el derecho o libertad o autonomía reproductiva.

### 4.1. 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» (Bovero, 2002, p. 78). 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 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» (Bovero, 2002, p. 79). Para el presente trabajo nos centraremos en esta última, también llamada autonomía.

El que nuestra Constitución se inscriba en la tradición liberal democrática presupone entender al ser humano como individuo racional e independiente (Álvarez, 2002, pp. 153-ss.). Racional en el sentido de que sus creencias «son contrastables racionalmente» (Laporta, 2007, p. 26). E independiente entendido como que las pautas de valoración autocrítica se basan en argumentos y evidencias examinados y consentidos racionalmente y no por la voluntad de terceros (2007, p. 27).

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» (González, 2004, p. 373).

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» (Barberis, 2008, p. 92). 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 (2009) 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 ade-



cuado u oportuno de la 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 cuándo. (f. j. 6)

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» (CEDAW, Perú, ratificado en 1982).

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». (CIDH, Caso Artavia y otros vs. Costa Rica, párr. 146)

Para finalizar, podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico constitucional contiene la siguiente norma jurídica constitucional – NJC1:

**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).

## 4.2. LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN CONSTITUCIONAL

En principio hay que 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» (Ferrajoli, 2001, p. 76; 2011, p. 748).

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 derechos (Añon y García, 2004, pp. 117-121).

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.

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 proporcionalidad. (STC 019-2010, PI, f. j. 8)

Ahora bien, una diferencia relevante entre las personas humanas es el sexo (Añon, 2001, p. 18; Ferrajoli, 2001, p. 83). 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» (Ferrajoli, 2001, pp. 84-85) 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 (pp. 84-85).

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 jurídico. 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 nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. (CIDH, OC18/03, párr. 101)

Respecto a la no discriminación, la Observación General n.º 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** [énfasis añadido], en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto. (ONU, OG 20, párr. 7)

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 proscribire 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 Convención. (CIDH, Caso Átala Riffo, f. j. 93)

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 regulación de la igualdad como valoración de las diferencias.

### 4.3. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD CONSTITUCIONAL

La solidaridad como valor o principio derecho tiene carácter relacional e incide en la libertad e igualdad (Peces Barba, 2004, p. 173) 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. (Peces Barba, 2004, p. 178)

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 consustancial. (STC 2026-2004, AA, f. j. 15)

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 decidir la interrupción de los embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas y malformaciones incompatibles con la vida.

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 – NJC3:

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

#### 4.4. 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» (González, 2004, p. 417). 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 mismos (2004, p. 433).

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.º 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 fundamentales». (STC 2273-2005, PHC, f. j. 7)

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 mismos (González, 2004, p. 418). 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 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 diferencias (Ferrajoli, 2001, p. 75).

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. DETERMINACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA CONTENIDA EN EL ENUNCIADO NORMATIVO EN2

Pues bien, para determinar el significado del enunciado normativo EN2 debemos traer a colación las normas jurídicas constitucionales mencionadas en el capítulo anterior:

**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).

**NJC2:** La Constitución Política del Perú de 1993 reconoce derechos específicos a las mujeres a partir de la regulación de la igualdad como valoración de las diferencias.

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

**NJC4:** No garantizar los derechos fundamentales específicos de las mujeres es una vulneración de la dignidad de estas.

Teniendo en cuenta NJC1, NJC2, NJC3 y NJC4 podemos determinar el significado del:

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

En consecuencia, 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 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.

## 6. SOBRE LA DEMOCRACIA

No cabe duda de que no se puede entender la democracia sin los derechos fundamentales (Barak, 2017, p. 251; Barberis, 2008, p. 81). 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 solo 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 discriminación (Touraine, 2015, p. 23). Es decir, seguimos siendo una sociedad patriarcal.

## 7. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL COMPARADA

En el presente apartado mencionaremos tres sentencias: la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional de la República de Chile y de la Corte Constitucional de Colombia, que en su momento tuvo que pronunciarse sobre temas similares.

## 7.1. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

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». (CIDH, Caso Artivia y otros vs. Costa Rica, párr. 146)

## 7.2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

A finales de agosto del presente año el Tribunal Constitucional de Chile señaló que

Del texto de la Constitución no se desprende ni se infiere que la protección del que está por nacer sea un título que perjudique a la progenitora. Desde luego, porque las medidas de protección en algunos casos pasan inevitablemente por ella. El primer sujeto obligado por la protección y sin cuyas acciones u omisiones este deber no puede cumplirse, es la mujer. El legislador no puede no contar con esas acciones u omisiones. También, porque la madre no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido. El legislador, precisamente y por ese deber primario, no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad e incluso poniendo en peligro su vida o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige. La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer. Ella no es un medio. Además, cuando la Constitución ha querido hacer primar un derecho sobre otro o privilegiar intereses superiores, lo ha dicho expresamente. (Tribunal Constitucional de Chile, STC 3729-17, f. j. cuadragésimoséptimo, p. 85)

Por otra parte, el Tribunal Constitucional chileno expresa que la protección del que está por nacer no puede realizarse

sin la debida consideración a los derechos que tiene la mujer. La Constitución no habilita al Estado a que se pueda poner en peligro la vida de la madre ni le impone tener un hijo producto de una violación. Proteger al no nacido no es título para abandonar a la mujer. El que está por nacer no es el único protegido por la Constitución. El legislador debe buscar la fórmula para que el que está por nacer pueda hacerlo. Pero a partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar. (Tribunal Constitucional de Chile, STC 3729-17, f. j. septuagesimonoveno, p. 103)

Además, afirma el Tribunal Constitucional chileno que

el embarazo provoca un compromiso vital de la mujer, que afecta toda su vida. La intensidad de la unión entre ella y el embrión o feto, se establece un vínculo único, diferente a lo que se conoce. Sin embargo, la presencia de las tres causales que el proyecto contempla, obligan a ponderar las cargas excesivas que estas significan para la mujer. El derecho no puede obligar a las personas a actuar contra sí mismas, y obligarlas a soportar el riesgo vital, la muerte de su hijo por una patología letal o la maternidad como consecuencia de la violación. (Tribunal Constitucional de Chile, STC 3729-17, f. j. centesimodecimosexto, p. 112)

No cabe la menor duda que en la base de estas afirmaciones del Tribunal Constitucional de Chile, se encuentra el reconocimiento del derecho a la autonomía reproductiva de las mujeres. Derecho que encuentra su fundamento en la libertad, igualdad y no discriminación, la solidaridad y la dignidad de la persona humana.

### 7.3. LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha expresado que «El derecho a ser madre, o, en otros términos, la consideración de la maternidad como una “opción de vida” que corresponde al fuero interno de la mujer» (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, Ley Número 599 de 2000, p. 173).

También ha señalado que la

Penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, Ley Número 599 de 2000, p.189)

Respecto de las conductas arbitrarias —violación o inseminación no consentida— de las que son objeto las mujeres, la Corte Constitucional ha indicado que

esta debe ser una de las hipótesis bajo las cuales debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva del delito de aborto, no sólo por la manera como fue inicialmente contemplada por el legislador sino también porque en este caso la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos [...]. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, Ley Número 599 de 2000, p. 190)

En cuanto a las malformaciones del feto la Corte Constitucional ha establecido que

En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, Ley Número 599 de 2000, p.193)

Como conclusión, la Corte Constitucional de Colombia se pronuncia a favor de la constitucionalidad de la ley que despenaliza el aborto cuando

la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer [...]; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, [...]; (iii) Cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, [...]. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, Ley Número 599 de 2000, p. 200)

## 8. PRINCIPIO DE LA LAICIDAD DEL ESTADO

En este apartado nos centraremos en el principio de laicidad porque su afirmación y consolidación contribuye a garantizar la igual dignidad y los derechos fundamentales de todos los hombres y mujeres. Además, su mención es necesaria ya que la principal oposición a la regulación constitucional de los derechos reproductivos proviene de los distintos ritos cristianos (a final del presente acápite se presentan los tres argumentos más utilizados por estas).

### 8.1. EL ESTADO LAICO

Al ser el Perú una República democrática (Const., 1993, art. 43), esto significa que permite la convivencia de diferentes «creencias y valores» (Bovero, 2002, p. 49). La democracia no puede identificarse con una verdad o creencia oficial o «con un dogma público indiscutible o imposible de ser modificado» (Bovero, 2002, p. 48). Por ello, la «democracia es laica o no es democracia» (Bovero, 2002, p. 48).

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 [...]. (Savater, 2007, p. 227)

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 ciudadanas (Malen, 2003, p. 60) 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 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.

Lo que nos quiere decir el Poder Público —con la regulación penal del aborto— es que se sanciona a las mujeres que deciden interrumpir el embarazo, es 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 constitucionalismo (Barbera, 2000).

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.

## 8.2. EL ARGUMENTO DE LA LEY NATURAL

La idea de ley natural surge en la Grecia clásica. Serán Anaximandro, Pitágoras y Platón quienes construyan este concepto. Cuando observamos la repetición permanente de un evento natural en el tiempo y «según la necesidad» (Rovelli, 2018, p. 199). (Anaximandro) y que puede ser expresado matemáticamente (Pitágoras), más exactamente a *more geométrico* (Platón) entonces nos encontramos ante una ley natural (pp. 93-ss.).

Cabe precisar que la ley natural —al igual que la ley para la buena gestión de la cosa pública— son consecuencia del continuo debate y crítica en los ámbitos de la nascente ciencia y de la polís (Rovelli, 2018, pp. 115-ss.). Es decir, las leyes no

vienen dadas por una única vez y para siempre por un legislador sobrenatural (p. 116).

Con la teología cristiana, esto cambia. Se construye la idea de dios como un ente omnisciente, omnipotente, omnipresente y que «encarna la Omnipotencia» (Onfray, 2018, p. 46). Pues bien, un ser con todas estas cualidades no puede ser más que el creador de la naturaleza. En consecuencia, la ley natural es la ley de Dios.

Este argumento, expresado por las jerarquías de las diversas confesiones religiosas, señala que existe un «orden inmanente», es decir, «un conjunto de normas objetivas que gobiernan el comportamiento humano» (Diccionario Akal de Filosofía, 2004) creado por Dios, el cual debemos aceptar tal como ha sido diseñado por él.

El argumento de la ley natural expresa una forma de legitimación del orden político (Capella, 2001, p. 87). Dicho de otra manera, este argumento propone un modelo de convivencia contrario al diseñado por la Constitución; en esta la convivencia y la acción políticas se rigen por los principios de igualdad, libertad, solidaridad y dignidad de la persona, por el principio democrático, la supremacía de la Constitución, el equilibrio de poderes, la persona como ente autónomo, la plena vigencia de los derechos fundamentales, forma de gobierno democrática, el principio de mayorías y de deliberación del proceso legislativo, etc.

El modelo de convivencia implícito en el argumento de la ley natural elimina la acción política democrática y apuesta por una autoritaria que se caracteriza por indicarnos que los problemas sociales o políticos son un designio de dios, por lo que nada podemos hacer al respecto para encontrarles solución. En este sentido, el poder se ejerce de modo absoluto, no hay espacio para el pluralismo ni para la oposición, etc. La ley natural cristiana tiene como trasfondo una propuesta de convivencia política de tipo totalitario (Onfray, 2018, pp. 156-157).

Finalmente, recordar la semejanza de este argumento con otro muy utilizada por las élites conservadoras: el dilema del



huevo o la gallina. Sobre el particular hay que indicar que es un falso dilema; en primer lugar, desde una perspectiva de la historia natural, el huevo es una respuesta reproductiva a los cambios climáticos surgidos en el devónico tardío, es decir, millones de años antes de la aparición de las aves. En segundo lugar, cuando se trae este argumento a la política lo que se pretende es naturalizar los problemas de la convivencia social y, en consecuencia, argumentar que no tienen solución. En tercer lugar, como podemos apreciar, es un argumento pretende justificar —en última instancia— modelos de convivencia política totalitarios y se ubica en las antípodas de la convivencia política democrática y la plena vigencia de los derechos fundamentales esbozados por la Constitución Política del Perú de 1993.

### 8.3. EL ARGUMENTO DE LA MAYORÍA CRISTIANA O CREYENTE

Respecto de este argumento, hay que indicar que su utilización sólo pone en evidencia un dato sociológico —de la mayoría creyente— del cual no es posible concluir que las mayorías creyentes del país son titulares y gozan de más derechos fundamentales que las minorías. Esta forma de proceder es ciertamente errónea, ya que todas las personas somos titulares de derechos fundamentales —independientemente de nuestras creencias religiosas, morales, etc. — en virtud de la igual dignidad de todos los varones y mujeres (Pachas, 2014, p. 123).

### 8.4. EL ARGUMENTO DEL RECONOCIMIENTO DE LA IGLESIA CATÓLICA EN LA FORMACIÓN HISTÓRICA, CULTURAL Y MORAL DEL PERÚ

El artículo 50 de la Constitución Política del Perú de 1993 contiene el siguiente enunciado normativo: «Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración».

De este enunciado jurídico se pueden extraer al menos tres normas jurídicas constitucionales:

**NJC<sub>A</sub>**: «En el marco de la independencia y autonomía del Estado, se reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica del Perú, y le presta su colaboración».

**NJC<sub>B</sub>**: «En el marco de la independencia y autonomía del Estado, se reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación cultural del Perú, y le presta su colaboración».

**NJC<sub>C</sub>**: «En el marco de la independencia y autonomía del Estado, se reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación moral del Perú, y le presta su colaboración».

En un modelo de convivencia democrática como el propuesto por la Constitución Política del Perú lo que habría que preguntarse es ¿cuál es el aporte de la Iglesia católica para la consolidación del modelo de convivencia política democrática en la historia política, en la cultura democrática (Touraine, 2015, pp. 167-ss.) y en la formación de una ética ciudadana?

Con cargo a desarrollar esta idea en otro trabajo, la contribución de la Iglesia católica —y creo que lo mismo vale para los otros ritos cristianos— a la convivencia política democrática es más bien negativa. En consecuencia, estas reglas jurídicas constitucionales son normas jurídicas constitucionales inconstitucionales.

Desde una perspectiva diacrónica y teniendo en cuenta a la Iglesia católica como «fuerza social» (Russell, 2012, p. 44), cabe preguntarse ¿cuál ha sido el rol de la Iglesia católica en la formación y consolidación de una sociedad democrática, la plena vigencia de los derechos fundamentales, en particular los derechos fundamentales específicos de las mujeres, en la consolidación de las personas como agentes morales?

Desde la perspectiva de la contribución de la Iglesia católica a la formación de la cultura democrática, tenemos que esta es una organización con una estructura autoritaria, conservadora, paternalista, con una rígida ortodoxia, «prestigiosa y políticamente influyente » (Céspedes del Castillo, 2009, p. 253) y con su énfasis

en las virtudes pasivas —«humildad, paciencia, renunciación, obediencia» (2009, p. 254)— en vez de las virtudes activas —«amor a la libertad, hambre y sed de justicia, etc.» (p. 254)—, logró consolidar, en primer lugar, una «religiosidad basada en el respeto ciego a la autoridad, la tradición y la rutina» (p. 254) y, en segundo lugar, logró «naturalizar» las posiciones económicas, sociales y políticas que se presentaban en la sociedad peruana (p. 255).

Esta situación hace posible que se arraigue en la sociedad ideas o convicciones políticas que dificultan que las personas se autoperciban como ciudadanos y sean titulares de derechos fundamentales. Cualquier intento de cambio es visto como un acto de arrogancia y orgullo, ya que se pretende enmendarle la plana a Dios: un pecado capital. La pobreza material, en sí deplorable, significaba, sin embargo, la oportunidad de ejercer la virtud de la paciencia y el sacrificio, por una parte, la caridad por la otra; intentar extirparla, empeño vano «siempre ha habido ricos y pobres». Si la justicia resulta inalcanzable en este «valle de lágrimas», se alcanzaba con toda seguridad, perfecta y administrada por Dios mismo, después de la muerte. La esperanza en el cielo hacía tolerable cualquier frustración, lo que, dicho sea de paso, tuvo grandes ventajas psicológicas para el individuo, su equilibrio interno y su estabilidad emocional (p. 255).

Desde un punto de vista moral, para el cristianismo las mujeres ocupan un lugar subordinado en el modelo de convivencia que propone. En el principio es el odio a las mujeres —léase el Génesis—; situación que se agrava por el deseo de la mujer por el conocimiento (Onfray, 2018, pp. 115-ss.). Durante los siglos II y VII y mientras se va armando la Biblia, se asimila la imagen de las mujeres a los demonios: «Una fantasmagoría erótica bailaba —a veces muy literalmente— ante sus ojos [de los monjes] mientras el demonio de la fornicación —un demonio taimado «que imita la forma de una hermosa mujer desnuda, lujuriosa en su andar, su cuerpo entero obscenamente disipado»— los excitaba» (Nixey, 2018, p. 43). Este proceso de disciplinamiento culmina

con el modelo mariano de mujer: mujer sumisa, madre y esposa. Como podemos apreciar este modelo no contribuye en nada al reconocimiento de los derechos reproductivos de las mujeres y a la construcción de una sociedad igualitaria y menos a una convivencia política democrática entre hombres y mujeres.

Por otra parte, la Iglesia católica como titular de la moral tutelar y la admonición (Nugent, 2003; 2006, p. 7) presuponen la existencia de una sociedad de súbditos, en la cual se niega a la mayoría de la población —entre ellos, los indígenas, afrodescendientes y las mujeres— el ser sujetos con voluntad racional o con autonomía individual, lo que a su vez expresa que no todos somos titulares de una igual distribución del «derecho-poder de participar en las decisiones colectivas» (Bovero, 2002, p. 29) y en la ausencia de una responsabilidad ciudadana (Nugent, 2006, pp. 18 y 20). La Iglesia católica instala en el «orden tutelar» la virtud pública del perdón, no busca que los gobernantes y gobernados sean responsables ante la sociedad sino ante Dios. En nuestra historia reciente, la jerarquía de la Iglesia católica ha recurrido a la ética pública del perdón, por ejemplo, con ocasión de la promulgación de la ley de amnistía para «militares, policías y civiles que se encuentren denunciados, investigados, encausados, procesados o condenados por hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha el contra terrorismo desde mayo de 1980» según el artículo 1 de la Ley n.º 26479. La jerarquía de la iglesia católica había argumentado que «es necesario perdonar para alcanzar la reconciliación» (Pasara e Indacochea, 2014, p. 24).

Podemos concluir que la Iglesia católica no ha cumplido ningún rol en la consolidación de una sociedad democrática, conformada por ciudadanos con autonomía, respetuosos de los derechos fundamentales comunes y específicos de las personas, libre de violencia contra la mujer, etc. Lo que ha querido siempre es imponer una determinada orientación histórica, cultural y moral a contracorriente de los ideales de la Ilustración, la revolución americana y francesa y del constitucionalismo liberal democrático del que se nutre la Constitución Política del Perú de 1993.

## 9. 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» (Fernández, 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 personas (González, 2004, p. 396).
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 religiosos (Colomer, 2002, pp. 181-182). 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» (Colomer, 2002, p. 179) 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 estas 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.

## 10. EL QUANTUM DE AUTONOMÍA

Haciendo una reconstrucción del debate histórico respecto de la regulación constitucional del aborto, encontramos posiciones que solo reconocen a las mujeres una autonomía mínima y otras una autonomía máxima.

Por otra parte, hay que indicar que la autonomía reproductiva de las mujeres, como todo derecho fundamental no es absoluto por lo que el legislador, dentro de su libertad de configuración legal, puede establecer límites al mismo.

Ahora bien, de lo dicho tenemos que esta competencia de configuración del legislador, dentro de lo constitucionalmente posible, se traduce en la mayor o menor libertad que está dispuesto a reconocerles a todas las mujeres. Las concreciones constitucionalmente posibles giran en torno a lo siguiente:

- a. Un límite de mínimos o *mínimum libertatem*, por el cual el legislador democrático puede legislar el aborto sólo para los casos de violación sexual, malformaciones del feto que hagan imposible su existencia después del parto o por inseminación artificial no consentida.
- b. Un límite de máximos o *maximam libertatem*, por el cual el legislador democrático puede legislar el aborto dentro de un sistema de plazo legalmente establecido.

Legislar sobrepasando estos márgenes —otorgando preeminencia absoluta ya sea al producto del embarazo o a la mujer— no tendría encaje constitucional.

## 11. BREVE REFERENCIA AL ARTÍCULO 1 DEL CÓDIGO CIVIL

De acuerdo con el artículo primero del Código Civil: «La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo».

Para garantizar una adecuada protección de los derechos reproductivos el legislador democrático tendrá, llegado el caso, que modificar el presente artículo con la finalidad de que el posible reconocimiento constitucional se refleje en los documentos jurídicos infra constitucionales. La otra vía, es que el máximo intérprete de la Constitución y al amparo de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado peruano y de la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emita sentencia, en la primera ocasión que tenga, estableciendo un nuevo contenido normativo para enunciado normativo contenido en el artículo 1 del Código Civil.

## 12. ESCUETA OBSERVACIÓN SOBRE EL ARTÍCULO 119, ABORTO TERAPÉUTICO IMPUNE, DEL CÓDIGO PENAL

En primer lugar, podemos determinar que el legislador de 1991 optó por la siguiente fórmula legal:

### **Artículo. 119.- Aborto terapéutico impune**

No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

En segundo lugar y teniendo en cuenta lo expresado hasta el momento, se puede apreciar que el legislador optó por una fórmula que se mantiene —respecto de la autonomía reproductiva de la mujer— por debajo del límite mínimo o *mínimum libertatem* constitucionalmente posible, ya que solo regula un supuesto de interrupción del embarazo, restringiendo inconstitucionalmente la libertad de las mujeres para interrumpir o no el embarazo así como el derecho de igualdad y no discriminación como valoración de las diferencias. Por ello, es necesaria la modificación del presente artículo para que tenga encaje constitucional.

### 13. CONCLUSIONES

1. La interpretación que ofrecemos garantiza de mejor manera la libertad e igualdad y no discriminación constitucional, así como de la solidaridad y la dignidad de la persona humana. Además, permite que todos y todas podamos reconocernos y hacer nuestra la Constitución y percibir que protege a todos por igual.
2. La libertad constitucional en su manifestación como autonomía reconoce a las mujeres el derecho a decir si se embarazan o de interrumpir el mismo, cuántos hijos tener y con qué frecuencia; es decir, la constitución reconoce la autonomía reproductiva de las mujeres.
3. Asimismo, la igualdad y no discriminación constitucional valora las diferencias, por lo que se reconoce como derecho fundamental la libertad reproductiva. Además, desde la dignidad de la persona humana se protegen tanto los derechos fundamentales comunes a todos los seres humanos como los específicos —tanto naturales como culturales— que incluye, por supuesto, la autonomía reproductiva de las mujeres (Ferrajoli, 2001, p. 82).
4. De acuerdo con la Constitución la idea de persona humana está vinculada con la circunstancia de que la misma tenga vida; es decir existencia real e independencia biológica.



5. De las conclusiones anteriores se deriva que el enunciado normativo EN2 busca proteger, en primer lugar, la autonomía reproductiva de las mujeres y su decisión de ser madre y, en segundo lugar, una vez tomada de modo libre dicha decisión, protege la vida prenatal o al concebido. Dicho de otro modo, la vida prenatal o el concebido, no es sujeto de derechos sino a partir de la decisión de la mujer de procrear.
6. El enunciado normativo EN2 es un reconocimiento del principio de igualdad como valoración de las diferencias. Además, debe entenderse, desde una perspectiva constitucional, que la vida comienza con la decisión de la mujer de ser madre.
7. La libertad o autonomía reproductiva es un derecho fundamental específico de las mujeres que se deriva de la concordancia de la libertad constitucional, la igualdad y no discriminación constitucional, la solidaridad y la dignidad de la persona humana, así como de armonizar la Constitución con los instrumentos internacionales de derechos humanos.
8. 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 solo 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 discriminación (Touraine, 2015, p. 23).
9. El artículo 1 del Código Civil debería entenderse conforme a la interpretación propuesta a fin de que siga teniendo encaje constitucional. En cuanto al artículo 119 del Código Penal, habrá que esperar su modificación dentro de los márgenes propuesto para ser considerada constitucional.
10. Al ser la libertad o autonomía reproductiva un derecho fundamental —cuyo contenido incluye el derecho de las muje-

res a interrumpir el embarazo— que no es absoluto, cabe algunas restricciones al mismo; restricciones que solo son posibles teniendo en cuenta la vida y las expectativas constitucionalmente reconocidas a las mujeres (Añon, 2001, p. 31; Pitch, 2003, p. 103).

11. Dentro de lo constitucionalmente posible, el legislador democrático puede legislar entre el aborto sólo para los casos de violación sexual, malformaciones del feto que hagan imposible su existencia después del parto o por inseminación artificial no consentida y la libertad de las mujeres de interrumpir el embarazo dentro de un plazo legalmente establecido. Legislar sobrepasando estos márgenes —otorgando preeminencia absoluta ya sea al producto del embarazo o a los derechos reproductivos de la mujer— no tendría encaje constitucional.
12. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional tendrá, seguramente en los próximos años, que hacer un giro copernicano para garantizar los derechos reproductivos de las mujeres y el principio de igualdad y no discriminación.

## REFERENCIAS

- Alvarez, S. (2002). La autonomía personal. En E. Díaz y J. L. Colomer (eds.), *Estado, justicia, derechos*. Alianza Editorial.
- Añon, M. (2001). *Igualdad, diferencias y desigualdades*. Distribuciones Fontamara.
- Añon, M. y García, J. (2004). *Lecciones de derechos sociales* (2.<sup>a</sup> ed.). Tirant lo Blanch.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra Editores.
- Barbera, A. (2000). *Le basi filosofiche del costituzionalismo* (4.<sup>a</sup> ed.). Editori Laterza.

- Barberis, M. (2008). *Ética para juristas* (Á. Núñez Vaquero, trad.). Trotta.
- Bovero, M. (2002). *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores* (L. Córdova Vianello, trad.). Trotta.
- Capella, J. R. (2019). *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado* (3.<sup>a</sup> ed.). Trotta.
- Céspedes, G. (2009). *América Hispánica (1492-1898)*. Fundación Jorge Juan-Marcial Pons.
- Colomer, J. L. (2002). Libertad individual y límites del derecho. El liberalismo y sus críticos. En E. Díaz y J. L. Colomer (eds.), *Estado, justicia, derechos*. Alianza Editorial.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06a Demanda de inconstitucionalidad contra los arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la Ley 599 de 2000 Código Penal. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012a). Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012. [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012b). Caso Artivia y otros vs. Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)
- Fernández, M. (2008). Matrimonio y diversidad sexual: la lección sudafricana. En R. Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Abeledo Perrot.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (2.<sup>a</sup> ed.; P. A. Ibáñez y A. Greppi, trads.). Trotta.

- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*. Trotta.
- González, J. (2004). *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*. Tirant lo Blanch.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Gedisa.
- Iglesias, J. (1958). *Derecho romano. Instituciones de derecho privado* (3.<sup>a</sup> ed.). Ediciones Ariel.
- Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta.
- Malem, J. (2003). La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart. En R. Vázquez (comp.), *Derecho y moral. Ensayos de un debate contemporáneo*. Gedisa.
- Nugent, G. (2006). El orden tutelar. Para entender el conflicto entre sexualidad y políticas públicas en América Latina. En VV. AA, *La trampa de la moral única. Argumentos para una democracia laica*. CLADEM.
- Nugent, G. (2003). Estado laico y libertad de opinión: del tutelaje al pacto político. En *Estado laico. A la sombra de la Iglesia*. Cuaderno de Debate; Flora Tristán; Programa de Estudios de Género; Unidad de Post-grado de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Onfray, M. (2018). *Tratado de ateología*. Anagrama.
- Pachas, M. (2014). El derecho al matrimonio: un modelo para armar. *Desde el Sur. Revista de Ciencias Humanas y Sociales de la Universidad Científica del Sur*, 6(1).
- Pasara, L. e Indacochea, C. M. (2014). *Cipriani como actor político*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Peces-Barba, G. (2004). *Lecciones de derechos fundamentales*. Dykinson.

- Pérez, A. (2007). *Dimensiones de la igualdad* (2.<sup>a</sup> ed.). Dykinson; Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; Universidad Carlos III de Madrid; Fundación El Monte.
- Perez Luño, A. E. (2004). *Los derechos fundamentales*. Tecnos.
- Rosenfeld, M. (1998). Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional en derechos y libertades. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*.
- Rovelli, C. (2018). *El nacimiento del pensamiento científico. Anaximandro de Mileto*. Herder.
- Russell, B. (2012). *¿Por qué no soy cristiano?* Edhasa.
- Pitch, T. (2003). *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad* (C. García Pascual, trad.). Trotta.
- Savater, F. (2007). *La vida eterna*. Ariel.
- Tribunal Constitucional (2004). Expediente n.º 2016-2004-AA/TC. Lima: 5 de octubre de 2004. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional (2006). Expediente n.º 2273-2005-PHC/TC. Lima: 20 de abril de 2006. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>
- Tribunal Constitucional (2009). Expediente n.º 02005-2009-PA/TC. Lima: 16 de octubre de 2009. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html>
- Tribunal Constitucional (2011). Expediente n.º 00019-2010-PI/TC. Lima: 21 de junio de 2011. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00019-2010-AI.html>
- Touraine, A. (2015). *¿Qué es la democracia?* Fondo de Cultura Económica.
- Vásquez, R. (2006). *Entre la libertad y la igualdad. introducción a la filosofía del derecho*. Trotta.