FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

"ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA GUÍA TÉCNICA DE ABORTO TERAPÉUTICO"

Tesis presentada por el Bachiller en Derecho*:*

ANDRÉS DELGADO CÁCERES

Para optar el título profesional de abogado

Asesor: Devora Katheryn Franco García de Cruz

AREQUIPA, 2017

DEDICATORIA

A Dios.

A mis abuelos, por su infinito apoyo.

A mis padres y hermanos, por acompañarme en los momentos más duros.

INDICE

CAPÌTULO I: EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO 1

1. El reconocimiento del derecho a la vida como premisa para el goce de los demás derechos. 1
2. El derecho a la vida del concebido en el ordenamiento jurídico peruano 4
3. Más allá del "conflicto de jurisdicciones": las cláusulas de interpretación conforme y el principio *pro homine* como clave interpretativa e integradora para la protección del derecho a la vida del concebido.... 16

CAPÌTULO II: EL ABORTO TERAPÉUTICO Y LA GUÍA TÉCNICA NACIONAL DE INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO 19

1. El aborto terapéutico en el ordenamiento jurídico peruano y su regulación previa a la guía técnica .. 19
   - 1.1 La regulación del aborto terapéutico 19
   - 1.2 El aborto terapéutico como estado de necesidad exculpante 25
2. El caso L.C vs. Perú como precedente fundamental para la promulgación de la Guía técnica 30

CAPÌTULO III: ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA GUÍA TÉCNICA Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE NORMAS.....35

1. La guía de aborto terapéutico y su contenido: Análisis de compatibilidad constitucional 35
2. Consecuencias jurídicas a la promulgación de la Guía Técnica 48
3. El control constitucional de normas 51
   - 3.1 Concepto y finalidad..... 51
   - 3.2 Tipos de inconstitucionalidad de normas..... 52
4. Propuesta: La acción popular como medio idóneo para derogar la GT 57

CONCLUSIONES 62

BIBLIOGRAFIA CITADA 65

RESUMEN

El trabajo de investigación tiene por objeto demostrar que la Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la Gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del embarazo menor de 22 Semanas con consentimiento Informado en el marco de lo Dispuesto en el artículo Nº 119 del Código Penal, no es compatible con el ordenamiento jurídico peruano. En ese sentido, mediante el estudio del reconocimiento del derecho a la vida del concebido así como del análisis de la naturaleza jurídica del aborto terapéutico y de la propia norma, lograremos probar su incompatibilidad constitucional, para finalmente presentar a la acción popular como medio idóneo para conseguir su derogación y consecuente expulsión del ordenamiento jurídico.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Perú, vigente desde 1993 establece en su artículo segundo, inciso primero: "Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece."[1].

Desde la promulgación el 27 de junio de 2014 de la "Guía Técnica Nacional para la Estandarización del Procedimiento de la Atención Integral de la Gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119º del Código Penal" (en adelante GT), se ha fomentado en nuestro país un debate multidisciplinario, entre quienes, por un lado afirman la vigencia irrestricta del derecho a la vida del concebido, y por lo tanto esta norma es abiertamente inconstitucional y por el otro, un sector que establece que la norma es constitucional y protege el derecho a la salud de las mujeres.

Dicho tema es de suma importancia, debido a que está en riesgo una vida humana; razón por la cual surge la imperiosa necesidad de realizar una investigación que contenga un análisis de compatibilidad constitucional de la norma en cuestión, a fin de dilucidar si la norma es compatible o no con el orden constitucional peruano.

Bajo esta premisa, el objeto de estudio de nuestro trabajo es la compatibilidad constitucional de la Guía Técnica con el ordenamiento jurídico peruano, especialmente con la Constitución Política del Perú, teniendo en consideración el art. 2 inciso 1.

En mérito a ello, el propósito del presente trabajo es demostrar que la Guía Técnica no es compatible con el orden constitucional peruano, evidenciando las falencias de la misma y cómo su contenido es una afrenta a lo establecido por nuestro ordenamiento legal, que tutela y garantiza bajo toda circunstancia el derecho a la vida del concebido.

Para dar respuesta a nuestro objetivo principal, nuestra labor se dividirá en tres capítulos concretos. En el primero de ellos, explicaremos cómo el derecho a la vida es la premisa

[1] Art. 2 inciso 1, Constitución Política del Perú de 1993.

para el goce de los demás derechos, para posteriormente identificar cómo se ha regulado el derecho a la vida del concebido en el ordenamiento jurídico peruano. Además tendremos oportunidad de estudiar la regulación en el sistema interamericano de derechos humanos a través de la sentencia Artavia Murillo vs. Costa Rica – sin pretender hacer un análisis exhaustivo de la decisión–, y para culminarlo; realizaremos un estudio del principio pro homine, como clave para armonizar lo regulado por el ordenamiento jurídico nacional con aquello dispuesto por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

A continuación, en el segundo capítulo, estudiaremos los fundamentos del aborto, así como la regulación jurídica en casos de "aborto terapéutico". Al momento de estudiar la regulación del aborto terapéutico, no buscamos realizar un extenso trabajo relacionado con la naturaleza penal de la conducta regulada en el art. 119, pero sí dejar en claro nuestra postura de que sea considerado un estado de necesidad exculpante. De igual forma, tendremos oportunidad de estudiar de manera breve pero concisa, el caso L.T vs. Perú; que generó la promulgación de la norma materia del trabajo de investigación.

Para culminar el trabajo, en el tercer capítulo nos centraremos en conceptualizar qué es el control constitucional de normas, para posteriormente explicar y argumentar por qué consideramos que la Guía Técnica no es compatible con el orden constitucional peruano, desde el aspecto formal y sustantivo; utilizando para ello toda la información de los dos capítulos anteriores. Adicionalmente, a manera de propuesta desarrollaremos brevemente qué acción y ante qué instancia del Estado es posible interponer una acción para derogar la norma materia del trabajo.

CAPÍTULO I

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

1. El reconocimiento del derecho a la vida como premisa para el goce de los demás derechos.

Nuestra Constitución establece: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."[2]. Este artículo constituye la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas, y por ello es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político como del modelo económico y social.[3]

La dignidad humana es un concepto vital en tanto es el principio primero de nuestro ordenamiento jurídico y es definida como el presupuesto de los derechos humanos[4] y considerado "(…) principio constitucional portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres, que prohíbe consiguientemente, que la persona sea un mero objeto del poder del Estado (…)"[5]. A su vez es valorado como"(…) el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático"[6].

Esta dignidad, debe ser entendida como libertad ontológica debido a que se trata de una libertad contingente y no absoluta, cuyo límite intrínseco se constituye en la naturaleza humana[7], es decir, en su condición de persona, lo que el hombre es y aquello a lo que se

---

[2] Art. 1 Constitución Política del Perú de 1993.

[3] C. LANDA, "*Dignidad de la persona humana",* Cuestiones Constitucionales, N° 07, (2002), p. 110.

[4] A. PEREIRA - MENAUT, *Lecciones de Teoría Constitucional*, Colex, Madrid , 2010, 3a ed., p. 452 y ss. citado por A. PEREIRA - MENAUT y C. PEREIRA SÁEZ, "De nuevo sobre la dignidad humana", *Cuadernos de Bioética,* N° 2, (2014), p. 231, nota 1, disponible en: **http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87532349003.** (último acceso 12-10-2016)

[5] P. HÄBERLE, "Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft", en Isennee y Kirchof (eds.), Handbuch des Staats Rechts, t. I: Grundlagen von Staat und Verfassung, C. F. Müller, 1987, p. 822 citado por C. Landa Arroyo, "Dignidad de la persona humana", *Cuestiones Constitucionales* (2002), p. 112 nota 7, disponible en:**http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88500704 (**último acceso 12-10-2016)

[6] J. HABERMAS, "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", *Diánoia,* vol.LV, núm. 64 (2010), p. 10.

[7] Por naturaleza humana debemos entender la esencia integral del hombre, que incluye, ciertamente, "los componentes biológicos de la realidad humana, pero también su superación histórica por la libertad

orienta a ser dinámicamente a través de sus relaciones, sus fines o bienes fundamentales.[8]

Asimismo, la dignidad humana remite a un presupuesto esencial, el valor que todo ser humano tiene en sí mismo, con independencia de cualquier otro factor, lo cual le hace merecedor de un respeto incondicionado.[9] Por tanto, la dignidad de la persona remite a una cualidad exclusiva, indefinida y simple del ser humano, que designa su superioridad frente al resto de los seres, con independencia del modo de comportarse[10], surgiendo la exigencia para los Estados de protegerla y garantizar su vigencia.

La relación estrecha entre dignidad y derecho a la vida se manifiesta debido a"(…) la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección (de la dignidad);[11] No solo eso, sino que según el maestro Fernández Sessarego, el reconocimiento del derecho a la vida requiere: "(…) el deber de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, así como de los diversos órganos del Estado, de **proteger de una manera preventiva, integral y unitaria a la persona**. Esta protección comprende tanto su estructura psicosomática como su libertad proyectiva, fenoménica, hecha acto, conducta, comportamiento."[12]

---

creadora de la cultura. La libertad y la razón forman parte, pues, de la naturaleza humana en el sentido amplio y propiamente filosófico del término" A. LÉONARD. El fundamento de la moral. Madrid, 1997, BAC citado por J. VELÁSQUEZ, "El necesario rescate de los conceptos naturaleza y naturaleza humana de cara a la reflexión en la bioética y el bioderecho", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,* N° 115, (2011), p. 421. La naturaleza humana es la esencia del hombre en cuanto principio de operación. La esencia es aquello en cuya virtud el hombre es precisamente hombre, por lo cual allí donde hay un hombre allí está la esencia humana. J. HERVADA, *Lecciones de filosofía del derecho,* Pamplona, Eunsa, 1991, p. 98. Lógicamente la esencia no puede estar sujeta al cambio histórico, por una evidente razón: si la esencia –la naturaleza– tuviese una dimensión histórica de cambio, cambiaría el hombre en cuanto hombre J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural,* México D.F, Minos, 1996.

[8] J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales,* Trad. C. ORREGO SANCHEZ, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 113-129 citad por J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como…,* cit., p.103 nota 231.

[9] R. SPAEMANN, Lo natural y lo racional: Ensayos de antropología, trad. D. INNERARITY Y J. OLMO, Rialp, Madrid, 1989, pág. 94; A. GONZÁLEZ, Naturaleza y dignidad, Eunsa, Pamplona, 1996, pág. 45 y ss citado por A. APARISI, "*El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global",* p. 207 nota 32.

[10] A.M GARCÍA CUADRADO, "Problemas constitucionales de la dignidad de la persona", op.cit., pág.460. citado por A. APARISI, "*El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global,* p. 207, nota 34.

[11] STC Exp. N° 01535-2006-PA/TC, del 31 de enero de 2009, F.J. 83.

[12] C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, "Defensa de la persona" en W. GUTIÉRREZ CAMACHO (Director), *La Constitución Comentada,* Gaceta Jurídica, Lima, 2013, 2ª e., p. 45.

Por su parte, el profesor Rubio Correa indica que "el derecho a la vida consiste en que cada ser humano tiene el derecho de no ser muerto sino por causas naturales. Sin embargo, no es derecho sobre la vida en el sentido que la persona puede disponer de ella según su parecer."[13]

Bajo la misma línea, no se puede pretender defender a la persona humana y su dignidad, si no se garantiza este derecho primero como **presupuesto para ejercer el resto de derechos**, tal como lo estableciera también nuestro Tribunal Constitucional: "El derecho a la vida es el primero de los derechos fundamentales, ya que sin este no es posible la existencia de los demás derechos. No solo es un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico"[14]

De igual forma, para sustentar nuestra posición es importante reiterar que es"(…) 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"[15]

Este derecho tiene dos dimensiones:

- Dimensión formal: Por un lado, involucra todo el ámbito fisiológico funcional del ser vivo. La vida como proceso natural, no se inicia en rigor con el nacimiento de la persona –aunque ciertamente a partir de allí se dé su principal manifestación- sino que se proyecta desde el significativo momento en que acontece la concepción.[16]

- Dimensión material: Por el otro, se resalta el hecho que la vida no se agota con el aspecto fisiológico funcional, sino que es una verdadera oportunidad para que la persona pueda alcanzar su proyecto de vida. Guarda especial conexión con la

[13] M. RUBIO CORREA, *Estudio de la Constitución política de 1993 Tomo I*, Fondo Editorial PUCP, 1999, p. 124
[14] STC Exp. N° 06057-2007-PHC/TC, del 19 de diciembre de 2007, F.J. 6.
[15] STC Exp. N° 01535-2006-PA/TC, del 31 de enero de 2009, F.J. 83.
[16] L. SÁENZ-DÁVALOS, "El derecho a la vida y la interrupción voluntaria del embarazo", *Revista Jurídica del Perú*, N° 29, (2001),p. 2,

dignidad humana como base del sistema material de valores de nuestro sistema jurídico.[17]

Así podemos afirmar que el derecho a la vida, es el presupuesto para el goce de los demás derechos y principio primero sobre el cual reposa nuestro ordenamiento jurídico, generando situaciones que merecen la tutela del Estado.

2. El derecho a la vida del concebido en el ordenamiento jurídico peruano

El texto de nuestra Constitución establece: Toda persona tiene derecho: A la vida (…) El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece."[18]. En este inciso se reconoce expresamente el derecho a la vida del concebido y se le otorga calidad de sujeto de derecho[19], generando para el Estado, la obligación de proteger sus derechos.

Desde que esta redacción fuera propuesta en la Comisión de Constitución, fue respaldada por diferentes congresistas, quienes expresaron la voluntad de otorgar protección jurídica al concebido[20]. De igual manera, posterior a su aprobación en la Comisión, dicho texto

[17] STC Exp. N° 00489-2006-PHC/TC, del 25 de enero de 2007, F.J. 14.

[18] Art. 2 inciso 1, Constitución Política del Perú de 1993.

[19] "El sujeto de derecho es el centro de imputación normativa, entendida como el enlace de todos los actos que constituyen un sector del ordenamiento jurídico. Por eso debe considerarse que es persona no un ente, sometido a la causalidad natural, sino el resultado de esa imputación normativa establecida por el derecho". M. ALZAMORA VALDEZ, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Editorial Eoldi, 1978, p. 131. "El sujeto de Derecho es el ser humano que es tal desde su concepción hasta su muerte, considerado individual (persona natural o física) o colectivamente (persona jurídica)". A. TORRES VASQUEZ. *Introducción al Derecho*, Editorial Temis, Lima, Perú, 2001, 2ª ed., p. 379. "El sujeto de Derecho es el ser humano que es tal desde su concepción hasta su muerte, considerado individual (persona natural o física) o colectivamente (persona jurídica)" C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, Editorial Cultural Cuzco, Lima-Perú, 5ta Edición, 1992, p. 28. "Aquel ente al cual el ordenamiento jurídico imputa deberes y derechos" J. ESPINOZA, *Derecho de las Personas* Editorial Huallaga, Lima, 2001, 3ª ed., p.22.

[20] Como referencia, el entonces congresista Ferrero Costa defendía la protección del derecho a la vida del concebido diciendo: "(…) estimamos que el considerar la protección al que está por nacer implicaba, de hecho, una posición principista adversa al aborto**,** contenida en la Constitución peruana y que debe de seguir estando así. (…) la vida humana no le pertenece a aquel que la lleva como tránsito para concebirla, sino a aquel que en sí mismo la posee, que es el que está por nacer. Ésa es la parte que nosotros consideramos muy importante que siga existiendo en la Constitución como una línea orientadora no sólo para el derecho penal, sino para la conducta general de los ciudadanos, y que además está en concordancia con las convicciones religiosas mayoritarias de nuestra población". C. FERRERO COSTA, *Debate Constitucional 1993 Comisión de Constitución y Reglamento Tomo I,* Congreso de la República, Lima, 2008, p.62. "Considero que con esta redacción vamos a tener un ambiente de mayor cobertura y protección para todo lo que significa la vida. (…) sin dejar margen para que se piense que estamos admitiendo, presuntamente, la posibilidad de que se pueda maniobrar contra la vida en todos los casos en los que no hubiera la inmediatez del nacimiento." R. CÁCERES VELÁZQUEZ, *Debate Constitucional 1993 Comisión de Constitución y Reglamento Tomo I,* Congreso de la República, Lima, 2008, p.86. "(…) El concebido es un sujeto de derecho y por eso

entró al debate en el Pleno del Congreso, donde la postura fue respaldada unánimemente hasta su aprobación[21], con intervención de diferentes congresistas y juristas.[22]

Sin perjuicio de lo anterior, debemos dejar en claro también que existen autores que expresan su desacuerdo con la protección que se le ha otorgado al concebido en la Constitución, así como autores que afirman que el concebido no es persona, y por lo tanto no puede ser sujeto de derechos ni de protección jurídica alguna.[23]

Debemos aclarar también, que no es materia del presente trabajo profundizar en debatir o argumentar, a la luz de las diferentes disciplinas, dichos criterios[24] , pues partimos de la premisa que la vida humana se inicia desde la concepción[25], es decir desde el momento de la unión del espermatozoide y el óvulo conforme lo establece nuestro ordenamiento jurídico que será desarrollado en adelante. Por lo tanto, el Estado peruano debe tutelar

---

respetamos tener el derecho a la vida, porque, en la medida que es una vida, tiene ya un derecho en sí. No tenemos que imaginarnos que haya nacido para que tenga derechos; ya los tiene por ser vida humana, y esta vida humana la adquiere en el momento que es un concebido." R. MARCENARO FRERS, *Debate Constitucional Pleno 1993 Tomo I,* Congreso de la República, Lima, 1998, p. 60.

[21] Queremos dejar constancia que este inciso, fue aprobado en la Comisión de Constitución por seis votos a favor y dos en contra, y posteriormente, al ser sometido para debate y posterior votación en el Pleno del Congreso, fue aprobado por unanimidad con la presencia de cincuenta y cinco congresistas, por lo que fue incluido en el actual texto de nuestra Constitución.

[22] Chirinos Soto, considera que: "Hay un positivo tratamiento de la figura del aborto, en que los codificadores han seguido los dictados de nuestra tradición cristiana y la inspiración de la Constitución de 1979, que otorga derechos y personalidad al simplemente concebido." E. CHIRINOS SOTO Y F. CHIRINOS SOTO, *La Constitución lectura y comentario,* Rodhas, Lima, 2007, 5ª ed., p. 38. Aunado a ello, Chanamé Orbe, agrega otro elemento importante a lo expresado por Chirinos Soto, pero esta vez escribe criticando las distinciones abstractas en los documentos internacionales en lo referido a "ser humano" y "persona humana" pues para él "(…) representa una distinción artificial sin fundamento filosófico pues todo ser humano, desde su concepción y hasta su muerte, posee el derecho inviolable a la vida y merece todo el respeto debido a que debe ser considerado como persona humana. R. CHANAMÉ ORBE, *Comentarios a la Constitución*, Jurista Editores, Lima, 2009, 5ª ed., p. 107.

[23] Sustentan que la vida comienza desde la anidación (catorce días desde la concepción) o desde el momento que el feto es viable. Otros inclusive indican que mientras no exista actividad cerebral no puede ser considerado persona, al no tener ciertas características. Lo anteriormente afirmado, constituyen elementos que permiten entender la postura de quienes no están de acuerdo en darle protección jurídica al concebido.

[24] Es el caso de Sáenz Dávalos, quien afirma que "(…) la noción de persona, solo se refiere a quien ha nacido, mas no así a quien está por nacer (…)" y por lo tanto, que a pesar que es "(…) perfectamente admisible que el proceso existencial comprenda, tanto al nacido como al por nacer, ello tampoco significa ni debe entenderse como que ambas situaciones respondan a supuestos exactamente iguales" L. SÁENZ DÁVALOS, *Derecho a la vida y la integridad moral, psíquica y física* en W. GUTIÉRREZ CAMACHO (Director), *La Constitución Comentada Tomo I,* Gaceta Jurídica, Lima, 2013, 2ª ed., p.49.

[25] La concepción es un acto, un momento, donde se efectúa un proceso biológico denominado fecundación. La fecundación se define como la fertilización de un ovulo mediante un espermatozoide. Es decir la unión de un gameto masculino con otro femenino. R. CRUZ-COKE, *Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana,* p. 121, disponible en: http://www.scielo.cl/pdf/rcp/v51n2/art06.pdf (último acceso: 23.11.15)

los derechos del concebido de la misma forma como se protegen los derechos del resto de sujetos de derecho, inclusive con mayor celo, debido a su condición de suma vulnerabilidad.

Abordaremos ahora, el análisis del texto de dos cuerpos normativos importantes como son el Código Civil (en adelante CC) y el Código de los Niños y Adolescentes (en adelante, CNA), para conocer a profundidad cómo el derecho a la vida del concebido ha sido consagrado en ellos, y seguir mostrando su reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Nuestro Código Civil de 1984[26], establece: "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. 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."[27]

Podemos apreciar como principal innovación en éste último texto, la inclusión expresa del término concebido. "El Código Civil consagra una concepción a su vez original e innovadora que marca una clara diferencia dentro de la historia de la legislación peruana, así como en el ámbito de la legislación comparada. (…) Descarta la ficción latina, reconoce al ser humano antes de su nacimiento un verdadero estatus jurídico y define a partir de éste, un régimen jurídico particular (…)"[28]

Todo análisis referido a los derechos del concebido debe efectuarse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 del Código, en razón de que se trata-como ha dicho Monge[29]- de una norma de orden público y de carácter imperativo. Es lógico entonces, que el resto de normas relacionadas a este sujeto de derecho, deban ser analizadas e interpretadas a la luz del artículo.[30]

[26] Luego de casi veinte años desde la instalación de la Comisión Reformadora (1965) liderada por los mejores juristas de nuestro país, pudo promulgarse el texto en mención.
[27] Art. 1 Código Civil de 1984.
[28] L. MONGE TALAVERA, "Principio de la Persona y de la Vida Humana", en *Código Civil Comentado Tomo I,* Gaceta Jurídica, Lima, 2011, 3ª ed., p. 197.
[29] Ibídem, p. 75.
[30] E. VARSI ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de las Personas,* Gaceta Jurídica, Lima, 2014, 1ª ed., p. 184.

A partir de la afirmación "la vida humana comienza desde la concepción", se desprende el reconocimiento y aceptación[31] por parte del ordenamiento peruano que "(…) la vida humana, de acuerdo con los hallazgos de la ciencia y los aportes de la filosofía, se inicia con la concepción, en el instante de la singamia". Asimismo, se le brinda una situación de privilegio al otorgarle calidad de sujeto de derecho[32].

De igual forma, desarrolla el concepto de concepción como "(…) un acto, un momento, donde se efectúa un proceso biológico denominado fecundación. La fecundación se define como la fertilización de un ovulo mediante un espermatozoide. Es decir la unión de un gameto masculino con otro femenino."[33] Por ello, para el Código Civil, esta unión que genera al cigoto, célula altamente especializada y toti potente marca el inicio de cada uno de nosotros como individuo único," decantando en la necesidad de una protección especial. [34]

Por su parte, la afirmación "para todo cuanto le favorece", implica responder a la pregunta, hasta qué punto es o cuál es el alcance de la protección generada para el concebido. Para algunos autores, limitaría *a priori,* la protección de derechos del concebido al ámbito patrimonial, sin tomar en consideración su condición de vulnerabilidad, e ignorando completamente la intención que tuvo el legislador al momento de redactar el texto.

---

[31] No obstante lo anteriormente afirmando, es importante recalcar que no todos los sectores de la doctrina están de acuerdo con la forma de la regulación en el Código Civil, y mucho menos con el concepto vigente de concepción, pues indican: "La concepción de un ser humano supone, además de la unión del elemento reproductor masculino al femenino (fecundación), la formación del embrión, seguida de su implantación y de su anidación en el útero materno. (…) De la cual se desprende que el embrión creado in vitro no es un sujeto de derecho.". Con esta interpretación, buscan que se adopte una teoría diferente a la vigente respecto de la naturaleza jurídica del concebido, dejándolo desprotegido y quitándole los derechos que actualmente se encuentran reconocidos hasta el momento que "sea viable".
Bajo la misma línea, Monge Talavera realiza una crítica también hacia la tutela del concebido, y expresando un tema que le preocupa mucho, como es el "derecho a decidir". Para ello afirma que el concebido no tiene autonomía vital, por tanto "no es posible ni razonable entonces pretender que la mujer encinta no tiene ningún derecho a decidir sobre el destino de su gestación (…) El reconocimiento de un pretendido derecho absoluto a la vida conduciría a desdeñar de plano la libertad y la autonomía de la mujer." En este comentario, plantea como si el concebido, fuese una especie de obstáculo para el pleno desarrollo de la mujer; mostrando una postura conflictivista entre el derecho del concebido a la vida, y el derecho al libre desarrollo de la mujer.

[32] C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *La Constitución Comentada Tomo I,* Lima, Gaceta Jurídica, 2a edición, 2013, p. 92

[33] R. CRUZ-COKE, *Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana,* p. 121, disponible en: http://www.scielo.cl/pdf/rcp/v51n2/art06.pdf (último acceso: 23-11-15)

[34] K.L MOORE Y T.V. PERSAUD, *The Developing human,* Saunders Company, Philadelphia, 1998, p. 18.

El profesor Juan Espinoza Espinoza, indica: "El art. 1 del Código Civil peruano solo se refiere a los derechos patrimoniales. Sin embargo, al establecer que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, este es titular, por antonomasia, de los derechos extra patrimoniales, tales como el derecho a la vida, a la integridad, entre otros (…)."[35]

No sólo eso, sino que otro sector de la doctrina afirma también que no es necesario enumerar los derechos que serían atribuibles al concebido, debido a que siendo persona humana, sujeto de derecho le corresponden por lo tanto aquellos inherentes a su dignidad y naturaleza"(…), estos derechos (vida, integridad psicosomática, etc.) son inherentes al ser del concebido. Ellos por su propia calidad, no están sujetos a condición alguna."[36]

El Código de los Niños y Adolescentes[37], de manera similar a sus antecedentes[38] establece en su título preliminar: "Se considera **niño a todo ser humano desde su concepción** (…)."[39] El CNA reconoce al concebido como niño, y posteriormente declara que el niño tiene derecho a la vida. Para nosotros, esta afirmación implica el reconocimiento incuestionable de derechos al concebido, garantizando no solo los de carácter patrimonial, sino también el más importante: el derecho a la vida. Otorgar la calidad de niño al concebido, implica *latu sensu,* la necesidad de proteger sus derechos de manera indubitable.

No solo eso, sino que también, en concordancia con lo establecido en el CC, y utilizando el mismo lenguaje: "El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece (…).[40] Y se estableció: "**El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la**

[35] J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas,* Grijley, Lima, 2012, 6ª ed., p. 47
[36] C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas,* cit., p. 66.
[37] El CNA fue promulgado mediante ley N° 27337, el 07 de julio del año 2000.
[38] En el derogado Decreto Ley N° 26102, se definió en el artículo 1 al niño de la siguiente manera: "Se considera **niño a todo ser humano desde su concepción** (…)."Art. 1, Decreto Ley N° 26102, de fecha 24 de diciembre de 1992.
[39] Art. 1 del Título Preliminar, Código de los Niños y Adolescentes.
[40] Art. 1 del Título Preliminar, Código de los Niños y Adolescentes.

concepción, garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental".[41]

Desde el aspecto legislativo, y de la redacción de todos los cuerpos normativos estudiados, se aprecia que se ha trabajado con la total intención y decisión de concordar una visión unitaria de protección, tutela y salvaguarda del derecho a la vida del concebido. No se trata de "coincidencias" ni acontecimientos fortuitos los que han llevado a que nuestra legislación se encuentre orientada a esta protección, sino a una verdadera identidad y vocación de tutela al concebido y sus derechos.

Todo lo anteriormente señalado, ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional (en adelante TC) a través de la sentencia caso Píldora del día siguiente Nº 2005-2009 del 16 de octubre de 2009[42], respecto del reconocimiento del derecho constitucional a la vida del concebido, por lo que nuestra labor será más de carácter expositiva que argumentativa.

La línea argumentativa que sigue el TC para resolver tiene dos derroteros. El primero, se encargar de exponer todo lo relativo a la división en el ámbito científico y jurídico de cuándo se da el inicio de la vida, si se da con la anidación o si es en la fecundación, y **termina demostrando que tanto fecundación como concepción son términos**

[41] Art. 1 Capítulo I, Código de los Niños y Adolescentes.

[42] El 29 de octubre de 2004, la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción" interpone una demanda de amparo contra el Ministerio de Salud (MINSA), para que se abstenga de: (i) Ejecutar el programa de distribución gratuita de la PDS en entidades públicas y (ii) distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta al Congreso; pues la PDS y sus componentes tienen propiedades abortivas, poniendo en riesgo el derecho a la vida del concebido.El MINSA solicita se declare improcedente puesto que existió un informe en el que se concluyó que la PDS está respaldada constitucionalmente, e inclusive por una resolución de decisión adoptada en atención al Informe Defensorial N° 78. El mencionado informe, realiza primero un estudio sobre los "derechos sexuales y reproductivos", para posteriormente exponer todo lo relacionado a la PDS y anexando informes científicos. Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 78, Anticoncepción oral de emergencia, Lima, 2004. Disponible en: http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_78.pdf (último acceso 12-10-2016) El MINSA indica que la PDS tiene estos efectos: a) Inhibe la ovulación, b) dificultando la migración espérmica y c) afectando **levemente** el endometrio, no estando acreditado que el último de los efectos sea suficiente para impedir la implantación, por lo que no sería abortiva. Finalmente, el TC, resuelve en mayoría declarar la demanda fundada, ordenando que el MINSA no lleve a cabo la distribución gratuita de la PDS como política pública. No debemos olvidar que la interpretación judicial, incluso la interpretación del Derecho escrito, en cierta medida siempre es creación de Derecho.

equivalentes, constituyéndose ambos como criterio para la determinación del inicio de la vida en el ordenamiento jurídico peruano.

"(…) este Colegiado opta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, **forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. (…)**[43] [44]

El TC explica también la división en la comunidad científica sobre los efectos adversos de la PDS sobre el endometrio, por lo que el TC, ante la incertidumbre si existe o no una vulneración directa al derecho a la vida del concebido, declara fundada la demanda; buscando la defensa del menos favorecido a través del principio precautorio, *pro debilis y pro homine*[45]. De esta manera, se ordenó que el MINSA se abstenga de repartir la PDS en los establecimientos nacionales.

"Tanto por la normativa internacional como la nacional (constitucional como infra constitucional) resulta evidente que la vida es protegida desde la concepción; siendo ésta, por lo menos desde la perspectiva del Derecho aplicable a nuestro país, una cuestión ya determinada, y sobre la cual no tendría utilidad hacer en este momento disquisiciones mayores."[46]

[43] STC Exp. N° 2005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009, F.J. 38.

[44] Como opinión discordante respecto de la fundamentación de la sentencia, mas no sobre la parte resolutiva, el magistrado Mesía Ramírez expresa su rechazo a la línea argumentativa que se ha seguido: "(…) porque el inicio de la vida no es un tema que corresponda ser dilucidado por un juez, pues desde la perspectiva médica o genética aún es un hecho incierto (…)."

[45] Estos principios serán desarrollados de manera más extensa en los títulos posteriores. "(…) No obstante ello, el magistrado Mesía Ramírez a PDS no puede repartirse, porque es una regla de insoslayable cumplimiento estatal el principio "*in dubio pro homine"*. En caso de duda hay que estar por el derecho de la persona y si se desconoce los efectos de la PDS, el Estado no debe incluirla entre sus políticas de planificación familiar en los establecimientos públicos. (…)"STC Exp. N° 2005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009, Voto singular del Magistrado Mesía Ramírez, F.J 10.

[46] STC Exp. N° 2005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009, F.J. 19.

Respecto de la segunda línea argumentativa seguida por el TC, en relación a la incertidumbre alrededor de los efectos de la PDS sobre el endometrio, el Supremo Intérprete indica que al Estado le corresponde proteger al concebido, amparado en el principio precautorio[47], el cual es aplicado cuando existen "(…) actividades, procesos o productos que puedan afectar a la salud del ser humano. La salud humana es uno de los ejes fundamentales del recurso a este principio"[48].

El TC opta por utilizar este principio, para que se proteja al concebido y su vida, a través de la prohibición de reparto de forma gratuita de la PDS en los establecimientos públicos ante la incertidumbre que existe en el mundo científico. De igual forma, sustenta su posición indicando que ha utilizado todos los elementos y materiales que ha recibido para este proceso, pero que aún existe una duda razonable que no ha sido subsanada y su potencial efecto anti implantatorio, afectando de manera directa al concebido y su derecho fundamental a la vida.[49]

La ciencia, ha aportado elementos valiosos para este caso, pero han sido insuficientes para eliminar la duda razonable que tenía el Colegiado al momento de resolver la controversia; por lo que ordenó la abstención del reparto de la PDS al no esclarecer completamente sus efectos sobre el embrión y el endometrio.

Nosotros respaldamos la decisión del TC, debido a que fue concordante con la regulación que existe en el ordenamiento jurídico, enfatizando que la vida inicia desde la concepción y debe prevalecer el respeto irrestricto al derecho a la vida del concebido, más aún si existen aún dudas razonables respecto de la inexistencia de los efectos abortivos de la PDS.

No solo eso, sino que esta decisión está por encima de la medida cautelar emitida el 17 de agosto de 2016, por el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, que ordena al Ministerio de Salud el reparto provisional de la PDS[50]. Debemos recordar

[47] STC Exp. N° 2005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009, Voto singular del Magistrado Mesía Ramírez, F.J. 10.
[48] STC Exp. N° 2005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009, F.J 48.
[49] STC Exp. N° 2005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009, F.J 51.
[50] Decisión recaída en el Exp. Nº 30541-2014-18-1801-JR-CI-01, emitida el 17 de agosto de 2016.

finalmente, que lo resuelto por este juzgado, no configura un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, ni mucho menos modifica el criterio establecido en 2009 por el TC.

Por otro lado, es importante hacer referencia también a lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Artavia Murillo" y otros v. Costa Rica[51] [52] a fin de complementar el estudio que venimos realizando.

La Convención establece que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, **a partir del momento de la concepción**. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"[53]. Esta redacción se complementa perfectamente con lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, porque reconoce el derecho a la vida desde la concepción.

No obstante ello, la Corte IDH a través de la sentencia Artavia Murillo, modifica mediante decisión en mayoría, el criterio de interpretación de la CADH en el citado artículo[54].

[51] Los hechos fueron los siguientes: En Costa Rica, el 03 de febrero de 1995, se promulgó el Decreto Ejecutivo Nº 24029-S, que "autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales y regulaba su ejecución." En consecuencia, Hermes Navarro del Valle presentó una acción de inconstitucionalidad contra la norma, obteniendo una sentencia favorable de la Sala Constitucional de Costa Rica, de fecha 15 de marzo de 2000 y que declara inconstitucional el decreto ejecutivo; por lo tanto, la FIV se prohibió en Costa Rica. En consecuencia, el afectado inició un proceso ante la Corte IDH, la cual resolvió el caso el 28 de noviembre de 2012, declarando que el Estado Costarricense era responsable por vulnerar varios derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre ellos el derecho a fundar una familia, al respeto a su vida privada y a la igualdad ante la ley.

[52] Para muchos, la sentencia está fuertemente ideologizada por la corriente *pro-choice.* La corriente pro-choice es aquella que apoya la libertad de la mujer de decidir sobre su cuerpo, de la forma como lo vea conveniente, sin injerencia de ningún tipo. Ver más en www.prochoice.com. (último acceso 12-10-2016), y se demuestra a través del lenguaje y línea argumentativa expuesta en la decisión. Ver más en L. DE JESUS, "A pro-choice reading of a pro-life treaty: the Inter-American Court on human rights, distorted interpretation of the American Convention on human rights in Artavia v. Costa Rica", *Wisconsin International Law Journal*, Nº 02, Vol. 32, (2014), p. 226

[53] Art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[54] El magistrado Vio Grossi, quien fuera el mayor opositor a la sentencia indica el que considera debe ser el criterio dominante para la interpretación del art. 4.1: "En síntesis, para la Convención (Americana sobre Derechos Humanos), la vida de una persona existe desde el momento en que ella es concebida o, lo que es lo mismo, que se es "*persona*" o "*ser humano*" desde el "*momento de la concepción*", lo que ocurre con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. A partir de esto último se tiene, entonces, según aquella, el "*derecho… a que se respete* (la) *vida" de "toda persona"* y, consecuentemente, existe la obligación de que se proteja ese derecho. Sentencia Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación *in vitro"*), vs. Costa Rica, cit., p. 10 del voto disidente del juez Vio Grossi.

Primero, establece que no es posible otorgar cualidades metafísicas al embrión, ni mucho menos considerar a la fecundación como inicio de la vida, porque eso sería otorgar privilegio a cierta literatura sobre otra.[55]

> "(…) el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1[56] de la Convención Americana. (…) La Corte IDH concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención (…)" [57]

A pesar de haber afirmado que no corresponde otorgar privilegios de una literatura sobre otra, la Corte IDH le otorga primacía a la teoría de la implantación, sin siquiera haber realizado una clara y ordenada argumentación jurídica que lo respalde.

No solo eso, sino que para la Corte IDH "(…) de las palabras "en general", la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo (del embrión), debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general."[58]

Debemos indicar que, para resolver el caso, "a falta de mejores fuentes, la Corte IDH redefinió el término en base a una parte de la prueba científica aportada en el juicio y a la definición del término en el Diccionario de la Real Academia Española de 1956"[59], lo que demuestra, que a pesar de la necesidad de ahondar con la mayor acuciosidad posible en

---

[55] "(…) respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte IDH considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida.(…) Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida(…) (Sentencia Caso Artavia Murillo…, cit., F.J 185).

[56] "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción (…)".

[57] Sentencia Caso Artavia Murillo…, cit., F.J 264.

[58] Ibídem.

[59] L. De Jesús, J. A Oviedo Álvarez y, P.Tozzi., "El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (fecundación in vitro) : la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana "], *Prudentia Iuris*, Nº 75 (2013). p. 147, disponible en: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/caso-artavia-murillo-costa-rica.pdf (último acceso 17-10-16).

este tema de tanta relevancia, la sentencia adolece de un sustento y argumentación suficiente.

Además, la Corte IDH privilegia el lenguaje antes que los argumentos para favorecer su postura, incurriendo en una indebida motivación y arbitrariedad, descartando el resto de argumentos que no estaban acorde a la corriente *pro choice.*[60]

De igual forma, reiteramos también que la sentencia tiene una cuestionable motivación[61] y argumentación, puesto que se sabe que varios jueces tenían con anterioridad al caso, una posición personal sentada sobre el tema[62]

En suma, debemos señalar que los jueces ignoraron precedentes emitidos por la Corte IDH, en los cuales había expresado que: "El derecho a la vida no puede seguir siendo concebido restrictivamente, como lo fue en el pasado"[63]. Además, realizar interpretaciones del derecho a la vida desde esta concepción (teoría de la implantación), resultan tan restrictivas que, de ser aplicadas, eliminarían la presunción de un derecho a la vida del no nacido, convirtiendo el reconocimiento de éste en la excepción, en lugar de la norma[64]; y dejando como consecuencia, sin protección a los embriones que son parte de la FIV[65], a los cuales no se les reconoce derecho alguno.

En contraposición a lo resuelto por la mayoría, el magistrado Vio Grossi al terminar su voto disidente[66] insta a los Estados Parte de la Convención, a legislar adecuadamente

[60] Ver artículo de J. OVIEDO, P. TOZZI Y L. DE JESÚS, "El caso Artavia…cit." en el cual, los autores realizan la interpretación sistemática, histórica y evolutiva del texto de la Convención.

[61] Para L. de Jesús, la parcialidad judicial a favor del aborto en el caso Artavia, socavó la interpretación de buena fe de la CADH: los puntos de vista personales de los jueces respecto de la vida humana prevalecieron sobre la intención legislativa de la CADH, redefiniendo términos que ya tenían un significado claro. L. DE JESUS, "A pro-choice reading…" cit., p. 265.

[62] L. DE JESÚS, "Post Baby Boy v. United States Developments in the Inter-American System of Human Rights: Inconsistent Application of the American Convention's Protection of the Right to Life from Conception", pp. 467 y 469. *17 L. & BUS. REV. AM. 435* (2011), disponible en https://works.bepress.com/ligia_dejesus/6/ (último acceso 12-10-2016).

[63] Ver sentencia Caso "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", de 19 de noviembre de 1999, F.J. 3, voto concurrente conjunto de los jueces A.A Cancado Trindade y A. Abreu Burelli.

[64] J. OVIEDO, P. TOZZI Y L. DE JESÚS, "El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación in Vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la convención americana ", *Prudentia Iuris,* Nº 75, (2013), p. 150.

[65] Sentencia Caso Artavia Murillo…, cit., F.J 159.

[66] "(…) la Sentencia no exime en lo más absoluto a los Estados de cumplir, su turno, el suyo, cual es, en la especie, ejercer la función normativa que les corresponde en este caso, regulándolo conforme lo

controversias de este tipo, pues tienen un contenido mucho mayor al netamente jurídico, y se prestan para el manejo político, perjudicando los intereses de quienes mayor tutela necesitan.

A modo de colofón, en el caso de nuestro país, la regulación del derecho a la vida del concebido es opuesta a lo resuelto por la Corte IDH, por lo que es necesario esclarecer la relación de la sentencia con la investigación en tres puntos principales:

Primero, el Perú ha suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificando el Congreso dicho acto, y por lo tanto, se constituye como parte del ordenamiento peruano, en concordancia con lo establecido por la Cuarta Disposición Transitoria de nuestra Constitución que dice: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú."[67]

Segundo, la interpretación realizada por la Corte IDH contraviene lo establecido por la CADH y por el resto de normas del ordenamiento peruano, pero en mérito al punto primero, al ser parte de éste, el criterio de la Corte IDH sería "de observancia para el Perú".

Tercero, esta situación genera un conflicto directo y una contraposición entre la apreciación de la Corte IDH, con el criterio que tiene el TC Peruano, y el de todo el ordenamiento jurídico peruano. Queda preguntarse entonces, cómo resolver esta situación; y sobre todo qué jurisdicción debería prevalecer; si el ordenamiento peruano o las resoluciones de la Corte IDH. Nos dedicaremos a responder la pregunta en el siguiente título de nuestro trabajo.

---

consideren. De no hacerlo, se corre el serio riesgo, como en alguna medida acontece en autos, no solo de que la Corte IDH incursione en temas de esta naturaleza, los que, por lo mismo, reclaman un pronunciamiento más político, sino también que se vea obligada a asumir dicha función normativa, desnaturalizando su función jurisdiccional y afectando así el funcionamiento de todo el sistema interamericano de derechos humanos Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, cit., p. 22 del voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi

[67] Cuarta Disposición Transitoria, Constitución Política del Perú de 1993.

3. Más allá del "conflicto de jurisdicciones": las cláusulas de interpretación conforme y el principio *pro homine* como clave interpretativa e integradora para la protección del derecho a la vida del concebido.

Desde nuestra posición, resolveremos el supuesto conflicto de jurisdicciones en base al principio *pro homine*, como clave para una interpretación de conformidad y como puente que conecte, tanto la jurisdicción nacional como la internacional. Dicho principio permitirá para alcanzar una solución que busque la mayor protección a los derechos humanos, y por lo tanto, garantice el respeto del derecho a la vida del concebido.

La interpretación de conformidad, es una técnica en la que "los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos, signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales para lograr su mayor eficacia y protección".[68]

En mérito a esta interpretación, se debe buscar una adecuación entre los elementos que se interpretan, para armonizarlos juntos y así no llegar a una plena identidad de sus contenidos que terminen excluyéndose. Ambos elementos deben buscar de la mejor manera el mismo objetivo: la protección de los derechos fundamentales como fin último de todo sistema jurídico. [69]

Por esta razón, no cabe asumir una tesis dualista que otorgue primacía al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno ni a la inversa; sino que requiere, una solución integradora y de construcción jurisprudencial.

[68] E. FERRER MAC-GREGOR, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano, *Revista Estudios Constitucionales, Universidad de Talca,* Año 9, N° 2, 2011, pp. 549. Disponible en http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/articulo_13.pdf. (último acceso 12-10-2016)

[69] Debemos indicar también, que existen algunos criterios que indican que la interpretación de conformidad determina la necesaria prevalencia de un orden sobre otro. Por un lado están quienes afirman que toda interpretación debe estar supeditada a la Constitución, pero por otro lado, están quienes afirman que en mérito a las cláusulas de interpretación conforme, es la CADH la que debe prevalecer.

En nuestro ordenamiento jurídico, las cláusulas de interpretación conforme son dos: la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución Política del Perú y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. La primera afirma:

> "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

La segunda establece:

> "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte."

Ambas cláusulas reconocen la importancia de interpretar los alcances de los derechos al amparo de la Declaración Universal y de los tratados y tribunales internacionales sobre derechos humanos, pero bajo ninguna circunstancia establecen órdenes jerárquicos para la determinación de uno sobre otro.

Frente a esta situación, el principio *pro homine*[70] se muestra como clave hermenéutica y presta su mayor aporte porque permite comprender que la interpretación que debemos

[70] "Criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor de hombre" M. PINTO, "El principio *pro homine.* Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en M. ABREGÚ Y C. COURTIS (Comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales,* Del Puerto, Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Buenos Aires, 1997, p. 163 citado por
A. MELGAR RIMACHI, *El principio pro homine…,* cit., nota 589. Si existe una frase que lo resume a perfección es "Actuar siempre a favor de la persona"[70] o actuar a favor de la plena realización de todos y cada uno de los bienes, fundados en la dignidad del ser del hombre, y que promueven su correcto desarrollo. A. MELGAR RIMACHI, *El principio pro homine…,* cit., p. 165 y pp. 176-177.

realizar es aquella que privilegia la lectura del derecho a la vida de la forma más amplia, y no de manera restrictiva como lo plantea la Corte IDH.

Los derechos humanos son impostergables, y por lo tanto, pretender hacer una lectura de este tipo, es sumamente perjudicial para la persona humana, convirtiéndolo en víctima de un sistema jurídico nocivo, que olvida que debe estar centrado en la persona humana y la tutela de sus derechos más que en el sacrificio de los mismos[71].

Además, debemos dejar en claro que lo estipulado por la CADH se constituye más como un piso y no como un techo,[72] por lo que resulta imposible negar el reconocimiento al primer y más importante derecho para las personas. Cualquier efecto vinculante de los fallos de la Corte IDH para los tribunales nacionales, deberá ser necesariamente leído y aplicado en referencia a la persona humana, a la unidad de sus derechos y a todo aquello que favorezca su realización.[73]

En suma, no nos encontrábamos ante la duda si debíamos obedecer o desobedecer a alguna jurisdicción, por el contrario, el principio *pro* homine, al ser reconocido tanto por la CADH como por el ordenamiento jurídico peruano, permite interpretar los alcances del derecho a la vida, y orientar la decisión hacia la mayor protección de la persona, garantizando por lo tanto, la protección del derecho a la vida del concebido.

[71] Adicionalmente a lo anteriormente afirmado, queremos recalcar que no estamos de acuerdo en la aproximación de corte conflictivista de derechos y de jurisdicciones, porque dicha forma de resolver implica reconocer que los derechos son contrarios unos con otros, y al momento de resolver controversias entre ambos, indefectiblemente generará el sacrificio y postergación de uno sobre otro, perjudicando siempre a la persona.

[72] K. CASTILLA JUÁREZ, "Principio pro persona en la administración de justicia", *Revista Cuestiones Constitucionales.* UNAM, N° 20, 2009, p. 68. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88511735002(último acceso 12-10-2016)

[73] A. MELGAR RIMACHI, *El principio pro homine…,* cit., p. 178

CAPÍTULO II

EL ABORTO TERAPÉUTICO Y LA GUÍA TÉCNICA NACIONAL DE INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

1. El aborto terapéutico en el ordenamiento jurídico peruano y su regulación previa a la guía técnica

1.1 La regulación del aborto terapéutico

La Real Academia de la Lengua Española (RAE) define al aborto[74] como: "Interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas"[75] o como "muerte dolosa del feto en el útero o la violenta expulsión de este que causa la muerte del feto.[76]

Son varias las definiciones que podemos citar: "aniquilamiento del producto de la gestación en el periodo comprendido entre la anidación hasta antes que comience el parto, ya sea provocando su expulsión violenta o por su destrucción en el mismo vientre de la gestante".[77] "Nacimiento precipitado, antes de tiempo del fruto de la concepción y se puede producir por accidentes naturales de que debe dar cuenta la medicina o por la malévola mano del hombre, de lo que debe dar cuenta el derecho penal. El aborto como tipo penal describe en cualquiera de sus modalidades el atentado contra el embrión humano al que se le trunca violentamente en su maduración, desarrollo y proyección ulterior".[78] O "la acción lesiva que recae sobre la vida humana en formación, generando

---

[74] A inicios del siglo XX, para la doctrina francesa, el aborto "consiste en la comisión de maniobras culpables destinadas a causar la expulsión prematura del fruto de la concepción" R. GARRAUD, Traité théorique et pratique du droit penal française, t. V., París, 1924, 3ª ed., citado por J. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal Parte especial 2,* disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_04.pdf. (último acceso 12-10-2016) A mediados del siglo XX, Carrara lo definía como "la muerte dolosa del feto en el útero; o en su violenta expulsión del vientre materno, de la cual haya derivado la muerte del feto, poniendo en extremos del delito: la gravidez, el dolo, los medios violentos y la muerte consiguiente del feto. F. CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal, T. III*, Depalma, Buenos Aires, 1945, p. 1252 citado por R. FIGARI Y C. PARMA, *Homicidio y aborto en la legislación peruana,* Motivensa, Lima, 2010, p. 299, nota 1.

[75] Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Espasa, Madrid, 2014.

[76] F. CARRARA. *Curso de Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo II, Temis, p. 259 citado por E. Miranda Aburto, "El delito de aborto: La problemática de su despenalización desde una visión del Derecho Penal-Constitucional, *Gaceta Constitucional,* Tomo 41, (2011), p. 136.

[77] R. SALINAS SICCHA, *Derecho Penal Parte Especial,* Grijley, Lima, 2013, p. 152.

[78] J. VILLA STEIN, *Derecho Penal Parte Especial I-A,* San Marcos, Lima, 2004, 2ª ed., p. 156.

su eliminación, sea por vías físicas, psíquicas, mecánicas y artificiales, propiciando en todo caso la interrupción de la gestión, la muerte del feto."[79]

En síntesis, al aborto es el acto que pone fin, involuntaria o voluntariamente, la vida del concebido, a través de medios físicos, químicos y/o con ayuda de la ciencia médica.

Corresponde ahora, ingresar al tipo de aborto[80] que estudiaremos; denominado "aborto terapéutico"[81] que consideramos se trata de una manipulación lingüística.[82]

Para Varsi, aborto terapéutico es "la interrupción del estado de gravidez que practica un médico, con el consentimiento de la mujer embarazada para salvar su vida o evitarle en su salud un mal grave y permanente"[83].

Desde el punto de vida médico, es "la interrupción voluntaria de un embarazo antes de la viabilidad fetal (22 semanas o menos de 500 g), por razones de salud materna. (…) Se invocan aquí razones de tipo preventiva y curativa. Serían preventivas en el caso que se considerara que la gestación podría agravar o empeorar el pronóstico de una enfermedad

[79] A. PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal Parte Especial Tomo I,* Idemsa, Lima, 2009, p. 178

[80] Existen diferentes tipos de aborto como son: **Aborto espontáneo:** El proceso reproductivo humano aparece a simple vista como altamente ineficiente. Se ha llegado a calcular que hasta 65 % de los embarazos humanos terminan con una pérdida subclínica. La incidencia del aborto clínico en la población general varía de 10 % a 30 %, con un promedio de 15 %. **Aborto inducido:** El aborto inducido es la interrupción de un embarazo por intervención humana. Existen cuatro tipos de abortos inducidos: libre, eugenésico, por razones terapéuticas y por motivaciones mixtas. **Aborto libre:** Realizado bajo el supuesto derecho que tendría la mujer para interrumpir su embarazo. Las razones más frecuentes son las económicas y las sociales. Bajo este concepto, bastaría el hecho de ser un embarazo no deseado. **Aborto eugenésico:** Pretende la eliminación de un feto cuando se puede predecir con probabilidad o certeza que nacerá con un defecto o enfermedad. P. PACORA-PORTELLA, "Aborto terapéutico: realmente existe*?*"*, Acta Médica Peruana,* N° 04, vol. 31, (2014), p. 236.

[81] Colocamos en comillas el término porque consideramos se trata de una manipulación lingüística. Ver más en J. SCALA, "El dictamen del procurador: Ideología contra derecho" en I. MIRYAM HOYOS(Editor), *La Constitucionalización de las falacias,* Temis, Bogotá, 2005, p. 195. El fundamento de tal afirmación se ampara en la etimología de la palabra de origen griego therapeutikós, que quiere decir curación, remedio, tratamiento (http://lexicoon.org/es/terapeutico) pero el aborto es un acto que da muerte al concebido, y no tiene la propiedad intrínseca de curar o mejorar el estado de salud de la mujer, por lo que el término es una entelequia.

P. PACORA-PORTELLA, "Aborto terapéutico: realmente existe*?*"*, Acta Médica Peruana,* N° 04, vol. 31, (2014), p. 236.

[83] E. VARSI ROSPIGLIOSI. *Derecho médico peruano.* Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, 2001, p. 138

de base y curativa cuando se considera que el embarazo está causando un peligro para la vida de la madre. [84]

Se denomina entonces aborto terapéutico a situaciones en las cuales entra en conflicto la salud de la madre con la vida del feto, de forma tal que para proteger aquella se requiere lesionar la vida de este.[85]

Salinas Siccha afirma que estamos frente a un aborto terapéutico cuando el aniquilamiento del producto de la gestación efectuado por un profesional de la salud con el consentimiento de la gestante o de su representante legal (…) se realiza como única alternativa para salvar la vida de la gestante o en todo caso, evitarle un mal grave y permanente en la salud.[86] En suma, el "aborto terapéutico" es una interrupción del embarazo, en respuesta a circunstancias que ponen en peligro la vida y salud de la madre.

El articulo art. 119 del Código Penal[87] establece: "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**."[88]

Las principales características que se desprenden de la conducta definida como "aborto terapéutico", son las siguientes:

[84] M. Besio, "Consideraciones éticas sobre el aborto terapéutico", Boletín de la Escuela de Medicina de la Universidad Católica de Chile, Vol. 27, N° 1, 1998 disponible en http://escuela.med.puc.cl/publ/Boletin/Etica/ConsideracionesEticas.html (último acceso 12-10-2016)

[85] J.P. HERMOSILLA Y A. VAN WEEZEL, "Contrapunto: El Aborto Terapéutico", *Revista Chilena de Derecho,* N° 36, (2009), Disponible en:**<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014521013>**(último acceso 12-10-2016)

[86] R. SALINAS SICCHA, *Derecho Penal Parte…*cit., p.185.

[87] Algunos sectores de la doctrina consideran que incluir el aborto terapéutico en la parte especial del Código penal, es un error de técnica jurídica pues no se trata de una conducta delictiva. J. VILLA STEIN, *Derecho Penal-Parte Especial I-A.* Lima, Editorial San Marcos, 2ª edición, 2004, p. 183. Además, subyace en mérito al tipo objetivo, que el fundamento de la falta de castigo del aborto terapéutico se encuentra en sede de culpabilidad. P. GARCÍA CAVERO, "El derecho a la…"cit., p.201.

[88] Código Penal Peruano. Art. 119.

- Practicado por un médico: Por lo delicado de la situación, por lo grave y especializado del conocimiento que se requiere para la intervención, termina excluyendo a los odontólogos o farmacéuticos.[89]

- Consentimiento libre de la madre: Libre en el sentido que no ha mediado dolo, violencia o intimidación al momento de tomar la decisión, así como que ha estado en capacidad y condición de retirarlo en cualquier momento que lo considere necesario.[90]

  Expresar su consentimiento involucra también haber recibido la información respecto de todo el riesgo que involucra la entidad que aqueja a la paciente, así como las probabilidades de solucionarlo. En caso no se compruebe la veracidad de la información brindada por el médico, se le podrá imputar como autor mediato de aborto.[91] .

- **Único** medio para salvar la vida de la gestante: No existe otro medio para eliminar el riesgo contra la vida de la madre, que atentando contra la vida del concebido.[92] Si el riesgo para la vida o salud de la madre pueden ser controlados con un tratamiento riguroso sobre la madre, esta debe realizarlo y no ir por la vía del aborto.[93]

  Los médicos, en tanto profesionales de la salud realizan el juramento hipocrático[94], y por lo tanto, el medio que se les exige no es el de escoger entre alguna de las dos vidas, sino que se encuentra en la obligación de realizar todos los esfuerzos posibles con la finalidad de salvar a ambas.

---

[89] E. MIRANDA ABURTO, "El delito de aborto…", cit., p. 143.
[90] Ibidem.
[91] P. GARCÍA CAVERO, "El derecho a la vida del concebido en los casos de aborto terapéutico", *Revista de Derechos Humanos*, N° 01, 2010, p. 205.
[92] J. HURTADO POZO, *Manual de derecho penal-Parte Especial 2 - Aborto,* Ediciones Juris, Lima, 1994, p. 57 citado por E. MIRANDA ABURTO, "El delito de aborto…", cit., p. 142 , nota 23.
[93] P. GARCÍA CAVERO, "El derecho a… ", cit., p. 204.
[94] "Jamás daré a nadie medicamento mortal, por mucho que me soliciten, ni tomaré iniciativa alguna de este tipo; tampoco administraré abortivo a mujer alguna. Por el contrario, viviré y practicaré mi arte de forma santa y pura." JURAMENTO HIPOCRÁTICO (500 a.C.) disponible en: http://www.bioeticanet.info/documentos/JURHIP.pdf (último acceso 12-10-2016)

- Evitar en su **salud** un mal **grave** y **permanente**: El término salud, involucra a su vez "un derecho a las **mejores condiciones posibles** que permitan a las personas ejercer su autonomía de modo pleno,"[95] y siendo las mejores condiciones posibles, aquellas que respondan al respeto de su dignidad, cualquier situación que atente contra la vida de otro ser humano, impide que puedan darse, y por tanto se alcance la salud plena.[96]

  En lo referido al estado **grave** no hay una definición específica, pero generalmente significa que "(…) el desenlace es dudoso".[97] Un enfermo está grave también "(…) cuando existe una enfermedad de instalación brusca e inesperada que compromete su vida con peligro de morir a corto plazo (…)"[98]

  Por otro lado, sobre la necesidad del carácter **permanente**, implica que la duración de la enfermedad sea indeterminada, al caso concreto que no va a

[95] STC N° 0032-2010PI/TC, del 19 de julio de 2011, FJ. 143.

[96] Esta definición se contrapone con lo establecido en otras fuentes. La Organización Mundial de la Salud, define el término salud como "(…) un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades Preámbulo de la Constitución de la OMS adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados. El Tribunal Constitucional revela que "(…)la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento (…)"STC N° 02016-2004-AA/TC, del 05 de octubre de 2004, F.J 27. Estos conceptos son indeterminados y sumamente subjetivos debido a que no definen los términos ni alcances propios del concepto tales como bienestar o "normalidad". Ante la falta de delimitación de los alcances de "salud", se genera un vacío, el cual es frecuentemente cubierto, desde la perspectiva *pro-choice,* por definiciones que incluyen que cualquier circunstancia, situación o evento es suficiente para justificar la causal de "riesgo para la salud", tal como lo refleja la sentencia del caso Doe vs. Bolton, donde se afirmó: "(…) el juicio médico (para los abortos en los últimos periodos) puede ser ejercidos a la luz de todos los factores- físico, emocional, psicológico, familiar y la edad de la mujer- relevante para el bienestar del paciente. Todos estos factores pueden relacionarse a la salud. Esto otorga al tratante el espacio necesario para realizar su mejor juicio médico. Y es este espacio el que opera para el beneficio, no desventaja, de la mujer embarazada." Doe v. Bolton, 22 de enero de 1973, p. 192, Traducción propia. Para ver más críticas al concepto de salud de la OMS, A. STOLKINER. "El concepto de la salud de la OMS", *Cátedra II Salud Pública/Salud* Mental, 2003, disponible en: http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/obligatorias/066_salud2/material/unidad1/subunidad_1_1/stolkiner_teorico_4_concepto_salud_oms.pdf (último acceso 12-10-2016). De igual forma, A. Pardo, ¿Qué es la salud?, *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra,* N° 41 (1997), p. 4-9.

[97] http://mexico.cnn.com/salud/2013/07/02/la-terminologia-que-los-medicos-usan-con-los-pacientes-en-estado-critico (Último ingreso 19.08.2015)

[98] A. ESPINOSA Y J. ROCHA, "Medicina Clínica para intensivistas. Preguntas a un experto", *Revista Cubana de Medicina Intensiva y Emergencias,* Nº 6, (2007) p. 935.

desaparecer a menos que se realice la interrupción del embarazo. En caso la amenaza sea de naturaleza temporal, no se debe admitir la práctica del aborto[99], así como si hubiera otro procedimiento para evitar esos riesgos, el aborto no estaría amparado en este supuesto, y por tanto, sería punible.[100]

- No es punible: No se castigará, no existirá pena.

  El aborto en general sí es un delito y resulta merecedor de una sanción[101], pero en este caso existe un debate doctrinario en el que se trata de establecer las razones por los cuales no se le castiga[102].

Los bienes jurídicos involucrados en el tipo objetivo, según la propia doctrina son indubitablemente tanto la vida y salud de la madre[103] como la del concebido, pero "(…), en caso de conflicto, el legislador ha optado por dar preferencia a la vida y salud de la gestante."[104] Sin embargo, tanto la vida de la madre como la del concebido tienen el mismo valor, porque "la persona pre-existe ontológicamente a sus cualidades y es digna por pertenecer a la especie humana. De allí que el recién concebido, en cuanto individuo,

---

[99] R. SALINAS SICCHA. *Derecho Penal. Parte especial.* Grijley, Lima, 2010, 4ª ed., p. 155-156.
[100] A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte especial.* Dykinson, Madrid, 2002, 7ª ed., p. 92.
[101] P. GARCÍA CAVERO, "El derecho …", cit., p. 198
[102] Muchos autores afirman que estamos frente a un estado de necesidad justificante o de un acto de doble efecto. En el primer caso ver más en A. PEÑA CABRERA, *Derecho Penal Parte General,* Lima, Editorial Rodhas, 2da ed. 2007 p. 451-461, J. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal Parte General I*, Lima, Editorial Grijley, 3era ed. 2005, p. 547, J. REÁTEGUI, *Manual de Derecho Penal. Parte General,* Lima, Instituto Pacífico, Tercera Reimpresión, 2014, p. 624 y J. CEREZO MIR, *Obras Completas Derecho Penal Parte General,* Lima, Ara Editores, 2006. Para entender el principio del acto de doble efecto, ver más en: Ver también en A. Miranda, "Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa", en *Revista médica de Chile,* N° 02 (2012) disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872012000200017&script=sci_arttext (último acceso 11-09-2015) yDepartamento de Humanidades Biomédicas, Universidad de Navarra, "Análisis del acto moral. Una propuesta", disponible en: http://www.unav.es/cdb/dhbapactomoral2d5.html (Último acceso: 11-09-2015) A. MIRANDA, "El Principio Del Doble Efecto y Su Relevancia En El Razonamiento Jurídico"**,** *Revista Chilena de Derecho*, N° 03, 2008, pp. 485-519 http://www.jornada.unam.mx/2005/07/27/index.php?section=politica&article=022a2pol (Último acceso 28-08-2015)
[103] E. MIRANDA ABURTO, "El delito de aborto: La problemática de su despenalización desde una visión del Derecho Penal-Constitucional, *Gaceta Constitucional,* Tomo 41, (2011), p. 137-138.
[104] L. BRAMONT-ARIAS TORRES Y M. GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho…,* cit.., p.91.

tiene todo el derecho a vivir."[105] De igual forma, "el respeto a su vida depende solamente de lo que es: persona. Como todo ser humano es persona, su dignidad y vida deben ser respetadas siempre y en toda circunstancia[106].

In fine, la propia Constitución Política del Perú, reconoce plenamente al concebido al otorgarle calidad de "sujeto de derecho en todo cuanto le favorece"[107] y que la propia Guía técnica establece en el art. 5.2: "El esfuerzo del personal de salud de los establecimientos de salud en la atención del embarazo es primordialmente proteger la vida y la salud de la gestante y del feto"[108], por lo que mantenemos nuestra postura de defensa de la vigencia del derecho constitucional a la vida del concebido.

En base a estas consideraciones, defendemos la teoría que afirma que el aborto terapéutico se trata de un estado de necesidad exculpante (contemplado en el art. 20.5 del Código Penal) porque no cabe justificación sino solo exclusión de la culpabilidad[109] y nos ocuparemos de su desarrollo líneas abajo para sustentar dicha afirmación.

1.2 El aborto terapéutico como estado de necesidad exculpante

El aborto terapéutico es un delito, pero debido a las circunstancias especiales y ser un estado de necesidad exculpante, se le exime de culpa.[110]

---

[105] I. SÁNCHEZ, "El valor de la vida: Reflexiones frente a un proyecto de despenalización del aborto", *Temas de la agenda pública,* Nº 74, (2014), p. 4.

[106] J. GODOY, J. Alvarado y otros, "La vida, un derecho humano siempre: hacia un debate informado", p. 8-9

[107] Constitución Política del Perú de 1993. Art. 2 inc. 1

[108] Guía Técnica Nacional, art. 5.2, 2014.

[109] S. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General,* B de F, Lanús, 2007, 7ª ed., p. 450.

[110] En primer lugar, es definido como "una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos" F. VON LISTZ, *Tratado de Derecho Penal Tomo III,* Reus, Madrid, 2007, 4ª ed., p. 352. Es considerado también un "estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de los intereses legítimos ajenos y que no da lugar a la legítima defensa ni al ejercicio de un deber" S. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General,* B de F, Lanús, 2005, 7ª ed., p. 445. "El estado de necesidad exculpante es una de las formas como se excluye la culpabilidad, específicamente, la exigibilidad de otra conducta (…) el sujeto que sacrifica un bien jurídico de igual valor al lesionado actúa bajo los efectos de un peligro eminente para él o un tercero." A. CHAPARRO GUERRA, F*undamentos de la teoría del delito,* Grijley, Lima, 2011, p. 148. El profesor Villavicencio Terreros, insiste en que se trata de una causa de exculpación, donde el interés sacrificado es del mismo valor que el salvado. F. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal Parte General,* Grijley, Lima, 2006, p. 551. Cerezo Mir lo define como "la situación de peligro de un bien jurídico, propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave, que es inevitable sin producir la lesión o con una lesión de menor gravedad de los bienes jurídicos de otra persona o sin infringir un deber" J. CEREZO MIR, *Derecho Penal Parte General,* B de F, Buenos Aires, 2008, p. 566.

Zaffaroni afirma que el estado de necesidad exculpante involucra también supuestos de hechos no provenientes de acciones humanas y por ende, debe resolverse como inculpabilidad.[111]

De un análisis preliminar, se podría confundir esta figura con aquella de la legítima defensa en tanto el estado de necesidad busca salvaguardar un derecho a costa de otro, pero debemos dejar en claro que la legítima defensa es una reacción ante una agresión ilegítima[112], por lo tanto no es comparable ni aplicable al caso del "aborto terapéutico". En éste supuesto, no existe agresión ilegítima alguna, porque la situación se genera por una entidad clínica sobreviniente y no provocada; trayendo como consecuencia una situación de riesgo para la vida y salud de la madre y del concebido.

Estado de necesidad exculpante es aquella situación de peligro que pone en conflicto dos bienes de igual valor, requiriendo el sacrificio inevitable de uno de ellos mediante un hecho antijurídico. Al realizar la subsunción de la conducta del art. 119 descrito *ut supra*, con aquel que regula el estado de necesidad exculpante, en el art. 20.5 del Código Penal[113] podremos comprobar la concordancia entre ambas figuras.

a) Peligro actual: Debe ser cierto, no se indica cuánta intensidad [114] debe representar, pero debe obligar al sujeto a que tome una decisión en un tiempo muy reducido, debido a que el retraso en la misma, podría terminar perjudicando y dañando a más bienes jurídicos del que ya viene siendo amenazado, o atentar de

---

Asimismo, considera que debe definirse como conflicto de intereses desiguales (estado de necesidad justificante para el ordenamiento peruano) o iguales y no como conflicto de bienes jurídicos iguales o desiguales. Idem, pp. 571-575.

[111] E. ZAFFARONI, A. ALAGIA Y A. SLOKAR, *Manual de Derecho Penal,* Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 491.

[112] F. VON LISTZ, *Tratado de Derecho…,* cit., p. 352.

[113] Art. 20: Está exento de responsabilidad penal: 5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación. No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica. Código Penal Peruano, art. 20.5

[114] Antón Oneca dice, con razón que "el peligro ha de ser grave por la naturaleza de los bienes amenazados y la importancia del mal que se avecina" J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal Parte General,* Madrid, 1949, p. 263. Se adhieren a él, J. RODRÍGUEZ DEVESA Y A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español parte general,* Dykinson, Madrid, 1995, 18ª ed. Pp. 569-560 todos citados por J. Cerezo Mir, *Derecho Penal Parte…,* cit., p. 564 nota 6.

una manera más significativa al primero.[115] Se determina también recurriendo a las circunstancias y evaluando los hechos desde una perspectiva *ex ante*[116] *(*anterior al suceso)

Debemos enfatizar que es un requisito fundamental, y en el caso del "aborto terapéutico" mayor aún porque involucra la vida de dos personas (de la madre y el concebido). El diagnóstico sobre el peligro requiere de un conjunto de análisis médicos que determinen dicha situación y no por la simple observación.[117]

Tras esta situación, cuando hablamos de simple observación, hacemos referencia al riesgo que surgiría de un diagnóstico prematuro y fundamentado en indicadores preliminares. El estudio para determinar que estamos ante un peligro actual se debe respaldar por una labor minuciosa del médico.

Solo así podremos darnos cuenta que efectivamente estamos ante un supuesto que compromete la vida de la gestante y que la exculparía en caso de un aborto terapéutico.

b) No evitable de otro modo: El acto solo será permisible mientras sea la única alternativa posible y el peligro no pueda evitarse de otro modo.[118] No se le puede excluir de responsabilidad penal en caso podría haber tolerado o alejado el peligro de otro modo diferente al que ejecutó, y es preciso que no haya un modo menos lesivo de evitar el mal que amenaza[119].

Una vez hecha esta precisión, resaltamos cuán importante es que de los resultados obtenidos, así como de la observación, avances y conocimientos de la ciencia médica, se determine que no puede ser superado de otra forma que con el aborto. En el presente caso, es importante saber que la ciencia médica prevé

[115] J. REÁTEGUI, *Manual de Derecho Penal. Parte General,* Lima, Instituto Pacífico, Tercera Reimpresión, 2014, p. 626.
[116] A. CHAPARRO GUERRA, *Fundamentos de la …,* cit., 148
[117] P. GARCÍA CAVERO, "El derecho a la…", cit., p. 206
[118] F. VON LISTZ, *Manual de Derecho …,* cit., p. 353.
[119] Sentencia del Tribunal Supremo de España del 03 de abril de 1978, citada por S. MIR PIUG, *Derecho Penal Parte …,* cit., p. 460.

actualmente una serie de tratamientos que permiten salvar tanto la vida de la madre como del hijo.[120]

c) La situación de necesidad no debe haber sido provocada intencionalmente por el sujeto:[121] No resultaría justo que quien genera la situación de daño que se pretende alejar, quede impune cuando termina ocasionando la lesión de alguno de los bienes jurídicos en riesgo.[122]

d) Amenaza para la vida[123], integridad corporal o la libertad: Esta vez, la enumeración de bienes jurídicos que se tutelan y que permiten la configuración del estado de necesidad, es de carácter *numerus clausus*, pues no permite otros bienes jurídicos más que los anteriormente mencionados. Al enunciar estos bienes, debemos establecer que se encuentran en el escalón jerárquico más alto de aquellos protegidos por el ordenamiento jurídico peruano.

   Respecto de los bienes jurídicos en juego, es la vida tanto de la madre como la del concebido las que se encuentran en medio de la delicada situación, haciendo posible que el aborto terapéutico sea considerado un estado de necesidad exculpante.

   Asimismo, debemos aclarar que a la luz del "aborto terapéutico", pretender mencionar la "libertad de desarrollo" como bien jurídico admisible para la aplicación de la figura del estado de necesidad exculpante no es posible, debido a que se le estaría considerando a tal bien como una facultad irrestricta de la madre de realizar lo que le parece, sin definir precisamente el contenido qué proteger, atropellando los derechos del concebido.

---

[120] Hay autores que afirman que los supuestos de aborto terapéutico contemplados en las leyes son ya superados por la ciencia médica. Ver más en E. ORÉ SOSA, "¿Se encuentra el protocolo del aborto terapéutico "en el marco de lo dispuesto en el artículo del Código Penal?", *Instituto de Ciencia Procesal Penal*, p. 10. Además, la Federación Médica peruana rechaza la GT. (https://www.youtube.com/watch?v=Nu4cGLgWZvU) (último acceso 12-10-2016)

[121] J. CEREZO MIR, *Derecho Penal Parte…,* cit., p. 602.

[122] S. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte...,* cit., p. 469.

[123] J. Hurtado Pozo considera que el bien jurídico vida debe ser comprendido en el sentido de la vida realizada, es decir de una persona. Establece que no puede tratarse de la vida embrionaria porque para el derecho penal, no lo es el embrión o feto. Ver J. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal,* Grijley, Lima, 2005, 3ª ed., p. 675

e) Hecho antijurídico: La conducta realizada atenta directamente con el ordenamiento jurídico y los bienes que éste tutela, es una contravención directa a los principios rectores del Estado de Derecho. Se exige que el autor haya realizado una conducta típica y que además dicha conducta no se encuentre amparada bajo ninguna causa de justificación del ordenamiento jurídico.[124]

En cuanto al hecho antijurídico, el aborto es un claro atentado contra la vida del concebido, porque busca su muerte, ignorando el hecho que es también, al igual que la madre, sujeto de derecho merecedor de tutela y protección por parte de todo nuestro ordenamiento jurídico.

f) Alejar peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación: Este rasgo demuestra la importancia del vínculo para poder ampararse en esta causal de justificación. No basta que sea un tercero, si no es uno mismo, debe tener una estrecha vinculación. Si bien es cierto no se define ni especifica el término ni los límites que ofrece, el término "estrecha vinculación" debe ser interpretado de manera amplia, y el vínculo debe ser comprobado en el caso concreto[125].

En el "aborto terapéutico", se cumple el requisito en tanto es la madre quien decide alejar ese "peligro" (en realidad decidir sobre la vida de su hijo), pero no solo ella, sino que también está la acción del médico.

Por lo tanto, el médico para que pueda subsumirse en éste supuesto de estado de necesidad exculpante, debe estar estrechamente vinculado a ella, y se requiere que existan una relación de confianza especial médico - paciente que explique que al médico, tampoco se le pueda exigir que soporte la muerte o la afectación grave y permanente a la salud de la madre.[126]

[124] J. REÁTEGUI, *Manual de Derecho…,* cit., p. 737.
[125] J. HURTADO POZO, *Manual de Derecho…,* cit., p. 675.
[126] Ibídem.

Por lo tanto, el aborto terapéutico es un estado de necesidad exculpante, donde el feto no tiene un deber de tolerancia de la agresión abortiva, por lo que puede ser inclusive auxiliado por un tercero mediante una legítima defensa.[127]

El aborto no es un acto bueno en sí mismo, ya que procura la muerte de un ser humano. Por lo tanto, de todas las opciones posibles en este caso, la que nunca es aceptable es la de provocar inicialmente el aborto, sin antes haber realizado todos los esfuerzos para salvar la vida de la madre y el concebido, al amparo del juramento hipocrático que es la guía de conducta ética de todo profesional de la salud. Salvar a los dos, es un imperativo para todo médico, en mérito a la tutela que ha recibido del Estado tanto la madre como el concebido.

Queremos reafirmar también que es innegable que gracias al avance médico actual, es muy difícil que existan situaciones de riesgo grave para la vida o salud de la madre que puedan considerarse incontrolables y que por lo tanto, solo puedan ser solucionados mediante el aborto.[128] Debemos ser enfáticos en indicar que ya existen tratamientos y métodos terapéuticos que permiten controlar, supervisar y monitorear embarazos de alto riesgo con la finalidad de proteger ambas vidas. Por consiguiente, seguir estableciendo la supuesta necesidad de legislar y establecer parámetros para regular la figura del "aborto terapéutico", es intentar dar la espalda a la realidad científica y a los avances médicos.

2. El caso L.C vs. Perú como precedente fundamental para la promulgación de la Guía técnica

El 18 de junio de 2009, la menor de iniciales L.C, representada por el Centro de Derechos Reproductivos y el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, presentó una denuncia argumentando que los hechos enumerados[129]

[127] Ibídem, p. 205

[128] P. GARCÍA CAVERO, "El derecho a la…", cit., p. 203

[129] Una menor de edad, de iniciales L.C fue violada por un adulto durante más de dos años, hasta que quedó embarazada a sus 13 años. Ante tal situación, y sumada a su severa depresión, intentó suicidarse el 31 de marzo de 2007, arrojándose desde un edificio. Dicho intento de suicidio le generó serias lesiones tales como: "traumatismo vertebromedular cervical, luxación cervical y sección medular completa", con "riesgo de discapacidad permanente" y "riesgo de deterioro de la integridad cutánea resultante de la inmovilidad física".El departamento de Neurocirugía recomendó una operación para evitar que el daño se agravara sobre su columna, y ésta se programó para el 12 de abril de 2007. El día de la operación, se le indicó a la

constituyen una violación de los artículos 1, 2, 3, 5, 12 y 16, párrafo 1 e)[130], de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[131], así como de la Recomendación general Nº 24 del Comité sobre la mujer y la salud.

---

menor que no la operarían, y recién al día siguiente el médico le indicó que no la operarían porque estaba embarazada. Luego de varios días de posponer la intervención, la madre de la menor solicitó se practicara una interrupción voluntaria del embarazo conforme al artículo 119 del Código Penal. Luego de 42 días de espera tras presentar la solicitud, recibió respuesta negativa por parte de la Junta Médica, solicitando una reconsideración de la solicitud. El 16 de junio de 2007, la menor sufrió un aborto espontáneo, y el 27 de junio, recibió la respuesta de su recurso, donde indicaron que no era admisible. No es sino hasta el 11 de julio de 2007 que es operada y el 31 de julio dada de alta. Como consecuencia de su operación, la menor requería terapia física, pero no inicia sino hasta el 10 de diciembre de 2007, recibiéndola por dos meses, y luego por falta de recursos económicos tuvo que dejar de asistir. La menor depende de una silla de ruedas para moverse y de terceras personas para satisfacer sus necesidades, además de tener una difícil situación económica familiar por su enfermedad.

[130] **Artículo 1:** A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. **Artículo 2:**Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; f) Adaptar todos las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer. **Artículo 3:** Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre. **Artículo 5:** Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. **Artículo 12:** 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en

Dentro del texto de la CEDAW[132], cita el derecho a no recibir trato inhumano ni cruel, no ser sujeto de discriminación, especialmente por razones de matrimonio o maternidad, imputando al Estado, quien rechazó categóricamente dichas afirmaciones en los diferentes escritos de defensa.[133]

En breve, el Comité debía decidir si la negativa del hospital a realizar el aborto terapéutico a L. C. previsto en el artículo 119 del Código Penal y la programación tardía de su operación de columna dieron lugar a una violación de sus derechos a tenor de la Convención.

> "(…) el Comité considera que, debido a su condición de mujer embarazada, L. C. no tuvo acceso a un procedimiento eficaz y accesible que le permitiese establecer su derecho a los servicios de atención médica que su estado de salud física y mental requería. Estos servicios comprendían tanto la operación de columna como el aborto terapéutico (…) "[134]

El Comité señaló que el Estado Peruano era responsable por las imputadas violaciones a la Convención, por lo que deberá[135]:

---

relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

[131] Ver texto de la Convención para la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) en http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm (último acceso 12-10-2016)

[132] Es el Comité creado en 1999, al amparo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) de 1979. Este Comité fue creado mediante el Protocolo Facultativo de la CEDAW para que pueda evaluar los casos particulares. Su art. 17 establece: "Con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente Convención, se establecerá un Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (denominado en adelante el Comité)…"

[133] Por su parte, el Estado afirma que la operación no se realizó en la fecha programada, porque existía una herida colindante al lugar donde debía realizarse la incisión quirúrgica. Además que la menor recibió toda la atención posible, y se le practicaron los exámenes correspondientes, mostrando la paraplejía como consecuencia de su caída. Asimismo, indicó que la condición en la que se encontraba la menor no se debió a la gestación, si no al acto que cometió y expresó de manera enérgica que: "no es exacto señalar que su estado de salud haya empeorado necesariamente por no haberle practicado el aborto." Finalmente, reafirmó que no existió desinterés porque la Junta Médica se reunió hasta en tres ocasiones para estudiar el caso, decidiendo que la operación requerida era electiva y no urgente como se venía afirmando.

[134] Dictamen caso L.C. vs. Perú (CEDAW/C/50/D/22/2009), del 27 de octubre de 2011, p. 17.

[135] El utilizar el verbo "deberá" es parte del contenido de la resolución, pero no implica vinculación alguna. Debido a la naturaleza del Comité, éste no puede ejercer presión directa sobre un Estado, es decir no se puede pronunciar sancionando legalmente a un Estado por la violación de la Convención, sino que sólo puede señalar sus faltas en la implementación a través de sus preguntas y comentarios o bien a través de

a) Revisar su legislación para el acceso efectivo al aborto terapéutico.

b) Revisar su legislación para despenalizar el aborto por violación sexual.

c) Informar sobre los avances de la implementación a través de informes escritos al Estado peruano. [136]

Sobre esta decisión, consideramos que el dictamen del CEDAW, ha ignorado la defensa[137] presentada por el Estado peruano, en tanto del dictamen emitido, no se desprende que haya existido una adecuada valoración de los argumentos del Estado ni mucho menos una motivación suficiente para declararlo responsable.

Segundo, el CEDAW ignora absolutamente el orden constitucional interno peruano e impone como obligación la revisión de la legislación peruana para despenalizar el aborto por violación sexual, así como regular el aborto terapéutico, obviando la protección y reconocimiento del derecho constitucional a la vida del concebido, tal como hemos desarrollado en el primer capítulo del presente trabajo.

Tercero, el CEDAW es un comité dentro del sistema de Naciones Unidas, y por lo tanto, "sus funciones son meramente consultivas, pues no constituyen tribunal de justicia

---

sus recomendaciones o comentarios a partir de los procedimientos contemplados en el Protocolo Opcional. http://www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer/docs/dm_onuinteres/comite%20cedaw%20esp.htm (último acceso 12-10-2016)

[136] Dictamen caso L.C. vs. Perú (CEDAW/C/50/D/22/2009), del 27 de octubre de 2011, p.19.

[137] Al respecto el Estado Peruano, resaltó que el aborto se encuentra penalizado en nuestro ordenamiento y que solamente no es punible en los casos del art. 119 del Código Penal. Asimismo, indica que el estado de salud grave en el que se encontraba tiene vinculación directa con el acto que cometió (intento de suicidio) y no con los efectos fisiológicos de la gestación. Respecto del retraso en la operación, la menor llegó con paraplejía y no podía someterse a la intervención en tanto no hubiera mejorado la herida colindante a la zona de la incisión quirúrgica. Además, respecto de una supuesta desatención, cabe resaltar que hasta en tres oportunidades se le practicaron exámenes médicos psiquiátricos y neuropsicología reiterando por parte del neurocirujano que mejore la herida colindante a la zona de la incisión antes de operarla. Finalmente, el Estado afirmó que los supuestos de aborto terapéutico los estipulan los médicos y no la gestante, como se está pretendiendo con el caso; y que el Estado, tiene herramientas para evitar situaciones de violencia sexual contra menores, así como programas de apoyo psicológico pero lamentablemente la familia no lo buscó de manera oportuna, generando inestabilidad psíquica en la menor que la llevó al acto suicida. Ver más en el dictamen que resuelve la controversia, puntos del 6.1 al 6.11. (CEDAW /C/50/D/22/2009, dictamen del 25 de noviembre de 2011).

alguno. En definitiva se trata de órganos políticos, pues no representan el papel legislativo o judicial."[138]

Cuarto y último, la decisión del comité fue la semilla principal mediante la cual se reactivó el debate para la redacción del protocolo de aborto terapéutico, que fue impulsado también por diferentes organizaciones no gubernamentales, quienes no solo patrocinaron el caso de la menor ante el CEDAW, sino que se encargaron de llevar a cabo una agresiva campaña mediática orientada a victimizar a la menor y a responsabilizar al Estado peruano por no garantizar el acceso a un aborto terapéutico seguro.[139]

Nosotros sostenemos que el Estado debió ante este caso, velar por la óptima atención a la menor, tener un rol más activo en la defensa jurídica y sobre todo, centrar sus esfuerzos en la formulación y ejecución de políticas públicas que permita educar a la población, para así reducir los casos de violencia sexual contra la mujer.

[138] J. SCALA, "El dictamen del procurador…" cit. p. 207

[139] Entre las principales organizaciones están DEMUS, PROMSEX, Manuela Ramos, Católicas por el Derecho a Decidir. Ver más en "El Caso L.C. c .Perú ante El Comité CEDAW: Derecho a la igualdad y no Discriminación e n el Acceso a Servicios de Interrupción Legal del Embarazo (comunicación N º 22/2009)", asì como en :http://www.flora.org.pe/web2/index.php?option=com_content&view=article&id=486:30-de-abril-el-estado-debe-responder-comite-de-naciones-unidas-sanciono-al-peru-por-negativa-de-aborto-terapeutico-a-una-adolescente-organizaciones-demandan-cumplimiento-&catid=40:redes&Itemid=100 (último acceso 12-10-2016)

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA GUÍA TÉCNICA Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE NORMAS

1. La guía de aborto terapéutico y su contenido: Análisis de compatibilidad constitucional

La Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la Gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del embarazo menor de 22 Semanas con consentimiento Informado en el marco de lo dispuesto en el artículo Nº 119 del Código Penal, fue promulgada el 27 de junio de 2014, mediante Resolución Ministerial N° 486-2014 del Ministerio de Salud.

La Resolución que aprueba la GT contiene cuatro artículos, cuyo contenido se desarrolla en nueve títulos:

1. Finalidad
2. Objetivo
3. Ámbito de aplicación
4. Procedimiento a estandarizar
5. Consideraciones generales
6. Consideraciones específicas
7. Responsabilidades
8. Disposiciones finales
9. Anexos

La finalidad de la GT es: "Asegurar la atención integral de la gestante en los casos de interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo (en adelante IVITE) menor de veintidós semanas con consentimiento informado, cuando es el **único** medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en sus salud un **mal grave y permanente,** en el marco de los derechos humanos, con enfoque de calidad, género e interculturalidad."[140]

[140] Guía Técnica Nacional para la Estandarización del procedimiento de la atención integral de la gestante en la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal.

Tal finalidad como ya lo hemos analizado *supra* es contraria a nuestro ordenamiento jurídico porque está regulando el aborto como si fuese un acto lícito. No solo eso, sino que expresa únicamente la necesidad de atención integral de la gestante, dejando de lado aquella del concebido, como si no existiera opción alguna para atender al concebido. Declara que la GT sería aplicable, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante, o para evitar en su salud un mal grave y permanente, pero no se encuentra detalle que permita determinar cuándo se está ante tales supuestos, lo que significaría que al no estar regulado, cualquier supuesto podría ser considerado riesgo para la vida y por lo tanto, permitiría el incremento sustancial de abortos encubiertos.

Resulta inaceptable además que el criterio de esta Guía Técnica, aprobada por Resolución Ministerial (norma infralegal), a pesar de su jerarquía, ignore lo regulado en todo el bloque de constitucionalidad peruano.

Primero, porque tanto las normas con rango de primer nivel y jurisprudencia constitucional, detallados en el Código Civil[141], Código del Niño y Adolescente[142], en el art. 2.1 de la Constitución[143], y en lo estipulado en la sentencia recaída en el expediente N° 02005-2009-AA/TC declaran la vigencia de la protección del derecho a la vida del concebido, prohibiendo cualquier atentado en su contra y destacando la importancia de su tutela, a diferencia de la GT que es un manual que regula cómo debe realizarse el sacrifico de la vida del concebido.

En el artículo primero de nuestra Constitución, la defensa de la vida humana y su dignidad son puestas en el escalón más alto de todo el ordenamiento jurídico, debiendo el resto de

[141] "Art. 1: La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. 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."

[142] Debemos recordar, como hemos explicado en el capítulo I, que en el título preliminar del vigente CNA, se estableció: "Se considera **niño a todo ser humano desde su concepción** (…)."[142]Adicionalmente que: "El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece (…).[142]
Finalmente, en el artículo primero, del capítulo inicial del mismo texto, se estableció: "**El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción.** El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental".[142]

[143] "**Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. **El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece**. (el resaltado es nuestro)"

normas respetar los lineamientos establecidos y recordar a los operadores legislativos y jurídicos que la vida, es el principio primero y el presupuesto necesario para el goce de los demás derechos; por lo que no pueden emitirse disposiciones que no guarden la armonía y concordancia práctica con el texto de nuestra Constitución.

Como bien estableció el Tribunal Constitucional[144], el concebido es un ser único e irrepetible, estamos frente a una vida humana y por lo tanto, es fundamental mantener una protección absoluta de sus derechos. El concebido no puede ser objeto de ataques ni deben promulgarse normas que afecten su integridad; tal como lo establece la GT a lo largo de su contenido.

Asimismo, el aborto es un delito para nuestro ordenamiento jurídico, conforme lo establece el Código Penal en sus artículos 114 al 120. El artículo 119 del Código Penal, regula el mal llamado aborto terapéutico, estableciendo que no sea punible en caso de riesgo para la vida y salud de la madre pero la ausencia de pena, no constituye criterio suficiente para considerarlo como una conducta permitida, ni mucho menos exigirlo como derecho o prerrogativa para abortar libremente.

Muy por el por el contrario, por el mismo hecho de ser un ilícito ha sido considerado en la regulación dentro del código penal; es una conducta que está prohibida y no amparada por el derecho. Su rasgo característico es ser un estado de necesidad exculpante, por lo tanto, debido a la delicada y excepcional situación a la que se hace frente, no ha sido considerada el establecimiento de una pena.

En lo referente al segundo título, la GT establece como objetivo: "estandarizar procedimientos para la atención integral de la gestante en los casos de Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de veintidós (22) semanas con consentimiento informado, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o

[144] "(…) este Colegiado opta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. (…)STC Exp. N° 2005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009, F.J. 38.

para evitar en su salud un mal grave y permanente, conforme dispone el artículo 119º del Código Penal y normas legales vigentes"[145]. Es decir, apunta a uniformizar a nivel nacional, en todos los establecimientos de salud de segundo nivel[146], un procedimiento que como ya hemos afirmado es ilegal y atenta contra el derecho a la vida del concebido.

Consideramos ilegal que una norma de rango infra legal, pretenda imponer estándares errados, así como uniformizar criterios de una norma injusta que contraviene el ordenamiento jurídico y que genera consecuencias nefastas para el concebido, porque pierde su protección al derecho a la vida, así como la tutela de sus intereses, reconocidos en los diferentes códigos y en la jurisprudencia del TC.

La GT en las consideraciones generales, cita el art. 119 del Código Penal: "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"[147].

Asimismo en la GT se establece como criterio fundamental para el personal médico en la atención de la gestante que "El esfuerzo del personal de salud de los establecimientos de salud en la atención del embarazo es primordialmente a **proteger la vida y la salud de la gestante y el feto.** Sólo cuando el diagnóstico médico evidencie que está en riesgo la vida de la gestante y del feto. Sólo cuando el diagnóstico médico evidencie que está en riesgo la vida de la gestante, o para evitar en su salud un mal grave y permanente, se considerará la posibilidad de la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de veintidós (22) semanas, con consentimiento informado de la gestante."[148].

Respecto de este punto, la GT se presenta como un recurso de carácter residual, en tanto la premisa es proteger primero la salud tanto de la madre como del concebido; pero en

[145] Guía Técnica Nacional…cit., subtítulo 5.2
[146] Estos centros tienen como labor la promoción, prevención y diagnóstico de la salud, brindando acciones y servicios de atención ambulatoria especializada y de hospitalización a pacientes derivados del primer nivel o de los que se presentan de modo espontáneo con urgencias. Resolución Ministerial N° 546-2011/MINSA Norma Técnica de Salud "Categorías de establecimientos de salud"
[147] Código Penal Peruano
[148] Guía Técnica Nacional…cit., título II.

caso que no exista otro camino, será necesario aplicar la GT. Este criterio es abiertamente incompatible con el ordenamiento jurídico peruano, porque establece una inexistente jerarquía en la que el derecho a la vida de la madre prevalece por encima de la vida del concebido.

Según lo establecido en este subtítulo, el ordenamiento le estaría dando preeminencia a una vida sobre otra, por considerar que una se encuentra en pleno desarrollo de sus potencialidades, mientras que la otra, apenas está en formación y por lo tanto, debe sacrificarse. Sin embargo, es preciso afirmar que ambos derechos son iguales, y no debe permitirse el sacrificio de uno por otro bajo ninguna circunstancia, porque ambos, son vida humana y merecen la misma tutela y protección.

Siguiendo con el orden de exposición, el sexto título detalla las consideraciones específicas que aplica la GT[149]. Nos centraremos únicamente en cuatro de ellas: las entidades clínicas para aplicar la GT, los procedimientos administrativos asistenciales, la conformación de la junta médica y el consentimiento informado.

El subtítulo 6.1 establece once (11) diagnósticos clínicos para los cuales se aprueba aplicar la interrupción:

"1. Embarazo ectópico tubárico, ovárico, cervical.

2. Mola hidatiforme parcial con hemorragia de riesgo materno.

3. Hiperemesis gravídica refractaria al tratamiento con deterioro grave hepático y/o renal.

4. Neoplasia maligna que requiera tratamiento quirúrgico, radioterapia y/o quimioterapia.

[149] "1. Entidades clínicas para aplicar la IVITE. 2. Procedimientos administrativos asistenciales 3. Conformación de la junta médica, 4. Procedimientos de evaluación de la IVITE. 5. Información y orientación/consejería. 6. Consentimiento informado. 7. Procedimientos para la evacuación del contenido uterino 8. Cuidados post intervención y 9. Seguimiento." Guía Técnica Nacional…cit., título VI.

5. Insuficiencia cardiaca congestiva clase funcional III-IV por cardiopatía congénita o adquirida (valvulares y no valvulares) con hipertensión arterial y cardiopatía isquémica refractaria a tratamiento.

6. Hipertensión arterial crónica severa y evidencia de daño de órgano blanco.

7. Lesión neurológica severa que empeora con el embarazo.

8. Lupus Eritematoso Sistémico con daño renal severo refractario a tratamiento.

9. Diabetes Mellitus avanzada con daño de órgano blanco.

10. Insuficiencia respiratoria severa demostrada por la existencia de una presión parcial de oxígeno < 50 mm de Hg y saturación de oxígeno en sangre < 85%.y con patología grave.

11. Cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la Junta Médica"[150]

Respecto al subtítulo 6.3, como elemento "sorpresa", si bien es cierto al inicio de la guía se anunciaban once supuestos para convocar la Junta y realizar el aborto, al final del mencionado subtítulo, la GT nos sorprende declarando que, para los casos de embarazo ectópico, tubárico, ovárico, cervical y mola hidatiforme parcial con hemorragia de riesgo materno (detallados en puntos 1 y 2 del punto 6.1 de la GT), no será necesario convocar la Junta Médica, por lo que simplemente se programará y llevará a cabo el aborto.[151]

Sobre este punto, nos parece un error de técnica legislativa, así como una manipulación absoluta el poner, en la parte final de la sección de la conformación de la junta médica, que ciertos supuestos médicos no serán sometidos a Junta Médica. Es paradójico afirmar en la sección que explica cómo se conforma la junta, que ciertos supuestos no estarán adscritos a tales criterios. Es sospechoso y a la vez desconcertante que estemos frente a

[150] Guía Técnica Nacional para la Estandarización del procedimiento de la atención integral de la gestante en la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal, sección 6.1.
[151] Guía Técnica Nacional…, cit., sección 6.3.6

una GT que regula todos los procedimientos para la "interrupción voluntaria del embarazo", pero que casualmente, exonere de los procedimientos a varias patologías que había afirmado en la sección 6.1 que estaban comprendidas dentro de la regulación.

No entendemos por qué están fuera del procedimiento regular, y no termina de quedar claro si los supuestos están dentro o fuera del protocolo. Reiteramos nuestra duda del por qué los enumeran como supuestos de "aborto terapéutico" pero no los incluyen dentro del procedimiento de junta médica. ¿Cuál sería entonces la necesidad de una guía técnica que "regula" supuestos de hecho que al final no se someten al procedimiento? Todas las interrogantes anteriores, generan muchas suspicacias sobre la guía técnica y que lamentablemente nos llevan a desconfiar de los fines de promulgación de la misma, así como de su necesidad e idoneidad para "reducir la mortalidad y morbilidad materna".

A lo largo de la GT, ni de sus antecedentes, ha sido posible encontrar un criterio objetivo que establezca las razones o motivos que han sido el sustento de la exoneración de conformación de junta médica para las entidades clínicas de los puntos 6.1 y 6.2. Llama poderosamente nuestra atención que haya sido regulado de esta forma y no mediante una sección especial, porque es básicamente, una legalización encubierta de aborto.

Bajo esta situación, bastará que el médico tratante diagnostique que la paciente presenta alguna de las mencionadas entidades clínicas para que pueda abortar, sin mayor problema ni requisito de conformación de Junta Médica, a diferencia de las demás patologías. Esta situación no puede ser permitida. Sin afirmar nuestra aceptación de la regulación de la GT, sino desde un punto de vista pragmático, consideramos que así como la Junta Médica es necesaria para todos los supuestos, para garantizar imparcialidad y objetividad en el diagnóstico clínico, los casos de embarazos ectópicos, tubáricos y demás, deben de igual forma someterse a este control para mantener tal criterio, y evitar suspicacias.

A continuación, más allá de señalar que existen posturas médicas que no consideran necesaria la promulgación de la norma para estos supuestos.[152], consideramos imperativo

[152] P. PACORA-PORTELLA, "Aborto …", cit, p. 234-239

analizar el décimo primer supuesto, pues lejos de ser específico y exacto en su redacción como los anteriores, genera incertidumbre e indeterminación respecto de sus límites, por lo que creemos que se presta para una errada aplicación de la figura de aborto terapéutico al considerar la vida del concebido como "disponible". No solo eso, sino que la GT promueve mediante este supuesto, establecer que la vida de la madre tiene mayor valor que la del concebido, estableciendo una clasificación arbitraria de mismo bien sobre otro.

La razón principal es porque no se establecen criterios médicos, ni mucho menos estándares cuantificables que determinen cuándo se está frente a la figura de mal grave o permanente. Asimismo, si la GT va a ser aplicada a manera de excepción, no entendemos por qué presentar una redacción tan incierta y que no delimita médicamente cuando se debe recomendar la IVITE, reafirmando la duda que tenemos de la potencial deformación y mal uso de la figura para casos diferentes a los contemplados.[153]

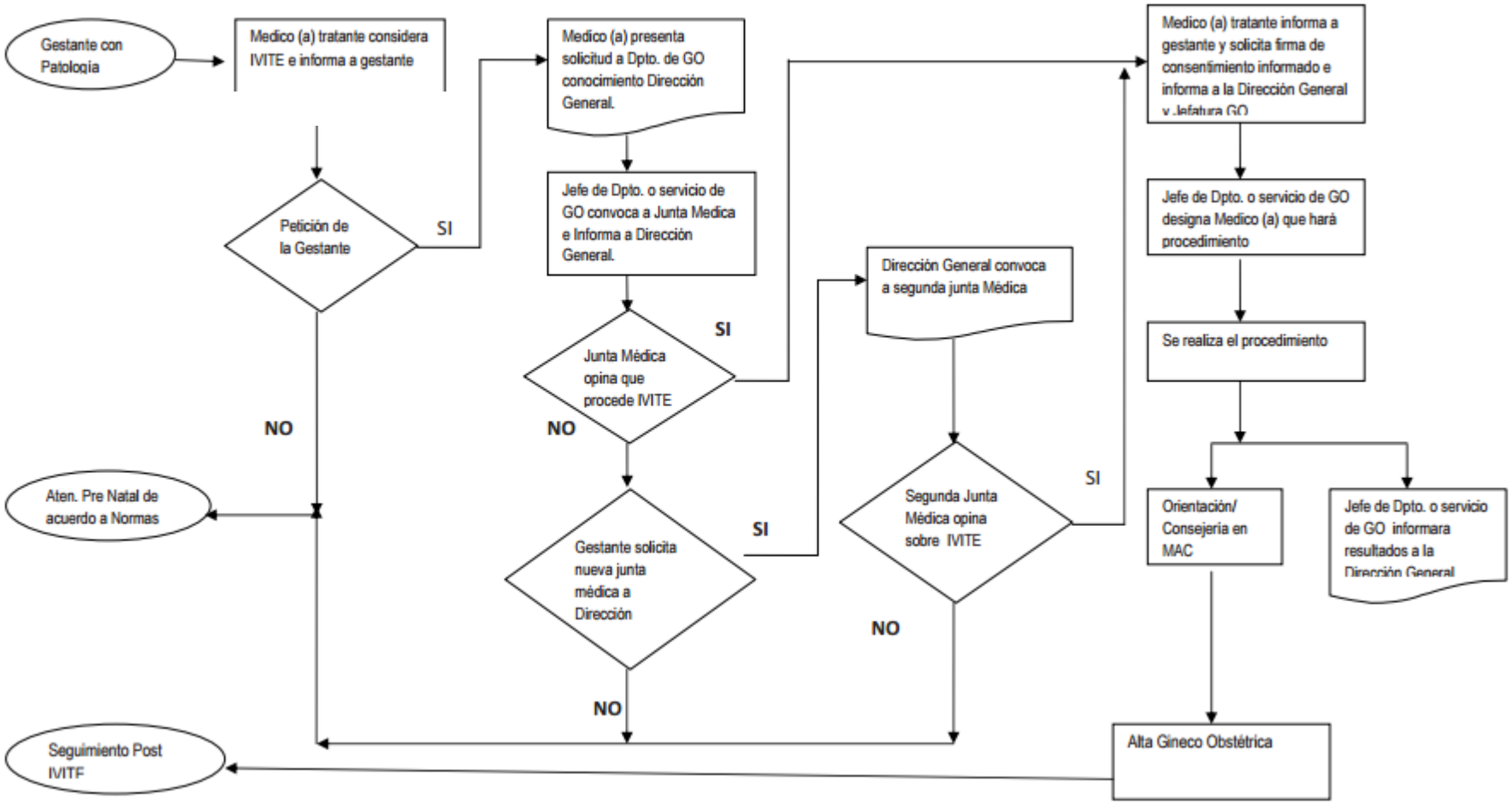
Este supuesto aplicable para la IVITE, nos lleva a considerar la GT como una legalización encubierta del aborto, porque existe indeterminación de cuáles son los supuestos permitidos y cuáles no para seguir el procedimiento. Es decir, no se ha establecido indicadores o estándares médicos cuantificables que delimiten de manera cierta y fundada por qué y en qué casos estamos frente a un riesgo para la vida de la madre o un daño grave y permanente a su salud. Resulta lamentable que exista una regulación tan endeble que deje expuesto y desprotegido al concebido ante cualquier potencial daño.

Respecto a los procedimientos administrativos asistenciales y la conformación de junta médica consideramos oportuno realizar algunas precisiones, con apoyo de todo el flujograma que hemos adjuntado en la página siguiente. Dicho cuadro contempla todos los supuestos desde el ingreso de la gestante al nosocomio, hasta la alta médica. Incluye los supuestos en los cuales no se acepta una IVITE, que determinan el regreso de la gestante a los cuidados prenatales, y en caso se haya aceptado la intervención por la junta médica, consejería y orientación a la gestante.

[153] J. PÉREZ LÓPEZ, "La validez constitucional del aborto terapéutico", *Gaceta Constitucional,* Tomo 80, (2014), p. 229

Anexo 5: Flujograma para la Atención Integral de la Gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del embarazo menor de 22 Semanas con consentimiento informado en el Marco de lo dispuesto en el Artículo 119º del Código Penal.

[154]



IVITE: Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo

[154] Guía Técnica Nacional…, cit. Anexo 5. Diario Oficial El Peruano.

Por un lado, el procedimiento para la conformación de la junta médica es sumamente negligente para la vida del concebido, especialmente en los puntos 6.3.4[155] y 6.3.6[156]de la GT. Asimismo, el procedimiento de conformación y decisión de la Junta Médica para practicar el aborto, resulta sumamente controversial e implica varias etapas. El punto de partida es la existencia de un diagnóstico que determine que la paciente está dentro uno de los once supuestos establecidos en la GT para solicitar el aborto, más allá del punto 11 que abre la puerta para que cualquier supuesto, a sola discreción del médico pueda ser causal de aborto.

La jefatura, una vez recibida la solicitud, convoca a Junta Médica bajo responsabilidad. La Junta Médica se reúne y toma una decisión en un plazo de cuarenta y ocho horas, pudiendo realizar exámenes adicionales para sustentar mejor su decisión[157]. Una vez la Junta Médica toma su decisión existen dos alternativas:

- Si el informe es positivo para practicar el aborto, debe llevarse a cabo, luego que la madre suscriba el formulario de consentimiento informado (subtítulo 6.6.) y la autorización del procedimiento. Caso contrario, deberá brindarse a la madre la atención prenatal correspondiente, y de acuerdo a las normas vigentes.

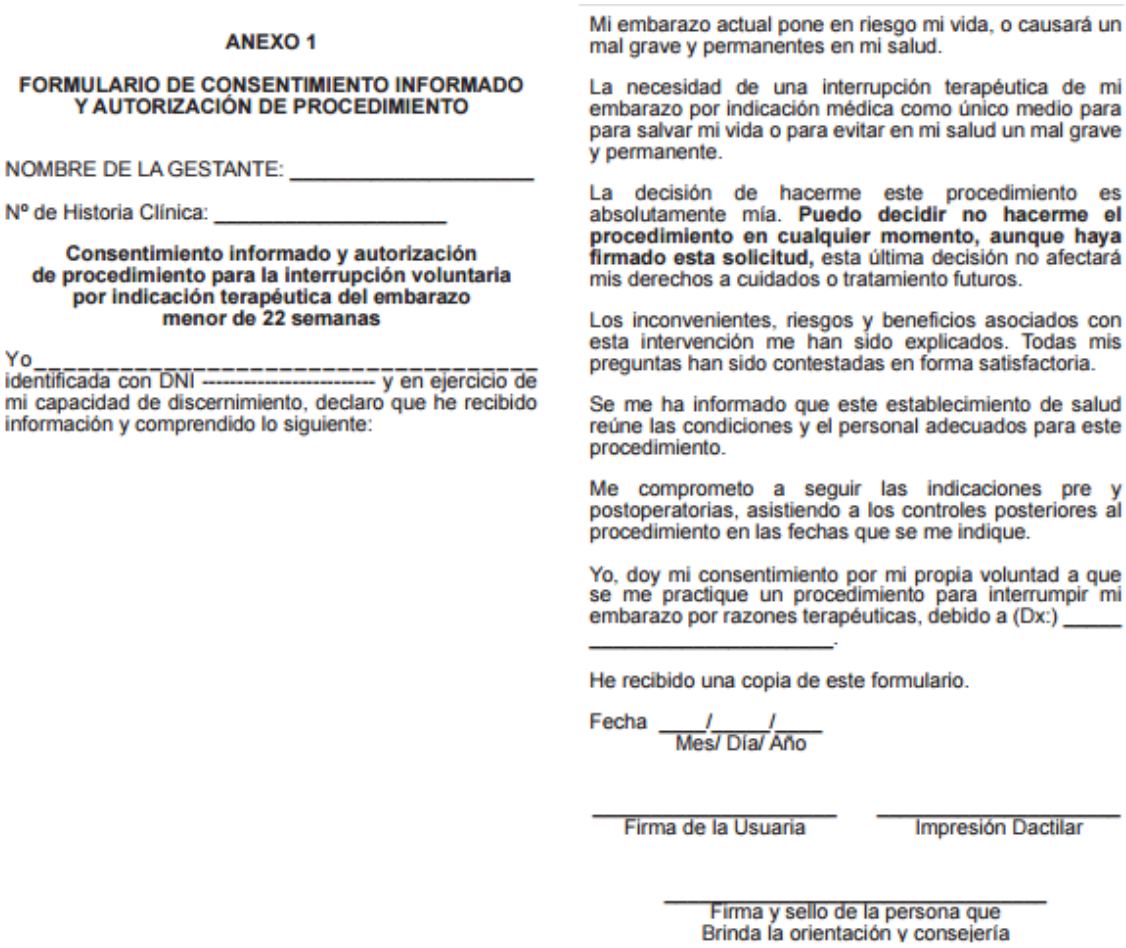
El consentimiento informado, detallado en el punto 6.6 expresa la indubitable intención de someterse al procedimiento, pero consideramos que la madre, no tiene la capacidad de decidir y afirmar como aparece en el formulario: "La decisión de hacerme este procedimiento es absolutamente mía. Puedo decidir no hacerme el procedimiento en

[155] "6.3.4 Si la Junta Médica concluye que no es recomendable proceder a la interrupción terapéutica del embarazo menor de veintidós (22) semanas, el médico/a tratante comunicará a la gestante la decisión y las razones para ello. La gestante podrá solicitar al Director General del establecimiento de salud que se realice una nueva Junta Médica con otros médicos, la misma que deberá llevarse a cabo en un plazo no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, bajo responsabilidad. En este caso el Director General del establecimiento de salud constituye y convoca por última vez a una segunda Junta Médica, pudiendo convocar a otros médicos/as especialistas del sector público o privado." Guía Técnica Nacional…, cit., sección 6.3.4.

[156]"6.3.6 Para los casos contemplados en los subnumerales 1 y 2 del numeral 6.1 de la presente Guía Técnica, no será necesario constituir ni convocar ninguna Junta Médica." Guía Técnica Nacional…, cit., sección 6.3.6.

[157] Guía Técnica Nacional…, cit., sección 6.2

cualquier momento aunque haya firmado esta solicitud, esta última decisión no afectará mis derechos a cuidados o tratamientos futuros (…)"[158] porque no está sola en la decisión.



ANEXO 1

FORMULARIO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO Y AUTORIZACIÓN DE PROCEDIMIENTO

NOMBRE DE LA GESTANTE: _____

Nº de Historia Clínica: _____

Consentimiento informado y autorización de procedimiento para la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas

Yo_____
identificada con DNI ---------- y en ejercicio de mi capacidad de discernimiento, declaro que he recibido información y comprendido lo siguiente:

Mi embarazo actual pone en riesgo mi vida, o causará un mal grave y permanentes en mi salud.

La necesidad de una interrupción terapéutica de mi embarazo por indicación médica como único medio para para salvar mi vida o para evitar en mi salud un mal grave y permanente.

La decisión de hacerme este procedimiento es absolutamente mía. **Puedo decidir no hacerme el procedimiento en cualquier momento, aunque haya firmado esta solicitud,** esta última decisión no afectará mis derechos a cuidados o tratamiento futuros.

Los inconvenientes, riesgos y beneficios asociados con esta intervención me han sido explicados. Todas mis preguntas han sido contestadas en forma satisfactoria.

Se me ha informado que este establecimiento de salud reúne las condiciones y el personal adecuados para este procedimiento.

Me comprometo a seguir las indicaciones pre y postoperatorias, asistiendo a los controles posteriores al procedimiento en las fechas que se me indique.

Yo, doy mi consentimiento por mi propia voluntad a que se me practique un procedimiento para interrumpir mi embarazo por razones terapéuticas, debido a (Dx:) _____ _____.

He recibido una copia de este formulario.

Fecha ____/_____/____
Mes/ Día/ Año

_____ _____
Firma de la Usuaria Impresión Dactilar

_____
Firma y sello de la persona que
Brinda la orientación y consejería

Su decisión va a repercutir sobre la vida de otro ser humano, la del concebido y por lo tanto, hacer una declaración de este tipo, es ignorar absolutamente dicha realidad. No solo eso, sino que, implica a su vez, asumir la postura que existía en el derecho romano que "el feto es parte de las entrañas"[159]y por lo tanto puedo disponer de él a voluntad, sin tener que considerar nada respecto del mismo.

[158] Guía Técnica Nacional…, cit., sección IX, anexo 1 Formulario de consentimiento informado y autorización de procedimiento

[159] Teoría de la portio mulieris: La teoría de la portio mulieris encuentra su basamento en algunos textos romanos multicitados por la doctrina tradicional tanto romanista como civilista, de cuya interpretación se infiere que el concebido es parte de la mujer o de sus vísceras, esto es, un órgano de la madre. F. Hung Gil, "Una aproximación crítica al estatuto jurídico del concebido no nacido" IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. (2009) : Disponible en:**<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222963005>** (último acceso 12-10-2016)

El consentimiento obliga a la madre a declarar que reconoce que está en riesgo su vida y salud, que comprende que el aborto es la única forma de tratar su entidad clínica; como si la madre estuviera en condición de hacerlo. La ciencia médica está al servicio de la vida, y no al servicio de este tipo de intervenciones que atentan contra ella.

Consideramos que las declaraciones del formulario de consentimiento, buscan liberar de responsabilidad al Estado ante cualquier inconveniente médico que se presente en la intervención a la madre, como si fuera ella quien tiene la capacidad, conocimiento y aptitud para tomar una decisión de este tipo, cuando en realidad es el Estado quien debe garantizar las mejores condiciones para los pacientes.

Al amparo de la regulación existente, es necesario se tome en consideración que la disposición de un bien como la vida del concebido, no está en manos de la madre y que no es un bien disponible, por lo que consideramos dicho consentimiento informado como inválido.

- Por el contrario, si el informe es negativo para practicar el aborto, la gestante puede solicitar a la Dirección del hospital, una nueva junta con otros médicos: "La gestante podrá solicitar al Director General del establecimiento de salud que se realice una nueva Junta Médica con otros médicos, la misma que deberá llevarse a cabo en un plazo no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, bajo responsabilidad"[160]. Como prerrogativa adicional, permiten convocar a otros médicos especialistas del sector público o privado para resolver el caso.[161]

Sobre este último punto, la situación es preocupante. Se permite recurrir a otros especialistas en caso no se esté de acuerdo con la negativa de la primera junta médica, lo cual a priori, parece una medida que busca que exista un juicio médico lo más imparcial posible. No obstante ello, al permitir el ingreso de médicos privados a la Junta Médica, abre nuevamente la puerta a la manipulación de situaciones y medios.

[160] Guía Técnica Nacional…, cit., sección 6.3.4
[161] Guía Técnica Nacional…, cit., sección 6.3.4

Es comprensible que la gestante desee una segunda opinión por parte de otros médicos, pero no comprendemos por qué es necesario convocar médicos del sector privado para una labor tan delicada y que es parte de una política pública. Creemos que se presta como ventana perfecta para la manipulación de diagnósticos clínicos al antojo de los solicitantes. Debemos insistir en que es labor del Estado garantizar el mejor servicio de salud a través de los médicos que trabajen en el nosocomio, y no existe necesidad de convocar a médicos del sector privado.

En suma, a lo largo de esta exégesis hemos demostrado la incompatibilidad constitucional de la GT, sobre todo porque desde su finalidad se comprometen el derecho reconocido en el art. 2.1 de la Constitución, desprotegiendo y colocando en grave riesgo al concebido, atentando contra su derecho a la vida.

No solo eso sino que ignora el reconocimiento que el Tribunal Constitucional le ha otorgado en la sentencia del 2009. Adicionalmente, regula supuestos que contravienen directamente lo regulado tanto en el CC como en el CNA, donde se le reconoce al concebido como niño, y por lo tanto merece protección.

Como segundo elemento importante, porque las entidades clínicas han sido desarrolladas en base a un "taller de sociedades médicas para identificar el perfil clínico para el aborto terapéutico" del año 2005. La publicación del taller tiene una antigüedad entre ocho y nueve años al momento de promulgarse la norma, lo que lleva a preguntarse si acaso no ha avanzado la tecnología lo suficiente como para encontrar soluciones o alternativas a las entidades clínicas en ese margen de tiempo.[162]

Como tercer elemento, la regulación que se ha realizado, abre la puerta a la legalización encubierta del aborto, principalmente porque exonera algunos supuestos clínicos de la conformación de la junta médica y de igual forma, no establece un numerus clausus de las entidades clínicas, sino que a través del décimo primer supuesto, permite que sea "cualquier otra patología…"

[162] Existen autores que consideran que los supuestos establecidos son superables con otro tipo de tratamiento, y no necesariamente se adscriben a la necesidad de inducir el aborto. P. Pacora-Portella, "Aborto terapéutico…", cit.

Queremos agregar finalmente, que la presente guía, ha omitido regular el derecho de los médicos a ejercer el derecho de objeción de conciencia[163], reconocido a través del derecho a la libertad de conciencia y religión en el artículo 2 inciso 3 de la Constitución Política del Perú. Aún nos preguntamos por qué se ignoró tal derecho de los médicos[164].

2. Consecuencias jurídicas a la promulgación de la Guía Técnica

La principal consecuencia que se derivaría a partir de la aprobación de la GT, sería el reconocimiento de un mal llamado "derecho al aborto" dentro del ordenamiento jurídico peruano. Quienes defienden su existencia, se amparan en el positivismo jurídico, que afirma que el derecho es un conjunto de normas válidas como un ordenamiento.[165] Para esta corriente, no existe derecho sin un legislador[166] puesto que son elementos ineludibles dentro de la configuración del mismo. Es una conexión directa entre derecho y ley, sin importar el contenido de la misma. Por lo tanto, si dicha norma es justa o no, no está dentro del análisis del positivismo.

Para ellos, es suficiente que la norma haya sido promulgada dentro de los procedimientos establecidos en el orden legislativo, para que pase a ser un derecho, y por tanto, exigible y respaldada por el *ius imperium* del Estado, como es el caso de la GT.

A nuestro modo de ver, tal afirmación está errada por diferentes razones. Desde una perspectiva etimológica, la palabra derecho proviene del latín *directus,* que está fuertemente vinculado a *rectus y rectum,* que significaban "en línea recta". Con el termino *directum* se quiso significar originalmente la idea central de *rectitud,* lo referido

[163] Ver más en R. TAFUR-RAMÍREZ, B. MONTENEGRO-DÍAZ Y A. YACARINI-MARTÍNEZ, "Guía de aborto terapéutico en el Perú: ¿considera la objeción de conciencia médica?" *Anales de la Facultad de Medicina*, n° 76, (2015), Disponible en:<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=37938589012> (último acceso 12-10-2016). De igual forma, A. APARISI MIRALLES Y J. LÓPEZ GUZMÁN, "El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto", *P & B,* N° 01, (2006), pp. 35-51.

[164] En el ámbito laboral ya existe sentencia del Tribunal Constitucional al respecto: STC. EXP. N.° 0895-2001-AA/TC, del 19 de agosto de 2002.

[165] M. ATIENZA Y J. RUIZ MANERO, "Dejemos atrás el positivismo jurídico" en M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Para una teoría post positivista del Derecho,* Palestra, Lima, 2009, 1ª ed., p.133.

[166] J. LOCKE, *Questions concerning the Law of Nature,* pp. 192-193, citado por J. Finnis, *Philosophy of Law,* Oxford University Press, Croydon, 2011, p. 96.

sin desviaciones hacia un punto. Y esta palabra pasó a "connotar una rectitud o derechura de carácter humano práctico".[167]

Por otro lado, desde el iusnaturalismo se establece que "(…) Derecho es aquella cosa que, estando atribuida a un sujeto, que es su titular, es debida a éste, en virtud de una deuda en sentido estricto."[168] Para ellos, "(…) derecho originariamente se empleó para significar la misma cosa justa (…)"[169]

El derecho es la cosa justa debida, lo suyo, naciendo esta exigibilidad y debitud en la justicia del mismo, razón por la cual regular el aborto terapéutico mediante la GT, no crea derecho en tanto sus fines atentan contra lo justo.

Para nosotros, la formalidad de ser promulgada por una institución no determina su carácter de derecho. Asimismo, la exigibilidad del derecho, parte de la justicia que debe buscar toda norma, y no del sistema coercitivo del Estado; por lo que indistintamente de si ha sido promulgada o no, debe ser obedecida en tanto es justa.

Lo justo en esta oportunidad es el respeto de la vida humana, y especialmente del concebido, en tanto bien jurídico que requiere máxima protección por la vulnerabilidad de su situación. El hecho que haya sido legislado a través de un protocolo, no significa que se convierta en derecho ni exigencia para abortar.

Como elementos adicionales, queremos indicar que nuestra Constitución, no reconoce ese inexistente "derecho al aborto", ni siquiera principios que puedan llevar a su reconocimiento posterior, por el contrario, sí reconoce el derecho a la vida del concebido claramente estipulado en el artículo 2 inciso 1. En la legislación civil, no está reconocido tampoco el "derecho al aborto" explícitamente ni mucho menos de manera implícita; en

[167] C. MASSINI CORREAS, *Filosofía del Derecho. Tomo I,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, 2ª ed., pp. 31-32.
[168] J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho,* Eunsa, Navarra, 2008, 4ª ed., p. 198.
[169] T. DE AQUINO, *Summa Theologica,* II, q. 57, a.1, ad 1, citado por J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho,* Eunsa, Navarra, 2008, 4ª ed., p. 181.

tanto el Código Civil y el CDNA le reconocen al concebido, derechos en cuanto le favorece, desde el momento de la concepción.[170]

Dentro de la política penal peruana[171], el aborto en general está penalizado, teniendo como única excepción el "aborto terapéutico", del cual reiteramos no existe castigo, por ser un estado de necesidad exculpante; pero el resto de supuestos sí lo están (del art. 114 al 120).[172]

Asimismo, el error al legislar de esta forma el aborto terapéutico, es crítico y se manifiesta por haberlo realizado a través de una resolución ministerial, cuando están involucrados bienes jurídicos tan importantes para nuestro ordenamiento jurídico, y que hubiese requerido en todo caso una norma con rango de ley.

Aunado a ello, sostenemos que debió existir más debate, ya que las discusiones previas a su promulgación no estuvieron revestidas de opiniones diversas que enriquecieran los trabajos.[173] En suma, la legislación que regula los supuestos de necesidad extrema, no generaliza el derecho a abortar ni mucho menos el derecho a privar de la vida a otro ser humano[174]. Lamentablemente, de la forma como nuestra guía técnica ha sido redactada, puede ser considerada como un "cajón de sastre" al que se apelará para dar cobertura a prácticas abortivas ilegales.

---

[170] Art. 1 del Código Civil: "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. 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." Art. 1 del Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente:" Se considera niño a todo ser humano desde su concepción (…)"

[171] El ordenamiento jurídico peruano se adscribe al sistema de indicaciones. Ver más en:
O. Inostroza y C. Quezada, *El aborto terapéutico y su regulación en Chile: Derecho comparado y evolución histórica,* Universidad de Chile, Santiago, 2012, disponible en: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A233CE8527F310BE05257D17006F6DBB/$FILE/de-inostroza_o.pdf (último acceso: 12-10-2016)

[172] Dentro de estos supuestos están el autoaborto, el aborto consentido, el aborto sin consentimiento, aborto preterintencional, el sentimental y eugenésico. Código Penal de 1991.

[173] Para sustentar un supuesto consenso al momento de promulgar la norma, se realizó un taller de sociedades médicas hace 9 años para identificar el perfil clínico para el aborto terapéutico. En un solo día, 31 médicos, de los cuales 20 representaban a la Sociedad Peruana de Obsetricia y Ginecología, entidad organizadora del evento con PromSex, fueron quienes decidieron las entidades clínicas. Como afirmamos anteriormente, son promotoras y militantes a favor del aborto en cualquier de sus formas. D. DUMET DELFÍN, "Protocolo del aborto terapéutico: ¿Reivindicación de derechos o licencia para matear?", *Gaceta Constitucional,* Tomo 79, 2014, p. 223

[174] J. CARO JOHN, "Sobre la relevancia del protocolo médico para la concreción del riesgo permitido en el aborto terapéutico", *Ius,* Nº 36, (2008), p. 451.

Finalmente, queremos enfatizar que la regulación de excepciones no generaliza ni crea derechos. El derecho es lo justo, y abortar, nunca lo es por atentar contra la vida de un ser humano.

3. El control constitucional de normas

3.1 Concepto y finalidad

Para iniciar debemos indicar que al utilizar el término "control constitucional", haremos también referencia directa al concepto de "compatibilidad constitucional de normas", y viceversa.

En primer lugar, el control constitucional es definido como "un juicio de compatibilidad de la Constitución con una norma de inferior jerarquía normativa, prefiriendo excluir la norma del ordenamiento jurídico en caso no sea posible armonizarla con la norma fundamental."[175]

"El control constitucional, concebido *lato sensu*, estriba en aquellos medios jurídicos que previenen, reparan, nulifican o sancionan, la violación de las disposiciones constitucionales"[176]

Por otro lado, se entiende también que dentro del Derecho Procesal Constitucional "(…) el control garantiza el principio de jerarquía normativa y la protección de los derechos fundamentales de la persona."[177]

En mérito a lo anteriormente afirmado, el control constitucional de normas es un mecanismo que permite; mediante la actuación de un órgano determinado y siguiendo un conjunto de procedimientos, proteger la jerarquía normativa y unidad de la Constitución, con la finalidad de evitar su contravención, expulsando la norma que así lo hiciere. Es el mecanismo necesario para asegurar la unidad, armonía y cohesión de las normas dentro del marco de la Constitución.

---

[175] C. HAKKANSON NIETO, *El proceso de Inconstitucionalidad,* Lima, Palestra Editores, 2014, p. 28.
[176] R. SÁNCHEZ-GIL, "El Control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002", *Cuestiones Constitucionales,* N° 11, (2011).
[177] E. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, *Manual de Derecho Procesal Constitucional,* Grijley, Lima, 2006, 3ª ed., p. 143.

El control tiene dos finalidades principales: "Es objetivo en tanto se realiza juicio de compatibilidad abstracta entre dos fuentes de distinta jerarquía. Es subjetivo porque en última instancia busca preservar los derechos fundamentales de las personas."[178]

En otras palabras, "el control (…) tiene una finalidad inmediata, depurando del ordenamiento a aquellas disposiciones que contravengan el principio de jerarquía normativa, tiene como fin mediato impedir su aplicación, es decir, impedir que estas puedan generar afectaciones concretas (subjetivas) a los derechos fundamentales de los individuos."[179]

Actualmente, existen dos sistemas dominantes de control constitucional. Por un lado, de origen europeo o continental, el control concentrado; y por el otro, de origen estadounidense, el control difuso.[180] , los que se orientan a evitar atentados contra la Constitución. En este sentido abordaremos ahora el método los tipos de inconstitucionalidad con el objeto de poder identificar específicamente de qué forma la GT comete infracción contra nuestra Constitución.

3.2 Tipos de inconstitucionalidad de normas

Las normas jurídicas promulgadas por las diferentes instancias del Estado, derivadas del contenido de la Constitución pueden en algunas ocasiones infringir tanto la jerarquía como el contenido de la supremacía constitucional, determinando por lo tanto su inconstitucionalidad.

[178] Ibídem.
[179] Ibídem, p.11.
[180] El europeo o de Justicia Constitucional concentrada, generalizado a partir de la constitución austríaca de 1920 y de la obra de Hans Kelsen, en el que un órgano autónomo especializado y constitucionalmente designado para ello tiene la potestad de revisar la constitucionalidad de las normas legales y los actos de poder, estableciendo al respecto, declaraciones generales ERGA OMNES de plenos efectos derogatorios. El segundo sistema es el americano o de control difuso (también denominado de la Judicial Review), permite que sea el mismo órgano jurisdiccional ordinario el que desarrolle la función de control de la constitucionalidad inaplicando una norma que contraviene la constitución para el caso en concreto, manteniendo la norma en cuestión en el ordenamiento. A. QUIROGA LEÓN. "Una aproximación a la justicia constitucional". en *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. Fondo Editorial PUCP. Lima, pp. 151-187.

No solo eso, sino que son aquellas faltas que determinan que una norma se ajuste o no (de forma o de fondo) a la jerarquía de la Constitución y se pueden dar de diferentes modos: directa o indirecta; total o parcial y por el fondo y por la forma.[181]

3.2.1 Inconstitucionalidad directa

Este tipo de inconstitucionalidad, "(…) se comprueba a través de la confrontación de la norma cuestionada con la disposición constitucional o legal que sirve de parámetro, es decir, que queda verificada sin necesidad de apreciar, previamente, la incompatibilidad de la norma enjuiciada con alguna(s) otra(s) norma(s)."[182]

"Aquellos reglamentos que han sido expedido sin *interporsitio legislatoris*,[183] conllevan una inconstitucionalidad directa, porque violan de manera inmediata la Constitución y no la ley."[184]

3.2.2 Inconstitucionalidad indirecta

"*Contrario sensu*, la infracción indirecta es "aquella que para su comprobación no solo basta confrontarla con la disposición constitucional o legal; sino que por el carácter abierto de las disposiciones constitucionales es necesario que se les confronte con una norma que pertenezca al parámetro de constitucionalidad[185] o de legalidad".[186]

---

[181] Código Procesal Constitucional, art. 75.

[182] STC Exp. N° 00020-2005-AI, del 27 de setiembre de 2005, F.J. 26.

[183] Aforismo latín que hace referencia a la acción necesaria del legislador para que las leyes sean promulgadas y conforme al orden constitucional.

[184] C. MESÍA RAMÍREZ, *Exégesis del Código Procesal Constitucional,* Gaceta Jurídica, Lima, 2013, 4ª ed., p. 121.

[185] De esta forma, afirmarse que el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución. Se afirma que éstos son "verdaderos principios y reglas de valor constitucional", esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu Sentencia N° C-225/95 de la Corte Constitucional de Colombia, citada por D. RUEDA AGUILAR en «El Bloque de constitucionalidad en el sistema colombiano», p. 6, accesible en: https://www.scjn. gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/88/Becarios_088.pdf (último acceso 12-10-2016) citado por A. Meza Hurtado, "El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional ¿es necesario en el Perú", *Revista Oficial del Poder Judicial,* N° 08 y 09 (2012-2013), p. 148 disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8/8.+Meza+Hurtado.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8. (último acceso 12-10-2016)

[186] Ídem.

Es decir, que para determinar este tipo de inconstitucionalidad, estamos frente a una tarea de mayor complejidad, y por lo tanto "(…) Implica incorporar en el canon del juicio de constitucionalidad a determinadas normas además de la propia Carta Fundamental (…) y la invalidez constitucional de la norma impugnada no puede quedar acreditada con un mero juicio de compatibilidad directo frente a la Constitución, sino sólo luego de una previa verificación de su disconformidad con una norma legal perteneciente al parámetro de constitucionalidad."[187]

Como se desprende las definiciones plasmadas líneas arriba, ya no es necesaria una simple confrontación, sino que implica recurrir a otras fuentes formales, pero que a su vez son parte del bloque de constitucionalidad.

3.2.3 Inconstitucionalidad formal

Este tipo de infracción constitucional tiene mayores variantes, y existen varios supuestos que la regulan. Es importante resaltar que se produce cuando existen vicios relacionados no al contenido *per se* sino a otros elementos, como indica claramente la doctrina.

Además, en este tipo de inconstitucionalidad, nos centramos en los vicios que la norma tiene o pudiera tener en la "forma". ¿Qué aspectos involucran la "forma"? Dentro de ellos, está la materia que regula según su rango y competencia, el procedimiento que debió seguir para promulgarse y la institución que debe emitirla. Por ello, estamos frente a la inconstitucionalidad formal cuando:

a) "(…) la emisión de la resolución ministerial incumple los procedimiento para promulgación de las normas".[188] "El vicio formal o *interna corporis* se presenta cuando la Constitución ha sido vulnerada por desatender el procedimiento de formación de la norma, el cual está determinado en el propio texto constitucional.[189]

[187] STC Exp. N° 0020-2005-AI/TC, F.J. 27 del 27de setiembre de 2005.
[188] Ver art. 105 de la Constitución Política del Perú.
[189] Geovani Salguero Salvador, "La inconstitucionalidad directa o general" disponible en http://www.cc.gob.gt/documentosCC/Capacitaciones/VCursoAct/LaInconstitucionalidadDirectaOGeneral.pdf (último acceso 12-10-2016)

b) "(…) se invaden competencias, mediante órgano incompetente."[190]

c) "(…) la infracción afecta a la reserva de ley debido a que la norma se ha ocupado de una materia que la Constitución ha reservado a otra fuente formal".[191]

3.2.4 Inconstitucionalidad material

Esta infracción requiere profundizar en el contenido de la norma, porque no se trata de errores o vicios en su promulgación, sino directamente relacionados al fundamento de la norma en cuestión.

a) "Se produce cuando la norma cuestionada contraviene derechos, principios, normas o valores reconocidos por la Constitución o por la ley o con relevancia constitucional o legal.[192]

b) El vicio material o por fondo es el que concurre en el contenido o espíritu de la norma que se objeta, precisamente por vulnerar la sustancia de la Constitución.[193]

c) "…La inconstitucionalidad de fondo puede producirse por directo enfrentamiento de un precepto o disposición general de jerarquía inferior con otro u otros de rango constitucional cuyos valores, principios y normas garantizan la supremacía y principios y normas garantizan la supremacía y rigidez de la Constitución".[194]

Como se ha explicado párrafos arriba, es un atentado contra la sustancia, principios y derechos reconocidos en el texto constitucional, por lo que dicha norma incurriría en una infracción constitucional material.

3.2.5 Inconstitucionalidad parcial

[190] Ver más en art. 118.19 de la Constitución.
[191] Ver art. 75 del Código Procesal Constitucional.
[192] J. SOSA SACIO, *Procesos de Acción…,* cit., p. 20.
[193] http://www.cc.gob.gt/documentosCC/Capacitaciones/VCursoAct/LaInconstitucionalidadDirectaOGeneral.pdf (último acceso 12-10-2016)
[194] Sentencia Corte Constitucional Guatemala Exp. 1094-99, del 13 de junio de 2000.

Este supuesto, no requiere una exhaustiva explicación, porque del propio título se desprende que una norma es parcialmente inconstitucional o ilegal cuando "(…) solo una fracción de su contenido contraviene la norma suprema o la ley." [195]

Adicionalmente, una vez que se declare su inconstitucionalidad, y "(…) cuando la invalidez recaiga en el contenido dispositivo (texto lingüístico del precepto), se dejarán sin efecto las palabras o frases que se consideren inválidas. Por otro lado, si dicha invalidez reside en su contenido normativo, es decir, en alguna de las interpretaciones atribuidas a la disposición cuestionada, todo órgano del Estado estará impedido de aplicar los sentidos interpretativos declarados inconstitucionales o ilegales."[196]

3.2.6 Inconstitucionalidad total

Para culminar, este tipo de infracción se aplica en los casos en que todo el contenido de la norma atenta contra el orden constitucional. Más específicamente, "una norma infralegal es abiertamente inconstitucional o ilegal cuando todo su contenido dispositivo o normativo es contrario al texto constitucional o legal.[197]

La totalidad o parcialidad de las infracciones constitucionales, no se encuentra referida a un *quantum* de la fuente afectada (la Constitución), sino de la fuente lesiva (la ley o norma con rango de ley). En efecto, una ley puede ser totalmente inconstitucional cuando la totalidad de su contenido dispositivo o normativo es contrario a la Constitución. [198]

3.2.7 Inconstitucionalidad de la GT

Analizados los tipos de inconstitucionalidad, queremos resaltar que la GT materia del presente trabajo, incurre en tres tipos de inconstitucionalidad:

i) Inconstitucionalidad directa, porque al contrastar la finalidad de la GT con el art. 2.1 de la Constitución se evidencia la infracción constitucional contra el derecho a la vida del concebido, debido a que la GT se centra en asegurar la atención de la gestante para que

[195] J. SOSA SACIO, *Procesos de Acción…,* cit., p. 20-21.
[196] Ibídem.
[197] Íbídem, p. 21.
[198] STC Exp. N° 0020-2005-AI/TC, F.J. 24 del 27de setiembre de 2005.

pueda practicarse un aborto en determinados casos, sin tomar en consideración la vida del concebido.

ii) Inconstitucionalidad material, porque el supuesto que regula (aborto) contraviene también el mencionado reconocimiento, además de ser considerado delito según el propio código penal como ya se analizado *ut supra*.

iii) Inconstitucionalidad total porque desde el artículo 1 de la Resolución Ministerial, aprueba un procedimiento orientado al sacrificio de la vida del concebido, razón que obliga a que ninguna de las consideraciones de la GT pueda ser aceptada en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, como ya hemos expuesto los argumentos y el tipo de inconstitucionalidad en que incurre la GT, es necesario ahora, encontrar la vía procedimental adecuada con el ánimo lograr su expulsión de nuestro ordenamiento jurídico peruano, poniendo fin a esta controversia que amenaza el derecho a la vida del concebido.

4. Propuesta: La acción popular como medio idóneo para derogar la GT

Para comenzar, examinemos brevemente cómo se establece la jerarquía normativa en nuestro país, sobre la base del modelo de la "pirámide de Kelsen"[199] adaptada al ordenamiento jurídico peruano. Posteriormente buscaremos establecer el procedimiento y/o medio idóneo para denunciar la inconstitucionalidad estudiada en el presente trabajo.

En nuestro ordenamiento existen las siguientes categorías normativas y sus subsecuentes grados:[200]

a) Primera categoría: Las normas constitucionales y las normas con rango constitucional

[199] "Su propuesta consiste en jerarquizar las leyes y graficar dicha jerarquización por medio de una pirámide invertida, dando a la parte superior el mayor peso y a la parte inferior el menos peso, jerárquicamente hablando. De lo anterior se desprende que la máxima ley, la norma de normas es la Constitución." http://ley.exam-10.com/law/21028/index.html (última visita 10.10.16)
[200] STC Exp. Nro. 0047-2004-AI/TC, f. 61

- 1er. grado : La Constitución.

- 2do. grado : Leyes de reforma constitucional.

- 3er. grado : Tratados de derechos humanos.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 206 de la Constitución es la norma que implícitamente establece la ubicación categorial de las denominadas leyes constitucionales. De allí su colocación gradualmente inferior en relación a la Constitución en sí misma.

b) Segunda Categoría: Las leyes y las normas con rango o de ley.

Allí aparecen las leyes, los tratados, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, el Reglamento del Congreso, las resoluciones legislativas, las ordenanzas regionales las ordenanzas municipales y las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley. [201]

En atención a los criterios expuestos en el caso Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos (Expediente Nº 0010-2002-AI/TC) los decretos leyes se encuentran adscritos a dicha categoría (cf. los párrafos 10 y ss. de dicha sentencia)

c) Tercera categoría: Los decretos y las demás normas de contenido reglamentario.
d) Cuarta categoría: Las resoluciones.

- 1er. grado: Las resoluciones ministeriales, las resoluciones de los órganos autónomos no descentralizados (Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Defensoría del Pueblo, etc.).

- 2do. y demás grados descendentes: Las resoluciones dictadas con sujeción al respeto del rango jerárquico intrainstitucional.

e) Quinta categoría: Los fallos jurisdiccionales y las normas convencionales.

[201] La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma tiene tres características básicas: a) su alcance general con fuerza de ley y carácter obligatorio, b)sus efectos irretroactivos (salvo en materia penal y tributaria) y c) la autoridad de cosa juzgada que posee. Y. TITO PUCA, *Guía para Reconocer un Verdadero Criterio Vinculante del Tribunal Constitucional,* Gaceta constitucional, Perú, 2011, p. 88)

La Guía Técnica, promulgada mediante Resolución Ministerial Nº 486-2014/MINSA, el 27 de junio de 2014, se encuentra inmersa dentro de las normas de cuarta categoría –actos administrativos emitidos por un Ministerio, específicamente de Salud–, resolución en la que se ha regulado un procedimiento para la interrupción del embarazo en diversos supuestos que pondrían en riesgo la vida o salud de la madre pero que, conforme hemos estudiado a lo largo del trabajo, vulnera el derecho a la vida del concebido.

Por lo tanto, debido a que es una norma que contraria a un derecho constitucional reconocido, es necesario denunciar su inconstitucionalidad material, total y directa, a través de los diferentes medios y garantías constitucionales que nuestro ordenamiento contempla, a fin de mantener vigente la coherencia normativa[202].

En mérito a lo anteriormente afirmado, el Estado Peruano ha establecido dos procesos constitucionales para ejercer el control de las normas: la acción de inconstitucionalidad y la acción popular. Ambas opciones están vinculadas "(…) en la medida en que su objeto (de la acción popular) también es asegurar el orden constitucional infra legal, pero examinando las leyes y las normas con rango de ley"[203].

Por un lado, la acción de inconstitucionalidad juzga "(…) si una **ley o norma con rango de ley** transgrede, por la forma o por el fondo, la Norma Suprema. (…)"[204]y por el otro, la acción popular es un proceso constitucional "(…) mediante el cual se pretende la expulsión del sistema jurídico de una norma (o parte de ella) **subsidiaria a la ley**, que atenta contra preceptos constitucionales o legales"[205]. En resumen, en caso de ser norma con rango de ley, será la acción de inconstitucionalidad la vía adecuada, mientras que de ser norma infralegal será la acción popular el proceso apropiado.

---

[202] Dicha noción implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman. Ello es así por la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica, ideológica y lógica entre los deberes y derechos asignados, además de las competencias y responsabilidades establecidas en el plano genérico de las normas de un orden jurídico. STC Exp. N° 005-2003-AI/TC, del 03 de octubre de 2003, F.J. 4.

[203] C. HAKKANSON NIETO, *"El proceso de inconstitucionalidad",* Palestra, Lima, 2014, p. 29.

[204] STC Exp. N° 00007-2002-AI/TC, del 27 de agosto de 2003, F.J. 3.

[205] F. MESINAS MONTERO (Dir.) "*Procesos De Acción Popular Y Competencial"*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 9.

Si bien es cierto esta diferencia no es la única[206], es la más importante para los fines de este trabajo, porque nos permite determinar sin duda alguna, que la acción popular es el medio idóneo para ejercer el control constitucional de la norma; por ser la Guía Técnica, de rango infralegal.

En consecuencia, para poder impugnar la constitucionalidad de la Guía Técnica es necesario tener en consideración las disposiciones del Código Procesal Constitucional, a fin de acatar las disposiciones particulares para este proceso. Por ello, a continuación revisaremos sucintamente cada uno de los requisitos y particularidades necesarios para ejercer dicha acción.

Primero, respecto de la legitimidad para obrar, "la demanda puede ser interpuesta por cualquier persona"[207].

Segundo, el plazo de prescripción para presentar la acción es de cinco (05) años contados desde el día siguiente de publicación de la norma. En nuestro caso, el 28 de junio de 2014 fue el primer día hábil para presentar la demanda y dicho plazo vence el 28 de junio de 2019.

Tercero, la demanda deberá ser dirigida al Ministro de Salud indicando el nombre (Patricia García Funegra), identidad y domicilio del demandante, la denominación precisa y el domicilio del órgano emisor de la norma objeto del proceso (Ministerio de Salud), el petitorio, copia simple de la norma, fundamentos en que se sustentan la pretensión y la firma del demandante o en su defecto del representante, y de su abogado.[208]

Queda por aclarar la competencia, debido a que es una norma promulgada por el Ministerio de Salud, y se establece que, cuando estamos frente a normas dictadas por el Gobierno central, es competente la Sala de la Corte Superior de Lima[209] que corresponda.

---

[206] La acción de inconstitucionalidad está regulada en el art. 98 en adelante del Código Procesal Constitucional, y el órgano competente para resolver es el Tribunal Constitucional mientras que la acción popular está regulada en el art. 84 del Código Procesal Constitucional y es resuelto por el Poder Judicial.

[207] Código Procesal Constitucional, art. 84.

[208] Código Procesal Constitucional, art. 85.

[209] F. MESINAS MONTERO (Dir.) "*Procesos De Acción Popular Y Competencial*", Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p.30.

De manera concreta, el objeto de la acción popular interpuesta será solicitar que el Juez declare la incompatibilidad de la "Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119º del Código Penal" por ser contraria al art. 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú.

Finalmente, será la Sala Superior quien resuelva en primera instancia, y en caso de apelación, será la Corte Suprema, quien tendrá la decisión definitiva, la cual estimamos puede resolver de manera favorable, en mérito a los argumentos presentados en el presente trabajo. Una vez culminado el proceso y consentida la sentencia de la acción popular, es necesario recordar que ésta tiene calidad de cosa juzgada, por lo que vincula a todos los poderes públicos y es inimpugnable, dejando sin efecto a la norma desde el día siguiente al de su publicación.[210]

Presentar esta acción es necesario debido a que permitirá expulsar del ordenamiento jurídico una norma que atenta contra la armonía y concordancia práctica de nuestra Constitución, vulnera el derecho a la vida del concebido y sobre todo, porque permitiría zanjar a través de una decisión judicial esta controversia.

Reiteramos que no se trata de establecer qué vida es más importante (de la mujer o del concebido) o cuál debe sacrificarse en situaciones de excepción, sino demostrar como lo hemos establecido a lo largo del trabajo, que la persona humana goza de una dignidad ontológica que obliga a la protección de su vida desde la concepción hasta la muerte natural.

[210] Ibídem, p. 45.

CONCLUSIONES

Primera

El ordenamiento jurídico peruano tiene como fin supremo la defensa de la persona humana y su dignidad, y para ello, reconoce al derecho a la vida, como elemento indispensable y premisa para el goce de los demás derechos fundamentales.

Segunda

La vida humana comienza desde la concepción o fecundación, es decir, en el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide; y son términos unívocamente reconocidos como inicio de la vida y por lo tanto, el concebido merece tutela y protección, tal como lo ha establecido la Constitución Política del Perú, Código Civil, Código de los Niños y Adolescentes y el Tribunal Constitucional en la sentencia del 2009.

Tercera

La Corte IDH en el caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, ha resuelto que se reconoce la vida desde la anidación y no desde la concepción, contrario al reconocimiento del derecho a la vida del concebido, establecido por nuestro ordenamiento jurídico. En el fondo, no se trata de decidir qué jurisdicción prevalece sino entender que el principio *pro homine* es la clave hermenéutica para la interpretación conforme de los derechos fundamentales, a efectos de vislumbrar y realizar una lectura del derecho a la vida de la forma más amplia, y no de manera restrictiva como lo plantea la Corte IDH.

Cuarta

El aborto no constituye un derecho, en el caso del mal llamado “aborto terapéutico”, se pretende a través de una manipulación lingüística, justificar el sacrificio de la vida del concebido, como única cura para salvar la vida de la madre, ignorando la existencia de avances científicos que permiten generar verdaderas terapias para salvar a los dos.

Quinta

El delito de aborto terapéutico, es un estado de necesidad exculpante y no alcanza el grado de punibilidad suficiente para el establecimiento de una pena. La ausencia de pena no determina la licitud de la conducta, no crea la necesidad de regularla ni mucho menos un supuesto derecho al aborto.

Sexta

La Guía técnica es contraria a la Constitución Política del Perú, porque regula y ordena la interrupción voluntaria del embarazo, que determina el sacrificio de la vida del concebido en determinados casos, ignorando la tutela que le concede nuestro ordenamiento legal y a lo establecido por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia N° 2005-2009-AA/TC, que el concebido es un ser único e irrepetible, y por lo tanto, ha ordenado proteger su vida desde la concepción.

Sétima

La Guía Técnica trasgrede los más elementales principios constitucionales debido a que regula un supuesto que atenta contra la vida del concebido porque el décimo primer supuesto considerado como entidad clínica abre la puerta a falsos abortos, al establecer de manera indeterminada que “cualquier otra patología que ponga en riesgo la vida de la madre o genere en su salud un daño grave y permanente” es causal para solicitar un aborto.

Octava

La Guía Técnica a través del procedimiento de conformación de junta médica y posterior decisión, expone al concebido a situaciones de grave peligro, principalmente a través del ingreso de médicos privados a una segunda junta médica, en caso la madre rechace la decisión de la primera.

Novena

El medio idóneo para denunciar la inconstitucionalidad de la Guía Técnica, es el proceso constitucional de acción popular, en vista que la Guía Técnica promulgada por el Ministerio de Salud mediante Resolución Ministerial N° 486 es una norma de 4to nivel, no ha transcurrido más de cinco años desde su promulgación y conforme al Código Procesal Constitucional, puede ser presentada por cualquier ciudadano.

BIBLIOGRAFIA CITADA

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

STC Exp. N.° 0895-2001-AA/TC, del 19 de agosto de 2002.

STC Exp. N° 00007-2002-AI/TC, del 27 de agosto de 2003.

STC Exp. N° 005-2003-AI/TC, del 03 de octubre de 2003.

STC Exp N° 02016-2004-AA/TC, del 05 de octubre de 2004.

STC Exp. N° 00020-2005-AI, del 27 de setiembre de 2005.

STC Exp. Nro. 0047-2004-AI/TC, del 24 de abril de 2006.

STC Exp. N° 07435-2006-PC/TC, del 13 de noviembre de 2006.

STC Exp. N° 00489-2006-PHC/TC, del 25 de enero de 2007.

STC Exp. N° 0679-2005-PA/TC, del 25 de mayo de 2007.

STC Exp. N° 06057-2007-PHC/TC, del 19 de diciembre de 2007.

STC Exp. N° 01535-2006-PA/TC, del 31 de enero de 2009.

STC Exp. N° 2005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009.

STC Exp. N° 0032-2010PI/TC, del 19 de julio de 2011.

JURISPRUDENCIA COMPLEMENTARIA

Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, caso Doe v. Bolton, del 22 de enero de 1973.

Sentencia del Tribunal Supremo de España del 03 de abril de 1978.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, del 19 de noviembre de 1999.

Sentencia Corte Constitucional Guatemala Exp. 1094-99, del 13 de junio de 2000.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación *in vitro"*) vs. Costa Rica, del 28 de noviembre de 2012.

Dictamen caso L.C. vs. Perú (CEDAW/C/50/D/22/2009), del 27 de octubre de 2011.

NORMATIVA PERUANA

Constitución Política del Perú de 1979.

Constitución Política del Perú de 1993.

Código Civil de 1852.

Código Civil de 1936.

Código Civil de 1984.

Código de los Niños y Adolescentes.

Código Penal de 1991.

Decreto Ley N° 26102.

Resolución Ministerial N° 486-2014, del 27 de junio de 2014 que aprueba la Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119º del Código Penal.

Resolución Ministerial N° 546-2011/MINSA- Norma Técnica de Salud "Categorías de establecimientos de salud", del 16 de julio de 2011.

NORMATIVA EXTRANJERA

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH)

Convención Para La Eliminación De La Discriminación Contra La Mujer (CEDAW)

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

Constitución de la Organización Mundial de la Salud adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946.

DOCTRINA

ALZAMORA VALDEZ, M., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Editorial Eoldi, 1978.

ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal Parte General,* Madrid, 1949.

APARISI MIRALLES A., Y J. LÓPEZ GUZMÁN, "El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto", *P & B,* N° 01, (2006).

APARISI, A., "El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global", Cuadernos de bioética, N° XXIV (2013), disponible en http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87528682006 (último acceso: 12-10-2016)

ATIENZA, M., Y RUIZ MANERO J., "Dejemos atrás el positivismo jurídico" en Atienza, M., y Ruiz Manero, J., *Para una teoría post positivista del Derecho,* Palestra, Lima, 2009, 1ª ed.

BESIO, M., "Consideraciones éticas sobre el aborto terapéutico" en *Boletín de la Escuela de Medicina*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Nº 01 (1998), disponible en: http://escuela.med.puc.cl/publ/Boletin/Etica/ConsideracionesEticas.html (último acceso 12-10-2016)

BRAMONT-ARIAS TORRES, L., Y GARCÍA CANTIZANO, M., *Manual de Derecho Penal Parte Especial,* San Marcos, Lima, 2006, 4ª ed.

CÁCERES VELÁZQUEZ, R., *Debate Constitucional 1993 Comisión de Constitución y Reglamento Tomo I,* Congreso de la República, Lima, 2008.

CALLO CALÓN, E., *Derecho Penal I Parte General,* vol. 1°, Bosch, Barcelona, 1980, 18ª ed.

CARO JOHN, J., "Sobre la relevancia del protocolo médico para la concreción del riesgo permitido en el aborto terapéutico", *Ius,* Nº 36, (2008).

CASTILLA JUÁREZ, K., "Principio pro persona en la administración de justicia", *Revista Cuestiones Constitucionales.* UNAM, N° 20, (2009), disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88511735002(último acceso 12-10-2016)

CEREZO MIR, J., *Derecho Penal Parte General,* B de F, Buenos Aires, 2008.

CEREZO MIR, J., *Obras Completas Derecho Penal Parte General,* Lima, Ara Editores, 2006.

CHANAMÉ ORBE., R., *Comentarios a la Constitución*, Jurista Editores, Lima, 2009, 5ª ed.

CHAPARRO GUERRA, A., F*undamentos de la teoría del delito,* Grijley, Lima, 2011.

CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J., *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano,* Palestra, Lima, 2012.

CHIRINOS SOTO E., Y CHIRINOS SOTO, F.,*La Constitución lectura y comentario,* Rodhas, Lima, 2007, 5° ed.

CÓRDOBA RODA, J., *Las eximentes incompletas en el Código Penal,* Oviedo, 1966.

CRUZ-COKE., *Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana,* disponible en: http://www.scielo.cl/pdf/rcp/v51n2/art06.pdf (último acceso: 23.11.15)

DE ASÚA, J., *Tratado de Derecho Penal,* IV, Buenos Aires, 1976, 3ª ed.

DE JESUS, L., "A pro-choice reading of a pro-life treaty: the Inter-American Court on human rights, distorted interpretation of the American Convention on human rights in Artavia v. Costa Rica", *Wisconsin International Law Journal*¸ Nº 02, Vol. 32, (2014).

DE JESÚS, L., "Post Baby Boy v. United States Developments in the Inter-American System of Human Rights: Inconsistent Application of the American Convention's Protection of the Right to Life from Conception" *17 L. & BUS. REV. AM. 435* (2011), disponible en:

https://works.bepress.com/ligia_dejesus/6/ (ultimo acceso 12-10-2016).

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Informe Defensorial N° 78, Anticoncepción oral de emergencia, Lima, 2004. Disponible en:

http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_78.pdf (último acceso 12-10-2016)

DEPARTAMENTO DE HUMANIDADES BIOMÉDICAS, Universidad de Navarra, "Análisis del acto moral. Una propuesta", disponible en: http://www.unav.es/cdb/dhbapactomoral2d5.html (Último acceso: 11-09-2015)

DUMET DELFÍN, D., "Protocolo del aborto terapéutico: ¿Reivindicación de derechos o licencia para matear?", *Gaceta Constitucional,* Tomo 79, (2014).

ESPINOSA A. Y ROCHA J., "Medicina Clínica para intensivistas. Preguntas a un experto", *Revista Cubana de Medicina Intensiva y Emergencias,* Nº 6, (2007).

ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de las Personas* Editorial Huallaga, Lima, 2001, 3ª ed.

ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de las Personas,* Grijley, Lima, 2012, 6ª ed.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., "Defensa de la persona" en W. GUTIÉRREZ CAMACHO (Director), *La Constitución Comentada,* Gaceta Jurídica, Lima, 2013, 2ª ed.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Derecho de las Personas,* Editorial Cultural Cuzco, Lima, 5ta Edición, 1992.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *La Constitución Comentada Tomo I,* Lima, Gaceta Jurídica, 2a edición, 2013.

FERRER MAC-GREGOR, E., "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano, *Revista Estudios Constitucionales, Universidad de Talca,* Año 9, N° 2, 2011. Disponible en http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/articulo_13.pdf. (Último acceso 12-10-2016)

FERRERO COSTA, C., *Debate Constitucional 1993 Comisión de Constitución y Reglamento Tomo I,* Congreso de la República, Lima, 2008.

FIGARI, R., Y PARMA, C., *Homicidio y aborto en la legislación peruana,* Motivensa, Lima, 2010.

FINNIS, J., *Philosophy of Law,* Oxford University Press, Croydon, 2011.

GARCÍA CAVERO, P., "El derecho a la vida del concebido en los casos de aborto terapéutico", *Revista de Derechos Humanos*, N° 01, (2010).

HABERMAS, J., "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", *Diánoia,* vol.LV, núm. 64 (2010).

HAKKANSON NIETO, C., *"El proceso de inconstitucionalidad",* Palestra, Lima, 2014.

HERMOSILLA, J.P., Y VAN WEEZEL, A., "Contrapunto: El Aborto Terapéutico", *Revista Chilena de Derecho,* N° 36, (2009), Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014521013>(último acceso 12-10-2016)

HERVADA, J., *Introducción crítica al Derecho Natural,* México D.F, Minos, 1996.

HERVADA, J., *Lecciones de filosofía del derecho,* Pamplona, Eunsa, 1991.

HUNG GIL, F., "Una aproximación crítica al estatuto jurídico del concebido no nacido" IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. (2009): Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222963005>(último acceso 12-10-2016)

HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho Penal Parte especial 2,* disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_04.pdf. (último acceso 12-10-2016)

HURTADO POZO, J., Manual De Derecho Penal Parte General I, Editorial Grijley, Lima, 2005, 3ª ed.

HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho Penal,* Grijley, Lima, 2005, 3ª ed.

INOSTROZA, O., Y QUEZADA, C., *El aborto terapéutico y su regulación en Chile: Derecho comparado y evolución histórica,* Universidad de Chile, Santiago, 2012, disponible en:

http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A233CE8527F310BE05257D17006F6DBB/$FILE/de-inostroza_o.pdf (último acceso: 12-10-2016)

JURAMENTO HIPOCRÁTICO (500 a.C.) disponible en: http://www.bioeticanet.info/documentos/JURHIP.pdf (último acceso 12-10-2016)

LANDA ARROYO, C., "Dignidad de la persona humana", *Cuestiones Constitucionales* (2002), p. 112, disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88500704 (último acceso 12-10-2016)

MARCENARO FRERS, R., *Debate Constitucional Pleno 1993 Tomo I,* Congreso de la República, Lima, 1998.

MASSINI CORREAS, C., *Filosofía del Derecho. Tomo I,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, 2ª ed.

MELGAR RIMACHI, A., *El principio Pro Homine como clave hermenéutica de la "interpretación de conformidad" en el marco del diálogo entre la Corte IDH Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Peruanos,* Tesis para optar el Título profesional de abogado, Arequipa, 2015.

MESÍA RAMÍREZ, C., *Derechos de la persona. Dogmática Constitucional.* Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2004.

MESÍA RAMÍREZ, C., *Exégesis del Código Procesal Constitucional,* Gaceta Jurídica, Lima, 2013, 4ª ed.

MESINAS MONTERO, F., (Dir.) "*Procesos De Acción Popular Y Competencial*", Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

MEZA HURTADO, A., "El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional ¿es necesario en el Perú", *Revista Oficial del Poder Judicial,* N° 08 y 09 (2012-2013), p. 148 disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8/8.+Me

za+Hurtado.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8.
(Último acceso 12-10-2016)

MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General,* B de F, Lanús, 2005, 7ª ed.

MIRANDA A., "El Principio Del Doble Efecto y Su Relevancia En El Razonamiento Jurídico"**,** *Revista Chilena de Derecho*, N° 03, (2008).

MIRANDA ABURTO, E., "El delito de aborto: La problemática de su despenalización desde una visión del Derecho Penal-Constitucional, *Gaceta Constitucional,* Tomo 41, (2011).

MIRYAM HOYOS, I., (Editor), *La Constitucionalización de las falacias,* Temis, Bogotá, 2005.

MONGE TALAVERA, L., "Principio de la Persona y de la Vida Humana", en *Código Civil Comentado Tomo I,* Gaceta Jurídica, Lima, 2011, 3ª ed.

MOORE, K.L Y PERSAUD, T.V., *The Developing human,* Saunders Company, Philadelphia, 1998.

MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del delito,* S. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General,* PPU, Barcelona, 1996, 4ª ed.

ONG FLORA TRISTÁN, "El Caso L.C. c .Perú ante El Comité CEDAW: Derecho a la igualdad y no Discriminación e n el Acceso a Servicios de Interrupción Legal del Embarazo (comunicación N º 22/2009)", disponible en: http://www.flora.org.pe/web2/index.php?option=com_content&view=article&id=486:30-de-abril-el-estado-debe-responder-comite-de-naciones-unidas-sanciono-al-peru-por-negativa-de-aborto-terapeutico-a-una-adolescente-organizaciones-demandan-cumplimiento-&catid=40:redes&Itemid=100 (último acceso 12-10-2016)

ORÉ SOSA, E., "¿Se encuentra el protocolo del aborto terapéutico "en el marco de lo dispuesto en el artículo del Código Penal?", *Instituto de Ciencia Procesal Penal*.

OVIEDO, J., TOZZI, P., Y DE JESÚS, L., "El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación in Vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la convención americana ", *Prudentia Iuris,* Nº 75, (2013).

PACORA-PORTELLA, P., "Aborto terapéutico: realmente existe?", *Acta Médica Peruana,* N° 04, vol. 31, (2014)

PARDO, A., ¿Qué es la salud?, *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra,* N° 41 (1997).

PEÑA CABRERA FREYRE, A., *Derecho Penal Parte Especial Tomo I,* Idemsa, Lima, 2009.

PEÑA CABRERA, A., *Derecho Penal Parte General,* Lima, Editorial Rodhas, 2007, 2ª ed.

PEREIRA - MENAUT, A., y PEREIRA SÁEZ, C., "De nuevo sobre la dignidad humana", *Cuadernos de Bioética,* N° 2, (2014), disponible en: **http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87532349003.** (Último acceso 12-10-2016)

PÉREZ LÓPEZ, J., "La validez constitucional del aborto terapéutico", *Gaceta Constitucional,* Tomo 80, (2014).

QUIROGA LEÓN, A., "Una aproximación a la justicia constitucional" en *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. Fondo Editorial PUCP, Lima.

REÁTEGUI, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General,* Lima, Instituto Pacífico, 2014. Tercera Reimpresión.

REÁTEGUI, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General,* Lima, Instituto Pacífico, Tercera Reimpresión, 2014.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, E., *Manual de Derecho Procesal Constitucional,* Grijley, Lima, 2006, 3ª ed.

RUBIO CORREA, M., *Estudio de la Constitución política de 1993 Tomo I*, Fondo Editorial PUCP, 1999.

SÁENZ DÁVALOS, L., *Derecho a la vida y la integridad moral, psíquica y física* en W. GUTIÉRREZ CAMACHO (Director), *La Constitución Comentada Tomo I,* Gaceta Jurídica, Lima, 2013, 2ª ed.

SÁENZ-DÁVALOS, L., "El derecho a la vida y la interrupción voluntaria del embarazo", *Revista Jurídica del Perú*, N° 29, (2001).

SALGUERO, G., "La inconstitucionalidad directa o general" disponible en: http://www.cc.gob.gt/documentosCC/Capacitaciones/VCursoAct/LaInconstitucionalidadDirectaOGeneral.pdf (último acceso 12-10-2016)

SALINAS SICCHA, R., *Derecho Penal Parte Especial,* Grijley, Lima, 2013.

SÁNCHEZ, I., "El valor de la vida: Reflexiones frente a un proyecto de despenalización del aborto", *Temas de la agenda pública,* Nº 74, (2014).

SÁNCHEZ-GIL, R. "El Control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002", *Cuestiones Constitucionales,* N° 11, (2011).

SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal. Parte especial.* Dykinson, Madrid, 2002, 7ª ed.

SILVA VALLEJO, J., *Filosofía del Derecho,* Ediciones Legales, Lima, 2011.

SOSA SACIO, J., *Procesos de Acción Popular y Competencial,* Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

SPAEMANN, R., Lo natural y lo racional: Ensayos de antropología, trad. D. INNERARITY Y J. OLMO, Rialp, Madrid, 1989.

STARCK, C., *Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales,* Dykinson, Madrid, 2011.

STOLKINER, A., "El concepto de la salud de la OMS", *Cátedra II Salud Pública/Salud* Mental, 2003, disponible en:

http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/obligatorias/066_salud2/material/unidad1/subunidad_1_1/stolkiner_teorico_4_concepto_salud_oms.pdf (último acceso 12-10-2016).

TAFUR-RAMÍREZ, R., MONTENEGRO-DÍAZ, B., Y YACARINI-MARTÍNEZ, A., "Guía de aborto terapéutico en el Perú: ¿considera la objeción de conciencia médica?" *Anales de la Facultad de Medicina*, n° 76, (2015), Disponible en:<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=37938589012> (último acceso 12-10-2016).

TITO PUCA, Y., *Guía para Reconocer un Verdadero Criterio Vinculante del Tribunal Constitucional,* Gaceta constitucional, Perú, 2011.

TORRES VASQUEZ, A., *Introducción al Derecho*, Editorial Temis, Lima, Perú, 2001, 2ª ed.

VARSI ROSPIGLIOSI, E., *Derecho médico peruano.* Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, 2001.

VARSI ROSPIGLIOSI, E., *Tratado de Derecho de las Personas,* Gaceta Jurídica, Lima, 2014, 1ª ed.

VELÁSQUEZ, J., "El necesario rescate de los conceptos naturaleza y naturaleza humana de cara a la reflexión en la bioética y el bioderecho", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,* N° 115, (2011).

VILLA STEIN, J., *Derecho Penal Parte Especial I-A,* San Marcos, Lima, 2004, 2ª ed.

VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho Penal Parte General,* Grijley, Lima, 2006.

VON LISTZ, F., *Tratado de Derecho Penal Tomo III,* Reus, Madrid, 2007, 4ª ed.

ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. Y SLOKAR A., *Manual de Derecho Penal,* Ediar, Buenos Aires, 2005