



**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO**

FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACION



TÍTULO

**ANÁLISIS DEL ABORTO TERAPEUTICO Y LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES DE LA PERSONA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

TESIS:

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

Bach. DIOMÉDES ALEXIS CENTURIÓN PÉREZ

ASESOR

MAG. JAVIER SORIANO DÍAZ DÍAZ

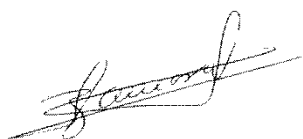
LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: Ciencias Jurídicas

Pimentel, Perú- 2020

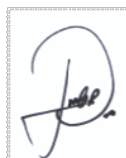
Aprobado por:



Mg. Eleo Mitridates Grillo Paico
Presidente



Mg. Jorge Marcial Zamora Lazo
Secretario

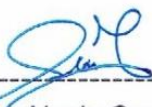


Mg. Francisco Josue Castañeda Ramos
Vocal



Mg. Javier soriano Díaz Díaz
Asesor

Elaborado por:



Diomedes Alexis Centurion Perez
BACHILLER

DEDICATORIA

A Dios; Por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud, para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.

A mis padres; por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante, que nos ha permitido ser personas de bien, pero más que nada, por su amor y confianza.

AGRADECIMIENTO

A mi Padre Celestial; Por haberme dado unos padres maravillosos, acompañarme siempre en sendero de la vida y darme las fuerzas, voluntad, paciencia y perseverancia, para culminar mi tesis y poder lograr con éxito mi titulación.

A mis Padres; quienes día a día, se han esforzado por darme lo mejor y haberme permitido llegar a la meta.

Camino, nada sencillo; sin embargo, gracias a sus conocimientos que me han transmitido y dedicación, hoy obtengo mi título profesional

Índice de contenido

Índice de tablas	vi
Índice de gráficos y figuras.....	vii
Índice de abreviaturas.....	viii
Resumen.....	ix
Abstract.....	xi
I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. MARCO TEÓRICO.	5
III.- METODOLOGÍA.....	61
3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	61
3.2. VARIABLES Y OPERACIONALIZACIÓN	61
3.3. POBLACIÓN, MUESTRA, MUESTREO, UNIDAD DE ANÁLISIS	64
3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	65
3.5. PROCEDIMIENTOS.....	66
3.6. METODO DE ANÁLISIS DE DATOS	66
3.7. ASPECTOS ÉTICOS.	67
IV. RESULTADOS	68
V. DISCUSIÓN	80
VI. CONCLUSIONES.....	83
VII. RECOMENDACIONES.....	85
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86
ANEXOS	91

Índice de tablas

Tabla N° 01.- ¿Considera usted que la no penalización del aborto terapéutico se contrapone al Derecho a la vida?

Tabla N° 02 ¿Considera usted que la Guía Técnica Nacional de Aborto Terapéutico (2014) establece un procedimiento?

Tabla N° 03 ¿Cree usted que debe concebirse el daño a la salud mental como causal de aborto terapéutico?

Tabla N° 04 ¿Se ha efectuado un test de proporcionalidad y razonabilidad al considerar que prima el derecho a la vida de la madre gestante frente al derecho a la vida del concebido, en caso de que sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente?

Tabla N° 05 ¿Es necesaria la utilización del principio de concordancia práctica para armonizar la protección del derecho a la vida ya formada de la madre y su salud con la vida en formación del embrión, para elegir por salvaguardar la vida y la salud de la madre?

Índice de gráficos y figuras

Gráfico N° 01.- ¿Considera usted que la no penalización del aborto terapéutico se contrapone al Derecho a la vida?

Gráfico N° 02 ¿Considera usted que la Guía Técnica Nacional de Aborto Terapéutico (2014) establece un procedimiento?

Gráfico N° 03 ¿Cree usted que debe concebirse el daño a la salud mental como causal de aborto terapéutico?

Gráfico N° 04 ¿Se ha efectuado un test de proporcionalidad y razonabilidad al considerar que prima el derecho a la vida de la madre gestante frente al derecho a la vida del concebido, en caso de que sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente?

Gráfico N° 05 ¿Es necesaria la utilización del principio de concordancia práctica para armonizar la protección del derecho a la vida ya formada de la madre y su salud con la vida en formación del embrión, para elegir por salvaguardar la vida y la salud de la madre?

Índice de abreviaturas.

Artículo	Art.
Código Civil	CC
Código Penal	CP
Código Procesal Constitucional	CPC
Constitución Política del Perú	CPP
Código Procesal Penal	C. P. Penal
Corte Superior de Justicia de Lambayeque	CSJLAM

Resumen

En el presente trabajo de investigación sobre el “Análisis del Aborto Terapéutico y los Derechos Fundamentales de la Persona en la Legislación Peruana”, se analizó de una forma sistemática todos los elementos que determinan la posibilidad del aborto terapéutico, los cuales sólo se determinan por el estado de salud de la madre, sin considerar el derecho a la vida que le asiste al concebido.

Esta problemática, implica acciones que vulneran nuestro marco legal actual y los derechos fundamentales que en ella se contempla, hacia las madres gestantes con complicaciones en su embarazo, resultando como único sujeto pasivo el feto; razón por la cual esta problemática actual no sólo afecta a las mujeres sino a la sociedad en general.

En esta evaluación minuciosa, sobre el aborto terapéutico establecido en el art. 119° del Código Penal Peruano, en adelante CP, y los derechos fundamentales, existen diversas opiniones, ya sea a favor o en contra de esta práctica legalizada y no penalizada.

El primer derecho es el derecho a la vida; sin embargo, en el caso *sub examine*, otros son de la opinión que este debe practicarse, cuando está en riesgo la vida de la gestante; quien deberá practicarse tal aborto bajo supervisión médica, sin que se advierta que se haya considerado siquiera el derecho del concebido a la vida.

Siendo ello así, podemos concluir que se origina el encuentro de dos bienes jurídicos: la vida y/o salud de la madre gestante, y segundo, la vida en crecimiento

del feto; situación que acarrea la salvación de uno de ellos, y por lo tanto el detrimento del otro.

Palabras clave: aborto terapéutico, derecho a la vida, concebido, persona, derechos fundamentales

Abstract

In the present investigation “Analysis of Therapeutic Abortion and Fundamental Rights of the Person in Peruvian Legislation”, all the elements that determine the possibility of therapeutic abortion, which are determined only by the state of health of the mother, without considering the right to life that assists the conceived.

This problem, implies actions implies actions that violate our current legal framework and the fundamental rights that are contemplated therein, by the mothers carrying this type of pregnancy, resulting in the sole passive subject of the fetus; This is why this current problem affects not only women but society in general.

In this thorough evaluation, about the therapeutic abortion established in article 119 of the Peruvian Criminal Code and fundamental rights, there are diverse opinions, either for or against this legalized and non-penalized practice.

The first right is the right to life; However, in the case under examination, others are of the opinion that this should be practiced when the life of the pregnant woman is at risk; Who should perform such an abortion under medical supervision, without realizing that the right to life of the child has even been considered.

This being so, we can conclude that the encounter of two legal assets originates: the life and / or health of the pregnant mother, and second, the growing life of the fetus; situation that entails the salvation of one of them, and therefore the detriment of the other.

Keywords: therapeutic abortion, right to life, conceived, person, fundamental rights

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente se ha podido apreciar que existe un gran debate sobre el tema del aborto terapéutico en el mundo; ya que hoy en día muchos países, en su legalización han regulado no sólo este tipo de aborto, sino otros en sus diferentes modalidades; sin embargo, otros países como es el caso del Salvador, lo prohíben rotundamente, ya que consideran que el aborto en ninguna de sus formas, es el camino para poder luchar y contrarrestar los abortos clandestinos que existe en el mundo.

Asimismo, dicho lo anterior, se puede evidenciar que, esta problemática en los últimos años, ha variado las normas preestablecidas; ya que algunos estados han variado sus normas para incluir motivos eugenésicos, factores económicos o condiciones sociales, y así consecutivamente.

Al respecto, en el Perú el sistema de justicia penal en cuanto al aborto, ha regulado una serie de tipos, de los cuales, acarrea una pena; sin embargo entre las clases de aborto que se encuentran establecidas en el Código Penal solo “el Aborto Terapéutico es despenalizado siempre cuando sea practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviera, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”.

Es de resaltar que: “El Comité de Derechos Humanos de la ONU admitió el derecho al aborto cuando este en serio peligro la salud de una mujer. Fue en relación al caso de la peruana Karen Noelia Llantoy Huamán, quien pidió una condena de la ONU contra el Perú, porque no se le practicó un aborto en un hospital limeño; la demandante exponía como “argumento” para el aborto: Un certificado

médico que indicaba que la joven llevaba un feto anencefálico y que continuar con el embarazo ponía en riesgo la vida de la gestante” (BBC MUNDO, p.1).

En ese escenario, se advierte que, la despenalización del aborto radica en la preponderancia que se le otorga al derecho humano, fundamental y primordial a la vida de la madre gestante, sobre el mismo derecho que tiene el concebido que se encuentra en su vientre, por lo cual es necesario determinar si para esta lógica se ha desarrollado un auténtico test de ponderación de derechos, que en principio son los mismos; por cuanto el concebido es, de conformidad con nuestra normativa, sujeto de derecho.

La presente tesis planteó como problema: ¿Se ha efectuado un test de proporcionalidad y razonabilidad al valorar que prima el derecho a la vida de la madre gestante frente a la vida del concebido, en caso sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente?

La presente investigación es importante, debido a que se pretende estudiar el “Análisis del Aborto Terapéutico y los Derechos Fundamentales de la Persona en la Legislación Peruana”, para lo cual se deberán analizar las diferentes concepciones que se tiene sobre este tipo de aborto y así poder verificar si es procedente que se valore la vida ya formada de la madre y su salud versus la vida en formación del embrión. Asimismo, debido a que en la actualidad la práctica de este tipo de aborto en Latinoamérica, muestran; un incremento en dicha realización; ya que en algunos países es permitido, bajo ciertas circunstancias como: riesgo la vida de la madre o cuando el feto presente malformaciones, por lo que dicha acción resulta un hecho no punible; sin embargo para otros países, esta práctica es reconocida “como un problema de Salud Pública, por su magnitud, la gravedad de

sus consecuencias y su repercusión psicológica, social y económica”, que no solo afecta a la mujer gestante sino a la sociedad en su conjunto.

Por tal razón, la importancia de esta investigación radica, en la realización de un estudio descriptivo, a través del cual se pretende dar a conocer que sí se valora la vida ya formada de la madre y su salud versus la vida en formación del embrión, y no existe forma alguna de resguardar la vida de la madre entonces se ha efectuado un test de proporcionalidad y razonabilidad basado en el principio de concordancia práctica y es posible efectuar el aborto terapéutico.

La hipótesis planteada fue: Si se utiliza el principio de concordancia práctica para armonizar la protección de la vida ya formada de la madre y su salud con la vida en formación del embrión, y no existe forma alguna de salvaguardar la vida y/o salud de la madre embarazada; entonces se ha efectuado un test de proporcionalidad y razonabilidad y es posible efectuar el aborto terapéutico.

El Objetivo General fue: Determinar si la realización del aborto terapéutico vulnera los principios de la Constitución Política del Perú; y los objetivos específicos: Identificar las causales de procedencia del aborto terapéutico en la legislación peruana; Reconocer los principios de interpretación constitucional y evaluar si los mismos no prohíben la realización de un aborto terapéutico y Determinar si se ha efectuado un test de proporcionalidad y razonabilidad para considerar la no penalización del aborto terapéutico, utilizando el principio de concordancia práctica.

En el Capítulo I se presenta como punto de partida la realidad del problema estudiado, acerca del Aborto Terapéutico y los Derechos Fundamentales de la Persona en la Legislación Peruana, problema que se evidencia a nivel

internacional, nacional y local; posteriormente con el desarrollo de la base teórica a través del Capítulo II que desarrolla el aborto terapéutico y los derechos de la persona, especificándose el derecho a la vida y salud de la madre gestante; el Capítulo III devela la metodología utilizada, a fin de que si alguien desea replicar la investigación, se haga fácil su comprobación, además se identificó la población y se determinó la muestra, consignó la hipótesis de la investigación, seguida de sus respectivas variables.

En los capítulos IV y V se desarrollaron los Resultados de la investigación y discusión y limitaciones de la misma, lo cual generó que se puedan establecer conclusiones y recomendaciones, consignando a su vez las referencias bibliográficas utilizadas y finalmente los anexos de la presente investigación.

II. MARCO TEÓRICO.

2.1. Antecedentes del Problema

Internacional:

Como primer antecedente internacional encontramos a la tesis realizada por **Dahyana Araneda Ariasy y Valeska Espinoza Berton (2014), Chile**, denominada **“Análisis Comparado del Aborto Terapéutico en Chile y América del Sur en el Siglo XXI”**, en la cual señalan que: “La ley que despenaliza el aborto terapéutico impacta de forma positiva en el derecho a la salud de la madre gestante, por lo cual debe ser una política pública de excelencia, que la decisión de aprobar el aborto terapéutico implica que de ser el caso, los médicos puedan sujetarse a la objeción de conciencia para no realizarlo”.

La presente tesis busca señalar que, en el estado peruano, si se ha establecido la despenalización del aborto terapéutico desde 1924, sin embargo en el año 2001 fue solicitado por K.L. quien llevaba en sus entrañas un feto anencefálico, y por no encontrarse reglamentada esta disposición no puede efectuar el aborto terapéutico. Recién mediante “Resolución N° 486-2014/MINSA de 27 de junio del 2014, se aprobó 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 119° del código penal”.

Respecto a los derechos inherentes a la persona, este es uno de los temas de mayor importancia, ya que estos “constituyen para los ciudadanos una garantía por cuanto el sistema jurídico y político orientará hacia el respeto y la promoción de todo individuo”; por lo que, al estar sustentados axiológicamente, poseen un valor

ético en beneficio de la dignidad humana; tal como lo señala el **Dr. Fabio Flórez (2017)**, en su investigación denominada **“Los Derechos Fundamentales”**, **Colombia**; donde concluyó que:

“Los derechos fundamentales se encuentran reconocidos directa o indirectamente en el texto constitucional y en Pactos Internacionales como derechos subjetivos de aplicación inmediata. En otras palabras, se trata de derechos de tal magnitud para el orden constitucional e internacional, que su vigencia no puede depender de decisiones políticas de los representantes de las mayorías. Usualmente los derechos fundamentales son derechos de libertad”.

Con respecto al aborto terapéutico, este es uno de los supuestos que genera impactos positivos y negativos en la sociedad, debido a que se pondera el Derecho a la vida y demás conexos a ella, es por ello que en muchos países este tipo de aborto está sujeto a causas fuertemente estrictas; tal como se demostró en la noticia transmitida, en el **Diario El País (2017)**, **España**, que en su portada señaló: **“El Senado chileno aprueba la despenalización del aborto en tres casos”**, seguido de: “El proyecto de ley del Gobierno de Bachelet permite la interrupción del embarazo ante el riesgo de vida de la madre, inviabilidad fetal y violación”; ante esta situación la presidente Michelle Bachelet, señaló que: “Lo que permite esta ley es que seamos un país donde las mujeres frente a diversas situaciones puedan tomar la mejor decisión posible”. Es de precisar que, en el caso peruano, sólo hay aborto terapéutico cuando corre grave riesgo la vida y/o salud de la madre gestante.

En Estados Unidos, “cada Estado determina libremente su legislación respecto al aborto; sin embargo, causa especial atención el caso de Nueva York que el 24 enero 2019, en el cual el Senado aprobó por 38 votos contra 24 la Reproductive

Health Act (Ley de Salud Reproductiva), la cual se podrá abortar en este Estado donde viven 20 millones de personas hasta el día antes del parto”.

Este proyecto limita legalmente el aborto hasta las 24 semanas de gestación (6 meses de embarazo). Cabe recordar que en esta etapa ya hay un porcentaje importante de bebés que pueden sobrevivir tras el parto. además, la nueva normativa permitirá el aborto posterior hasta el nacimiento por razones relacionadas con el bienestar de la madre (aborto terapéutico), lo que en leyes del aborto de muchos lugares se traduce en un coladero para abortar.

Por otro lado, el gobernador de Nueva York ha firmado “esta ley que también elimina el aborto ilegal del Código Penal así como la mayoría de garantías y regulaciones sobre el procedimiento, pudiendo realizar abortos personas que no sean médicos”.

Sin embargo, en otros países, como El Salvador, la legislación antiaborto es una de las más estrictas del mundo; tal como se evidenció en el **Diario BBC Mundo (2016), el Salvador**, que en su portada indicó: **“El Salvador: Murió con el feto adentro porque la ley contra el aborto no nos permitió darle el tratamiento contra su cáncer”**; ante ello el médico Guillermo Ortiz, expresa que: “Son cantidad los casos que no pudimos atender como era debido porque la ley nos tiene maniatados; ya que en el Código Penal de 1998, se eliminaron las causales por las que el aborto estaba despenalizado, hasta ese entonces no se consideraba delito cuando la vida de la mujer estuviera en peligro, en casos de violación o si el feto tenía graves deformidades incompatibles con la vida; pero con la nueva normativa el aborto se volvió ilegal en todos los casos”; razón por la cual la corte del mencionado país sostiene que: “Los derechos de la madre no pueden privilegiarse

sobre los del nasciturus (el que ha de nacer) ni viceversa"; situación que genera una afectación psicológica a las mujeres al ser sometidas a esas torturas emocionales.

Nacional

Como antecedente nacional, encontramos la publicación realizada por **Sandra Maritza Rovegno Loayza (2015)**, en la cual señala que:

“Resulta sustancial, entonces, comprender que, si bien la legislación establece que el concebido es un sujeto de derecho especial, en tanto goza de especial cuidado y atención, médicamente, este trato favorecido estará delimitado por una serie de criterios imparciales, y que dependerán del caso en particular los límites y limitaciones de lo que se pueda realizar por el mismo. Como sucede en muchas ocasiones, el Derecho, al encontrarse íntimamente vinculado con el bienestar social, debe recurrir a criterios multidisciplinarios para poder idear una solución justa y objetiva a este tipo de situaciones. Esto acaece, sobre todo, hoy en día, cuando los avances legales deben apoyarse, muchas veces, en los que la ciencia realiza a pasos acelerados (p.108).

La presente investigación busca encontrar la forma de realizar la ponderación adecuada de los derechos que le asisten a la madre gestante y al concebido, quien pese a estar dentro de su vientre, es sujeto de derecho, y al cual le asisten los mismos derechos fundamentales que su madre; no obstante, ello deberá efectuarse un test de proporcionalidad para buscar una solución constitucional a la vida ya formada, y en formación del feto.

“La defensa de los derechos fundamentales y el control de los actos del poder, han llevado en el Perú a redimensionar la clásica teoría de la división de poderes, por medio del cual se busca garantizar tales Derechos”; tal como lo indica el

docente de la PUCP **César Landa (2015)**, en su ensayo jurídico **denominado “Protección de los Derechos Fundamentales a través del Tribunal Constitucional y La Corte Interamericana”, Lima**; donde concluye que:

“La legitimidad del Estado democrático y constitucional en América Latina no radica sólo en el origen de unas elecciones limpias y transparentes que sienten las bases de un Estado de Derecho, sino también en la radical protección y el mayor fomento de los derechos fundamentales, en tanto la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, deben ser los fundamentos del orden social y jurídico de los estados con democracias débiles, en tanto aseguran la paz y garantizan el desarrollo; razón por la cual mientras los sistemas judiciales de protección de los derechos humanos, llámense tribunales constitucionales o cortes supremas, no funcionen independientemente del poder político, se continuará desvirtuando el fundamento de la existencia del Estado de Derecho”.(p.97)

De otro lado, cuando hablamos del aborto terapéutico, nuestro sistema jurídico ha implementado esta figura, permitiéndola pero sólo para casos excepcionales, razón por la cual el médico que la practique bajo lo señalado por Ley, será excepto de pena, caso contrario acarrearía una sanción; como lo precisa el **Diario El Comercio de Lima (5 de julio de 2017)**, que señalo en su portada **“Indecopi sancionó a clínica El Golf por no tramitar solicitud de aborto terapéutico”**; seguido de: “Un nuevo precedente en el Perú para la aplicación del aborto cuando el embarazo pone en riesgo la vida de la madre. El pasado 6 de junio, Indecopi multó con 20 UIT (S/81.000) a la clínica El Golf por no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada en el 2014 por una paciente de nombre Vanessa”.

Ante tal situación Brenda Álvarez, abogada de la ONG Promsex, manifestó que: “La clínica tenía la obligación de implementar el protocolo ni bien este fue publicado;

el no haberlo implementado en diciembre, cuando se solicitó el aborto terapéutico, puso en riesgo la vida de la paciente”; en ese sentido se puede apreciar que el reglamento aprobado en el 2014, permite salvar la vida de muchas mujeres que se ven sometidas a situaciones de riesgo, y que los médicos están respaldados legalmente para proceder a dicha práctica; sin embargo, se debe tener en cuenta que, cuando se hable de este tema, hay que tomarlo con pinzas, ya que al ser aprobado este tipo de aborto, desencadenaría en algunos casos el inicio de todas las justificaciones de la mala práctica, lo cual afectaría y violaría derechos constitucionales no sólo de la madre sino del feto; recordemos que: Todos debemos defender la vida del niño y de la madre; y antes de autorizar el aborto se debe pensar que aquel niño también tiene vida.

De igual manera, como antecedente de investigación encontramos a la tesis realizada por **Deidy Maribel Carretero Sarmiento (2018) Chimbote**, denominada **“El aborto terapéutico en el Perú y su autorización por causa de la Anencefalia”**, en la cual concluye que:

“Una mujer puede acceder a un aborto terapéutico luego de las 22 semanas de embarazo, ya que el Código Penal no establece límites temporales. Sí se le prohíbe, significaría una violación del derecho a la vida y la salud de las mujeres. Así pues, el médico tratante debe informar a la paciente que puede acceder a un aborto terapéutico cuando esté de por medio salvar su vida o evitar en su salud un mal grave y permanente, así mismo se debe incluir dentro del Código Penal - Decreto Legislativo N° 635, promulgado el 03 abril de 1991 y publicado el 08 de abril de 1991, en el Libro Segundo: Parte Especial – Delitos, Título I: Delitos Contra la Vida el Cuerpo y la Salud (Artículo 106 al 129) en el Capítulo II Aborto, específicamente en el artículo 119°: Aborto terapéutico, el apartado el aborto terapéutico por casos de anencefalia a parte de los ya mencionados que son: medios para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

Esto debido a que la anencefalia del feto ocasiona trastornos en la gestante, como hipertensión y coagulación intravascular poniendo en riesgo la vida de la gestante cuando se produce; además en los casos de anencefalia los fetos carecen de cerebro y huesos del cráneo, siendo nulas sus posibilidades de supervivencia luego del nacimiento”.

La presente tesis plantea que, según el caso concreto y comprobado el grave riesgo de vida y salud de la madre, el cual es comprobado al llevar un embarazo con un feto anencefálico, se debe realizar el aborto terapéutico, puesto que se habrá realizado un test de proporcionalidad, en el cual debe primar el proyecto de vida ha venido desarrollándose, frente al feto, que es temporal, pues al ser anencefálico nunca podrá desarrollarse.

Como caso emblemático que conlleva a esta investigación, cabe recordar que en nuestro país, en el año 2001: “una joven de 17 años cursaba un embarazo cuyo feto de 14 semanas tenía anencefalia, anomalía en el tubo neuronal, letal para el bebé y en muchos casos también para la madre, pero pese al diagnóstico confirmado y a la ilegalidad de esta práctica abortiva en Perú, el director del hospital en el que se encontraba rechazó su pedido de aborto. La joven embarazada no pudo ejercer su derecho y con el accionar irresponsable de aquel médico tuvo que llevar en su vientre durante nueve meses un feto, condenado a morir luego del parto y con una sobrevivencia de solo cuatro días, razón por la cual la joven denunció el hecho ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU”.

Finalmente, y después de 15 años se la compensó por “el trato cruel, inhumano y degradado” que recibió en el 2001.

Según la Convención sobre todas las formas de Discriminación contra la Mujer (2009), “En el 2005, el citado Organismo Internacional, concluyó que el Perú había violado artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que obligó al país a compensar financieramente a la joven.

Esta situación fáctica sienta claramente un precedente por partida doble. En primer término por ser la primera vez que un Comité de las Naciones Unidas hace responsable a un país por no asegurar el acceso a un aborto seguro y legal, y en segundo lugar, porque es la primera vez que la ONU reconoce al aborto como un derecho humano.

Por otro lado, la recomendación de la ONU es expresa al precisar que el Perú, debe realizar un adecuado juicio de ponderación de derechos, entre la vida del feto y calidad de la vida de éste, pero además considera la libertad de decisión de la madre, ante una situación en la cual evidentemente el hijo no va a tener una adecuada condición de vida.

Cabe precisar, que ésta no es la única resolución de la ONU que recomienda al país, respecto del tema de aborto; pues sobre el aborto terapéutico, este organismo ha sentado una posición, pues a pesar de ser una conducta atípica, por ende permitida, ningún hospital del Estado o clínica privada, realizan estos procedimientos por falta de un protocolo elaborado por el Ministerio de Salud, en tal sentido se produjeron dos casos en los cuales las víctimas no atendidas por un aborto terapéutico demandaron al país, se trata del caso de L.C, de 13 años de edad, quien fue violada por un sujeto de 40 años al enterarse de su embarazo la chica intentó suicidarse y se lanzó desde el techo de su casa, lo que le provocó lesiones que requerían ser tratadas con cirugía, pero no fue atendida por los

médicos del Hospital Daniel Alcides Carrión del Callao por estar embarazada, al poner el embarazo por sobre su vida y salud.

Luego que se sobrevino el aborto decidieron operarla lo que le causó parapléjica a consecuencia de la falta de atención oportuna, en tal caso no se le quiso practicar un aborto terapéutico, incumpliendo la materialización de los derechos humanos de esta persona, casó que fue llevado por el menor al CEDAW”

Local

Debemos tener en cuenta que “ los Derechos humanos son aquellos atributos inherentes a todo ser humano, los cuales derivan de su propia naturaleza y de la necesidad de tener una existencia digna, situación ante la cual el Estado tiene el deber de respetar, garantizar o satisfacer”, tal como lo indica el abogada **Ángela Calvo Gutiérrez (2016)**, en su trabajo de investigación denominado **“Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico de los Derechos Fundamentales de la Persona en las Constituciones Peruanas del S. XX”**, Chiclayo; donde concluye que:

“El hombre, su naturaleza, su esencia, así como sus derechos, son temas que siempre han estado presentes como objeto de análisis del mismo; por lo que los derechos reconocidos constitucionalmente en la actualidad son más que los reconocidos en épocas anteriores y que su incremento es debido al desarrollo y cambio de la sociedad; asimismo, la tendencia positivista de nuestra actual Constitución nos permite conocer que la tendencia del derecho en nuestro país es priorizar el aspecto normativo dejando de lado el ámbito axiológico. Sin embargo, el resurgimiento del iusnaturalismo y la revaloración de lo axiológico nos permite

concluir que el derecho considerado sólo como norma resulta insuficiente para el cumplimiento de su finalidad”.

El tema sobre el aborto terapéutico, es un problema que viene siendo materia de debate en todas las legislaciones del mundo, siendo nuestro país uno de los pocos en que este tipo de aborto está regulado, bajo ciertas circunstancias, por lo que dicha práctica no ameritaría una sanción penal; tal como establece el Código Penal Peruano en su Artículo 119, al consignar: “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”.

Es de precisar que: “el Ministerio de Salud aprobó en el 2014 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, documento que señala cuál debe ser la actuación de los profesionales de la salud cuando una mujer solicite practicarse un aborto terapéutico”, ello regulado en el artículo 119º del CP.

Asimismo, “el médico tratante debe informar a la madre gestante que puede acceder a un este tipo de aborto cuando esté de por medio salvar su vida o evitar en su salud un mal grave y permanente; pero si el profesional médico no lo hiciera, deben iniciarse acciones sancionatorias penales”, según lo dispuesto en el artículo 377º del CP;

Cabe acotar que, “Fiorella Zárate, abogada del equipo de Litigio Estratégico de Promsex, refiere que: la aprobación de la Guía Técnica Nacional de Aborto Terapéutico (2014) sólo fue posible luego de que el Estado peruano fuera

condenado en dos ocasiones a nivel internacional en los casos “K.L. vs. Perú” y “L.C. vs. Perú”, ante Comités de Derechos Humanos de la ONU, por haber negado el acceso a servicios de aborto a dos adolescentes cuya continuación del embarazo puso en riesgo su vida y salud; ante ello, cabe mencionar que en nuestro país este tipo de aborto, es un derecho de las mujeres, quienes poseen la facultad de interrumpir o no su embarazo, siempre que este sea el único medio para salvar su vida o evitar un daño grave a su salud o cuando el feto presente malformaciones”; decisión que tendrá que ser avalada por un médico, ya que si no lo hiciera incurriría en una vulneración a los preceptos constitucionales.

Hoy por hoy, la “Resolución N° 486-2014/MINSA de 27 de junio del 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 119° del código penal”, dispone el tiempo máximo para la intervención en seis días calendarios de presentada la solicitud, la cual debe estar autorizada por médico obstetra y evaluada por junta médica.

2.1. EL ABORTO

Según (Diccionario de la Academia de la Lengua Española, 2012), “interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas. Puede constituir eventualmente un delito”.

(Ana Silvia Milian Morales, 2009), comenta: “La interrupción del desarrollo del feto durante el embarazo o el aniquilamiento del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez, por expulsión violenta del feto o por su destrucción en el vientre de la gestante”.

Según, (López,1975), sostiene que:

“El término aborto significa la interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable. Lo más frecuente es que el aborto ocurra antes de la vigésima semana de gestación; si la interrupción tiene lugar entre el primero y tercer mes se habla de aborto precoz, denominándose aborto tardío entre el tercero y sexto mes de embarazo”.

Así también, Delgado (2009), manifiesta que:

“El aborto es entendido como la interrupción provocada del desarrollo del embrión, como una alternativa frente a una crisis y como una coyuntura que genera dilemas. La crisis ocurre por la presencia de un embarazo no planificado; en tal momento se debe tomar la decisión de interrumpir la gestación o seguir con ella y tener un hijo”.

Según la OMS, el aborto es “la terminación del embarazo, cualquiera que sea su causa, antes de que el feto esté capacitado para la vida extrauterina”. “Por aborto espontáneo se entiende la terminación de un embarazo sin una intervención deliberada, mientras que se habla de aborto inducido o provocado

cuando la terminación del embarazo se debe a una intervención hecha deliberadamente con esa finalidad” (Palomino, 2009).

Gutiérrez-Ramos (2005), refiere que el aborto: “Es la interrupción del embarazo antes de las 22 semanas de gestación, con un feto menor de 500 gr y con una medida total de 20 centímetros o con una medida de la coronilla al coxis de 16,5 centímetros”.

En el Diccionario Latino – Español (1998), se indica que: “La palabra *aborto*, se puede entender la misma, en su sentido etimológico, el cual se podrá encontrar en sus raíces latinas. Empezaremos indicando que *Ab* es un prefijo usado en el latín para indicar negación o privación de algo, mientras que *Ortus* significa origen o nacimiento o el proceso de salida del sol de oriente a occidente, por obvias razones nos referiremos a *Ortus* en su primera connotación”.

Labatut (1983), define el delito de aborto como: “La destrucción del producto de la concepción en cualquiera etapa de la vida intrauterina, ya sea por la expulsión violenta del embrión o feto o por su destrucción en el vientre de la mujer”.

El American College of Obstetricians and Gynecologists, lo define como: “La pérdida de un embarazo antes de las 20 semanas (...), diferenciándolo así del parto prematuro, definido por el Center for Maternal & Infant Health como la expulsión del feto del vientre de la madre hasta la semana 37 de gestación”.

Antecedentes históricos

Milian (2009), refiere que: “En la historia de la humanidad, el aborto se caracterizó como un delito; asimismo, como ejemplos de la antigüedad se puede citar el Código de Hammurabi, y a las normas establecidas durante el Éxodo por los judíos”.

“En la antigua Roma no constituyó delito, más el uso de venenos como abortivos sí fue penalizado. Durante la Edad Media, el concepto tuvo un nuevo significado en el Canon de Aliquando, el en que se le declaraba como una forma de homicidio si el producto de la concepción tenía forma humana, es decir si se encontraba “animado”.

Santo Tomás de Aquino citado por José Román Flecha Andrés, afirmaba que “matar a un embrión animado es un homicidio”. En la Edad Moderna, se condenaba como un delito, pero se admitió si era con fines terapéuticos y siempre y cuando se realizara a los cuarenta primeros días del embarazo, matiz que perdura en la actualidad.

La Iglesia Católica también ha manifestado su criterio al respecto, a partir de la doctrina de los padres de la Iglesia, de San Agustín y Santo Tomás de Aquino penalizando el aborto con la excomunión”.

El Concilio Vaticano II, precisó: “Cuanto atenta contra la vida – homicidios de cualquier clase, genocidios, aborto, eutanasia y el mismo suicidio deliberado... todas estas prácticas y otras parecidas son en sí mismas infamantes”. Adicionando “la vida desde su concepción ha de ser salvaguardada con el máximo cuidado; el aborto y el infanticidio son crímenes execrables”.

A partir del ciclo XX, varios países lo aceptaron a partir de la segunda guerra mundial, en el caso peruano aún lo tipificamos como delito.

Causas

Según Gonzáles (2013), refiere que: “En la mayoría de los casos es difícil establecer cuál es la causa de la interrupción del embarazo; sin embargo, existen numerosas situaciones que favorecen un aborto espontáneo, entre las causas tenemos:

- a) Causas ovulares.** - Se refiere a las anomalías que afectan al embrión y/o a la placenta y que pueden influir negativamente en el desarrollo de la gestación, entre ellas tenemos: las anomalías cromosómicas, anomalías genéticas, alteraciones del desarrollo del embrión y la placenta.
- b) Causas maternas.**- sobre estas causas a diferencia de las ovulares, si se detectan previamente, es posible actuar para disminuir el riesgo de que el aborto espontáneo se presente o se repita, entre las causas tenemos: causas uterinas (malformaciones, posiciones anómalas, insuficiencia cervical, mioma, sinequias intrauterinas), causas inmunológicas (lupus eritematoso sistémico, síndrome antifosfolípido, trombofilias), causas endocrinas (hipotiroidismo, diabetes, insuficiencia de la fase lútea), infecciones, traumatismos y otros factores como la amniocentesis”.

Criterios

Según Elizare Blastera (1991), tenemos los siguientes criterios:

1) “Permisivo

Este modelo permite el aborto por la mera voluntad de la madre, sin motivo para proceder, siempre y cuando no supere determinado tiempo de desarrollo del embrión.

2) El sujeto a condiciones de causa determinada

En este modelo es necesario un motivo: amenaza seria a la salud de la madre, eugenesia, razones sociales, entre otros, o una razón ética, es decir cuando la concepción se realizó en infracción a la ley, por violación o relación incestuosa.

3) Prohibitivo

En este modelo se prohíbe de forma absoluta el aborto provocado. Tanto en el primer modelo como en el segundo, el mismo autor destaca la *objeción de conciencia*,

“En las sociedades donde se ha permitido o despenalizado el aborto, no implica la obligación de los profesionales de la medicina el realizarlo, por lo que la objeción de conciencia surge en los casos en que las leyes autorizan conductas contrarias a las convicciones de un individuo, permitiendo la defensa de la dignidad y derechos de una persona ante la permisividad de las leyes de un Estado”.

Teorías

Según (Peña, 1992), refiere que: “Para entender la problemática del aborto es necesario partir de estas dos posturas o teorías: Las absolutas (a favor o en contra del aborto) y las intermedias (o de conflictos de intereses)”, que a continuación se detallan:

A. Teoría Absoluta

“El código Penal Peruano se refiere tanto al aborto consentido como el no consentido. El no consentido está castigado penalmente y no existe controversia en cuanto a su admisión por la mayoría de la doctrina. El problema viene cuando es la propia mujer quien consiente abortar y aquí si hay diversas posturas radicales a favor y en contra. Las posturas liberalizadoras parten del propio derecho romano, que consideraban el feto como parte del vientre de la madre y, por ello, podía hacer lo que quisiera. La otra postura no prueba el aborto, por ejemplo, la Iglesia Católica y determinadas corrientes políticas de carácter conservador y de férrea moral cristiana (por ejemplo, la postura del expresidente de Estados Unidos Jorge W. Bush)”.

B. Teorías Intermedias

“Las Teorías Intermedias son aquellas que admiten el aborto siempre que exista un conflicto de intereses y que concurren unos determinados supuestos. Las teorías intermedias pueden sintetizarse en dos: teoría de los plazos y teoría de las indicaciones”.

1. **“Teoría de los plazos.-** Para los seguidores de la teoría de los plazos cualquier mujer tiene la posibilidad de elegir si aborta o no hasta las 12

semanas a partir de la gestación y dado que aducen que hasta los tres meses “no llegaba el alma a los fetos.” Otros argumentan que no van a tener una relevancia social hasta los tres meses. Mantiene una posición adecuada respecto al aborto, ya que a partir de un determinado momento se considera como límite (las primeras semanas), en este sentido se admitirá solo hasta las 12 semanas de gestación, y se sancionara si sobrepasa de este plazo, es decir, para sus defensores se soluciona bastante el problema si se sigue esta Teoría. Lo que sí está claro es que casi todos los países siguen las teorías intermedias y si permiten el aborto en determinados supuestos”.

2. “Teoría de las Indicaciones.- Solo se admitirá el aborto en algunos casos de conflicto de intereses, y dicen: lo que no es bueno para la madre y bueno para el feto, es más relevante el de la madre”, considerando algunas de las siguientes razones:

- a.** “Razones médicas: Riesgo para la salud o la vida de la madre.
- b.** Razones éticas: Ataque o agresión sexual, casos de inseminación artificial no consentida, etc.
- c.** Razones eugenésicas: Feto con malformaciones, aquí ya no es sólo el interés de la madre sino también el del feto.
- d.** Razones sociales: Situación familiar grave e insostenible por problemas económicos o laborales que hacen inviable el tener otro hijo”.

Complicaciones

Rivero y Pintado (2017) indica lo siguiente acerca de las complicaciones que se pueden dar en un aborto ya sea inducido o de manera espontánea:

a) “Infecciones

Los síntomas más frecuentes son fiebre o escalofríos, dolor abdominal o pélvico, sangrado vaginal prolongado, secreción vaginal o cervical con mal olor, sensibilidad uterina y leucocitosis. Este debe ser manejado con antibioterapia y cuando está asociada a la retención de restos ovulares, se procede a la evacuación uterina.

b) Hemorragia

Es la causa más frecuente donde se evidencia la retención de restos ovulares, la perforación uterina, hipotonía uterina, traumatismo o laceración cervical. El manejo de la hemorragia post aborto depende de su causa desde solo masaje uterino, administración de uterotónicos hasta manejo quirúrgico.

c) Retención De Restos Ovulares

La sintomatología característica es dolor abdominal, sangrado genital o signos de infección. Se realiza la aspiración al vacío como método de elección para tratar un aborto incompleto.

d) Perforación Uterina

La perforación al ser detectada puede ser manejada solo con observación y antibioterapia. En caso de lesiones mayores, la laparoscopia es la vía diagnóstica de elección sin embargo un manejo más complejo se debe dar en la detección de trauma intestinal, vascular u otra estructura por medio del abordaje por laparotomía.

e) Complicaciones Vinculadas a la Anestesia

En el manejo quirúrgico la administración de cualquier tipo de anestésico podría desencadenar la presencia de efectos adversos inherentes a la medicación.

f) Complicaciones Generales no específicas del Manejo del Aborto

Se describen broncoespasmo, reacciones anafilácticas, entre otras manejadas según cada caso”.

2.2.1.5 Barreras que impiden el aborto por razones de salud

Ayala (2009), precisa que:

“Aunque la legalidad del aborto por razones de salud no ha sido puesta en discusión, sino muy subrepticamente a través de los derechos especiales y privilegiados que se pretende dar al concebido, propuesto en el proyecto del Nuevo Código del Niño y Adolescente, aprobado en la Comisión de la Mujer del Congreso de la República del Perú en junio de 2013, lo real es que su acceso sigue siendo limitado, debido al también limitado entendimiento de derechos humanos que aún prevalece en el sistema sanitario, y a la presión que ejercen los grupos confesionales. El centro del debate es la aprobación del protocolo de aborto terapéutico. Los argumentos que han planteado hasta el momento para su incumplimiento, y los contraargumentos a los mismos se detallan a continuación:

- ***La Constitución protege al concebido, por lo tanto no es factible ningún tipo de aborto legal.*** Aunque respecto a este tema hay un conjunto de opiniones a favor y en contra, lo real es que la legislación peruana ha resuelto este dilema al incluir como figura de excepción el aborto por razones de salud y, por lo tanto, no debería ser el sistema sanitario, ni los médicos quieren que reediten dicho debate, sin caer en la arbitrariedad de la ley no cumplida.

- ***La Ley no obliga a brindar la atención del aborto por razones de salud.*** Al respecto hay dos aspectos por considerar: Por un lado, si es éticamente permisible la actitud del Estado, en particular la del Ministerio de Salud, de negarse a una intervención que puede prevenir un daño grave y permanente, teniendo todos los recursos para hacerlo, incluyendo el significativo ahorro económico que implicaría a las familias y al propio estado prevenir complicaciones que afectaran la salud de la mujer. Del mismo modo, se debe reflexionar si es legalmente aceptable el incumplimiento de las sentencias judiciales, sin afectar el estado de derecho.
- ***El protocolo no es un requisito indispensable para atender un aborto no punible y, por lo tanto, no es necesario.*** En efecto, la ausencia de un protocolo no justifica la no prestación del servicio y así lo han entendido las Cortes, pues la responsabilidad no ha sido atenuada por la falta de protocolos. Sin embargo, ello no niega su importancia, tanto para las mujeres, como para los proveedores, tal como lo han señalado previamente otros investigadores, quienes han resaltado las contribuciones que un protocolo tendría en beneficio tanto de la salud de la mujer como del ejercicio médico”.

Clasificación

Según el Código Penal peruano, específicamente Capítulo II – Aborto (Art. 114 a 120); regula los tipos de aborto, tales como:

a) “Autoaborto

Esta figura penal está contemplada en el artículo 114; se trata del supuesto en que la mujer causa su propio aborto, el tercero participa induciendo o auxiliando a la embarazada quien es la que tiene el dominio del hecho, al realizar su propio aborto.

b) Aborto consentido

Está contemplado en el artículo 115 del Código Penal; consiste en un permiso dado por la gestante a otra persona para que realice sobre aquella

las maniobras. No se trata de la participación del tercero en el aborto de la mujer como cómplice de ésta, sino del consentimiento prestado por ella para que aquél actué como autor del delito.

c) Aborto no consentido

Está contemplado en el artículo 116 de nuestro Código Penal, el contenido de este casi resulta más grave en su punición pues se violan dos derechos fundamentales como son: el de la vida del feto y el de la mujer a ser madre. En este caso se incluye cualquier aborto que se realice sin el consentimiento expreso o tácito de la gestante. Por ende, están comprendidos todos los supuestos posibles en que el tercero realiza el aborto sin dicho consentimiento. De esta manera, entran los casos de engaño, aprovechando el error de la mujer, ya sea por confianza en el autor o por descuido de aquella.

d) Aborto agravado por la cualificación del sujeto activo

Este tipo de aborto se encuentra contemplado en el artículo 117 de nuestro Código Penal; la ley en este caso al hacer alusión a los profesionales que en abuso de su ciencia o arte causaren un aborto impone que tal actividad sea netamente dolosa ya que dicho abuso tiene que ser desde el punto de vista objetivo y subjetivo consistente en una acción a todas luces contraria a los principios éticos profesionales y legales llevados a cabo con el pleno conocimiento de que tal despliegue es abusivo. Bien se ha consignado que lo relevante en la figura es el comportamiento del profesional en relación a un paradigma ético inherente al desempeño de cada profesión, es así, que a dicho desempeño correcto como contracara se le opone un desempeño abusivo que, en el caso concreto del delito de que se trata, consiste en el aprovechamiento de los conocimientos técnicos adquiridos en la profesión al ser empleados en forma maliciosa con el objetivo de destruir la vida intrauterina. Se trata de un abuso del conocimiento científico porque, precisamente, es el profesional de la disciplina médica y de otras disciplinas colaterales o coadyuvantes, los que detentan un mejor conocimiento de los instrumentos. La tarea abortiva

practicada en contra de los dispositivos legales constituye la caracterización típica del abuso de la ciencia.

e) Aborto preterintencional

Esta figura penal está contemplada en el artículo 118; responde a la clase de delitos que mixturan dolo y culpa en una sola conducta, donde se destaca como figura paradigmática en todos los ordenamientos jurídicos el homicidio preterintencional. Resumiendo esta postura sobre la naturaleza jurídica de la preterintención encontramos los siguientes supuestos:

1. la existencia de un supuesto dolo preterintencional derivada del pensamiento carrariano que en la preterintención vela una forma de dolo, por la circunstancia de que el agente procede con la intención de llevar a cabo un hecho contrario a la ley;
2. El concurso de dolo y culpa, el sujeto ha querido inferir un daño y lo ha hecho, no ha querido la muerte, pero ésta ha sobrevenido a consecuencia de su imprevisión, el dolo recae sobre el propósito y la culpa sobre el resultado;
3. Delito calificado por el resultado, en los cuales se hace responder al sujeto por un resultado que se ha producido fuera de su intención, y que no obstante la ley, se lo cargo en su cuenta.

f) Aborto terapéutico (no punible)

Este tipo de aborto se encuentra contemplado en el artículo 119 de nuestro Código Penal; en el aborto terapéutico es aceptado para salvaguardar la vida de la madre.

g) Aborto sentimental o eugenésico

Este tipo de aborto se encuentra contemplado en el artículo 120 de nuestro Código Penal, el primer caso está referido a una violación sexual, se entiende por violación sexual, el abuso de esta naturaleza con acceso carnal en forma intimidatoria o violenta en perjuicio del sujeto pasivo en este caso la mujer, ello significa que se refiere a un hecho llevado a cabo

por un agente que no tiene vínculo marital con la víctima; en los casos de violación sexual e inseminación artificial no consentida, se está vulnerando la integridad física y psíquica de la persona sin distinción de ninguna naturaleza que hace que el hecho sea absolutamente execrable y si se quiere ir más lejos como también lo sostienen alguna corrientes, ante una atipicidad del hecho. No es atendible ningún tipo de discriminación.

La norma requiere como una condición de procedibilidad que los hechos hubieran sido denunciados o investigados como mínimo policialmente. Tal exigencia obedece a los fines de dejar constancia de los indicios del delito, pues si existe una denuncia falsa por parte de la mujer ésta deberá responder por un delito de aborto distinto al de la figura en cuestión, amén del ilícito cometido contra la Administración de Justicia. El segundo caso está referido a un aborto eugenésico es decir cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, el hecho típico receptado por la ley penal se refiere a un aborto provocado en circunstancias de probabilidad respecto a la concepción de seres humanos con taras físicas o psíquicas consideradas graves. El traslado de los graves defectos o deficiencias han de ser directos y permanentes en el tiempo; esto es, desde la concepción al nacimiento las taras de la prole se han de manifestar como evidentes”.

2.2. ABORTO TERAPÉUTICO

En nuestro Código Penal, específicamente Capítulo II – Aborto (Art.119) hace referencia al Aborto terapéutico; estableciendo lo siguiente:

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

Bacigalupo (2010), refiere que se entiende como aborto terapéutico:

“La interrupción del embarazo cuando así lo exige la ciencia porque la mujer es incapaz de dar a luz un hijo sin poner en peligro su vida o su salud. En estas condiciones el aborto es permitido y constituye una indicación justificada para que el médico proceda en bien de la mujer embarazada”.

Viterna y Reifenberg (2017) sostienen que:

“Aunque el aborto continúa siendo un tema controversial, es necesario reconocer la relación entre el aborto terapéutico, la vida y salud de las mujeres cuando éstas son puestas en riesgo. Cuando se trata del aborto terapéutico, la ciencia indica una verdad clara y objetiva: el aborto terapéutico legal y seguro salva la vida de las mujeres”.

Operaciones legales ante la no atención al derecho a admitir al aborto terapéutico

En el informe “El aborto terapéutico en el Perú” el Código Procesal Constitucional como regulador de los procesos constitucionales, según Dador (2018) establece:

“La Acción de Amparo resulta en defensa de los derechos: a la igualdad y a no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole; a ejercer públicamente cualquier confesión religiosa; a la información, opinión y expresión; a la participación individual o colectiva en la vida política del país; y a la salud, entre otros derechos fundamentales.

La acción de cumplimiento resulta cuando se amenaza o viola los derechos constitucionales por omisión de actos de cumplimiento obligatorio por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Sin embargo, si bien estas acciones fueron pensadas para ser rápidas y resolverse en cuestión de pocos días, en la práctica toman meses, y a veces años, lo cual las torna en ineficaces para hacer valer el derecho al

aborto terapéutico, en los casos en que las y los prestadores de salud lo denieguen.

Por último, existe también la posibilidad de presentar una queja ante la Defensoría del Pueblo, ya que de acuerdo con lo establecido en el artículo 162 de la Constitución Política, corresponde a esta institución defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad –enunciado que incluye al derecho a la salud–; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal. Sin embargo, es importante mencionar que las recomendaciones que emite la Defensoría del Pueblo no son de obligatorio cumplimiento”.

Las Justificaciones médicas básicas por las que se arguye el aborto terapéutico son:

- **“Riesgo grave para la vida de la madre**, cuando la continuación del embarazo o el parto significan un riesgo grave para la vida de la madre;
- **Para salvaguardar la salud física o mental de la madre**, cuando éstas están amenazadas por el embarazo o por el parto”;

Legislación Comparada

Cuando se habla sobre este tema, existen países que hoy en día en su legislación han regulado el aborto terapéutico, así como otras modalidades, solo para casos excepcionales; pero existen otros países, en donde aún está penalizado este tipo de aborto o cualquier otro; como se es el caso de los siguientes países:

A) En Estados Unidos

En el año 1970, las jurisconsultas Linda Coffee y Sarah Weddington, interpusieron un proceso en Texas en calidad de representantes de Norma L. McCorvey ("Jane Roe") solicitando el derecho al aborto provocado por

violación. “Aunque el Fiscal de distrito del Condado de Dallas, Texas, Henry Wade -quien representaba al Estado de Texas- se oponía al aborto, finalmente el Tribunal del distrito falló a favor de Jane Roe, pero sin establecer cambios en la legislación sobre el aborto inducido de Estados Unidos. Es de precisar que Jane Roe dio a luz a su hija -a quien dio en adopción- mientras el caso aún no se había decidido”.

La sentencia fue recurrida en reiteradas ocasiones hasta ser conocida por la Corte Suprema de Justicia de los EE. UU. que “en su resolución de 22 de enero de 1973, estableció que la mujer tiene el derecho a la libre elección -entendida como derecho a la privacidad o intimidad- que protegería la decisión de llevar o no llevar un embarazo a término. Según la sentencia el derecho de privacidad se derivaba de la cláusula de debido proceso de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. La Corte clasificó este derecho como fundamental por lo que toda violación de ese derecho fundamental a la privacidad por parte del gobierno debería estar justificada”.

Cabe acotar que, “si el contenido esencial de la sentencia de la Corte Suprema del caso Roe contra Wade era que el aborto debe ser permitido a la mujer, por cualquier razón, hasta el momento en que el feto se transforme en viable, es decir, sea potencialmente capaz de vivir fuera del útero materno, sin ayuda artificial, la sentencia del caso Doe contra Bolton publicada el mismo 22 de enero de 1973, estableció que el aborto inducido debe ser legal cuando sea necesario para proteger la salud de la mujer”; en este caso se regulo el aborto terapéutico.

B) En Chile

Lazo (2007) en su investigación titulada “Aborto Terapéutico. La problemática de su aplicación en el Sistema Jurídico Chileno” sostuvo:

“El aborto terapéutico es un tema que siempre ha revestido un carácter polémico y que suscita confrontaciones desde el punto de vista ético y jurídico. Este choque de posiciones nace de la colisión de dos valores o bienes jurídicos como son, por una parte: la vida o salud de la madre embarazada, y por la otra, la vida del feto o nasciturus (la denominada vida dependiente), conflicto consistente en el hecho que la salvación de uno de ellos significa necesariamente el detrimento del otro”.

En la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2017) se indica lo siguiente que se estableció en el año 2017:

“Ley N° 21030: Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

Teniendo presente que el Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente Proyecto de ley:

Artículo 1.- Incorpórense las siguientes modificaciones en el Código Sanitario:

Sustituyese el artículo 119 por el siguiente:

Artículo 119. Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:

1. La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.
2. El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.

3. Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación.

En cualquiera de las causales anteriores, la mujer deberá manifestar en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo. Cuando ello no sea posible, se aplicará lo dispuesto en el artículo 15, letras b) y c), de la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos siguientes. En el caso de personas con discapacidad sensorial, sea visual o auditiva, así como en el caso de personas con discapacidad mental psíquica o intelectual, que no hayan sido declaradas interdictas y que no puedan darse a entender por escrito, se dispondrá de los medios alternativos de comunicación para prestar su consentimiento, en concordancia con lo dispuesto en la ley N° 20.422 y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

C) En España

El aborto en España esta despenalizado desde el año 2010 por cuanto consiente la paralización facultativa de la gestante durante las 14 semanas iniciales de embarazo a diferencia de la antigua ley del 85 la cual despenalizaba el aborto en diferentes supuestos.

“El Título II de la Ley Orgánica 2/2010 de España de salud sexual y reproductiva, y de la interrupción voluntaria del embarazo; y más específicamente en el Capítulo I- Condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo”, establece: “el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la

personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación”.

D) En el Salvador

Si bien el aborto sigue siendo un delito penado con cárcel, en la legislación de dicho país, en algunos casos han existido atenuantes y “excepciones” (situaciones que no eran punibles o despenalizadas), siendo estas excepciones las contempladas en el Código penal del 74 tales como: “el aborto culposo y el aborto tentado; el aborto criminológico, y el aborto eugenésico”; situación que cambio con el actual código penal, que entro en vigencia en 1998.

En su Código Penal de 1998, en el Título II – De Los Derechos Y Deberes Constitucionales; y más específicamente en el Capítulo II – De los delitos relativos a la vida del ser humano en formación:

“Art. 133.- Aborto consentido y propio

El que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo practicare, serán sancionados con prisión de dos a ocho años.

Art. 134.- Aborto sin consentimiento

El que provocare un aborto, sin consentimiento de la mujer, será sancionado con prisión de cuatro a diez años. En la misma pena incurrirá el que practicare el aborto de la mujer, habiendo logrado su consentimiento mediante violencia o engaño.

Art. 135.- Aborto agravado

Si el aborto fuere cometido por médico, farmacéutico o por personas que realizaren actividades auxiliares de las referidas profesiones, cuando se dedicaren a dicha práctica, será sancionado con prisión de seis a doce años. Se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad por el mismo período.

Art. 136.- Inducción o ayuda al aborto

Quien indujere a una mujer o le facilite los medios económicos o de otro tipo para que se practique un aborto, será sancionado con prisión de dos a cinco años.

Si la persona que ayuda o induce al aborto es el progenitor, la sanción se aumentará en una tercera parte de la pena máxima señalada en el inciso anterior.

Art. 137.- Aborto culposo

El que culposamente provocare un aborto, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

El aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada, y la tentativa de ésta para causar su aborto no serán punibles”.

“Art. 138.- Lesiones en el no nacido

El que ocasionare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudicare gravemente su normal desarrollo o provocare en el mismo una grave tara física o psíquica, será sancionado con prisión de uno a diez años, según la gravedad de las mismas.

Art. 139.- Lesiones culposas en el no nacido

El que culposamente ocasionare las lesiones descritas en el artículo anterior, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa. La embarazada no será penada al tenor de este precepto.

Art. 140.- Manipulación genética

El que con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulare genes humanos de manera que se altere el tipo constitucional vital, será sancionado con prisión de tres a seis años.

En la misma pena incurrirá el que experimentare o manipulare clonación con células humanas, con fines de reproducción humana.

La aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo, sin consentimiento de los progenitores, será sancionada con prisión de seis meses a un año e inhabilitación especial de profesión u oficio de seis meses a dos años.

Art. 141.- Manipulación genética culposa

El que realizare manipulaciones con genes humanos y culposamente ocasionare un daño en el tipo vital, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa”.

E) En Nicaragua

Aunque el aborto es ilegal desde hace cien años, el estado de Nicaragua en el 2006 decidió eliminar el último recurso que tenía una mujer de poder obtener el permiso para abortar, ya que la Asamblea Nacional ordeno el código penal del 2006 donde se estableció que ni siquiera será razón suficiente que la vida de la madre esté en peligro para interrumpir un embarazo.

“En su Código Penal del 2006, Ley N°641; y más específicamente en el Capítulo II - Aborto, Manipulaciones Genéticas Y Lesiones Al No Nacido:

Art. 143.- Aborto

Quien provoque aborto con el consentimiento de la mujer será sancionado con la pena de uno a tres años de prisión. Si se trata de un profesional médico o sanitario, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer la medicina u oficio sanitario. A la mujer que intencionalmente cause su propio aborto o consienta que otra persona se lo practique, se le impondrá pena de uno a dos años de prisión.

Art. 144.- Aborto sin consentimiento

Quien intencionalmente provoque el aborto sin el consentimiento de la mujer, será castigado con prisión de tres a seis años. Si se trata de un profesional de la salud, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de cuatro a siete años para ejercer la medicina u oficio sanitario. Si el aborto fuera practicado con violencia, intimidación o engaño, se sancionará con pena de seis a ocho años de

prisión. Si se trata de un profesional de la salud, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de cinco a diez años para ejercer la medicina u oficio sanitario.

Art. 145.- Aborto imprudente

Quien por imprudencia temeraria ocasione aborto a una mujer, será castigado con pena de seis meses a un año de prisión; si el hecho se produce con ocasión del ejercicio de la profesión de la salud, se impondrá además la pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años. La embarazada no será penada al tenor de este precepto.

Art. 146.- Manipulación genética y clonación de células

Quien altere el tipo de la estructura vital o el genotipo por manipulación de genes humanos, por razones distintas a las terapéuticas, será penado con prisión de uno a tres años. Quien experimente o manipule material genético que posibilite la creación de híbridos humanos o la clonación, será sancionado con pena de tres a seis años de prisión. Con la misma pena se sancionará a quienes experimenten o manipulen material genético humano con fines de selección de raza. Quien artificialmente fecunde óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, será castigado con pena de prisión de dos a cinco años. En todos los casos descritos en los numerales anteriores se impondrá, además de la pena de prisión, la de inhabilitación especial de cuatro a siete años para ejercer profesión u oficio relacionado con la salud.

Art. 147.- Manipulación genética para producción de armas biológicas

Quien utilice la ingeniería genética para la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, será sancionado con pena de quince a veinte años de prisión e inhabilitación especial por el mismo período para ejercer empleo o cargo público, profesión u oficio.

Art. 148.- De las lesiones en el que está por nacer

El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o

provoque en el mismo una grave y permanente lesión física o psíquica, será castigado con pena de prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

Art. 149.- Lesiones imprudentes en el que está por nacer

Quien por imprudencia temeraria ocasione en el no nacido las lesiones descritas en el artículo anterior, será sancionado con pena de uno a dos años de prisión e inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer cualquier profesión médica o sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos públicos o privados, por tiempo de uno a cinco años. La embarazada no será penada al tenor de este precepto”.

2.3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS

Al respecto, Manuel Ossorio (2004), los define como: “Los derechos innatos al ser humano por el hecho de ser hombre, inherentes a la naturaleza humana y descubribles por la razón”.

Celis (2007), manifiesta que:

“Tradicionalmente, desde el punto de vista del constitucionalismo clásico, se pensó que los derechos fundamentales eran derechos para ser esgrimidos en contra del Estado y no contra otros sujetos. Los derechos fundamentales estaban destinados, ante todo, a asegurar la esfera de libertad del individuo frente a intervenciones del poder público; siendo derechos de defensa del ciudadano ante el Estado”.

Del mismo modo, Pérez Luño (1984), precisa:

“Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. Agrega que los derechos fundamentales corresponden a aquellos derechos humanos que han sido positivados por el orden constitucional”.

Según (Humberto Nogueira Alcalá, 2006), refiere que:

“Los Derechos fundamentales: son el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la libertad, igualdad y seguridad humana, en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos –considerados tanto en su aspecto individual como comunitario–, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de éstos”.

Asimismo, el constitucionalista chileno Cea (2004), comenta:

“Los derechos fundamentales son aquellos derechos, libertades e igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son y deben ser siempre, reconocidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos”.

(Antonio Fernández Galiano,1988), argumenta: “Son aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana”.

Alexy (1993), señala que:

“Los Derechos fundamentales: son aquellos derechos que corresponden a la persona por el solo hecho de serla, tiene su fundamento en la supremacía de la dignidad humana, son derechos superiores que exigen respeto por parte del Estado en todos los procedimientos que la persona realice”.

Igualmente, Varsi (1995), sostiene que:

“Los Derechos fundamentales son: aquellos derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, en cuantos ciudadanos o personas con capacidad de obrar, son por tanto indisponibles e inalienables. Los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia”.

Torres (2014), refiere que los Derechos fundamentales: “Por un lado, se dicen fundamentales aquellos derechos que dan fundamento al sistema jurídico; por otro, se dicen fundamentales aquellos derechos que no requieren el fundamento del sistema jurídico”.

Características

Según Silva (2004), los D° Fundamentales poseen las siguientes características:

- * **“Universales:** Son universales porque pertenecen en la misma forma a todas las personas.
- * **Indivisibles:** Éstos no pueden ser divididos, ya que forman una sola unidad.
- * **Interdependientes:** Con esta característica, cada uno de los derechos humanos no se logra de forma singular, sino que requiere apoyarse y complementarse de los demás, sin que haya subordinación de un derecho ante otro.
- * **Naturales:** De esta forma, son titulares todos los individuos de estos derechos por el solo hecho de ser humanos.
- * **Imprescriptibles:** Con este rasgo, se da a entender que los derechos humanos no se adquieren ni se pierden por el mero paso del tiempo.
- * **Inalienables:** No se puede separar a una persona de sus derechos fundamentales, ya que no pueden ser objeto de expropiación, y es por ello que éstos se diferencian de los derechos reales por ser inherentes a la persona.
- * **Irrenunciables:** Las personas son titulares de sus derechos aún cuando no los ejerzan, y de la misma forma en que no pueden ser expropiados, no pueden ser renunciados por su titular.
- * **Inviolables:** Con esta característica, no pueden ser violados, en caso de ser transgredido constituye abuso de poder.
- * **Obligatorios:** Por ser de naturaleza universal, se les considera anteriores al orden jurídico y éste se encuentra en la posición de protegerlos”.

Clasificación

Según Marco A. Sagastume Gemme (1997): “La ONU para su mejor protección las ha dividido en:

- a)** Derechos civiles.
- b)** Derechos políticos.
- c)** Derechos económicos.
- d)** Derechos sociales.
- e)** Derechos culturales”.

Sin embargo, se considera también otra clasificación citada por el mismo autor, la clasificación generacional:

“Primera generación (derechos civiles y políticos)

Se denominan así a los derechos que surgieron durante las Revoluciones Americana y Francesa, cuyos antecedentes se encuentran en los documentos de The Bill of Rights de Virginia, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, por lo que son los primeros en ser positivizados.

Asimismo, El autor Theodoor C. van Boven (1984), expresa que: “Estos derechos se dirigen a la protección de la “libertad, seguridad e integridad física y espiritual de la persona humana”. Se pueden enumerar los siguientes derechos, de forma enunciativa y no limitativa:

- ✓ Derecho a la vida
- ✓ Derecho a la integridad
- ✓ Derecho a la libertad
- ✓ Derecho a la libertad de empresa, de seguridad
- ✓ Derecho a la libertad de opinión
- ✓ Derecho a la libertad de reunión y asociación
- ✓ Derecho al sufragio, entre otros”.

“Segunda generación (derechos colectivos, económicos, sociales y culturales)

Se denominan así al conjunto de derechos que fueron identificados a causa de la Revolución Industrial, a partir de finales del siglo XIX, y son aquellos que protegen a la persona humana al ser considerado parte de un grupo social. Dentro de los derechos comprendidos en esta categoría se encuentran:

- ✓ Derecho a la educación
- ✓ Derecho al trabajo
- ✓ Derecho a la sindicalización
- ✓ Derecho a la salud
- ✓ Derecho a la seguridad social
- ✓ Derecho a la ciencia y;
- ✓ Derecho a las bellas artes.

Tiene gran importancia el nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo –OIT-, que es emblemática en materia de derechos económicos y sociales, como lo es el Tratado de Versalles a principios del siglo XX, y del cual han emanado varios instrumentos en materia de trabajo, salud laboral, seguridad social de los trabajadores (adultos, mujeres, niños) en las distintas áreas laborales, entre otros”.

“Tercera generación (derechos de los pueblos o de solidaridad)

Son los derechos en los que se consideran a las personas como un grupo social con una identidad cultural propia. Nacen de la lucha de los pueblos contra la opresión, y por la lucha de independencia de las naciones colonizadoras. En esta categoría se encuentran los de:

- ✓ Derecho a la autodeterminación de los pueblos
- ✓ Derecho al desarrollo
- ✓ Derecho a la paz, y
- ✓ Derecho a un medio ambiente sano”.

2.2.3.2 Principios

Al respecto Figueroa (2012) comenta que debe considerarse como la sentencia constitucional emitida en el caso Lizana Puelles, donde el TC estableció:

“Principio de unidad de la constitución

Aun cuando confluyan un número indeterminado de normas en el ordenamiento jurídico, todas ellas forman una unidad o conjunto unitario, y todas ellas se subordinan a la Constitución. Existe un deber de sujeción de las normas subordinadas y en caso de entrar en incompatibilidad con la Carta Fundamental, tal incoherencia está obligada a desaparecer bajo el referido criterio de unidad.

Principio de concordancia práctica

Con relación al principio de concordancia práctica, la idea destacada es relevante en razón de que debemos concordar los valores constitucionales y así evitar contradicciones manifiestas en la interpretación (...) no busca sacrificar contenidos constitucionales, al igual que el criterio sistemático no tiene por objeto restarle validez y eficacia a una norma determinada. Sin embargo, de la comparación de las normas y de la visualización de contenido en su faceta aplicativa ordinaria y constitucional, el intérprete debe optar por la prevalencia de uno de los contenidos, sin sacrificar la expresión normativa o constitucional de la norma que resulta inaplicada.

Principio de corrección funcional

Este principio exige al juez constitucional que al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente le ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.”

“Principio de función integradora

Por su parte, el principio de función integradora implica que: El producto de la interpretación solo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad.

Principio de fuerza normativa de la constitución

Este principio expresa la vinculatoriedad de la Carta Fundamental, así como la expresión de la cláusula de supremacía constitucional que desarrolla el fallo Marbury vs. Madison, que desde los albores del siglo XIX marcó los orígenes del control difuso y, en forma prevalente, la primacía de la Constitución frente a normas de menor entidad”.

El Tribunal Constitucional Peruano y los derechos fundamentales

Según la STC 10087- 2005-PA. FJ6, “Los derechos fundamentales, según ha precisado el Tribunal Constitucional Peruano, son parte central del ordenamiento jurídico del país y su dimensión es subjetiva como atributo de la persona y también objetiva como normas de fundamentación de todo el sistema jurídico. Su idea lo expresa de la siguiente forma: los derechos fundamentales constituyen una manifestación de la dignidad de la persona humana, aquellos tienen una posición central en el ordenamiento jurídico. Ello justifica que el art. 200 de nuestra Carta Magna haya establecido garantías constitucionales a fin de proteger el principio de supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales”.

Así también, acota: “(...) el Estado democrático de Derecho implica que los derechos fundamentales adquieren plena eficacia vertical- frente a los poderes del Estado- y horizontal- frente a los particulares-. Ello excluye la posibilidad de que existan actos de los poderes públicos y privados que estén desvinculados

de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, toda vez que éstos no sólo son derechos subjetivos de las personas, sino también instituciones objetivas que concretizan valores constitucionales- justicia, igualdad, pluralismo, democracia, entre otros- recogidos ya sea de manera tácita o expresa, en nuestro ordenamiento constitucional”. Según la STC10087-2005- PA. FJ 3 “Los derechos “fundamentales” y las “garantías” para su protección son institutos que no pueden entenderse de modo aislado, pues tales derechos sólo podrían realizarse en la medida que tengan mecanismos ágiles, adecuados y eficaces para su protección.

Al respecto, la Corte IDH ha declarado: “El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”. (OC-8/67 del 30-01-1987, párrafo 26).

Normatividad en relación a derechos humanos

Según Villanueva (1996): “Con el paso del tiempo, se han instaurado distintos “regímenes” con los cuales se pretende velar por la protección de los derechos fundamentales, siendo así que se puede dividir en internacional y nacional”. En el primer caso se subdivide en el:

“Sistema universal o mundial

El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos nace en el seno de la ONU, de la que son miembros casi todos los Estados del mundo.

Este sistema consiste en un conjunto de mecanismos orientados a proteger los derechos de todas las personas. El término “universal” procede de la Declaración Universal de los Derechos Humanos e indica que estos derechos son propios de todas las personas por igual, sin exclusiones ni discriminaciones de ningún tipo.

Silva señala que: “El sistema universal abarca los instrumentos emanados por la ONU, y sus principales órganos son:

- a. La Asamblea General de la ONU
- b. La Corte Internacional de Justicia
- c. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
- d. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; y,
- e. La Comisión de Derechos Humanos.

Sistema regional

Este último autor también expresa que entre los sistemas regionales se encuentran el régimen europeo, el régimen interamericano, el régimen africano; éste abarca los instrumentos emanados de la Organización de los Estados Americanos – OEA, cuyos órganos son:

- a. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y;
- b. La Corte Interamericana de Derechos Humanos”

Análisis de los Principios de interpretación constitucional

a) Unidad de la Constitución. “Es una arista del criterio de interpretación sistemática, que insta a reconocer que la Carta magna es una unidad que no puede ni debe ser interpretada aisladamente, sino considerando las demás disposiciones constitucionales. Siendo ello así, al evaluar la validez del aborto terapéutico no puede analizarse separadamente el artículo que reconoce el derecho a la vida del feto o concebido, como a veces se intenta, sino que el mismo debe integrarse con las normas que reconocen los derechos a la vida y la salud de la madre gestante.”

b) Armonización o concordancia práctica. Según el Exp. 0048-2004-PI/TC, Fundamento Jurídico 65: “En función a este principio, los bienes constitucionalmente protegidos: vida y salud de la madre vs. el derecho a la vida del concebido, deben ser ordenados y armonizados para resolver el problema, a fin de que ambos puedan conservar su entidad. Ante cualquier colisión debe resolverse mediante la ponderación de bienes, respetando los principios de razonabilidad y proporcionalidad. El TC, acoplándose a lo desarrollado por otros tribunales similares, se refiere al test de razonabilidad señalando que contiene tres subprincipios: idoneidad o adecuación; necesidad; y proporcionalidad strictu sensu; siendo así se justificaría la validez constitucional del aborto terapéutico, al limitarse la vida del concebido para garantizar los derechos a la vida y/o a la salud de la madre, que se encuentra desarrollando su vida.”

c) Corrección funcional. “El juez, al dilucidar una controversia, debe reverenciar el esquema de distribución de poder y de colocación de funciones y tareas entre órganos y entes públicos. Tal es el caso que los órganos jurisdiccionales deben respetar la autoridad configuradora que corresponde al legislador. Siendo ello así,

un hospital público no puede ni debe negarse a realizar el aborto terapéutico, pues estaría abandonando la validez de una ley –el Código Penal– dictada por una jurisdicción competente, y que se encuentra completamente vigente”.

d) Fuerza normativa: “Prima las normas Constitucionales a quienes se debe dotar de máxima eficacia, todo el ordenamiento legal debe establecer criterios que permitan extraer de ellas consecuencias de aplicación inmediata. En virtud de lo cual, el aborto terapéutico que se sustenta en la vida y la salud de la madre gestante y que cuenta con expreso reconocimiento legal, no requiere para su aplicación de la aprobación de una guía o de un protocolo determinado; sin embargo estas disposiciones resultan ser heteroaplicativas, por lo cual se necesitan los protocolos para su aplicación, más aún cuando también puede aplicarse la figura de la objeción de conciencia, de origen constitucional.”

La Corte Constitucional Colombiana, en su jurisprudencia del 10 de mayo del 2006 (C-355/06) sostuvo que: “(...) la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional”.

Principio de Concordancia Práctica

Según la doctrina establecida por Konrad Hesse, fundamentada en la doctrina de Robert Alexy, que es perfectamente aplicable a los argumentos utilizados por el Código Penal Peruano, al despenalizar el aborto terapéutico, pues “la ponderación es racional si es posible un discurso práctico racional”.

Es necesario que en cada análisis de ponderación se verifique la concurrencia de tres subprincipios descritos por Alexy, quien señala:

“En el caso del tribunal constitucional alemán, la ponderación es una parte de lo que viene exigido por un principio más amplio: el principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización, esto es, como principios y no como simples reglas. En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible.”

Alexy describe “la adecuación o la idoneidad con el carácter apropiado de la injerencia, a saber su capacidad para proteger efectivamente el interés legítimo puesto en peligro por el uso de la libertad. Eso requiere a su vez definir cuál es el bien jurídico protegido constitucionalmente y si la medida que se va emplear es adecuada para el fin que se persigue”.

Así también, Alexy, explicita que “El juicio de necesidad requiere indagar si la medida en cuestión es la menos restrictiva de las posibles y, además, si es absolutamente necesaria para alcanzar el bien colectivo en cuestión o, por el contrario, existen medidas igualmente adecuadas y carentes de consecuencias lesivas para el derecho fundamental con el que colisiona”.

Por último, el subprincipio establecido por Alexy es la proporcionalidad en sentido estricto: “se refiere a la optimización respecto de las posibilidades

normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios. Ello exigiría valorar si los beneficios que se derivan de la consecución de dicho bien colectivo son mayores que los perjuicios inherentes al sacrificio del derecho fundamental”.

Nuestro TC, recogiendo lo desarrollado por sus pares, en el Exp. 0048-2004-PI/TC, Fundamento Jurídico 65, refiere: “el test de razonabilidad contiene tres subprincipios: idoneidad o adecuación; necesidad; y proporcionalidad strictu sensu. La aplicación de estos criterios justifica la validez constitucional del aborto terapéutico, pues se limita la vida del concebido para garantizar los derechos a la vida y/o a la salud de la madre”.

Siendo de vital importancia, citar a nuestro TC, precisamos:

“1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación. (...) toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. (...), este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

2. Subprincipio de necesidad. (...) una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

3. Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. (...), para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados”

Análisis de la Constitucionalidad del aborto terapéutico

Todos los tratados internacionales que versan sobre Derechos Humanos, reconocen el derecho a la vida; por ejemplo “el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos precisa 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”.

Es posición abre las posibilidades a cada uno de los estados para la autorregulación del aborto, pues acepta “que las legislaciones internas de los Estados puedan eventualmente admitir y reglamentar el aborto”.

Siendo ello así: “el derecho a la vida de la persona concebida no es un derecho absoluto, pues en determinados supuestos puede ser objeto de limitaciones”.

La Constitución Peruana (1993), señala el artículo 2 inciso 1) al disponer que: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, (...). El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.”

De esta manera, la Constitución reconoce como sujetos del derecho a la vida no sólo a la persona sino también al concebido. Así lo precisa el artículo 1 del Código Civil que introduce la expresión “sujeto de derecho” para distinguirlo del concepto de “persona” que es el ser humano “una vez nacido”.

Es de precisar que el TC ha señalado la parte esencial del Derecho a la Vida en las jurisprudencias emitidas en los casos n.º 0050-2004-AI/TC y 2005-2009-PA/TC (Respecto al contenido de la Vida (como derecho), límites, perspectiva

material, reconocimiento internacional, teorías sobre el inicio de la vida, el concebido, protección desde la concepción, posición del TC respecto al inicio de la concepción).

Es de precisar que muchas iglesias se oponen a la legalización del aborto sin siquiera advertir ante cuales supuestos nuestra legislación lo permite, en un Estado constitucional no puede haber credos religiosos que tengan carácter estatal.

Es de resaltar que, el TC español en su sentencia STC 24/1982 ha precisado: “la Constitución proclama que ninguna confesión religiosa tendrá carácter estatal e impide por ende (...) que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos”.

En el Perú, el artículo 50° de nuestra carta magna precisa: “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas”.

Los derechos fundamentales no son derechos ilimitados. Y es que, como se ha destacado, dentro ordenamiento jurídico se justifican sus limitaciones “pues todos se encuentran en relación próxima entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos con los cuales, potencialmente, cabe el conflicto”. Ni siquiera nuestro primer derecho, el derecho a la vida, es absoluto, lo cual ha sido debidamente fundamentado por nuestro Tribunal Constitucional en los Exp. 2. 0050- 2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC, 0009-2005-AI/TC), precisando: “Los derechos fundamentales, (...), no tienen la calidad

de absolutos, más aún si en nuestro constitucionalismo histórico el derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, entre otros, tampoco la han tenido”.

Estas limitaciones proceden fundamentalmente de las subsiguientes razones: “el carácter universal o general de estos derechos, que exige para un goce adecuado por todos sus titulares y su posible disfrute simultáneo, la necesaria coordinación que compatibilice y ordene su ejercicio, y como consecuencia de ello les imponga ciertas restricciones, y una concepción de los derechos fundamentales que no los considera elementos aislados, sino reconoce su indispensable coexistencia entre sí o con otros bienes jurídicos que también gozan de protección constitucional”.

Según el Tribunal Constitucional Español, el cual tiene mucha influencia doctrinaria sobre nuestro TC, en la sentencia del 8 de abril de 1981, precisó como límites: “ i) Límites fijados directamente en la Constitución; ii) Límites derivados mediata o inmediateamente de la Constitución ante la necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales, y; iii) Límites mediata o indirectamente derivados del texto fundamental por la necesidad de proteger o preservar otros bienes constitucionalmente tutelados”.

Según Ignacio de Otto– citado por Samuel B. Abad Yupanqui (2008) “reconoce que tales derechos, por encontrarse dentro de un ordenamiento jurídico, deben conciliarse con los demás bienes que dicho ordenamiento protege, no pudiendo hacerse valer de modo absoluto frente a éstos, sin resultar un obstáculo la falta de expresa licencia constitucional para limitarlos. En los dos supuestos finales, no cabe resolver el conflicto suscitado aceptando de plano la superioridad de tal o cual derecho, pues no estamos ante un orden jerarquizado de bienes

constitucionalmente protegidos. El probable conflicto debe ser resuelto en base a una ponderación que no pretenda hacer prevalecer uno sobre otro, sino que busque, en la medida de lo posible, la concordancia práctica de ambos derechos fundamentales. Así, por ejemplo, una persona, en legítima defensa, podría privar de la vida a quien amenaza con matarla”.

El CP, tan igual que sus pares, regula el aborto terapéutico de este modo:

“Artículo 119.- Aborto terapéutico. 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”.

El legislador, al regular la citada modalidad de aborto: “ha ponderado los derechos a la vida y la salud de la madre frente al derecho a la vida del concebido, para concluir que siempre que el aborto sea el único medio para garantizar la vida de la madre o un daño en su salud grave y permanente y medie consentimiento, un médico podrá practicar la interrupción del embarazo sin que dicha conducta pueda ser sancionada penalmente”.

Siendo ello así, al privilegiarse la vida y/o la salud de la madre también se aseguran otros derechos fundamentales como el derecho a la integridad personal que es “un atributo indelible y esencialmente vinculado con la dignidad de la persona y con los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad personal y al libre desarrollo y bienestar.” Nuestro Tribunal prescribió en su jurisprudencia Exp. N.º 2333-2004-HC/TC Fundamento Jurídico 2, del 12 de agosto de 2004, que:

“(…), el reconocimiento y defensa que el texto constitucional consagra a la vida humana, no supone llana y elementalmente la constitucionalización del derecho a la mera existencia, sino que abarca la responsabilidad de asegurar

que ésta se despliegue con dignidad. Por ende, necesita y exige condiciones mínimas, entre las cuales ocupa lugar preferente el resguardo de la integridad humana en sentido lato”.

Asimismo, el derecho a la integridad personal tiene implicación con el de la salud:

“En la medida que esta última tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano, deviniendo, así, en una condición indispensable para el desarrollo existencial y en un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

Igualmente, el derecho a la integridad personal se entronca con el derecho a la seguridad personal, puesto que supone la convicción y certeza del respeto de uno mismo por parte de los demás, en tanto se ejercita un derecho y se cumple con los deberes jurídicos. En efecto, la seguridad personal representa la garantía que el poder público ofrece frente a las posibles amenazas por parte de terceros de lesionar la indemnidad de la persona o desvanecer la sensación de tranquilidad y sosiego psíquico y moral que debe acompañar la vida coexistencial”.

Siendo ello así, al proteger la vida y/o la salud de la madre mediante el aborto terapéutico se estarían protegiendo, transversalmente, sus derechos a la integridad y seguridad personal.

Cabe precisar que, la integridad personal ha sido desarrollado por el TC en los expedientes N.º 2333-2004-HC/TC, 0010-2002-AI/TC, 0256-2003-HC/TC.

En consecuencia: “el legislador penal ha efectuado un adecuado ejercicio de interpretación constitucional empleando el principio de la concordancia práctica y

de razonabilidad que es pacíficamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Por ello, no cabe la menor duda respecto a que el aborto terapéutico cuenta con plena validez constitucional, pues se trata de una medida legítima que salvaguarda derechos fundamentales como la vida y la salud de la madre; además, es necesaria dado que, como lo indica expresamente el Código Penal, constituye la única medida para hacerlo. Por tanto, si el Congreso a través de una ley pretendiera eliminar la figura del aborto terapéutico incurriría en una evidente inconstitucionalidad al dejar en desamparo derechos fundamentales de la madre”.

Para ejemplificar citamos a la Corte Constitucional Colombiana en su jurisprudencia de 10 de mayo del 2006 (C-355/06):

“(…) está amenazada la salud y la vida de la mujer gestante, pues resulta a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación. En efecto, si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propia de la madre respecto de la salvaguarda del embrión”.

Como ha sostenido el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos PROMSEX, el Estado no alcanza obligar a mujer embarazada, a adjudicarse inmolaciones heroicas y a dedicar sus propios derechos en favor de terceros o del interés global.

Es de resaltar que:

“En la experiencia cotidiana se han presentado diversos problemas de afectación de derechos fundamentales de las mujeres, debido a la negativa

de las autoridades de hospitales públicos de practicar el aborto terapéutico por efectuar interpretaciones equivocadas que conducen a prohibirlo. Esta situación se agrava, pues la mayoría de mujeres que acuden a los hospitales públicos son personas de escasos recursos económicos, lo cual genera una situación de discriminación en cuanto al acceso a servicios de salud que garanticen sus derechos fundamentales. Uno de estos casos pudo llegar a los organismos internacionales de protección de los derechos humanos. Se trata del caso resuelto por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 17 de noviembre del 2005 que ratificó la validez del aborto terapéutico y determinó que la negativa a practicarlo dispuesta por un hospital del Estado peruano afectaba derechos humanos reconocidos expresamente por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nos referimos al caso de la menor KL (Comunicación N°. 1153/2003), quien cuestionó la negativa del Director del Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima a practicarle un aborto terapéutico pues venía gestando un feto anencefálico –es decir, carecía de cerebro–, que no tenía posibilidad alguna de sobrevivir y cuya gestación más bien amenazaba su vida y su salud. Ante dicha negativa tuvo que dar a luz a una niña que a los pocos días falleció”.

El Comité valoró que “la negativa posterior de las autoridades médicas competentes a prestar el servicio pudo haber puesto en peligro la vida de la autora”, y además que:

“6.3. (...) La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión de Comité, la causa del sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar. El Comité ha señalado en su Observación General N° 20 que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no solo

hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores”.

Así también, el Comité reflexionó:

“6.4 La autora afirma que al negarle la posibilidad de una intervención médica para suspender el embarazo, el Estado parte interfirió de manera arbitraria en su vida privada. El Comité nota que un médico del sector público informó a la autora que tenía la posibilidad de continuar con el embarazo o de suspenderlo de acuerdo con la legislación interna que permite que se practiquen abortos en caso de riesgo para la salud de la madre. (...). En las circunstancias del caso, la negativa de actuar conforme a la decisión de la autora, de poner fin a su embarazo, no estuvo justificada y revela una violación del artículo 17 del Pacto”.

Como puede apreciarse, a juicio del Comité de Derechos Humanos, la denegación a ejercer el aborto terapéutico inquietaba no sólo el derecho a la vida y la salud de la madre, así mismo otros derechos humanos.

En consecuencia: “cuenta con plena validez constitucional la interrupción del embarazo por razones terapéuticas. No obstante, en la práctica se podrían generar algunas dudas, especialmente para determinar cual es el contenido del derecho a la salud. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional cuenta con abundante jurisprudencia que precisa los alcances del derecho a la salud”.

Así también citamos el caso Azanca Meza García Exp. 2945-2003-AA/TC, Fundamento Jurídico 30: “La salud puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano. Es evidente que, como tal, constituye una condición indispensable para el desarrollo y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

Así, la salud implica el gozo del normal desarrollo funcional de nuestro organismo, lo que ha motivado que la Organización Mundial de la Salud (OMS) estime que dicho concepto no se limita a asociarlo con la ausencia de enfermedad, sino con el reconocimiento de una condición física mental saludable”.

La historia de la menor KL es una muestra de la inaplicación de los supuestos que habilitan el aborto terapéutico, siendo la objeción de conciencia de los médicos los que anteriormente determinaban la realización o no de este tipo de aborto. De lo comentado se advierte que pese a las oposiciones, el aborto terapéutico tiene un sostén en la protección de los derechos constitucionales de la mujer y en lo prescrito por el CC.

III.- METODOLOGÍA.

3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.

El tipo de investigación realizada fue básica, de diseño no experimental: transversal descriptivo correlacional: “pues su propósito es medir el grado de relación que existe entre dos o más variables, pues se vincularán a las variables” cuyo propósito es determinar si la realización del aborto terapéutico vulnera los principios establecidos en la Carta Magna. Se identificarán las causales de procedencia del aborto terapéutico en la legislación peruana y se reconocerán los principios que permiten la realización del aborto terapéutico.

La investigación es dogmática – jurídica, pues “atiende a los principios doctrinales para interpretar el sentido de la norma jurídica”. Al respecto efectuaremos un cotejo de las actitudes arrojadas por los doctrinarios respecto a la procedencia constitucional del aborto terapéutico.

Esta investigación se ubica en el método cualitativo: “por medio del cual estableceremos las relaciones teórico-doctrinarias del objeto de investigación, este método nos permite ver los aspectos que van surgiendo desde dentro del proceso de investigación, conduce al conocimiento científico que requiere toda investigación”.

El método cualitativo “demanda un profundo entendimiento del comportamiento humano y las razones que lo gobiernan; buscando explicar los diferentes aspectos de tal comportamiento. En otras palabras, investiga el por qué y el cómo se tomó postura sobre las conclusiones a las que llegará la presente investigación”.

3.2. VARIABLES Y OPERACIONALIZACIÓN

Variable Independiente.

X1: Derecho a la vida ya formada de la madre y su salud

X2: Derecho la vida en formación del embrión.

X3: Principio de concordancia práctica.

Variable Dependiente.

Y1: Test de proporcionalidad y razonabilidad basado en el principio de concordancia práctica.

Y2: Aborto terapéutico.

OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

Variables	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores	Escala de Medición
V. Independiente Si se utiliza el principio de concordancia práctica para armonizar la protección de la vida ya formada de la madre y su salud con la vida en formación del embrión, y no existe forma alguna de salvaguardar la vida y/o salud de la madre embarazada;	Según Figueroa (2012) Ante cualquier aparente divergencia entre derechos y normas constitucionales “se debe optimizar su interpretación sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional”. La presente investigación busca determinar si es factible armonizar la vida y salud de la madre con la vida del concebido en formación.	Legal Doctrinaria	X1: Derecho a la vida ya formada de la madre y su salud	Nominal
		Legal Doctrinaria	X2: Derecho la vida en formación del embrión.	Nominal
		Doctrinaria Jurisprudencial	X3: Principio de concordancia práctica.	Nominal
V. Dependiente Entonces se ha efectuado un test de proporcionalidad y razonabilidad y es posible efectuar el aborto terapéutico.	Según Figueroa (2012),esteTest que permite sopesar derechos y reducir la discrecionalidad.	Legal Doctrinaria	Y1: Test de proporcionalidad y razonabilidad basado en el principio de concordancia práctica.	Nominal
		Legal Técnica	Y2: Aborto terapéutico.	Nominal

3.3. POBLACIÓN, MUESTRA, MUESTREO, UNIDAD DE ANÁLISIS

Población: “Los Abogados Colegiados en el Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, que ascienden a 4041 abogados, conforme lo señala el Oficio n.º 051/ICAL/2018, de fecha 28 de mayo de 2018”.

Criterios de inclusión: Abogados habilitados y colegiados en el ICAL

Criterios de exclusión: Abogados colegiados pero inhábiles.

Muestra: Cuando conocemos el tamaño de la población y las observaciones presentan normalidad, el tamaño de la muestra para estimar la media se calcula con la Fórmula:

$$n \geq \frac{Np(1-p)Z^2_{1-\alpha}}{(N-1)\epsilon^2 + p(1-p)Z^2_{1-\alpha}}$$

Donde:

Z = 1.96 Valor al 95% de confianza

p = 0.5 Variabilidad positiva

ε = 0.08 Error muestral permitido

N = 4041

$$n = \frac{4041(0.5)(0.5)(1.96)^2}{(4041-1)(0.08)^2 + (0.5)(0.5)(1.96)^2}$$
$$n = \frac{3880.9764}{26.8164} = 144.7239 = 145$$

Es decir, aplicaremos la encuesta a 145 abogados litigantes.

El Muestreo a utilizar es el no probabilístico: debido a la homogeneidad de la población, por lo cual no se establecen criterios de selección.

Unidad de Análisis: cada abogado colegiado y habilitado en el ICAL.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

TÉCNICAS:

Para la técnica del análisis documental: “utilizaremos y analizaremos las diferentes teorías expuestas en relación al tema de estudio, argumentando y buscando las mejores propuestas doctrinarias tanto nacionales como extranjeras por otro lado, la elaboración de fichas textuales y de resumen; teniendo como fuentes libros y documentos de que la universidad nos puede facilitar; donde podemos apreciar conceptos relacionados al aborto terapéutico y los Derechos fundamentales de la persona , en nuestra legislación; nuevos argumentos, mejores teorías que nos ayuden a poder argumentar mejor el desarrollo de la investigación”.

Para la técnica de la Encuesta; Según Lopez (2016) es “una investigación realizada sobre una muestra de sujetos representativa de un colectivo más amplio, utilizando procedimientos estandarizados de interrogación con intención de obtener mediciones cuantitativas de una gran variedad de características objetivas y subjetivas de la población”. El instrumento utilizado fue: El cuestionario.

INSTRUMENTOS:

a.- La Ficha.- “Es un instrumento que se utiliza en la técnica del fichaje, y servirá para localizar las fuentes y también para almacenar la información que se va obteniendo durante la investigación”.

b.- La Guía de Observación.- “Instrumento que se utiliza en la técnica de la observación, y servirá para observar los criterios doctrinarios y jurisprudenciales” en este caso respecto al aborto terapéutico, así como para la revisión de la legislación comparada.

c.- El Cuestionario.- “Es un instrumento que se utiliza en la técnica de la encuesta, y servirá para recoger información”, en este caso de los abogados colegiados en el ICAL Lambayeque.

3.5. PROCEDIMIENTOS.

- RECOLECCIÓN DE DATOS O RESPUESTAS

“Las respuestas o los datos obtenidos, previamente codificados, se transfieren a una matriz de datos y se preparan para su análisis”.

- PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

“Es el proceso mediante el cual los datos individuales se agrupan y estructuran con el propósito de responder al Problema de Investigación, Objetivos e Hipótesis del estudio, convirtiendo los datos en información significativa”.

- PRESENTACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LOS RESULTADOS

“Los resultados se presentan mediante ecuaciones, gráficos y tablas, y se interpretan, realizando el análisis estadístico”.

3.6. METODO DE ANÁLISIS DE DATOS

Procesamiento y Análisis de Datos

Análisis Documental. – “utilizaremos y analizaremos las diferentes teorías expuestas en relación al tema de estudio, argumentando y buscando las mejores propuestas doctrinarias tanto nacionales como extranjeras por otro lado, la elaboración de fichas textuales y de resumen; teniendo como fuentes libros y documentos de que la universidad nos puede facilitar”.

- Mediante el fichaje se hará” recopilación bibliográfica, relacionado con el presente tema de investigación, elaborando fichas de registro como son bibliográficas, y las fichas de investigación como son: textual resumen y comentario”.
- Así también, se recopilará la información electrónica que esté relacionado con el tema de investigación, de las Páginas del PJ y SPIJ.
- Finalmente, se recopilará las leyes relacionadas con el presente tema de investigación.

Encuesta . - Se encuestará a los abogados colegiados en el ICAL Lambayeque, en la proporción establecida en la muestra.

3.7. ASPECTOS ÉTICOS.

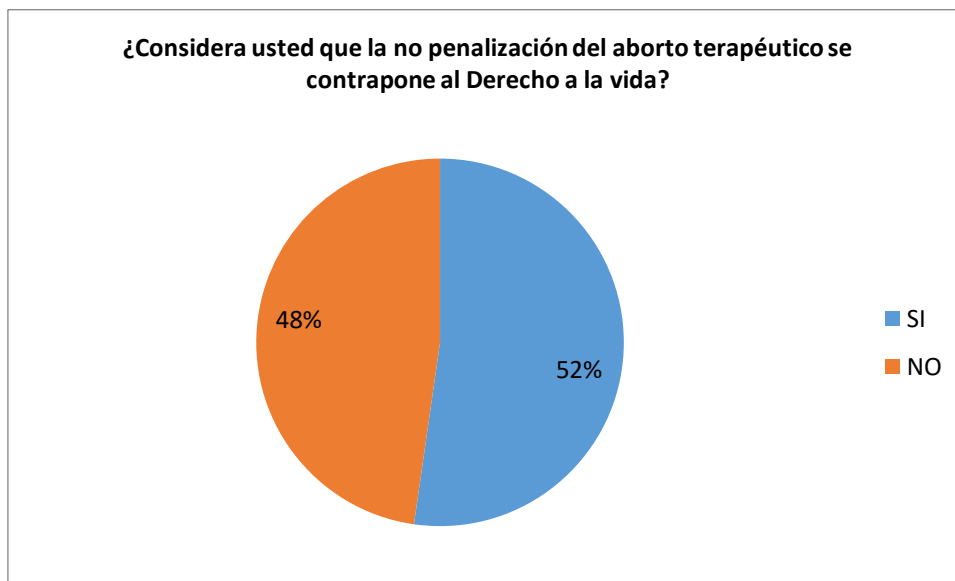
- Valor: la investigación debe buscar mejorar el conocimiento.
- Validez científica: “la investigación debe ser metodológicamente sensata, de manera que los participantes de la investigación no pierden su tiempo con investigaciones que deben repetirse”.
- Consentimiento informado: “los individuos deben ser informados acerca de la investigación y dar su consentimiento voluntario antes de convertirse en participantes de la investigación”.

IV. RESULTADOS

Tabla N° 01.- ¿Considera usted que la no penalización del aborto terapéutico se contrapone al Derecho a la vida?

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
SI	75	52%
NO	70	48%
Total	145	100%

Gráfico N° 1.- ¿Considera usted que la no penalización del aborto terapéutico se contrapone al Derecho a la vida?



Con referencia a la pregunta si ¿Considera usted que la no penalización del aborto terapéutico se contrapone al Derecho a la vida?, los resultados fueron: un 52% si consideran que se confronta al derecho a la vida y un 48% considera que no lo hace.

Como puede apreciarse el porcentaje de abogados que considera que el aborto terapéutico se contrapone al Derecho a la vida es mínimamente superior al porcentaje que considera que no se contrapone, lo cual refleja que los mismos no han realizado una interpretación de esta situación jurídica a la luz del principio de concordancia práctica.

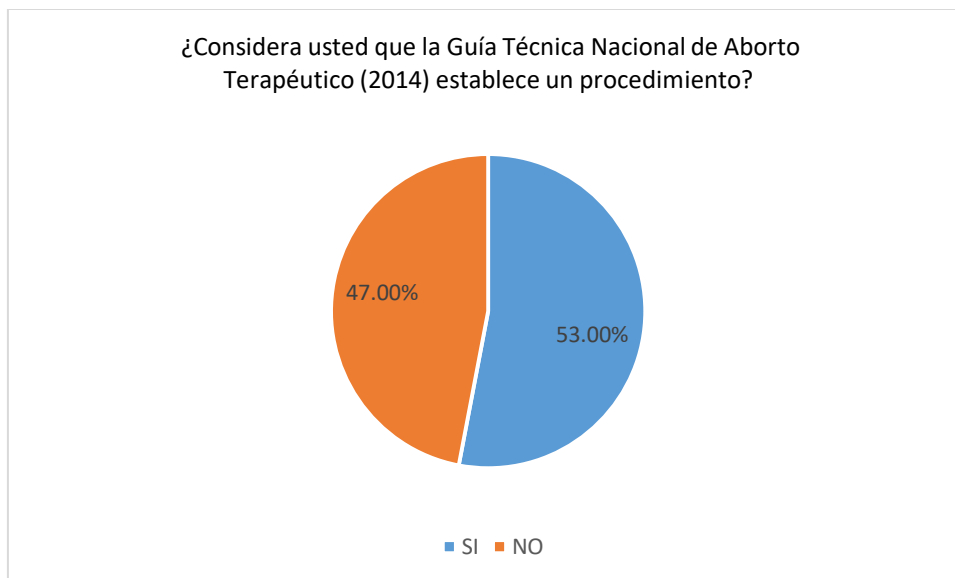
Cabe acotar que, si bien el aborto terapéutico es permitido, si quien lo solicita es el médico tratante de la gestante y es debidamente aprobado por la junta médica; es necesario el consentimiento de la madre gestante, sin el cual no se configura el mismo.

Es así que, en caso se suscitase la necesidad del mismo, peor la madre gestante no lo acepta, no aplicaría el aborto terapéutico, por cuanto sería un acto de amor de la madre hacia el bebe que lleva en su vientre. Esto se corrobora con lo manifestado por **Lazo (2007)**, en su investigación titulada: “Aborto Terapéutico la Problemática de su Aplicación en el Sistema Jurídico Chileno”, en la que precisa: “la decisión de abortar, no sólo involucra la concepción jurídica que se tenga respecto de la vida, ya que esta la reviste de legalidad, sino también la concepción valórica de la misma, siendo esta última, la más importante”.

Tabla N° 02 ¿Considera usted que la Guía Técnica Nacional de Aborto Terapéutico (2014) establece un procedimiento?

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
SI	77	53%
NO	68	47%
Total	145	100%

Gráfico N° 02 ¿Considera usted que la Guía Técnica Nacional de Aborto Terapéutico (2014) establece un procedimiento?



Con referencia a la pregunta si ¿Considera usted que la Guía Técnica Nacional de Aborto Terapéutico (2014) establece un procedimiento, los resultados fueron: un 47% consideran que no y un 53% considera que si contienen un procedimiento adecuado.

Cabe precisar que, la Guía Técnica Nacional de aborto terapéutico establece que:

“6.2.1 El/La médico/a tratante que durante la atención de la gestante advierta que el embarazo pone en riesgo la vida de la gestante o causa en su salud un mal grave y permanente, informará a la embarazada sobre el diagnóstico, el pronóstico, los riesgos graves para su vida o su salud, y los procedimientos terapéuticos que correspondan.

6.2.2 A petición de la gestante el médico/a tratante presenta la solicitud escrita del caso a la Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia con conocimiento de la Dirección General, del establecimiento de salud.

6.2.3 La Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia recibe la solicitud, y en la fecha constituye y convoca una Junta Médica, bajo responsabilidad. Debe además informar de inmediato a la Dirección General de lo actuado.

6.2.4 El/La médico/a tratante informará a la gestante o su representante legal la decisión de la Junta Médica. En caso que la Junta Médica apruebe la interrupción del embarazo menor de veintidós (22) semanas como indicación terapéutica para preservar la vida y la salud de la gestante, la gestante o su representante legal firmará el formulario para el consentimiento informado y la autorización del procedimiento (Anexos 1 y 2), lo que será puesto en conocimiento de la Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia y de la Dirección General del establecimiento de salud.

6.2.5 La Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia inmediatamente designará al médico/a que llevará a cabo el procedimiento, el cual será programado dentro de las siguientes veinticuatro (24) horas, comunicando al Director General del establecimiento de salud la fecha y hora de la intervención; bajo responsabilidad.

6.2.6 El lapso desde que la gestante solicita formalmente la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de veintidós(22) semanas hasta que se inicia la intervención en forma oportuna que garantice la eficacia de la intervención, la que no debe exceder de seis(6) días calendarios.

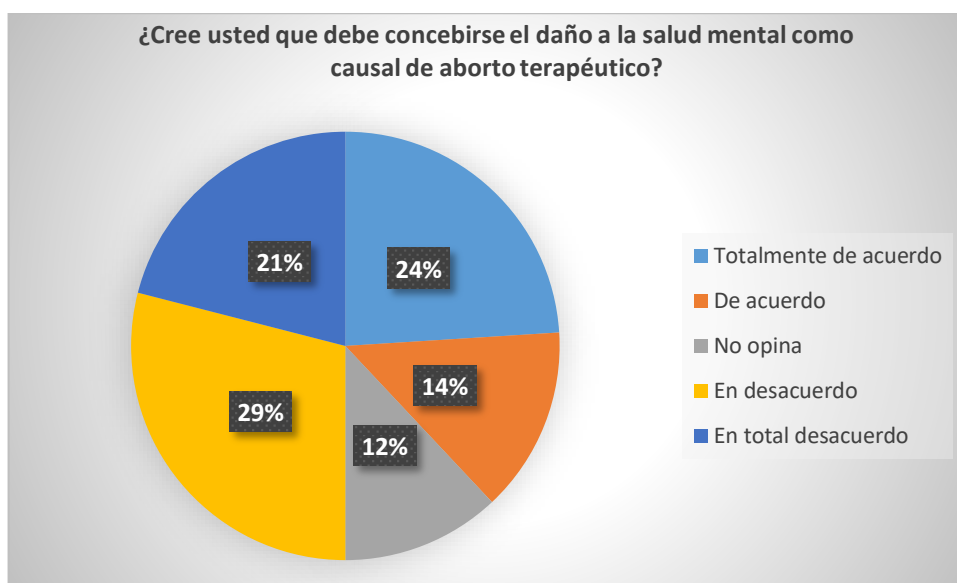
6.2.7 Una vez realizada la intervención, la Jefatura del Servicio o Departamento de Gineco-Obstetricia informará por escrito el resultado del procedimiento a la Dirección General del establecimiento.

6.2.8 Si la Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia incumpliera con convocar a la Junta Médica, el médico o médica tratante informará al Director o Directora General del establecimiento de salud, quien constituirá y convocará en un plazo no mayor de veinticuatro (24) horas, una Junta Médica, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar”.

Tabla N° 03 ¿Cree usted que debe concebirse el daño a la salud mental como causal de aborto terapéutico?

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
TD	30	21%
D	43	29%
NS/, N/O	17	12%
A	20	14%
TA	35	24%
Total	145	100%

Gráfico N° 03 ¿Cree usted que debe concebirse el daño a la salud mental como causal de aborto terapéutico?



Del gráfico presentado se observa que un 24 % de abogados litigantes consideran que: el daño a la salud mental puede ser causal de aborto terapéutico; en contrario, un 29% está en desacuerdo, lo cual denota la divergencia de posturas al respecto.

Es de precisar que consideramos que la salud mental/psicológica si puede ser causal de aborto terapéutico

Cabe recalcar que, la definición de salud consagrada por la OMS:

“es un estado de bienestar físico, psíquico y social y no la mera ausencia de enfermedad integra los aspectos biológicos, psicológicos y sociales del bienestar y permite afirmar, como lo hace la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, que las mujeres tienen el derecho a gozar del más alto nivel disponible de salud física y mental. En ese sentido, la protección de la salud de las mujeres proporcionada por los instrumentos que garantizan el acceso al aborto por indicación terapéutica debe incluir la protección de la salud mental. La OMS ha definido la salud mental como el estado de bienestar que permite a cada individuo realizar su potencial, enfrentarse a las dificultades usuales de la vida, trabajar productiva y fructíferamente y contribuir con su comunidad. Este concepto tiene, por cierto, un propósito didáctico para facilitar la capacitación y los procesos de prestación de servicios, al hacer referencia a una dimensión de la salud que no se puede separar de las otras dimensiones del bienestar. Los procesos mentales se originan en el cerebro, y la integralidad de estos depende del buen funcionamiento de los órganos del cuerpo. Así también, las alteraciones de las emociones, como la ansiedad, producen modificaciones de variables fisiológicas como el pulso o la presión arterial, que eventualmente pueden llevar a enfermedades cardiovasculares. La protección de la salud mental, por ende, es indispensable para asegurar un adecuado nivel de bienestar que permita a la persona vivir con dignidad.”

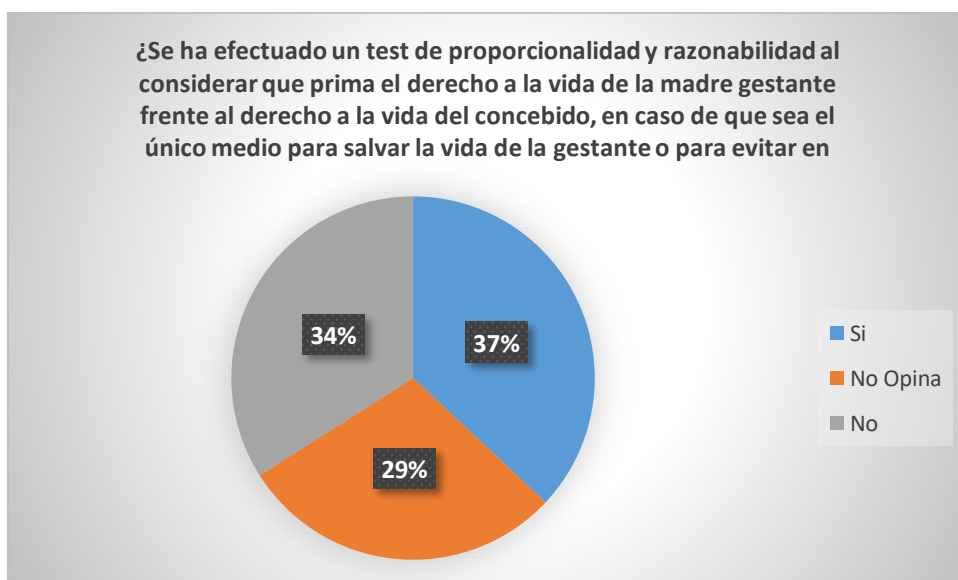
Asimismo, **López y Romero (2010)**, en su tesis denominada: “Las malformaciones congénitas incompatibles con la vida como causal del aborto terapéutico y la implementación de un protocolo nacional que regule los mecanismos para la interrupción legal del embarazo en el Perú”, coincide al afirmar que esta práctica “produce graves lesiones físicas y psicológicas de la madre gestante involucrada con este tipo de malformaciones congénita”, razón por la cual tendrá que someterse a este tipo de aborto.

Cabe acotar también que, en el caso L.C vs Perú, “el Comité de la CEDAW, determinó que la inexistencia de la causal (violación sexual) generó la limitación de un servicio de salud sexual y reproductiva que podía potencialmente reducir el daño físico de L.C. Adicionalmente, el Estado peruano no contrarrestó el daño psicológico sufrido cuando L.C. descubrió que se encontraba embarazada a causa de la violencia sexual ejercida en su contra”.

Tabla N° 04 ¿Se ha efectuado un test de proporcionalidad y razonabilidad al considerar que prima el derecho a la vida de la madre gestante frente al derecho a la vida del concebido, en caso de que sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente?

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
SI	54	37%
NO	49	34%
N/S, N/O	42	29%
Total	145	100%

Gráfico N° 04 ¿Se ha efectuado un test de proporcionalidad y razonabilidad al considerar que prima el derecho a la vida de la madre gestante frente al derecho a la vida del concebido, en caso de que sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente?



Un 37 % de abogados litigantes de la ciudad de Chiclayo, considera que debe primar la vida de la madre gestante, sobre la vida del concebido.

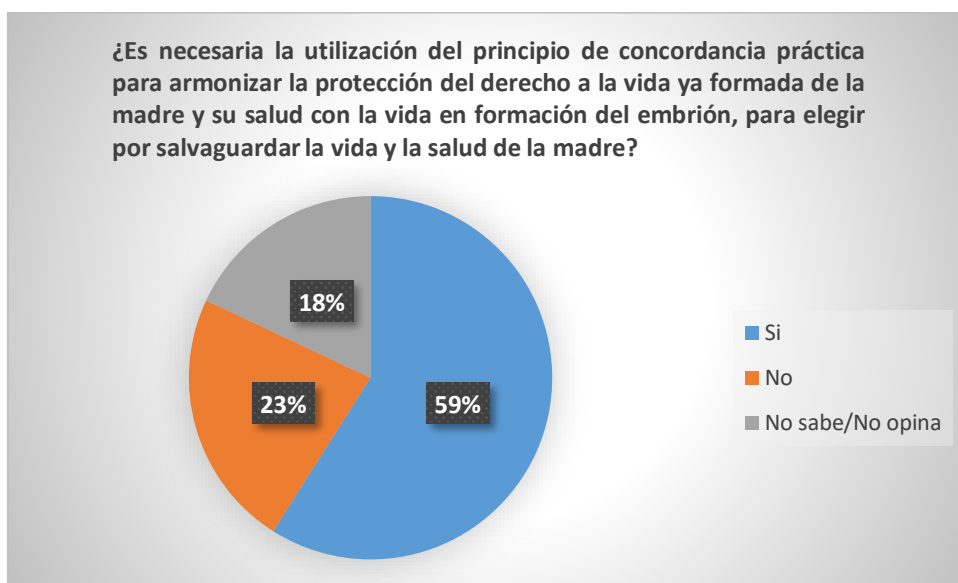
Cabe precisar que nos unimos a la citada postura, argumentando que el nacimiento del menor no está garantizado; sin embargo, la existencia de la madre es tal y debe garantizarse su vida y salud, señalando que ella tiene finalmente, el derecho de decidir si se efectúa el aborto terapéutico recomendado, o no.

Así también, la filosofía señala que los actos de amor no pueden estar prohibidos, y es aquí donde se encuentra la actuación de la madre, quien pese a tener conocimiento que su vida está en peligro si continua con el embarazo, decide hacerlo, por cuanto pese a que no le es exigible por norma alguna que lo haga, puede llevar en su vientre un feto que al desarrollarse más puede llegar a ser un bebe prematuro, con amplias posibilidades de vida, el cual luego de su nacimiento puede subsistir sin la alimentación y cuidados de su madre.

Tabla N° 05 ¿Es necesaria la utilización del principio de concordancia práctica para armonizar la protección del derecho a la vida ya formada de la madre y su salud con la vida en formación del embrión, para elegir por salvaguardar la vida y la salud de la madre?

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
SI	86	59%
NO	33	23%
N/S, N/O	26	18%
Total	145	100%

Gráfico N° 05 ¿Es necesaria la utilización del principio de concordancia práctica para armonizar la protección del derecho a la vida ya formada de la madre y su salud con la vida en formación del embrión, para elegir por salvaguardar la vida y la salud de la madre?



Respecto a la pregunta planteada, cabe precisar que los abogados, como conocedores del Derecho y de los principios de interpretación constitucional, en su mayoría (59%) han opinado favorablemente en que el principio de concordancia práctica es necesario para armonizar la protección de la vida ya formada de la madre y su salud con la vida en formación del embrión, para elegir por salvaguardar la vida y la salud de la madre.

V. DISCUSIÓN

Según nuestros resultados si se utiliza el principio de concordancia práctica para armonizar la protección de la vida ya formada de la madre y su salud con la vida en formación del embrión, y no existe forma alguna de preservar la vida y salud de la madre gestante; entonces se ha efectuado un test de proporcionalidad y razonabilidad y es posible efectuar el aborto terapéutico.

Nuestra legislación penal, de última ratio, al reconocer el aborto terapéutico ha valorado mediante la ponderación los derechos de la madre y del concebido, concluyendo que puede interrumpirse legítimamente el embarazo sin sanción alguna cuando prima la vida de la gestante, ello utilizando el principio de la “concordancia práctica y de razonabilidad”.

Brenes y Robles (2009), en su investigación: “**Aborto Terapéutico: Conocimientos y actitudes de estudiantes universitarios/as de medicina y enfermería**”, hace mención que, el aborto terapéutico “en el ámbito de la salud se reviste de suma importancia, ya que es el encargado de brindar acompañamiento, información y atención especializada a esa mujer cuyo embarazo está poniendo en riesgo su salud y su vida”, por lo que para que la mujer proceda a practicárselo requiere acreditar con un certificado que el feto presenta malformaciones.

Es de precisar que, al igual que la mayoría de los abogados litigantes encuestados, consideramos que el riesgo a la salud mental de la madre si puede ser causal de aborto terapéutico, dado que: “la salud mental es el estado de bienestar que permite a cada individuo realizar su potencial, enfrentarse a las

dificultades usuales de la vida, trabajar productiva y fructíferamente y contribuir con su comunidad.”

Rojas (2016), cuya investigación titulada: **“La despenalización del aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles para la vida en el Perú, 2015”**, coincide al referir que “en aquellos casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida por el avance de la medicina y de los grandes adelantos científicos en el área del diagnóstico patológico pre natal que ahora permiten conocer la situación de salud o enfermedad del feto, evitando el nacimiento de niños con malformaciones”.

Sin embargo, en los supuestos señalados en los párrafos precedentes estamos ante un aborto eugenésico previsto en nuestro código penal el cual si conlleva a una pena, el cual en algunos casos se presente equiparar al eugenésico aduciendo que se vulnera el derecho a la salud mental de la madre, lo cual debe a criterio del autor, puede equipararse al aborto terapéutico previa evaluación psicológica a la gestante, en la cual se acredite el daño psicológico que padece.

Asimismo, la presente investigación, la cual se ha sustentado en legislación, doctrina y jurisprudencia nacional y comparada, llegamos a evidenciar que el aborto terapéutico no vulnera el núcleo esencial mínimo e irreductible del de derecho a la vida del concebido, por cuanto, para la continuidad de su formación, requiere de la madre, sin embargo al estar en riesgo la vida de esta, la cual ya está formada, tiene un plan de vida, frente a la vida en formación, la cual ni siquiera genera certeza de que pueda exteriorizarse, pues debemos hacer prevalecer la vida de la madre.

Por otro lado, no podemos dejar de apreciar que dependerá de la decisión de la madre o de su representante legal, el autorizar se le realice el aborto; decisión en la que influirá su formación religiosa.

Los derechos fundamentales no son absolutos, se pueden establecer restricciones razonables y proporcionales; siendo ello así el derecho a la vida del concebido no es absoluto justificándose así la validez constitucional del aborto.

La principal limitación para realizar la presente fue la falta de antecedentes sobre el tema en análisis, la cual fue superada en base a la jurisprudencia aplicable y la encuesta aplicada.

VI. CONCLUSIONES

1. En la presente investigación se ha determinado que la realización del aborto terapéutico no vulnera los principios constitucionales establecidos en nuestra Carta Magna (Derecho a la vida y los demás conexos a ella), por cuanto se ha efectuado la interpretación de los derechos fundamentales bajo el principio de concordancia práctica, en ese sentido es factible hacer prevalecer los derechos de la vida y la salud de la madre gestante, sobre la vida del feto.
2. El aborto terapéutico es la interrupción del embarazo por razones médicas, ya que representa un peligro para la vida de la madre o para su salud física y/o mental, debiendo precisarse que se requiere el consentimiento de la madre para esta interrupción. Las causales físicas que avalan la realización de un aborto están consignados en 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”; sin embargo en mérito del caso L.C. vs Perú, el Comité de la CEDAW, determinó que la violación sexual debe ser causal de aborto terapéutico, aduciendo el daño psicológico sufrido por la madre L.C.
3. Los principios de interpretación constitucional son: Principio de unidad de la constitución, Principio de concordancia práctica, Principio de corrección funcional, Principio de fuerza normativa de la constitución, y no prohíben la realización del aborto terapéutico, máxime si utilizando el principio de concordancia práctica, se debe priorizar la vida de la madre gestante, ante la posible viabilidad de vida del embrión.

4. Se concluye que se ha efectuado un test de proporcionalidad y razonabilidad, al hacer priorizar la vida de la madre ante la realización de un aborto terapéutico, por cuanto la madre tiene la vida ya formada y la vida del embrión está en desarrollo, ponderación debidamente sustentada en el principio de concordancia práctica, por lo cual el aborto terapéutico no es punible

VII. RECOMENDACIONES

1. Que, el Ministerio de Salud fiscalice sí las instituciones bajo su cargo realizan los procedimientos que garanticen la realización del aborto terapéutico sólo como última instancia para salvaguardar la vida y la salud de la madre.
2. Que se despenalice el aborto por causa de violación a la madre, siempre y cuanto se cumplan las siguientes condiciones: Sea menor de edad, haya sufrido daño psicológico y se advierta que el daño psicológico es irreparable; se le prepare psicológicamente a fin de que luego del aborto su daño psicológico se vea incrementado por el mismo.
3. Que, los órganos administradores de justicia, tales como: Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, en un esfuerzo multidisciplinario, programen y realicen talleres de participación de la sociedad civil con la finalidad que se difundan los derechos de las personas como integrantes de la comunidad, ello con el fin de que conozcan sus derechos fundamentales y los demás derechos que les asisten

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (1993). *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.
- Alexy, R. (1989) *“Teoría de la argumentación jurídica”*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.
- Ayala, F.; Cabrera, S.; Chumbe, O.; Mascaró, P.; Silva C.; Távara L.; et al. *“Interrupción Legal del Embarazo por Causales Salud”*. Lima: PROMSEX; 2009.
- Elizare, F. (1991), *“Bioética”*, Madrid, España, Editorial San Pablo, segunda edición.
- Azuara, M. (2015) *“Violación de los Derechos Humanos de las Mujeres, a partir de la tipificación del aborto como delito antes de las 12 semanas de gestación en la Legislación del Estado de San Luis Potosí”*, [Tesis de pregrado] Potosí, S.L.P. - México: Universidad San Luis Potosí de San Luis Potosí.
- BBC Mundo, (01 de AGOSTO de 2016). " *El Salvador: Murió con el feto adentro porque la ley contra el aborto no nos permitió darle el tratamiento contra su cáncer*".
- Bacigalupo, E. (2010) *“El Homicidio y Aborto en la Legislación Peruana”*.
- Becerra, J. (2009), *“Los Instrumentos Internacionales de Derechos Fundamentales y su Aplicación en el Ámbito Constitucional Mexicano”*, Getafe - Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Bernal, R. (2013). *“El aborto, La bioética como principio de la vida”*. [Tesis de pregrado de la Universidad de Cantabria], España. Recuperado el 3 de MARZO de 2019, de <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/3939/BernalGonzalezR.pdf>.
- Biblioteca Nacional de Chile. (2017). Santiago de Chile, Chile. Recuperado el 3 de Marzo de 2019, de https://oig.cepal.org/sites/default/files/ley_21030-despenalizacion_del_aborto-2017.pdf.
- Bravo, Y. y García, B. (2015), *“Factores Que Justifican El Aborto Terapéutico Producto De Una Violación Sexual Chiclayo Período 2014”*, [Tesis de pregrado de la Universidad Señor de Sipán]
- Brenes, P. y Robles, R. (2009), *“Aborto Terapéutico: Conocimientos Y Actitudes de Estudiantes Universitarios/as de Medicina y Enfermería”*, Ciudad

- Universitaria Rodrigo Facio - Costa Rica [Tesis de pregrado de la Universidad de Costa Rica].
- Calvo, A. (Enero de 2016). *"Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico de los Derechos Fundamentales De La Persona En Las Constituciones Peruanas Del S. XX"*. Ensayos Jurídicos. Chiclayo.
- Cea, L. (2004). *"Derecho Constitucional Chileno"*, tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.
- Celis, G. (2007). *"Derechos Fundamentales en la Relación Laboral, Eficacia Horizontal"*, [Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho de la Universidad de Chile] Santiago.
- Código Penal de la República de Perú (2018).
- Código Penal de El Salvador. (1998).
- Código Penal del 2006 N°641. (Nicaragua).
- Dador, M. (2018). *"El aborto terapéutico en el Perú"*. Lima. Recuperado el 3 de Marzo de 2019, de <http://promsex.org/wp-content/uploads/2012/07/EL-ABORTO-TERAPEUTICO-EN-EL-PERU.pdf>.
- Delgado, V. (2009). *"Decisiones sobre la natalidad en mujeres con experiencia de aborto inducido"*. [Tesis para optar el Título de Licenciada en Antropología, Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Diccionario Ilustrado Latino -Español (1998).
- Diccionario de Real Academia Española, disponible en red: <http://lema.rae.es/drae/?val=aborto->, 22ª edición, fecha de consulta: 27 de junio de 2012.
- El Comercio, (05 de JULIO de 2017).: *"INDECOPÍ sancionó a clínica El Golf por no tramitar solicitud de aborto terapéutico"* Sociedad. Lima.
- El País, (19 de JULIO de 2017), *"El Senado chileno aprueba la despenalización del aborto en tres casos"*.
- Fernández, A. (1988). *"Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho"*, Editorial CEURA, Madrid, España, Pág.134.
- Figuerola, E. (2012). *"Derecho Constitucional"*, San Marcos, Lima – Perú, Tom. I, Pág. 26 – 29.
- Florez, F. (Diciembre de 2017). *"Los Derechos Fundamentales"*. Ensayo Jurídico. Colombia.

- Garrido, M. (2005). *“Derecho Penal. Parte especial”*. Tomo III. Op. Cit. 103.
- Gonzáles, J., Laílla, J., Fabre, E., & Gonzáles, E. (2013). *“Obstetricia”*. España: Foletra, S.A.
- Gonzalo Patricio, L. Q. (2007). *“Aborto Terapéutico La problemática de su aplicación en el Sistema Jurídico Chileno”*. Santiago.
- Gutiérrez-Ramos, M. (2005). *“El aborto. Atención humanizada de sus complicaciones como estrategia para la disminución de la mortalidad materna”*. Acta Médica Peruana, XXII (2), 80-85.
- Heredia, L. y Guevara, C. (2009), *“Protección Del Genoma Humano En La Constitución Política Del Perú De 1993”* [Tesis de pregrado de la Universidad Señor de Sipán]. Pimentel – Perú.
- Labatut, G. (1983). *Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial*. Santiago. Ed. Jurídico de Chile, 7ª ed. 126p.
- La República, (22 de agosto de 2017). *“Aborto terapéutico en el Perú: Es la única causal de aborto exenta de sanción penal en el país”*. Chiclayo
- Lazo, G. (2007), *“Aborto terapéutico la problemática de su aplicación en el sistema jurídico chileno”*, [Tesis de pregrado de la Universidad de Chile]. Santiago – Chile.
- López, G. (1975). *El Aborto. Análisis de la Situación Actual*.
- López, S. y Romero, C. (2010), *“Las Malformaciones Congénitas Incompatibles Con La Vida Como Causal Del Aborto Terapéutico Y La Implementación De Un Protocolo Nacional Que Regule Los Mecanismos Para La Interrupción Legal Del Embarazo En El Perú”*, [Tesis de pregrado de la Universidad Nacional de Trujillo]. Trujillo – Perú.
- Rojas, J. (2016), *“La despenalización del aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles para la vida en el Perú, 2015”*, [Tesis de la Universidad de Huánuco]. Huánuco-Perú
- Milián, A. (2009). *“La Encrucijada del Derecho a la Vida, Comparando el Aborto con la Pena de Muerte”* [Tesis en Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar]. Guatemala.
- Monge, M. y Oguilve, G. (2018), *“La Protección de la Dignidad Humana en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica y en La Corte*

- Interamericana de Derechos Humanos*” [Tesis de pregrado de la Universidad de Costa Rica], San José..
- Nogueira, H. (2006). *“Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos”*, Editorial Liberotecnica, Santiago, Pág.243.
- Ocón, A. (2017), *“El aborto: aspectos filosóficos, éticos y jurídicos”*, Madrid - España: [Tesis de pregrado de la Universidad Complutense de Madrid].
- Ossorio, M. (2004). *“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, Trigésima edición. PP- 313, 314.
- Peña, R. (1992), *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial I*. Ediciones Jurídicas. Lima, Perú.
- Pérez, A. (1984). *“Los Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución”*, 7º Edición, Editorial Tecnos, Madrid, Pág. 46.
- Pérez, B. (2017), *“Implicancias ético legislativas del consentimiento informado en la redacción del protocolo de aborto terapéutico para la madre gestante”*, [Tesis de pregrado de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. Chiclayo-Perú.
- Pérez LUÑO, Antonio. (2000). *“Los Derechos Fundamentales”*. Academia de la Magistratura – Curso de Ascenso. Lima
- Rivero, M., y Pintado, S. (2017). *“Frecuencia y factores de riesgo de aborto en mujeres de 20 a 40 años en el Hospital Mariana de Jesús Durant el periodo de enero y febrero del 2017”*. Guayaquil. Recuperado en Marzo de 2019, de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/8043/1/T-UCSG-PRE-MED-562.pdf>.
- Sagastume Gemmell, Marco A. (1997). *“Los Derechos Humanos: Proceso Histórico”*, San José, Costa Rica, Consejo Superior Universitario Centroamericano y la Comisión Europea, Cuadernos Educativos 1, Colección Derechos Humanos.
- Sánchez, S. (2014), *“Los Derechos Fundamentales De Acceso A La Justicia E Igualdad De La Víctima En El Código Procesal Penal”* [Tesis de pregrado de la Universidad Privada Antenor Orrego]. Trujillo – Perú.
- Ramírez, A. (2012), Tesis: *“El Ejercicio y Limitación de los Derechos Fundamentales de los Reclusos: Análisis Normativo y de la Jurisprudencia*

- emitida por el Tribunal Constitucional*”, Lima - Perú: Universidad Católica del Perú.
- Silva, E. (2004). *“Derechos Humanos, Historia, Fundamentos y Textos”*, Managua, Argentina, Instituto “Martin Luther King” UPOLI, pp. 31.
- Soto, H. (2017), Tesis: *“La Recomendación realizada al Perú, por la Organización de Naciones Unidas, sobre la Legalización del Aborto Eugenésico y su Influencia en la Legislación Peruana, Huánuco – 2016”*, Huánuco-Perú: Universidad Nacional de Huánuco.
- STC Nº 05854 – 2005 – PA/TC, caso Lizana Puelles, F.J. 12.
- Torres, A. (2014). *“Introducción al Derecho”*. Lima Perú: editorial indensa;4º Ed.
- Varsi, E. (1995). *“Derecho genético. Principios generales”*. Trujillo, Perú: Normas Legales.
- Villanueva, R. (1996). *“El aborto: un conflicto de derechos”*. En: Derechos Humanos de las Mujeres. Aproximaciones conceptuales. Movimiento Manuela Ramos. Lima.
- Viterna, J., y Reifenberg, N. (2017). *“La política es complicada; la ciencia es concluyente: El aborto terapéutico salva la vida de las mujeres”*. Informe, Cambridge. Recuperado el 3 de Marzo de 2019, de https://scholar.harvard.edu/files/viterna/files/libro_jocelyn_final.pdf.

ANEXOS

CUESTIONARIO

ANÁLISIS DEL ABORTO TERAPÉUTICO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Encuestado: _____

Encuestador _____

: _____ Fecha _____

1.- Considera usted que : ¿la no penalización del aborto terapéutico se contrapone al Derecho a la vida?

SI ☐

NO ☐

2.- Considera usted que ¿la Guía Técnica Nacional de Aborto Terapéutico (2014) establece un procedimiento adecuado?

SI ☐

NO ☐

3.- Cree usted que: ¿Debe concebirse el daño a la salud mental como causal de aborto terapéutico.

Totalmente de acuerdo

De acuerdo

No opina

En desacuerdo

En total desacuerdo

4.- Considera usted que: ¿Se ha efectuado un test de proporcionalidad y razonabilidad al considerar que prima el derecho a la vida de la madre gestante frente al derecho a la vida del concebido, en caso de que sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente?

SI ☐

NO ☐

NO OPIN ☐

5.- Considera usted que: ¿Es necesaria la utilización del principio de concordancia práctica para armonizar la protección del derecho a la vida ya formada de la madre y su salud con la vida en formación del embrión, para elegir por salvaguardar la vida y la salud de la madre?

SI ☐

NO ☐

NO SABE
/NO OPINA

☐

Anexo 3. MATRIZ DE CONSISTENCIA

UNIVERSIDAD DE CHICLAYO FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN – ESCUELA DE DERECHO

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	OBJETIVO GENERAL	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES	TIPO DE INVESTIGACIÓN	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	METODOLOGÍA
¿Se ha efectuado un test de proporcionalidad y razonabilidad al considerar que prima el derecho a la vida de la madre gestante frente al derecho a la vida del concebido, en caso de que sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente	Determinar si la realización del aborto terapéutico vulnera los principios establecidos en la Constitución Política del Perú.	Si se utiliza el principio de concordancia práctica para armonizar la protección del derecho a la vida ya formada de la madre y su salud con la vida en formación del embrión, y no existe forma alguna de preservar la vida y salud de la madre gestante; entonces se ha efectuado un test de proporcionalidad y es posible efectuar el aborto terapéutico.	VARIABLE 1 Si se utiliza el principio de concordancia práctica para armonizar la protección del derecho a la vida ya formada de la madre y su salud con la vida en formación del embrión, y no existe forma alguna de preservar la vida y salud de la madre gestante	Tipo de investigación realizada Básica, La investigación es dogmática – jurídica, pues se atiende a los principios doctrinales para interpretar el sentido de la norma jurídica. Realizaremos una comparación de las posturas adoptadas por los doctrinarios respecto a la procedencia constitucional del aborto terapéutico.	Diseño no experimental: transversal descriptivo correlacional, pues su propósito es medir el grado de relación que existe entre dos o más variables, pues se vincularán a las variables con la finalidad de determinar si la realización del aborto terapéutico vulnera los principios establecidos en la Constitución Política del Perú. Se identificarán las causales de procedencia del aborto terapéutico en la legislación peruana y se reconocerán los principios de interpretación constitucional que permiten la	Para realizar esta investigación se establecerá una relación metodológica ubicada en el método cualitativo, ya que por medio del cual estableceremos las relaciones teórico-doctrinarias del objeto de investigación, este método nos permite ver los aspectos que van surgiendo desde dentro del proceso de investigación, conduce al conocimiento científico que requiere toda investigación. Este método cualitativo demanda un profundo entendimiento del comportamiento humano y las razones que lo gobiernan; buscando explicar los
	OBJETIVOS ESPECÍFICOS		VARIABLE 2			
	1) Identificar las causales de procedencia del aborto terapéutico en la legislación peruana. 2) Reconocer los principios de interpretación constitucional y evaluar si los mismos no prohíben la		Entonces se ha efectuado un test de proporcionalidad y es posible efectuar el aborto terapéutico.			

	realización de un aborto terapéutico. 3) Determinar si se ha efectuado un test de proporcionalidad y razonabilidad para considerar la no penalización del aborto terapéutico, utilizando el principio de concordancia práctica.				realización del aborto terapéutico..	diferentes aspectos de tal comportamiento. En otras palabras, investiga el por qué y el cómo se tomó postura sobre las conclusiones a las que llegará la presente investigación.
INSTRUMENTO		METODOS DE ANALISIS DE DATOS				
Guia de Observación Cuestionario		Análisis Documental. - utilizaremos y analizaremos las diferentes teorías expuestas en relación al tema de estudio, argumentando y buscando las mejores propuestas doctrinarias tanto nacionales como extranjeras por otro lado, la elaboración de fichas textuales y de resumen; teniendo como fuentes libros y documentos de que la universidad nos puede facilitar. Encuesta . - Se encuestará a 145 abogados colegiados en el ICAL Lambayeque, proporción establecida en la muestra.				

Fotografía

El aborto en el Mundo

