

UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EUGENÉSICO EN
EL CÓDIGO PENAL PERUANO PARA CASOS DONDE
EXISTAN MALFORMACIONES INCOMPATIBLES CON
LA VIDA COMO CONSECUENCIA DE LA AFECTACIÓN
GRAVE Y PERMANENTE DE LA SALUD DE LA MADRE
GESTANTE**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Bach. Cyndy Ximena Paria Soriano

**Asesor:
Dr. José Antonio Becerra Ruíz**

**Huaraz- Ancash- Perú
2017**

AGRADECIMIENTO:

Agradezco a los Docentes de la Facultad de Derecho y CC.PP de la UNASAM que guiaron mis estudios universitarios y cuyas enseñanzas conforman los pilares de mi formación académica. Un agradecimiento especial para aquellos docentes que siempre marcaron una diferencia en mi vida universitaria: Robinson Espinoza y Luis Robles, cuyas enseñanzas y exigencias permitieron forjar en mí una notable admiración hacia las leyes.

Cyndy X.

DEDICATORIA:

Dedico esta investigación a mis seres queridos: mi Padre, Alejandro, ya que sin su constante apoyo, esfuerzo y cariño no podría seguir en este camino de las leyes; a mi madre, Paulina, por su incansable apoyo moral y emocional que solo una madre ofrece a una hija; a mi hermana, Lorena, cuyo coraje para mi es fuente de inspiración; y a mi novio, Johan, por todo el amor y cariño que me brinda, por ser la luz que ilumina mi camino, mi mejor amigo y consejero.

Cyndy X.

SUMARIO

RESUMEN	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I	12
EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	12
1.1 Descripción del problema	12
1.2 Formulación del Problema.....	14
1.3 Importancia del Problema	15
1.4 Justificación y viabilidad	16
1.4.1 Justificación práctica.....	16
1.4.2 Justificación legal.....	17
1.4.3 Justificación metodológica.....	17
1.4.4 Justificación técnica	18
1.4.5 Viabilidad.....	19
1.5 Formulación de objetivos.....	19
1.5.1 Objetivo	19
1.6 Formulación de Hipótesis	20
1.7 Metodología de la Investigación.....	20
1.7.1 Tipo, Niveles y Diseño de Investigación	20
1.7.1.1 Tipo de Investigación	20
1.7.1.2 Niveles de Investigación.....	20
1.7.1.3 Diseño de Investigación.....	21
1.7.1.4 Diseño General	21
1.7.1.5 Diseño Específico	21
1.7.1.6 Métodos de Investigación	21
CAPÍTULO II	23
MARCO TEÓRICO.....	23
2.1 Antecedentes	23
2.1.1 Locales.....	23

2.1.2 Nacionales	33
2.1.3 Internacionales.....	39
2.2 Bases Teóricas.....	45
2.2.1 Derecho Penal.....	45
2.2.2 El Derecho a la Vida.....	49
2.2.3 El Aborto	51
2.2.3.1 Referencias Históricas del Aborto	51
2.2.3.2 Definición de Aborto	53
2.2.3.3 Sistemas Jurídicos respecto al Aborto	54
2.2.3.4 El delito de Aborto en el Perú.....	58
2.2.3.5 Análisis de la Figura del Aborto.....	66
2.2.4 El Aborto Eugenésico	68
2.2.4.1 Cuestiones Bioéticas.....	69
2.2.5 Comunicación N° 1153/2003: Caso de Karen Llantoy Vs. El Estado Peruano	70
2.2.6 Derecho comparado:.....	77
2.2.6.1 El aborto Eugenésico en España.....	77
2.2.6.2 El Aborto Eugenésico en Colombia:	80
2.3 Definición de Términos	84
CAPÍTULO III.....	89
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	89
3.1 Resultados doctrinarios, jurisprudenciales y normativos.....	89
3.1.1 Resultados doctrinarios.....	89
3.1.2 Resultados jurisprudenciales	93
3.1.3 Resultados normativos.....	96
3.2 Posiciones a favor y en contra del Aborto.....	99
3.3 Presentación de la unidad de análisis y los resultados	106
CAPÍTULO IV.....	112
CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS.....	112
4.1 Contrastación de la hipótesis.....	112
CONCLUSIONES	114

RECOMENDACIONES	117
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	119
REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS	122
ANEXOS	124

RESUMEN

La presente investigación se centra en la búsqueda de los fundamentos necesarios para lograr la despenalización del Aborto Eugénico para casos, donde el feto presente malformaciones incompatibles con la vida. En el ordenamiento jurídico peruano el aborto eugenésico es considerado un delito cuya pena es atenuada. Sin embargo, no es suficiente, ya que frente a estos casos la ley existente, no es clara ya que no se trataría de un aborto terapéutico, sino de un aborto eugenésico, por lo que se causa la vulneración de derechos de la madre gestante al negarle que lleve a cabo un procedimiento abortivo, por lo que deberá soportar el deterioro psíquico, causándole la afectación en su salud y porque no, verse obligada a terminar el aborto por medio de un procedimiento clandestino poniendo en riesgo su vida.

Es por ello que surge la necesidad de la investigación sobre este tema, con la finalidad de aportar, algunos fundamentos para la viabilidad de la despenalización de este tipo de aborto para casos donde el feto presente malformaciones incompatibles con la vida.

PALABRAS CLAVES: Aborto Eugénico; derecho a la salud; despenalización del aborto eugenésico.

ABSTRACT

This research focuses on the search for the necessary foundations to achieve the decriminalization of Eugenic Abortion for cases where the fetus presents malformations incompatible with life. In the Peruvian legal system, eugenics abortion is considered a crime whose penalty is mitigated. However, it is not enough, since in these cases the existing law is not clear as it would not be a therapeutic abortion, but an eugenics abortion, which is why the rights of the pregnant mother are violated at Deny her to carry out an abortive procedure, so she must endure psychic deterioration, causing her to affect her health and why not, be forced to terminate the abortion by a clandestine procedure putting her life at risk. This is why the need for research on this topic arises, with the aim of providing some basis for the feasibility of decriminalizing this type of abortion for cases where the fetus presents malformations incompatible with life.

KEY WORDS: Eugenic abortion; right to health; Decriminalization of eugenic abortion.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se centra en buscar los fundamentos jurídicos que permitan sustentar la despenalización del aborto eugenésico, para casos donde existan malformaciones incompatibles con la vida. Ello es necesario, para evitar que sea afectada la salud psicológica de la madre, pues, al ser sometida a tratos inhumanos, en este caso a ser obligada a continuar un embarazo donde el feto no tiene esperanzas de vida, se hace un grave daño en la salud psíquica y moral de la madre. La presente investigación consta de:

El Capítulo I, contiene el problema y la metodología de la investigación, donde se hace una breve descripción del problema planteado, además de ello contiene la metodología que se usó para la investigación, teniendo en cuenta que pertenece a una investigación Dogmática- Normativa, el diseño de la investigación correspondió al No experimental y el diseño específico corresponde al diseño jurídico- explicativo. El método utilizado fueron: el método Dogmático ya que este permite estudiar el contenido normativo de las leyes de todo, el método Hermenéutico ya que permite la interpretación de textos, y el método de la Argumentación Jurídica puesto que permite plantear argumentos prácticos de tipo general. El objetivo planteado para la presente investigación fue lograr sustentar el por qué debe despenalizarse el aborto eugenésico para casos donde existan malformaciones incompatibles con la vida del feto.

El Capítulo II, está referido al marco teórico, donde se han recopilado los antecedentes que lo conforman diversas tesis publicadas en la localidad, a nivel nacional e internacional. Así mismo también contiene las bases teóricas en las que se sustenta la investigación, en donde existe un gran aporte doctrinario, jurisprudencial y derecho comparado. Además de ello se encuentran las definiciones de términos, los mismos que son necesarios para que sean más entendibles algunos términos que se encuentran en la investigación.

El Capítulo III, contempla los resultados de la investigación, donde se analizan los resultados doctrinarios, jurisprudenciales y normativos que fueron recopilados en el capítulo anterior, con la finalidad de lograr un análisis que permita sustentar a la investigación. Aunado a ello, también se encuentra los resultados arribados, con el análisis de toda la información.

El Capítulo IV, se realiza la contrastación de la hipótesis planteada en el capítulo I, por medio de la Teoría de la Argumentación Jurídica, la misma que, basándose en la información y análisis tanta doctrina, jurisprudencial, normativa y haciendo uso del derecho comparado, se logra afirmar que la hipótesis es confirmada en todos sus aspectos.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema

La sociedad peruana viene afrontando una coyuntura generada a raíz del proyecto de ley sobre la despenalización del aborto en casos de abuso sexual, lo cual ha generado una abierta discusión respecto al aborto en un caso más fortuito como sería el aborto eugenésico, recordemos que este tipo de aborto se encuentra tipificado en el artículo 120 inc. 2, la misma que sanciona esta práctica con tres meses de prisión efectiva, sanción que resulta inaplicable dado a la pena impuesta. Es necesario precisar que se llama aborto eugenésico a la interrupción del embarazo practicada por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada cuando exista grave taras físicas o psíquicas del feto. El aborto eugenésico para casos donde existan malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, donde las esperanzas de vida del bebe una vez nacido, son casi nulas debido a la grave malformación que presenta y atenta contra su supervivencia no se encuentra razón alguna del porque se deba continuar con dicho embarazo. Por el contrario la continuación de dicho embarazo, puede afectar gravemente en la salud de la madre no solo física sino psíquicamente.

En el año 2001, se presentó el caso de Karen Noelia Llantoy Huamán de 17 años, la misma que al quedar embarazada acudió al Hospital Nacional Arzobispo

Loayza de Lima donde al realizarle una ecografía se le informo que el feto presentaba anomalías en su formación, que luego de realizarse estudios más detallados, se le diagnóstico anencefalia al feto, el medico gineco-obstetra al ver esta condición y advirtiéndolo a la Srta. Karen del riesgo que corría al continuar con el embarazo, le recomendó interrumpir el embarazo por medio de un legrado uterino, llegado el día de su internamiento en hospital, el director de dicho nosocomio, le negó la práctica abortiva, aduciendo que las leyes peruanas no permitían dicha práctica por ser sancionada en el código penal, por lo que se le obligo a la Srta. Karen dar a luz a una niña anencefálica con evidentes malformaciones, y a su vez darle pecho por cuatro días las mismas que sobrevivió, ocasionando serias afectaciones en la salud emocional de la Srta. Karen.

Si nos remitimos a la práctica abortiva permisible en nuestro país, la misma que se trata del aborto Terapéutico, teniendo en cuenta este caso, donde al no estar en grave riesgo la vida de la madre, no se le permitió la realización de dicha práctica, sin embargo el artículo 119 del código penal señala que 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. Este último supuesto, al referirnos sobre la Salud, como concepto nos referimos al estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de dolencias o enfermedades, teniendo en cuenta que una mujer que lleve en su

vientre a un feto que al nacer no tiene expectativa de vida, etaria deteriorando su salud mental y emocional, por el simple hecho de estar en la constante preocupación de no ver a su hijo crecer, peor aún si una de esas malformaciones se trata de una anancefalia, la cual al tener en brazos al bebe recién nacido y ver en el estado deforme en el que se encuentre y saber que este morirá indubitablemente se estaría truncando su proyecto de vida porque le generaría un trauma que se verá reflejado en futuros embarazos.

Para ello se trata de ver los fundamentos necesarios para que se logre la despenalización del aborto eugenésico solo para casos estrictamente extremos es decir que el feto no tenga ninguna posibilidad de supervivencia después de nacido. Dado que al ser negado dicha petición conforme a lo establecido en la jurisprudencia del caso Llantoy, se estaría sometiendo a una especie de tortura a la madre gestante ya que la salud psíquica y moral de la madre se vería comprometida. Por lo que es necesaria la legalización del aborto Eugénico para aquellos casos donde el feto presente malformaciones incompatibles con la vida.

1.2 Formulación del Problema

¿Debe despenalizarse el aborto eugenésico en el Código Penal Peruano para casos donde el feto padezca de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina como consecuencia de la afectación grave y permanente de la salud de la madre gestante?

1.3 Importancia del Problema

El presente problema es importante en nuestra sociedad, no solo para la comunidad jurídica sino también para el resto de la sociedad ya que trata de una problemática que implica a todos como colectividad. Se trata del aborto eugenésico para casos donde el feto padezca de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, ya que en nuestro ordenamiento jurídico este tipo de aborto es penalizado en el artículo 120 inc. 2, sin hacer ningún tipo de discriminación, por lo que es sancionado con una pena no mayor a tres meses. Existe una indefensión, para las madres gestante que se encuentren inmersos en casos como estos, ya que, actualmente la Guía Técnica Nacional para procesos de aborto Terapéutico, no considera estos casos especiales, donde la vida de la madre no corre peligro alguno, pero si su salud psíquica.

Si para una madre ya es doloroso pasar por la experiencia de que su hijo no va a poder vivir, el permitirle pasar el resto del embarazo con ese dolor y ver el alumbramiento es un largo funeral, y solo para esperar la muerte del bebe. Por lo que es necesario que este tipo de aborto sea despenalizado ya que teniendo en cuenta que no existiría la vida del feto después del alumbramiento y el deterioro en la salud mental de la madre, prevalece la salud e integridad de la madre.

1.4 Justificación y viabilidad

1.4.1 Justificación teórica

Está relacionada a las teorías jurídicas que sirven de sustento o justifican el problema de investigación.

En merito a ello, la Teoría jurídica que nos sirvió de fundamento para los planteamientos que se desarrolló en el presente trabajo de investigación es el sistema de las indicaciones, cuya aceptación es reconocida por la gran mayoría de doctrinarios así como el reconocimiento de distintos países dentro de su normatividad interna y la teoría epistemológica será la teoría analítica.

1.4.1 Justificación práctica

Contiene los argumentos fundamentales que sustentan la investigación, está referida a la utilidad práctica de los resultados de la investigación y los beneficios que traerá el mismo

En Razón a ello, se logró determinar los fundamentos necesarios para lograr la despenalización del aborto eugenésico de esa forma la sociedad y sobre todo las madres gestantes que se encuentren inmersas en este tipo de casos puedan realizarse un aborto asistido por un médico profesional con todas las garantías necesarias para que su vida no corra peligro, al

interrumpir el embarazo por una malformación grave del feto que no permitiría la supervivencia del feto una vez nacido.

1.4.2 Justificación legal

Está referida al marco normativo que sirva de sustento tanto al proceso de investigación como al problema de investigación.

El trabajo de investigación encontró justificación jurídica en:

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento General de la UNASAM
- Reglamento del programa de Titulación 2016-FDCCPP
- Reglamento de Grados y Títulos FDCCPP-UNASAM
- Código Penal

1.4.3 Justificación metodológica

Es una forma sistemática de abordar determinada realidad jurídica social, física, etc. De forma general se utilizó el método DEDUCTIVO.

Se aplicó la metodología de la investigación jurídica, específicamente:

- **Método Dogmático:** Al ser esta una investigación jurídico-teórica, la metodología que mejor permite explicar las normas

jurídicas empleadas como por ejemplo el artículo 120 inc. 2 es el método Dogmático, ya que este es el método por excelencia utilizado en investigaciones jurídicas de esta índole.

- **Método Hermenéutico:** Este método permitió lograr la interpretación de textos escritos de diversos doctrinarios entre ellos Salinas Siccha, Bramont Arias entre otros, los mismos que fueron necesarios en la recopilación de las posturas adoptadas en la doctrina.
- **Método Analítico:** Este método fue necesario en la presente investigación, ya que al obtener previamente el conocimiento sobre la permisibilidad del aborto eugenésico ya sea en el ámbito doctrinario, jurisprudencial o en el derecho comparado, permitió lograr el entendimiento de forma específica si la despenalización de esta figura puede ser dada en el Perú.

1.4.4 Justificación técnica

Se justificó el estudio exponiendo sus razones las mismas que deben ser lo suficientemente fuertes para que se justifique su realización.

Se contó con el soporte técnico, habiendo previsto una laptop, impresora, scanner, y el programa de Microsoft Office 2011.

1.4.5 Viabilidad

- **Económica:** Se contó con los recursos económicos para poder afrontar los gastos que genere la investigación.
- **Temporal:** Se trabajó durante 05 meses durante el periodo de octubre-abril.
- **Bibliográfica:** Dentro de las fuentes de información referidas al tema de investigación que se desarrolló, se utilizó material bibliográfico tanto en formato físico como virtual.
- **Social:** Para el presente trabajo de investigación se tuvo contacto con especialistas en el tema, los cuales sirvieron de mucha ayuda para dirigir en buen camino el problema a tratar.

1.5 Formulación de objetivos

1.5.1 Objetivo

Sustentar por qué debe despenalizarse el aborto eugenésico en el Código Penal Peruano para casos donde el feto presente malformaciones incompatibles con la vida extrauterina como consecuencia de la afectación grave y permanente de la salud de la madre gestante.

1.6 Formulación de Hipótesis

El aborto eugenésico para casos donde existan malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, sí debe ser despenalizado del Código Penal Peruano como consecuencia de la afectación grave y permanente de la salud de la madre gestante. Ya que la madre al ser sometida a tratos inhumanos y crueles a fin de proteger la vida del concebido, la misma que no tiene futuro, se le estaría sometiendo a tortura afectando gravemente su salud.

1.7 Metodología de la Investigación

1.7.1 Tipo, Niveles y Diseño de Investigación

1.7.1.1 Tipo de Investigación

El tipo de investigación usado fue Dogmático- Normativa, ya que implica un estudio, sobre las diversas teorías sobre la despenalización del aborto eugenésico, a favor y en contra, así como el dictamen del comité de Derechos Humanos en el caso Llantoy- Perú.

1.7.1.2 Niveles de Investigación

La presente investigación cualitativa, tuvo por nivel de investigación al Correlacional, por lo que se determinó si existen fundamentos jurídicos para que el aborto eugenésico para casos donde existan malformaciones incompatibles con la vida sea despenalizado del

código penal peruano bajo el fundamento de la puesta en grave peligro a la salud de la madre.

1.7.1.3 Diseño de Investigación

La presente investigación, presentó el diseño de investigación No Experimental, ya que no hubo una manipulación de las variables por parte del investigador.

1.7.1.4 Diseño General

En la presente investigación, se empleó el diseño Transversal, ya que se recolectaron datos del hecho jurídico objeto del estudio en un solo momento y tiempo, a fin de describir las variables de estudio en un momento dado.

1.7.1.5 Diseño Específico

En la presente investigación se utilizó como diseño específico al diseño jurídico- explicativo ya que trata de identificar los factores, causas, consecuencias y relaciones del problema investigado, su finalidad es analizar el comportamiento de las variables de estudio en la realidad.

1.7.1.6 Métodos de Investigación

Los métodos que se emplearon para la esta investigación fueron:

- Método Dogmático: El método dogmático se atiene a los principios doctrinales como medio principal para interpretar el sentido de la norma jurídica y las instituciones jurídicas. Estudia el contenido normativo de las leyes, de todo un sistema jurídico¹.
- Método Hermenéutico: “(...) significa interpretación. (...) está orientada a la interpretación de textos escritos, intenta poner al descubierto el sentido original de los sextos a través de un procedimiento muy fino de corrección (...)”²
- Método De La Argumentación Jurídica, debido a que “(...) los enunciados dogmáticos, dado que no se siguen lógicamente de las formulaciones de las normas vigentes juntamente con los enunciados empíricos, pueden ser justificados en última instancia solo a través de argumentos prácticos de tipo general”³

3.3 Plan de Recolección de Datos y/o Diseño Estadístico

3.3.1 Población:

- **Delimitación Espacial:** Nacional
- **Delimitación Social:** La presente investigación se hará por medio del análisis Dogmático, jurisprudencial y derecho comparado.

¹ ZELAYAARAN DURAND, Mauro. *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima, Ediciones Jurídicas, 2000, p.65.

² BEHAR RIVERO, Daniel. *Introducción a la metodología de la investigación*. Editorial Shalom, 2008, p. 48.

³ ROBERT, Alexy, (1980), “Teoría de la argumentación jurídica”, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, p. 41

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes

2.1.1 Locales

En los antecedentes locales al hacer, la respectiva revisión de las tesis sustentadas en la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”, se encontraron las siguientes Tesis:

- **Tesis** “El conocimiento del aborto eugenésico en la propuesta de su Despenalización en el ordenamiento penal peruano por parte de los estudiantes y profesionales del derecho de la ciudad de Huaraz, 2003”, **Autor:** SOLORZANO BERRIOS, Osman Cesar- Huaraz. **Resumen:** de trabajo están establecido en tres grandes capítulos: en el primer capítulo, referido al problema de investigación donde se menciona de manera General la realidad problemática, los antecedentes del problema: referido al tema de aborto la historia de la humanidad hasta nuestros días en el que se prescribe una serie de datos estadísticos referidos a los abortos inducidos que se realizan a nivel mundial, la formulación del problema, los objetivos de la investigación, la justificación y las limitaciones.

En el segundo capítulo se trata del marco teórico, donde se despliega desde la revisión de la literatura referente al problema de la investigación presente así como la consideración en el derecho comparado: la legalidad este tipo de aborto otros países, la misma que son permitidos en aproximadamente un país todos ellos con un economía sólida. Y, los antecedentes teóricos del derecho lo que viene ser el arte de hacer lo justo y Lo bueno al que se circunscribe la presente investigación y, el marco conceptual. En el último capítulo tratamos de demostrar nuestra hipótesis de investigación. Aplicación de las encuestas basadas la operacionalizacion de las variables e indicadores. Además para desarrollar este tema he tomado en consideración del derecho comparado, es decir la legalidad de este tipo de aborto de otros países, las mismas que son permitidos en aproximadamente en 17 Países , todos ellos con una economía muy sólida. **Conclusiones:**

1. Nuestra hipótesis planteada fue “Si los profesionales y estudiantes de derecho de la ciudad de Huaraz tiene conocimiento sobre el aborto eugenésico, entonces su opinión sobre la despenalización en nuestro ordenamiento jurídico penal, será favorable”. En el proceso de la presente investigación, con la determinación de la muestra, el acopio, el procesamiento (estadístico) y análisis de la

información queda demostrado plenamente que las personas profesionales, bachilleres y estudiante de derecho si conocen lo que es el aborto eugenésico y, además de conocer, también opinan a favor de la Despenalización del aborto eugenésico.

2. Sí los abogados, bachilleres y estudiantes de los últimos ciclos de derecho conocer sobre el aborto eugenésico, entonces su opinión sobre la despenalización del aborto eugenésico será favorable. Se concluye que la primera hipótesis específica es verdadera, porque en el análisis de correlación que se encuentra en el cuadro 05, nos demuestra que los grupos analizados tiene un alto conocimiento acerca del aborto eugenésico, y como consecuencia de ello están de acuerdo con su Despenalización.
3. Sí las damas y los varones profesionales y estudiantes de derecho tienen conocimiento sobre el aborto eugenésico, entonces lo opinión de los mismos será favorable para su Despenalización en el ordenamiento jurídico penal peruano. Esta afirmación queda corroborado con el análisis hecho en el cuadro 06, en el cual se determina: a mayor conocimiento de la población femenina y masculina sobre el aborto eugenésico, mayor aceptación hacia la despenalización del aborto eugenésico.

4. Sí los profesionales estudiantes de derecho que son casados, solteros, divorciados, viudos y convivientes conocen sobre el aborto eugenésico, entonces su opinión sobre la despenalización del aborto eugenésico en nuestro ordenamiento penal será favorable. Sobre el particular, se demuestra a través del análisis de correlación del cuadro 07 que: a mayor conocimiento de la población según su estado civil sobre el aborto eugenésico mayor despenalización del aborto eugenésico.
5. Mientras la población tenga un mayor conocimiento acerca del aborto eugenésico, hay mayor aceptación a despenalizar el aborto eugenésico, la misma que se demuestra en el cuadro.
6. Los valores son los que tienen mayor conocimiento sobre el aborto eugenésico y son los que están más de acuerdo con su Despenalización.
7. La población de solteros son los que más conocen sobre el aborto eugenésico y también son los que más están de acuerdo con la despenalización del aborto eugenésico, el cual se demuestra en los cuadros 03 y 09.
8. De los datos analizados de la encuesta, se concluyó que: la despenalización del aborto eugenésico evitaría el sufrimiento de los seres que padecen malformaciones

físicas y/o psíquicas, tal como se demuestra en los cuadros 11 y 12.

9. Con relación a las encuestas analizadas se determina que si se despenalizar el aborto eugenésico, los abortos de este tipo sería practicados en lugares legales con especialistas, la misma se demuestra en los cuadros 13 y 14.
10. Según los resultados obtenidos de la muestra evaluada si se despenaliza el aborto eugenésico, entonces ya no habrían más abortos clandestinos este tipo de aborto, así como observamos en el cuadro 15 y 16.

Esta tesis, corresponde al campo empírico, mediante el cual se buscó obtener la información sobre si los estudiantes y profesionales del derecho en la ciudad de Huaraz tenían conocimiento sobre la propuesta de Despenalización del aborto eugenésico en el ordenamiento penal peruano, obteniendo como resultado que la mayoría de la población entrevistada tienen conocimientos sobre este tema, siendo la mayoría quienes se encuentran a favor de dicha despenalización. Como se puede observar, conforme a las conclusiones arribadas, la gran mayoría de la población estudiantil y profesional del derecho, se encuentran a favor de la despenalización del aborto eugenésico. Y por ende, como se muestra en la conclusión N° 10, la legalización del aborto eugenésico permitiría que dicho procedimiento sea realizado por médicos profesionales, un ambiente idóneo así mismo se evitaría el uso de lugares clandestinos poniendo en riesgo la vida de la

gestante.

- **Tesis** “La Despenalización del Aborto Eugenésico en la Legislación Peruana como Propuesta para Evitar el Nacimiento de Niños con Malformaciones Congénitas”, **Autor:** Darly Blanca Benigno Diaz- Huaraz. **Resumen:** El presente trabajo de investigación titulado la despenalización del aborto eugenésico como propuesta en la legislación peruana para evitar el nacimiento de niños con malformaciones congénitas, es un trabajo netamente dogmático-jurídico, está dividido en dos capítulos. En el primero está la estructura metodológica que se ha seguido de manera rigurosa planteando el problema, objetivos y la justificación, así mismo los antecedentes vistos en otros trabajos semejantes, que algunos puntos llegamos a la misma conclusión, para ello ha sido necesario realizar el marco Referencial donde se ha desarrollado doctrinalmente las diferentes vertientes que cada jurista plantea, asimismo esta el marco legal en donde se ha recurrido a las diferentes normas legales de nuestra legislación nacional y por último el marco conceptual en donde definimos diferentes palabras que encontramos dentro del tema y que muchas veces desconocemos. La segunda parte hay una explicación sobre el análisis de la información, haciendo uso del método de la investigación jurídica. Del mismo modo se ha desarrollado las posturas y posiciones jurídicas a favor y en contra del tema

planteado así mismo sobre la legislación comparada, los aspectos críticos y por último la discusión en donde plasmó mi posición, considerando este es un tema controversial y espinoso, por cuanto es un problema social en donde existen conflictos jurídicos y religiosos, que se contraponen en donde prima la ponderación de derechos que se da entre la Madre y el nasciturus. **Conclusiones:** a las conclusiones que he llegado respecto al tema presente trabajo son las siguientes:

1. El delito de aborto es la interrupción inducida del proceso fisiológico de desarrollo del feto, causándole la muerte ya sea por expulsión prematura o destrucción dentro del claustro materno, estando penalizado este proceder en nuestro Código Penal.
2. El legislador del Código Penal peruano, pese a haber dispuesto la impunidad del aborto terapéutico, es de la posición de penalizar todas las conductas abortivas.
3. Nuestra política criminal con respecto al aborto es respetar al máximo la vida del concebido por encima de la gestante, exacto en el tipo de aborto llamado terapéutico o necesario.
4. La eugenesia no es en sí misma una cosa mala; por el contrario, en un sentido positivo, es la lucha contra la enfermedad, el dolor y la muerte constituyendo así un aporte a la humanidad.

5. Sobre el delito de aborto eugenésico, no se permite el aborto cuando el feto posea malformaciones graves o patológicas psíquicas. Nos referimos, por ejemplo, aun caso defecto anencefálico (cuando carece del cerebro y huesos del cráneo).
6. Tiene que existir como elemento constitutivo del delito de aborto eugenésico el diagnóstico médico que determine que el feto trae consigo graves taras físicas o psíquicas.
7. El criterio criminológico de nuestro código penal se basa en la defensa de la vida del concebido, así este traído consigo alguna tara o malformación grave congénita o adquirida, sin considerar los daños que el feto con graves patologías puede causar a la gestante, a la familia y sin valorar los derechos que estos poseen.
8. El delito de aborto eugenésico es una figura atenuada del aborto, esta a razón del conflicto de intereses de surgen entre el concebido y la gestante.
9. En la penalización del aborto eugenésico entrar en conflicto los bienes jurídicos de la mujer gestante tales como el derecho la vida de la gestante, a la autonomía reproductiva, a la salud, a su bienestar, contra el derecho a la vida del concebido.
10. Existe todo un marco legal de protección a la vida

concebido así como a la vida de la gestante, a tener una salud integra, a su derecho a la libre elección a su bienestar personal y familiar, a la autonomía de su cuerpo, etc. Así nuestra constitución política, El código del niño y adolescente, El código penal, el código civil; de la misma manera, los tratados internacionales, el pacto de San José de costa rica, pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, la declaración universal de derechos humanos etc. Defiende el derecho a la vida del concebido y diversos derechos fundamentales de la gestante originándose un conflicto entre dichos derechos.

11. La genética ya ha demostrado que desde el momento de la concepción del ovulo fecundado ya es un ser vivo completamente independiente de su Madre, único de irrepitible, ya que su cadena de ADN es distinta a la de su progenitora y sea el proceso de la vida no es interrumpido, el nasciturus (por nacer), algún día será un hombre o una mujer, pero a razón del aborto eugenésico cabría la excepción de despenalizarse del tipo de aborto ya que el ser en formación tiene gravísimos defectos que imposibilitaría la viabilidad de su vida.
12. Existe como consecuencia de la figura abortivas daños psíquicos de la mujer que sin duda ha de padecer también

quienes componen el grupo familiar, representa una lesión de su derecho a la salud que se encuentra protegido por nuestra constitución política y tratados de rango constitucional.

13. Para el sistema jurídico peruano, prevalece el concepto del derecho a la vida entendida como función biológica y no como calidad de vida o viabilidad extrauterina.
14. En cuanto a la sanción de este delito es una pena privativa de libertad frente de dos días y tres meses siendo ésta la pena más baja de nuestra legislación penal y por ende en la práctica resulta inaplicable esta pena porque en el mejor de los casos estos procesos no pueden durar menos de cinco meses y la prescripción para esta figura no puede accederse de cuatro meses y medio de acuerdo con el último párrafo del artículo 83 del código penal; también de acuerdo con el artículo 68 del mismo cuerpo de leyes estas conductas pueden estar eximidas de sanción porque el máximo de pena, es inferior a los dos años que exige la ley para la exención de la pena.
15. La presente tesis, se refiere a la despenalización del aborto eugenésico a fin de que mediante el uso de dicho aborto se evite el nacimiento de niños con malformaciones congénitas, por lo que la postura de la autora, conforme a lo

señalado en la conclusión N° 04 donde señala que el aborto eugenésico resulta ser positivo ya que mediante este tipo de aborto, se enfrenta a la enfermedad, el dolor y la muerte constituyendo por lo que es un gran aporte a la humanidad. Aunado a ello, la conclusión N° 09 señala que la penalización de este aborto entra en conflicto muchos derechos de la madre como el de la vida y la salud entre otros.

2.1.2 Nacionales

Referente al tema al consultar la web de distintas universidades, se encontró las siguientes tesis:

- **Tesis** “La Despenalización del Aborto Eugenésico en Casos de Embarazos con Malformaciones Incompatibles para la Vida en el Perú, 2015”: **Autor:** Jerson Alain Rojas Pulido- Huánuco. **Resumen:** En el presente trabajo se enfoca a la investigación y estudio del marco jurídico y legal para la despenalización del aborto eugenésico en el Perú en caos embarazos con malformaciones incompatibles con la vida. Hoy en día nos vemos cada vez más y con más frecuencia frente a este tipo de situaciones, debido a la especialización de la ciencia médica, que nos permites estar ante nuevas situaciones, que puedan implicar acciones que vulneren

nuestro marco legal actual, por parte de las madres portadoras por este tipo de embarazo. Es así que tras una evaluación minuciosa de bibliografía, jurisprudencia y publicaciones al respecto hemos podido encontrar algunos autores entre los que destacan de Asua, Jiménez quien considera que el aborto eugenésico debe practicarse de acuerdo con los conocimientos médicos; González de León Deyanira quien en su obra el aborto en México concluye que las soluciones a los problemas que plantea el aborto van más allá de las reformas legislativas; Sandoval quien concluye que el Perú es el país latinoamericano con mayor número de abortos; Casabona romeo plantea al aborto eugenésico como causa de justificación para la realización del mismo; el aborto se encuentra entre el conflicto de intereses entre la vida del concebido y la madre a la que no se le puede exigir que se haga cargo de un niño con tan graves anomalías. Es así que algunos autores nos presentan el respaldo y marco conceptual suficiente para sustentar nuestra investigación. En cuanto a las publicaciones científicas estas cada vez presentan una mayor especialización, permitiéndonos contar con instrumentos de diagnóstico más seguros y confiables.

En cuanto a los materiales y métodos en el presente trabajo se realizó un tipo de investigación descriptivo correlacional. Se llevó acabo un diseño de investigación no experimental, transversal, exploratoria y

descriptivo. Se consideró como universo de muestra al distrito judicial de lima norte, localidad de los olivos. La muestra estuvo conformada por los antecedentes jurídicos y observación de casos en los juzgados penales de lima norte. Se utilizó como unidad de análisis fuentes documental, encuestas y entrevistas de profundidad a expertos en la materia tales como magistrados, fiscales, jueces, abogados y población en general. El método de investigación que ha sido utilizado es: método deductivo, histórico, descriptivo, dogmático, exegético, sistemático, comparado, argumentativo, interpretativo y estadístico. En la investigación realizada la encuesta con preguntas debidamente relacionadas con los objetivos y con el problema de investigación. Tras la aplicación de la encuesta y la elaboración de las tablas correspondientes se obtuvo como resultado que la mayoría de personas encuestada consideraban acertado el hecho que en nuestro código penal se tipifique la figura del aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones incompatibles con la vida, considera conveniente despenalizar el tipo penal de aborto eugenésico en aquellos casos de embarazos con malformaciones incompatibles con la vida, considera que la despenalización de este tipo de aborto en particular no trae como consecuencia la afectación de los derechos fundamentales, cree que nuestro código penal no ha tomado en cuenta la repercusión que genera en la mujer el hecho de mantener el embarazo conociendo que

el feto presentara malformaciones incompatibles con la vida, considera que nuestro código penal no protege a la gestante en su salud psicoafectiva al tipificar la figura de aborto eugenésico, no aprueba la práctica médica de un aborto eugenésico en aquellos casos en donde la gestante presenta un feto con malformaciones incompatibles con la vida, considera prudente dejar a decisión de la madre gestante el continuar o no con su embarazo aun conociendo medicamente que le fruto de la concepción presenta malformaciones incompatibles con la vida.

En conclusión en nuestro presente trabajo se ha demostrado que es necesaria la despenalización del aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones incompatibles con la vida, ya que esta práctica no vulnera los derechos fundamentales de la persona, por el contrario el hecho de mantener este tipo de embarazos puede afectar a la madre en su salud física y psicoafectiva, por lo que se hace necesario brindar el respaldo legal para la madre y la práctica médica ante este tipo de embarazos, todo lo expuesto en el contexto de libertad decisión por parte de la gestante. **Conclusiones:** Del trabajo de campo efectuado en la ejecución de la tesis se concluye:

1. Nuestro código penal no ha tomado los casos de embarazos con malformaciones incompatibles con la vida al tipificar la figura de Aborto Eugenésico.

2. Hay la necesidad de contemplar nuevas consideraciones en nuestro código penal excluyendo la tipificación del Aborto Eugénico en aquellos casos de embarazos con malformaciones 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.
3. Evidenciamos que los derechos fundamentales de la persona humana son afectados con el aborto eugenésico ya nuestra Constitución es determinante al establecer con suprema juridicidad la vigencia el inciso N° 1 del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú, establece el derecho a la vida como un conjunto establecido entre la identidad, su integridad moral, psíquica y física, puesto que la vida don divino que nos ha dado Dios (para los creyentes), integra una serie de derechos que nacen con él, desde que es concebido. De allí que los jueces integran todo este concepto de derechos a fin de establecer aproximadamente lo que necesita el niño desde su concepción para desarrollarse como proyecto de vida.
4. Se concluye que la despenalización del aborto eugenésico casos de embarazos con malformaciones incompatibles con

la vida, trae como consecuencia la afectación de los derechos fundamentales de la persona, como el derecho a la vida.

5. El derecho penal ni los padres del concebido no pueden en derecho justificar o sustentar el aborto de un niño con malformaciones o taras.
6. Actualmente los avances científicos contemporáneo nos brindan cada vez más opciones y un mayor respaldo médico especializado para un diagnóstico preciso y de certeza en caso de estar frente a un embarazo con un feto que presente malformaciones incompatibles con la vida, por lo cual se debe derogar desde el marco del código penal la práctica médica de un aborto eugenésico. Algunos debates constitucionales sobre los derechos humanos y particularmente el derecho a la vida son situados, como siempre debieron haberlo sido, en el pináculo de la estimativa social y jurídica, estos fundamentos aparecen debilitados como justificativo para la aniquilación deliberada de una vida humana. Ninguna razón eugenésica, social, económica o moral puede fundar tamaño acto de suprema violencia que trunca una vida naciente en pleno desarrollo de sus potencialidades, agravado por la utilización de métodos inusitadamente crueles.

La tesis presentada por Jerson Alain Rojas Pulido sobre el aborto eugenésico, es una investigación empírica, mediante el cual adopta la postura de que bajo ningún aspecto el aborto eugenésico debe despenalizarse, debido a que afecta gravemente al derecho fundamental a la vida. Evidentemente, la postura optada en esta tesis, es contraria a la postura a defender mediante esta investigación, sin embargo, existen algunos aportes como por ejemplo la conclusión número 02 la misma que permitiría una mejor regulación del aborto eugenésico en el Código Penal peruano.

2.1.3 Internacionales

Al realizar la exploración de las tesis publicadas a nivel internacional referentes al tema se pudieron encontrar los siguientes:

- **Tesis:** “La despenalización del aborto en una sociedad liberal: El caso colombiano”, **Autor:** Andrés Balcázar González- Colombia, **Resumen:** El presente artículo pretende exponer un debate de filosofía política sobre un problema moral álgido: el aborto. Partiendo de la base de que en todas las democracias occidentales una cuestión central en esta discusión tiene que ver con quién es, en último término, el que debe o puede decidir sobre la legalidad del mismo, lo que aquí se analiza es el problema de diseño y legitimidad constitucional con que se responde en una democracia liberal a esta

controversia. Reconociendo que no son pocas las ocasiones en que este controvertido debate moral ha dividido profundamente a la sociedad, el presente artículo tiene como objetivo específico explicar brevemente cuál fue el mecanismo utilizado para lograr la —despenalización del aborto en Colombia, para luego analizar la justicia del procedimiento, las pretensiones de quienes promovieron la acción de constitucionalidad y, así mismo, la decisión de la Corte Constitucional a la luz del modelo de justicia de John Rawls, especialmente a la luz del concepto de consenso traslapado. Lo anterior, con el propósito de defender la postura de que, al menos en el modelo jurídico-político colombiano, existen serios reparos frente a quienes consideran que la Corte Constitucional es el órgano democráticamente competente para cerrar el debate respecto al aborto. **Conclusiones:** Es evidente que el aborto es uno de esos asuntos en los que hay una fuerte controversia que divide a la sociedad y que por tanto debe hacer parte de la agenda política. Pero no sólo eso, sino que sobre él se debe buscar, más allá de cualquier doctrina comprensiva razonable, un consenso y no la imposición de una postura, sin escatimar en medios para conseguirlo. Un consenso así se lograría, en mi opinión, si por ejemplo se formulara un principio moral amplio y razonable como lo es decir que —toda vida humana necesita protección y si se dejara la definición de qué es la vida humana a las ciencias naturales en lugar de a una postura

filosófica, religiosa, moral o política cualquiera (Rawls, 2002, págs. 152-156), en tanto que las definiciones de vida y ser humano, aunque no agotan todo el misterio y complejidad de la persona (que es sobre lo que tratan estas posturas) le son y serán siempre una condición indispensable a la definición de persona.

Por otro lado, una decisión como la adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006 parece señalar un límite a la justicia política del liberalismo político y tal vez al mismo liberalismo, pues parece poner sobre la mesa un asunto sobre el que, de acuerdo con sus principios, nadie parece estar legitimado para tomar una decisión. Sólo considerar el carácter público de los talentos o capacidades de los sujetos, por ejemplo, permite ya cuestionar tanto si sobre ellos puede decidir un determinado sujeto, como la madre o el padre, o si puede hacerlo la sociedad entera por medio de una votación.

Para la postura liberal, la libertad es el principio último, aquello que determina la legitimidad de las decisiones en las que se permite participar. Sin embargo, cuando esta libertad se opone directamente a la vida (y por ende, a la libertad de otros) y no se ofrecen ni parece posible ofrecer los medios de participación suficientes para que todos los ciudadanos puedan participar del debate y se garantice un

consenso traslapado, su estructura parece entrar en crisis. Lo demuestra, por ejemplo, el simple hecho de que una serie de argumentos como los que aquí se han presentado también se habrían podido formular si la Corte Constitucional hubiera tomado la decisión contraria (aunque ello hubiese sido más acorde con la tradición legislativa y jurisprudencial). Así, quienes asumen la visión que se opone a toda forma de aborto pueden válidamente argumentar que la Sentencia C-355 les impuso una visión omnicomprendiva igual a aquella que quienes obraron como demandantes en el proceso que dio lugar a esta sentencia afirmaban que se estaba imponiendo por medio de la ley penal.

Así, los límites de la razón pública y de la competencia del Tribunal Constitucional se pueden hacer visibles con el ejemplo del aborto, pues el mismo hace parte de un tipo de casos o de dilemas morales sobre asuntos públicos sobre los que no tiene alcance el órgano de interpretación constitucional y que exigen que la misma sociedad sea quien elabore nuevos mecanismos de solución.

Con el tema de la despenalización del aborto, entonces, se demuestra que hay asuntos y decisiones fundamentales que no permiten el consenso constitucional ni el cambio en las doctrinas razonables que forman la sociedad plural y que tampoco permiten constituir el

consenso traslapado, a pesar de que la amplitud de éste último probablemente también exige un consenso sobre el concepto y la defensa de la vida. El caso del aborto, por tanto, parece constituir un problema para el liberalismo político, pues éste presenta una concepción de justicia para las principales instituciones de la vida política y social (Rawls, 2002, pág. 173), pero no para la vida toda, pues no puede establecer quién puede y quién no puede vivir.

En el liberalismo político se puede decidir quién participa o no de la arena pública, más no quién puede existir ni siquiera si ello se hace con plazos o condiciones, y cuando se define quién es persona, quién puede vivir, cuáles son los bienes primarios, etc. se hace una doctrina comprensiva y, por tanto, se formula una concepción de justicia que se basa en una doctrina que, de acuerdo con el mismo liberalismo político, no puede llamarse —razonable.

De otro lado, considero que cuando se toma una decisión como la que tomó la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 se está adoptando una noción de bien que el liberalismo político sencillamente no puede tolerar porque atenta contra los principios de la justicia y porque no sirve a los beneficios que puede tener el aludido pluralismo razonable (Rawls, 2002, pág. 282). Por el contrario, considero que en casos tan problemáticos como el del

elemento constitucional esencial de la vida, el ideal de la razón pública exige un punto de vista inclusivo (Rawls, 2002, pág. 237) y no un punto de vista como el que fue adoptado en la Sentencia C-355. Así las cosas, digo que el derecho a la vida simplemente es demasiado básico, demasiado esencial, y que por ello, en una sociedad en la que acordemos vivir, debe haber un acuerdo sobre él. Pero al mismo tiempo, que no deja de ser problemático que alguien, incluso la mayoría y con plenas garantías de participación, decida sobre la vida de otro, pues considero que cuando las nociones de vida, persona y libertad están en juego, es decir, cuando todavía no hay un acuerdo sobre las nociones de las que dependen los derechos más esenciales, entonces el consenso, la estabilidad y la vida social en general sencillamente se hacen demasiado frágiles.

La tesis en mención, es una tesis empírico, ya que realiza un sondeo a la cantidad de mujeres que se someten a un aborto clandestino en el vecino país de Chile. El ordenamiento jurídico Chileno, respecto al aborto, es mucho mas drástico, donde no se permite la despenalización de ningún tipo de aborto, ya que para ellos el derecho a la vida del nasciturus prevalece por encima de otros derecho. Siendo que la tesis en mención, otorga a la presente investigación, un nuevo panorama sobre como resulta las legislaciones comparadas respecto a este tema.

2.2 Bases Teóricas

Para llevar a cabo una debida investigación debidamente argumentada, es necesario conocer las bases teóricas en las que se centra la investigación por lo que a continuación se definen estas bases teóricas:

2.2.1 Derecho Penal

Respecto al Derecho Penal los autores Hurtado Pozo y Víctor Prado señalan:

La denominación derecho penal (...) evoca más bien en cierta forma la idea de legalidad, en el sentido regular, como parte del ordenamiento jurídico, la reacción social ante la delincuencia.

Así, se perciben los tres principales protagonistas del derecho penal: el estado, sociedad políticamente organizada; el delincuente, cuyo objeto de la reacción del poder del estado y la víctima, cuyos intereses son perjudicados. Al ejercer su poder punitivo, el estado debe respetar, conforme a la Constitución y a las convenciones internacionales, la dignidad y los derechos fundamentales de las personas concernidas⁴

Conforme a ello se deduce que el Derecho Penal, es parte del ordenamiento jurídico que regula la reacción social ante la delincuencia, donde se logra

⁴ HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Manual de Derecho Penal Parte General* Tomo I. Perú, Editorial IDEMSA, 2011. p.7.

distinguir tres principales protagonistas que son el estado, el delincuente y la víctima, donde el Estado ejerce su poder punitivo para lograr el control social.

Por otro lado, VILLAVICENCIO TERREROS señala que:

El control social comprende aquellos mecanismos mediante los cuales la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos que la componen, a fin de asegurar su estabilidad y supervivencia. Así, el control social busca garantizar que las personas se sometan a las normas de convivencia, dirigiendo satisfactoriamente los procesos de socialización⁵.

Respecto a la misión que tiene el Derecho Penal, Jescheck y Weingend señalan que:

La misión del Derecho Penal es la protección de la convivencia en sociedad de las personas.⁶

Ya que debido a la naturaleza social de los seres humanos, difícilmente estos van a tener una vida independiente del otro, por el contrario están relacionados los unos a los otros por lo que la convivencia social en paz resulta necesaria para lograr el orden social, así mismo, Jescheck y Weingend señalan que la protección de la convivencia en sociedad de las personas no resulta la misión primordial ya que no es suficiente para lograr el orden social por lo que además de ello es

⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Perú, Editorial GRIJLEY, 2014. Pp. 7-10

⁶ H.-H. JESCHECK; T. WEIGEND. *Tratado de derecho penal Parte general*. Perú, Editorial INSTITUTO PACIFICO S.A.C, 2014. p. 02.

necesario reforzarlo haciendo uso del ordenamiento jurídico:

Debe garantizar las obligaciones generales de todos como normas vigentes del Derecho y hacer frente a sus infracciones. (...) El Derecho Penal asegura, en última instancia, la **inviolabilidad del Ordenamiento jurídico** a través de la violencia estatal.⁷

Cabe señalar que el Derecho Penal usa de instrumento el poder riguroso del que dispone la violencia estatal: la pena pública, por lo que el Derecho Penal asegura en última instancia el cumplimiento coactivo de lo permitido y lo prohibido por el ordenamiento jurídico:

El derecho penal únicamente puede disponer *limitaciones cuando ello sea inevitable para la protección de la sociedad* << la norma penal representa en cierta medida la “última ratio” en el instrumental del legislador>>⁸

Principio de necesidad o de mínima intervención

Este es un principio del derecho penal, a través del cual se impone un límite al Estado, a fin de que se cometa un uso desmesurado del poder punitivo que posee.

Al respecto VILLAVICENCIO TERREROS señala:

La mera utilización de instrumentos violentos como la pena siempre

⁷ Ibídem, p. 03

⁸ ANCEL, JESCHECK- FESCHRIFT y BAUMANN, NOLL- GEDACHTNISSCHRIFT citado por H.-H. JESCHECK; T. WEIGEND. *Tratado de derecho penal Parte general*. Perú, Editorial INSTITUTO PACIFICO S.A.C, 2014, p. 04.

afectará la idea de un estado de derecho. “sólo la extrema necesidad podría, bajo las circunstancias señaladas, volver legítimo un castigo violento en concreto y nunca el castigo en General. Siempre que podamos, claro está, demostrar esa necesidad” Este principio de la necesidad de la intervención estatal es, pues, un límite importante, porque permite evitar las tendencias autoritarias un la ley no se transforman en un instrumento al servicio de los que tienen el poder penal, sino que las leyes penales dentro de un estado social y democrático de derecho sólo se justifican en la tutela de un Valor que necesitan de la protección penal.⁹

Así mismo, al respecto ROJAS VARGAS señala:

Dicho principio rigen tanto al momento del diseño de normas penales como durante el proceso de investigación penal. Es por lo mismo una directriz con triple destinatario dos. Los legisladores, fiscales y jueces.

La mínima intervención es un caro anhelo de racionalización en materia punitiva, y nos plantea el análisis de prognosis y efectos en la sociedad y en los individuos que acarrea o podría ocasionar la pena estatal cuando su uso no está sometido a criterio de razonabilidad y racionalidad. Sin embargo en el terreno de la práctica asistimos a interesantes procesos de criminalización y, en

⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General. Lima, Editorial GRILEY, 2014. Pp 91-93.

determinados casos, de sobre punición al nivel de delincuencia común y criminalidad no violenta que contradicen el sentido y la eficacia de los principios anteriormente referidos.¹⁰

2.2.2 El Derecho a la Vida

El Derecho a la vida se encuentra consagrado en el Artículo 2º inciso 1 de la Constitución Política del Perú. FERNANDEZ SESSAREGO señala que:

Se trata del núcleo de los derechos fundamentales, los mismos que podemos designar como "fundantes", pues todos los demás derechos de la persona encuentran en ellos su fundamento, su razón de ser. Los derechos "fundantes" constituyen el presupuesto de todos los demás derechos y, a su vez, encuentran su fundamento en la dignidad inherente a la persona humana. (...)

Tratándose de un derecho subjetivo, el ordenamiento jurídico protege a la persona de cualquier amenaza, agresión o atentado que ponga en peligro su vida y castiga, en su caso, a los homicidas. Es por ello que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, salvo en los casos excepcionales fijados por ley.¹¹

¹⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. *Derecho Penal estudios fundamentales de la parte general y especial*. Lima Editorial Gaceta Jurídica S.A 2013, pp. 18-21

¹¹ GUTIERREZ Walter (Director). *La Constitución Comentada*. 1era Edición. Tomo I. Lima, Editorial Gaceta Jurídica S.A. 2005, pp. 48 y 49

Así mismo, dicho inciso reza “el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”, por lo que FERNANDEZ SESSAREGO señala:

La vida del concebido, en cuanto ser humano, se inicia en el instante en que se produce la fusión de los núcleos del óvulo y el espermatozoide en la trompa uterina. En el momento de la concepción o fecundación surge un nuevo ser humano, independiente de la madre, con una clave o código genético que reúne toda la información sobre su desarrollo. En la primera célula del nuevo ser viviente, que se le designa como cigoto o huevo.¹²

El derecho a la vida, al igual que otros derechos fundamentales, no es un derecho absoluto, por lo que puede ser ponderado frente a otros derechos conforme a la necesidad e intereses que surjan, al respecto FERNANDEZ SESSAREGO señala:

Los derechos subjetivos no son absolutos desde que lo jurídico surge de la relación entre dos o más personas, es decir, de conductas humanas intersubjetivas. El derecho es estructuralmente coexistencial desde que el ser humano, por naturaleza, es un ente social, creado para vivir necesariamente en sociedad. Es por ello que en todo derecho subjetivo subyacen deberes, y éstos, a su vez, conllevan derechos. Dentro de los deberes que surgen de cada derecho subjetivo cabe distinguir uno que es genérico, por lo que aparece en cualquier derecho subjetivo. Se trata del

¹² GUTIERREZ Walter (Director). *La Constitución Comentada*. 1era Edición. Tomo I. Lima, Editorial Gaceta Jurídica S.A. 2005, p. 76

deber de "no dañar" al ejercitarse el respectivo derecho. Pero, simultáneamente, cada derecho subjetivo posee el deber o los deberes que son inherentes a su particular naturaleza. Este plexo de derechos y deberes se suele conocer en el Derecho contemporáneo con la denominación de "situación jurídica subjetiva".¹³

2.2.3 El Aborto

2.2.3.1 Referencias Históricas del Aborto

Flavio García describe hábilmente el panorama histórico del aborto siendo que en la antigüedad del aborto no fue prohibido, siendo así, que esta práctica formó parte de la política demográfica del estado. Tanto Platón como Aristóteles consideraban al aborto como una solución frente al problema de equilibrio demográfico. Siendo Aristóteles sin señalaba que el aborto podía ser practicado antes de que el embrión tuviera vida y sensibilidad, es decir, que para los casos del hombre, a los 40 días de la concepción y en cuanto a las mujeres a los 90 días.

Durante la época romana no se llegó a reprimir el aborto hasta que asumió el gobierno el emperador Séptimus Severus, quien a fin de lograr la protección de los intereses sucesorios del Pater familias y del

¹³ GUTIERREZ Walter (Director). La Constitución Comentada. 1era Edición. Tomo II. Lima, Editorial Gaceta Jurídica S.A. 2005, p. 195

Estado se castigo con el exilio a quien causará el aborto o a una mujer casada sin el consentimiento del marido.

En la época del imperio incaico, la represión frente a un aborto resultaba ser muy severa ya que como señala Valcárcel a los responsables del aborto se les condenaba a la pena de muerte o el apedreamiento, lo mismo ocurría con aquella mujer embarazada que causare su propio aborto.

Posteriormente la edad media existe una confusión entre el término aborto y homicidio, siendo que la idea que se impuso fue que el alma habitaba en el nuevo ser desde la concepción.

Las grandes conquistas españolas llevaron consigo que aquellos lugares colonizados adopten el derecho europeo en formación siendo así que el derecho castellano se logra imponer. Las sanciones que se establecieron para las mujeres y hombres que causarían el aborto era la de pena de muerte ya sea que dicho aborto se haya producido por algún tipo de maltrato hacia la mujer o por algún medio que provoque la expulsión del feto. Siendo así que en nuestro país, el derecho peninsular en esta materia, se llegó a aplicar inclusive después de que se haya declarado la

independencia.¹⁴

2.2.3.2 Definición de Aborto

El aborto es la eliminación de la vida humana en formación dentro del vientre materno, ya sea provocados o simplemente ocasionados por un proceso natural. La expresión *aborto* deriva del latín *abortus*, que significa “*ab*”: mal y “*ortus*”: nacimiento, es decir mal nacimiento.¹⁵

Para el autor Peña Cabrera el aborto se define:

El aborto importa la acción u omisión lesiva paréntesis dolosa que recae sobre la vida humana en formación, generando su eliminación, sea por vías físicas, psíquicas, mecánicas y artificiales, propiciando en todo caso la interrupción de la gestación, la muerte del feto (vida pre-natal) ¹⁶

Para hablar netamente de un aborto, se necesita que se haya producido la muerte del feto, es decir, no se puede llegar a producir un aborto cuando se trate del desarrollo completamente anormal del huevo ni mucho menos de la destrucción de óvulos fecundados in Vitro que no llegan a

¹⁴ GARCIA DEL RIO, Flavio. *Manual de Derecho Penal parte general & parte especial*. Lima, Ediciones Egales Iberoamericana E.I.R.L, 2003, p, 142

¹⁵ SALINA SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal Parte Especial*. Lima, Editorial IUSTITIA. 6ta Edición. 2015, p. 186.

¹⁶ BUSTOS RAMÍREZ citado por PEÑA CABRERA, Alonso. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. Lima, Editorial Moreno S.A. 2011, p. 186

ser implantados en el útero materno. Cabe mencionar, que se considera aborto a la expulsión, provocada o natural, del feto del seno materno siempre en cuando esto haya ocurrido antes del inicio del parto, ya que si la muerte se produce después de ello, la conducta será considerada como homicidio.¹⁷

Al respecto, Bramont Arias señala que:

El aborto es un delito contra la vida del embrión o feto, es decir contra la vida humana dependiente (una vida humana que aún no tiene la calidad de persona). (...) la vida humana dependiente comienza con la anidación del ovulo fecundado en el utero de la mujer; y acaba con la percepción visual del nuevo ser.¹⁸

2.2.3.3 Sistemas Jurídicos respecto al Aborto

El aborto es un tema muy controversial, por lo que a modo de solucionar el conflicto creado por la misma es que surge, de forma unánime, las diferentes fórmulas:

- **Orientación Tradicional:** este es un criterio defendido por la iglesia , cuyo

¹⁷ BUSTOS RAMÍREZ citado por PEÑA CABRERA, Alonso. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. Lima, Editorial Moreno S.A. 2011, p. 187

¹⁸ BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis y otro. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Lima, Editorial San Marcos, 1998, p. 78

fundamento recae en “la vida una vez concebida debe ser protegida absolutamente; el aborto, al igual que el infanticidio es un crimen abominable”. Los partidarios de esta concepción rechazan todo tipo de excepción. Referente a ello Hurtado Pozo señala:

De acuerdo con esta corriente, un Estado que renunciara a calificar el aborto de acto criminal, otorgando a algunos el derecho de demandarlo y a otros el de practicarlo, realizaría un acto arbitrario y se atribuiría un poder que no posee (Congrégation, p. 11, 39 : sólo Dios es Señor de la vida desde el comienzo hasta el final. Nadie, en ninguna circunstancia, puede adjudicarse el derecho de destruir directamente un ser humano inocente). Por tanto, exige que toda regulación normativa del aborto deba partir de la calificación del aborto como una acción delictiva.¹⁹

- **Sistema de indicaciones:** para Bramont²⁰, esta fórmula consiste en señalar en que momento una madre puede abortar legalmente, siendo necesario que se cumplan las circunstancias exigidas por la legislación así como el consentimiento de la mujer respecto a la

¹⁹ HURTADO POZO José. “Aborto. Manual De Derecho Penal Parte Especial 2”. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_04.pdf. 27.12.2016.

²⁰ BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis. Op. Cit. p. 82

práctica del aborto. Al respecto GARCIA señala: “Consideramos que es preferible el modelo de las “indicaciones” puesto que en base a este se ampara la vida durante su desarrollo no admitiendo interrupciones arbitrarias del embarazo sino solo aquellas objetivamente delimitadas por ley”.²¹ Este sistema supone una específica regulación de determinadas causas de impunidad del aborto, que reciben la denominación de “indicaciones”:

- **Indicacion Terapeutica:** este tipo de aborto es permitido cuando la vida de la gestante está en peligro o sea su salud la que pelagra. En las legislaciones que adoptan esta postura, la gran mayoría requiere del consentimiento de la gestante y que dicho aborto sea practicado por un médico.²²
- **Indicación Eugenésica:** corresponde al modelo suizo, el aborto es permitido a fin de que se evite el nacimiento de niños con graves problemas físicos y psíquicos.²³
- **Indicación Ética:** se conoce también como indicación sentimental o humanitaria. El aborto es permitido cuando el embarazo ha sido consecuencia de algún

²¹ GARCIA DEL RIO, Flavio. *Manual de Derecho Penal parte general & parte especial*. Lima, Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L, 2003, p. 145

²² BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis. Op. Cit. p. 82

²³ *Ibíd.*

delito sexual. En este tipo de indicación prevalece la libertad de mujer a poder decidir si quiere o no continuar con el embarazo²⁴

- **Indicación social:** el aborto se permite cuando no es posible, por razones sociales o económicas, la madre no puede mantener a su hijo, por lo que el fundamento recae sobre la necesidad de todo niño a tener los medios suficientes para subsistir.²⁵
- **Sistema de Plazos:** mediante este sistema la madre gestante puede realizarse el aborto legalmente, siempre en cuando se encuentre dentro de los 03 primeros meses de embarazo, ya que un plazo mayor implicaría una grave afectación en la salud y la vida de la gestante, por lo que un aborto posterior a este plazo será posible, de forma legal, siempre en cuando, que exista una indicación precisa. El principal fundamento de este sistema de plazos recae en la libertad de la mujer gestante. Finalmente cabe señalar que en este tipo de sistema, no existe ningún desconocimiento del bien jurídico “vida”, sino que es más bien una solución a un conflicto.²⁶

²⁴ BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis y otro. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Lima, Editorial San Marcos, 1998 p, 83

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*

2.2.3.4 El delito de Aborto en el Perú

El delito del aborto en el Perú se encuentra regulado en el Código Penal, dentro del título de Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Por lo que el aborto es la eliminación del feto del seno de la madre, ya sea por técnicas médicas, o por causas naturales. Existe delito de aborto cuando se realizan actos intencionales, que conlleven la interrupción del embarazo, provocando la expulsión del no nato del vientre materno impidiendo de esa forma que se continúe con el desarrollo de la vida.

En este precepto se castiga también a la mujer que consintiere que otra persona le cause el aborto (...). La pena es la misma que cuando consiente que otro lo realice. No se excluye la intervención de terceros, pero a título de partícipes, de aquí la diferencia esencial con el otro supuesto en el que tanto la mujer como el tercero que realiza el aborto son coautores. En el supuesto que tratamos aquí el tercer también puede intervenir, lo título de partícipes en sentido estricto, induciendo o auxiliando a la embarazada, que es la que tiene el dominio del hecho, al realizar su propio aborto. Es posible la autoría mediata. La embarazada puede servirse de un tercero como instrumento, aunque es difícil externo sepa que está provocando uno aborto.²⁷

²⁷ MUÑOZ CONDE citado por URQUIZO OLAECHEA, José. *Código Penal* Tomo I. Perú, Editorial Asociación Universidad Privada San Juan Bautista Fondo Editorial, 2014, p. 419

Para el ordenamiento jurídico peruano el inicio de la vida está dado por la anidación del ovulo fecundado en el útero materno, antes de ello no se puede hablar de un embarazo, dando inicio a una protección jurídica del concebido en todo aquello en cuanto lo favorezca²⁸.

El Código Penal peruano, considera en su regulación al aborto como delito en sus siguientes modalidades:

- **Auto aborto:** este artículo reprime con 2 años de pena privativa de libertas o con la prestación de servicio comunitario de 152 a 144 jornadas a la mujer que se provoque su propio aborto o le permita que otra persona sea quien lo realice. Frente a ello Salinas Siccha señala que:

En ambas modalidades alternativas de aborto propio, la obortante tiene un rol principal y protegonico. No solo debe tener iniciativa en la idea de practicarse el aborto, sino también el dominio de la acción que le permita dirigir su propia voluntad, o encaminar la voluntad ajena para lograr su objetivo, cual es interrumpir su estado de embarazo. En suma, la embarazada siempre tendrá la iniciativa y el control de la acción delictiva²⁹

- **Aborto Consentido:** para ese delito se sanciona con una pena privativa de libertad no menor de 01 ni mayor de 04 años a aquel que cause el aborto con el consentimiento de la gestante, sin embargo, si se produjera la muerte de la mujer cuyo resultado e agente pudo haberlo previsto la pena será

²⁸ Perú. Constitución Política del Perú del 29 de diciembre de 1993.

²⁹ SALINA SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal Parte Especial*. Lima, Editorial IUSTITIA. 6ta Edición, 2015, p. 193

mayor de 2 y menor a 5 años.³⁰ Al respecto SALINAS SICCHA señala:

Actualmente el hecho punible que se reconoce con el nomen iuris de Aborto consentido aparece cuando el sujeto activo, contando con el consentimiento de la embarazada, se le somete a prácticas abortivas y le provoca la interrupción de su embarazo. En el supuesto recogido en el tipo penal, el tercero actúa activamente ejecutando la interrupción del estado gestacional. La conducta de la mujer aparece circunscrita a prestar su consentimiento para que el tercero ejecute la acción delictiva. Resultando como circunstancia agravante del actual del agente, la muerte de la gestante, pudiendo preverlo o suponerlo y, por ende, evitarlo.³¹

- **Aborto No Consentido:** se encuentra regulado en el Art. 116 del código penal en los siguientes términos: “el que hace abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años”, respecto a ello Reátegui Sánchez señala:

El practicar un aborto sin mediar consentimiento de la mujer supone, no solo un atentado contra la vida en formación, sino que también es un atentado contra la propia mujer específicamente en su libertad y voluntad de actuación por eso se ha dicho con razón

³⁰ Perú Código Penal Peruano de junio del 2016.

³¹ SALINAS SICCHA, Op. Cit., p. 198

que estamos ante un delito pluriofensivo.³²

- **Aborto agravado por la cualificación del sujeto activo:** se encuentra regulado en el Art. 117° del Código Penal, conforme a la siguiente formula “ el médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia o arte para causar el aborto, será reprimido con la pena de los artículos 115° y 116° e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 4 y 8”
- **Aborto preterintencional:** este delito se contempla en el Art. 118° del Código Penal, el mismo que castiga al que con violencia, pueda ocasionar sin intención un aborto cuando el embarazo haya sido notorio o que este enterado de dicho embarazo, conducta que se castiga con una pena privativa de no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.
- **Aborto Terapéutico impune:** el aborto terapéutico, se encuentra regulado en el Art. 119° del Código Penal, la misma que no es punible si se realiza por un médico especialista y el consentimiento de la madre cuando sea la única forma de salvar su vida o evitar un mal grave y permanente en su salud. Al respecto LAURENZO COPELLO señala que:

La indicación terapéutica concurre cuando la realización del aborto es necesaria para evitar un grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada y así consta en un dictamen emitido con

³² REATEGUI SANCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Lima, Editorial Instituto Pacífico S.A.C. 1ra Edición, 2015, p. 62

anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. La justificación necesita el consentimiento expreso de la gestante, de manera que el medico deberá abstenerse de intervenir si consta de manera inequívoca la voluntad de la mujer de dar preferencia a la vida del feto³³

Estado de necesidad: Para PEÑA CABRERA el aborto Terapéutico es despenalizado por que se “trata de un estado de necesidad justificante, esto quiere decir, que estamos ante una conducta que si bien es constitutiva de tipicidad penal, al haber lesionado un bien jurídico tutelado por el Derecho Penal, no Resulta reprimible, por haberse realizado bajo amparo de un precepto permisivo, que hace desaparecer por entero el juicio de antijuricidad penal.”³⁴

El estado de necesidad justificante se aplica cuando existe un verdadero conflicto de intereses jurídicos, que debido a sus diferentes valores resulta necesario realizar una ponderación entre estos intereses jurídicos donde se preferirá el interés de mayor rango. En el caso del aborto Terapéutico, el conflicto que se genera es la vida humana en formación contra la vida de la madre gestante, siendo que se prefiere esta última por considerarse que es una vida que ha adquirido cierto desarrollo, es decir se trata de casos donde

³³ LAURENZO COPELLO citado por URQUIZO OLAECHEA, José. *Código Penal* Tomo I. Lima, Editorial Asociación Universidad Privada San Juan Bautista Fondo Editorial, 2014, p. 427

³⁴ PEÑA CABRERA, Alonso. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. Lima, Editorial Moreno S.A. 2011, p. 214.

el ordenamiento jurídico permite este actuar siempre en cuando sea de carácter excepcional y que cumpla de forma estricta con los requisitos de necesidad que autoriza la destrucción³⁵.

- **Aborto sentimental y eugenésico:** está regulado en el Art. 120° inciso 1 y 2 respectivamente, estos tipos de aborto presentan una pena atenuada ya que solo se castiga con tres meses de prisión efectiva, al respecto SALAZAR SANCHEZ señala

La no exigibilidad de comportamiento heroico que en cambio si podían ser premiados, fundamenta esa atenuación consistente en el conflicto que entre una maternidad no querida por las grandes complicaciones y sufrimientos que supondrá la crianza del futuro ser y la protección de esa esperanza de vida precaria que se resuelve a favor de la evitación del primer mal si concurren los restantes requisitos”³⁶

Respecto al delito de aborto, SALINAS SICCHA señala que desde la perspectiva de la Doctrina, existen diversas posiciones que no precisamente llegan a un consenso: la primera posición, encabezado por tratadistas que siguen la religión , basándose en los dogmas religiosos, señalan que deben reprimirse todo tipo de

³⁵ PEÑA CABRERA, Alonso. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. Lima, Editorial Moreno S.A. 2011, p. 214.

³⁶ SALAZAR SANCHEZ citado por: URQUIZO OLAECHEA, José. *Código Penal Tomo I*. Lima, Editorial Asociación Universidad Privada San Juan Bautista Fondo Editorial, 2014, p. 428

atentados contra la vida. Sustentan sus planteamientos conforme a los lineamientos desarrollados en la Encíclica *Humana Vitae*, la cual se resume en la frase: “El hombre y la sociedad están sometidos a los mandamientos de Dios: No matar”.³⁷

La segunda posición, se sustenta en los movimientos Liberales, como por ejemplo los grupos feministas, cuyos argumentos recaen en la existencia del Derecho a decidir sobre sus propios cuerpos, y el ser madre solo recae en sus decisiones.

Existe otro argumento que sustenta esta postura, recae en que existe cierta superioridad en los derechos de la madre gestante por sobre los derechos del concebido, señalando que este último no puede poseer mayores derechos que la mujer gestante. Finalmente, sostienen como argumento, que las diversas necesidades económicas deben de ser un factor a tomar en cuenta para la despenalización del aborto, ya que al igual que la vida, es importante la calidad de vida que se les puede ofrecer a los niños.³⁸

La tercera postura, resulta ser un poco más realista, donde se sostiene que el respeto a la persona y a su dignidad está muy por encima de una vida en formación, por lo que para determinados casos debe ser impune el Aborto siempre

³⁷ SALINA SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal Parte Especial*. Lima, Editorial IUSTITIA. 6ta Edición, 2015, p. 187

³⁸ *Ibidem*

en cuando se dea en circunstancias especiales que hayan sido reguladas previamente por la norma penal, y a su vez estén sujetas a todas las garantías jurídicas necesarias³⁹

El Código Penal peruano adopta, a priori, un sistema de incriminación del aborto. Pero, a la vez, introduce el sistema de indicaciones de manera subrepticia, al aludir al aborto terapéutico como único caso no punible art. 119 CP.

De otro lado, se contempla la indicación ética- cuando la mujer resulta embarazada como consecuencia de una violación- (art. 120, 1 CP), y la indicación eugenésica- cuando es probable que el niño salga con graves taras físicas o psíquicas- (art. 120, 2 CP). En ambo casos se establece una pena privativa de libertad no mayor de tres meses, lo que en la práctica se traduce en la impunidad de estos hechos, ya que, como bien se sabe, la duración de la fase de investigación por parte de la policía y la instrucción por parte del juez es difícil que pueda concluirse en ese periodo de tiempo, teniendo en cuenta que a los cuatro meses y medio prescribe la acción penal –último párrafo art. 83 CP. En concordancia con el primer párrafo del art. 80 CP.⁴⁰

³⁹ SALINA SICCHA, Ramiro. *Ibíd*em

⁴⁰ BRAMONT- ARIAS TORRES, Op. Cit. p. 84

2.2.3.5 Análisis de la Figura del Aborto

a) Sujetos del Delito:

- **Sujeto activo:** para este tipo de delito, los sujetos activos pueden ser la madre gestante, así como cualquier otra persona que pueda resultar penalmente responsable⁴¹

b) **Sujeto Pasivo:** este delito se comete contra la vida del embrión o feto, cabe resaltar que se llama embrión hasta el octavo mes de gestación, luego de lo cual pasa a ser llamado feto.⁴²

c) Elementos Constitutivos:

- **La preexistencia de un feto o embrión vivo:** es necesario que el nasciturus se encuentre en el vientre de la madre, no se considerara aborto si se realiza el acto contra los llamados Molas, que son carnosidades que se forman en el vientre de la mujer y que en algunas ocasiones presentan síntomas de gravidez.⁴³

d) **El agente mata al feto valiéndose de cualquier medio idóneo:** ya sea por medios químicos, mecánicos etc.⁴⁴

⁴¹ GARCIA DEL RIO, Flavio. Manual de Derecho Penal parte general & parte especial. Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L. Lima.2003. p, 146

⁴² *Ibidem*

⁴³ *Ibidem*, p. 148.

⁴⁴ *Ibidem* p. 186

e) Bien jurídico protegido

En el delito de aborto el bien jurídico que se busca proteger mediante su regulación en el Código Penal peruano es la protección de la vida dependiente. Desde el momento que se produce la anidación en el útero materno, ya que es en ese preciso instante es cuando se cuenta con los elementos necesarios para el desarrollo de la vida humana. Finalmente, concluye la protección penal de la vida dependiente, cuando comienzan las contracciones uterinas para el parto dando el inicio al nacimiento del nuevo ser.⁴⁵

Para Peña Cabrera, el bien jurídico a proteger al regular este tipo de delito, cuando se trata de aquellos países que hayan optado por reconocer el Sistema de Indicaciones, no solo se protegería la vida del nasciturus sino que también se protegen los intereses de la madre gestante en cuanto se refiere a su libre desarrollo de su personalidad, su dignidad e intimidad.⁴⁶

f) Objeto del delito: Para Flavio García, el objeto del delito es el portador de la vida desde la anidación del ovulo fecundado hasta el inicio del nacimiento con los primeros dolores del parto.⁴⁷

⁴⁵ BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis y otro. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Lima, Editorial San Marcos, p. 193

⁴⁶ PEÑA CABRERA, Alonso. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. Lima, Editorial Moreno S.A. 2011, p. 186

⁴⁷ GARCIA DEL RIO, Flavio. *Manual de Derecho Penal parte general & parte especial*. Lima, Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L, 2003, p, 149

2.2.4 El Aborto Eugenésico

El aborto eugenésico está regulado en el Artículo 120^{o48}, “ el aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses”, inciso 2 “ cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”. Dicha regulación, corresponde a una figura atenuada, ya que se puede observar que la pena impuesta es de tres meses.

Se sostiene en la doctrina, que en este caso se trata de resolver un conflicto entre la vida en formación que, aun con taras físicas o psíquicas, el derecho manifiesta querer proteger (por eso que sea necesario autorizar expresamente el aborto) y los intereses de la madre, particularmente el libre desarrollo de la personalidad.⁴⁹

Este tipo de aborto, resulta un tanto controversial, ya que dentro del sistema de indicaciones se señala que este aborto es legal cuando se detecte en el feto o embrión presente graves taras físicas o psíquicas.

Para Hurtado, resulta mas convincente considerar que el objetivo es, sobre todo, proteger la libertad de la mujer que resultara gravemente

⁴⁸ Perú.Código Penal Peruano de junio del 2016.

⁴⁹ GONZALES RUS citado por PEÑA CABRERA, Alonso. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. Lima, Editorial Moreno S.A. 2011, p. 219

hipotecada por los esfuerzos y privaciones que implica criar y mantener un hijo física o mentalmente anormal⁵⁰

Existen diferentes enfermedades que impliquen que el niño pueda nacer con graves taras, un ejemplo claro es el Síndrome de Down sin embargo, hoy en día se sabe que aquellas personas con esta enfermedad han podido llevar a cabo sus vidas con mayor normalidad.

En el caso de síndrome de Down, no puede llevar a un aborto eugenésico, la experiencia demuestra, que individuos que sufren de dicha anomalía, han podido desarrollar su personalidad a un nivel expectante, tanto en su formación educativa laboral, coadyuvado por centros especializados, cuya dedicación permite que estas personas puedan alcanzar un estándar de vida digno.⁵¹

2.2.4.1 Cuestiones Bioéticas

En lo que se refiere a la Salud, cabe recordar la definición de salud que establece la Organización Mundial de la Salud, de Naciones Unidas, la cual, viene a ser «el estado de completo bienestar físico, mental y social, y

⁵⁰ HURTADO POZO citado por PEÑA CABRERA, Alonso. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. Lima, Editorial Moreno S.A. 2011, p. 220

⁵¹ PEÑA CABRERA, Alonso. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. Lima, Editorial Moreno S.A. 2011, p. 222

no solo la ausencia de enfermedad»⁵².

2.2.5 Comunicación N° 1153/2003: Caso de Karen Llantoy Vs. El Estado Peruano

El caso de Karen Llantoy contra el Perú, presentado ante el Comité de Derechos Humanos, es el caso más representativo e ilustrativo sobre la vulneración de diversos derechos por parte del Estado peruano debido a que el aborto Eugénésico, para casos donde el feto presente malformaciones incompatibles con la vida extrauterina es ilegal en el Perú pese a que existe afectación grave de la salud de la madre.

Antecedentes del hecho⁵³

2.1 La autora quedó embarazada en marzo de 2001, cuando tenía 17 años de edad. El 27 de junio de 2001 se le realizó una ecografía en el Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima, dependiente del Ministerio de Salud. Del examen se estableció que se trataba de un feto anencefálico.

2.2 El 3 de julio de 2001, el Doctor Ygor Pérez Solf, médico gineco-obstetra del Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima, informó a la autora sobre la anomalía que sufría el feto y los riesgos contra su vida en caso de continuar con el embarazo. El doctor Pérez le señaló que tenía dos opciones:

⁵² Organización Mundial de la Salud. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Disponible en: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf?ua=1 06.02.2017.

⁵³ Comunicación N° 1153/2003. Caso Karen Llantoy contra el Perú. 2012. Disponible en: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/V.%20Comit%C3%A9%20de%20Derechos%20Humanos.pdf 07.02.2017.

continuar o interrumpir la gestación; recomendándole la interrupción mediante un legrado uterino. La autora decidió interrumpir el embarazo, por lo cual se le practicaron los estudios clínicos necesarios, los cuales confirmaron el padecimiento del feto.

2.3 El 19 de julio de 2001, cuando la autora se presentó en el hospital en compañía de su madre para ser internada para la intervención, el Doctor Pérez le informó que debía solicitarse la autorización por escrito al Director del hospital. Siendo la autora menor de edad, su madre, la Señora Elena Huamán Lara, presentó dicha solicitud. El 24 de julio de 2001, el Doctor Maximiliano Cárdenas Díaz, Director del Hospital, respondió por escrito, que no era posible realizar la interrupción de la gestación, por cuanto hacerlo sería contravenir a las normas legales, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del Código Penal, el aborto era reprimido con “pena privativa de libertad no mayor de tres meses cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas” y que, conforme al artículo 119 del mismo Código, “solo el aborto terapéutico está permitido cuando “la suspensión del embarazo es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave permanente”.

2.4 El 16 de agosto de 2001, la Señora Amanda Gayoso, Asistente Social adscrita al Colegio de Asistentes Sociales del Perú, realizó una evaluación del caso y concluyó que se recomendaba la intervención médica para

interrumpir el embarazo “ya que de continuar solo se prolongaría la angustia e inestabilidad emocional de Karen y su familia”. Sin embargo, la intervención no se realizó debido a la negativa de los funcionarios médicos adscritos al Ministerio de Salud.

2.5 El 20 de agosto de 2001, la Doctora Marta B. Rendón, médico psiquiatra adscrita al Colegio Médico Peruano rindió un informe médico psiquiátrico de la autora, concluyendo que: “el presunto principio de la beneficencia para el feto ha dado lugar a maleficencia grave para la madre, pues se le ha sometido innecesariamente a llevar a término un embarazo cuyo desenlace fatal se conocía de antemano y se ha contribuido significativamente a desencadenar un cuadro de depresión con las severas repercusiones que esta enfermedad tiene para el desarrollo de una adolescente y para la futura salud mental de la paciente”.

2.6 El 13 de enero de 2002, con una demora de tres semanas respecto a la fecha normalmente prevista para el parto, la autora dio a luz una niña anencefálica, que vivió cuatro días; periodo durante el cual debió amamantarla. Después de la muerte de su hija, la autora se sumió en un estado de profunda depresión. Así lo diagnosticó la psiquiatra Marta B. Rondón. Asimismo, la autora afirma que padeció de una inflamación vulvar que requirió tratamiento médico.

(...)

Deliberaciones del Comité

6.3 La autora alega que, debido a la negativa de las autoridades médicas a efectuar el aborto terapéutico, tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo. Esta fue una experiencia que sumó más dolor y angustia a la ya acumulada durante el periodo en que estuvo obligada a continuar con su embarazo. La autora acompaña un certificado psiquiátrico del 20 de agosto de 2001, que establece el estado de profunda depresión en la que se sumió y las severas repercusiones que esto le trajo, teniendo en cuenta su edad. El Comité observa que esta situación podía preverse, ya que un médico del hospital diagnosticó que el feto padecía de anencefalia, y sin embargo, el director del hospital Estatal se negó a que se interrumpiera el embarazo. 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. Ante la falta de información del Estado parte en este sentido, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora. En consecuencia, el Comité considera que los hechos que examina revelan una violación del artículo 7 del Pacto. A la luz de esta decisión, el Comité no considera necesario, en las circunstancias del caso, tomar una decisión relativa al artículo 6 del Pacto.

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. Ante la falta de información del Estado parte, debe darse el peso debido a la denuncia de la autora en el sentido de que cuando los hechos ocurrieron, las condiciones para un aborto legal, conforme a lo establecido por la ley, estaban presentes. 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.

7. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto, considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación de los artículos 2, 7, 17 y 24 del Pacto.

El comité de Derechos Humanos mediante este dictamen, estableció responsabilidad por parte del Estado peruano, ya que al negarle a someterse a un aborto Terapéutico a la joven madre Karen Llantoy se vulnero diversos derechos entre ellos el ser sometida a tratos inhumanos que atenten contra la dignidad humana. Este comité dispuso que el Perú prevea la legislación necesaria para que no vuelva a vulnerarse los derechos de otras mujeres por lo que el 28 de junio del 2014 finalmente se emite en el diario “el

Peruano” 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*”⁵⁴. Esta Guía Técnica en su Art. VI las consideraciones específicas, señalan que se amerita evaluar la interrupción del embarazo en los siguientes casos:

1. Embarazo ectópico tubárico, ovárico, cervical.
2. Mola hidatiforme parcial con hemorragia de riesgo materno.
3. Hiperemesis gravídica refractaria al tratamiento con deterioro grave hepático y/o renal.
4. Neoplasia maligna que requiera tratamiento quirúrgico, radioterapia y/o quimioterapia.
5. Insuficiencia cardíaca congestiva clase funcional III-IV por cardiopatía congénita o adquirida (valvulares y no valvulares) con hipertensión arterial y cardiopatía isquémica refractaria a tratamiento.
6. Hipertensión arterial crónica severa y evidencia de daño de órgano blanco.
7. Lesión neurológica severa que empeora con el embarazo.

⁵⁴ Normas Legales. El Peruano, 28/06/2014. Disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43391/1/9275324824_spa.pdf 08.02.2017.

8. Lupus Eritematoso Sistémico con daño renal severo refractario a tratamiento.
9. Diabetes Mellitus avanzada con daño de órgano blanco.
10. Insuficiencia respiratoria severa demostrada por la existencia de una presión parcial de oxígeno < 50 mm de Hg y saturación de oxígeno en sangre < 85%.y con patología grave; y
11. Cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la Junta Médica.

Cabe señalar que pese a haberse producido toda esta coyuntura en el caso de Karen Llantoy contra el Estado peruano, no se incluyó a aquellos casos donde el feto presente malformaciones que sean incompatibles con la vida extrauterina volviendo a dejar una indefensión a los derechos de las gestantes, así mismo, no se estableció la instancia a la que se puede apelar la decisión de la junta médica en caso se negara a realizar el aborto, ya que este fue uno de los puntos examinados en el dictamen del Comité de Derechos Humanos.

2.2.6 Derecho comparado:

2.2.6.1 El aborto Eugénico en España

La Ley de aborto LO 2/2010, que entro en vigor el 04 de julio del año 2010, el mismo que regula sobre la salud sexual y reproductiva y la interrupción voluntaria del embarazo y el aborto eugenésico. Esta ley regula las circunstancias y parámetros sobre los cuales se pueden llevar a cabo un aborto legal, además de ello señala que los casos de aborto Eugénico, se pueden dar n tres supuestos:

1. **Aborto hasta la semana veintidós en caso de “riesgo de graves anomalías en el feto” (art. 15. B)** GONZALES MARSAL señala que para estos casos previamente se exigen un dictamen de dos médicos especialistas diferentes al que vaya a realizar el aborto, además de ello es necesario entregar a la madre gestante en un sobre cerrado y por escrito los derechos, prestaciones y ayudas públicas que puedan dar apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad. Además de ello, también debe contener la información sobre la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas.⁵⁵
2. **Aborto sin límite de tiempo en caso de “anomalías fetales incompatibles con la vida” (art. 15. C)** al respecto

⁵⁵ GONZÁLEZ MARSAL Carmen. “*El Aborto Eugénico En España*”. Intersticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico. 2 (4). Pp. 259- 269. 2010

GONZÁLEZ MARSAL señala que para este supuesto la Ley no establece plazo, de lo que se deduce que se podrá realizar el aborto del no nacido que padezca "anomalías incompatibles con su propia vida" durante todo el embarazo, hasta el último momento. Se exige previamente el dictamen de un médico especialista distinto del que realiza el aborto. En el Anteproyecto se establecía que fueran dos médicos especialistas los que confirmaran el diagnóstico –la misma previsión que para el aborto eugenésico hasta la semana veintidós–, pero durante la tramitación parlamentaria se redujo a un solo médico⁵⁶

3. **Aborto sin límite de tiempo en caso de «enfermedad extremadamente grave e incurable» (art. 15.c)** GONZÁLEZ MARSAL señala que La nueva Ley tampoco ha determinado un plazo para el aborto del no nacido que sufra una enfermedad extremadamente grave e incurable. Al igual que en el supuesto anterior, esto implica que se podrá abortar hasta el final del embarazo. Aquí se exige que el diagnóstico sea confirmado por un comité clínico formado por dos médicos ginecólogos o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra (art. 16.1)⁵⁷

⁵⁶ GONZÁLEZ MARSAL Carmen. “*El Aborto Eugenésico En España*”. Intersticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico. 2 (4). Pp. 259- 269. 2010

⁵⁷ *Ibíd.*

El derecho Español, ha regulado de forma extensa sobre estos temas, tal es el caso de que la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia⁵⁸ emitió una declaración mediante el cual se determina las posibles enfermedades que deben calificar como incompatibles con la vida humana, es decir establece los criterios a seguir para que un embarazo pueda someterse a un aborto Eugénico, entre las cuales tenemos:

- **Anencefalia–Exencefalia–Acráneo:** Malformación congénita caracterizada por ausencia total o parcial del cráneo, la piel que lo recubre y la masa encefálica, producida por un defecto en el cierre anterior del tubo neural, se asocia con espina bífida y onfalocele. Existiría una progresión en el desarrollo del defecto desde acráneo, posteriormente a exencefalia y finalmente anencefalia.
- **Hidranencefalia:** los hemisferios cerebrales están ausentes y son sustituidos por sacos llenos de líquido cerebroespinal.
- **Holoprosencefalia alobar:** ausencia del lóbulo frontal del cerebro del embrión.
- **Atresia laríngea–atresia traqueal:** ausencia parcial o completa de la tráquea por debajo de la laringe.
- **Agenesia diafragmática:** el diafragma no se ha formado.
- **Agenesia renal bilateral:** el feto no tiene riñones.

⁵⁸España. Declaración de la Comisión de Bioética de la SEGO sobre la Ley Orgánica 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Disponible en: http://www.sego.es/Content/pdf/Documento_Final_Bioetica_Aborto_2.pdf 18.02.2017

2.2.6.2 El Aborto Eugenésico en Colombia:

El aborto eugenésico en el caso colombiano fue declarado legal, conforme lo señala los fundamentos que recaen en la Sentencia C-355/06, mediante esta sentencia se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 122° al 124°, donde se consideraba al aborto como un delito en todas sus formas. Los fundamentos fueron los siguientes:

Proporcionalidad

La intromisión estatal que obliga mediante la penalización absoluta del aborto a una mujer a soportar la responsabilidad de un embarazo no deseado y algunas veces poner en riesgo su salud y su vida, desborda las obligaciones que deben soportar los ciudadanos libres, autónomos y dignos en un Estado social de derecho como el colombiano.

(...)

Si bien los derecho de la mujer no tiene por lo general la virtualidad de anular el deber de protección del feto por parte del Estado, en ciertas circunstancias excepcionales, no es constitucionalmente exigible dicho deber. En este sentido se ha considerado que los factores temporal y circunstancial son útiles para hacer la ponderación de los derechos de la mujer frente a la obligación estatal de proteger la vida en formación. La situación

desde la perspectiva constitucional durante los primeros meses de embarazo, es que en ese momento sólo hay potencialidad de ser y los derechos constitucionales de la mujer pesan mucho más. Al mismo tiempo, la imposibilidad de interrumpir un embarazo en casos terapéuticos o de violación también impone una carga constitucionalmente imposible de defender a las mujeres que viven en situaciones extremas. Una solución que no tenga en cuenta estos elementos representaría una restricción desproporcionada de los derechos constitucionales de la mujer.

(...)

Tratos crueles, inhumanos y degradantes. (Malformaciones)

La más reciente decisión del comité de derechos humanos de naciones unidas, parte del bloque de constitucionalidad, establece que no garantizar la posibilidad de un aborto legal y seguro cuando existen graves malformaciones fetales, es una violación al derecho de estar libre de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes. En estos casos, las mujeres usualmente tienen embarazos deseados y su inviabilidad las afectan extremadamente. Los avances tecnológicos en el área de la medicina obstétrica, permiten diagnosticar cada vez más, malformaciones del feto, las cuales pueden llegar a ser

incompatibles con la vida por fuera del útero materno. La mayoría de estas anomalías fetales no se pueden diagnosticar sino hasta la semana décimo catorce de embarazo. Este tipo de malformaciones generalmente permiten una vida intrauterina relativamente normal, lo que implica que a la mujer le es impuesto un embarazo (que a partir del diagnóstico empieza a ser indeseado) Violando sus derechos fundamentales con la pretensión de proteger una vida humano que no tiene futuro. En casos como estos la proporcionalidad entre los derechos sacrificados (derecho de la mujer) y el bien protegido (vida humana en formación) es absolutamente nula.

De otra parte es importante tener en cuenta que la experiencia médica en Colombia indica que mientras las malformaciones más graves son frecuentes dentro de los grupos con más bajos recursos, son de más rara ocurrencia en los estratos más altos.

Vida, salud e integridad

La vida física, la integridad personal y la salud de la mujer pueden verse seriamente amenazadas por problemas en el embarazo y que corren un mayor peligro cuando el aborto es practicado en condiciones clandestinas, generalmente sin el

cumplimiento de los protocolos médicos y las reglas de higiene.

Esa realidad social es constitucionalmente relevante.

La dimensión objetiva del derecho a la vida, le impone al estado la obligación de impedir que las mujeres mueran por causa de abortos inseguros. El derecho a la vida se entiende como el derecho fundamental por excelencia establecido en la Constitución. Se ha entendido que el derecho a la vida no sólo tiene una dimensión subjetiva de asegurar la vida sino que también comprende la obligación de otros de respetar el derecho a seguir viviendo o a que se anticipe su muerte.

(...)

En consecuencia, se señala que “mediante el rechazo del estado de necesidad, como ocurre en el caso de los tribunales italianos, o a través de una amplia interpretación de esta defensa, como en el caso de los tribunales anglosajones, todos los jueces han declarado que limitar los abortos a casos en los que existe una amenaza física inmediata no da suficiente preponderancia a los derechos fundamentales de la mujer a la salud mental y física”.

(...)

En cuanto a los casos de embarazo en los cuales el nasciturus tiene malformaciones que imposibilitarían la vida por fuera del

útero materno, resulta absurdo que la ley exija a la mujer seguir en estado de embarazo arriesgándose a todo lo que conlleva estar en dicho estado. Dicha prohibición violenta, no solo el principio de dignidad de la mujer, sino también su derecho a la salud en cuanto a que éste puede ser limitado en caso de un embarazo regular, pero cuya limitación carece de sentido en este caso por resultar excesivamente onerosa para la mujer, sin que de ella se desprendan las consecuencias para las que dicha limitación existe.

Resulta denigrante para la mujer verse sometida a las vejaciones de la muerte de su hijo recién nacido sumadas a todas las complicaciones de salud propias del embarazo, cuando existe una malformación del feto que lo hace inviable. (...) ⁵⁹

2.3 Definición de Términos

- **Aborto.** Generalmente se dice de lo que no ha podido llegar a su perfecta madurez y debido desarrollo. Siendo distinto el aborto según la causa que lo provoque, son también diversas las definiciones que sobre el mismo pueden darse. Estas son: a) aborto en general: hay aborto siempre que el producto de la concepción es expelido del útero antes de la época

⁵⁹ Sentencia C-355/06 Expedientes D- 6122, 6123 y 6124 Demandas de inconstitucionalidad contra los Arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000 Código Penal. Colombia. 2006

determinada por la naturaleza; b) aborto médico: la expulsión del huevo antes de que el feto sea viable o la muerte del feto provocada dentro del cuerpo de la madre; c) aborto espontáneo: la expulsión del feto, no viable, por causas fisiológicas; d) aborto delictivo: la interrupción maliciosa del proceso de la concepción.

Conviene tener en cuenta el aborto dentro del Derecho Civil y del Derecho Penal. En el primero se entiende por aborto aquel parto ocurrido antes del límite señalado para la viabilidad del feto; en el segundo es un género de delito, consistente en el uso voluntario de medios adecuados para producir un mal parto, o la anticipación del mismo, con el fin de que perezca el feto.⁶⁰

- **Aborto Eugénico:** es la interrupción del embarazo practicada por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida. En otras palabras, el producto de la fecundación presenta graves taras físicas o psíquicas que harán imposible la vida del feto, siempre que exista diagnóstico médico que lo acredite.⁶¹

⁶⁰ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial HELIASTA S.R.L. 1993, pp. 6 y 7.

⁶¹ RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. “*La despenalización del aborto y el matrimonio igualitario en el Perú*”. *Rev. Práctica constitucional actualidad constitucional* (Internet). N° 69, Pp. 329-338, 2013

- **Aborto Terapéutico:** es la interrupción del embarazo practicada 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.⁶²
- **Anomalías fetales incompatibles con la vida:** son aquellas anomalías que previsiblemente/ habitualmente se asocian con la muerte del feto o del recién nacido durante el período neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor⁶³.
- **Delito:** Es toda acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, que no está cubierta por una causa objetiva de exclusión de punibilidad⁶⁴
- **Derecho Penal:** El derecho penal es el conjunto de normas de derecho público prevén aquellos hechos ilícitos, a los cuales les son impuestas consecuencias penales con que varían también en relación a la personalidad del autor.

El derecho penal pertenece al derecho público, puesto que públicas son la tutela penal, que opera independientemente de la voluntad de los

⁶² RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. “La despenalización del aborto y el matrimonio igualitario en el Perú”. Rev. Práctica constitucional actualidad constitucional (Internet). N° 69, Pp. 329-338, 2013

⁶³ PUTTI, Pablo. “Defectos congénitos y patologías incompatibles con la vida extrauterina”. Revista Médica de Uruguay, 32(3), Pp. 60-65, 2016

⁶⁴ Diccionario OMEBA D 08, p. 24

portadores de los intereses protegidos, y la potestad punitiva, siendo ella indisponible por parte de los órganos encargados en el ejercicio de la misma.⁶⁵

- **Embarazo.** Dificultad, obstáculo, impedimento o estorbo. Estado de la mujer que se encuentra encinta. Lapso entre la concepción y el parto o el aborto.⁶⁶
- **Estado:** La representación política de la colectividad nacional; para oponerlo a nación, en sentido estricto o conjunto de personas con comunes caracteres culturales, históricos y sociales regidos por las mismas leyes y un solo gobierno.⁶⁷
- **Punitivo:** Penal, sancionador. Concerniente al castigo.⁶⁸
- **Penal:** Lo que incluye o impone pena, como Código penal o ley penal. Presidio o penitenciaría. Criminal o concerniente al Derecho Penal.⁶⁹
- **Sanción.** En general, ley, reglamento, estatuto. Solemne confirmación de una disposición legal por el jefe de un Estado, o quien ejerce sus

⁶⁵ MANTOVANI, Ferrando. *Los Principios Del Derecho Penal*. Perú, Editorial Legales Editores. Primera Edición. 2007, Pp. 13-14

⁶⁶ CABANELLAS DE TORRES Guillermo . *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial HELIASTA S.R.L. 1993 p. 116

⁶⁷ *Ibíd*em, p. 125

⁶⁸ *Ibíd*em, p. 265

⁶⁹ *Ibíd*em, p. 239

funciones. Aprobación. Autorización. Pena para un delito o falta. Recompensa por observancia de preceptos o abstención de lo vedado. PENAL. La amenaza legal de un mal por la comisión u omisión de ciertos actos o por la infracción de determinados preceptos. (v. Cl usula penal, Pena.) SOCIAL. Todo género de coacción o amenaza que un grupo organizado, al menos rudimentariamente, dirige contra quienes desconocen las reglas que integran la manifestación de su modo de ser, actuar y entender las relaciones internas y externas.⁷⁰

- **Salud:** Es el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad⁷¹.

⁷⁰ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo . *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial HELIASTA S.R.L. 1993 p. 289

⁷¹ Organización Mundial de la Salud. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. 2006. Disponible en: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf?ua=1. 06.02.2017.

CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Resultados doctrinarios, jurisprudenciales y normativos

3.1.1 Resultados doctrinarios

Derecho Penal

Para HURTADO POZO El derecho penal es una rama del derecho, mediante el cual se busca regular la reacción social ante la delincuencia a fin de preservar la paz social. Así mismo JESCHECK señala que el Derecho Penal es parte del derecho público, mediante el cual el Estado ejerce su poder punitivo ante conductas consideradas como delitos, por lo que al usar este Derecho penal medidas restrictivas de derechos a modo de sanción, debe ser aplicado solo en última instancia, solo cuando las otras ramas del derecho no puedan dar solución al conflicto.

Es por ello que el derecho penal tiene como pilares diferentes principios entre los cuales se encuentra el principio de la mínima intervención al respecto VILLAVICENCIO TERREROS señala sólo la extrema necesidad podría, volver legítimo un castigo violento en concreto y nunca el castigo en General. Siempre que podamos, claro está, demostrar esa necesidad. Ello es necesario para evitar tendencias autoritarias por parte del Estado.

En el caso en concreto, la imposición por parte del Estado a que una madre continúe con el proceso gestacional pese a que el concebido no tenga esperanzas

de vida ya que presenta malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, pese a que su salud e integridad psicosomática se ve afectada, resulta ser un trato inhumano y en extremo autoritario ya que vulnera directamente el principio de mínima intervención conforme a los lineamientos vistos.

El Derecho a la Vida

El derecho a la vida como señala FERNANDEZ SESSAREGO, es un derecho fundamental, considerado como el núcleo de los demás derechos fundamentales. Se trata de un derecho subjetivo, por lo que el Estado se encuentra en la obligación de protegerlo a través del ordenamiento jurídico. Por lo que nadie puede ser privado de forma arbitraria de este derecho salvo lo dispuesto por la ley.

Conforme a lo reconocido por el artículo 2 inciso 1 de la constitución política del Perú, el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, por lo que también posee derecho a la vida. Sin embargo, ningún derecho es absoluto, al respecto FERNANDEZ SESSAREGO, señala que lo jurídico surge de la relación entre dos o más personas, es decir, de conductas humanas intersubjetivas ya que el ser humano es un ente social. es decir, el ejercicio de un derecho tiene como límite el inicio de los derechos de los demás siempre en cuanto no sean vulnerados.

Para el caso en concreto, al referirnos al aborto eugenésico para casos donde el feto presente malformaciones incompatibles con la vida, entra en colisión el

derecho a la vida del concebido frente al derecho a la salud y la integridad psicosomática de la madre. Siendo que no se puede sacrificar los derechos de la madre gestante como la salud y la integridad psicosomática frente al derecho a la vida del concebido sobre todo, porque esta vida no tiene futuro, siendo que después del parto ineludiblemente, el niño no sobrevivirá.

El Sistema de Indicaciones:

El aborto, aun en la doctrina, resulta ser un tema muy controvertido, donde la discusión por la despenalización del mismo es uno de los puntos más debatidos. A modo de solución, y de forma unánime, los doctrinarios concuerdan con la existencia de ciertos sistemas jurídicos para el debido tratamiento de esta figura controvertida. Siendo el sistema de indicaciones la más aceptada por la mayoría de los doctrinarios como BRAMONT ARIAS, GARCIA DEL RIO Y HURTADO POZO, por ser más razonable y realista.

El sistema de indicaciones señala que el aborto Eugénico, es legal cuando existe un inminente peligro de que el niño pueda nacer con graves taras físicas o psíquicas. Estas graves afectaciones, deberán ser incompatibles con el libre desarrollo de la persona humana.

El ordenamiento penal peruano, adopta este sistema de indicaciones dentro de la regulación, respecto al aborto, sin embargo, la única indicación que adopta y

considera legal, es el aborto Terapéutico, mientras que los abortos eugenésicos y éticos, fueron regulados como delitos atenuados, cuya sanción corresponde a tres meses de pena privativa de libertad. Esta sanción impuesta al ser tan atenuada, en la realidad, no se hace efectiva, ya que este delito prescribiría durante el proceso de investigación.

El sistema de indicaciones, señala que las figuras del aborto como el terapéutico, eugenésico, ético y social son formas de aborto legales siempre en cuando se cumpla con la observancia de los requisitos establecidos por la norma. El sistema penal peruano, como se mencionó líneas arriba, solo ha despenalizado el aborto Terapéutico, ya que frente al conflicto de derechos como el derecho a la vida del nasciturus y el derecho a la salud y vida de la madre, se prefiere a la madre, o como la doctrina lo señala “la vida ya conformada”, para ello es necesario que exista diagnóstico médico.

En el caso del aborto eugenésico, no es permitido en la regulación peruana pese a que han existido muchos intentos por lograr la despenalización de esta figura. Respecto a este tipo de aborto, la ley deja un gran vacío en cuanto a su regulación, por lo que se necesita mayores luces al respecto. Siendo una forma factible de solución, el Sistema de Indicaciones, la misma que debe ser aplicada en su totalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Este sistema suizo, permite una mejor defensa de los derechos de la madre, en lugar de vulnerarlos

perjudicándola gravemente en su salud.

3.1.2 Resultados jurisprudenciales

Caso Peruano: Karen Llantoy vs. Perú

En el Perú, el caso más representativo, respecto al aborto eugenésico es el de Karen Noelia Llantoy Huamán, cuyo caso fue presentado ante el comité de Derechos Humanos, bajo el alegato de violación de diversos derechos por parte del Estado peruano. Pese a que el diagnóstico médico recomendó terminar con el embarazo, ya que señalaba que el feto presentaba anencefalia, y que a pesar de que el embarazo no era riesgoso para la vida de la madre, el feto no tenía esperanza de vida fuera del útero, el director del Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima, se negó a realizar la intervención en dicho nosocomio, cabe señalar que este Hospital se encuentra adscrito al Ministerio de Salud. Pese a toda la evaluación posterior al que fue sometida, siendo como resultado unánime, la recomendación del término del embarazo por cuanto afectaba gravemente la salud psicológica de la madre, se le obligo a continuar con el embarazo. Llegado el momento, al dar a luz al bebe, era visible las malformaciones que presentaba la niña, la misma que logro sobrevivir cuatro días, en los cuales la madre se vio obligada a alimentarla prolongando su sufrimiento.

En el Dictamen N° emitido por la Comisión de Derechos Humanos, en el numeral 7. Señala “ el comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto, consideran que los hechos que tiene ante si ponen en manifiesto una violación de los artículos 2, 7, 17 y 24 del Pacto.”. Siendo que el Artículo 7 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, está referida al derecho de toda persona a estar libres de toda clase de tortura. Siendo que la tortura no solo está referida al dolor físico, sino también al daño moral que se le ocasiono a la joven madre causándole un deterioro en su salud psíquica por la situación a la que fue sometida.

Así mismo, la comisión en el numeral 8. Exhorta al Estado Peruano, que tiene la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para que se logren evitar nuevos casos como este en donde se cometan violaciones semejantes.

Ahora bien, este es un caso donde claramente se trataba de un aborto eugenésico, por lo que existió la negativa a practicarlo por el temor a la sanción. Doctrinariamente se señala que al verse afectado la salud psicológica de la madre pasaría a ser un aborto terapéutico, sin embargo la ley no señala eso, dejando un gran vacío, que llevo a la violación de los derechos de la joven madre. En este caso, siendo la figura original el de un aborto eugenésico, no puede ser trasladado así como así a la figura del aborto terapéutico por lo que se necesitaría una mejor regulación al respecto.

Caso colombiano: Sentencia C-355/06

Esta sentencia permite un análisis detallado sobre el aborto eugenésico y el aborto en general. Mediante esta sentencia se estableció que al no permitir que el aborto Eugenesico sea legal para casos donde existen graves malformaciones fetales, se estaría vulnerando el derecho de la madre a estar libre de tortura y tratos crueles e inhumanos y degradantes, conforme a lo establecido por el comité de derechos humanos de naciones unidas. Por lo que es obligación del Estado el permitir que dicho aborto sea legal a fin de que el proceso abortivo al que se tiene que someter sea realizado por un médico especialista, y no en una clínica clandestina, donde pueda correr riesgos la vida y salud de la gestante.

Asi mismo, se ha establecido que al imponer que la madre continúe con el proceso gestacional se estaría violando sus derechos fundamentales con la pretensión de proteger una vida humano que no tiene futuro. Por lo que en casos como estos la proporcionalidad entre los derechos sacrificados, en este caso el derecho de la mujer y el bien protegido que vendría a ser la vida humana en formación, es absolutamente nula.

Otro de los fundamentos que se plantea en esta sentencia es que resulta absurdo que la ley exija a la mujer seguir en estado de embarazo arriesgándose a todo lo que conlleva estar en dicho estado. Dicha prohibición violenta, no solo el principio de dignidad de la mujer, sino también su derecho a la salud en cuanto a que éste puede ser limitado en caso de un embarazo regular.

En el caso en concreto de esta investigación, es completamente aplicable a la

legislación peruana ya que lamentablemente aun es punible el aborto Eugenésico para casos donde el feto presenta malformaciones y taras incompatibles con la vida extrauterina, por lo que vulnera diversos derechos de la madre gestante, además de ello pone en peligro la salud de la misma ya que dicho embarazo puede presentar riesgos y complicaciones. Además de ello se le arrincona a la gestante a realizarse un aborto en clínicas clandestinas donde se expone la salud e incluso la vida de la gestante.

3.1.3 Resultados normativos

El caso Peruano

La figura del aborto Eugenésico, se encuentra regulado en el artículo 120, inciso 2 del Código Penal peruano. Dentro del ordenamiento jurídico, el aborto eugenésico es considerado como un delito, donde se busca proteger la vida del concebido. Aun en casos donde los fetos presenten malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, donde se sacrifica los derechos de la madre a fin de preservar la vida, la misma que vendría a ser nula luego del alumbramiento. La penalización de este tipo de Aborto eugenésico, vulnera claramente los derechos de la madre, además de ello, frente a estas circunstancias se puede dar el caso de que la gestante decida someterse a un aborto clandestino a fin de evitar el daño psíquico, por lo que también se pone en riesgo su salud y en ocasiones hasta su vida.

Este tipo de aborto, es legal en otros países en donde se le otorga un mejor cuidado a la norma, sin dejar vacíos al respecto:

El caso de España:

La legislación española despenalizó la figura del aborto eugenésico con la Ley Orgánica 9/1985, del 05 de julio, mediante el cual se reforma el artículo 417 del Código Penal, mediante el cual despenalizó el aborto durante las primeras veintidós semanas de gestación siempre en cuando “se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas”, donde a su vez señala que para que pueda ser llevado a cabo este procedimiento se necesita el dictamen emitido con anterioridad por dos especialistas de un hospital ya sea público o privado. Posteriormente se emitió la Ley Orgánica 2/2010, de fecha 03 de marzo, mediante el cual se establece, entre otros aspectos del aborto, que el aborto eugenésico es permitido hasta la semana veintidós o sin límite de tiempo dependiendo del caso que se presente.

El aborto eugenésico, en cuanto a su regulación española, se presenta tres supuestos donde la ley es permisible: el primero *aborto hasta la semana veintidós en caso de “riesgo de graves anomalías en el feto”* (art. 15.b) para que se lleve a cabo este procedimiento es necesario que se presente previamente el certificado médico de dos especialistas en esos temas, además de ello es necesario de que la gestante sea informada por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas que se le otorgan a las personas con discapacidad así como la existencia de las organizaciones sociales de asistencia social para las personas con discapacidades. Segundo *aborto sin límite de tiempo en caso de “anomalías fetales incompatibles con la vida”* (art. 15.c.) la ley no ha establecido plazo alguno, por lo que se puede llevar a cabo el aborto en

cualquier etapa de la gestación, siempre en cuando la anomalía produzca en el embrión o feto la imposibilidad de vivir una vez que haya nacido. Para que pueda ser llevado a cabo este procedimiento, es necesario un dictamen de un médico especialista distinto al que llevara a cabo el aborto. Tercero *aborto sin límite de tiempo en caso de “enfermedad extremadamente grave e incurable”* (art. 15.c). En estos casos la Ley tampoco señala un límite de tiempo determinado, por lo que se podrá someter al procedimiento en cualquier estado de la gestación. Así mismo, la Ley establece que es necesario que el diagnóstico que se emita tiene que ser confirmado por dos médicos ginecólogos o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra.

El caso de Colombia:

Respecto a este ordenamiento jurídico, la regulación respecto al aborto que es punible se encuentra regulado en los siguientes artículos:

Artículo 122. Aborto: La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior

Respecto a este artículo, la sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006 de la Corte Constitucional, estableció que “no se incurre en el delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes

casos: 1) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; 2) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; 3) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, o de incesto”⁷²

3.2 Posiciones a favor y en contra del Aborto.

El aborto, sin duda es un tema muy controversial, ya que existen diferentes posiciones respecto a si debe ser o no despenalizado, planteando cada uno diferentes argumentos que permitan defender sus posturas.

- **Postura conservadora:** el objeto “aborto” es sinónimo de “crimen” o “asesinato”. No obstante, esta caracterización contradice el hecho de que el aborto está permitido legalmente en algunas circunstancias, por lo que los autores afirman que, a pesar de lo que diga la ley, el aborto sigue siendo un acto moralmente reprobable. En resumen, la noción que subyace a todos estos enunciados es que: El aborto es siempre un crimen y, por lo tanto, no puede ser legal.⁷³

⁷² Sentencia C-355, de 10 de mayo de 2006 de la Corte Constitucional. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/señado/basedoc/cc_sc_nf/2006/c-355_2006.html 08.02.2016.

⁷³ TARACENA, Rosario. “El aborto a debate. Análisis de los argumentos de liberales y conservadores” Revista Desacatos, núm. 17, pp. 15-32,2005. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13901702> 18.02.2017.

Además de ello, TARACENA⁷⁴ señala que: La alta jerarquía señala que la vida humana es sagrada desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, por lo que el ser humano no puede intervenir para interrumpirla, pues ello significa ir contra la voluntad de Dios. Por lo que la definición del aborto es equivalente a un “crimen-o-asesinato”.

Los argumentos que plantean la postura conservadora, tienen como fin establecer que el aborto es un crimen de asesinato, para lo cual, califican al concebido como una persona, refiriéndose al feto como un niño o bebe aunado a ello los verbos “matar” y “aniquilar”. Además de ello los conservadores consideran que la vida del feto es más importante y valiosa que las razones que pueda tener la madre para someterse a un procedimiento abortivo. Por lo que los deseos triviales no pueden estar por encima del Derecho a la Vida. siendo esta postura promovida por la iglesia , la misma que califica a la Vida como un Don divino, por lo que ningún otro hombre puede disponer libremente de él.

Por otro lado otros conservadores plantean que el aborto es un negocio multimillonario por lo que aquellas personas que están a favor de la legalización de este procedimiento, es por el factor económico que puede aportarles. Además de ello también señalan, que las personas que estén a favor del aborto son personas que carecen de valores.

⁷⁴ Ibídem

- **Postura Liberal:** esta postura señala que la mujer tiene derecho a elegir si debe o no continuar con un embarazo, ya que no se le puede imponer el ser madre. Además de ello señala que, los derechos de la madre es el que prevalece sobre la vida del concebido. El reconocimiento de esta validez de los derechos de la madre pondría en igualdad de derechos que con los hombres, y más aun si se tratan de casos cuyas circunstancias agraven la situación como la necesidad de la práctica de aborto ya sea por indicación terapéutica, eugenésica o ética. Los liberalistas hacen énfasis en la necesidad de respetar la decisión de la mujer sobre todo cuando se trate de un embarazo no deseado⁷⁵

En esta postura, se busca la igualdad entre el hombre y la mujer, por lo que se trata de darle relevancia a la elección de la madre a continuar o no con un embarazo, además de ello, establecen que al imponer la continuación de un embarazo por parte del estado, significaría una intromisión arbitraria en la vida de la gestante.

- **Postura neutral:** esta postura, resulta ser un tanto intermedia donde ambas posturas previas se encuentran. Si bien es cierto el Derecho a la Vida es un derecho fundamental y subjetivo reconocido de forma universal, sin embargo no es un derecho absoluto por cuanto en cierta medida se puede privar de este derecho tal es el caso de la pena de muerte. Cuando se habla del delito de

⁷⁵ TARACENA, Rosario. “*El aborto a debate. Análisis de los argumentos de liberales y conservadores*” Revista Desacatos, núm. 17, pp. 15-32,2005. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13901702> 18.02.2017.

aborto, el bien protegido es el derecho a la vida del concebido, sin embargo, es descabellado pensar que el aborto puede ser tomado como un método anticonceptivo. Por lo que la despenalización del aborto se debe dar solo en extremos casos donde las circunstancias y necesidades lo ameriten tal es el caso del aborto terapéutico, eugenésico y ético. En estos tipos de abortos la necesidad es justificada por lo que el aborto es viable y por tanto debe ser legal.⁷⁶

- **Postura adoptada por la ONU:** la Organización de las Naciones Unidas, a través de las convenciones realizadas como: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la IV Conferencia Mundial sobre las mujeres, entre otras. Donde se ha remarcado claramente que toda persona tiene el Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Pese a ello existen normas del derecho Penal que afectan el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres. De acuerdo con el Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de la salud física y mental⁷⁷, en el Fundamento 12 señala:

El uso flagrante de la coacción física por el Estado u otros actores no

⁷⁶ RUBIO CARRACEDO, Jose. “*Alguna precisiones sobre la argumentación a favor y en contra del aborto*”. Revista Internacional de Filosofía, (vol. X). pp. 79-98, 2005

⁷⁷ Naciones Unidas Asamblea General. “*El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*” A/66/254. Disponible en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/66/254&referer=http://www.anue.org/es/conten/t/el-aborto-la-onu-y-el-derecho-la-salud&Lang=S 18.02.2017

estatales, como en los casos de esterilización, aborto, anticoncepción o embarazo forzados, se ha condenado desde hace tiempo como una forma injustificable de coerción sancionada por el Estado y una violación del derecho a la salud⁷. De igual modo, cuando se utiliza el derecho penal como instrumento para regular la conducta de una persona y sus decisiones en el contexto del derecho a la salud sexual y reproductiva, la voluntad del Estado se impone por la fuerza, anulando la del individuo.

Por lo que se entiende que la posición de la ONU, considera que el acceso al aborto es una forma de protección a la salud reproductiva, y por ende ninguna norma ni Estado puede impedirlos ya que está afectando directamente a este derecho, además se afecta a diversas personas como médicos etc. Respecto a ello en el fundamento numero 14 señala:

En la práctica, estas disposiciones afectan a una gran variedad de personas, entre las que figuran las mujeres que desean abortar o utilizar métodos anticonceptivos; los amigos o familiares que ayudan a las mujeres que desean abortar; los profesionales que practican abortos; los docentes que imparten educación sexual; los farmacéuticos que suministran métodos anticonceptivos; los empleados de instituciones establecidas para prestar servicios de planificación de la familia; los activistas de derechos humanos que defienden el derecho a la salud sexual y reproductiva; y los

adolescentes que desean tener acceso a métodos anticonceptivos para mantener relaciones sexuales consentidas.

La limitación del sometimiento a un aborto dentro de un Estado, vulnera la salud no solo sexual y reproductiva de la mujer sino también la dignidad y autonomía de la mujer y la salud física y mental. Respeto a ello en el mismo informe dentro del fundamento 22 se señala:

22. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha condenado enérgicamente las leyes que restringen el aborto, especialmente las que prohíben y penalizan el aborto en todas las circunstancias (véase CEDAW/C/CH/CO/4, párr. 19). También ha confirmado que ese tipo de legislación no impide que las mujeres recurran a abortos ilegales practicados en condiciones peligrosas, y ha calificado las leyes que restringen el aborto de violación de los derechos a la vida, la salud y la información⁹. Al Comité de los Derechos del Niño le preocupan también los efectos de las leyes que restringen severamente el aborto en el derecho a la salud de las niñas adolescentes¹⁰. El Comité contra la Tortura también ha afirmado que las leyes que penalizan el aborto deberían volver a evaluarse, ya que dan lugar a violaciones del derecho de la mujer a no verse sometida a tratos inhumanos y degradantes¹¹. El Comité de Derechos Humanos llegó a la conclusión de que la igualdad entre hombres y mujeres exigía la igualdad de trato en el ámbito de la salud y la eliminación de la discriminación en el suministro de bienes y servicios, e hizo hincapié en la necesidad de examinar la legislación

relativa al aborto para evitar que se violasen los derechos de la mujer (véase CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, párrs. 20, 28 y 31). El anterior Relator Especial sobre el derecho a la salud pidió que se eliminaran las disposiciones que castigaban a las mujeres que abortaban (E/CN.4/2004/49, párr. 30).

- **Mi postura:** Si bien es cierto el derecho a la vida es de carácter Erga Omnes, no resulta ser absoluta ya que una clara excepción a este derecho es la pena de muerte, por lo que al entrar en conflicto con otros derechos, en el caso en concreto, el derecho a la vida del concebido frente al derecho a la integridad psicosomática, salud, vida de la madre, al ponderar, se prefiere la vida ya constituida. Conforme a los lineamientos establecidos a lo largo de la investigación, el aborto en determinadas circunstancias en donde se pueda explicar su necesidad, debe ser viable legalmente.

Conforme a los preceptos evocados por las Naciones Unidas, al verse penalizado el aborto en todas sus dimensiones, se está afectando el derecho a la salud de la madre, la dignidad y autonomía. Aquellos Estados que impongan dichas sanciones hacen uso desmedido del poder Ius puniendi, la misma que afecta y vulnera los derechos antes mencionados. Así mismo, cabe señalar que se ha establecido que el Aborto no debe ser tomado como método anticonceptivo, sino que solo debe ser permisible en casos donde la necesidad lo justifique.

Hay que tener en cuenta que una mujer no es un objeto ni una vasija contenedora de vida, sino que también es un sujeto de derechos que posee dignidad y autonomía, la misma que el Estado de derechos debe garantizar en su totalidad. Es por ello que frente esta discusión, desde el punto de vista del investigador, el aborto debe ser legal solo para casos donde exista una necesidad donde se justifique dicho procedimiento, tal es el caso del aborto Terapéutico, eugenésico y ético, donde prevalece los derechos de la madre. De esa forma los diversos derechos de la mujer no se verán afectados.

3.3 Presentación de la unidad de análisis y los resultados

La presente investigación, es una investigación dogmática que permite analizar las teorías doctrinarias y jurisprudenciales a fin de lograr una solución al problema planteado, utilizando el análisis cualitativo.

La ley no es clara, para casos como estos en donde estas malformaciones son incompatibles con la vida del feto, sin embargo no en todos los casos la vida de la madre corre peligro, por lo tanto, el aborto Terapéutico no se aplica para estos casos, debido a que la ley deja un gran vacío al respecto, porque efectivamente se trataría de un aborto eugenésico.

Doctrinariamente Se concluye que el Derecho Penal presenta el principio de mínima intervención, la misma que señala que el derecho penal solo debe intervenir cuando se afecte necesariamente un valor jurídico y que esta pueda ser

probada, este principio tiene por finalidad que el Estado haga un uso desmesurado del poder punitivo llevando a un estado autoritario. Así mismo, se ha establecido que el derecho a la vida no es un derecho absoluto por lo que puede ser ponderado frente a otros derechos a fin de que se logre una mejor defensa de los derechos de las personas. Además de ello se ha establecido que el sistema de indicaciones, es la solución más razonable y realista al conflicto establecido ante este tema, ya que permite legalizar algunos tipos de aborto, sin ser exageradamente permisible. Es así, que el Perú, ha optado por este sistema, pero a su vez no ha sido implementado completamente al ordenamiento jurídico, siendo, que solo se ha despenalizado el aborto Terapéutico, y se ha establecido una pena atenuada para los abortos eugenésicos y éticos, pero eso no quiere decir que estos estén permitidos ya que siguen siendo un delito.

El aborto eugenésico, en la legislación peruana, resulta un tanto controversial ya que, normativamente, es un delito punible con una sanción de tres meses. Sin embargo existen casos que merecen una mejor atención y regulación en donde se vulnera claramente derechos de la madre, se habla de casos donde la malformación del feto o embrión cause la incompatibilidad de la vida luego de haber nacido, como por ejemplo el caso de Llantoy, donde pese a habersele hecho una evaluación exhaustiva de su embarazo, donde los especialistas determinaron que el embarazo debe ser interrumpido ya que el feto presentaba anencefalia, se le obligo a continuar con el mismo e incluso dar a luz a una bebe con malformaciones

evidentes, la misma que sobrevivió por 4 días, durante los cuales se vio en la obligación de amamantarla. Esos tipos de casos pueden presentarse no solo para malformaciones como la anancefalia, sino que también para hidranencefalia, holoprosencefalia alobar atresia laringe, entre otros como ya se ha visto anteriormente

En la actualidad, a pesar de tener un precedente como el caso de Llantoy, no se han tomado medidas al respecto, para evitar que vuelvan a cometer graves vejámenes a los derechos de las madres gestantes, que tengan un diagnóstico médico, donde señala que el feto presenta graves malformaciones incompatibles con la vida, pero la ley no las faculta a terminar con dicho embarazo. La madre gestante, se ve obligada a continuar con su “procesión”, deteriorándola gravemente en su salud psicológica. Estos tratos inhumanos a los que fue sometida la joven madre, según el dictamen de la Comisión de Derechos Humanos, estableció que es una grave afectación al derecho de estar libre de tortura, ya que la tortura no solo es una afectación física sino que también configura como tortura la afectación moral y psíquica.

Al tener ya un precedente como la jurisprudencia del caso Llantoy, aunado a ello, tenemos la legislación comparada de España, no está del todo alejado el lograr la despenalización del aborto eugenésico para estos casos.

En los países como España, el aborto eugenésico, como ya se ha visto, es despenalizado, dándole un mejor tratamiento en la norma, donde presenta tres supuestos, el primero es que el feto presente riesgo grave de anomalía, el segundo ante anomalías fetales incompatibles con la vida y el tercero que el feto presente una enfermedad extremadamente grave e incurable. Siendo el tema de análisis, para la presente investigación, la despenalización del aborto eugenésico para los casos donde las anomalías fetales sean incompatibles con la vida.

En el caso de Colombia, el fundamento utilizado por el tribunal constitucional recae, en que el aborto eugenésico, de no llevarse a cabo estaría afectando la salud de la madre gestante, entendiéndose por salud, al bienestar físico y psicológico. Por lo que frente a este tema el principal derecho que sería vulnerado es el derecho a la salud de la madre gestante, la misma que prevalece sobre la vida del feto, ya que se prefiere la vida ya constituida.

A fin de no crear más vacíos en la norma es necesario, que se plante la norma de forma específica, por lo que la sola despenalización del aborto eugenésico para casos de malformaciones incompatibles con la vida es suficiente, es necesario indicar que este procedimiento, se debe llevar a cabo durante cualquier estado del embarazo, además de ello es necesario que, a modo de política se debe de plantear un seguimiento de caso, donde la ayuda a las familias afectadas sea continua.

Finalmente, luego la revisión de diferentes aspectos doctrinarios jurisprudenciales

y derechos comparado, se colige que el aborto eugenésico debe ser despenalizado para casos donde las malformaciones del feto son incompatibles con la vida. Cabe resaltar que en ningún momento se niega que exista el derecho a la vida del feto, sin embargo, frente a estos casos, existe un conflicto ante los derechos del feto contra los derechos de la madre gestante. Frente a ello, el Dictamen emitido por el comité de Derechos Humanos, comunicado No. 1153/2003, donde se establece que efectivamente se debió permitir el aborto a la joven madre. Sobreponiendo los derechos de la madre por encima de los derechos del feto.

Desde la perspectiva de investigador, el derecho que más se ve afectado es el del derecho a la salud, ya que desde el momento en el que se le informa a la madre gestante sobre la malformación del feto ya existe un resquebrajamiento a su salud psicológica la misma que se ve agravada con la imposición del legislador, ya que no le permitiría acabar con el dolor, sufrimiento y preocupación que le puede ocasionar, la idea de que él bebe que lleva en su vientre, no podrá tener una vida, siendo que las esperanzas de supervivencia son nulas. La misma que se fundamenta en lo establecido en la Sentencia Colombiana C-355/06 y en el dictamen del caso Karen Llantoy donde se establecen que al ser sometida la madre a continuar un embarazo donde el feto no tiene esperanzas de vida después del parto, se está sometiendo a torturas a la madre ya que la tortura no solo es física sino moral y psíquica.

Aunado a ello, el pronunciamiento de la ONU, señala que al obligársele a la mujer a continuar con un embarazo, no deseado, se está afectando el derecho a la

salud plena, a la dignidad y autonomía de las mujeres. Por ello el aborto debe ser permisible, y aquellos estados que aun tengan normas que sancionen el Aborto debe de realizar una revisión, de acuerdo a los lineamientos establecidos mediante diferentes convenciones.

Para muchos doctrinarios, en este tipo de aborto se estaría mermando el derecho de la mujer a la libertad reproductiva ya que se estaría imponiendo la voluntad del estado frente a una decisión que solo le compete a ella. Efectivamente este derecho también viene a ser comprometido, sin embargo no olvidemos que frente a la normativa, ante un caso como este, lo primero que se afecta es la salud psicológica de una mujer ya que, el dolor de no tener la oportunidad de que su hijo pueda vivir luego del nacimiento aunado al sentimiento de abandono por parte del Estado, menoscaban gravemente la salud mental y psicológica de la madre. Por lo que desde mi punto de vista, el derecho a la salud es el fundamento ético y jurídico que sustenta la despenalización del aborto eugenésico para los casos de graves malformaciones incompatibles con la vida del Código Penal Peruano.

CAPÍTULO IV

CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS

4.1 Contrastación de la hipótesis

Para llevar a cabo la contrastación de hipótesis en la presente investigación, al ser una investigación dogmática corresponde a la teoría de argumentación jurídica.

La hipótesis de la presente investigación, es la que se muestra a continuación:

El aborto eugenésico para casos donde existan malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, sí debe ser despenalizado del Código Penal Peruano como consecuencia de la afectación grave y permanente de la salud de la madre gestante. Ya que la madre al ser sometida a tratos inhumanos y crueles a fin de proteger la vida del concebido, la misma que no tiene futuro, se le estaría sometiendo a tortura afectando gravemente su salud.

Conforme a toda la información y análisis recabado en la presente investigación, la despenalización del Aborto eugenésico, pertenece doctrinalmente, al sistema de las indicaciones, donde es permisible este tipo de aborto. Dentro del derecho comparado, el mejor modelo a seguir es el de España ya que, la regulación normativa sobre esta figura, ha logrado un gran desarrollo, por lo que la figura de aborto eugenésico se puede dar en tres supuestos, como ya se ha visto con

anterioridad. Por lo que en nuestro ordenamiento sería viable optar por legalizar el aborto eugenésico en casos donde existan malformaciones incompatibles con la vida, ya que al no permitir a la madre interrumpir dicho embarazo se está sometiendo a tratos de tortura que vulnera principalmente el derecho a la salud de la gestante. Es necesario recordar que existe un precedente respecto a este caso, donde la comisión de derechos humanos, se pronunció en el caso de Llantoy, exhortando al Estado peruano que establezca mecanismos necesarios para que no se vuelvan a vulnerar los derechos de otras mujeres, además de ello la comisión hace mención a la vulneración del Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la misma que señala que nadie debe ser privado del derecho a la libertad de no ser sometido a tortura. En la actualidad, se ha establecido 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”, donde señala en qué casos puede proceder el aborto terapéutico, y en ninguno de ellos se ha establecido casos parecidos como el de Llantoy, continuando con el vacío normativo sobre el mismo.

Por lo tanto, lo formulado en la hipótesis, es aceptada en la investigación por cuanto en el marco teórico y en los diversos análisis hechos en este trabajo, concluyen efectivamente la despenalización de esta figura bajo el fundamento planteado.

CONCLUSIONES

1. La Hipótesis planteada en esta investigación: “El aborto eugenésico para casos donde existan malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, sí debe ser despenalizado del Código Penal Peruano como consecuencia de la afectación grave y permanente de la salud de la madre gestante. Ya que la madre al ser sometida a tratos inhumanos y crueles a fin de proteger la vida del concebido, la misma que no tiene futuro, se le estaría sometiendo a tortura afectando gravemente su salud”, con el acopio de toda la investigación realizada en la presente, esta hipótesis queda demostrada plenamente ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia y el derecho comparado sustentan claramente la veracidad de esta hipótesis.
2. El derecho penal peruano, frente a la coyuntura surgida por el tema del Aborto ha adoptado el sistema de indicaciones, pero solo en el extremo de legalizar el aborto terapéutico, además de ello, las demás figuras del sistema de indicaciones como el aborto eugenésico y el aborto ético, son sancionados con una pena atenuada de tres meses.
3. El aborto Eugenésico, en el ordenamiento jurídico peruano, continúa siendo sancionado con una pena atenuada, dejando que su regulación contenga un vacío normativo, ocasionando vulneración de los Derechos de la madre gestante.

4. Existe un precedente jurisprudencial, emitido por la comisión de derechos humanos, en el caso Karen Llantoy Vs. Perú publicado mediante la Comunicación N° 1153/2003, en donde claramente se habla de la negativa, por parte del Estado peruano, a practicarle un aborto Terapéutico ya que claramente el caso encaja en la figura de aborto eugenésico, por lo que es fácil incurrir en error al existir un vacío normativo al respecto. Sin embargo, pese a ello, la comisión de Derechos Humanos, fallo a favor de Karen Llantoy, ya que existe una clara vulneración del artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

5. La despenalización del aborto Eugenésico para casos de malformaciones incompatibles con la vida, permitiría llenar adecuadamente el vacío normativo que se ha dejado, conforme se pudo observar con el caso de Karen Llantoy, donde se observó la vulneración de los derechos de la gestante, afectando gravemente la salud psicológica de la madre.

6. El Derecho a la salud, forma parte de los derechos humanos conforme a lo señalado por la Organización Mundial de la Salud. Según lo señalado por esta misma organización, la salud consiste en el bienestar físico y psíquico. Sin embargo conforme a la jurisprudencia citado, tanto en el Dictamen emitido por la comisión de Derechos Humanos como la Sentencia colombiana C-355/06, al obligar a una madre a continuar con un embarazo donde el feto presente

malformaciones incompatibles con la vida se esta vulnerando el derecho a estar libre de toda clase de tortura, siendo catalogado la afectación moral y la psicológica como una forma de tortura, la misma que repercute en la salud de la madre.

RECOMENDACIONES

1. Con la finalidad de evitar que se sigan vulnerando los derechos de las madres gestantes, que desafortunadamente, presenten casos donde el feto tiene malformaciones incompatibles con la vida, debe ser despenalizado el Aborto Eugénico para estos determinados casos. Para lo cual se debe determinar como requisito imprescindible el diagnóstico de dos médicos especialistas en neonatología u obstetricia, a fin de que no existan dudas ni errores en el diagnóstico. Así mismo, esta interrupción del embarazo debería de llevarse a cabo en cualquier estado de la gestación, sin necesidad de que exista un límite de tiempo determinado.
2. Se recomienda al estado peruano a implementar políticas de estado, que permitan otorgar un mayor apoyo a las madres gestantes cuyos fetos presenten malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, ya que al estar frente a casos de dicha envergadura, deberá ser asistida durante todo el proceso además de un medico obstetra también por un médico psiquiatra a fin de preservar la integridad psicosomática de la madre.
3. La política del Estado peruano no debe verse influenciado por la iglesia , la misma que frente a algún debate sobre estos casos, como se ha visto con anterioridad, la misma que se opone al aborto eugenésico y al aborto

sentimental, teniendo como fundamento el mandamiento de “no mataras”, sin embargo, frente a casos donde el feto presente graves malformaciones incompatibles con la vida, este fundamento decaería, ya que la esperanza de vida del feto fuera del vientre de la madre sería nula, afectando gravemente la salud de la madre, cuya vida ya está constituida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEHAR RIVERO, Daniel. *Introducción a la metodología de la investigación*. Editorial Shalom, 2008.

BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis y otro. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Lima, Editorial San Marcos.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial HELIASTA S.R.L. 1993.

Código Penal Peruano, Jurista Editores, Lima, 2016.

GARCIA DEL RIO, Flavio. *Manual de Derecho Penal parte general & parte especial*. Perú, Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L, 2003.

GONZÁLEZ MARSAL Carmen. “*El Aborto Eugénico En España*”. Intersticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico. 2 (4). Pp. 259- 269. 2010

GUTIERREZ Walter (Director). *La Constitución Comentada*. 1era Edición. Tomo II. Lima, Editorial Gaceta Jurídica S.A. 2005.

H.-H. JESCHECK; T. WEIGEND. *Tratado de derecho penal Parte general*.
Lima, Editorial INSTITUTO PACIFICO S.A.C, 2014.

HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Manual de
Derecho Penal Parte General* Tomo I. Lima, Editorial IDEMSA, 2011.

MANTOVANI, Ferrando. *Los Principios Del Derecho Penal*. Lima, Editorial
Legales Editores. Primera Edición. 2007.

PEÑA CABRERA, Alonso. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. Lima,
Editorial Moreno S.A. 2011.

REATEGUI SANCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*.
Lima, Editorial Instituto Pacifico S.A.C. 1ra Edición, 2015.

ROBERT, Alexy, (1980), “Teoría de la argumentación jurídica”, Editorial
Centro de Estudios Constitucionales.

RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. “*La despenalización del aborto y el
matrimonio igualitario en el Perú*”. Rev. Practica constitucional actualidad
constitucional (Internet). N° 69, Pp. 329-338, 2013

SALINA SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal Parte Especial*. Perú, Editorial IUSTITIA. 6ta Edición, 2015.

URQUIZO OLAECHEA, José. *Código Penal Tomo I*. Perú, Editorial Asociación Universidad Privada San Juan Bautista Fondo Editorial, 2014.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Lima, Editorial GRIJLEY, 2014.

ZELAYAARAN DURAND, Mauro. *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima, Ediciones Jurídicas, 2000.

REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS

Naciones Unidas Asamblea General. “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” A/66/254. Disponible en:
http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/66/254&referer=http://www.anue.org/es/content/el-aborto-la-onu-y-el-derecho-la-salud&Lang=S

Comunicación N° 1153/2003. Caso Karen Llantoy contra el Perú. 2012.

Disponible en:

https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/V.%20Comit%C3%A9%20de%20Derechos%20Humanos.pdf

HURTADO POZO José. “*Aborto. Manual De Derecho Penal Parte Especial 2*”. Disponible en:

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_04.pdf.

Normas Legales. El Peruano, 28/06/2014. Disponible en:

http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43391/1/9275324824_spa.pdf

Organización Mundial de la Salud. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Disponible en:

http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf?ua=1

Sentencia C-355, de 10 de mayo de 2006 de la Corte Constitucional.

Disponible en:

http://www.secretariasenado.gov.co/señado/basedoc/cc_sc_nf/2006/c-355_2006.html1

TARACENA, Rosario. “El aborto a debate. Análisis de los argumentos de liberales y conservadores” Revista Desacatos, núm. 17, pp. 15-32,2005.

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13901702>

ANEXOS

Anexo 1.a

TITULO:LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EUGENÉSICO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO PARA CASOS DONDE EXISTAN MALFORMACIONES INCOMPATIBLES CON LA VIDA COMO CONSECUENCIA DE LA AFECTACIÓN GRAVE Y PERMANENTE DE LA SALUD DE LA MADRE GESTANTE			
PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	ASPECTOS METODOLOGICO
<p>FORMULACIÓN DEL PROBLEMA GENERAL</p> <p>¿Debe despenalizarse el aborto eugenésico en el Código Penal Peruano para casos donde el feto padezca de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina como consecuencia de la afectación grave y permanente de la salud de la madre gestante?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL:</p> <p>Sustentar por qué debe despenalizarse el aborto eugenésico en el Código Penal Peruano para casos donde el feto presente malformaciones incompatibles con la vida extrauterina como consecuencia de la afectación grave y permanente de la salud de la madre gestante</p>	<p>HIPOTESIS GENERAL:</p> <p>El aborto eugenésico para casos donde existan malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, sí debe ser despenalizado del Código Penal Peruano como consecuencia de la afectación grave y permanente de la salud de la madre gestante. Ya que la madre al ser sometida a tratos inhumanos y crueles a fin de proteger la vida del concebido, la misma que no tiene futuro, se le estaría sometiendo a tortura afectando gravemente su salud.</p>	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Dogmático- Normativa</p> <p>NIVELES DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Correlacional</p> <p>DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>No Experimental</p> <p>DISEÑO GENERAL:</p> <p>Transversal</p> <p>DISEÑO ESPECÍFICO: jurídico-explicativo</p> <p>MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Método Dogmático Método Hermenéutico Método De La Argumentación Jurídica</p>

Anexo 1.b

NACIONES
UNIDAS

CCPR



Pacto Internacional
de Derechos Civiles
y Políticos

Distr.
RESERVADA*

CCPR/C/85/D/1153/2003
22 de noviembre de 2005

Original: ESPAÑOL

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS
85º período de sesiones
17 de octubre a 3 de noviembre de 2005

DICTAMEN

Comunicación No. 1153/2003

<u>Presentada por:</u>	Karen Noelia Llantoy Huamán (representada por las organizaciones DEMUS, CLADEM y "Center for Reproductive Law and Policy")
<u>Presunta víctima:</u>	La autora
<u>Estado Parte:</u>	Perú
<u>Fecha de la comunicación:</u>	13 de noviembre de 2002 (comunicación inicial)
<u>Referencias:</u>	Decisión del Relator Especial con arreglo al artículo 91 del reglamento, transmitida al Estado Parte el 8 de enero de 2003 (no se publicó como documento)
<u>Fecha de aprobación del dictamen:</u>	24 de octubre de 2005

* Se divulga por decisión del Comité de Derechos Humanos.

GE.05-45156

Tema: Negativa a prestarle servicios médicos a la autora en el caso de un aborto terapéutico no punible, expresamente contemplado por la ley.

Cuestiones de forma: Fundamentación suficiente de la alegada violación- inexistencia de recursos internos eficaces.

Cuestión de fondo: Derecho a un recurso efectivo; derecho a la igualdad entre hombres y mujeres; derecho a la vida, derecho a no ser sometido a tratos crueles inhumanos o degradantes; derecho a no ser objeto de de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada; derecho a las medidas de protección que la condición de menor requiere y derecho a la igualdad ante la ley.

Artículo del Pacto: 2, 3, 6, 7, 17, 24 y 26

Artículos del Protocolo Facultativa: 2

El 24 de octubre de 2005 el Comité de Derechos Humanos aprobó su dictamen a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo respecto de la comunicación Nº 1153/2003. El texto del dictamen figura en el anexo del presente documento.

[ANEXO]

ANEXO

DICTAMEN DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS EMITIDO A TENOR
DEL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 5 DEL PROTOCOLO FACULTATIVO
DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

-85° PERÍODO DE SESIONES-

respecto de la

Comunicación No. 1153/2003**

<u>Presentada por:</u>	Karen Noelia Llantoy Huamán (representada por las organizaciones DEMUS, CLADEM y "Center for Reproductive Law and Policy")
<u>Presunta víctima:</u>	La autora
<u>Estado Parte:</u>	Perú
<u>Fecha de la comunicación:</u>	13 de noviembre de 2002 (comunicación inicial)

El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Reunido el 24 de octubre de 2005,

Habiendo concluido el examen de la comunicación N° 1153/2003, presentada en nombre de Karen Noelia Llantoy Huamán con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Habiendo tenido en cuenta toda la información que le han presentado por escrito la autora de la comunicación y el Estado Parte,

Aprueba el siguiente:

** Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Sr. Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Sra. Christine Chanet, Sr. Maurice Glèlé Ahanhanzo, Sr. Edwin Johnson, Sr. Walter Kälin, Sr. Ahmed Tawfik Khalil, Sr. Rajsoomer Lallah, Sr. Michael O'Flaherty, Sra. Elisabeth Palm, Sr. Rafael Rivas Posada, Sr. Nigel Rodley, Sr. Ivan Shearer, Sr. Hipólito Solari-Yrigoyen y Sr. Roman Wieruszewski.

Se adjunta al presente documento el texto de un voto particular del Sr. Hipólito Solari-Yrigoyen.

Dictamen emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo

1. La autora de la comunicación es Karen Noelia Llantoy Huamán, nacida en 1984, quien alega ser víctima de una violación por parte de Perú, de los artículos 2, 3, 6, 7, 17, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Está representada por las organizaciones DEMUS, CLADEM y "Center for Reproductive Law and Policy". El Protocolo Facultativo entró en vigor para Perú el 3 de octubre de 1980.

Antecedentes de hecho

2.1 La autora quedó embarazada en marzo de 2001, cuando tenía 17 años de edad. El 27 de junio de 2001 se le realizó una ecografía en el Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima, dependiente del Ministerio de Salud. Del examen se estableció que se trataba de un feto anencefálico.

2.2 El 3 de julio de 2001, el Doctor Ygor Pérez Solf, médico gineco-obstetra del Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima, informó a la autora sobre la anomalía que sufría el feto y los riesgos contra su vida en caso de continuar con el embarazo. El doctor Pérez le señaló que tenía dos opciones: continuar o interrumpir la gestación; recomendándole la interrupción mediante un legrado uterino. La autora decidió interrumpir el embarazo, por lo cual se le practicaron los estudios clínicos necesarios, los cuales confirmaron el padecimiento del feto.

2.3 El 19 de julio de 2001, cuando la autora se presentó en el hospital en compañía de su madre para ser internada para la intervención, el Doctor Pérez le informó que debía solicitarse la autorización por escrito al Director del hospital. Siendo la autora menor de edad, su madre, la Señora Elena Huamán Lara, presentó dicha solicitud. El 24 de julio de 2001, el Doctor Maximiliano Cárdenas Díaz, Director del Hospital, respondió por escrito, que no era posible realizar la interrupción de la gestación, por cuanto hacerlo sería contravenir a las normas legales, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del Código Penal, el aborto era reprimido con "pena privativa de libertad no mayor de tres meses (2) cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas" y que, conforme al artículo 119 del mismo Código, "solo el aborto terapéutico está permitido cuando "la suspensión del embarazo es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave permanente".

2.4 El 16 de agosto de 2001, la Señora Amanda Gayoso, Asistente Social adscrita al Colegio de Asistentes Sociales del Perú, realizó una evaluación del caso y concluyó que se recomendaba la intervención médica para interrumpir el embarazo « ya que de continuar solo se prolongaría la angustia e inestabilidad emocional de Karen y su familia ». Sin embargo, la intervención no se realizó debido a la negativa de los funcionarios médicos adscritos al Ministerio de Salud.

2.5 El 20 de agosto de 2001, la Doctora Marta B. Rendón, médico psiquiatra adscrita al Colegio Médico Peruano rindió un informe médico psiquiátrico de la autora, concluyendo que: "el presunto principio de la beneficencia para el feto ha dado lugar a maleficencia grave para la madre, pues se le ha sometido innecesariamente a llevar a término un embarazo cuyo desenlace fatal se conocía de antemano y se ha contribuido significativamente a desencadenar un cuadro de

depresión con las severas repercusiones que esta enfermedad tiene para el desarrollo de una adolescente y para la futura salud mental de la paciente”.

2.6 El 13 de enero de 2002, con una demora de tres semanas respecto a la fecha normalmente prevista para el parto, la autora dio a luz una niña anencefálica, que vivió cuatro días; período durante el cual debió amamantarla. Después de la muerte de su hija, la autora se sumió en un estado de profunda depresión. Así lo diagnosticó la psiquiatra Marta B. Rondón. Asimismo, la autora afirma que padeció de una inflamación vulvar que requirió tratamiento médico.

2.7 La autora presenta al Comité la declaración médica de los Doctores Annibal Faúdes y Luis Távora, especialistas de la asociación “Center for Reproductive Rights”, quienes el 17 de enero de 2003 estudiaron el expediente clínico de la autora y señalaron que la anencefalia es una enfermedad fatal para el feto en todos los casos. La mayoría mueren inmediatamente después del nacimiento. Además pone en peligro la vida de la madre. En su opinión, al haber rechazado interrumpir el embarazo, el personal médico tomó una decisión perjudicial para la autora.

2.8 En cuanto al agotamiento de recursos internos, la autora alega que, se exceptúa este requisito cuando los recursos judiciales disponibles a nivel nacional son ineficaces para el caso que se plantea, y recuerda que el Comité ha establecido en múltiples ocasiones que el autor no está obligado a agotar un recurso que sería ineficaz. Agrega que en el Perú no existe ningún recurso administrativo que permita interrumpir un embarazo por motivos terapéuticos, y no existe tampoco ningún recurso judicial que opere con la celeridad y eficacia necesarias para que una mujer pueda exigir a las autoridades la garantía de su derecho a un aborto legal dentro del período limitado, en virtud de las circunstancias especiales que se requieren en estos casos. Asimismo, señala que sus limitaciones económicas y las de su familia le impidieron obtener asesoría legal.

2.9 La autora afirma que la denuncia no se encuentra pendiente ante otro procedimiento de arreglo internacional.

La denuncia

3.1 La autora alega una violación del artículo 2 del Pacto, ya que el Estado parte incumplió su obligación de garantizar el ejercicio de un derecho. El Estado debió haber tomado medidas frente a la resistencia sistemática de la comunidad médica a cumplir con la disposición legal que autoriza el aborto terapéutico y a la interpretación restrictiva que hace de éste. Dicha interpretación restrictiva fue patente en el caso de la autora, al considerar que un embarazo de feto anencefálico no ponía en peligro su vida y su salud. El Estado debió haber tomado medidas que hicieran posible la aplicación de la excepción a la penalización del aborto, con el fin de que, en los casos donde la integridad física y mental de la madre corre peligro, ésta pueda acceder a un aborto seguro.

3.2 La autora alega haber sido objeto de discriminación, en violación del artículo 3 del Pacto por los siguientes motivos:

- (a) En el acceso a los servicios de salud, ya que no se reconocieron sus diferentes necesidades particulares por razón de su sexo. La autora afirma que la ausencia de medidas estatales para evitar que se vulnerar su derecho a un aborto legal por motivos terapéuticos, solo requerido por las mujeres, sumado a la arbitrariedad del personal de salud, trajo como resultado una práctica discriminatoria que violó sus derechos y que esta vulneración es aún más grave si se tiene en cuenta que se trataba de una menor.
- (b) Discriminación en el ejercicio de sus derechos, ya que a pesar de que la autora tenía derecho a un aborto terapéutico, las actitudes y prejuicios sociales no permitieron que esto se llevara a cabo; impidiéndole el disfrute de sus derechos a la vida, salud, intimidad y a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes en igualdad de condiciones con los hombres.
- (c) Discriminación en el acceso a los tribunales; teniendo en cuenta los prejuicios de los funcionarios del sistema de salud y de la rama judicial en relación con las mujeres y la ausencia de una acción legal apropiada para exigir el respeto del derecho a obtener un aborto legal cuando se cumplen las condiciones establecidas por la ley, en el tiempo y las condiciones adecuadas.

3.3 La autora alega una violación al artículo 6 del Pacto. Señala que la experiencia por la que tuvo que pasar le dejó graves secuelas en su salud mental de las que todavía no se ha recuperado. Recuerda que el Comité ha señalado que el derecho a la vida no puede entenderse de manera restrictiva, sino que de hecho requiere que los Estados adopten medidas positivas para su protección, incluyendo las medidas necesarias para evitar que las mujeres recurran a abortos clandestinos que pongan en peligro su salud y su vida especialmente cuando se trata de mujeres pobres. Agrega que el Comité ha considerado la falta de acceso de las mujeres a servicios de salud reproductiva, incluido el aborto, como una violación del derecho de la mujer a la vida, y que esto ha sido reiterado por otros comités como el Comité por la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La autora alega que en el presente caso, la vulneración del derecho a la vida se configuró en el hecho de que el Estado peruano no adoptó las medidas para que la autora obtuviera una interrupción segura de un embarazo por inviabilidad fetal. Afirma que la negativa a prestar el servicio de aborto legal la dejó entre dos opciones igualmente peligrosas para su vida e integridad: optar por buscar servicios de aborto clandestino -y por lo tanto altamente riesgosos-, o continuar con un embarazo peligroso y traumático, que puso en peligro su vida.

3.4 La autora alega una violación al artículo 7 del Pacto. Señala que la obligación que se le impuso de continuar de manera forzada con el embarazo constituye un trato cruel e inhumano, ya que tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que sus horas de vida estaban contadas. Afirma que esta fue una terrible experiencia que sumó más dolor y angustia a la ya acumulada durante el período en que estuvo obligada a continuar con el embarazo, ya que se le sometió al « funeral prolongado » de su hija, y que después de su muerte, se sumió en un estado de profunda depresión.

3.5 La autora recuerda que el Comité ha señalado 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 menores¹. Recuerda que el mismo Comité, al examinar el reporte del Perú en 1996 opinó que las normas restrictivas sobre el aborto sometían a las mujeres a un trato inhumano, contrariando el artículo 7 del Pacto; y que en 2000, el Comité reiteró al Estado parte que la penalización del aborto era incompatible con los artículos 3, 6 y 7 del Pacto².

3.6 La autora alega una violación del artículo 17, argumentando que este derecho protege a las mujeres de la intrusión en las decisiones que recaen sobre sus cuerpos y sus vidas, y les da la posibilidad de ejercer su derecho a decidir de manera autónoma sobre su vida reproductiva. La autora afirma que el Estado parte interfirió de manera arbitraria en su vida privada, tomando por ella una decisión sobre su vida y salud reproductiva que la sometió a llevar a término un embarazo forzado, violando con ello su derecho a la intimidad. Agrega que la prestación del servicio estaba disponible y si no hubiera sido por la injerencia que los agentes del Estado tuvieron en su decisión, que estaba amparada en la ley, ella habría podido interrumpir el embarazo. Recuerda al Comité, que las niñas y adolescentes tienen una protección especial por su condición de menores, como esta reconocido en el artículo 24 del Pacto y en la Convención de los Derechos del Niño.

3.7 La autora alega una violación del artículo 24, ya que no recibió la atención especial que requería, en su condición de niña adolescente, por parte de las instancias de salud. Ni su bienestar ni su estado de salud fueron un objetivo de las autoridades que se negaron a practicarle el aborto. La autora recuerda que El Comité ha establecido en su Observación General No. 17, sobre el artículo 24, que el Estado debe también tomar medidas de orden económico, social y cultural para garantizar este derecho. Por ejemplo, deberían adoptarse todas las medidas posibles de orden económico y social para disminuir la mortalidad infantil y evitar que se les someta a actos de violencia o a tratos crueles o inhumanos, entre otras posibles violaciones.

3.8 La autora alega una violación del artículo 26, argumentando que el hecho de que las autoridades peruanas hayan considerado que su caso no encuadraba dentro del aborto terapéutico contemplado en el código penal como no penalizado, la dejó en un estado de desprotección incompatible con la garantía de protección ante la ley garantizada por el artículo 26. La garantía de una igual protección frente a la ley requiere otorgar especial protección a ciertas categorías de situaciones que requieren un tratamiento específico. En el presente caso, en razón de una interpretación sumamente restrictiva de la ley penal, las autoridades de salud desprotegeron a la autora ignorando la protección especial que su situación requería.

3.9 La autora alega que la dirección del centro de salud la dejó en estado de indefensión como consecuencia de una interpretación restrictiva del artículo 119 del Código Penal. Agrega que no existe nada en la letra de la ley que indique que la excepción legal del aborto terapéutico debe

¹ Observaciones General No. 20 del Comité de Derechos Humanos: (art. 7), 10 de marzo de 1992, HRI/GEN/1/Rev 1, par. 2 y 5.

² Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, 15 de noviembre de 2000, CCPR/CO/70/PER, par. 20.

aplicarse solo en casos de peligro para la salud física. Las autoridades hospitalarias si distinguieron y dividieron el concepto de salud, transgrediendo así el principio jurídico que señala donde la ley no distingue, no debemos distinguir. Señala que, la salud es « un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de dolencias o enfermedades », que por lo tanto, cuando el Código penal peruano habla de salud, lo hace en sentido amplio e integral protegiendo, tanto la salud física como la mental de la madre.

Omisión del Estado parte de cooperar conforme al artículo 4 del Protocolo Facultativo

4. El 23 de julio de 2003, el 15 de marzo y el 25 de octubre de 2004, se enviaron recordatorios al Estado parte, para que presentara al Comité información sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación. El Comité observa que dicha información no se ha recibido. El Comité lamenta el hecho de que el Estado Parte no haya proporcionado ninguna información en relación con la admisibilidad o el fondo de las alegaciones de la autora. Recuerda que está implícito en el Protocolo Facultativo que los Estados Partes deben poner a disposición del Comité toda la información de que dispongan. Ante la falta de respuesta del Estado Parte, debe darse el peso debido a las alegaciones de la autora, en la medida en que estas hayan quedado debidamente fundamentadas.³

Deliberaciones del Comité

Examen relativo a la admisibilidad

5.1 De conformidad con el artículo 93 de su reglamento, antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si la comunicación es admisible en virtud de Protocolo Facultativo del Pacto.

5.2 El Comité observa que según la autora el mismo asunto no ha sido sometido a ningún otro procedimiento internacional de examen. El Comité también toma nota de sus argumentos en el sentido de que en el Perú no existe ningún recurso administrativo que permita interrumpir un embarazo por motivos terapéuticos, y no existe tampoco ningún recurso judicial que opere con la celeridad y eficacia necesarias para que una mujer pueda exigir a las autoridades la garantía de su derecho a un aborto legal dentro del periodo limitado, en virtud de la circunstancias especiales que se requieren en estos casos. El Comité recuerda su jurisprudencia en el sentido de que un recurso que no puede prosperar no puede contar y no tiene que agotarse a los fines del Protocolo Facultativo⁴. No se ha recibido ninguna objeción del Estado Parte en este sentido, por lo que debe darse el peso debido a las alegaciones de la autora. Por lo tanto, el Comité considera que se han satisfecho los requisitos de los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

³ Véase, Comunicación Nº 760/1997, *J.G.A. Diergaart et al c. Namibia*; Dictamen aprobado el 25 de julio de 2000, pár.10.2 y, Comunicación No. 1117/2002, *Saodat Khomidova c. Tajikistan*; Dictamen aprobado el 29 de Julio de 2004, pár.4.

⁴ Véase Comunicación Nº 701/1996, *Cesáreo Gómez Vázquez c. España*; Dictamen del 20 de julio de 2000, pár.6.2.

5.3 El Comité considera que las alegaciones de la autora relativas a una presunta violación de los artículos 3 y 26 del Pacto no han sido debidamente fundamentadas, ya que la autora no ha traído a la consideración del Comité elementos de juicio sobre los hechos ocurridos que pudieran establecer algún tipo de discriminación a los que se refieren los artículos citados. Por consiguiente, la parte de la comunicación que se refiere a los artículos 3 y 26 se declara inadmisibles con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

5.4 El Comité observa que la autora ha alegado una violación del artículo 2, del Pacto. El Comité recuerda su constante jurisprudencia consistente en que el artículo 2 constituye un compromiso general de los Estados, y por su carácter accesorio, no puede ser invocado aisladamente por particulares en virtud del Protocolo Facultativo⁵. Por consiguiente, la denuncia relacionada con el artículo 2 será analizada conjuntamente con las demás alegaciones hechas por la autora.

5.5 En cuanto a las alegaciones relativas a los artículos 6, 7, 17 y 24 del Pacto, el Comité considera que están suficientemente fundamentadas, a efectos de la admisibilidad, y que parecen plantear cuestiones en relación con esas disposiciones. En consecuencia, procede a examinar la comunicación en cuanto al fondo.

Examen relativo al fondo

6.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información recibida, según lo estipulado en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.2 El Comité observa que la autora acompañó una declaración médica que acredita que debido a su embarazo estuvo sujeta a un riesgo vital. Además, quedó con secuelas psicológicas severas acentuadas por su situación de menor de edad, como lo estableció el dictamen psiquiátrico del 20 de agosto de 2001. El Comité nota que el Estado parte no ha presentado ningún elemento para desacreditar lo anterior. El Comité observa que las autoridades estaban en conocimiento del riesgo vital que corría la autora, pues un médico gineco-obstetra del mismo hospital le había recomendado la interrupción del embarazo, debiendo realizarse la intervención médica en ese mismo hospital público. La negativa posterior de las autoridades médicas competentes a prestar el servicio pudo haber puesto en peligro la vida de la autora. La autora señala que no contó con un recurso eficaz para oponerse a tal decisión. A falta de cualquier información del Estado parte, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora.

6.3 La autora alega que, debido a la negativa de las autoridades médicas a efectuar el aborto terapéutico, tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo. Esta fue una experiencia que sumó más dolor y angustia a la ya acumulada durante el período en que estuvo obligada a continuar con su embarazo. La autora acompaña un certificado psiquiátrico del 20 de agosto de 2001, que establece el estado de profunda depresión en la que se sumió y las severas repercusiones que esto le trajo, teniendo en

⁵ Véase Comunicación N° 802/1998, *Andrew Rogerson c. Australia*; Dictamen del 3 abril 2002, p.7.9.

cuenta su edad. El Comité observa que esta situación podía preverse, ya que un médico del hospital diagnosticó que el feto padecía de anencefalia, y sin embargo, el director del hospital Estatal se negó a que se interrumpiera el embarazo. 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 No.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 menores⁶. Ante la falta de información del Estado parte en este sentido, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora. En consecuencia, el Comité considera que los hechos que examina revelan una violación del artículo 7 del Pacto. A la luz de esta decisión, el Comité no considera necesario, en las circunstancias del caso, tomar una decisión relativa al artículo 6 del Pacto.

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. Ante la falta de información del Estado parte, debe darse el peso debido a la denuncia de la autora en el sentido de que cuando los hechos ocurrieron, las condiciones para un aborto legal, conforme a lo establecido por la ley, estaban presentes. 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.

6.5 La autora alega una violación del artículo 24 del Pacto, ya que no recibió del Estado parte la atención especial que requería en su condición de menor de edad. El Comité observa la vulnerabilidad especial de la autora por ser menor de edad. Nota además que, ante la falta de información del Estado parte, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora en el sentido de que no recibió, ni durante ni después de su embarazo, el apoyo médico y psicológico necesario en las circunstancias específicas de su caso. En consecuencia, el Comité considera que los hechos que examina revelan una violación del artículo 24 del Pacto.

6.6 La autora alega haber sido objeto de violación del artículo 2 porque no contó con un recurso adecuado. Ante la falta de información del Estado parte el Comité considera que debe otorgar el peso debido a las alegaciones de la autora en cuanto a la falta de un recurso adecuado y concluye, por consiguiente, que los hechos examinados revelan igualmente una violación del artículo 2 en relación con los artículos 7, 17 y 24 del Pacto.

7. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto, considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación de los artículos 2, 7, 17 y 24 del Pacto.

⁶ Observaciones General No. 20 del Comité de Derechos Humanos: Prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), 10 de marzo de 1992, HRI/GEN/1/Rev 1, par. 2 y 5.

8. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte tiene la obligación de proporcionar a la autora un recurso efectivo que incluya una indemnización. El Estado Parte tiene la obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

9. Teniendo presente que, por ser Parte en el Protocolo Facultativo, el Estado Parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a ofrecer un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para dar cumplimiento al presente dictamen. Se pide al Estado Parte asimismo que publique el dictamen del Comité.

[Hecho en español, francés e inglés, siendo la española la versión original. Posteriormente se publicará también en árabe, chino y ruso como parte del informe anual del Comité a la Asamblea General.]

APÉNDICE

VOTO EN DISIDENCIA DEL MIEMBRO DEL COMITÉ HIPOLITO SOLARI-YRIGOYEN

Fundo a continuación mis opinión disidente con el voto de la mayoría en el punto que no ha considerado violado el artículo 6º del Pacto en la comunicación en examen:

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

El Comité observa que la autora, cuando era menor de edad, y su madre, fueron informadas por el médico ginecólogo-obstetra del Hospital Nacional de Lima al que concurren con motivo del embarazo de la primera, que el feto sufría de una anencefalia, que provocaría fatalmente su muerte al nacer. Le señaló entonces a la autora que tenía dos opciones, a saber: 1) Continuar el embarazo lo que pondría en riesgo su propia vida o 2) interrumpir la gestación mediante un aborto terapéutico, recomendándole esta última opción. Ante este concluyente consejo del médico especialista que la puso al tanto de los riesgos que corría su vida de continuar el embarazo, la autora decidió seguir el consejo del profesional y aceptó la segunda opción, motivo por el cual se le hicieron todos los análisis clínicos necesarios que ratificaron los dichos del médico sobre los riesgos de la vida de la madre de continuar el embarazo y sobre la muerte inesorable del feto al nacer.

Con los certificados médicos y psicológicos acompañados, la autora ha acreditado todas sus afirmaciones sobre el riesgo vital que corría con la continuidad del embarazo. Pese a dichos riesgos el director del Hospital público no permitió el aborto terapéutico permitido por la ley del Estado Parte, por considerar que no era un aborto de tales características sino que sería un aborto voluntario e infundado reprimido por el Código Penal. No acompañó al respecto ningún dictamen legal que respaldase sus encuadramiento extraprofesional ni que desvirtuara las acreditaciones médicas que señalaban los serios riesgos de la vida de la madre. El Comité puede observar, además, que el Estado Parte no ha presentado ningún elemento de prueba que contradiga los dichos de la autora y las pruebas por ella aportadas. La negativa al aborto terapéutico no solo puso en riesgo la vida de la autora sino que le produjo serias consecuencias, las que también han sido acreditadas por la autora ante el Comité con certificados válidos.

No solo quitándole la vida a una persona se viola el artículo 6º del Pacto sino también cuando se pone su vida ante serios riesgos, como ha ocurrido en el presente caso. En consecuencia considero que los hechos expuestos revelan una violación del artículo 6 del Pacto.

[Firmado]: Hipólito Solari-Yrigoyen

[Hecho en español, francés e inglés, siendo la inglesa la versión original. Posteriormente se publicará también en árabe, chino y ruso como parte del informe anual del Comité a la Asamblea General.]