



Autónoma
Universidad Autónoma del Perú

**FACULTAD DE HUMANIDADES
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO
TESIS**

**“CONSENTIMIENTO Y REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA MUJER EN LOS
CASOS DE ABORTO TERAPEUTICO EN EL PERÚ”**

PARA OBTENER EL TÍTULO DE

ABOGADA

AUTORA

EDITH STEPHANIA MESARES FLORES

ASESOR

HUGO AUGENCIO GONZALES AGUILAR

LIMA, PERÚ, AGOSTO DE 2017

DEDICATORIA

A Dios por darme aquella fuerza espiritual que siempre uno necesita para poder vencer aquellos obstáculos que se han ido presentando a lo largo de mi vida, a mi pequeña hija Cielo Valentina por ser el motor y motivo para terminar mi carrera con éxito, a un ser que me ha dado la vida como es mi madre Angélica Flores Rojas que siempre me ha brindado su apoyo incondicionalmente tanto en lo moral como en lo económico durante este largo camino académico y de la misma forma agradecer a mi esposo Richard Huauya Valenzuela por estar a mi lado apoyándome en todo momento, y a una personita llamada Jessica Llungo Silva por darme siempre la motivación y ánimos de seguir creciendo profesionalmente.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento esta con todas esas personas que de alguna forma han influenciado enormemente en mi vida, para que de esa forma pueda alcanzar un peldaño más en lo que concierne a mi vida profesional: agradecer a la universidad “Autónoma Del Perú”, y de manera individualizada a la escuela profesional de derecho, la misma que se encuentra a cargo el Dr. Juan Ernesto Gutierrez Otiniano, doctor que siempre motiva a todos sus alumnos para continuar estudiando y superándose día a día, como también aquellos consejos de continuar avanzando y seguir trazándonos metas, agradecer a todos aquellos diferentes docentes que me brindaron sus conocimientos.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación titulado **“CONSENTIMIENTO Y REPRESENTACIÓN DE LA MUJER EN LOS CASOS DE ABORTO TERAPEUTICO EN EL PERÚ”** tiene como objetivo principal determinar en qué condiciones opera el consentimiento de la mujer que será sometida a un aborto legal terapéutico según lo previsto en el artículo 119° del Código Penal y, en su defecto, cómo funcionaría la representación legal.

Nuestra investigación es de tipo no experimental y explicativa. La muestra para las entrevistas corresponde a abogados y médicos que realizan su labor en el distrito de San Juan de Miraflores.

Para el desarrollo del presente trabajo se ha considerado la regulación nacional que permite el aborto terapéutico, además del pronunciamiento del año 2005 del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad del Estado peruano en el caso de Karen Llantoy. También se ha tomado en consideración que en el año 2014 solo 17 de 400 hospitales tenían guías para implementar el aborto terapéutico, mientras que el resto no podía actuar sin respaldo del Minsa (*El Comercio*, 11 de abril de 2014).

Según Promsex, de mayo a diciembre del año 2013 doscientas cuarentaidós (242) mujeres murieron por causas asociadas al embarazo. De esta cifra, 77 fallecieron por causas indirectas, mientras que el 30% de las muertes maternas registradas provino de enfermedades existentes desde antes del embarazo o de una patología que evolucionó durante el embarazo. En el año 2014 fallecieron 20 mujeres por causa de muerte materna indirecta. Son 97 muertes que pudieron ser evitadas si estas mujeres hubieran podido acceder, bajo su consentimiento, a un aborto terapéutico (*El Comercio*, 11 de abril de 2014).

Considero que es fundamental conocer cómo operaría el consentimiento de la mujer que debe someterse a este tipo de aborto, pero también cómo funcionaría la representación en caso de encontrarse imposibilitada para emitir una declaración de voluntad válida. En este último caso, hemos revisado lo concerniente a la teoría del acto jurídico y la representación, siendo precisamente el tema de la representación el que genera la mayor preocupación y del que precisamente se desprende nuestro aporte, toda vez que la mujer adulta no tiene como representante al marido o conviviente ni tampoco a sus padres. En ese sentido, existe silencio por parte del legislador en torno a quien le correspondería esa representación legal, o si judicialmente y mediante un proceso urgente tendría que nombrarse a dicho representante.

Palabras clave: Aborto terapéutico. Consentimiento. Representación.

ABSTRACT

This paper titled "CONSENT AND REPRESENTATION OF WOMEN IN CASES OF THERAPEUTIC ABORTION IN PERU" main objective conditions under which operates the consent of the woman will undergo a therapeutic abortion legal under Article 119 of the Penal Code, and failing that, how to work the legal representation.

The research is not experimental and explanatory type. The sample for interviews corresponds to lawyers and doctors who perform their work in the district of San Juan de Miraflores.

For the development of this issue it is considered national rules permitting therapeutic abortion, but also the ruling of the Human Rights Committee of the United Nations ruled declaring responsibility of the Peruvian State in the case of Karen Llantoy in 2005 also consider that by 2014, 17 400 hospitals, only have guidelines for implementing the therapeutic abortion and the rest can not act without support of MINSA (El Comercio April 11, 2014).

According PROMSEX from May to December 2013, 242 women died from causes related to pregnancy. 77 of them died from indirect causes, 30% of maternal deaths came from existing disease before pregnancy or a pathology that evolved during it. 2014 20 women have died by indirect maternal death. Are 97 deaths that could be avoided if they could, with their consent, access to a therapeutic abortion (El Comercio April 11, 2014).

I therefore consider it essential to know how to operate the consent of the woman who must undergo this type of abortion, but also how to work the representation of being unable to issue a valid will, for which we reviewed with regard to the theory of legal act and representation, the latter being the point of most concern and which our contribution is clear, since the adult female does not have to represent the husband or partner, nor his parents; there silence of the legislator about who would correspond legal representation, or would have to legally and through a process urgently appoint a representative.

Keywords: therapeutic abortion, consent, representation.

ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
RESUMEN	
ABSTRACT	
INTRODUCCIÓN	
CAPÍTULO I	1
1.1. Situación problemática	2
1.2. Formulación del problema.....	4
1.2.1. Problema general.....	4
1.2.2. Problemas específicos	4
1.3. Objetivos	5
1.3.1. Objetivo general.....	5
1.3.2. Objetivos específicos	5
1.4. Justificación e importancia	5
1.4.1. Justificación teórica	5
1.4.2. Justificación metodológica.....	6
1.4.3. Justificación práctica.....	6
1.5. Limitación de la investigación.....	6
CAPITULO II	7
2.1. Antecedentes.....	8
2.2. Bases teóricas y científicas	11
CAPÍTULO III	66
3.1. Tipo y diseño de investigación	67
3.1.1 Tipo de investigación	67
3.1.2 Diseño de investigación.....	67
3.2. Supuestos Categóricos	67
3.2.1. Supuestos Categóricos 1.....	67
3.2.2. Supuestos Categóricos 2	67
3.3. Método e instrumentos de investigación	68
CAPITULO IV	71
4.1. RESULTADOS DE ENTREVISTAS EFECTUADAS A ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN MATERIA PENAL.....	72

4.2. RESULTADOS DE ENTREVISTAS EFECTUADAS A MEDICOS-OBSTETRAS	75
CAPÍTULO V	81
5.2 Conclusiones.....	85
5.3 Recomendaciones.....	87
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	89
ANEXOS	93

ÍNDICE DE FIGURAS

Total de abogados que conocieron casos de aborto terapéutico.....	72
Quién debe asumir la representación de una mujer que no puede dar su consentimiento	73
Si la mujer no tuviera familiares.....	74
Cuál debe ser el procedimiento a seguirse.....	75
Total de obstetras que conocieron casos de aborto terapéutico.....	76
Quién debe asumir la representación de la mujer que no puede dar su consentimiento	77
Quién debe asumir la representación en caso de que la mujer no tuviera familiares.....	78
Procedimiento a seguirse	79

INTRODUCCIÓN

El derecho a la vida es un derecho fundamental que se le reconoce tanto a la persona como al concebido, derecho que además de ser protegido debe evitarse cualquier injerencia indebida en él. El derecho a la vida no solo está contemplado en la Constitución Política del Estado peruano, sino también en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En nuestro país, si bien el aborto está penalizado, existe una excepción con respecto al aborto terapéutico, que se encuentra tipificado en el artículo 119° del Código Penal, que a la letra dice: “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”.

Actualmente, pese a que los ciudadanos peruanos tienen conocimiento de que el aborto es ilegal en nuestro país, a la fecha no se ha podido impedir dicha práctica. En ese sentido, existe un alto índice de abortos clandestinos en los que las mujeres ponen en riesgo sus vidas al ser sometidas a prácticas que carecen de medidas sanitarias, sin la intervención de un verdadero profesional especialista para estos casos. A esto se suma que dichos profesionales no cuentan con los equipos necesarios que se requieren para este tipo de intervención.

El aborto terapéutico está permitido en el Perú siempre y cuando esté en riesgo la vida de la madre o del niño por nacer. No obstante, lo que no está regulado es el supuesto de que la mujer embarazada se encuentre en estado crítico y no pueda dar su manifestación de voluntad. En este caso, ¿cuál sería la decisión del médico ante tal situación? ¿Le practicaría el aborto o no sería posible dicha intervención? Podemos, entonces,

formularnos las siguientes preguntas: ¿Cómo debe operar el consentimiento de la mujer o, en su defecto, la representación legal para la realización del aborto terapéutico en el Perú? ¿Cuáles serían los casos especiales de consentimiento válido de la mujer para casos de aborto terapéutico? ¿Quién podría ser considerado representante de la mujer adulta imposibilitada de consentir válidamente el aborto terapéutico? ¿Qué procedimiento debería seguirse para designar un representante a la mujer adulta imposibilitada de consentir válidamente el aborto terapéutico?

En el presente trabajo de investigación, el objetivo es determinar cómo debe operar el consentimiento de la mujer o en su defecto la representación legal para la realización del aborto terapéutico en el Perú, así como el definir cuáles serían los casos especiales de consentimiento válido de la mujer para casos de aborto terapéutico, establecer quien podría ser considerado representante de la mujer adulta que se encuentra imposibilitada de consentir válidamente el aborto terapéutico y determinar qué procedimiento debería seguirse para designar representante a la mujer adulta imposibilitada de consentir válidamente el aborto terapéutico.

En el primer capítulo de la presente investigación trataremos el planteamiento del problema, es decir, lo que constituye la situación problemática. En ese sentido, se busca conocer cómo funciona el consentimiento de la mujer embarazada si esta no pudiera dar su manifestación de voluntad, supuesto en el cual habría que saber cómo actuaría la representación legal, es decir, quien actuaría como su representante legal (en este caso el esposo), y en el supuesto de que no estuviera casada quien sería el indicado para asumir dicha representación (¿vendría a ser la familia de la mujer embarazada? ¿O hay que firmar algún documento previo o necesariamente iniciar un procedimiento judicial para saber quién sería el representante legal?). También planteamos el problema general sobre cómo debe operar el

consentimiento de la mujer o, en su defecto, la representación legal para la realización del aborto terapéutico en el Perú.

Nuestro planteamiento se justifica en la medida en que hasta el momento la problemática que analizaremos no ha sido desarrollada en la doctrina nacional. En ese contexto, con la ayuda de entrevistas realizadas a abogados y médicos deseamos conocer cómo se trataría el consentimiento de la mujer embarazada o su representante legal ante una situación concreta, vale decir, cuando esté en riesgo la vida de la mujer embarazada.

En el segundo capítulo desarrollaremos el correspondiente marco teórico, que cuenta con antecedentes de estudios internacionales y nacionales, y también nuestras respectivas bases teóricas y científicas (tales como los derechos fundamentales, el deber del Estado de proteger los derechos fundamentales, el derecho a la vida, el concebido, mujer embarazada, aborto, consentimiento, representación, el Ministerio Público como representante de la sociedad y su deber de velar por el respeto de la familia, el consentimiento de la mujer sometida a aborto terapéutico en el derecho comparado, porqué la anencefalia debe justificar el aborto terapéutico, indicaciones para la interrupción legal del embarazo; infraestructura, equipamientos e insumos; recursos humanos, procedimientos administrativos, junta médica, evaluación y preparación del caso antes de la interrupción legal del embarazo y el análisis del caso de Karen Noelia Llantoy Huamán).

En el tercer capítulo hablaremos del método empleado en el presente trabajo. En ese sentido, nuestro tipo de investigación no es experimental, ya que no hay manipulación deliberada de las variables, mientras que su diseño es descriptivo – explicativo, ya que tiene como supuestos categóricos el hecho de que el consentimiento opera bajo las reglas establecidas por el Código Civil para la validez del acto jurídico y, en su defecto, la representación legal debe tener una regulación especial, en el sentido de que podría considerarse como representante de la mujer adulta

que se encuentra imposibilitada de consentir válidamente el aborto terapéutico, en orden de prelación, al cónyuge, el conviviente, los hijos si son mayores de edad o los padres de la mujer embarazada; y, en caso de no tener un representante conforme a ley, la representación debería asumirla un familiar lejano o, en su defecto, el Ministerio Público a través de un procedimiento de tutela urgente.

Para nuestra investigación hemos adoptado el método deductivo, que parte de conceptos generales para analizar el tema puntual de consentimiento y representación de la mujer en casos de aborto terapéutico, acudiendo a los instrumentos respectivos (libros, revistas, casos), así como a entrevistas realizadas a abogados y médicos obstetras.

Con respecto a los instrumentos de investigación, hemos acudido al análisis de textos (libros, revistas, casos) y a la entrevista a especialistas cuyo formato acompañamos.

En el cuarto capítulo mostraremos los resultados de las entrevistas realizadas a los abogados especializados en lo penal, así como a los médicos obstetras, quienes son de distintas especialidades. Estos resultados muestran que, en la práctica, tanto los abogados como los médicos obstetras desconocen los casos de aborto terapéutico, pero tanto unos como otros coinciden en señalar que este tipo de aborto solo se debe practicar necesariamente en casos excepcionales, como puede ser el caso de enfermedades o malformaciones debidamente acreditadas.

Del mismo modo, abogados y médicos obstetras coinciden en apuntar que si la mujer no es capaz de consentir la práctica de su aborto, la responsabilidad de tomar tal decisión debería recaer en sus familiares (padres o cónyuge), y, en el supuesto de que la mujer embarazada no tuviera a sus familiares, tanto los profesionales del derecho como los médicos obstetras indican que la responsabilidad debe recaer en el

medico o el Ministerio Público. Los abogados sugieren que en caso de que la mujer no pudiera dar su consentimiento valido para autorizar el aborto terapéutico, debería de seguirse un proceso sumarísimo, mientras que los médicos obstetras opinan, por su parte, que dicho procedimiento debería de llevarse en un centro de salud.

En lo que concierne al capítulo cinco, vale decir, la discusión, recalcamos que si bien es cierto el aborto terapéutico es de por si un tema muy complejo, lo que se discute aquí es quien sería el indicado para actuar como representante de la mujer embarazada adulta cuando esta se encuentre en un estado en el que por sí misma no pueda manifestar su voluntad para practicarse el aborto, situación que no está prevista en el artículo 119° del nuestro Código Penal. Debido a esta situación, se han revisado diversas tesis para tratar de establecer similitudes con nuestra normativa, y hemos encontrado que el Código Penal de Honduras establece que el consentimiento lo da el esposo o el presentante legal, a diferencia de nuestro Código Penal, que no especifica de manera clara y precisa lo señalado, como es el hecho de no saber si la salud mental de la madre es tan importante para poder acceder a un aborto terapéutico legal y permitido por ley, como también el que muchos profesionales de la medicina optan por desatenderse de sus responsabilidades y no practican el aborto terapéutico cuando la vida de la mujer embarazada está en riesgo.

Por último, tenemos las conclusiones y recomendaciones. En ese sentido, concluimos diciendo que la representación se rige a través del Código Civil, representación que, a su vez, tiene una serie de requisitos para poder representar a determinada persona. Es necesario mencionar que hasta la fecha hay un vacío legal respecto de quien debería ser el representante de la mujer embarazada adulta cuando ella se encuentre en un estado donde por sí sola no pueda dar de manera libre su manifestación de voluntad. En lo que concierne a las recomendaciones, una de estas es que en el Código Civil tendría que incorporarse una norma

que indique quien debería de ser el representante de la mujer embarazada adulta cuando por sí misma esta no pueda válidamente dar su manifestación para la práctica de aborto, así como también incorporar en el Código Procesal Civil el procedimiento a seguirse ante dicha situación específica para estos casos.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Situación problemática

En el ordenamiento jurídico peruano se considera a la vida como un derecho fundamental y se reconoce tanto a la persona como al concebido el derecho en mención, derecho que debe ser protegido y evitarse cualquier injerencia indebida en él. En ese sentido, el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú nos menciona lo siguiente “todo ser humano va a tener el derecho a la vida, así como también a una identidad, proteger su integridad moral, psíquica y física para tener un libre desarrollo y sentirse bien en un determinado estado”. En este sentido es necesario resaltar lo que indica la constitución respecto del concebido al mencionar que “un concebido va a ser siempre un sujeto de derecho para todo cuanto le favorezca”. Por otra parte, cabe precisar lo estipulado en el artículo 1° de nuestro Código Civil vigente el mismo que lo enuncia de la siguiente forma “que la persona humana va ser considerada sujeto de derecho desde su nacimiento. Así como el hecho de que la vida humana comienza desde la concepción. Por ende, al concebido se considerará un sujeto de derecho para todo cuanto le favorezca (.....)”.

En el ámbito internacional, el inciso 1 del artículo 4° de la Convención Americana de los Derechos Humanos nos indica que “todo ser humano va a tener siempre el derecho a que su vida se le respete; ese mismo derecho nos indica que está protegido netamente por la ley, el mismo que empieza a partir de la concepción, es por ello que absolutamente nadie puede ser privado del derecho a la vida arbitrariamente”. En concordancia con ello y según lo establecido en los sistemas de protección de los derechos humanos, todos somos sujetos de derecho desde la concepción, por lo que a nivel de cada ordenamiento jurídico en particular los estados deben cautelar sus derechos fundamentales, uno de los cuales es el caso del derecho a la vida.

En el Perú, si bien el aborto está penalizado, existe una excepción con el aborto terapéutico, que está previsto en el artículo 119° de nuestro Código Penal, que a la letra dice: “No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”. En este contexto, me aventuro a remarcar que, por regla general, el aborto es ilegal en el Perú, por lo que debe sancionarse penalmente, pero de modo excepcional el aborto terapéutico sí está permitido.

La existencia de que exista una sanción no ha podido logrado impedir el hábito del aborto en nuestro país. En esa medida, se puede observar un alto índice de abortos clandestinos en los cuales se va a poner en riesgo la vida y la integridad de las mujeres, las cuales son sometidas a prácticas que carecen de medidas sanitarias, sin intervención profesional y con escasez de equipos necesarios. A esto se debe añadir que en nuestro medio no todos los profesionales de la medicina se atreven a practicar un aborto terapéutico, práctica que implica una serie de requisitos que se tienen que cumplir antes de la interrupción legal de un embarazo, como, por ejemplo, que tendría que existir una reunión o junta de médicos antes de dicha práctica, además de que esta práctica debe hacerse en un hospital debidamente autorizado.

Así pues, el aborto terapéutico si está permitido en el Perú, siempre y cuando esté en riesgo la vida de la madre o del niño por nacer. No obstante, lo que no está regulado es el supuesto de que si una mujer está embarazada y se encuentra en un estado crítico en el que no pudiera dar su manifestación de voluntad válida, cuál sería la determinación del médico ante dicha situación. En este caso, ¿el médico podría practicarle el aborto terapéutico o no le sería posible realizar la intervención?

La problemática descrita me ha llevado a considerarla relevante como tema de investigación en la presente tesis, que he titulado “CONSENTIMIENTO Y REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA MUJER EN LOS CASOS DE ABORTO TERAPÉUTICO EN EL PERÚ”. Este trabajo se propone saber cómo funciona el consentimiento de la mujer embarazada si ella no pudiera dar su manifestación de voluntad válida para practicarse el aborto terapéutico, cómo actuaría en este caso su representante legal (el cónyuge) si estuviera casada y, si no lo estuviera, como lo haría su conviviente con el reconocimiento previo de la unión de hecho. También se plantea el problema de si es la familia la que debe asumir la representación de la mujer embarazada o si necesariamente tendría que llevarse a cabo un proceso judicial o un procedimiento administrativo o notarial para saber quién sería el representante legal.

12. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Cómo debe operar el consentimiento de la mujer o, en su defecto, la representación legal para poder practicar el aborto terapéutico en el Perú?

1.2.2. Problemas específicos

- ¿Cuáles serían los casos especiales de consentimiento válido de la mujer para casos de aborto terapéutico?
- ¿Quién podría ser considerado representante de la mujer adulta que se encuentra imposibilitada de consentir válidamente el aborto terapéutico?

- ¿Qué procedimiento se debe seguir para designar representante a la mujer adulta imposibilitada de consentir válidamente el aborto terapéutico?

13. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Determinar cómo debe operar el consentimiento de la mujer o, en su defecto, la representación legal para llevar a cabo el aborto terapéutico en el Perú.

1.3.2. Objetivos específicos

- Definir cuáles serían los casos especiales de consentimiento válido de la mujer para casos de aborto terapéutico.
- Establecer quién podría ser considerado representante de la mujer adulta que se encuentra imposibilitada de consentir válidamente el aborto terapéutico.
- Determinar qué procedimiento debe seguirse para designar representante a la mujer adulta imposibilitada de consentir válidamente el aborto terapéutico.

14. Justificación e importancia

1.4.1. Justificación teórica

La presente investigación aborda un tema que no ha sido desarrollado por la doctrina nacional. En ese sentido, se apoya en lo que concierne al tema

del acto jurídico y de la representación para establecer los alcances que tendría en el caso planteado.

1.4.2. Justificación metodológica

Para poder desarrollar el tema materia de la presente investigación se ha acudido a la observación de la realidad mediante diversas técnicas de investigación, como las entrevistas a abogados y médicos.

1.4.3. Justificación práctica

Puesto que el aborto es un problema social y debido a que existe la posibilidad de que una mujer embarazada se encuentre en riesgo y con ello tenga la necesidad de que se practique el aborto terapéutico, la presente investigación pretende determinar cómo se trataría el consentimiento de la mujer o su representación legal en situaciones concretas en las que no se pueda actuar por ausencia de norma o desconocimiento de las disposiciones que deben aplicarse.

15. Limitación de la investigación

- Se emplearon en forma organizada los recursos económicos, bibliográficos y financieros disponibles.
- Se dispuso de fuentes primarias para realizar la presente investigación.

CAPITULO II
MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

En torno al tema de investigación que hemos planteamos, existen los siguientes antecedentes:

A) INTERNACIONALES

LAZO QUEZADA, Gonzalo Patricio. *Aborto terapéutico: la problemática de su aplicación en el sistema jurídico chileno.* Universidad de Chile. Facultad de Derecho departamento de Derecho Público. 2007. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Las conclusiones de este trabajo son las siguientes:

- 1.- No es un tema fácil de abordar, puesto que no solo involucra la concepción jurídica que se tenga de la vida, sino también la concepción valorativa de esta. La vida es, según el autor, lo más importante, porque en definitiva son los valores imperantes en una sociedad los que deben marcar la pauta al legislador, quien no puede ir en contra de lo que el común de los ciudadanos considera intrínsecamente bueno o malo, pues de otro modo no cumpliría con su función representativa.
- 2.- Desde la perspectiva del autor de la tesis, el aborto terapéutico es totalmente necesario en esta sociedad actual que se jacta de decir que es moderna, por consiguiente, es necesario que el derecho tenga que encontrarse presente para poder solucionar conflictos que se darán en la realidad de una comunidad humana complicada, para que de esa forma no se provoque más controversias.

VILLATORO GIRÓN, Eva Arabela. *El derecho a la vida del no nato.* Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias

Jurídicas y Sociales. 2006. Tesis previa a conferírsele el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Las conclusiones de este trabajo son las siguientes:

1.- Mencionando que el derecho a la vida siempre va a ser propio a la persona humana. El ser en formación de ninguna forma podría verse excluido de tal derecho, toda vez que este derecho es inalienable, imprescriptible, insuprimible e inembargable.

2.- Pese a que la autora reconoce que la legislación de su país está orientada a prevenir y penalizar el aborto, lo cual no deja de tener cierta eficacia, como se viene comprobando, eso no es suficiente para evitar que este fenómeno siga creciendo.

INOSTROZA SMITH, Oscar Emilio y Claudio Andrés QUEZADA CARREÑO. Aborto terapéutico y su regulación en Chile: Derecho Comparado y evolución histórica. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2012. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. En este trabajo los autores concluyen lo siguiente:

1.- Si bien es cierto este tema relacionado con el aborto terapéutico es muy complejo, los autores resaltan que las normas no hacen mención explícita a la legalidad del aborto terapéutico, es decir, su práctica quedaría enmarcada dentro de las normas que van a regular las causas de excepción de responsabilidad penal.

2.- Desde la perspectiva de los autores de esta tesis, se debería promulgar una norma que explícitamente indique la legalidad de la interrupción del embarazo en aquellos casos en que haya peligro para su vida o la de su salud de la mujer embarazada, con lo que de esta manera no solo se brindará seguridad jurídica en el ordenamiento de su país, sino

también se resolverá la incertidumbre de los médicos y mujeres ante dicha situación con las mismas características en el sentido de que puedan realizar la intervención citada sin temor a infringir la ley.

B) NACIONALES

BACILIO ESCOBEDO, María de Fátima. El aborto sentimental en el Código Penal peruano. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego (Trujillo). Lima, 2015. Tesis para optar el título profesional de abogada. Esta autora concluye lo siguiente:

1.- Refiriéndose al Perú, la autora sostiene que en nuestro medio solo está permitido un tipo de aborto: el cual es aquello donde solo es practicado cuando es el único medio para poder salvar la vida de la mujer embarazada o con la finalidad de poder evitarle en lo que respecta a su salud un mal grave y permanente. Ahora bien, toca hablar respecto a la violación sexual que padece una fémina, es decir el concebido que provisionalmente pueda producirse de dicho suceso va a caer dentro de la esfera de protección jurídica que nuestro propio Derecho Penal le asigna como el resultado de este tipo de ilícitos, que va a ser incluso sobre la propia voluntad de la fémina y de las eventualidades que la puedan rodear al dicho acto.

2.- La autora refiere que pese a disponer la impunidad del aborto terapéutico, en el ordenamiento penal peruano de 1991, está contemplado que se adhiere a una posición sancionadora, tal es así que reprime todas las demás conductas abortivas. De esa manera en nuestro actual sistema jurídico penal, en lo que concierne a la vida humana se la está protegiendo de una manera muy severa, lo cual eso no quiere decir que se le proteja de una manera totalmente absoluta, pues como es de conocimiento los derechos absolutos no se dan, es decir no existen. De aquí que nuestro

mismo Código Penal de ese año haya dispuesto una serie de atenuantes y a sus agravantes en torno al delito de aborto.

PAUCAR MEREGILDO, Juan Danny. Percepción del derecho a la vida y aborto eugenésico en Lima metropolitana en el 2013. Universidad Alas Peruanas – Lima. 2013. Tesis para optar el Título Profesional en Grado de Doctor. Este autor concluye lo siguiente:

Esta legislación acerca del aborto no debe desaparecer, toda vez que al hablar del aborto nos estamos refiriendo a un problema que tiene muchas aristas. Dicha legislación brinda aplicación jurisdiccional protectora de seguridad al derecho fundamental e inembargable a la vida, por lo que dejarla de lado sería como aceptar que la supresión del feto no es un crimen.

2.2. Bases teóricas y científicas

1. DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1. Definición

Cuando nos referimos a los derechos fundamentales cabe decir que son aquellos por los cuales estamos protegidos todos los seres humanos por el tan solo hecho de ser persona. Como personas, nosotros somos titulares de aquellos derechos, los cuales están reconocidos en los tratados nacionales e internacionales.

Autores como Fernández Segado (1994) proponen una concepción de derechos fundamentales en relación con la dignidad humana:

Indicando que los derechos fundamentales van a ser la expresión más inmediata referente a la dignidad humana, y por ende partiendo desde esa

perspectiva va ser indiscutible que presenten sustancialmente una vertiente sustantiva que se va a traducir en la posibilidad de un acto ilegal dentro de un determinado ámbito. Sin embargo, y como creemos que se desprende con facilidad de todo lo inmediatamente antes expuesto, los derechos fundamentales poseen además otra significación, esta vez objetiva. (p. 57)

Según esta concepción de derechos fundamentales, se puede entender que estos son derechos innatos que nos corresponden por el solo hecho de ser personas, razón por la cual siempre vamos a estar protegidos.

Por su parte, Haberle (1997) resalta la duplicidad de valores de los derechos fundamentales:

Tienen un doble valor: de un lado, representan los “valores supremos”, y de otro, permiten al hombre encontrar valores y actualizarlos, garantizándoles el status de libertad. Los derechos fundamentales son la expresión de un ordenamiento libre ya realizado y al mismo tiempo son el presupuesto para que este ordenamiento se reconstituya continuamente a través del ejercicio individual de las libertades por parte de todos. (p. 55)

Haberle nos quiere dar a atender que, si bien los derechos fundamentales se encuentran establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, dichos derechos son los que protegen, amparan y garantizan las libertades para todo ser humano.

En relación con los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional (2009) de nuestro país también tiene su propia posición:

Lo que el Tribunal Constitucional nos da a entender es que en este sentido es el hecho hacer mención a los derechos fundamentales, es más que evidente que simultáneamente se tiene que mencionar de igual forma a la parte dogmática de nuestra Constitución que al mismo tiempo lo que hace

es reconocer y garantizar; tanto a partir de su condición de derechos subjetivos, en la cual que no solo se va a proteger a sus titulares de las injerencias injustificadas y arbitrarias de cualquiera (sea por parte del Estado o un de algún tercero), brindándoles aquellas facultades para poder exigir al estado determinadas prestaciones específicas; como a partir de su naturaleza de derecho objetivo, es decir como elementos que legitiman y constituyen todo el ordenamiento jurídico, toda vez que “comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado Constitucional. (STC N° 02005-2009-PA/TC, fundamento 25)

En mi opinión, lo que nuestro Tribunal Constitucional nos dice respecto de los derechos fundamentales es que estos nos dan la garantía de vivir en una sociedad que va a respetar nuestra dignidad, y que, si por algún motivo alguien atenta contra esta, el Estado será el encargado de aplicarle la sanción correspondiente.

2. DEBER DEL ESTADO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los llamados “derechos humanos básicos” fueron reconocidos y recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948. En lo que concierne al Perú, las diversas constituciones y resoluciones que aparecieron a lo largo de nuestra historia han incorporado medios de protección para toda persona que se sienta o vea vulnerado uno o varios de sus derechos fundamentales. Estos medios de protección también le van a permitir acudir a las instancias nacionales e internacionales para poder hacer valer su derecho como persona humana. En relación con las medidas de protección de los derechos fundamentales, es importante mencionar que el artículo 1° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo que

respecta a la materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988) establece lo siguiente:

Que en relación con los Estados Partes del presente Protocolo Adicional a la Convención Americana de derechos humanos, indican que ellos se responsabilizan a adoptar aquellas medidas imprescindibles tanto para que exista un orden interno, además mediante la cooperación entre otros estados, especialmente económicas y técnicas, inclusive el máximo de los recursos disponibles y teniendo en cuenta el grado de desarrollo, con la finalidad de lograr progresivamente y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente protocolo.

A comentario personal lo resaltante de este protocolo adicional de derechos humanos es el hecho que ellos van a procurar en todas las formas que se hagan efectivas los derechos y para ellos tomaran las medidas necesarias para su cumplimiento.

2.1. Fundamentos normativos y medios de protección

El fundamento normativo de los derechos fundamentales, entre ellos la vida, se encuentra no solo en las constituciones de los diversos estados, sino también en muchos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que a continuación enumeramos:

Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)

Esta declaración fue aprobada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) como un dictamen concerniente a un valor legal. No obstante, progresivamente ha podido ir imponiéndose al reconocimiento unánime en la doctrina sobre su fuerza vinculante y fuente de obligaciones legales para los estados miembros de la organización. En

su preámbulo se establece una interpretación común de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Ahora bien la Declaración Universal de Derechos Humanos aparece citada en la Constitución peruana, cuya Cuarta Disposición Final y Transitoria –relativa a la interpretación de los derechos fundamentales– establece lo siguiente que: “Las normas relativas concernientes a los derechos, así como también las libertades que la propia Constitución lo reconoce y lo interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el país de Perú”.

A criterio personal puedo añadir de lo citado en la declaración universal de derechos humanos, indicando que tal como se menciona líneas arriba es importante mencionar que si bien es cierto la constitución reconoce los derechos y las libertades de los seres humanos, estos siempre se regirán de acuerdo a lo establecido en la declaración universal de derechos humanos, así como también con los tratados y acuerdos internacionales habidos y por haber.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Este documento fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) en 1966. Sin embargo, no fue hasta 1976 cuando este pacto entró en vigor luego de reunir las 35 ratificaciones de adhesión que requería para ser colocado en el poder del secretario general de las Naciones Unidas.

El pacto en mención establece a un Comité de Derechos Humanos que se encuentra integrado por 18 miembros los mismos que son elegidos por los Estados Partes, de lo cual tiene como función principal el investigar

rigurosamente los informes que cada Estado debe presentar en relación con las disposiciones que hayan adoptado para hacer cumplir el pacto.

A opinión personal respecto al pacto internacional de derechos civiles y políticos, puedo destacar que los 18 miembros de ese comité, tienen un cargo muy importante el cual es indagar los informes presentados por cada estado, para verificar si cumplen con el pacto.

Cabe resaltar que este documento fue aceptado por el Perú por medio del Decreto Ley N° 22129 del 28 de marzo de 1978, el mismo que fue ratificado constitucionalmente por la XVI Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Este pacto tiene un sistema de aplicación basado exclusivamente en la obligación de remitir informes. El Comité de Derechos Humanos no tiene competencia para considerar estos informes, que se remiten al Consejo Económico y Social (Ecosoc) de la Organización de las Naciones Unidas y que eventualmente pueden ser analizados por la Comisión de Derechos Humanos.

Este pacto contiene un mayor número de derechos que la Declaración Universal, a los que no solo describe detalladamente, sino también indica los pasos que tienen que tener en cuenta para poder lograr su cumplimiento.

El inciso 1 del artículo 27° del pacto en mención establece a la letra que: “El presente Pacto va a entrar en vigor una vez transcurridos los tres meses a partir de la fecha en que se haya logrado depositarlo al trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas”. La entrada en vigencia del pacto ocurrió el 3 de enero de 1976, tres meses después de haber recibido el secretario

general de la organización el instrumento número treinta y cinco de ratificación.

El documento del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N° 22128 del 28 de marzo de 1978.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Esta convención es el fruto de diez años de cuidadosa preparación técnica de parte del Consejo Interamericano de Jurisconsultos. Los gobiernos americanos tuvieron amplia oportunidad de estudiar y comentar los diversos anteproyectos.

La Convención entro en vigor al ser colocado el instrumento de ratificación de Granada el 18 de julio de 1978, con lo que se inició una nueva etapa en el funcionamiento de la Comisión Interamericana. Este documento de la Convención prevé la existencia de dos órganos para poder afianzar su realización vienen a ser: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Convención Americana fue aprobada por la decimosexta disposición final de la Constitución de 1979.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer

A esta Convención se le ha podido considerar como el máximo logro del primer Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas, siendo su precedente seguido la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, proclamada por la Asamblea General en su Resolución N° 2263 (XXII) de fecha 7 de noviembre de 1967.

La Convención es un tratado del sistema universal de derechos humanos suscrito y ratificado sin reserva por el Estado peruano, por lo que tiene vigencia a nivel nacional.

El 1 de junio de 1982, el Congreso de aquel año emitió una resolución legislativa que aprobó el documento de la aludida Convención, resolución que fue ratificada por la misma Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979, que fue suscrita por el Estado peruano el 23 de julio de 1981.

La Resolución 34/180 fue ratificada por el Perú por medio de la Resolución Legislativa N° 23432, que aprueba la Convención el 5 de junio de 1982, comprometiéndose el Estado peruano a garantizar su cumplimiento efectivo en el país.

Constitución Política del Perú de 1993

El artículo 200° de nuestra norma fundamental establece las siguientes garantías constitucionales:

1.- La Acción de Habeas Corpus, es una garantía que va a proceder ante la situación de un hecho o la omisión, que se va a dar por parte de cualquier autoridad, o funcionario o persona, que pueda vulnerar o amenazar un derecho como es la libertad individual o también los derechos constitucionales conexos.

A mi apreciación les puedo dar a entender con relación a la acción de habeas corpus; diciéndoles que es utilizado principalmente para poder evitar los arrestos, así como aquellas detenciones arbitrarias que puedan existir.

2.- La Acción de Amparo, es una garantía que va proceder contra un hecho o una omisión, que puede ser realizada por una autoridad, funcionario o persona, que vaya a vulnerar o amenazar aquellos demás derechos reconocidos por la propia Constitución (...).

Opino respecto a la acción de amparo que se da con la intención de proteger todos los derechos constitucionales que tiene la persona, cuando esos derechos fueron omitidos.

3.- La Acción de Habeas Data, va a ser una garantía que va a proceder contra un hecho o una omisión, que lo realice cualquier autoridad, funcionario o persona, que va a estar vulnerando o también amenazando los derechos a que se encuentran descritos en su artículo 2°, incisos 5 y 6 de la propia Constitución.

En opinión con referente al habeas data, puedo acotar que es utilizado normalmente para proteger la intimidad, es decir toda persona tienen derecho de conocer el uso que puedan realizar acerca de su información; y cuando este sea omitido procederá el habeas data.

4.- La Acción de Inconstitucionalidad, es prácticamente una garantía que se dan contra aquellas normas que tienen necesariamente rango de ley, así como: las leyes, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los tratados, los reglamentos del Congreso, las normas regionales de carácter general y también las ordenanzas municipales que transgredan la Constitución en lo que respecta a la forma o en el fondo.

Con respecto a la acción de inconstitucionalidad puedo comentar que usualmente es método que busca declarar la inconstitucionalidad de una norma, manifestando que va en contra de la ley fundamental de un estado.

5.- La Acción Popular, es una garantía que necesariamente procederá cuando se cometa una infracción de la Constitución y de la ley, es decir contra los reglamentos, las normas administrativas y las resoluciones y los decretos de carácter general, o también cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

Opino acerca de la acción popular diciendo que es una garantía, la misma que puede ser ejercida por cualquier ciudadano, es decir tiene la potestad de encontrarse legitimado para poder actuar ante la administración de justicia por interés sea colectivo o individual.

6.- La Acción de Cumplimiento, es una garantía conocida porque va a proceder contra cualquier autoridad o funcionario reacio a cumplir con una norma legal o puede ser el caso de un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley (...).

Con respecto a la acción de cumplimiento puedo manifestar que si bien es cierto se encuentra tipificado en la constitución, tiene una función principal el cual es de alguna forma asegurar que las leyes no solo se queden en un simple papel, sino que sean cumplidas a cabalidad en la realidad.

3. EL DERECHO A LA VIDA

El derecho a la vida va a ser siempre un derecho que se le va a otorgar a todo ser humano, es decir un derecho fundamental que se posee por el simple hecho de ser persona y sin el cual los demás derechos dejarían de existir o carecerían de sentido. En esto radica su importancia: de él depende el resto de derechos fundamentales.

El derecho a la vida fue reconocido por la propia Declaración de los Derechos Humanos de 1948. Por otra parte, la Constitución Política del Estado peruano también reconoce y protege este derecho.

3.1. Definición

Ofrecer una definición de lo que se conoce como “derecho a la vida” no es una tarea fácil. Las definiciones dependen de las peculiares concepciones y enfoques teóricos de los autores que han tratado este tema.

Así, por ejemplo, algunos autores consideran que si “como hecho biológico [la vida] está dada por la existencia de la persona desde la concepción hasta la muerte, el derecho a ella consiste en el pleno respeto a esa existencia y que se desenvuelva sin interrupción ni atentados” (Ortecho Villena, 2008, p. 21). Otros, por su parte, consideran el derecho a la vida como “una facultad jurídica, o digámosle poder para de esa forma exigir la conservación, así como la defensa a la vida humana, o sea, dicho de otro modo, ver ese estado de actividad fundamental propio del hombre” (Verdugo, 2005, p. 199).

El derecho a la vida también es descrito como “aquel periodo que va a transcurrir en el ser humano desde su concepción natural o dicho de otra manera mediante técnicas de reproducción asistida comprendido como su deceso o muerte” (García Toma, 2008, p. 76). De acuerdo con esta concepción, el derecho a la vida es único y nadie puede quitárnoslo.

También existen las definiciones que resaltan al derecho a la vida como el presupuesto básico del resto de derechos fundamentales.

Más que afirmación de su inviolabilidad, en su más amplia acepción es el presupuesto jurídico de todos los derechos humanos, que tienen como

contenido necesario integrarse a todos los demás más derechos, cualquiera sea su naturaleza, tal es así que el ser humano puede tener acceso a todos los bienes y servicios que le permitan un desarrollo material, espiritual, moral y psíquico, condiciones que le permitirán vivir dignamente (Vásquez Ríos, 1997, p. 109).

A mi criterio, la definición anterior nos da entender que el derecho a la vida humana es un derecho primordial y del que devienen los demás derechos, es decir, sin él no existirían los demás derechos.

3.2. Alcances

En el ordenamiento peruano, el derecho a la vida tiene un alcance que “no se termina en el derecho a la existencia físico-biológica, que se da a nivel doctrinario como a su vez en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo encontramos definido igualmente desde una perspectiva material” (TC, STC N° 02005-2009-AA, fundamento 10).

Lo anterior implica aceptar una configuración mucha más amplia para los alcances de derecho a la vida, tema que ha sido tratado por nuestro Tribunal Constitucional.

[A]ctualmente, la noción de Estado social y democrático de Derecho determina aquellos postulados que nos aseguran el mínimo de oportunidades lo cual harán digna a la vida. Es ahí entonces que la vida, ya no se le va a poder entender con un límite al ejercicio de un poder, sino más bien básicamente como aquel objetivo que va a dirigir la actuación positiva del Estado, por la cual en el presente se responsabiliza a ejecutar el encargo social de asegurar, entre otros, como el derecho a la vida y así como a la seguridad (TC, STC N.° 01535-2006-PA, fundamento 82).

Con relación a lo indicado líneas arriba por el tribunal constitucional puedo entender que el estado está comprometido con las personas a respaldar el derecho a la vida, así como también a brindarle seguridad.

Por lo que respecta a los alcances de este derecho en el ámbito internacional, el inciso 1 de su artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) ha establecido que: “Cada persona va a tener derecho a que se le respete su vida. Y también que este derecho se encontrará protegido por la ley y, en general, será a partir del momento de la concepción. Asimismo, nadie podrá ser privado de la vida de manera arbitraria.”

Indicando a criterio personal que el derecho a la vida será protegido no solo por la constitución, sino que además lo protege la convención americana de derechos humanos, para que ninguna persona pueda ser privada de la vida de una manera arbitraria.

En conexión con lo anterior, la Constitución Política del Perú 1993, en su Título I, Capítulo I, artículo 2°, reconoce los derechos fundamentales de la persona. El inciso 1 del artículo en mención consagra que toda persona tiene derecho “A la vida, así como a la identidad, del mismo modo a su integridad moral, como psíquica y física y también a su libre desarrollo y bienestar. El concebido va ser un sujeto de derecho en todo cuanto le favorezca.”

3.3. Teorías sobre el inicio de la vida

El inicio de la vida humana ha merecido la atención de diversos autores que han expresado opiniones diversas al respecto. Uno de estos autores es Terragni (2000), quien afirma:

(...) [A]unque la concepción se hubiera logrado externamente del cuerpo de la mujer, afortunadamente aún no se puede eliminar de la matriz para que esa vida germinal se desarrolle incluso a poder lograr (luego de las

nueve lunas de las que habló el poeta José Pedroni) independencia. Dicho de otra manera, lo que se quiere decir es que durante se pueda necesitar de la mujer, el comienzo de la existencia de las personas será aquel momento en el que el ovulo fecundado comience el proceso de multiplicación de las células en el seno materno. (p. 87)

En el Perú, nuestro Tribunal Constitucional no ha sido ajeno al tema en mención, por lo que ha expresado su posición al respecto.

Explicando desde el punto vista que hace la ciencia médica, en la cual hay distintas hipótesis que pretenden determinar el preciso instante en que la vida humana comienza. Por ello decimos que existen aquellos que piensan que la vida humana aparece desde el momento en que se inicia la actividad cerebral (aproximadamente la sexta semana contada desde la fecundación), pues resulta lógico que, si la persona llega a su fin con el estado irreversible de aquellas funciones cerebrales, de la misma manera la actividad cerebral daría inicio a la vida. Y es por ello y teniendo en consideración el sin número de seguidores, y además precisamente han sido debatidas a razón del caso en cuestión, se hallan en lo que concierne a la llamada Teoría de la Fecundación, el cual es fundada especialmente en la existencia, ya en esta instancia, de una nueva individualidad genética; y la Teoría de la Anidación, la cual es fundada en lo que respecta a la viabilidad del embrión y la certeza del embarazo (TC, STC N.º 02005-2009-PA/TC, fundamento 14).

Se desarrollarán seguidamente estas dos teorías aludidas por nuestro Tribunal Constitucional.

3.3.1. Teoría de la fecundación

La Teoría de la Fecundación se dice que se apoya en principio en lo concerniente a la concepción y de ahí menciona que se da el inicio del

proceso vital en cual se origina en la fecundación. Es por ello, que se habla de la fecundación viene a ser un proceso que dura algunas horas, y que comienza con la introducción del espermatozoide en el óvulo, y que termina después con la interacción bioquímica con la formación del cigoto que viene a ser la célula que resulta de aquella fusión de los pronúcleos tanto masculino como el femenino.

De aquellos que se atribuyen a esta Teoría de la Fecundación existen sectores que estiman que desde el inicio del proceso fecundario actualmente nos encontraríamos ante la concepción puesto que una vez que el óvulo haya sido fecundado por el espermatozoide, necesariamente se ha dado el inicio a un proceso vital irreversible. Muy por el contrario, también podemos encontrar quienes consideran que, aun cuando la concepción se produce en la fecundación, ésta se da recién en el momento de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino (singamia), conjugándose los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos, surgiendo el cigoto como realidad nueva, diferenciado de la madre y del padre, y con una autonomía genética para presidir su propio desarrollo; desarrollo que acaba con la muerte y que durante todo su proceso ni la madre ni ningún otro agente externo le agregan nada a su configuración genética e individual ya establecida. (TC, STC N.º 02005-2009-PA/TC, fundamento 14).

A criterio personal puedo añadir diciendo que la fecundación es una etapa de la reproducción sexual, por la cual el elemento reproductor masculino se va a unir con el elemento reproductor femenino para que de esa forma puedan dar inicio al desarrollo de un nuevo ser.

3.3.2. Teoría de la anidación

La Teoría de la Anidación, es aquella en la que valorar en principio que el inicio de un ser humano sólo va a ser factible afirmarlo desde la anidación

del óvulo fecundado (cigoto) en la parte interior del útero materno. En este sentido cabe precisar que la anidación no va a ser un acto instantáneo sino que también es un proceso que empieza aproximadamente al séptimo día de la fecundación, es decir cuando el cigoto ya se transformado en blastocisto comienza a incorporarse al endometrio y con la hormona llamada gonadotropina coriónica humana (HCG) secretada por el blastocisto a través de la sangre, el cuerpo materno indica que se está desarrollando un nuevo individuo, procediendo en ese momento impedir la ovulación. Ahora bien, el proceso de anidación va a durar aproximadamente 7 días una vez iniciado y 14 desde la fecundación. En consecuencia, lo que respecta a esta teoría allí recién se va a dar la concepción, cuyo producto –el concebido– sería el embrión que ha iniciado su gestación en el seno materno. Es decir, solo a partir de allí habría certeza del embarazo de la madre (TC, STC N.º 02005-2009-PA/TC, fundamento 14).

En lo personal puedo entender respecto a la anidación que es cuando el embrión ha logrado llegar al útero y también se dice que para sobrevivir tiene que adherirse al endometrio que es el tejido interno del útero, es decir la implantación del embrión humano es una etapa por la cual el embrión se ancla con el endometrio, por ende, el éxito de la implantación determina el desarrollo de un embarazo.

3.4. Extinción de la vida humana

La muerte es un estado por el que tarde o temprano todo ser humano va a tener que pasar. Puede suceder de manera natural, como es el caso de nuestro envejecimiento que paulatinamente nos lleva hacia ella, o también por obra y gracia de una enfermedad incurable. También puede ocurrir por causas inducidas, como, por ejemplo, el que una persona tenga la intención de acabar con nuestra vida, caso este último en el que estaríamos frente a un asesinato.

La definición de muerte adopta diversas aristas según los autores que han proporcionado sus respectivas concepciones. Una de estas concepciones, como la de Morales Godo (2009), que lo que hace es tomar como un punto de partida el hecho de que la muerte sea un hecho biológico.

[C]omo hecho biológico, constituye un desarrollo que tiene por etapas la muerte relativa o también aparente (las funciones superiores se suspenden por un breve tiempo, sin que ello sea necesariamente irreversible), la muerte intermedia (cuando la paralización de dichas funciones es irreversible, aun si se mantienen algunas funciones biológicas mínimas) y la muerte absoluta (que implica el cese definitivo de toda actividad biológica, incluyendo la vida celular). (p. 228). Según el autor nos da a entender que la muerte pasa por fases, es decir por una serie de reacciones o eventos que resultan de una transformación.

El momento en que ocurre la muerte es un tema accesorio de vital importancia para el derecho, según las opiniones de determinados autores, como es el caso de Fernández Sessarego (2010):

[E]l momento de la misma muerte y los medios adecuados para que se asegurarse que aquella se haya producido son asuntos de capital importancia en nuestra época. Por ello en base al avance científico y tecnológico, a las técnicas de los trasplantes de órganos y a los sistemas de reanimación artificial, se ha originado en estos tiempos recientes una profusa literatura médico-legal que nos ofrece diversos criterios para poder determinar el momento de la muerte (p. 217). De lo expuesto por este autor, se puede que para él la muerte es en la actualidad de suma importancia el hecho de saber cómo se ha producido tal hecho.

En relación con lo anterior, es importante advertir que se pueden diferenciar dos tipos de muerte, según Espinoza Espinoza (1990).

[D]ebe distinguirse claramente el concepto de una muerte clínica o encefálica en cuanto a la denominada “muerte cortical”, y la que se va a dar cuando es irrecuperable la actividad cerebral superior (vinculada a la vida intelectual y sensitiva, a la vida de relación), asimismo se conservaran las funciones respiratoria y circulatoria; este funcionamiento de las funciones vegetativas es incompatible con la noción de muerte”, como dice José Tobías, citado por Espinoza. (p. 228). De lo explicado por el autor, podemos entender que para él; la muerte se da cuando los signos vitales de la persona cesan su actividad, dicho de otro modo, el corazón deja de latir y por ende va a desaparecer la respiración, pero aun van a estar vivas las células cerebrales.

La unidad entre la vida y la muerte es puesta de manifiesto por autores como Cárdenas Krenz (2003):

[...] vida y muerte para el autor Cárdenas, opina que parecen oponerse, pero sin embargo el indica que conforman al final una sola unidad, es decir el menciona que nacemos y que después de un tiempo vamos a morir y nos aclara precisando que hablaríamos de un mismo proceso, el cual si bien es cierto son dos términos que se oponen y a su vez se van a complementar, así como el hecho de que a la par que se excluyen se exigen, independientemente de nuestras convicciones religiosas, éticas o jurídicas. (p. 354). De lo expresado por el autor referente a la muerte, nos da a entender que tanto la vida como la muerte están estrechamente vinculadas de alguna forma, en el sentido de que todo ser humano que nace a lo largo del tiempo va a llegar a morir, es parte de la vida es decir nadie vive eternamente.

Sin embargo, la muerte significa para el derecho algo más que el simple cese de las funciones vitales del organismo humano, tal como lo pone de manifiesto Bonnet (1993):

El autor Bonnet considera que la muerte no sólo va a significar el paro del corazón; sino que nos va implicar algo más trascendental como es el hecho de saber cuáles fueron las consecuencias de aquel paro cardíaco. Añadiéndole que el corazón puede mantenerse activo artificialmente, pero nos resalta que para saber que existe la vida y no la muerte, tiene necesariamente que estar acompañado de otros dos elementos que se le van a considerar inseparables del funcionamiento cardíaco independiente tales como:

a) Intercomunicabilidad entre la persona de ese modo auxiliada y su mundo circundante mediato e inmediato representada por la lucidez de consciencia; b) realidad de su condición jurídica de ente, es decir, de persona de existencia visible (art.51 del C.C), capaz de adquirir derechos y/o contraer obligaciones (art.52 del C.C) y al que le son permitidos todos los actos y todos los derecho que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política (art.53 del C.C), ya sea en su condición de menor (art.126 del C.C); de mayoría de edad (art.128 del C.C), o de demente (art.141 del C.C), declarando o no tal, en juicio. (pp. 279-280). De lo que menciona este autor, se entiende que cuando habla de muerte nos manifiesta que no solo es el paro de un corazón, sino que tiene que existir algo mas como el hecho de saber que provoco dicho paro cardíaco, como se sabe existe la posibilidad de que el corazón se mantenga activo artificialmente pero él nos aclara que para diferenciar la vida de la muerte es preciso que tenga la capacidad de intercomunicarse y a ello se le sume que este consiente para realizar actos permitidos por la ley, adquirir derechos y obligaciones.

En relación con el cese o término de la vida, el artículo 108° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842) peruana establece lo siguiente:

Empezando a decir que la muerte va a poner fin a la persona. Y además se va considerar ausencia de la vida humana al cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que algunos de sus órganos o

tejidos mantengan actividad biológica y puedan ser usados con fines de trasplante, injerto o cultivo.

La ley nos explica que el diagnóstico fundado de cese definitivo de la actividad cerebral verifica la muerte. Cuando no sea posible establecer tal diagnóstico, la constatación de paro cardiorrespiratorio irreversible confirmara la muerte.

Ninguno de estos criterios que demuestran por diagnóstico o corroboran por constatación la muerte del individuo, podrán figurar como causas de la misma en los documentos que la certifiquen. De lo estipulado por la ley general de salud con relación a la muerte, se puede entender que la muerte implica el poner fin al ser humano, para ello tiene que existir un diagnóstico fundado que corrobore el cese de la actividad cerebral, y nos resalta que algunos de sus órganos o tejidos que aun tengan actividad biológica, se podría usar para trasplanté.

4. EL CONCEBIDO

En el Perú, el concebido es considerado sujeto de derecho y está protegido no solo por la Constitución Política del Estado, sino también por las disposiciones del Código Civil. Lo mismo sucede con el Código Penal peruano, que sanciona la práctica del aborto.

4.1. Definición

Puesto que los derechos patrimoniales del concebido están sujetos a que este nazca vivo, y considerando que los derechos extrapatrimoniales del concebido están en la vida, los autores definen al concebido de diversas maneras.

Así, por ejemplo, Rubio Correa (1992) define al concebido como “una vida humana pero que aún no ha nacido, sin embargo, si tiene existencia para el Derecho, puesto que se encuentra establecido en los códigos la vida

humana comienza con la concepción”. (p. 18). De la definición de concebido que nos da el autor, a manera personal debemos de entender, que para el derecho el solo hecho de que sea concebido, se proporciona una serie de derecho tales como el derecho a la vida, y los derechos patrimoniales vendrán cuando haya nacido.

Por su parte, Fernández Sessarego (1990) brinda una concepción un poco más amplia sobre el concebido.

Indicando que es un sujeto de derecho, por cuanto es vida humana en su etapa intrauterina, el cual es un ser humano autónomo, real, que es totalmente distinto a la persona, es decir, que el concebido no es persona, pero sí sujeto de derechos y obligaciones, como podemos darnos cuenta estos derechos y su capacidad son disminuidos, en concreto esto ocurre solo hasta el nacimiento, porque de ahí toman su plenitud. Asimismo, él es un ser humano, aunque incapaz de entender y de querer –y hasta un cierto momento de sentir– es un fin en sí mismo y no puede ser reducido a la calidad de medio o instrumento para lograr otros fines. (p. 67). A manera personal me muestro de acuerdo con lo expuesto por el autor referente al concebido, toda vez que la vida humana se encuentra dentro del útero, es decir que aún no es persona, pero si es sujeto de derecho, los cuales se encuentran reducidos por el momento y que con el nacimiento alcanzaran la totalidad.

Otros autores, como el argentino Spota (1949), resaltan que el concebido es considerado en su país como una persona.

[L]o decisivo, en cambio radica en establecer claramente para nuestro sistema positivo, dicho de otro modo persona al concebido; o sea, tiene existencia a partir de la concepción en el seno materno, es por lo que desde de ese preciso momento tiene capacidad jurídica, es decir la

aptitud que se necesita para la titularidad de algunos derechos, que se adquieren irrevocablemente si nacen con vida o se resuelven si tal nacimiento no se produce, en cuyo caso hipotético se va a considerar como si nunca hubiera existido. (p. 49). De lo manifestado por este autor con relación al concebido nos precisa que, en su país, lo consideran persona desde la concepción y desde ese instante posee la aptitud y titularidad de ejercer derechos que solo se van a adquirir si nacen con vida, y de no ser así se resuelve como si nunca hubiera existido.

4.2. Derechos del concebido

En relación con este tema, autores como Espinoza Espinoza (2001) manifiestan que “el simple hecho de disponer una clausula general, va a ser lo más adecuado, por el solo hecho de que toda enumeración resulta insuficiente. Por consiguiente, la fórmula genérica el cual dice “sujeto de derecho para todo cuanto le favorece” lo que hace es permitir atribución de cualquier derecho –patrimonial o extra patrimonial– a favor del concebido” (p. 71). De lo mencionado por este autor, se puede entender que para él resulta insuficiente toda enumeración que se haga con relación a los derechos del concebido, además de sugerir, asimismo, que sería recomendable establecer una clausula.

Por su parte, García Calderón (2001) resalta que “al concebido debe proporcionársele las condiciones necesarias para su existencia en este mundo, incluso antes de que se encuentre en él. Además, le reconoce capacidad para algunos derechos, como el ser heredero y donatario” (p. 1407). De lo expuesto por este autor, se entiende que cuando habla de los derechos del concebido afirma que a este debería dársele una condición adecuada antes de su existencia.

Acerca de los derechos del concebido, Meneses Caro (2003) manifiesta, por su parte, que “por lo que se refiere al concebido es que se sabe que

por sí mismo sus deberes y derechos, no podrá ejercerlos es por ello que lo tienen que realizar a través de sus representantes (que por lo general son sus padres)” (p. 18). Personalmente, me muestro de acuerdo con la idea de que el concebido, por sí mismo, no puede ejercer sus derechos, razón por la cual lo tiene que realizar a través de sus padres.

4.3. Tratamiento en el derecho peruano

El tratamiento jurídico en el medio peruano para el concebido ha pasado por una evolución favorable a lo largo de nuestra historia.

En el Código Civil de 1852, siguió una corriente trazada a partir del Derecho romano, ya que así lo estableció en su artículo 1° que “El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer”. En el artículo 3° de este mismo código se prescribió que “Al que está por nacer se le reputa nacido para todo cuanto le favorece”. Finalmente, el artículo 4° del aludido código estableció que “El ya nacido y el que se encuentra por nacer van a necesitar para conversar y transmitir estos derechos que su nacimiento se tenga que verifique pasados seis meses de su concepción, además que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tengan figura humana”.

Ahora bien, en el Proyecto de Código Civil de 1890 era muy preciso que su antecesora al establecer en su artículo 149° que “El hombre, según su estado natural, es concebido o nacido”, agregando a ello que “al concebido se le reputa nacido para todo lo que le favorece”. Por su parte, el Código Civil de 1936 no utilizó el término “concebido”, como se proveía en el proyecto antes glosado, sino que estableció en su artículo 1° que “El nacimiento va a determinar la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, la condición es que nazca vivo”.

En la actualidad, nuestro Código Civil Peruano de 1984, en su libro I, Título I, artículo 1°, nos menciona de la siguiente manera diciéndonos que “el ser humano va ser un sujeto de derecho a partir del momento que nace. Precizando que la vida humana empieza con la concepción, así como el hecho de que el concebido va ser un sujeto de derecho para todo cuanto le favorezca, y que además los derechos patrimoniales estas supeditados necesariamente a que nazca con vida.

Por su parte, el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes nos ofrece una definición de niño precisando que “Se va considerar niño a todo individuo desde el momento de su concepción hasta que este cumpla sus doce años de edad y se considera adolescente desde los doce años de edad hasta que cumpla los dieciocho años de edad”. En este mismo artículo también hace mención acerca de que nuestro estado va proteger al concebido para todo lo que le pueda favorecer, así como también indica el hecho de que, si existiera por alguna razón la duda referente a la edad de un ser humano, se le va a considerar niño o adolescente mientras no se pruebe de manera indubitable lo contrario. Asimismo, concordancia con este artículo, el artículo II de esta misma norma se refiere a la noción de sujeto de derechos: “El niño y el adolescente van a ser sujetos de derechos, así como de libertades y de una protección específica. Por ello necesariamente deben de cumplir las obligaciones consagradas en la presente norma”.

5. MUJER EMBARAZADA

5.1. Definición de embarazo

El embarazo es el periodo de tiempo que empieza desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide hasta el momento del parto. Por lo general, en toda mujer embarazada el periodo de embarazo tiene una totalidad de 40 semanas, tiempo que equivale a 9 meses calendario.

Las mujeres embarazadas tienen una serie de síntomas propios del estado en que se encuentran, tales como las siguientes:

- La falta de menstruación por el periodo de tiempo que lleve el embarazo.
- Los pechos tienden a hincharse en algunas mujeres.
- Náuseas o mareos matutinos, que pueden producirse en cualquier momento del día.
- Tienden a volverse más sensibles.

5.2. Tratamiento en el derecho peruano

El 25 de noviembre de 2015, el Ejecutivo de nuestro país promulgó la Ley que va a Proteger a la Madre Trabajadora contra aquel Despido Arbitrario y Prolonga que prolongara su Periodo de Descanso (Ley N° 30367), cuyos artículos 1° y 2°, respectivamente, modificaron el artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 78 y el artículo 1° de la Ley N° 26644.

En su artículo 1° de la aludida Ley N° 30367 (2015) estableció la nulidad del despido que tuviera diversos motivos, entre ellos el embarazo de la mujer.

Indicando que será nulo aquel despido que contenga por motivos: (...) e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, además haciendo un hincapié a dicha ley menciona que si el despido se produjera en cualquier momento del periodo o dentro de los 90 (noventa) días que sean posteriores al nacimiento. En esos casos se va a presumir que aquel despido tiene por motivos claramente el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, es decir si el empleador en ese momento no

logra acreditar de alguna manera en estos casos la existencia de causa justa para que pueda despedir.

Ahora bien, lo establecido en el presente inciso va a ser aplicable siempre que el empleador haya sido notificado mediante un documento del embarazo en forma previa al despido eso quiere decir que no enerva al empleador de despedir por una causa justa.

Por otro lado, en su artículo 2° de la citada Ley N° 30367 (2015) estableció en su artículo 2° lo siguiente que:

(...) es un derecho de toda trabajadora gestante de poder gozar sus 49 días de descanso prenatal y sus 49 días de descanso postnatal. Asimismo, el goce de descanso prenatal podrá ser diferido, de una parcial o también totalmente, y acumulado por el postnatal, eso le va a corresponder tomar la decisión a la trabajadora gestante. Por consiguiente, dicha decisión tendrá que ser comunicada al empleador con una anticipación de no menor de dos meses a la fecha probable de su parto.

6. ABORTO

Etimológicamente, el vocablo “aborto” proviene del latín abortus (ab, mal; ortus, nacimiento), cuyo significado es “parto anticipado, así como el hecho de la privación de nacimiento, el nacer antes de tiempo”. En el actual Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE) se define al aborto como la “interrupción de un embarazo que pueden ser por causas naturales o también provocadas”. Tomando como base esta última definición, podemos entender que el aborto es la interrupción de manera voluntaria o involuntaria de un embarazo antes de que el feto o embrión termine de desarrollarse o por lo menos que esté en condiciones de vivir fuera del vientre de la madre.

Diversos autores de nuestro medio ofrecen definiciones de aborto desde el punto de vista legal. Así, por ejemplo, Roy Freyre (1986) este autor lo define al aborto como “la destrucción del producto desde la concepción, así como en sus dos diversos momentos anteriores al término de la preñez, también menciona que puede darse por una expulsión violenta del feto o por su destrucción en el vientre de la gestante” (p. 251). De lo explicado por este autor hay que entender que, para él, con relación al aborto es la destrucción del feto que puede ser voluntaria o involuntaria.

Por su parte, Villa Stein (2004) resalta que el aborto:

[...] es un nacimiento precipitado, antes de tiempo del fruto de la concepción y se puede producir por accidentes naturales de que debe dar cuenta la medicina o por la malévola mano del hombre, de lo que debe dar cuenta el Derecho Penal. (p. 156)

Desde el punto de vista médico legal, Almeyda Escobar (2004) nos menciona acerca del aborto diciendo que es “la interrupción del embarazo con pérdida del producto de la concepción antes que sea viable” (p. 19). Este autor precisa que se denomina viable al feto o recién nacido llegando a tal grado de desarrollo orgánico que es capaz de vivir fuera del útero. Esto último significa, en otras palabras, que el autor considera viables a los fetos salidos después del sexto mes del embarazo y que tengan un peso mínimo de 1,200 gramos.

6.1. Bien jurídico protegido

Ahora bien, hablar del bien jurídico protegido en el delito de un aborto, va ser sin duda alguna, la vida humana dependiente, que en este caso es la vida del feto o embrión. Según Hurtado Pozo (1982), el bien jurídico protegido del aborto para este autor va a ser la vida del nuevo ser durante el embarazo, muy a pesar que en un segundo plano se encuentren otros

bienes como es el caso de la salud o la vida de la madre y de manera más alejadamente el capital demográfico de la sociedad. (p. 185)

6.2. Tipos de aborto

Por envenenamiento salino

Según Camargo Mora (2004), la autora nos da a conocer acerca de este método el cual consiste en extraer el líquido amniótico de la bolsa que protege al nasciturus, para lo cual se tiene que penetrar una aguja larga a través de su abdomen de la madre, hasta la bolsa amniótica, y se va a inyectar en su lugar una solución salina concentrada. Esto hará que el nonato termine ingiriendo la solución salina, lo que precisamente será lo que le cause la muerte doce horas más tarde, por envenenamiento, deshidratación y hemorragia del cerebro y de otros órganos. Junto a estas reacciones, la solución salina también producirá quemaduras graves en la piel del bebé. (p. 30)

En el momento en que acaezca el parto, la madre alumbrará un bebé muerto o, en su defecto, moribundo, con pocas alternativas de vida. De manera excepcional, la criatura podrá sobrevivir, pero, como es de imaginar, si es que ello ocurre, aquella sobrevivencia estará acompañada de una gama de severas e irreversibles anomalías físicas. Cabe resaltar que este método será utilizado después de las 16 semanas de haber producido el embarazo.

Por succión

Camargo Mora (2004) nos dice que la práctica de este método abortivo doméstico consiste, inicialmente, en la introducción en el útero de un tubo hueco que va a tener un borde afilado. Ello servirá para succionar fuertemente, lo que, debido al material y el empeño de quien ejerce el

soplido, estaremos frente a una succión de 28 veces extremadamente fuerte a la de una aspiradora casera. Será por esta causa que el cuerpo en desarrollo del nasciturus se desplazará, y lo mismo sucederá con la placenta y, en general, con la totalidad del producto del embarazo. (p. 31)

Los productos que se extraigan del embarazo se depositaran en un balde. Luego de ello, el abortista introducirá en el útero una pinza para extraer el cráneo del nasciturus, que no siempre sale por el tubo de succión. A todo ello nos hace un detalle indicándonos que algunas de sus partes que son más pequeñas del cuerpo del nasciturus pueden identificarse con suma facilidad (brazos, piernas, dedos, etc.).

Por dilatación y curetaje

Según Camargo Mora (2004), la autora nos explica sobre la realización de este método abortivo y nos indica que se emplea una cureta o cuchillo que tiene adherida una cucharilla filosa en la punta. Con este instrumento se procede a cortar a la criatura en pedazos con la única finalidad de poder facilitar su extracción, la misma que se lleva a cabo por el cuello de la matriz. (p. 31)

Asimismo, explica que mientras se encuentra en el segundo y tercer trimestre del embarazo, el nonato, al ser ya demasiado grande como para ser extraído a través de la succión, obliga a emplear el método de dilatación y curetaje. En la cual la cureta se usa para desmembrar al bebé, para luego proceder a sacarlo en pedazos con ayuda de fórceps. Se asume que este método es el más usual en estos casos.

Por “D & X” a las 32 semanas

Para Camargo Mora (2004), la autora nos comenta que este método debe de ser el que provoque más espanto y repulsión entre los antiabortistas. Su sola denominación a nivel popular nos indique del por qué ello es así:

el otro nombre por el cual se le conoce es el de “nacimiento parcial”, denominado así porque este tipo de intervención abortiva se realiza cuando el nasciturus está muy próximo a su alumbramiento. (p. 32)

La manera como se lleva a cabo tal técnica o método abortivo es el siguiente. Seguidamente de ocurrir el dilatado en el cuello uterino durante los tres días y haciendo en seguimiento por la ecografía, el abortista introduce unas pinzas con el fin de ir destrozando poco a poco, y de manera sistemática, el cuerpo del nonato. Ello se realiza así porque la criatura ya se encuentra bastante desarrollada.

Una vez que la mutilación esta lista, comienza a extraerse parcialmente el cuerpo de la criatura de un modo análogo a como ocurren los alumbramientos, salvo que se deja la cabeza dentro del útero. Esto ocurre porque el ser ya prácticamente formado ostenta una cabeza ya demasiado grande como para ser extraída de manera intacta. Ante esta situación, el abortista lo que va a realizar es enterrar unas tijeras prácticamente en la base del cráneo del bebé que se encuentra vivo y posterior a ello las abre para así poder ampliar el orificio: solo a partir de ese momento es que procede el abortista a insertar un catéter y es ahí cuando extrae el cerebro mediante succión. Es necesario mencionar que ese procedimiento hace que el bebé muera y que su cabeza se desplome con facilidad. Después de todo ello lo que sigue es que va a extraer a la criatura y le corta la placenta.

Por operación cesárea

De acuerdo con Camargo Mora (2004), la autora nos presenta este procedimiento el cual es practicado por un médico o, en su defecto, por alguien que finge como tal o que tiene conocimientos sobre el tema más allá de lo común. Se trata de una operación quirúrgica que es exactamente igual a una operación cesárea hasta que se corta el cordón umbilical, con

la única diferencia es que en un parto normal se cuida al niño extraído y en este caso lo único que se hace es dejarlo morir. La cesárea no tiene el objeto de salvar al bebé, sino de matarlo. Es decir, estamos ante una noción totalmente inversa a la de quien va a un médico para alumbrar. (p. 32)

Por prostaglandinas

Este método, según Camargo Mora (2004), nos cuenta la autora que no es básicamente una técnica o método abortivo, sino un fármaco que lo que se encarga de hacer es provocar un parto prematuro durante cualquier periodo de un embarazo. Asimismo, es utilizado para llevar a cabo el aborto a la mitad de un embarazo o de ser el caso en las últimas etapas de este. A todo esto, su principal “complicación” es que puede resultar que el bebé a veces sale vivo, pero con el riesgo de sufrir severas complicaciones físicas. Por otro lado, puede que le cause graves daños a la madre. Recientemente las prostaglandinas se han usado con la solución denominada RU-486 para aumentar la efectividad de éstas. (p. 33)

6.3. Aborto terapéutico

Es sin duda la interrupción de un embarazo que necesariamente tiene que ser realizado por un médico titulado, y se tiene que dar con el consentimiento expreso de la mujer gestante o de ser el caso de su representante legal, con la única finalidad de poder salvar su vida a la madre o con el fin de evitarle a ella un mal grave permanente. Aunque nuestro Código Penal sanciona el aborto, el único aborto que está permitido es el terapéutico, que es el único método que posee y tiene la mujer para que aborte por la vía legal.

En relación con el aborto terapéutico, Varsi Rospigliosi (2006) dice que “es la interrupción del estado de gravidez que practica un médico, con el

consentimiento de la mujer gestante para salvar su vida o evitarle a ella en su salud un mal grave y permanente” (p. 25). Nuestro Código Penal Peruano establece en su artículo 119° lo siguiente que:

No se sancionará un aborto que sea realizado por un médico con el consentimiento de aquella mujer que se encuentre gestando o de su representante legal, si es que lo tuviere, cuando sea el único medio para poder salvar la vida de la mujer embarazada o para poder a ella evitarle en su salud un mal grave y permanente.

6.4. El delito del aborto en la legislación comparada

SUECIA

En este país el aborto está autorizado. Al igual que los demás países escandinavos, se ha ampliado la licitud del aborto. Pero las circunstancias que necesariamente deben concurrir para poder practicarlo son las siguientes:

- Que exista peligro para su salud o su vida de la mujer embarazada.
- Que el embarazo sea consecuencia de una de violación o incesto.
- Que la mujer embarazada sea una menor de edad.
- Cuando exista la posibilidad de que se transmitan al feto malformaciones físicas o enfermedades graves.

La decisión del aborto, independientemente del motivo que lo provoque, será probado por una comisión real tratándose de casos controvertidos. De lo contrario, será aprobado por una comisión integrada por dos médicos.

SUIZA

En el país de Suiza respecto al aborto se sabe que es legal y que dicha práctica es de una forma muy amplia, siempre y cuando la mujer sea la

que consienta tal hecho. En este país nos indica que tiene que ser practicado por dos médicos.

FRANCIA

Actualmente se permite el aborto por motivos terapéuticos y por causas eugenésicas, a tal extremo que la mujer debe solicitar el aborto con la autorización del cónyuge si se encontrare casada y debe ser practicada por médicos dentro de las casas asistenciales y hospitales.

La aprobación o desaprobación para la práctica del aborto debe ser otorgada por una comisión compuesta por un ginecólogo, un médico especializado en la enfermedad que motiva el aborto y un médico designado por el consejo del departamento del orden.

ITALIA

Legalizado desde 1975, el aborto en este país queda netamente al criterio del médico que lo va autorizar. Asimismo, se dice que se va a permitir que se realice el aborto siempre y cuando el embarazo sea como consecuencia de una violación.

JAPÓN

En 1948 se dictó en este país la Ley de Protección Eugenésica, por la cual se autoriza la esterilización y el aborto terapéutico.

En 1949 en Japón ya era permitido el aborto, debido a cuestiones económicas o en el caso de que el embarazo había sido una consecuencia de una violación. Asimismo, se dice que el aborto puede si se puede realizar con el consentimiento de la mujer embarazada y bajo una opinión clínica de su médico de la mujer gestante.

7. CONSENTIMIENTO

7.1. Definición

Es aquella situación en la que una persona permite o acepta alguna condición, es decir, se va a tratar de la manifestación de voluntad de determinada persona para celebrar diversos actos. Sin la voluntad exteriorizada de la persona a través del consentimiento dichos actos, cualesquiera que fueren, no serían posibles. Es importante precisar que uno de los elementos del acto jurídico es la manifestación de voluntad que se da a través del consentimiento.

7.2. Requisitos de validez

La oferta

La oferta es la propuesta que hace una parte a la otra para la celebración de un contrato.

Requisitos

- Es que tiene que necesariamente estar completa. Es decir, si cumple con todos los elementos necesarios de un contrato propuesto, solo se trataría de una simple aceptación del destinatario para que forme el contrato.
- Ahora bien, debe tener el contenido de la intención de contratar. Pues ello permitiría que esas ofertas sean consideradas asimismo como válidas.
- Por consiguiente, debe netamente conocer por el que va a ser el destinatario, puesto que aquella declaración que no esté cumpliendo con este requisito necesario será una policitud sin el efecto vinculante. Asimismo, se dice que no podrá ser oferta la declaración que pueda llegar

a conocimiento de aquella persona distinta del destinatario, no obstante, a no ser que se pueda tratar de su representante.

- Es preciso que tenga que contener la determinación del oferente, toda vez que es importante que el destinatario este enterado con quien va a contratar.

- Es importante conocer el modo de la oferta. Ya que hablamos de contratos solemnes, donde la oferta tendrá que ser observada y que lleve la formalidad exigida para estos tipos de contratos.

El Perfeccionamiento de la oferta se va a dar cuando:

- Dicho de otro modo, se perfecciona la oferta desde aquel instante que es conocida por el destinatario.

La aceptación

Es la declaración de voluntad que va a ser emitida por el destinatario y que será dirigida al oferente, por medio de la cual este otro comunicará a este acerca de su conformidad con los términos de la oferta.

Sus requisitos son los siguientes:

- Que sea consecuente con la oferta.
- Que sea oportuna. La aprobación debe de realizarse mientras la oferta se encuentra vigente.
- Que sea dirigida al oferente. La aceptación no puede ser dirigida a otra persona que no sea aquella que ha formulado la propuesta.
- Que comprenda la intención de contratar.
- Que cuide el modo requerido.

8. REPRESENTACIÓN

8.1. Definición

Hay que entender a la representación como aquella acción en la que va actuar una persona diferente de la titular, pero con la finalidad de sustituir al titular para que en nombre de este pueda realizar diversos actos que se le han encomendado, claro está que solo será en beneficio del titular.

Para Aguila Grados (2005), “la representación descansa en el principio de colaboración o cooperación ante terceros, en virtud de la cual un sujeto realiza negocios en auxilio y beneficio de una persona distinta” (p. 71). Según este autor, la representación está vinculada a la colaboración ante una tercera persona, por el cual un sujeto distinto realiza determinadas cosas en favor de una persona distinta.

Por su parte, Torres Vásquez (2006) nos explica que “por la representación una persona (el representante) sustituye a otra (el representado) en la celebración de un acto jurídico, en general el representante manifiesta su voluntad por cuenta y en interés del representado”. (p. 275)

8.2. Tipos de representación

Representación legal

Mediante esta representación se establece quien o quienes deberían asumir la representación de terceras personas cuando estas carecen de capacidad civil para ejercer dicho derecho.

Según Priori Posada (2003), en lo que respecta a la representación legal el autor nos hace recordar que se encuentra claramente establecida en la ley, por lo que lo precisa diciéndonos que la declaración de incapacidad de obrar del cual pueden tener algunas personas así como las necesidades de que estas puedan actuar en lo que se le llama el tráfico jurídico, se encuentra establecido a la persona que representara al

incapaz, o en todo caso su forma de designación del representante; de no existir el incapaz se encontraría prácticamente imposibilitado de realizar su esfera jurídica. (p. 642). Este autor indica que se considera representación legal aquello que es establecida por la ley, a ello se puede agregar también el hecho de que existe personas incapaces que por sí solas no pueden actuar en actos y negocios, tales como compra y venta, también estaría de por medio el derecho a una herencia entre otros, es por ello se necesariamente necesitan que una persona que la pueda representar cuando este incapacitado para realizarlo.

Para Aguila Grados (2005), la representación legal se origina por mandato de la ley. Es la que establece quienes son las personas que deben asumir la representación de otras que generalmente carecen de capacidad civil para el ejercicio de sus derechos. Tal es el caso de la facultad de los padres de ejercer la representación de los hijos menores de edad o incapaces, y la de los tutores y curadores de ejercer la de los menores o incapaces que por algún motivo no puede ser ejercida por sus padres. (p. 71)

Representación judicial

Es aquel tipo de representación en la que necesariamente tiene que haber la intervención de un juez con la finalidad de que pueda representar a una determinada persona para un caso en concreto.

Águila Grados (2005) dice que la representación judicial es aquella en la que el juez determina quién debe representar a una persona para la realización de un determinado negocio. Ejemplos de este tipo de representación son el albacea o ejecutor testamentario o el curador procesal. (p. 71)

Representación voluntaria

Este tipo de representación consiste en la voluntad del sujeto que va a ser representado por una tercera persona y mediante la cual, como su nombre lo indica, se dará de manera voluntaria sin mandato.

Priori Posada considera (2003) que lo concerniente a la representación voluntaria el autor nos hace referencia que es la propia voluntad del sujeto representado. Partiendo de esta premisa y en ejercicio de la propia voluntad de autonomía que posee una persona, podemos decir un sujeto va a poder realizar un negocio con la finalidad de regular un interés del cual él es el propio titular, o dicho de otra manera podrá conferir a otra persona mediante un poder necesariamente firmado por él con la finalidad que pueda regular los intereses del representado. (p. 642). De lo mencionado por este autor acerca de la representación voluntaria, debemos de entender como su mismo nombre lo indica es voluntario no existe una coacción de por medio, quiere decir que una persona determinada solicita a otra persona para que en su nombre lo represente, y este se puede realizar a través de una carta poder.

Por su parte, Aguila Grados (2005) destaca que la representación voluntaria se constituye por voluntad de las partes, quienes, para dicho fin, realizan un negocio jurídico de otorgamiento de poder por el cual se origina entre ellos una “relación representativa”. (p. 72).

9. EL MINISTERIO PÚBLICO COMO REPRESENTANTE DE LA SOCIEDAD PARA VELAR POR EL RESPETO DE LA FAMILIA

A continuación toca hablar lo referente al Ministerio Público, por ello es necesario saber que es el encargado de representar al estado peruano, por otro lado también es preciso resaltar que cuentan con autonomía propia, lo cierto es que ellos velan por el respeto de todos los derecho de cada uno de los ciudadanos que habitan en este territorio y de cierto modo

también les ofrecen las garantías constitucionales que se encuentran ya establecidas en lo que es nuestra Constitución Política del Perú.

Ahora bien, cabe mencionar que el artículo 1° de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece aquellas funciones que debe realizar el Ministerio Público para que haya un buen funcionamiento.

A todo esto en su artículo 1° de la ley descrita líneas arriba nos indica claramente que el Ministerio Público es un organismo autónomo que tiene el Estado Peruano, que se va encargar de representar a la sociedad y que a su vez dentro de sus funciones principales va a velar siempre por la defensa de la legalidad, sin ir muy lejos cuidar porque prevalezca los derechos de los ciudadanos y también los intereses públicos, en otras palabras la representación de la sociedad en un posible juicio, por ejemplo para aquellas cuestiones de defender a la familia, así como a los menores e incapaces y también el interés social, no obstante velar por moral pública; se dice además que también estará pendiente de la persecución del delito y la reparación civil.

A todo ello podemos añadirle que se va a encargar de la persecución del delito cometido claro está dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley, así como el hecho de respetar la independencia de los órganos judiciales para que de esa manera exista una correcta administración de justicia y por consiguiente respetando además lo que señala Constitución Política del Perú y también el ordenamiento jurídico de la Nación.

Según la ley orgánica de nuestro ministerio público, se puede entender en la actualidad que viene cumpliendo un rol sumamente importante para la sociedad en que vivimos, asimismo es necesario mencionar que es un organismo autónomo de nuestro estado peruano, toda vez que siempre va velar por la defensa de la legalidad.

El artículo 11° de lo que concierne a la Ley Orgánica del Ministerio Público indica lo siguiente:

Diciéndonos que Ministerio Público va ser siempre el titular de la acción penal pública, dicho de otro modo, su ejercicio va a ser de oficio, que será a instancia de la parte agraviada o también por acción popular, ahora bien, si se tratase de un delito de comisión inmediata o de aquellos contra los cuales la ley le concede expresamente para que puedan actuar de ser el caso.

Al hablar del Ministerio Público podemos decir que es un organismo autónomo de nuestro estado peruano, también es necesario mencionar que dentro de la organización del Ministerio Público se encuentran conformado por los siguientes miembros que paso a detallar líneas abajo tales como:

- Empezando por el primero que viene a ser el fiscal de la nación.
- Después de él continúan los fiscales supremos.
- De ahí y no menos importantes le siguen los fiscales adjuntos, así como también las juntas de fiscales.

10. EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER SOMETIDA A ABORTO TERAPEUTICO EN EL DERECHO COMPARADO

Según Ramos Suyo (2011), el consentimiento de la mujer sometida a aborto terapéutico “debe ser un consentimiento expreso o tácito de la gestante, con precisión, claridad y responsabilidad respecto a la naturaleza de la situación de su embarazo, y señalar el riesgo que este representa para su salud” (p. 112). En mi opinión, el aludido autor nos dice que el consentimiento de la mujer sometida a un aborto terapéutico solo le compete a ella, decisión que puede ser expresa o tácita.

11. POR QUÉ LA ANENCEFALIA DEBE JUSTIFICAR EL ABORTO TERAPÉUTICO

Távora Orozco (2014) nos habla con respecto al porqué la anencefalia debe justificar al aborto terapéutico. Así:

Indicando que toda mujer gestante que se le da a conocer un diagnóstico de anencefalia va a experimentar una serie de sentimientos tales como la sorpresa, la tristeza, la angustia, desesperación, incertidumbre, dudas, resignación, no obstante, la frustración del ideal de tener un hijo saludable y si a todo ello se le suma la noticia de recibir la información que la ley prohíbe expresamente el aborto en estos casos, lo único que va a provocar es sin duda el incremento en su estado de angustia. Asimismo, a esto él indica que por un lado afectan la sobrevivencia fetal y por otro lado ponen en riesgo la salud física, la salud mental y la vida de la mujer. (pp. 12-14) Este autor nos menciona que toda mujer que va a saber de un diagnóstico de anencefalia necesariamente va a percibir una serie de emociones como son la sorpresa, tristeza, desesperación, angustia entre otras, sentirse mal por no poder tener un hijo sano, y además recibir la noticia de que la ley prohíbe el aborto en tales casos, lo único que va a provocar en la mujer incrementar su angustia.

El aludido autor nos indica también que hoy en día lo más recomendable va a ser una vez confirmado el diagnóstico el facultativo debe ponerlo de inmediato en conocimiento de la mujer embarazada, explicarle claramente los efectos que esta anomalía va a tener sobre ella y el feto, y dejar que sea la propia mujer embarazada la que realice una correcta elección informada. Si la mujer en estado de gestación, habiendo tenido el conocimiento necesario decide ella libremente seguir adelante con su embarazo hasta que finalice por completo, aquella decisión debe de ser respetada netamente por el personal del centro de salud, pero de cierto modo si es que ella decidiera interrumpir su estado de gestación,

igualmente debe de ser respetado por el personal del centro de salud el mismo que debería en esos casos atender aquella petición, por tratarse de una indicación médica.

Távora Orozco (2014) agrega que dentro de lo conflictivo que pueda resultar asumir una decisión frente a un caso de anencefalia, sería necesario poder recordar que el 39% de los países del mundo, incluidos algunos países de América Latina, ya reconocen que las malformaciones congénitas fetales severas son indicaciones para interrumpir el embarazo en términos legales. (pp. 12-14)

En mi opinión, lo expresado por Távora Orozco nos da a entender que una vez conocido el diagnóstico que determina la anencefalia, es la mujer quien debe decir si desea continuar o no con el embarazo, puesto que existe una indicación médica que determina la anencefalia y, como nuestro autor lo ha mencionado, esto afecta a la mujer embarazada en su salud física, mental y en su vida. En concordancia con Távora, me atrevo a decir que de no permitirle a la mujer embarazada interrumpir su embarazo a sabiendas que el feto es anencefálico, lo único que estaríamos haciendo es ocasionarle un daño y un sufrimiento innecesario, puesto que estaríamos precipitando su decisión a practicarse un aborto clandestino, que precisamente le va a poner en riesgo su salud, así como su vida.

12. INDICACIONES PARA LA INTERRUPCIÓN LEGAL DEL EMBARAZO

De acuerdo con lo estipulado por el propio artículo 119° del Código Penal vigente, solo hay dos circunstancias para que se pueda dar una interrupción legalmente de un embarazo en las cuales pasamos a detallar:

- Pues bien, se dará cuando el embarazo va amenazar la vida de la mujer gestante.

- Por otra parte, también se podrá dar cuando el embarazo presente una complicación que será capaz de provocar un mal gran y permanente en su salud de la mujer que se encuentra gestando.

El Hospital Nacional Hipólito Unanue y específicamente con el área del Departamento de Ginecología y Obstetricia, y con la respectiva asistencia técnica del Comité de Derechos Sexuales y Reproductivos de la Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología y a su vez contando con el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, ellos han logrado elaborar la presente Guía para el correcto manejo de aquellos casos en que amerita la interrupción legal de un embarazo, asimismo pretenden de esta manera contribuir con una práctica la cual será segura para atender a todas aquellas mujeres cuyo embarazo debe de ser finalizado por razones netamente medicas con el fin de poder cautelar así la vida y la salud de la mujer que se encuentra en un estado de gestación. No obstante, presentan las siguientes entidades clínicas que van a justificar un aborto terapéutico.

- Mencionan a la Cardiopatía congénita o adquirida con insuficiencia cardiaca.
- Indican también cuando exista la Tuberculosis pulmonar avanzada multidrogoresistente.
- Cuando tengan insuficiencia respiratoria severa.
- Cuando presenten trastornos hemorrágicos.
- Así como la insuficiencia renal crónica y severa.
- Cuando exista la hipertensión arterial crónica con daño en órganos blanco.
- También tenemos a las neoplasias malignas que requieren intervención quirúrgica en el aparato genital.
- Otro caso sería la radio o quimioterapia.
- Si presenta epilepsia rebelde al tratamiento.

- Así como la hiperémesis gravídica grave resistente a todo tratamiento.
- Si es que hay la mola hidatiforme parcial con presencia de hemorragia grave y otros procesos clínicos que serán dictaminados por la junta médica por que ponen en riesgo la vida y la salud de la gestante.

Los datos anteriores han sido obtenidos del Departamento de Ginecología y Obstetricia del Hospital Nacional Hipólito Unanue.

13. INFRAESTRUCTURA, EQUIPAMIENTOS E INSUMOS

El hospital tiene que tener una buena infraestructura, así como equipamientos necesarios e insumos los cuales se detallan a continuación:

- Contar con los consultorios externos de ginecoobstetricia
- Tener un ambiente de consejería es necesario.
- Es de mucha utilidad el contar con las salas de internamiento para los pacientes.
- Es sumamente importante el tener una sala de operaciones.
- Es necesario el tener una sala de recuperación para los pacientes que lo puedan necesitar.
- Tiene que existir una unidad de cuidados intermedios e intensivos para aquellos pacientes que necesitan cuidados especiales.
- Es necesario el contar con los Laboratorios clínicos por si se necesite de algunos análisis.
- Es imprescindible contar con el Banco de sangre, puesto que el paciente pueda necesitarlo en cualquier momento.
- Es importante el tener un ambiente de emergencia.
- Tiene que haber siempre una respectiva farmacia en todo hospital.
- Contar con máquina de anestesia es necesario.

- Tener el instrumental quirúrgico para proceder a laparotomía e hysterectomía en el caso que se pueda requerir es de gran utilidad.
- Los hospitales tienen que tener equipos de AMEU.
- Es necesario la disponibilidad de oxígeno.
- Es tener los oxitócicos.
- Anestésicos locales y generales
- Es importante tener analgésicos para poder calmar el dolor al paciente que lo pueda necesitar.
- Es necesario los antibióticos para cualquier circunstancia que se pueda presentar.
- Contar también con las soluciones isotónicas.
- Es importantísimo contar expansores plasmáticos.

Estos datos han sido obtenidos del Departamento de Ginecología y Obstetricia del Hospital Nacional Hipólito Unanue.

14. RECURSOS HUMANOS

El hospital tiene que contar con los siguientes recursos humanos:

- Tienen que tener a los Médicos ginecoobstetras tienen que estar debidamente capacitados para la realización de procedimientos quirúrgicos, así como también los médicos para la interrupción legal del embarazo.
- Es importante contar con los médicos anesthesiólogos.
- Así como a los médicos intensivistas.
- Debe de contar con el respectivo personal calificado en banco de sangre.
- Es muy necesario que haya personal de obstetricas capacitado en consejería.
- Esta bien el contar con el personal de enfermería.
- Es necesario tener a las trabajadoras sociales.
- Está bien contar con los psicólogos.

Estos datos han sido obtenidos del Departamento de Ginecología y Obstetricia del Hospital Nacional Hipólito Unanue.

15. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

1. Por lo tanto después de recibido el informe sobre la situación clínica actual de la mujer embarazada hecha por el realizada por parte de su médico tratante, el tramite empezaría con la petición de parte de la mujer embarazada dirigido a la Jefatura del Departamento de Ginecología y Obstetricia. Esta jefatura debe explicar las razones por las cuales se está solicitando la interrupción del embarazo.

2. Ahora bien lo concerniente con la Jefatura del Departamento de Ginecología y Obstetricia, es que se encargara de dar a trámite de manera inmediata y a su vez constituirá a la brevedad a una junta médica, no obstante, tendrá que cuidar que forme parte de esto aquel médico ginecoobstetra que atendió inicialmente el caso. Es decir, la jefatura presentará a este médico a sus otros colegas.

3. Por consiguiente aquella junta médica, la misma que se encontrará netamente constituida por tres profesionales médicos, deliberará el caso y podrá solicitar asesoría de otros profesionales de la especialidad correspondiente. De ser necesario, la junta ampliará la anamnesis (información aportada por el paciente y por otros testimonios para confeccionar su historial médico) o vuelve a examinar el caso y decidirá por la procedencia o no de lo que se está solicitando, lo cual se tiene que dejar una constancia; la misma que deberá ser por escrito explicando sus respectivas conclusiones en la historia clínica.

4. Por otra parte si se diera el caso que procede la interrupción del embarazo, lo que sigue a continuación es que el médico tratante deberá

de preparar como corresponde a la paciente para la interrupción de su estado de gestación.

5. Después de todo será la propia Jefatura del departamento quien va a escoger a que médico le va a corresponder llevar a cabo dicho procedimiento.

6. Por otro lado desde el momento en que se realiza la solicitud hasta el instante en que se da inicio al procedimiento concerniente a la interrupción legal del embarazo, es necesario tener en cuenta que no se debe de exceder más de diez días, asimismo se deberá de actuar con mucha celeridad si el caso así lo amerita.

7. Y en definitiva habiendo cumplido con el respectivo trámite de dicho procedimiento, será la propia Jefatura del Departamento de Ginecología y Obstetricia encarga de informar a la dirección del hospital.

Estos datos han sido obtenidos del Departamento de Ginecoobstetricia del Hospital General María Auxiliadora.

16. JUNTA MÉDICA

En mi opinión, una junta médica es aquella reunión que se va a convocar ante determinadas circunstancias que se presenten en un hospital con la finalidad de tomar una decisión sobre determinados casos especiales. La descripción de las labores de esta junta se muestra a continuación:

- La junta médica deberá de estar necesariamente constituida por tres médicos ginecoobstetras, y de los cuales una de ellos será su médico tratante de la gestante.
- La junta médica de cualquier manera puede asesorarse con los profesionales vinculados al caso en consulta.

- La junta médica por otra parte tendrá que recibir el informe de su médico tratante de la gestante, para que pueda analizar el caso, así como el hecho de poder ampliar la anamnesis o de ser el caso volverla a examinarla, si es que lo estimara conveniente, y después de todo ello se va a pronunciar por la procedencia o no de la interrupción del embarazo.
- Si se diera que el caso de decidir positivamente para proceder con la interrupción, lo que ocurre a continuación de ello es el cuidar que halla el consentimiento informado por parte de la mujer embarazada o de su representante legal, de ser el caso.

Estos datos han sido obtenidos del Departamento de Ginecoobstetricia del Hospital Belén de Trujillo.

17. EVALUACIÓN Y PREPARACIÓN DEL CASO ANTES DE LA INTERRUPCIÓN LEGAL DEL EMBARAZO

Lo primero que el profesional o la profesional debe realizar es comprobar que la fémina presente realmente un embarazo que se encuentre localizado dentro del útero, así como el hecho de determinar realmente el tiempo de su gestación. Este último dato va a ser un elemento crítico en relación a la selección del método que se tenga que realizar para la evacuación uterina, así como la rapidez que se tenga que actuar para poder atender el caso.

ANAMNESIS

- Consiste en que se debe de realizar una historia clínica completa e integral.
- Va consistir en aclarar el primer día de la última menstruación normal de la gestante, así como la regularidad o irregularidad del régimen catamenial.
- Consiste en la evaluación de los antecedentes personales, obstétricos y quirúrgicos patológicos relevantes para el procedimiento.

- Va consistir en poder identificar otros posibles síntomas tales como: la tensión mamaria, náuseas, vómitos, fatiga, cambios en el apetito, frecuencia urinaria, dolor pélvico.

EXAMEN CLÍNICO

- Se tiene que realizar el control de las funciones vitales.
- Es necesario hacer el examen de corazón, así como de los pulmones.
- Es obligatorio la realización del examen ginecológico.
- Se necesita hacer un examen con espéculo para identificar características del cuello uterino y signos de infecciones de transmisión sexual (ITS) u otras enfermedades del tracto genital.
- La realización del tacto vaginal para poder confirmar el ablandamiento del istmo cervical, para así poder determinar la posición del cuello del útero y ver su tamaño y la posición, y para confirmar el embarazo intrauterino de acuerdo con las semanas de gestación.
- Descartar embarazo ectópico y mola hidatiforme. Si se confirma su presencia, realizar tratamiento inmediato, según lo establecido en las guías nacionales de atención integral de salud sexual y reproductiva.

EXÁMENES AUXILIARES

- Se necesita medir la hemoglobina o hematocrito.
- Es necesario saber su grupo sanguíneo y Rh.
- Se necesita la realización de la prueba perfil de coagulación.
- Se tiene que tener las pruebas serológicas: RPR, VIH.
- Realización de una ecografía.
- Necesita realizar el dosaje de gonodotropinas (HCG).
- Papanicolaou.
- Todos los demás exámenes que puedan contribuir al diagnóstico de enfermedades concomitantes.
- Va depender der caso, una posible evaluación del riesgo quirúrgico y riesgo anestésico.

Los datos anteriores han sido obtenidos del Gobierno Regional Dirección Regional de Salud Hospital Antonio Lorena (Cusco).

18. ANÁLISIS DEL CASO

18.1. EL CASO DE KAREN NOELIA LLANTOY HUAMÁN

DICTAMEN REALIZADO POR EL PROPIO COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: EL CUAL LO EMITIO EN EL CONTEXCO UBICADO EN EL PÁRRAFO 4, DEL ARTÍCULO 5 DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

85° PERÍODOS DE SESIONES respecto de la Comunicación N° 1153/2003

El Tema es: La negativa a poder prestarle servicios médicos a la Karen en el caso de un aborto terapéutico no punible, el mismo que se encuentra expresamente contenido en la ley.

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

Las Cuestión del fondo: El derecho a un recurso efectivo; el derecho a la igualdad entre varones y mujeres; así como el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos o degradantes; derecho a no ser objeto 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.

Los artículos del Pacto: 2, 3, 6, 7, 24 y 26.

Los artículos del Protocolo Facultativo: 2.

En la fecha del día 24 de octubre de 2005 el Comité de Derechos Humanos aprobó su dictamen de conformidad con el párrafo 4 de su

artículo 5 del Protocolo Facultativo respecto de la Comunicación N° 1153/2003.

Hechos:

La autora Karen Noelia Llantoy Huamán cuenta haber quedado embarazada en la fecha de marzo de 2001, tiempo en el cual ella tenía tan solo 17 años de edad. Ese mismo año, en el mes de junio, manifiesta que se ella se realizó una ecografía en el Hospital Nacional Arzobispo de Loayza de Lima. El resultado de dicho examen determinó que se trataba de un feto anencefálico.

En julio de 2001, el doctor Ygor Pérez Solf, médico gineco-obstetra del mencionado hospital descrito líneas arriba, le asevero a la autora sobre la anomalía del feto, así como también los posibles riesgos que iba a tener contra su vida de continuar con dicha gestación. Es por ello que el doctor le señalo que tenía dos alternativas: el continuar o el interrumpir la gestación, en la cual el doctor opto por recomendarle hacerse la interrupción mediante un legrado uterino. A lo que la autora decide interrumpir el embarazo, y para ello se le practicaron una serie de estudios clínicos que son necesarios para estos casos, los mismos que le confirmaron el padecimiento del feto.

En julio del año en mención, Karen se presentó al hospital en compañía de su madre con la finalidad de ser internada de inmediato para la intervención. El doctor Ygor Pérez, ahí le comunica que tenía que solicitar la autorización por escrito ante el director del hospital, y como Karen aún era una menor de edad, fue su mamá la señora Elena Huamán Lar, quien se encargó de presentar dicha solicitud. El doctor Maximiliano Cárdenas Días, director del hospital, le respondió mediante un escrito indicándole que no sería posible la realización concerniente a la interrupción de su gestación, precisándole que el realizarlo sería contravenir a las normas

legales existentes, toda vez que según lo ya estipulado y tal como lo establece nuestro código penal en su artículo 120°, haciendo mención lo siguiente: el aborto se reprimirá “con una pena privativa de la libertad el cual será no mayor de tres meses cuando es probable que el ser que está en formación conlleve al nacimiento de graves taras físicas o psíquicas” y que, conforme también lo establece al artículo 119° del mismo código, “el aborto terapéutico solo va estar permitido cuando “ la suspensión de un embarazo va a ser el único medio para poder salvar la vida de la mujer embarazada o también para evitar en su salud un mal grave permanente”.

En fecha del mes de agosto del 2001, la señora Amanda Gayoso, asistente social, realizó una evaluación del caso y en el cual su conclusión fue la siguiente recomendándole una intervención médica para poder interrumpir la gestación, indicando también el hecho de continuar dicho embarazo, solo se le prolongaría la angustia e inestabilidad emocional de Karen y su familia. No obstante, dicha intervención no fue posible debido a que hubo la negativa por parte de aquellos funcionarios médicos adscritos al Ministerio de Salud.

Unos días después, la doctora Marta B. Rendón, médico psiquiatra, rindió un informe médico psiquiátrico de Karen, en el que concluye explicando lo siguiente “ el presunto principio de la beneficencia para el feto ha dado lugar a maleficencia grave para la madre, pues se le ha tenido que someter innecesariamente a tener que llevar al término un embarazo cuyo desenlace fatal ya se percibía de antemano y a todo ello se ha contribuido significativamente a desencadenar un cuadro de depresión que trae consigo severas repercusiones, es decir que esta enfermedad tiene para el desarrollo de una adolescente y para la futura salud mental de la paciente”.

En enero del año 2002, Karen dio a luz a una niña anencefálica la misma que solo logro vivir por cuatro días. Ahora bien, después de la muerte de

su pequeña hija, Karen se sumergió en un estado de profunda depresión, tal como arrojó el diagnóstico la psiquiatra Marta B. Rendón. A ello hay que sumarle que la misma Karen afirmó que padeció de una inflamación vulvar la que necesariamente requería de un tratamiento médico.

Karen presenta al Comité la declaración médica de los doctores Annibal Fáudes y Luis Távara, especialistas de la asociación “Center for Reproductive Rights”, quienes en el mes de enero de 2003 estudiaron el expediente clínico de Karen. Es decir, ambos especialistas señalaron que la anencefalia es una enfermedad fatal para un feto en todos los casos, a su vez que la mayoría de los fetos mueren inmediatamente después del nacimiento y que, asimismo, se pone en riesgo la vida de la madre. Los dos especialistas opinaron que, con el rechazo de interrumpir el embarazo, el personal médico tomó una decisión perjudicial para Karen.

La autora manifestó que en el Perú hasta el momento no hay la existencia de ningún recurso administrativo el cual pueda permitir la interrupción de un embarazo por razones terapéuticas, así como el hecho de que tampoco hay un recurso judicial hasta el momento el cual pueda operar con una celeridad y una eficacia que sea necesaria para una mujer gestante, y a su vez ella pueda actuar y exigir a las autoridades competentes la garantía de su derecho a poder practicarse un aborto legal dentro del periodo limitado. Asimismo, indicó que debido a sus inconvenientes de no contar con dinero y las de su familia, fueron las cosas que le imposibilitaron para que pueda obtener alguna asesoría legal correspondiente para estos casos.

LA DENUNCIA

Karen alega una violación de los siguientes artículos del Pacto:

Artículo 2°, indicando que debido a que el Estado ha incumplido su obligación de poder garantizar el ejercicio de un derecho.

Artículo 3°, y que fue objeto de discriminación al no poder contar con acceso a los servicios de salud, además de que la autora tenía derecho a un aborto terapéutico, derecho que no se le permitió ejercer.

Artículo 6°, ya que el derecho a la vida no podemos entenderla de manera restrictiva, sino más bien, por el contrario, se requiere que el Estado pueda adoptar medidas positivas para su protección, incluyendo medidas necesarias para evitar que las mujeres tengan que recurrir a esos abortos clandestinos que netamente ponen en peligro no solo su salud, sino que también está en juego su vida, especialmente cuando se trate de mujeres pobres.

Artículo 7°, a pesar de todo este derecho no solo hace referencia al dolor físico, sino que igualmente al sufrimiento moral, en el sentido de que la imposición de que continuara de manera forzada con su embarazo significó un trato cruel e inhumano que le tocó experimentar, puesto que ha tenido que soportar ese dolor tan grande de ver a su propia hija con deformidades y saber que sus horas se encontraban contadas.

Artículo 17°, en cierta medida este derecho protege a las mujeres de la intrusión en las decisiones que van a recaer sobre sus cuerpos y sus vidas, y les brinda la posibilidad de poder ejercer su derecho a decidir de manera autónoma sobre su vida reproductiva.

Artículo 24°, ahora bien, en su condición de menor no se le brindó la atención especial que requería, derecho que se le vulneró pese a que la Convención de los Derechos del Niño también les reconoce a las niñas y adolescentes una protección especial por su condición de menores.

Artículo 26°, ya que si bien es cierto que este artículo garantiza que todas las personas son iguales ante la ley, esta protección no ha sucedido en

su caso, ya que el director del hospital la dejó en un estado de desprotección e indefensión por el hecho de haber realizado una interpretación restrictiva del artículo 119° de Código Penal peruano.

COMENTARIO DEL CASO

Karen Noelia Llantoy Huamán fue realmente víctima por parte del Estado peruano y, sin duda alguna, también fue sometida a tratos crueles e inhumanos, ya que tuvo que llevar un embarazo a la fuerza cuyo desenlace se conocía de antemano: su hija iba a morir después de nacida. El dolor que esta madre sintió pudo evitarse si se le hubiera practicado el aborto terapéutico, toda vez que a ella le practicaron una serie de exámenes cuyos resultados fueron que el feto era anencefálico. Además, también fue evaluada por médico y psiquiatra, profesionales que en sus respectivos informes concluyeron que se le debía practicar el aborto terapéutico, que al final no fue posible por la negativa del director del Hospital Arzobispo Loayza. Este director hizo una mala interpretación del artículo 119° del Código Penal, lo cual causó un daño irreversible a Karen.

Por otra parte, considero que en la actualidad existen muchas mujeres, al igual que Karen, que no pueden practicarse el aborto terapéutico por la vía legal. Es por esta razón que muchas de ellas buscan el aborto clandestino, arriesgando así su vida y su salud debido a la negativa del hospital de hacer una correcta interpretación de la norma.

CAPÍTULO III

MÉTODO

3.1. Tipo y diseño de investigación

3.1.1 Tipo de investigación

De acuerdo con los objetivos de la presente **investigación, podemos** afirmar que esta es una investigación de tipo no experimental, puesto que no hay manipulación deliberada de variables. También es una investigación cualitativa, ya que se evalúa y analiza la situación del consentimiento y representación legal para supuestos de aborto terapéutico. Además, es una investigación de naturaleza descriptivo-explicativa y preceptiva, ya que muestra una realidad y propone determinadas soluciones.

3.1.2 Diseño de investigación

Para la realización de esta investigación elegimos el diseño descriptivo-explicativo, mediante el cual se analizan situaciones fácticas y supuestos teóricos y normativos. Sin embargo, se observa en el campo la opinión de abogados y médicos sobre el problema planteado.

3.2. Supuestos Categóricos

3.2.1. Supuestos Categóricos 1

El consentimiento opera bajo las reglas establecidas por el Código Civil para la validez del acto jurídico y, en su defecto, la representación legal debe tener una regulación especial.

3.2.2. Supuestos Categóricos 2

- ¿Podría considerarse como representante de la mujer adulta que se encuentra imposibilitada de consentir válidamente el aborto terapéutico, en orden de prelación, al cónyuge, el conviviente, los hijos si son mayores de edad, o los padres de la mujer embarazada?
- En caso de no tener un representante conforme a ley, ¿debería asumir la representación un familiar lejano o, en su defecto, el Ministerio Público a través de un procedimiento de tutela urgente?

3.3. Método e instrumentos de investigación

Para esta investigación se ha utilizado el método deductivo, puesto que se parte de conceptos generales para analizar el caso puntual de consentimiento y representación de la mujer en casos de aborto terapéutico. Además, se han usado métodos de la ciencia jurídica, como el método dogmático, al haber acudido al desarrollo que realizan los juristas sobre ciertas instituciones, y el método sistémico, que está relacionado con las diversas normas del sistema jurídico y de Derecho Comparado, al observar cómo este tema es regulado en otros países.

Con respecto a los instrumentos de investigación, hemos acudido al análisis de textos (libros, revistas, casos) y a la entrevista a especialistas, cuyo formato acompañamos.

3.3.1. Formato de entrevistas aplicado a abogados especializados en materia penal

DE ABOGADOS

NOMBRE Y APELLLIDOS:

EDAD:

PROFESIÓN:

ACTIVIDAD:

TIEMPO DE ACTIVIDAD:

- 1.- ¿Ha conocido algún caso de aborto terapéutico en su actividad profesional?
- 2.- En estos casos, si la mujer puede dar su consentimiento, ¿qué condiciones deben darse para que este sea válido?
- 3.- En caso de que la mujer no pudiera dar su consentimiento, ¿quién debería asumir su representación?
- 4.- De no tener la mujer algún familiar cercano, ¿quién debería asumir su representación?
- 5.- Considerando la urgencia de la situación, ¿qué procedimiento debería seguirse para nombrar, en este último caso, al representante?

3.3.2. Formato de entrevistas aplicado a médicos- obstetras

DE MÉDICOS - OBSTETRAS

NOMBRE Y APELLLIDOS:

EDAD:

PROFESIÓN:

ACTIVIDAD:

TIEMPO DE ACTIVIDAD:

- 1.- ¿Ha conocido algún caso de aborto terapéutico en su actividad profesional?

- 2.- En estos casos, si la mujer puede dar su consentimiento, ¿qué condiciones deben darse para que este sea válido?

- 3.- En caso de que la mujer no pudiera dar su consentimiento, ¿quién debiera asumir su representación?

- 4.- De no tener la mujer algún familiar cercano, ¿quién debiera asumir su representación?

- 5.- Considerando la urgencia de la situación, ¿qué procedimiento debiera seguirse para nombrar, en este último caso, al representante?

CAPITULO IV
RESULTADOS

4.1. RESULTADOS DE ENTREVISTAS EFECTUADAS A ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN MATERIA PENAL

NUMERO DE ABOGADOS ENTREVISTADOS: 12

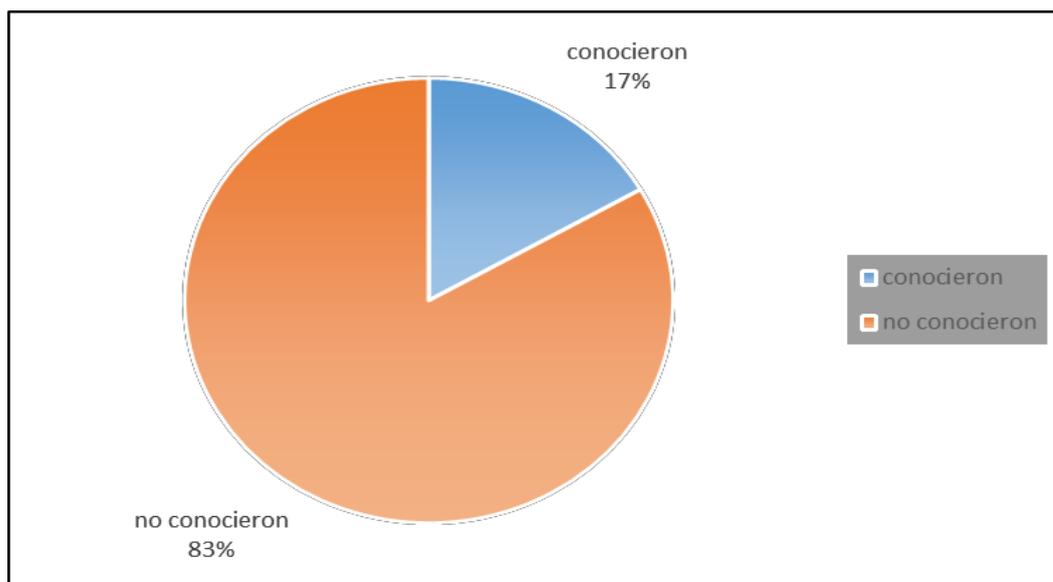
ÁMBITO TERRITORIAL: SAN JUAN DE MIRAFLORES

1.- TOTAL DE ABOGADOS QUE CONOCIERON CASOS DE ABORTO TERAPÉUTICO

- Conocieron: 2

- No conocieron: 10

Figura 1. Total de abogados que conocieron casos de aborto terapéutico



Elaboración propia

Según el cuadro, un porcentaje mayor de los entrevistados indicaron que no conocieron casos de aborto terapéutico, mientras que un porcentaje menor que sí conocieron dichos casos.

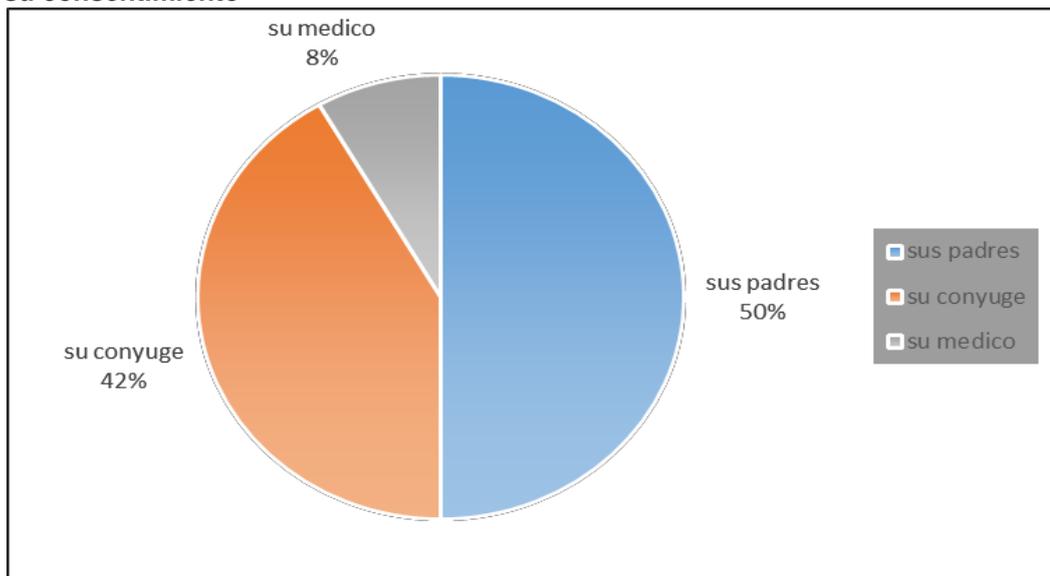
2.- CRITERIOS DE LOS ABOGADOS PARA ESTABLECER LAS CONDICIONES DEL CONSENTIMIENTO DE UN ABORTO

- Que el aborto sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitarle un mal grave permanente en su salud.
- Que el aborto sea practicado por indicación terapéutica.
- Que el aborto sea practicado con el consentimiento de la gestante.
- Que se trate de un caso contemplado en el artículo VI numeral 6.1 de la R.M 486-2014 MINSA.
- Que se siga el procedimiento regular en el artículo VI numeral 6.2 de la R.M 486-2014 MINSA.
- Que se trate de un embarazo no deseado.
- Que la vida de la madre esté en peligro de muerte.

3.- ¿QUIÉN DEBE ASUMIR LA REPRESENTACIÓN DE UNA MUJER QUE NO PUEDE DAR SU CONSENTIMIENTO?

- Sus padres: 6
- Su cónyuge: 5
- El médico: 1
-

Figura 2. Quién debe asumir la representación de una mujer que no puede dar su consentimiento



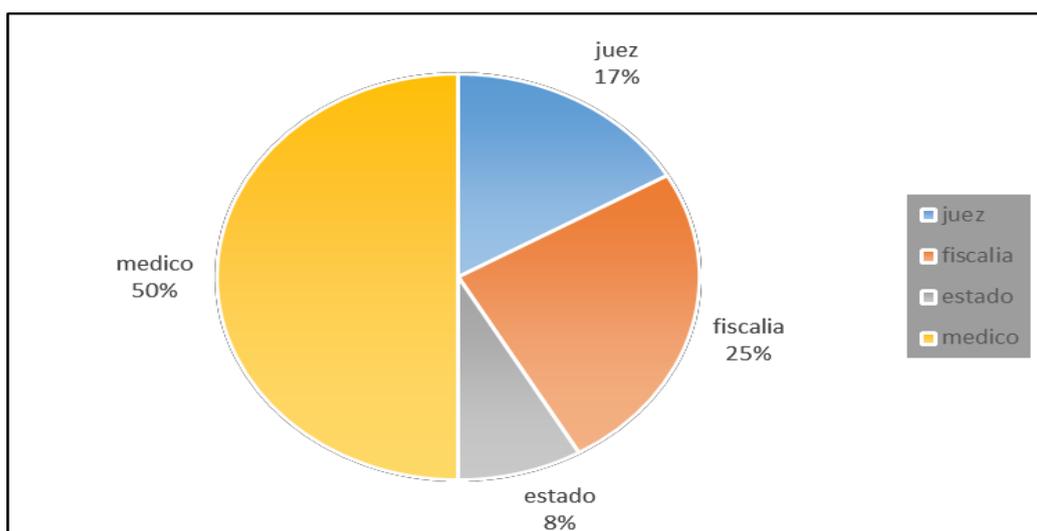
Elaboración propia

En este cuadro se observa que un porcentaje mayor de los entrevistados considera que deberían ser sus padres quienes asuman su representación, mientras que otros consideran que tendría que ser su cónyuge, y solo algunos consideran que podría ser el médico.

4.- ¿Y SI LA MUJER NO TUVIERA FAMILIARES?

- Juez: 2
- Fiscalía: 3
- Estado: 1
- Medico: 6

Figura 3. Si la mujer no tuviera familiares



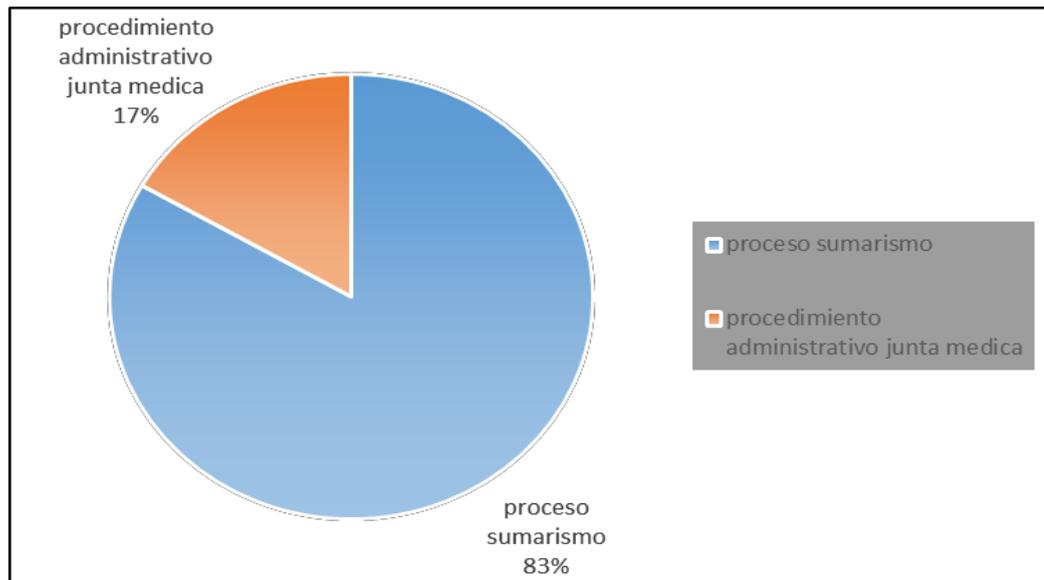
Elaboración propia

De acuerdo con el cuadro mostrado, un porcentaje mayor de los entrevistados considera que debería ser el médico quien tome la decisión. Un porcentaje menor considera que debería ser la Fiscalía, mientras que otros piensan que podría asumirlo el juez. Solo algunos indican que debería ser el Estado.

5.- ¿CUÁL DEBE SER EL PROCEDIMIENTO A SEGUIRSE?

- Proceso sumarísimo: 10
- Procedimiento administrativo (conformada por una junta médica): 2

Figura 4. Cuál debe ser el procedimiento a seguirse



Elaboración propia

De los entrevistados, un porcentaje mayor considera que debería de ser un proceso sumarísimo, mientras que un porcentaje menor indica que podría realizarse un proceso administrativo, proceso este que debe estar conformado por una junta médica.

42. RESULTADOS DE ENTREVISTAS EFECTUADAS A MEDICOS-OBSTETRAS

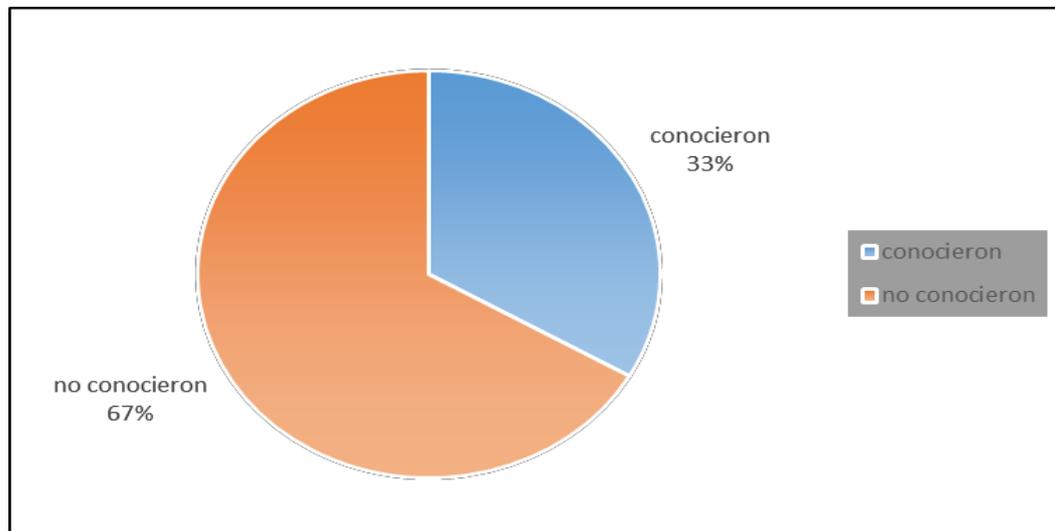
NUMERO DE OBSTETRAS ENTREVISTADOS: 12

ÁMBITO TERRITORIAL: SAN JUAN DE MIRAFLORES

1.- TOTAL DE OBSTETRAS QUE CONOCIERON CASOS DE ABORTO TERAPEUTICO

- Conocieron: 4
- No conocieron: 8

Figura 5. Total de obstetras que conocieron casos de aborto terapéutico



Elaboración propia

De los obstetras entrevistados, un porcentaje mayor manifestó que no ha conocido casos de aborto terapéutico, mientras que un porcentaje menor indicó que sí ha conocido casos de aborto terapéutico.

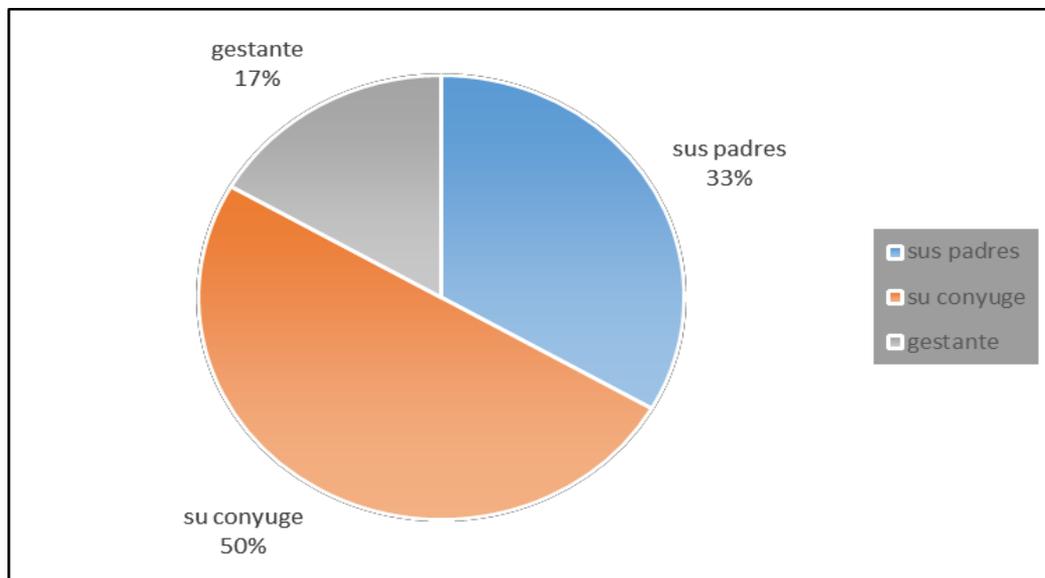
2.- CRITERIOS DE LOS OBSTETRAS PARA ESTABLECER LAS CONDICIONES DEL CONSENTIMIENTO DE UN ABORTO

- Peligra la vida de la mujer embarazada.
- Según norma técnica que lo establezca.
- Caso de hidroma fetal.
- Por molo hidatiforme parcial.
- Embarazo anencefálico que se detecta a través de la ecografía.
- Embarazos utópicos, que son aquellos fuera del útero.
- Cuando hay enfermedades que comprometan la vida de la madre (caso zica) y que provocan la enfermedad microcefalia.
- Malformaciones congénitas y riesgo de muerte materna.

3.- ¿QUIÉN DEBE ASUMIR LA REPRESENTACIÓN DE LA MUJER QUE NO PUEDE DAR SU CONSENTIMIENTO?

- Sus padres: 4
- Su cónyuge: 6
- La gestante: 2

Figura 6. Quién debe asumir la representación de la mujer que no puede dar su consentimiento



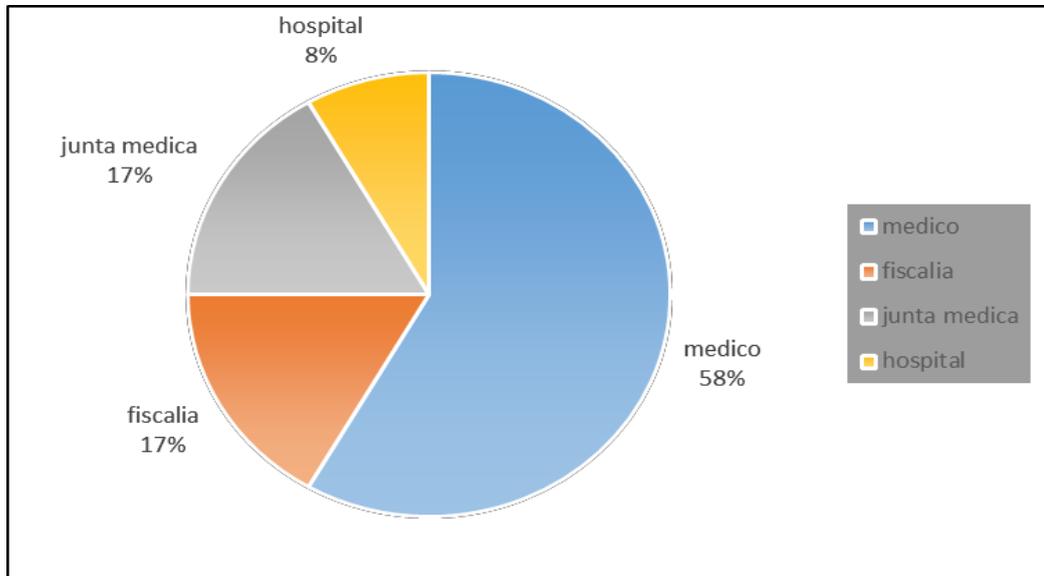
Elaboración propia

Según el cuadro mostrado, un porcentaje mayor considera que deben ser los padres, un porcentaje menor considera que debe ser el cónyuge y solo algunos indican que debe ser la propia gestante.

4.- ¿QUIÉN DEBE ASUMIR LA REPRESENTACIÓN EN CASO DE QUE LA MUJER NO TUVIERA FAMILIARES?

- El médico: 7
- La Fiscalía: 2
- La junta médica: 2
- El hospital: 1

Figura 7. Quién debe asumir la representación en caso de que la mujer no tuviera familiares



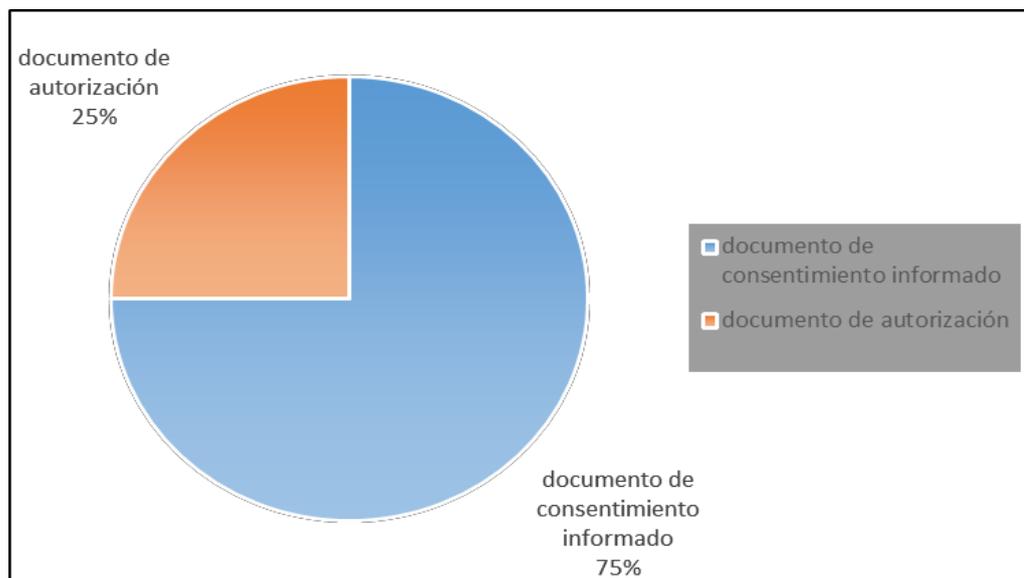
Elaboración propia

En este cuadro se observa que un porcentaje mayor considera que debería ser el médico. Un porcentaje menor considera que debería ser la Fiscalía o la junta médica. Solo algunos indican que podría ser el hospital.

5.- PROCEDIMIENTO A SEGUIRSE

- Firmar documento de consentimiento informado: 9
- Firmar documento de autorización:

Figura 8. Procedimiento a seguirse



Elaboración propia

De acuerdo con el cuadro mostrado, un porcentaje mayor considera que se debería de firmar un documento de consentimiento informado y un porcentaje menor manifiesta que tendría que firmarse el documento de autorización.

CONCLUSIONES DE ENTREVISTAS

1. El mayor porcentaje de abogados (83%) y de obstetras (67%) no han conocido casos de aborto terapéutico.
2. Tanto los profesionales del Derecho como los obstetras entrevistados coincidieron en que este tipo de aborto se debe dar en casos extremos, excepcionales, con enfermedades o malformaciones debidamente acreditadas.
3. Tanto los abogados como los obstetras coincidieron en establecer que, ante la incapacidad de la mujer en consentir el aborto, deben ser sus familiares quienes asuman esta responsabilidad, entre padres y cónyuge.

4. Ambos tipos de profesionales, tras ser entrevistados sobre el supuesto de que la mujer estuviera en incapacidad para dar su consentimiento para el aborto, y no tuviera familiares, indicaron que la responsabilidad debía asumirla el médico. Algunos de estos sostuvieron que debía recaer en el Ministerio Público.
5. Entre los abogados solo se pensó en la posibilidad de seguir un procedimiento sumarísimo para autorizar el aborto en caso de que la mujer no pudiera dar su consentimiento. Los obstetras consideraron que dicho procedimiento podría efectuarse en el centro de salud.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

5.1. Discusión

De nuestros resultados de las entrevistas realizadas tanto a abogados especializados en materia penal como también a los médicos obstetras, ambos profesionales de distintas ramas, se ha podido observar que son pocos los profesionales que han visto en la práctica casos de aborto terapéutico.

Ahora bien: como sabemos, el aborto terapéutico se practica por la causal de continuación del embarazo que pone en peligro la vida o la salud de la mujer.

Según los resultados de nuestro problema sobre cómo opera el consentimiento de la mujer o, en su defecto, la representación legal para la realización del aborto terapéutico en el Perú, es necesario mencionar algunos trabajos que pueden servir de orientación.

Uno de estos trabajos es el de Óscar Emilio Inostroza Smith y Claudio Andrés Quezada Carreño, quienes en su tesis *El aborto terapéutico y su regulación en Chile: Derecho Comparado y evolución histórica* (2012) concluyen lo siguiente:

- Si bien es cierto que el tema relacionado con el aborto terapéutico es muy complejo, se debería de promulgar una norma que explícitamente indique la legalidad de la interrupción del embarazo en los casos en que peligre la vida o salud de la mujer embarazada, lo que de esta manera brindará seguridad jurídica al ordenamiento de su país, Chile, además de zanjar la incertidumbre de los médicos y mujeres que se encuentren ante dicha situación con las mismas características, de tal manera que el aborto terapéutico se pueda practicar sin temor a infringir la ley.
- Entre el reducido número de leyes latinoamericanas que abordan el tema de nuestra investigación, el Código Penal de Honduras prohíbe el aborto

en todas sus formas: condena a la mujer que haya prestado su consentimiento a una pena de entre 3 y 6 años de reclusión, al igual que al médico que “abusando de su profesión, causa o coopera con el aborto”, a quien además se le impone una multa de entre 15.000 y 30.000 lempiras. Sin embargo, el artículo 80° del Código de Ética Médica de este país permite a los facultativos interrumpir un embarazo “una vez agotados todos los medios terapéuticos para la conservación de la vida o preservación de la salud de la madre, puestas en peligro con motivo del embarazo”, exigiendo el consentimiento de la mujer y el de su esposo o representante legal, además de la constancia por escrito de por lo menos dos médicos que estén de acuerdo con la necesidad terapéutica del aborto.

- Según lo expuesto en el párrafo anterior, quedaría abierta la posibilidad en Honduras de practicar un aborto terapéutico, aun cuando las normas penales sancionen en forma genérica el aborto, ya que el Código Penal hondureño, en su artículo 24 N° 5, establece, dentro de las causales de justificación, que se halla exento de responsabilidad penal “quien obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. De esta forma, si entendemos que el Código de Ética Médica constituye la *lex artis*, al concordarse su artículo 80° con el artículo 24 N° 5 del Código Penal podría interpretarse que en los casos en que un facultativo se encuentra ante un embarazo que pone en riesgo la vida o salud de la madre, a tal punto que la única solución viable para salvaguardarlas es la práctica de un aborto, dicha solución quedaría enmarcada dentro de las causales de exención de responsabilidad penal, sin generar consecuencias punitivas ulteriores ni para el facultativo ni para la mujer.

De las conclusiones de estos autores, podemos inferir que para la práctica de un aborto terapéutico en Honduras se exige el consentimiento de la mujer y el de su esposo o representante legal, además de la constancia por escrito de por lo menos dos médicos que estén de acuerdo con la necesidad terapéutica del aborto, para que este se practique sin más

demoras. Comparándola con la situación en nuestro país, podemos decir que hasta la actualidad existen muchos obstáculos en la legislación peruana para poder tener acceso a un aborto terapéutico legal y permitido por la ley, puesto que existe temor por parte de nuestros médicos de ser demandados si realizan esta práctica, situación a la que también se suma la falta de aclaración sobre si el daño a la salud mental de la madre gestante justifica un aborto terapéutico legal (en el caso Karen Llantoy Huamán, esta llevó un embarazo de un niño anencefálico, embarazo que finalmente le afectó mucho su salud mental).

Otro aporte importante sobre cómo opera el consentimiento de la mujer o, en su defecto, la representación legal para la realización del aborto terapéutico, es el de la Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis, a cargo de Claudia Gamboa Montejano (investigadora parlamentaria de México), con el tema *Regulación del aborto en México. Derecho Comparado de los 31 estados del distrito federal, así como de diversos países en el mundo y estadísticas del INEGI en el tema (Segunda parte)*, realizado en el 2014. De lo expuesto por esta autora sobre la representación de la mujer embarazada, se colige que, en Portugal, por ejemplo, la mujer embarazada debe proporcionar su consentimiento en un documento firmado por lo menos tres (3) días antes de la intervención y, si fuera menor de edad o mentalmente incapaz, el consentimiento lo otorgará el representante legal o pariente ascendiente o descendente o en línea colateral que le corresponda. En caso de que no se pueda obtener consentimiento y medie la emergencia, el médico es quien decidirá.

El análisis comparativo entre estos trabajos o aportes y la legislación peruana nos permiten decir que en el Perú existe claramente un vacío legal respecto a quién sería idóneo para representar a una mujer embarazada adulta.

5.2 Conclusiones

1. En el Perú, la representación legal se rige a través del Código Civil y para su validez tiene que concordar con el artículo 140° referente al acto jurídico, que es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez, este acto jurídico requiere: agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
2. La representación legal debería tener una regulación especial debido a que hasta la fecha existe un vacío legal respecto a quien debería de representar a la mujer adulta.
3. En el Perú, el Código Civil establece textualmente en su artículo 146° la representación conyugal. En ese sentido, permite la representación entre cónyuges, pero esto solo está relacionado con la sociedad conyugal, mas no al tema relacionado a representar a la mujer adulta cuando esta no puede dar su consentimiento válidamente.
4. Es necesario un orden de prelación ante la posibilidad de representar a una mujer adulta embarazada imposibilitada de dar su manifestación válidamente, toda vez que nuestro Código Civil no lo tipifica en ninguno de sus artículos, ya que solo menciona la representación sucesoria en su artículo 681° (solo se habla de la representación sucesoria).
5. Si tenemos conocimiento que la representación que nos confiere la ley está básicamente referida a que la persona tiene incapacidad de obrar por sí misma y actuar en el tráfico jurídico, el juez debe establecer quien representará al incapaz. Ahora bien: considero que el Ministerio Público es un ente autónomo, que podría tener la capacidad de representar a una mujer adulta cuando esta se encuentre imposibilitada de dar su manifestación valida, y lo debería de hacer bajo un procedimiento cuando

la embarazada se encuentre imposibilitada de escoger a un representante por voluntad propia.

6. El Ministerio Público debería de asumir la representación de una mujer embarazada cuando esta no pueda de manera libre expresar su voluntad. Asimismo, el procedimiento para la designación debería de hacerse a través de un procedimiento de tutela urgente, lo que va a permitir un trámite rápido y sin dilataciones.

5.3 Recomendaciones

1. Se recomienda se remita al Congreso de la Republica mi Proyecto de Ley del artículo 119° sobre la modificación del artículo 119° del Código Penal con respecto al aborto terapéutico impune. La propuesta del contenido para este artículo es el siguiente: “No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada, o de sus padres, o de su esposo y, en caso de no tener a ninguno de estos, debe actuar en su representación el Ministerio Público o el médico tratante, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”.

2. Se recomienda el análisis de la situación referente a la incorporación en el Código Civil de un artículo donde se expresó textualmente lo siguiente: “Artículo 164°-A (Representación de la mujer embarazada adulta). Las mujeres embarazadas adultas que se encuentren en un estado que les imposibilite por si mismas dar su manifestación de voluntad, serán representadas por sus padres, si la mujer es soltera, o esposos, de ser casadas, o también podrá intervenir el Ministerio Público o, caso contrario, el médico tratante”.

3. Se recomienda el análisis de la situación concerniente a la incorporación en el Código Procesal Civil de un artículo que especifique el procedimiento a seguir ante esta situación. Considero que debería existir un artículo donde se indique lo siguiente: “Artículo 66°-A (Falta o ausencia del representante para una mujer adulta embarazada). - En caso de falta o ausencia de uno de los representantes de la mujer adulta embarazada, se aplican las siguientes reglas:
 1. El trámite correspondiente se hará en el hospital o clínica donde se encuentre internada la mujer embarazada adulta, según las reglas y documentación de estas instituciones de salud.

2. Cuando la mujer embarazada adulta no cuente con sus padres o su esposo como representantes, se comunicará esta situación al Ministerio Público para que este se pronuncie al respecto. En caso de no haber respuesta por parte de este último, el médico tratante asumirá la representación a efectos de salvaguardar la vida de la gestante.
3. En caso de que el médico tratante no asuma la responsabilidad de la representación, el juez emitirá una sanción al médico y al hospital o clínica a efectos de salvaguardar la salud de las futuras mujeres gestantes adultas.

**REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS**

Referencias de Libros

- Águila, G. (2005). *El ABC del derecho civil* (2a. ed.) Lima: Egacal.
- Almeyda, J. (2004). *Criminalística del delito de aborto en el Perú*. Investigación Jurídica Formal/ de Campo (1a. ed.) Lima: Grijley.
- Bonnet, E. (1993). *Medicina legal* (2a. ed.) Buenos Aires: Libreros López Editores.
- Camargo, C. (2004). *El aborto*. Lima: Cepejac - Asociación Civil.
- Espinoza, J. (2001). *Derechos de las personas* (3a ed.). Lima: Editorial Huallaga.
- Espinoza, J. (1990). *Estudios de derechos de las personas*. Lima: Concytec.
- Fernández, C. (1990). *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima: Universidad de Lima.
- Fernández, C. (2007). *Derecho de las personas – exposición de motivos y comentarios al libro primero del código civil peruano* (10a. ed.). Lima: Grijley.
- Fernández, F. (1994). *La dogmática de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Gaceta Jurídica S.A. (2003). *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Häberle, P. (1997). *Libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú.

- Levano, P. (2004). *Apuntes jurídicos sobre el delito de aborto: Perspectiva jurídica social*. Lima: Editorial Lima.
- Rubio, M., Eguiguren, F. & Bernalles, E. (2013). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Meneses, D. (1961). *Derecho de las personas*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Morales, J. (1997). *Hacia una concepción jurídica unitaria de la muerte*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Roy, L. (1986). *Derecho penal - parte especial* (2a. ed.). Lima: Eddilli.
- Rubio, M. (1992). *El ser humano como persona natural*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Spota, A. (1949). *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: Depalm.
- Terragni, M. (2000). *Delitos contra las personas*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Varsi, E. (2006). *Derecho médico peruano: doctrina, legislación, jurisprudencia*. Lima: Grijley.
- Vásquez, A. (1997). *Derechos de las personas*. Lima: Editorial San Marcos.
- Verdugo, M. (2005). *Derecho constitucional* (2a. ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Villa, J. (2004). *Derecho penal: parte especial. Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud-delitos de lesa humanidad*. (2a. ed.). Lima: Editorial San Marcos.
- Távara, L. (2006). *Porqué la anencefalia debe justificar el aborto terapéutico*. Lima: PROMSEX.

Referencias de tesis

- Lazo, G. (2007). *Aborto terapéutico: la problemática de su aplicación en el sistema jurídico chileno*. (Tesis para obtener al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Recupera de http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2007/de-lazo_g/pdfAmont/de-lazo_g.pdf
- Villatorio, E. (2006). *El derecho a la vida del no nato*. (Tesis para obtener el título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales). Recuperada de http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6355.pdf
- Inostroza, O. & Quezada, C. (2012). *Aborto terapéutico y su regulación en Chile: derecho comparado y evolución histórica*. (Tesis para obtener el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Recuperada de http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113033/de-inostroza_o.pdf?sequence=1
- Bacilio, M. (2015). *El aborto sentimental en el código penal peruano*. (Tesis para optar el título profesional de abogada). Recuperada de http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/790/1/BACILIO_MAR%C3%8DA_ABORTO_SENTIMENTAL_C%C3%93DIGO.pdf

ANEXOS

ANEXO 1

DATOS DE LOS PROFESIONALES ENTREVISTADOS

ABOGADOS

NOMBRES Y APELLLIDOS: GAVINO ALBAY MALLMA
EDAD: 44 años
PROFESIÓN: Abogado
ACTIVIDAD: Abogado litigante
TIEMPO DE ACTIVIDAD: 20 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: RAQUEL OLIVARES LOAYZA
EDAD: 40 años
PROFESIÓN: Abogada
ACTIVIDAD: Abogada independiente
TIEMPO DE ACTIVIDAD: 10 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: CHRISTINA VILLACORTA SOPLIN
EDAD: 25 años
PROFESIÓN: Abogada
ACTIVIDAD: Abogada independiente
TIEMPO DE ACTIVIDAD: 2 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: DIANA ZULOETA VILLANUEVA
EDAD: 29 años
PROFESIÓN: Abogada
ACTIVIDAD: Abogada independiente
TIEMPO DE ACTIVIDAD: 5 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: JESSICA LLUNGO SILVA
EDAD: 40 años
PROFESIÓN: Abogada
ACTIVIDAD: Abogada independiente

TIEMPO DE ACTIVIDAD: 4 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: AMPARO RODRIGUEZ ALQUIZAR

EDAD: 42 años

PROFESIÓN: Abogada y docente

ACTIVIDAD: Asesoría Legal

TIEMPO DE ACTIVIDAD: 15 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: LINDA KATTY ÑIQUEN SALAZAR

EDAD: 30 años

PROFESIÓN: Abogada

ACTIVIDAD: Abogada independiente

TIEMPO DE ACTIVIDAD: 3 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: ROSA RAMÍREZ VILLAHUAMAN

EDAD: 38 años

PROFESIÓN: Abogada

ACTIVIDAD: Estudio jurídico

TIEMPO DE ACTIVIDAD: 5 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: PABLO EUGENIO YUPAN GARCÍA

EDAD: 66 años

PROFESIÓN: Abogado

ACTIVIDAD: Abogado litigante en ejercicio

TIEMPO DE ACTIVIDAD: 15 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: MARIO MÁRQUEZ CUEVA

EDAD: 32 años

PROFESIÓN: Abogado

ACTIVIDAD: Abogado litigante

TIEMPO DE ACTIVIDAD: 3 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: NANCY MARÍA GUERRA BRAVO
EDAD: 51 años
PROFESIÓN: Abogada
ACTIVIDAD: Abogada litigante independiente
TIEMPO DE ACTIVIDAD: 7 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: JUAN ROSAS DONAYRE
EDAD: 48 años
PROFESIÓN: Abogado
ACTIVIDAD: Abogado litigante en ejercicio
TIEMPO DE ACTIVIDAD: 5 años

MÉDICOS-OBSTETRAS

NOMBRES Y APELLLIDOS: IVONNE CERA PALOMINO
EDAD: 28 años
PROFESIÓN: Obstetricia
ACTIVIDAD: Centro obstétrico
TIEMPO DE ACTIVIDAD: 5 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: SANDRA NUNGUA NÚÑEZ
EDAD: 29 años
PROFESIÓN: Obstetra
ACTIVIDAD: De primer nivel de atención
TIEMPO DE ACTIVIDAD: 1 año

NOMBRES Y APELLLIDOS: FERNANDO ROJAS
SANTIAGO
EDAD: 35 años
PROFESIÓN: Obstetra – ecografista
ACTIVIDAD: Como obstetra ecografista
TIEMPO DE ACTIVIDAD: 7 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: RENÉ SOLIS MALCA
EDAD: 42 años
PROFESIÓN: Obstetra
ACTIVIDAD: Asistencia – consultorio particular
TIEMPO DE ACTIVIDAD: 4 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: CARLOS SILVA TABOADA
EDAD: 31 años
PROFESIÓN: Obstetra
ACTIVIDAD: Consultorio particular
TIEMPO DE ACTIVIDAD: 2 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: JUDITH VILCAPOMA GAMARRA
EDAD: 40 años
PROFESIÓN: Obstetra
ACTIVIDAD: Asistencial
TIEMPO DE ACTIVIDAD: 8 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: ANA VILLANUEVA HUANCAYO
EDAD: 39 años
PROFESIÓN: Obstetra
ACTIVIDAD: Obstetra - consultorio particular
TIEMPO DE ACTIVIDAD: 12 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: MILAGROS ARROYO FERNÁNDEZ
EDAD: 32 años
PROFESIÓN: Obstetra
ACTIVIDAD: Asistencia – consultorio particular
TIEMPO DE ACTIVIDAD: 2 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: JESUS HUAÑEC PAUCAR
EDAD: 49 años

PROFESIÓN: Ginecoobstetra – médico
cirujano

ACTIVIDAD: Obstetra

TIEMPO DE ACTIVIDAD: 20 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: ELIZABETH DAGAS SALAZAR

EDAD: 34 años

PROFESIÓN: Obstetra

ACTIVIDAD: Obstetra

TIEMPO DE ACTIVIDAD: 2 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: GUISELL MONTENEGRO GUADIA

EDAD: 36 años

PROFESIÓN: Licenciada en obstetricia

ACTIVIDAD: Obstetra

TIEMPO DE ACTIVIDAD: 5 años

NOMBRES Y APELLLIDOS: MARITZA MEDINA TOLENTINO

EDAD: 34 años

PROFESIÓN: Licenciada en obstetricia

ACTIVIDAD: Obstetra

TIEMPO DE ACTIVIDAD: 2 años

TIEMPO DE ACTIVIDAD: 2 años

ANEXO 2

FORMATOS DEL HOSPITAL ANTES DE LA PRÁCTICA DEL ABORTO TERAPEUTICO

SOLICITUD PARA EL PROCEDIMIENTO DE ABORTO TERAPÉUTICO

Señor
Doctor

Yo _____
identificada con DNI

_____, con conocimiento de tener _____
meses de gestación, que pone en riesgo mi vida y salud, solicito a usted se
me practique un procedimiento para interrumpir mi embarazo por razones
terapéuticas.

Declaro que esta decisión ha sido tomada sin presión y de manera informada.

Fecha _____ / ____ / _____ Mes/Día/Año

Firma de la Usuaría
Digital
DNI

Huella

Testigos (2)

Nombre
DNI

Nombre
DNI

Nota: Las firmas deben ser legalizadas notarialmente

FORMULARIO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

NOMBRE: _____

Nº de Historia Clínica: _____

Consentimiento informado para la interrupción terapéutica del embarazo

Yo _____
identificada con D.N.I _____, y en pleno uso de mis facultades mentales,
declaro que he recibido información y comprendido lo siguiente:
Mi embarazo actual pone en riesgo mi vida, o causará daños graves y
permanentes en mi salud física y mental.

La necesidad de una interrupción terapéutica de mi embarazo por indicación
médica.

La decisión de hacerme este procedimiento es absolutamente mía. Puedo
decidir no hacerme el procedimiento en cualquier momento, aunque haya
firmado esta solicitud, en este caso eximo de responsabilidades a los médicos
tratantes, sin embargo esta decisión no afectará mis derechos a cuidados o
tratamiento futuros.

Acerca de los métodos que están disponibles, y sobre lo más aconsejable por el
tiempo de gestación, he sido informada, habiendo decidido por
_____.

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

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

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

Yo, _____ por la presente, consiento por mi propia voluntad que se me practique un procedimiento para interrumpir mi embarazo por razones terapéuticas _____.

He recibido una copia de este formulario.

Fecha _____/_____/_____

Mes/Día/Año

del personal que

orientación y consejería

Firma y sello

brinda la

Firma de la usuaria

Huella digital

Si la usuaria es analfabeta, presenta déficit mental, enfermedades psiquiátricas, o es menor de 16 años, un pariente o representante legal deberá firmar la siguiente declaración.

Quien suscribe es testigo que la usuaria conoce y comprende el contenido del documento y ha impreso su huella digital en mi presencia, manifestando su conformidad con el mismo.

Firma de el/la testigo

Fecha _____/_____/_____

Huella digital

Mes/Día/Año

DNI

AUTORIZACIÓN DE PROCEDIMIENTO PARA INTERRUPCIÓN TERAPÉUTICA DEL EMBARAZO

Fecha de intervención _____ / ____ / ____ Mes/Día/Año

Yo, _____ ratifico mi solicitud y autorizo la interrupción terapéutica de mi embarazo.

Yo, _____, con CMP _____ he verificado la solicitud y la decisión libre e informada de la usuaria y declaro procedente la interrupción terapéutica del embarazo.

Firma o huella digital de la usuaria
del médico o médica

Firma y sello

ANEXO 3

FORMATOS DEL HOSPITAL DESPUES DE UNA ABORTO TERAPEUTICO

HISTORIA CLINICA POST ABORTO				Historia Clínica							
ISA ESTABL.				EDAD en años							
PELLIDOS Y NOMBRES				Instrucción		Estado Civil					
Domicilio				Ana Prim Sec Tac Univ		Sol. Cas Conv Oxo					
E. / DNI				Autogenerado							
ANTECEDENTES				Obstétricos							
tóxicos NO SI <input type="checkbox"/> SI <input type="checkbox"/> tuberculosis <input type="checkbox"/> Hipert. Art <input type="checkbox"/> diabetes <input type="checkbox"/> Infertilidad <input type="checkbox"/> T.S. <input type="checkbox"/> Alergias <input type="checkbox"/> x Pélvica <input type="checkbox"/> Falla MAC <input type="checkbox"/>		Gestaciones <input type="checkbox"/> Abortos <input type="checkbox"/> Vaginales <input type="checkbox"/> Partos <input type="checkbox"/> Cesáreas <input type="checkbox"/>		Nacidos vivos <input type="checkbox"/> Viven <input type="checkbox"/> Nacidos muertos <input type="checkbox"/> Después tra sem <input type="checkbox"/>		Fin Embarazo Anterior <input type="checkbox"/> Parto <input type="checkbox"/> Mes <input type="checkbox"/> Año <input type="checkbox"/> Aborto <input type="checkbox"/> Mes <input type="checkbox"/> Año <input type="checkbox"/> Ectópico <input type="checkbox"/> Mefar <input type="checkbox"/> No aplica <input type="checkbox"/>					
ADMISION				Referida NO SI <input type="checkbox"/> SI <input type="checkbox"/>							
Día Mes Año Hora Min				Tiempo de Traslado (de casa al Establec.) Hrs Min							
SINTOMATOLOGIA				FUR Día Mes Año							
Ingrando <input type="checkbox"/> Dolor <input type="checkbox"/> Fiebre <input type="checkbox"/> Desmayos <input type="checkbox"/> Explicar				EG sem							
EXAMEN CLINICO				TEMP							
PA FC FR				PIEL Normal <input type="checkbox"/> Pálida <input type="checkbox"/> Equimótica <input type="checkbox"/> Petaquiás <input type="checkbox"/> Ictérica <input type="checkbox"/>							
CONCIENCIA Lúcida <input type="checkbox"/> Soporosa <input type="checkbox"/> Excitada <input type="checkbox"/> Coma <input type="checkbox"/>				ABDOMEN Normal <input type="checkbox"/> Visceromeg <input type="checkbox"/> Rebote <input type="checkbox"/> Distend <input type="checkbox"/> RHA Ausen <input type="checkbox"/>							
CORAZON Normal <input type="checkbox"/> MAMAS Normal <input type="checkbox"/> VENTR Normal <input type="checkbox"/>				OTROS HALLAZGOS							
EXAMEN GINECOLOGICO				FDS Libre <input type="checkbox"/> Ocupado <input type="checkbox"/>							
UTERO (Tamaño) cm.		DOLOR POSICION RESTOS CULDOCENTESIS		Leve AVF Moderado Medio Severo RVF		MAL OLOR Si <input type="checkbox"/> No <input type="checkbox"/>					
EXTER Normal <input type="checkbox"/> VAGINA Normal <input type="checkbox"/> VUELLO Cerrado <input type="checkbox"/>		Abast % RPR ECOGRAFIA		Si <input type="checkbox"/> No <input type="checkbox"/>		Hallazgos:					
EXAMENES AUXILIARES				Hb g/dl Grupo Sang Rh Leucocitos Abast % RPR ECOGRAFIA							
DIAGNOSTICO				Complicaciones al Ingreso (Ver Tabla al reverso) Código CIE10							
Aborto Incomp No Complicado <input type="checkbox"/> Aborto Incompleto Infectado <input type="checkbox"/> Aborto Incompleto c/Hemorragia <input type="checkbox"/>				Medico Responsable (firma y sello)							
PROCEDIMIENTO				Ambiente Tópico <input type="checkbox"/> S Partos <input type="checkbox"/> Sala procedimientos <input type="checkbox"/> SOP <input type="checkbox"/> GO <input type="checkbox"/> Residente <input type="checkbox"/> Médico General <input type="checkbox"/> Int. Medicina <input type="checkbox"/> Otros <input type="checkbox"/>							
Día Mes Año Hora Min				Analg/Anest BPC <input type="checkbox"/> Sedoanalg <input type="checkbox"/> BPC+ <input type="checkbox"/>							
Técnica AMEU <input type="checkbox"/> AMEU + LU <input type="checkbox"/> LUI <input type="checkbox"/> Asp. Efect <input type="checkbox"/> Ninguno <input type="checkbox"/>				Regional <input type="checkbox"/> Gral. <input type="checkbox"/> Sedoanalgesia <input type="checkbox"/>							
Hallazgos Histerom. Anexos si No Restos Escasos Regular Abundante Restos si No Envío muestra a Patología si No				Tiempo Operat. Horas Min							
Observaciones				Medicamentos Administrados FÁRMACO VIA DOSIS HORA							
				Complicaciones Intraoperatorias Quirúrgicas Sangrado <input type="checkbox"/> Lac. Cervical <input type="checkbox"/> Perf. Uterina <input type="checkbox"/> Otras <input type="checkbox"/>							
				Anestésicas Reac. Adv <input type="checkbox"/> Convulsión <input type="checkbox"/> Paro <input type="checkbox"/> Otras <input type="checkbox"/>							
				Medico Responsable (firma y sello)							
POST OPERATORIO				Referida No <input type="checkbox"/> Si <input type="checkbox"/>							
Hrs P.O. 1 2 3 4				Consejería SI NO							
PA FC T° Sangrado Dolor				Cuidados Básicos <input type="checkbox"/> Respóns <input type="checkbox"/> Signos de Alarma <input type="checkbox"/> Respóns <input type="checkbox"/> Anticoncepción <input type="checkbox"/> Respóns <input type="checkbox"/> Complic. Post operatorias <input type="checkbox"/> Médicas <input type="checkbox"/> Infecciosas <input type="checkbox"/>				Psicología <input type="checkbox"/> Adolescente <input type="checkbox"/> Medicina <input type="checkbox"/> ETS <input type="checkbox"/> Infertilidad <input type="checkbox"/> Otro Establec <input type="checkbox"/>			
ALTA				Inicio Método Anticoncep. No <input type="checkbox"/> Si <input type="checkbox"/>							
Día Mes Año Hora Min				Abst. Periódica <input type="checkbox"/> Condón <input type="checkbox"/> Tabl. Vaginal <input type="checkbox"/> DIU <input type="checkbox"/> Píldora <input type="checkbox"/> Inyectable <input type="checkbox"/> AQV Femenino <input type="checkbox"/> AQV Masculino <input type="checkbox"/>							
Condición Sana <input type="checkbox"/> Con Patología <input type="checkbox"/> Fallecida <input type="checkbox"/>				Necropsia No <input type="checkbox"/> Si <input type="checkbox"/>							
Medicamentos Prescritos 1. Analgésicos 2. Antibióticos 3. Otros				Medico Responsable (firma y sello)							
Observaciones											
CONTROL EN CONSULTA EXTERNA				Evolución Favorable <input type="checkbox"/> Desfavorable <input type="checkbox"/>							
Día Mes Año				Complicaciones CIE10							
Reingreso No <input type="checkbox"/> Si <input type="checkbox"/>				CIE10							

ANEXO 4

El Congresista de la República que suscribe, (...), en ejercicio de su derecho a la iniciativa para formular leyes que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y los artículos 74° y 75° del Reglamento del Congreso de la República, pone a consideración del Congreso de la República el siguiente proyecto de ley:

PROYECTO DE LEY

El Congreso de la República
Ha dado la Ley siguiente

Ley que declara no punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su cónyuge o concubino, o los padres de esta, si los tuviere; y que, en caso de no tenerlos, el Ministerio Público o el médico tratante actuará en su representación cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente, conforme a la normativa del Código Penal

Artículo 1°. – Modificación del artículo 119° del Código Penal vigente en los términos siguientes:

“Artículo 119°. - No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su cónyuge o concubino, o los padres de esta, si los tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

En caso de que la gestante no tenga cónyuge, concubino o padres que la representen para consentir el aborto, el Ministerio Público o el médico tratante ejercerán su representación.”

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Importancia de la modificación del artículo 119° del Código Penal y la necesidad de incorporar el artículo 164°-A en el Código Civil y el artículo 66°-A en el Código Procesal Civil

La representación legal en el Perú está normada en el Código Civil, cuyo artículo 140° desarrolla la definición y elementos de validez del acto jurídico. Según el aludido artículo, la validez del acto jurídico requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Considero que la representación legal debe tener una regulación especial debido a la existencia de un vacío legal respecto de quien podría representar a la mujer adulta. Al respecto, el artículo 146° del Código Civil peruano, referido a la representación conyugal, dispone textualmente la representación entre cónyuges, pero solo en relación con la sociedad conyugal, mas no en relación con la representación de la mujer adulta cuando esta no pueda dar su manifestación de forma válida.

Teniendo en cuenta lo expuesto, sería necesario un orden de prelación para representar a una mujer adulta embarazada que este imposibilitada de dar su manifestación válidamente. El Código Civil no tipifica esta figura en ninguno de sus artículos, y solo hace mención de la representación sucesoria en su artículo 681°.

La modificación del artículo 119° del Código Penal sería importante en la medida en que puede ayudar a muchas mujeres gestantes en estado de imposibilidad a dar su manifestación válidamente mediante un representante legal, que en este caso sería el médico tratante o el Ministerio Público. Hasta la fecha, no existe ningún recurso judicial capaz de actuar con la celeridad y eficacia requerida para estos casos especiales. La representación legal debe tener una regulación específica porque existe un vacío legal sobre quién debe representar a la mujer adulta.

La finalidad de la presente investigación es que las mujeres gestantes tengan la posibilidad de que se les practique un aborto seguro cuando se encuentren imposibilitadas de dar su consentimiento válido. Las clínicas y hospitales deben contar no solo con personal calificado para realizar este tipo de intervenciones, sino también con los equipamientos completos para que las mujeres gestantes no sean expuestas a riesgos innecesarios.

La incorporación del artículo 164°-A en el Código Civil, referente a la representación de la mujer adulta, así como también la del artículo 66°-A en el Código Procesal Civil, referente a la falta o ausencia del representante de una mujer embarazada adulta, materializaran la finalidad propuesta.

2. Efectos de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional

Conforme a la normativa del Código Penal, Código Civil y Código Procesal Civil, el presente proyecto de Ley (Ley que declara no punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su cónyuge o concubino, o los padres de esta, si los tuviere; y que en caso de no tenerlos, el Ministerio Público o el médico tratante actuará en su representación cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente, conforme a la normativa del Código Penal) que plantea la incorporación del artículo 164°-A (Representación de la mujer embarazada adulta) en el Código Civil y el artículo 66°-A (Falta o ausencia del representante de la mujer adulta embarazada) en el Código Procesal Civil, no afecta disposiciones ni

principios constitucionales, y regirá a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial...

3. Análisis costo beneficio

La aprobación del presente proyecto de ley no genera costo alguno y garantiza que la mujer embarazada pueda practicarse un aborto seguro y con las medidas adecuadas. La incorporación en el Código Civil y en el Código Procesal Civil de los artículos antes mencionados será fundamental para que en el futuro exista una buena interpretación de la norma.