



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de Derecho

“CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN LOS SUPUESTOS DE HECHO: SALVAR LA VIDA DE LA GESTANTE O EVITAR EN SU SALUD UN MAL GRAVE Y PERMANENTE, CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 119 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO, EN RELACIÓN AL EMBARAZO NO EVOLUTIVO”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogada

Autora:

Yesenia Liceth Fernández Silva

Asesor:

Dra. María Isabel Pimentel Tello

Cajamarca - Perú

2021

DEDICATORIA

A:

Mis padres y hermanos por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, por la motivación constante, por creer en mí y por su amor.

AGRADECIMIENTO

Quiero expresar mi más profundo y sincero agradecimiento a todas aquellas personas que con su ayuda han colaborado en la realización de la presente tesis, a mis docentes, en especial a la Dra. María Pimentel Tello, por la orientación, el seguimiento y la asesoría continua de la misma, pero sobre todo por la motivación y el apoyo recibido.

Quisiera también hacer extensiva mi gratitud a esta prestigiosa universidad la cual abre sus puertas a profesionales, preparándonos para un futuro competitivo y formándonos como personas de bien

Tabla de contenidos

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO	3
RESUMEN.....	6
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	8
1.1. Realidad problemática.....	8
1.2. Antecedentes Históricos	13
1.3. Bases teóricas.....	13
1.3.1. Teoría de los derechos fundamentales	13
1.3.2. Teoría de la argumentación jurídica	17
1.4. Embarazo.....	23
1.5. La figura del aborto.....	23
1.6. Tipos de aborto para el derecho.....	24
1.6.1. Aborto terapéutico contemplado en el artículo 119 del Código Penal Peruano	25
1.6.2. Aborto terapéutico para la doctrina	25
1.6.3. Aborto terapéutico como estado de necesidad exculpante	26
1.6.4. Análisis del artículo 119 del Código Penal Peruano.....	27
1.6.5. Delimitación del contexto en donde se manifiesta los problemas de interpretación del artículo 119 del Código Penal peruano	30
1.6.6. Casos emblemáticos en los que se negó el aborto terapéutico debido a problemas de interpretación del artículo 119 del Código Penal peruano.....	31
1.7. Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal- Aprobada por Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA	38
1.7.1. ¿Se debe interpretar extensiva o restrictivamente el artículo 119 del Código Penal peruano en relación al embarazo no evolutivo?.....	43
1.8. Embarazo no evolutivo.....	45
1.9. Supuestos de embarazo no evolutivo	46
1.9.1. Embarazo ectópico	46
1.9.2. Ectópicos ováricos	46
1.9.3. Ectópicos de trompa de Falopio.....	47
1.9.4. Ectópicos abdominales	47
1.9.5. Embarazo Anembrionario	48
1.9.6. Óbito fetal	48
1.9.7. Mola Hidatiforme.....	49
1.9.8. Aborto Frustrado	49
1.9.9. Problemática para detectar muerte fetal intrauterina	50
1.9.10. Improcedencia de la judicialización de los abortos terapéuticos por embarazo no viable	52
1.9.11. Formulación del problema.....	52
1.9.12. Objetivos	53
1.9.13. Hipótesis	53

CAPÍTULO II. METODOLOGÍA	55
CAPÍTULO III. RESULTADOS	59
CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES	60
REFERENCIAS.....	66

RESUMEN

Esta investigación identifica los criterios de interpretación jurídica para considerar al embarazo no evolutivo como un caso subsumible en los supuestos de hecho “salvar la vida de la gestante” o “evitar en su salud un mal grave y permanente”, contemplado en el artículo 119 del Código Penal Peruano. Para lograr ello, se ha recopilado información que ha permitido aclarar el concepto de embarazo no evolutivo, también se asume la postura que en los supuestos de hecho “salvar la vida de la gestante” o “evitar en su salud un mal grave y permanente” se presenta problemas de interpretación relacionado con el contexto lingüístico (ambigüedad semántica) por uso de términos científicos. Para solucionar dicho problema, se recurre a la interpretación según el método gramatical y de tipo doctrinal, ello permite incluir la categoría “embarazo no evolutivo” (y sus patológicas como: embarazo ectópico, embarazo anembrionario, aborto frustrado, mola hidatiforme, óbito fetal) como caso subsumible en referidos supuesto de hecho del artículo 119 del Código Penal. Finalmente, como fórmula de recomendación frente a la problemática, se realiza una propuesta de solución para considerar al embarazo no evolutivo como un caso subsumible en los supuestos de hecho del artículo 119 del antes referido código.

Palabras clave: Embarazo no evolutivo, salvar la vida de la gestante, evitar en su salud un mal grave y permanente.

Abstract

The object of study of this work is to identify the criteria of legal interpretation to consider the non-evolutionary pregnancy as a subsumable case in the assumptions of fact "save the life of the pregnant woman" or "avoid a serious and permanent evil in her health". contemplated in article 119 of the Peruvian Penal Code. To achieve this, information has been collected that has clarified the concept of non-evolutionary pregnancy. The position is also assumed that in the factual assumptions "saving the life of the pregnant woman" or "avoiding a serious and permanent illness in her health", there are interpretation problems related to the linguistic context (semantic ambiguity) due to use by use of Scientific terms. To solve this problem, the interpretation of a doctrinal and grammatical nature is used. This makes it possible to include the category "non-evolutive pregnancy" (and its pathological conditions such as: ectopic pregnancy, anembryonic pregnancy, failed abortion, hydatidiform mole, fetal obitum) as a case subsumed in referred factual assumptions of article 119 of the penal code. Finally, as a recommendation formula, a solution proposal is made to consider the non-evolutionary pregnancy as a case subsumed in the factual assumptions of article 119 of the aforementioned code.

Keys work

Non-evolutionary pregnancy, save the life of the pregnant woman, avoid a serious and permanent illness in her health

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

La presente investigación, se circunscribe a un aspecto de carácter conceptual, pues, nos hemos trazado la meta de plantear una propuesta de solución al problema de interpretación del enunciado jurídico contemplado en el artículo 119 del Código Penal Peruano, respecto de los supuestos de hecho “salvar vida de la gestante” o “evitar en su salud un mal grave y permanente”, ello en relación al embarazo no evolutivo.

El artículo 119 del Código Penal Peruano, establece que el aborto terapéutico no es punible cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o “evitar en su salud un mal grave y permanente”. Pese a lo regulado, en nuestro país los establecimientos de salud públicos no suelen brindar atención a las gestantes (aunque en el supuesto de embarazo no evolutivo) para salvar su vida, o evitar un daño grave y permanente en su salud, lo que acarrea que muchas de ellas enfrenten situaciones en donde se ve comprometida su salud al someterse a prácticas de aborto clandestino.

Un caso emblemático respecto al aborto terapéutico, es el caso “Karen Llantoy Huamán vs. el Estado peruano”. Se trató de una adolescente peruana, quien gestaba a un feto anencefálico; conforme a los reportes médicos, el feto no solo carecía de posibilidades de sobrevivir después del nacimiento, sino que la continuación del embarazo generaba riesgos sobre la salud de la madre. Karen, siendo menor de edad, aceptó la interrupción del embarazo, su madre presentó la solicitud al Director del hospital para la realización del aborto terapéutico, la que fue rechazada por considerar que el caso de Karen no se adecuaba a la definición de aborto terapéutico contemplada en el artículo 119 del Código Penal, a pesar que el ginecobstetra había señalado que, de continuar el embarazo, la vida de Karen correría riesgo. Los médicos se rehusaron a aplicarlo debido a que consideraban que

la gestante requería de una autorización judicial para hacerlo. El 13 de enero de 2002, Karen dio a luz a una niña anencefálica que vivió cuatro días, período en el que tuvo que amamantarla. Tras la muerte de su hija, Karen se vio sumida en una profunda depresión. Por este motivo, la adolescente, apoyada por una ONG, presentó el caso a las Naciones Unidas, la cual recomendó al Estado peruano la aplicación del aborto terapéutico para proteger la salud de las mujeres cuyos embarazos pudieran afectar su integridad y también su vida. (Torrealva, 2012).

Como se aprecia, la falta de atención de los establecimientos de salud se debe a que en nuestro país el aborto, en distintos supuestos, está sancionado penalmente, dependiendo del sujeto activo, puede ser con pena privativa de libertad o prestación de servicio comunitario, e inhabilitación. El Código Penal vigente califica de delito al aborto en todos los casos y formas en las que se pueda presentarse, la excepción es el aborto terapéutico, el cual desde el año 1924 deja sin pena a las personas que la practiquen.

De esta forma, el Libro Segundo del Código Penal, Parte Especial, en el Título Primero-Capítulo Tercero, trata el delito de aborto, los tipos penales son los siguientes: el auto aborto, el aborto consentido y el aborto sin consentimiento, agravando ambas figuras por la muerte de la mujer. También se tipifica una agravante general del delito en razón de la calidad del sujeto, es decir, cuando el que lo provoca un médico, obstetra, farmacéutico o cualquier profesional sanitario. Por otro lado, para el aborto preterintencional, se prevé una pena menor.

Finalmente, también se sanciona el aborto sentimental cuando se trate de un embarazo como consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio, de igual forma el aborto eugenésico que implica evitar el nacimiento del concebido que tiene graves taras físicas o

psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico. Otro factor que debemos identificar, conforme a las conclusiones de uno de los Talleres de la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología, es que la interrupción del embarazo en condiciones legales es un servicio escaso, debido a: las barreras de carácter moral, la falta de información, falta de protocolos y técnicas adecuadas para dicha práctica; falta de estandarización de criterios establecidos para determinar quiénes pueden estar catalogadas para recibir este tratamiento; falta de entrenamiento del personal médico y auxiliar; falta de equipos; por otro lado, la escasa información que tienen las mujeres de que en ciertas condiciones podrían disponer de esta alternativa. (Gobierno Regional de Arequipa-Gerencia Regional de Salud, 2007).

En resumen, la problemática es muy amplia, pues, para que se materialice el aborto, aunque en el caso que se deba a un embarazo no evolutivo, se tiene que superar o soslayar dicha problemática. Por ello, con la presente investigación pretendemos aportar al ámbito del desarrollo del conocimiento, proponiendo soluciones para establecer qué criterios jurídicos se debe tener en cuenta para solucionar el problema de interpretación en los supuestos de hecho contenido el artículo 119 del Código Penal Peruano, respecto a los conceptos “salvar vida de la gestante” o “evitar en su salud un mal grave y permanente” ello en relación a un solo tipo de embarazo el “no evolutivo”. En este aspecto evidenciamos la falta de información, falta de protocolos y técnicas adecuadas para dicha práctica del aborto terapéutico por embarazo no evolutivo, y ello también porque no existe estandarización de criterios establecidos para determinar quiénes pueden estar catalogadas para recibir este tratamiento. Dichos factores hacen indeterminados el supuesto de hecho contenido en el tipo penal.

Respecto a los antecedentes de esta investigación, se ha realizado una búsqueda en los repositorios de las universidades locales y evidenciamos que no existen antecedentes.

Sin embargo, de la búsqueda en la página del Registro Nacional de Trabajos de Investigación de la SUNEDU: se ha obtenido las siguientes tesis: *“La Inclusión de la Anencefalia como supuesto de Aborto Terapéutico”*, presentada por Katherine Ramal Gutiérrez. En dicho estudio se determina cuál es el tratamiento legal de la anencefalia en el marco jurídico del aborto terapéutico establecido en el artículo 119 del Código Penal, el resultado de dicha tesis es que se logra determinar que la inclusión de la anencefalia como supuesto de aborto terapéutico en su Protocolo Facultativo, se sustenta en el hecho de ser el único medio para proteger la salud y la vida de la gestante (Gutiérrez, 2015).

También existe el trabajo *“Análisis de compatibilidad constitucional de la guía técnica de aborto terapéutico”*, tesis presentado por Andrés Delgado Cáceres. Con esta investigación se busca demostrar que la Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la Gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del embarazo menor de 22 Semanas con consentimiento Informado en el marco de lo Dispuesto en el artículo N° 119 del Código Penal, no es compatible con el ordenamiento jurídico peruano (Delgado Cáceres, 2017).

Por otro lado, existe la investigación titulada *“Políticas públicas de salud sexual y reproductiva en el Perú: el ingreso de la reglamentación del aborto terapéutico en la agenda política gubernamental”*, dicha tesis estudia el proceso que llevó a la reglamentación, concentrándose en el ingreso de dicha necesidad en la lista de temas de importancia para el gobierno, más no pretende dar cuenta de la elaboración del reglamento en sí mismo. Es importante resaltar que este es un caso donde el proceso en el cual se evidencia la necesidad de reglamentar el aborto terapéutico y el proceso de diseño de la Guía Técnica se dan paralelamente. El periodo de estudio de dicha investigación contempla desde el año 2005 (año en que el Comité de Derechos Humanos de Naciones

Unidas exhorta al Estado peruano a reparar el daño infligido a la joven Karen Llantoy, a quien se le negó el acceso al aborto terapéutico, así como a reformar sus políticas sobre el aborto con el fin de evitar futuros casos similares) hasta el año 2014, cuando se aprobó la “Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo de menos de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal”. En dicha tesis, se analiza las condiciones políticas e institucionales que permitieron el debate en torno a la reglamentación del aborto terapéutico, también se identifica a los individuos y grupos, del ámbito privado y público, nacional e internacional, que intervinieron en este, y las estrategias que les dieron menor o mayor grado de influencia en el mismo (Rioja, 2015).

Finalmente, tenemos *“El protocolo del aborto terapéutico en el marco del cumplimiento normativo que respalda el derecho a la salud durante el 2012-2015”*, dicho trabajo de investigación estudia la aplicación de la “Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal”. Con dicho trabajo se pretende establecer si el protocolo del aborto terapéutico incide en el derecho a la salud de la mujer gestante que se encuentre en situación de riesgo. Se concluye que no se estaría cumpliendo con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de las mujeres, de manera que estas están siendo impedidas de poder acceder a este procedimiento, por causas como el desconocimiento tanto de las mujeres como de los profesionales de salud, el poco y escaso desconocimiento y difusión sobre este protocolo (Sanchez, 2016).

Tal como se evidencia, ninguna tesis ha abordado el tema del aborto terapéutico en relación al embarazo no evolutivo, por ello, se hace necesario la contribución de la presente investigación.

1.2. Antecedentes Históricos

La historia de la despenalización del aborto comenzó hace un siglo en Occidente, y ha sido el resultado de un proceso histórico de desarrollo de los condicionamientos económicos, sociales, culturales, y podríamos agregar científica también; y no como consecuencia de argumentos teológicos, filosóficos o biológicos puros. La despenalización del aborto en los países occidentales es inseparable a los estilos de vida y los valores económicos, sociales y culturales que constituyen el estado de bienestar de dichos países (Sánchez, 2013).

1.3. Bases teóricas

1.3.1. Teoría de los derechos fundamentales

Ferrajoli (2001) propone una definición teórica, puramente formal o estructural de los derechos fundamentales, este filósofo italiano señala que:

Son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derechos subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de

su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas¹ (2001. p. 19).

Así mismo, señala que hay dos grandes divisiones de derechos fundamentales: la que se da entre derechos de la personalidad y derechos de la ciudadanía, que corresponden, respectivamente, a todos o solo a los ciudadanos y, la existencia entre derechos primarios (o sustanciales —de libertad y sociales—) y derechos secundarios (instrumentales o de autonomía), que corresponden, respectivamente, o todos o solo a las personas con capacidad de obrar.

El profesor florentino indica que cruzando las dos distinciones anteriores obtenemos cuatro clases de derechos: los derechos humanos, que son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos; los derechos públicos, que son los derechos primarios reconocidos solo a los ciudadanos; los derechos civiles, que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar; y los derechos políticos, que son los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar.

También, sintetiza que, son derechos fundamentales —según los casos, humanos, públicos, civiles y políticos— todos y solo aquellos que resulten atributos universalmente a clases de sujetos determinadas por la identidad de persona, ciudadano o capaz de obrar.

¹ La definición propuesta por Ferrajoli, como él señala, es teórica. Es decir, en su definición prescinde de las circunstancias de hecho, pues, no se trata de una definición formulada con referencia a las normas de un ordenamiento concreto. Por lo tanto, es válida para cualquier ordenamiento.

Así mismo, señala que su definición es formal o estructural, en el sentido que prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tuteladas mediante su reconocimiento como derechos fundamentales. Por lo tanto, es válida esta definición sea cual sea la filosofía jurídica y política que se profese (positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática).

Finalmente señala que su definición se basa únicamente en el carácter universal de su imputación, claro que esta universalidad no es absoluta sino relativa, a los argumentos con fundamento en los cuales se predica, es decir el “todos” es lógicamente atribuido a la clase de los sujetos (según el status) a quienes su titularidad está normativamente reconocida.

Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias. Pero tanto, las obligaciones y prohibiciones del primer tipo como las obligaciones del segundo, aun implicadas lógicamente por el estatuto normativo de los derechos, de hecho, no solo son a menudo violadas, sino que a veces no se encuentran ni siquiera normativamente establecidas. Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación (Ferrajoli, 2001, p. 26).

Por otro lado, Alexy establece que los derechos fundamentales tienen que ser entendidos como principios, es decir, “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado” (Alexy, 1993, p. 86).

Por esto, entonces, los derechos fundamentales pretenden, necesariamente, una aproximación o aplicación según la regla de la proporcionalidad. La proporcionalidad es la que evita que los derechos se entiendan como mandatos definitivos y entonces permite que en la aplicación se tenga en consideración la situación de hecho, además de la jurídica.

1.3.1.1. Derecho a la vida

El derecho a la vida es uno de los atributos fundamentales por ser inherente a la dignidad de la persona humana, el cual está íntimamente ligado a otros derechos como la

integridad física, psicológica, salud, lo tanto que constituye parte integral de su ser (Olano García, 2016).

Según García-Huidobro (2014) el derecho a la vida significa:

- a) La obligación primaria negativa de no matar arbitrariamente a otro.
- b) Obligaciones positivas secundarias necesarias para prevenir que se mate arbitrariamente a otro. Estas obligaciones son muchas y deben determinarse. Por ejemplo, disponer de un Código Penal que sancione el homicidio, disponer de Fiscalías que persigan y Tribunales que sancionen a los infractores, disponer de cárceles, disponer de policía que efectúe labores preventivas, y una serie de otras acciones que tengan que ver con las causas o condiciones que llevan a alguien a matar a otro.
- c) Eventualmente obligaciones positivas destinadas a satisfacer-cumplir el derecho, que habría que determinar. (p. 299-300).

1.3.1.2. Derecho a la vida del concebido

Rubio Correa (1992) define al concebido como “una vida humana pero que aún no ha nacido, sin embargo, sí tiene existencia para el Derecho, puesto que se encuentra establecido en los códigos la vida humana comienza con la concepción” (p. 18).

Fernández Sessarego (1990) señala 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 (1990, p. 67).

1.3.1.3. Derecho a la salud

Podemos decir que el derecho a la salud es un derecho derivado de la vida, pues, la conexidad entre la salud y la vida es evidente, ya que la salud es un bien humano debido del derecho a la vida. Este derecho se tiene desde la concepción hasta la muerte. Ello implica una acción de conservación y otra de restablecimiento que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los posibles atentados a la salud, así como a la protección de la normalidad orgánica funcional física y mental, y a su restablecimiento cuando se presente inestabilidad orgánica funcional y psíquica en el ser y su plenitud. Lo anterior comprende hacer uso de los medios ordinarios y proporcionados para la prevención o recuperación de la salud, teniendo en cuenta la situación concreta del enfermo y, sin perder su carácter fundamental, tiene un carácter asistencial o prestacional (Olano García, 2016).

1.3.2. Teoría de la argumentación jurídica

A lo largo de la historia han surgido diferentes corrientes filosóficas para tratar de explicar lo que es el derecho. Una de ellas es la teoría de la argumentación, dicha teoría, trata de explicar lo que es el derecho a partir de los argumentos de quienes operan con el derecho en la actividad judicial. La teoría de la argumentación despliega su potencial, sobre todo, cuando se fundamenta los casos difíciles. En tal sentido, cobra vital importancia solucionar los problemas de indeterminación del derecho relacionados con contextos lingüísticos (vaguedad, ambigüedad), sistémicos (defectos lógicos del sistema jurídico) y contexto funcional de la norma jurídica. Por otro lado, la actividad del juez se

restringe también a una labor de razonamiento probatorio. Es en tal contexto, consideramos que el juez, al momento de tomar decisiones, debe recurrir a la lógica tanto formal como no formal, ello para lograr predictibilidad y seguridad jurídica en sus decisiones, pero también buscar justicia fundamentada en razones suficientes, pues, para el post positivismo no solo basta observar la validez formal de las normas jurídicas, sino también concretizar la validez material de las mismas lo que implica hacer prevalecer los principios y valores más importantes que sustentan a una sociedad. Y es que, hoy en día, las constituciones políticas han dejado de ser meramente un documento político, para convertirse en una norma vinculante; tal es el caso que a partir de ello desde la teoría general del derecho se ha tenido que reformular ciertas instituciones, conceptos, categorías y fuentes del derecho (por ejemplo, validez, eficacia, normas jurídicas, interpretación); así mismo, desde la filosofía del derecho se están reformulando teorías para explicar qué es el derecho. Desde la mitad del siglo pasado, ha surgido y se sigue construyendo una teoría que trata de explicar qué es derecho desde la práctica judicial, y nos atreveríamos a decir que esta teoría debe constituir una herramienta para la toma de decisiones por parte de todos los poderes públicos no solo del Poder Judicial, sino también los otros poderes del Estado y también los constitucionalmente autónomos, incluso se debe extenderse al ámbito privado donde se toma decisiones y se ven involucrados derechos fundamentales.

En términos de Manuel Atienza, la argumentación jurídica está muy vinculada al constitucionalismo no positivista. Lo que pretende la argumentación jurídica es vincular la teoría con la práctica, también la teoría del derecho con las ciencias sociales y con la filosofía. Por ello, Atienza considera que se debe desarrollar un concepto amplio y sistemático de la argumentación que permita articular la dimensión lógico-formal con la dimensión material y la dimensión pragmática (retórica y dialéctica), ello permitirá a los

juristas responder a tres cuestiones importantes en la práctica, cómo entender y analizar un argumento jurídico, cómo evaluarlo y cómo argumentar jurídicamente. La finalidad es lograr que los argumentos sean racionales, razonables, persuasivo y consensuado, ello nos permitirá alcanzar los metavalores del derecho (Atienza, 2013).

1.3.2.1. Casos difíciles

Los problemas interpretativos (según el contexto lingüístico, sistémico, o funcional) permiten mostrar más claramente el primero de los rasgos característicos de la concepción intermedia de la interpretación²: que la actividad interpretativa tiene carácter discrecional, lo que significa que el intérprete dispone de un poder no estrictamente reglado para atribuir significado al texto legal. Ahora bien, esto no significa que la interpretación se presente siempre como problemática, ni que todos los casos que puedan configurarse en abstracto como problemas interpretativos lo sean realmente en la práctica. Un caso es difícil cuando la aplicabilidad de la norma al caso resulta controvertida, pues, se presentan de hecho problemas o dudas interpretativas; es fácil cuando su aplicabilidad no es objeto de dudas o discrepancias (Gascón Abellán, Marina; García Figueroa, Alfonso, 2016).

1.3.2.2. Contextos de interpretación

Aunque interpretar es una actividad más o menos discrecional consistente en atribuir significado a un texto en el ámbito de sus posibilidades interpretativas, la discrecionalidad se hace realmente manifiesta cuando la interpretación aparece como dudosa o problemática. Las principales dudas o problemas interpretativos que pueden presentarse se

² La concepción intermedia de la interpretar consiste en atribuir (no subjetiva o arbitraria) sino racionalmente un significado al texto legal. Esta concepción se conecta con un modelo de juez donde, tomándose conciencia del carácter político o valorativo (por tanto, en alguna medida creativo) presente inevitablemente en la interpretación, no se aboca al subjetivismo extremo, ya que, la interpretación es considerada una decisión más o menos discrecional en el ámbito de las posibilidades interpretativas del texto legal y, por ello mismo, susceptible de un control racional (Gascón Abellán, Marina; García Figueroa, Alfonso, 2016).

ligan a los tres contextos en los que el texto legal se inserta: (a) contexto lingüístico, pues, por cuanto manifestación del lenguaje natural, el texto ha de ser interpretado según las reglas de ese lenguaje; (b) contexto sistémico, ya que los textos jurídicos se insertan en sistemas legales más amplios, de manera que su interpretación ha de hacerse teniendo en cuenta sus relaciones con el resto de los elementos del sistema; y (c) contexto funcional, pues la ley tiene una relación con la sociedad (con la ley se pretende lograr algún efecto social), de manera que cuando se la interpreta ha de valorarse si cumple la función o los fines para los que ha sido creada (Gascón Abellán, Marina; García Figueroa, Alfonso , 2016, p. 111).

1.3.2.3. Métodos de interpretación: El método gramatical

Previamente debemos partir señalando qué entendemos por interpretación. Al respecto, Marcial Rubio Correa (1984) la define como: “La teoría de la interpretación jurídica (...) es la parte de la Teoría General del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma.” (p. 235). Por lo que, en primer lugar, la labor del intérprete se dirige a descubrir o develar el sentido inmanente en la norma; en segundo lugar, como por lo general una norma evoca varios sentidos, selecciona o fija el sentido con el cual se obtenga la solución más justa del caso concreto; y, en tercer lugar, si el sentido o sentidos de la norma no se adecuan a la nueva realidad social, el intérprete atribuye a la norma el significado que lo actualiza” (Torres Vásquez, 2001, p. 516).

Sin embargo, conviene aclarar que debemos entender que existe diferencias entre el concepto “norma jurídica” y “enunciado jurídico”. Ello es importante ya que “la

interpretación jurídica es, pues, una interpretación de enunciados, y como interpretar un enunciado consiste en atribuirle sentido o significado, la interpretación jurídica consiste en la atribución de sentido o significado a los enunciados jurídicos” (Gascón Abellán, Marina; García Figueroa, Alfonso, 2016, p. 97).

Como se evidencia la norma jurídica es el resultado de la interpretación de un enunciado jurídico.

Tradicionalmente se ha enseñado que el intérprete debe acudir a los llamados elementos de interpretación como el: gramatical, lógico, histórico, y sistemático.

Debemos señalar que el intérprete, al identificar el sentido de una disposición, ha de por obtener el significado verbal que resulta de ellas, según su natural conexión y las reglas gramaticales. Por lo que, cuando una misma palabra pueda tener significaciones distintas, se adoptará la que se repute más idónea, dada su conexión con las demás del precepto de que se trate y con la materia a que el mismo se refiera. En cuanto al significado de los conceptos, estos deben ser considerados en su sentido usual o más común (en razón a que el legislador se dirige a la generalidad de los individuos, para ser comprendido por ellos); salvo el caso de que la conexión del discurso o de la materia resulte un significado especial técnico (Sánchez Vásquez, 1997).

Como se advierte, las palabras de uso común en algunas ocasiones tienen características de vaguedad y/ o ambigüedad que dificultan la correcta interpretación del Derecho. Esto tiene como consecuencia que del uso del lenguaje solamente no se obtiene un sentido literal claro. En lugar de ello hallamos un número más o menos grande de posibles significados y variantes de significado, de los que el concretamente se obtiene, las más de las veces, de la conexión del discurso, de la cosa de que se trata o de las circunstancias acompañantes (Larenz, 2001).

Entonces el legislador, al elaborar normas jurídicas, utiliza una serie de palabras o conceptos. En ocasiones encontramos palabras de uso común o vulgar; sin embargo, en otras ocasiones se utiliza palabras técnicas, científicas, por lo que identificar el significado se hace una tarea más complicada.

1.3.2.4. Tipos de interpretación: Investigación de tipo doctrinal

En el ámbito jurídico, la interpretación es realizada prevalentemente por determinados operadores. Dependiendo de quién sea el intérprete se puede clasificar en cuatro tipos de interpretación: la interpretación auténtica, la oficial, la doctrinal y la judicial. Por la relevancia para esta investigación nos centraremos en la investigación de tipo doctrinal.

Interpretación doctrinal es la realizada por los juristas, particularmente por los profesores de derecho en obras académicas. En la medida en que los juristas no están habilitados para “decidir” el significado de los textos normativos, sus interpretaciones solo pueden ser entendidas como sugerencias o recomendaciones dirigidas a los jueces; de hecho, sus propuestas interpretativas ejercen muchas veces (aunque no siempre) influencia sobre las orientaciones jurisprudenciales de los tribunales. Por lo demás, la interpretación doctrinal está más bien orientada a fijar el significado de los textos normativos en abstracto, sin preocuparse de la solución para un caso específico. (Gascón Abellán, Marina; García Figueroa, Alfonso, 2016, pág. 99).

La propuesta que realizamos, consiste en realizar una interpretación a partir de las contribuciones en medicina, con la finalidad de esclarecer los problemas de interpretación que se ha identificado.

1.4. 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 nueve meses calendario. Por tanto, El embarazo normal es el estado fisiológico de la mujer que se inicia con la fecundación y termina con el parto y el nacimiento del niño.

1.5. La figura del aborto

La reproducción es una de las funciones más ineficaces del ser humano, hay pérdidas del 50 al 75% y del 15 al 20% en embarazos diagnosticados clínicamente (Menéndez-Velázquez, 2003).

La Real Academia de la Lengua Española (2014) define al aborto como la interrupción de forma natural o provocada, del desarrollo del feto durante el embarazo.

Son varias las definiciones que podemos citar: “aniquilamiento del producto de la gestación en el periodo comprendido entre la anidación hasta antes que comience el parto, ya sea provocando su expulsión violenta o por su destrucción en el mismo vientre de la gestante” (Salinas, 2013, p. 152).

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 malévolos mano del hombre, de lo que debe dar cuenta el derecho penal. El aborto como tipo penal describe en cualquiera de sus modalidades el atentado contra el embrión humano al que se le trunca violentamente en su maduración, desarrollo y proyección ulterior (Villa Stein, 2004, p. 156).

Roy Freyre (1986) 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).

“La acción lesiva que recae sobre la vida humana en formación, generando su eliminación, sea por vías físicas, psíquicas, mecánicas y artificiales, propiciando en todo caso la interrupción de la gestión, la muerte del feto.” (Peña, 2009, p. 178).

Concordamos con la opinión de Van (2009) el cual señala que el sustantivo “aborto” tiene dos significados muy distintos: en la medicina, es la muerte incluso espontánea de la criatura en gestación y, por lo tanto, sin connotación valorativa. En cambio, en el derecho el aborto es un delito que consiste en dar muerte a la criatura. Aunque tienen en común la muerte del que está por nacer, el significado es muy distinto.

No obstante, para nuestro ordenamiento jurídico el aborto es un delito, conforme lo establece el Código Penal en sus artículos 114 al 120.

1.6. Tipos de aborto para el derecho.

Conforme a Pacora (2014) existen diferentes tipos de aborto como son:

Aborto espontáneo: el proceso reproductivo humano aparece a simple vista como altamente ineficiente. Y que se ha llegado a calcular que hasta 65 % de los embarazos humanos terminan con una pérdida subclínica. La incidencia del aborto clínico en la población general varía de 10 % a 30 %, con un promedio de 15 %.

Aborto inducido: Es la interrupción de un embarazo por intervención humana. Existen cuatro tipos de abortos inducidos: libre, eugenésico, por razones terapéuticas y por motivaciones mixtas.

Aborto libre: Este es realizado bajo el supuesto derecho que tendría la mujer para interrumpir su embarazo. Las razones más frecuentes son las económicas y las sociales. Bajo este concepto, bastaría el hecho de ser un embarazo no deseado.

Aborto eugenésico: Finalmente, este tipo de aborto pretende la eliminación de un feto cuando se puede predecir con probabilidad o certeza que nacerá con un defecto o enfermedad.

1.6.1. Aborto terapéutico contemplado en el artículo 119 del Código Penal Peruano

En el presente apartado del trabajo se realiza un análisis exhaustivo del artículo 119 del Código Penal Peruano promulgado el 3 de abril de 1991 y publicado el 8 de abril de 1991. De esta forma se establecerá los problemas interpretativos, que genera la ambigüedad en la redacción del mencionado artículo.

1.6.2. Aborto terapéutico para la doctrina

Varsi (2001) señala que, el aborto terapéutico es “la interrupción del estado de gravidez que practica un médico, con el consentimiento de la mujer embarazada para salvar su vida o evitarle en su salud un mal grave y permanente” (p. 138).

Desde el punto de vista médico, es la interrupción voluntaria de un embarazo antes de la viabilidad fetal (23 semanas o menos de 500 g) por razones de salud materna. Se invocan aquí razones de tipos preventivas y curativas. Serían preventivas en el caso que se considerara que la gestación podría agravar o empeorar el pronóstico de una enfermedad de base y curativa cuando se considera que el embarazo está causando un peligro para la vida de la madre. Por ejemplo, en el caso de enfermedades psiquiátricas, se considera preventivo el evitar una descompensación psicótica postparto y curativo el impedir un eventual suicidio en el caso de rechazar la solicitud del aborto (Besio Rollero, 1998).

Salinas Siccha (2013) afirma que estamos frente a un aborto terapéutico “cuando el aniquilamiento del producto de la gestación efectuado por un profesional de la salud con el consentimiento de la gestante o de su representante legal (...) se realiza como única alternativa para salvar la vida de la gestante o en todo caso, evitarle un mal grave y permanente en la salud” (p. 185).

Sin embargo, como señala Van Weezel (2009) hay dos formas de entender el aborto terapéutico, los cuales aluden a dos realidades. Por un lado, en sentido estricto como “terapia³” puede significar: matar a la criatura como medio para lograr un buen fin (curativo); pero también puede significar: realizar un procedimiento donde la muerte de la criatura no es el medio para curar, pero puede sobrevenir como consecuencia no deseada. En el primer caso (donde se da muerte al concebido por fines terapéuticos para la madre) la decisión depende de una ponderación entre los bienes que se salvan y los que se sacrifican, como la que se hace a propósito de la causa de justificación llamada “estado de necesidad”. En el segundo caso (donde la muerte es sobreviniente) no hay ponderación alguna entre bienes, pues no se sacrifica uno como medio para salvar al otro, y por eso es que para realizar el procedimiento basta con que exista una razón suficiente. “Un ejemplo de esto último es la administración de analgésicos a un enfermo terminal, aunque estas sustancias puedan tener también el efecto de acortar un poco la vida del paciente” (p. 205).

1.6.3. Aborto terapéutico como estado de necesidad exculpante

De un análisis preliminar, se podría decir que este tipo de aborto en una manifestación del derecho constitucional de la legítima defensa⁴ en tanto el estado de necesidad busca salvaguardar un derecho a costa de otro, pero debemos dejar en claro que

³ La idea de “terapia” implica un procedimiento voluntariamente emprendido para obtener un fin curativo, de modo que en este caso se trataría de realizar un tratamiento curativo que provoca la muerte de la criatura. (VAN WEEZEL, ALEX, 2009).

⁴

la legítima defensa es una reacción ante una agresión ilegítima (Von, 2007). Entonces no se aplica al caso del “aborto terapéutico”, pues, no hay agresión ilegítima de parte del concebido, ya que la situación se genera por un factor externo a la voluntad de los sujetos involucrados, acarreando un riesgo para la vida y salud de los mismos.

Un sector de la doctrina considera que el aborto terapéutico es un delito, pero debido a las circunstancias especiales y ser un estado de necesidad exculpante, se le exime de culpa, pues, como señala Chaparro Guerra (2011) “El estado de necesidad exculpante es una de las formas como se excluye la culpabilidad, específicamente, la exigibilidad de otra conducta (...) el sujeto que sacrifica un bien jurídico de igual valor al lesionado actúa bajo los efectos de un peligro eminente para él o un tercero.” (p. 148).

1.6.4. Análisis del artículo 119 del Código Penal Peruano

Algunos sectores de la doctrina consideran que incluir el aborto terapéutico en la parte especial del Código Penal, es un error de técnica jurídica pues no se trata de una conducta delictiva (Villa Stein, 2004).

Del análisis de la disposición jurídica, se identifica que contiene una norma-regla permisiva. Asimismo, descomponiendo su estructura podemos identificar el antecedente (conformado por el supuesto de hecho) y el consecuente (o consecuencia jurídica).

Disposición jurídica 119 del código penal peruano	“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”	
Norma jurídica	Supuesto de hecho	Cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante. o ⁵

⁵ “o” representa una disyunción.

		Para evitar en su salud un mal grave y ⁶ permanente.
	Nexo	Debe ser
	Consecuencia jurídica	Permitido el aborto

La redacción de la norma jurídica quedaría de esta manera: Si es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente entonces está permitido el aborto.

A continuación, enumeramos las características del aborto terapéutico:

Miranda Aburto (2011) señala que el aborto terapéutico, el mismo exige tres características que se desprenden de la conducta definida como “aborto terapéutico” para su configuración: una particular calidad de agente, el consentimiento de la mujer embarazada y una especial finalidad. Veamos cada una.

Calidad de agente particular del agente: el agente que lleve a cabo el aborto debe ser un médico no quedando comprendidos dentro del mismo otros profesionales de la salud como, por ejemplo, parteras o enfermeros.

Consentimiento de la mujer: de igual forma agrega que otro requisito que exige la punibilidad es que la mujer dé el consentimiento informado para que el aborto sea llevado a cabo. No ha mediado dolo, violencia o intimidación al momento de tomar la decisión, así como que ha estado en capacidad y condición de retirarlo en cualquier momento que lo considere necesario. Es decir, no se admite el consentimiento tácito.

Especial finalidad: el aborto debe realizarse con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre. Lo que implica efectivamente ponderar, concretamente

⁶ “y” representa una conjunción.

verificar si no existe una medida alternativa menos lesiva para los derechos del concebido. Pues, los bienes jurídicos involucrados en el tipo objetivo son tanto la vida y salud de la madre, no obstante desde el panorama del concebido, que es sujeto de derecho reconocido constitucionalmente⁷ también está en contraposición su vida. Como podemos advertir, independiente del artículo en mención, desde la perspectiva de la madre como del concebido, hay derechos en colisión, no obstante, dicho conflicto creemos que no puede solucionarse sometiéndose a juicio para ponderar, pues en muchos casos el tiempo apremia, por lo que la “Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal”, constituye una técnica de tutela de derechos de la gestante, aplicable a los casos que se debe ir perfeccionando, para que sea lo más precisa posible de tal forma que se incluya la mayor parte de supuestos en los cuales es posible practicar el aborto. Por ello, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos informó que el artículo 119 del Código Penal, bajo ciertas condiciones permite la realización de un aborto cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente, es plenamente constitucional. Si bien representa una medida limitativa del derecho fundamental a la vida del concebido, ella supera el denominado test de proporcionalidad, pues persigue un fin constitucionalmente válido de manera idónea, necesaria y estrictamente proporcional.

Sin embargo, podemos advertir una situación. Los médicos, basado en objeciones de conciencia⁸, pese a ser necesario el aborto están es su derecho a negarse a practicar el

⁷ La Constitución Política del Perú en el artículo 2 numeral 1 reconoce que el concebido es “sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

⁸ Se define como objeción de conciencia a la “resistencia que el individuo ofrece al cumplimiento de una norma cuando entra en conflicto con sus propias convicciones” (Castillo Calvín, 2007).

aborto, pues recordemos que hay instrumentos internacionales del cual es Perú es parte, que avalan el derecho a la objeción de conciencia, por ejemplo el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos humanos⁹ y artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰, ante esta situación es necesario proponer soluciones ya que existen vacíos legales al respecto; sin embargo, no es materia de investigación en este trabajo, por lo que solo formularemos una recomendación este sentido.

1.6.5. Delimitación del contexto en donde se manifiesta los problemas de interpretación del artículo 119 del Código Penal peruano

Como se ha señalado anteriormente, las principales dudas o problemas interpretativos que se pueden presentar se ligan a los tres contextos en los que el texto legal se inserta: (a) contexto lingüístico, pues, por cuanto manifestación del lenguaje natural, el texto ha de ser interpretado según las reglas de ese lenguaje; (b) contexto sistémico, ya que los textos jurídicos se insertan en sistemas legales más amplios, de manera que su interpretación ha de hacerse teniendo en cuenta sus relaciones con el resto de los elementos del sistema; y (c) contexto funcional.

El contexto donde se evidencia la problemática es el lingüístico, ello porque “el lenguaje jurídico es un tipo especial de lenguaje común y, por tanto, adolece de los mismos problemas de ambigüedad y vaguedad que afectan a este; y deshacer la ambigüedad y

En tal sentido, la Constitución Política del Perú, en el Artículo 2º señala que: “toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público”. (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

⁹ Artículo 12 Convención Americana de Derechos Humanos: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. (...)

¹⁰ Artículo 18 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. (...)

reducir la vaguedad comporta una decisión discrecional” (Gascón Abellán, Marina; García Figueroa, Alfonso , 2016, p. 112).

Debemos entender que una palabra o una oración son ambiguas cuando admite más de un significado y no se puede saber en cuál de los dos se la está usando.

Como se ha identificado en la norma jurídica del artículo 119 del Código Penal peruano establece dos supuestos “salvar la vida de la gestante” o “evitar en su salud un mal grave y permanente”.

Los problemas de ambigüedad semántica se presentan en los siguientes conceptos “gestante” y “salud”; dichos problemas alteran el significado en su conjunto de los supuestos de hecho. Los significados de dichos conceptos de abordaran en el Capítulo III, pues previamente es necesario seguir abordando aspectos teóricos.

1.6.6. Casos emblemáticos en los que se negó el aborto terapéutico debido a problemas de interpretación del artículo 119 del Código Penal peruano.

1.6.6.1. K.L. vs. Perú

Hechos: KL quedó embarazada en marzo de 2001, a los 17 años de edad. Un examen médico realizado en el Hospital Nacional Arzobispo Loayza en Lima, Perú, el 3 de julio de 2001, reveló que el feto tenía anencefalia.

El médico informó a KL que ella podía continuar con el embarazo, poniendo en riesgo su propia vida, o interrumpirlo voluntariamente. El médico aconsejó a KL interrumpir el embarazo, ya que continuar y llevarlo a término conllevaba riesgos considerables para su vida. KL decidió dar por interrumpido su embarazo y cuando fue a realizarse el procedimiento fue informada de que debía ser aprobado por el director del hospital. La madre de KL presentó la solicitud para la autorización del aborto terapéutico.

El director del hospital negó la solicitud a KL para la práctica del aborto, ello amparado en el artículo 120 del Código Penal, que establece una condena de tres meses de prisión en caso de interrupción del embarazo cuando el niño tiene altas posibilidades de tener limitaciones físicas o mentales al nacer.

De acuerdo con las evaluaciones psiquiátricas realizadas, la Doctora Marta B. Rendón, después de la decisión del director del hospital, la continuación del embarazo de KL generó síntomas de depresión a sus 17 años.

En enero de 2002 KL dio a luz a una niña con anencefalia. La bebé sobrevivió por cuatro días durante los que KL debió amamantarla. El nacimiento y la muerte de su hija la llevaron a KL a una depresión más profunda y derivó en una inflamación de la vulva.

En 2002, las organizaciones DEMUS, CLADEM y el Centro de Derecho y Políticas Reproductivas (ahora Centro de Derechos Reproductivos) representaron a KL en este caso, alegando que, por no tomar medidas para responder a la negativa de la comunidad médica a practicar un aborto terapéutico legal, el Gobierno peruano violó los siguientes derechos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

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.

Decisión: En su Dictamen, el Comité señaló que la no provisión del servicio de este tipo de aborto constituye una violación al derecho a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes, al derecho a la privacidad, al derecho a un trato especial como menor de edad, y al derecho a un recurso efectivo. Por ello estableció, entre otros puntos, que el Estado peruano: tiene la obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro; y la obligación de proporcionar a la autora un recurso

efectivo, que incluya una indemnización; asimismo se pide al Estado peruano que publique el Dictamen (Comité de Derechos Humanos, 2005).

Cabe señalar que este dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas es el primero sobre un asunto de aborto en el sistema internacional de derechos humanos.

Las obligaciones impuestas en el Dictamen emitido por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas respecto al caso KL (que es un pronunciamiento autorizado, de carácter jurídico, de un órgano creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo cual constituye una decisión colegiada que debe de ser respetada por el Estado Peruano) no han sido cumplidas oportunamente. Prueba de ello es lo acontecido con la adolescente de iniciales L.C., caso que se comentará más adelante.

Situación posterior al Dictamen: frente al incumplimiento KL interpone una demanda de Amparo contra los representantes legales del Ministerio de Salud y del Ministerio de Justicia; y, es objeto de su petitorio el cumplimiento por el Estado Peruano del Dictamen emitido por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de fecha 24 de octubre de 2005 a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, referido a la denuncia presentada por la pretensora respecto a la violación de sus derechos por el Estado Peruano, respecto a la resistencia sistemática de la comunidad médica a cumplir con la disposición legal que autoriza el aborto terapéutico y su interpretación restrictiva; en el que se establece que los denunciados tienen las obligaciones de proporcionar a la denunciante un recurso efectivo, que incluya una indemnización; asimismo tienen la obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro y la publicación del Dictamen del caso.

Por lo anterior es que el 9° Juzgado Constitucional de Lima, falló: declarando fundada en parte la demanda, ordenando que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos publique en el diario oficial "El Peruano" el Dictamen; asimismo se reconoce el derecho de la pretensora a recibir una Indemnización del Ministerio de Salud por el daño causado; declarando que carece de objeto el pronunciamiento sobre el petitorio referido a la reglamentación del denominado aborto terapéutico al haberse dictado la Resolución Ministerial N° 486-2014/ MINSa que aprueba la “Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la Gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menos de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal” (Acción de Amparo KL, 2015).

1.6.6.2. Caso L.C vs. Perú

Hechos: una menor de edad, de iniciales L.C fue violada por un adulto durante más de dos años, hasta que quedó embarazada a sus 13 años. Ante tal situación, y sumada a su severa depresión, intentó suicidarse el 31 de marzo de 2007, arrojándose desde un edificio. Dicho intento de suicidio le generó serias lesiones tales como: "traumatismo vertebromedular cervical, luxación cervical y sección medular completa", con "riesgo de discapacidad permanente" y "riesgo de deterioro de la integridad cutánea resultante de la inmovilidad física". El departamento de Neurocirugía recomendó una operación para evitar que el daño se agravara sobre su columna, y ésta se programó para el 12 de abril de 2007. El día de la operación, se le indicó a la menor que no la operarían, y recién al día siguiente el médico le indicó que no la operarían porque estaba embarazada. Luego de varios días de posponer la intervención, la madre de la menor solicitó se practicara una interrupción voluntaria del embarazo conforme al artículo 119 del Código Penal. Luego de 42 días de

espera tras presentar la solicitud, recibió respuesta negativa por parte de la Junta Médica, solicitando una reconsideración de la solicitud. El 16 de junio de 2007, la menor sufrió un aborto espontáneo, y el 27 de junio, recibió la respuesta de su recurso, donde indicaron que no era admisible. No es sino hasta el 11 de julio de 2007 que es operada y el 31 de julio dada de alta. Como consecuencia de su operación, la menor requería terapia física, pero no inicia sino hasta el 10 de diciembre de 2007, recibéndola por dos meses, y luego por falta de recursos económicos tuvo que dejar de asistir. La menor depende de una silla de ruedas para moverse y de terceras personas para satisfacer sus necesidades, además de tener una difícil situación económica familiar por su enfermedad.

El 18 de junio de 2009, la menor de iniciales L.C, representada por el Centro de Derechos Reproductivos y el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, presentó una denuncia constituyen una violación de los artículos 1, 2, 3, 5, 12 y 16, párrafo 1 literal e), de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como de la Recomendación general N° 24 del Comité sobre la mujer y la salud. Esto es alegaba la afectación, por parte del Estado peruano, los derechos a no recibir trato inhumano ni cruel, no ser sujeto de discriminación, especialmente por razones de matrimonio o maternidad; no obstante, el Estado peruano rechazó dichas afirmaciones alegando que la operación no se realizó en la fecha programada, porque existía una herida colindante al lugar donde debía realizarse la incisión quirúrgica. Además, que la menor recibió toda la atención posible, y se le practicaron los exámenes correspondientes, mostrando la paraplejía como consecuencia de su caída. Asimismo, indicó que la condición en la que se encontraba la menor no se debió a la gestación, si no al acto que cometió (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2011).

En 2011, el Comité de la CEDAW, mediante Comunicación No. 22/2009, determinó que el Estado peruano era responsable internacionalmente por las violaciones a los artículos 2 c) (acceso a la justicia); artículo 2 f) (adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo para erradicar la discriminación contra la mujer), en relación con artículo 3 (la garantía del pleno goce y ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales) y 1 (discriminación contra la mujer); artículo 5 (eliminar patrones socioculturales en los que prevalezcan las funciones estereotipadas de mujeres) y artículo 12 (acceso a atención médica en condiciones de igualdad. Debiendo el Estado parte debe proporcionar medidas de reparación que incluyan una indemnización adecuada por daños morales y materiales y medidas de rehabilitación, de modo acorde con la gravedad de la violación de sus derechos y de su estado de salud, a fin de que goce de la mejor calidad de vida posible (Center for Reproductive Rights, 2015).

Como se puede evidenciar, pese a existir en el artículo 119 del Código Penal peruano, una norma permisiva para practicar el aborto terapéutico. Dicha norma resulta ineficaz debido, más allá de los problemas prácticos morales, dudas al momento de interpretar, pues, no se tiene certeza de qué casos quedan dentro del alcance de los supuestos de hecho de la norma en mención.

1.7. Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal- Aprobada por Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA¹¹

Frente a la realidad problemática evidenciada, con los dos casos emblemáticos comentados anteriormente y en razón a las recomendaciones que el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que hiciera el Estado peruano en función de dichos casos, se elaboró una Guía Técnica Nacional para la Atención en los casos en que estuviera indicado el aborto terapéutico.

En el acápite VI. (referido a las consideraciones específicas) tal como veremos a continuación, se aborda todos los casos en los que se puede dar la interrupción terapéutica del embarazo. Veamos.

6.1 Entidades clínicas para la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

La interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de veintidós (22) semanas, es una alternativa que se considera cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave o permanente. Esta situación y dicha alternativa deben ser puestas en conocimiento de la gestante afectada para que, de manera voluntaria e informada, pueda decidir si desea optar o no por la referida alternativa. Sobre la base de lo consensuado por sociedades médicas del Perú se

¹¹ Por cuestiones de redacción, cuando se cite a la “Guía Técnica Nacional” se entiende que nos referimos a la “Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal- Aprobada por Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA”.

consideran las siguientes entidades clínicas de la gestante, en las que se amerita evaluar la interrupción terapéutica del embarazo:

1. Embarazo ectópico tubárico, ovárico, cervical.
2. Mola hidatiforme parcial con hemorragia de riesgo materno.
3. Hiperemesis gravídica refractaria al tratamiento con deterioro grave hepático y/o renal.
4. Neoplasia maligna que requiera tratamiento quirúrgico, radioterapia y/o quimioterapia.
5. Insuficiencia cardíaca congestiva clase funcional III-IV por cardiopatía congénita o adquirida (valvulares y no valvulares) con hipertensión arterial y cardiopatía isquémica refractaria a tratamiento.
6. Hipertensión arterial crónica severa y evidencia de daño de órgano blanco. 7. Lesión neurológica severa que empeora con el embarazo.
8. Lupus Eritematoso Sistémico con daño renal severo refractario a tratamiento.
9. Diabetes Mellitus avanzada con daño de órgano blanco.
10. Insuficiencia respiratoria severa demostrada por la existencia de una presión parcial de oxígeno < 50 mm de Hg y saturación de oxígeno en sangre < 85% y con patología grave.
11. Cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la Junta Médica.

La Guía Técnica Nacional ha sido muy cuestionada, al punto de afirmarse que es inconstitucional. Sin embargo, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, el 10 de diciembre de 2019, ratificó la constitucionalidad del protocolo que aprobó la guía médica y

sus lineamientos para la interrupción del embarazo cuando este es menor de 22 semanas y pone en riesgo la vida de la madre. Se precisó que no se advierte que la Guía establezca un procedimiento extensivo a otras formas de aborto que no sean las que encuentran allí contemplados allí, pues los casos contenidos de 1 al 10 previstos en el 1 acápite "VI. Consideraciones Específicas" se encuentran taxativamente enumerados.

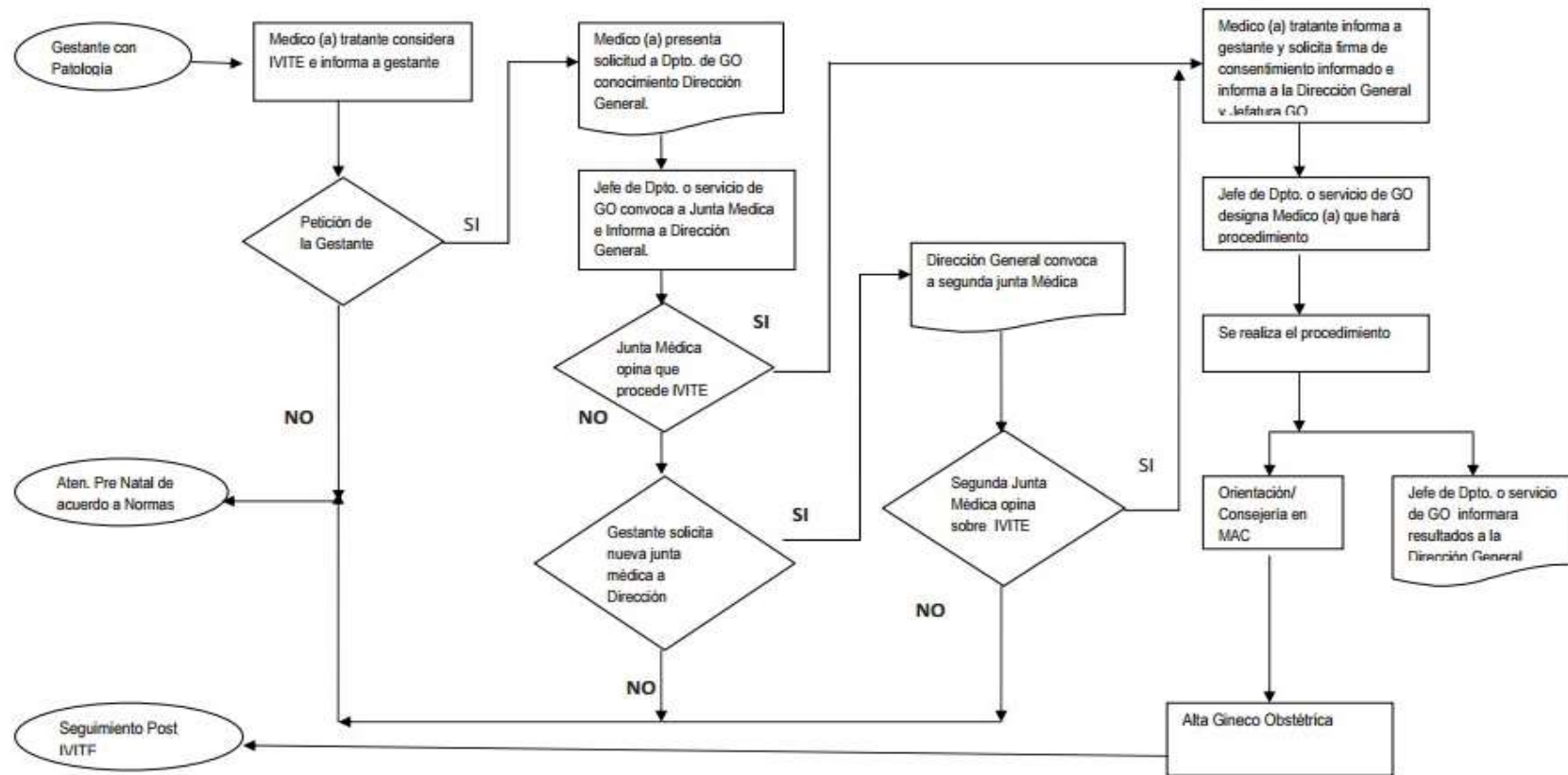
En cuanto al caso 11 de la Guía, que se refiere a "Cualquier otra patología materna que ponga en riesgo a la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentado por una Junta Médica", que los demandantes calificaron como una cláusula abierta para que se incorpore cualquier tipo de aborto, la Sala discrepó y rechazó dicha argumentación. Más bien el Colegiado afirmó que se trata de una figura específicamente reglada, "que contiene la posibilidad de incorporar un caso de aborto con las exigencias de que deba colocar a la gestante en peligro de muerte o que genere a su salud un mal grave y permanente, siempre y cuando el diagnóstico haya sido emitido por una Junta Médica, es decir, por un conjunto de profesionales médicos cuya responsabilidad es determinar si corresponde aplicar el aborto terapéutico a la paciente, en situaciones médicas que solo ellos deberán constatar, considerando siempre que su actuación se ceñirá conforme a los principios éticos y profesionales de su carrera médica, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar en caso de no ceñirse a los lineamientos que orientan el desempeño de su profesión".

Adicionalmente, se indicó que debe tenerse en cuenta lo expuesto en el numeral 6.3.4. del rubro VI. Consideraciones específicas de la Guía Técnica Nacional, en el que se estipula que, si una Junta Médica concluye que no es recomendable proceder a la interrupción terapéutica del embarazo menor de 22 semanas, el médico tratante comunicará a la gestante su decisión y las razones que la fundamentan. Y aquella podrá solicitar al

Director General del establecimiento de salud que se realice una nueva Junta Médica con otros médicos que deberá llevarse a cabo en un plazo no mayor de 48 horas, bajo responsabilidad. Según la sala eso es una garantía de seguridad para la paciente, "en tanto, constituye una segunda oportunidad de contar con una opinión médica que puede modificar la primera decisión, si aquella fuese equivocada; y más aún, que estará conformada por un grupo de profesionales médicos distintos a los primeros que evalúen la solicitud de la paciente" (Accion Popular, 2019).

Cabe señalar que la parte demandante ha interpuesto recurso de apelación siendo que la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, tendrá que emitir un pronunciamiento en segunda instancia. Como se puede evidenciar la discusión dará que comentar un buen tiempo aun; sin embargo en esta investigación se debe asumir una postura.

Anexo 5: Flujograma para la Atención Integral de la Gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del embarazo menor de 22 Semanas con consentimiento informado en el Marco de lo dispuesto en el Artículo 119° del Código Penal. (Ministerio de Salud, 2014).



IVITE: Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo

Fuente: Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal. Anexo 5.

1.7.1. ¿Se debe interpretar extensiva o restrictivamente el artículo 119 del Código Penal peruano en relación al embarazo no evolutivo?

Como se hizo referencia anteriormente, la discusión de la constitucionalidad y el alcance de la interpretación de la Guía Técnica Nacional, que concretiza los alcances artículo 119 del Código Penal peruano, aun es materia de debate.

No obstante, en relación al tema de investigación debemos asumir una postura con el objeto de clarificar el problema de interpretación relacionado con el contexto lingüístico, concretamente ambigüedad semántica por el uso (en los supuestos de hecho artículo 119 del Código Penal peruano) de términos del lenguaje científico como “gestante” y “salud”, ya que como se ha manifestado, dichos problemas alteran el significado en su conjunto de los supuestos de hecho.

Al respecto consideramos que se debe realizar una interpretación extensiva de la norma contenida en la disposición.

Pues, asumimos que la Guía Técnica Nacional, no es un documento acabado, ya que pueden incluirse otros supuestos, claro está realizando una ponderación de los derechos que se contraponen. Los supuestos que se puedan incluir en caso de conflictos de derechos fundamentales debe ser analizados bajo la teoría de la ponderación (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) del tal forma que se evidencia que mientras mayor sea el grado restricción del derecho a la vida del concebido, mayor debe ser el grado de satisfacción del derecho a la vida o salud de la gestante, puesto que resultaría excesivo el sacrificio de la vida o salud de la gestante si no se logra la protección de una vida en formación, tal como sucedió el caso KL vs Perú, que ya comentamos en apartados anteriores, donde KL debió gestar, alumbrar y amamantar a un feto anencefálico (sin cerebro) que sobrevivió cuatro días luego del parto, no obstante KL se vio severamente afectada en su salud física y emocional al no aceptar las autoridades peruanas un aborto

terapéutico. Pero, en definitiva, mientras no se incluya la mayor parte de supuestos en los cuales es posible practicar el aborto terapéutico, tendrá que ser los órganos jurisdiccionales los que ponderen en cada caso concreto; no obstante, hay un factor, el tiempo, que muchas veces torna en irreparables los daños que se producen, tal como se ha evidenciado en los casos emblemáticos materia de comentario.

La interpretación extensiva se debe realizar teniendo en cuenta el criterio adoptado por la Dirección del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el cual recomendó que se incorporé en la sección 6.5 de la Guía Técnica el criterio jurídico en virtud del cual si una misma conducta se subsume al unísono en una norma que expresamente la despenaliza y en otra que la penaliza es imperativo que todo profesional que presta un servicio público interprete que la conducta se encuentra jurídicamente permitida, conforme al principio de interpretación más favorable en caso de conflicto entre leyes penales, previsto en el artículo 139 inciso 11 de la Constitución Política. Con ello se cumpliría además con la recomendación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de no interpretar restrictivamente el aborto terapéutico, evitando violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como las acaecidas en los casos KL y LC contra el Perú. Sin embargo, dicha recomendación no ha sido incorporada en la Guía Técnica Nacional.

Pero veamos, el caso en concreto ¿se puede interpretar extensivamente el artículo 119 del Código Penal Peruano para incluir al embarazo no evolutivo como un caso subsumible? Previamente debemos identificar que significa los conceptos ambiguos “gestante” y “salud”.

El término Gestante según la RAE (2014), tiene dos significados: 1. adj. que gesta; 2. adj. embarazada. Desde, la perspectiva medica el embarazo podría ser evolutivo, es decir

cuando sigue su curso normal, y lamentablemente también podría ser no evolutivo. Para nuestra investigación nos interesa el segundo supuesto, el cual será desarrollado con más detenimiento posteriormente.

Respecto al segundo concepto ambiguo es necesario preguntarnos ¿qué aspectos involucra la salud? ¿Es solo el funcionamiento orgánico, propiamente físico o también puede incluir el daño psíquico, por ejemplo, enfermedades mentales, graves depresiones, tendencias suicidas como en el caso de violación de menores de edad?

Como se puede evidenciar, el concepto no es claro. Tal es el caso que la Dirección del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos formuló ciertas recomendaciones que permitirían adoptar en mayor medida el contenido de la Guía Técnica a determinadas exigencias constitucionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por ejemplo: de acuerdo con diversa jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional y con el criterio técnico de diversos órganos internacionales especializados en derechos humanos, tales como la OMS, se recomienda que el derecho fundamental a la protección de la salud incluye también a la salud mental. Por ende, debe interpretarse que las patologías que pueden justificar la interrupción voluntaria del embarazo por indicación terapéutica, son también aquellas que representan el riesgo de provocar un mal grave y permanente en la salud mental de la gestante.

Por lo que cabría preguntarse si un embarazo no evolutivo, independiente de la patología que se trate y ponga en riesgo la vida de la gestante, también puede poner en riesgo de forma grave y permanente la salud (física o psicológica) de la gestante.

1.8. Embarazo no evolutivo

Según la OMS, la muerte fetal es la acaecida antes de la expulsión o extracción completa de la madre, del producto de la concepción, no importando cuál haya sido la

duración de la gestación. Por lo que, la muerte está indicada cuando el feto no respira o no da evidencia de la vida, por ejemplo, como la ausencia de latidos cardiacos, pulsación del cordón umbilical o movimiento musculares voluntario (Organización Mundial de la Salud, 2008).

Entonces el embarazo no evolutivo es aquel embarazo que, por alguna complicación, no se evidencia actividad fetal dentro de las últimas horas, puede deberse a un embarazo ectópico, embarazo anembrionario, aborto frustrado, mola hidatiforme, óbito fetal.

Sin embargo, el embarazo no evolutivo es un fenómeno que varía considerablemente en su frecuencia, según los diferentes autores y los distintos países; se debería a la falta de precisión terminológica, lo que se pone en evidencia al compararse distintas publicaciones sobre el tema (Ariel Vogelmann, Roberto; Sánchez, Javier Esteban; Sartori, Mauro Fabricio; Speciale, Jorge Daniel, 2008).

1.9. Supuestos de embarazo no evolutivo

1.9.1. Embarazo ectópico

Es cuando el ovocito fertilizado se implanta fuera de la cavidad endometrial no progresando su desarrollo normal y generando un embarazo no evolutivo.

El embarazo ectópico es un evento infrecuente, pero potencialmente mortal, que se produce en el 1,5 % al 2 % de los embarazos (Organización Mundial de la Salud, 2012).

El embarazo ectópico puede ser ováricos, de trompa de Falopio, o abdominales.

1.9.2. Ectópicos ováricos

El primer supuesto embazado ectópico es el ovárico, es este caso debemos entender que “No hay ningún caso de embarazo ectópico ovárico que resulte en un nacimiento vivo, de hecho, estos embarazos son asociados principalmente con ruptura y hemorragia

intraabdominal masiva—con consecuencia de alta mortalidad materna” (Viterna, Jocelyn; Reifenberg, Natasha, 2017, p. 14).

1.9.3. Ectópicos de trompa de Falopio

Así mismo, debemos señalar que no existen casos en donde un bebé sobreviva un embarazo ectópico de trompa de Falopio, pues, o no hay suficiente espacio como para que el feto crezca ni que le lleguen nutrientes, por eso, es más probable que estalle la trompa. El intento de algunos de los médicos más brillantes del mundo de transferir el embrión desde la trompa de Falopio hasta el útero, de manera que el embarazo pueda desarrollarse normalmente, han fracasado (Viterna, Jocelyn; Reifenberg, Natasha, 2017).

1.9.4. Ectópicos abdominales

Este otro supuesto el embrión se implanta en algún lugar dentro del abdomen de la mujer en lugar de instalarse al interior de su útero. Los embarazos ectópico abdominales son sumamente peligrosos para las mujeres. La tasa de mortalidad materna debido a un embarazo ectópico abdominal es 90 veces más alta que un embarazo normal, y 20 veces más alta que la de un embarazo tubárico. No obstante, depende en qué parte exactamente está implantado el feto en el abdomen, por ejemplo, cuando la placenta no está unida a un órgano vital, tipo de embarazo también pone en alto riesgo la vida de la mujer. La posibilidad de que un embarazo abdominal sea viable es minúscula, y siempre conlleva la posibilidad de hemorragia mayor al momento del parto. La mujer debería poder decidir, con apoyo de su doctor y conocimiento sobre el lugar específico de implantación, si ella quiere correr el riesgo o no de seguir con un embarazo ectópico abdominal de alto riesgo donde su feto probablemente fallecería (Viterna, Jocelyn; Reifenberg, Natasha, 2017).

Recordemos que la norma contenida en el artículo 119 es permisiva, lo que implica la posibilidad o no de la gestante de poder decidir si continúa no con el embarazo

abdominal, incidiendo nuevamente que los embarazos ectópicos tubáricos u ováricos nunca pueden llegar a la viabilidad. Por tanto, solo se tendría que elegir respecto del ectópico abdominal.

1.9.5. Embarazo Anembrionario

Se refiere a una situación clínica en la que hay un embarazo intrauterino, pero no se desarrolla normalmente, en la cual solo se observa un saco gestacional vacío sin señales de un embrión en su interior. Las causas son generalmente las mismas que ocasionan un aborto espontáneo o el fracaso temprano del embarazo, incluyen fundamentalmente 21 anomalías cromosómicas y anomalías embrionarias de índole genética, infecciosa o congénita que impiden el adecuado desarrollo embrionario; es decir, el embrión comienza a desarrollarse, pero se detiene debido a sus alteraciones antes de que se pueda ver por ecografía; el embrión detiene su desarrollo antes de alcanzar 1mm, y por lo tanto no se puede observar, por ello se asigna el nombre de anembrionado (Ariel, 2008).

Cuando el embrión deja de crecer y los niveles hormonales disminuyen, los síntomas del embarazo desaparecen. En este punto, es posible que se presenten calambres abdominales menores y que se produzcan manchas o sangrados leves. Una ecografía mostrará un saco gestacional vacío. Al final, un óvulo huero tiene como resultado un aborto espontáneo. Algunas mujeres optan por esperar a que el aborto espontáneo ocurra naturalmente, mientras que otras toman medicamentos para producirlo. En algunos casos, se utiliza un procedimiento llamado dilatación y legrado para extirpar los tejidos placentarios (Mayo Clinic, 2018).

1.9.6. Óbito fetal

Es el cese de la vida fetal a partir de las 22 semanas de gestación y con un peso mayor a 500 gramos (Ariel, 2008).

Entre las complicaciones encontradas están la infección ovular, rotura uterina y muerte materna, siendo la primera las más frecuente en 50% de los casos complicados. (Espinal, José Manuel; Madrid Figueroa, Juana; Cruz Zepeda, Karla, 1995).

1.9.7. Mola Hidatiforme

La mola hidatiforme es una entidad que forma parte de la enfermedad trofoblástica gestacional, que engloba a un conjunto de procesos benignos y malignos poco habituales, que ocurren por la existencia de una proliferación anormal del tejido que da lugar a la placenta (trofoblasto). Generalmente, los tejidos que darían lugar al feto no están presentes y son por tanto la mayoría de los casos se trata de gestaciones anembrionados. Estas enfermedades se consideran peculiares, ya que el producto de la concepción a partir del cual se originan, es genéticamente extraño al anfitrión materno (Ariel, 2008).

Un embarazo molar puede tener complicaciones graves, entre ellas una forma de cáncer poco frecuente y requiere tratamiento temprano. Por otro lado, es necesario clasificar al embarazo molar, pues puede ser de dos tipos: completo e incompleto. En el completo, el tejido placentario es anormal y está hinchado; además, parece formar quistes llenos de líquido. Otra característica es que no hay formación de tejido fetal. En un embarazo molar parcial, es posible que haya tejido placentario normal junto con tejido placentario formado de manera anormal. También puede haber un feto, pero no hay posibilidades de que sobreviva (Mayo Clinic, 2018).

1.9.8. Aborto Frustrado

Es también denominado aborto diferido, fallido y retenido, se produce cuando el feto muere dentro del útero no se produce su eliminación, sino por el contrario es retenido dentro de la cavidad uterina por tiempo prolongado mayor a cuatro semanas (Ariel, 2008).

Pueden aparecer infecciones y trastornos de la coagulación en la sangre materna. (Huaman Paucar, César Augusto; Nuñez, Caracela; Longinos, César, 2002).

En resumen, hay 4 patologías que comprenden el embarazo no evolutivo. En estos supuestos el aborto podría producirse de las siguientes formas “aborto espontáneo se define como la pérdida involuntaria del embarazo antes de que el feto sea viable, o sea, a las 22 semanas de gestación. Se denomina aborto precoz a aquel que ocurre antes de las 8 semanas de gestación, correspondiendo al 80% de los abortos espontáneos. El resto ocurre entre las 13 y 14 semanas de gestación y se denominan como abortos tardíos. Esta clasificación tiene cierta utilidad clínica ya que la mayoría de los abortos precoces corresponden a huevos aberrantes o anembriónicos, mientras que los abortos con feto son generalmente tardíos” (Menéndez-Velázquez, 2003, p. 48). Sin embargo, en ocasiones es necesario de la intervención de un especialista, que diagnostique que se trata de un embarazo no evolutivo, y se pueda adoptar algún método (legrado uterino instrumental; tratamientos farmacológicos como, la administración de mifepristone y misoprosol, el metrotexate intramuscular; o el método más seguro que consiste en la aspiración manual endouterina) que evacue los restos del embarazo.

1.9.9. Problemática para detectar muerte fetal intrauterina

En una gestación normal, se recomienda hacer un mínimo de tres ecografías obstétrica para explorar: la primera entre la 8ª y la 12ª semana, la segunda de la 18ª a la 20ª semana, y la tercera de la 34ª a la 36ª semana. En la primera se recomienda la vía transvaginal, pero si se realiza por vía abdominal necesitará repleción vesical. Las otras dos se realizan por vía abdominal y no requieren preparación. Cada una de estas exploraciones tiene unos objetivos bien definidos, encaminados al diagnóstico de las características de la gestación y a detectar lo más antes posible un embarazo múltiple,

malformaciones fetales, anomalías del crecimiento y el grado de bienestar fetal. En el proceso descrito cabe la posibilidad de que se presente alguna falla durante el proceso de gestación que ocasione embarazo no evolutivo (Marín, 2007).

Vitalidad embrionaria: Latido cardíaco

Con la sonda vaginal se detecta el latido cardíaco fetal aproximadamente a las 6 semanas. Es posible visualizar el embrión antes de visualizar si tiene latido o no. Con sonda vaginal se debe ver el latido de los embriones con LCC mayor de 5 mm que correspondería a unas 6 semanas. Con sonda abdominal esto se retrasa una semana o incluso más si la paciente es obesa. En caso de duda siempre se debe repetir la ecografía a la semana y contrastar la exploración con otro ecografista (Marín, 2007).

Si no se detecta los latidos cardiorfetales durante el examen físico sugiere muerte fetal. Sin embargo, esto no es concluyente y el óbito “se debe confirmar siempre mediante examen ecográfico” (Ariel Vogelmann, Roberto; Sánchez, Javier Esteban; Sartori, Mauro Fabricio; Speciale, Jorge Daniel, 2008, p. 14).

Como se observa, los métodos para diagnosticar un embarazo evolutivo, en caso de duda, queda a discrecionalidad del profesional de la salud; no es diferente para el diagnóstico de alguna de las 11 entidades clínicas de la gestante¹², tal como se evidencia

¹² 6.1 de la Guía Técnica Nacional.

1. Embarazo ectópico tubárico, ovárico, cervical.
2. Mola hidatiforme parcial con hemorragia de riesgo materno.
3. Hiperemesis gravídica refractaria al tratamiento con deterioro grave hepático y/o renal.
4. Neoplasia maligna que requiera tratamiento quirúrgico, radioterapia y/o quimioterapia.
5. Insuficiencia cardíaca congestiva clase funcional III-IV por cardiopatía congénita o adquirida (valvulares y no valvulares) con hipertensión arterial y cardiopatía isquémica refractaria a tratamiento.
6. Hipertensión arterial crónica severa y evidencia de daño de órgano blanco.
7. Lesión neurológica severa que empeora con el embarazo.
8. Lupus Eritematoso Sistémico con daño renal severo refractario a tratamiento.
9. Diabetes Mellitus avanzada con daño de órgano blanco.
10. Insuficiencia respiratoria severa demostrada por la existencia de una presión parcial de oxígeno < 50 mm de Hg y saturación de oxígeno en sangre < 85% y con patología grave; y
11. Cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la Junta Médica.

en la Guía Técnica Nacional apartado 6.3.2 “La Junta Médica recibirá el informe del médico/a tratante, evaluará el caso, ampliará la anamnesis, volverá a examinar a la paciente o solicitará exámenes auxiliares si así lo estima conveniente, y obligatoriamente dictaminará por la procedencia o no de la interrupción del embarazo, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas, bajo responsabilidad”.

1.9.10. Improcedencia de la judicialización de los abortos terapéuticos por embarazo no viable

De ningún modo deberían ser judicializados este tipo de solicitudes, puesto que es tarea de los médicos y profesionales de la salud, al tratarse de situaciones estrictamente médicas, constatar las situaciones que den lugar o no, a la autorización de un aborto y no del sistema judicial; sin embargo, como se ha descrito en la problemática, existe mucho temor incluso de practicar el aborto de un embarazo no evolutivo, por varios factores ya descritos (cuestiones morales, temor a incurrir en ilícitos penales). Por lo que esta investigación pretende clarificar, para dar seguridad jurídica, que el embarazo no evolutivo es un caso subsumible en los supuestos de hecho del artículo 119 del Código Penal peruano, pues de lo contrario implica obstaculizar el ejercicio de derechos de las mujeres que debido a la premura del tiempo puede derivar en daños para la paciente.

1.9.11. Formulación del problema

¿Cuáles son los criterios de interpretación jurídica para considerar al embarazo no evolutivo como un caso subsumible en los supuestos de hecho “salvar la vida de la gestante” o “evitar en su salud un mal grave y permanente”, contemplado en el artículo 119 del Código Penal peruano?

1.9.12. Objetivos

Objetivo general

Identificar los criterios de interpretación jurídica para considerar al embarazo no evolutivo como un caso subsumible en los supuestos de hecho “salvar la vida de la gestante” o “evitar en su salud un mal grave y permanente”, contemplado en el artículo 119 del Código Penal peruano.

Objetivos específicos

- a. Determinar el contexto en el que se manifiesta el problema de interpretación, en relación a los supuestos de hecho “salvar vida de la gestante” o “evitar en su salud un mal grave y permanente”, contemplado en el artículo 119 del Código Penal peruano vigente, en relación al embarazo no evolutivo.
- b. Determinar el método y tipo de interpretación a utilizar para solucionar el problema evidenciado en el artículo 119 del Código Penal peruano vigente, en relación al embarazo no evolutivo.
- c. Determinar las patologías más comunes que son reportadas como embarazo no evolutivo.
- d. Plantear una propuesta de interpretación para considerar al embarazo no evolutivo como un caso subsumible en los supuestos de hecho “salvar la vida de la gestante” o “evitar en su salud un mal grave y permanente”, contemplado en el artículo 119 del Código Penal peruano.

1.9.13. Hipótesis

Los criterios de interpretación jurídica para considerar el embarazo no evolutivo son:

A. Interpretar los supuestos de hecho: “salvar la vida de la gestante” o “evitar en su salud un mal grave y permanente” del artículo 119 del Código Penal peruano, desde el contexto lingüístico, mediante el método gramatical, ello permitirá identificar que existe problema de vaguedad semántica por el uso de términos científicos.

B. Solucionar el problema de vaguedad semántica que se presenta en los términos científicos “gestante” y “salud”, ello mediante la interpretación de tipo doctrinal en medicina, lo cual permite incluir a las patologías más comunes que son reportadas como embarazo no evolutivo (esto es: el embarazo ectópico, embarazo anembrionario, aborto frustrado, mola hidatiforme, u obito fetal), como caso subsumible en los supuestos de hecho: “salvar la vida de la gestante” o “evitar en su salud un mal grave y permanente” del artículo 119 del Código Penal peruano.

CAPÍTULO II. METODOLOGÍA

2.1. Tipo de investigación

2.1.1. De acuerdo al fin que se persigue (Básica)

La presente investigación es dogmática, en el ámbito científico es considerada como básica, puesto que parte de un marco teórico y permanece en él (al buscar conocimientos sin un fin práctico inmediato), como señala Behar (2008) “La investigación básica tiene como finalidad la obtención y recopilación de información para ir construyendo una base de conocimiento que se va agregando a la información previa existente” (p. 19).

En cuanto al enfoque presenta aspecto cualitativo, ello debido a que el problema de investigación se centra en determinar el significado de conceptos, mediante la descripción del objeto de estudio, la interpretación y comprensión del mismo. Para ello se partirá de aportes teóricos, aceptados por la comunidad científica, en ámbito de la interpretación jurídica; lo cual constituye la base sobre las que se formula la hipótesis en función de las variables que forman parte del problema de investigación.

2.1.2. De acuerdo al diseño de la investigación.

La investigación es de tipo explicativa. En este sentido, los estudios explicativos pueden ocuparse tanto de la determinación de las causas, como de los efectos (antecedes y consecuentes en el ámbito de las ciencias sociales, como lo es el derecho), mediante la prueba de hipótesis. (Hernández, Fernández y Baptista, 2002).

El diseño de la investigación es no experimental, transversal. Es no experimental porque no se manipularon deliberadamente variables, es decir, no se hicieron variar intencionalmente las variables, además se observarán los fenómenos tal y como se dan, para después analizarlos. Es transversal porque se recolectaron los datos en un solo

momento teniendo como propósito describir las variables (Hernández, Fernández y Baptista, 2002).

2.1.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

Se basa en un enfoque cualitativo, puesto que busca solucionar un problema de interpretación, desde el enfoque de la argumentación jurídica y la teoría de la interpretación jurídica.

2.2. Objeto de estudio

El objeto de estudio es el antecedente o supuesto de hecho de la norma-regla que subyace en el artículo 119 del Código Penal Peruano, aprobado por Decreto Legislativo N° 635, promulgado el 3 de abril de 1991 y publicado el 8 de abril de 1991.

2.3. Población y muestra (Materiales, instrumentos y métodos)

No se aplica al ser una tesis de carácter dogmática.

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

2.4.1. Métodos de investigación

2.4.1.1. Métodos Generales

A. Método Analítico-Sintético. A través del respectivo análisis se realizará una operación mental que nos permitió descomponer para luego sintetizar los resultados relevantes, determinando específicamente sus cualidades en relación al objeto de investigación.

B. Método Inductivo-Deductivo. Por medio del presente método se obtuvo conocimientos de lo general a lo particular y viceversa; es decir, del análisis de

cada institución jurídica involucrada en nuestro objetivo de investigación se podrá efectuar generalizaciones con relevancia científica que permitieron sustentar afirmaciones en relación a nuestra hipótesis.

2.4.1.2. Métodos Específicos

- A. Método de Argumentación Jurídica:** Por medio de este se estructura la cadena de los dos razonamientos utilizados para formular la hipótesis planteada, los razonamientos están apoyados en afirmaciones racionales (justificación interna u observancia de la lógica) y razonables (justificación externa, esto es respaldado en evidencia teoría y empírica), presentados y discutidos para que conduzcan a un mismo propósito, esto es, inferir conclusiones, lo que constituirá la hipótesis de la presente investigación.
- B. Método Dogmático.** Considerando que la investigación analizó la normativa el artículo 119 del Código Penal Peruano, fue necesario recurrir al Método Dogmático, el cual alcanza un mayor rigor en la teorización. Mientras que la exégesis trabaja fundamentalmente con normas legales, la dogmática recurre a la doctrina, el Derecho comparado y, ocasionalmente, a la jurisprudencia. Por ello su enfoque se desenvuelve sobre bases más amplias.
- C. Método Hermenéutico.** A través de este método se interpretó y comprendió de manera sistematizada el supuesto de hecho contenido en el artículo 119 del Código Penal Peruano.

2.5. Procedimiento

La presente investigación parte de la idea del tema, luego la descripción de la realidad problemática y formulación del problema a investigar; luego se ha procedido con la recopilación de antecedentes relacionados al tema y su correspondiente análisis, lo que nos ha permitido establecer los objetivos a atender, desarrollarlos cada uno y sintetizar resultados.

CAPÍTULO III. RESULTADOS

Caso médico	Patologías	Variantes	Consecuencias para el concebido	Consecuencias para la gestante	Subsunción en el supuesto “salvar la vida de la gestante”	Subsunción en el supuesto “evitar en su salud un mal grave y permanente”
Embarazo no evolutivo “no se evidencia actividad fetal dentro de las últimas horas”	Embarazo ectópico ¹³	Ectópicos ováricos ¹⁴	No hay posibilidad de vida del concebido	Alta probabilidad de mortalidad materna	X	
		Ectópicos de trompa de Falopio ¹⁵	No hay posibilidad de vida del concebido	Alta probabilidad de mortalidad materna	X	
		Ectópicos abdominales ¹⁶	La posibilidad de que el embarazo sea viable es minúscula	Alta probabilidad de mortalidad materna	X	
Embarazo anembrionario ¹⁷	---	---	No hay vida	Calambres abdominales menores y que se produzcan manchas o sangrados leves	---	---
Óbito fetal ¹⁸	---	---	No hay vida	Infección ovular, rotura uterina y muerte materna	X	X
Mola hidatiforme ¹⁹	Embarazo molar completo	Embarazo molar completo	No hay formación de tejido fetal	Complicaciones graves, entre ellas una forma de cáncer		X
		Embarazo molar parcial	Puede haber un feto, pero no hay posibilidades de que sobreviva	Complicaciones graves, entre ellas una forma de cáncer		X
Aborto frustrado ²⁰	---	---	No hay vida	Pueden aparecer infecciones y trastornos de la coagulación en la sangre materna		X

¹³ El ovocito fertilizado se implanta fuera de la cavidad endometrial no progresando su desarrollo normal y generando un embarazo no evolutivo.

¹⁴ Estos embarazos son asociados principalmente con ruptura y hemorragia intraabdominal masiva.

¹⁵ No hay suficiente espacio como para que el feto crezca ni que le lleguen nutrientes, por eso, es más probable que estalle la trompa.

¹⁶ El embrión se implanta en algún lugar dentro del abdomen de la mujer en lugar de instalarse al interior de su útero.

¹⁷ Situación clínica en la que hay un embarazo intrauterino, pero no se desarrolla normalmente; en la cual solo se observa un saco gestacional vacío sin señales de un embrión en su interior.

¹⁸ Es el cese de la vida fetal a partir de las 22 semanas de gestación y con un peso mayor a 500 gramos.

¹⁹ Engloba a un conjunto de procesos benignos y malignos poco habituales, que ocurren por la existencia de una proliferación anormal del tejido que da lugar a la placenta (trofoblasto). Generalmente, los tejidos que darían lugar al feto no están presentes y son por tanto la mayoría de los casos se trata de gestaciones anembrionadas.

²⁰ Se produce cuando el feto muere dentro del útero no se produce su eliminación, sino por el contrario es retenido dentro de la cavidad uterina por tiempo prolongado mayor a cuatro semanas.

CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

4.1 Discusión

Inicialmente nos planteamos 4 objetivos específicos que nos conducirían a demostrar nuestra hipótesis esto es, la afirmación que señala: si se adopta la postura que en los supuestos de hecho: “salvar la vida de la gestante” o “evitar en su salud un mal grave y permanente” del artículo 119 del Código Penal peruano, presenta problemas de ambigüedad semántica; entonces, se podrá incluir el caso de “embarazo no evolutivo” como supuesto subsumible en el antecedente de la dicha regla jurídica, ello siempre que la interpretación se realice desde un contexto lingüístico en relación al uso de términos científicos. Como se ha referido, la interpretación según el contexto lingüístico, implica que los problemas más evidentes aparecen porque el lenguaje jurídico plantea dudas, esto debido a que el lenguaje jurídico es un tipo especial de lenguaje común y, por tanto, adolece de los mismos problemas de ambigüedad y vaguedad que afectan a este; y deshacer la ambigüedad y reducir la decisión discrecional por parte de los operadores del derecho. Tal es el caso que según la discusión teórica abordada hemos podido identificar que, conforme a la hipótesis planteada, el contexto donde se presenta el problema de interpretación es precisamente el lingüístico, puesto que se utilizan conceptos con textura abierta, lo que conforme al uso del lenguaje científico que se utiliza resulta problemático precisar el significado.

En tal sentido, respecto del supuesto de hecho “salvar la vida de la gestante”, que conforma la norma regla del artículo 119 del Código Penal peruano, se ha identificado el siguiente concepto que genera problema de interpretación: el término “gestante” si bien la RAE (2014) le atribuye dos significados²¹, no obstante desde el punto de vista científico la

²¹ Según la rae (2014), gestante significa:

gestación o embarazo podría ser evolutivo o también no evolutivo. Nos interesa este último tipo; es decir, cuando por alguna complicación (debido a un embarazo ectópico, embarazo anembrionario, aborto frustrado, mola hidatiforme, u obito fetal) no se evidencia actividad fetal dentro de las últimas horas, algunas de estas causas son condiciones suficientes para producir la muerte de la gestante o producir un mal grave y permanente en su salud. En tal sentido, consideramos que el embarazo no evolutivo, en sus diferentes patológicas (debido a un embarazo ectópico, embarazo anembrionario, aborto frustrado, mola hidatiforme, u óbito fetal) constituye un caso subsumible en el supuesto “salvar la vida de la gestante”, ya que el significado de gestante no solo hace alusión a un embarazo evolutivo, pues también podría ser no evolutivo.

Por otro lado, en el supuesto “evitar en su salud un mal grave y permanente” es ambiguo el concepto “salud”, ya que este puede entenderse de varias maneras, por ejemplo, salud física o psicológica. Según los resultados evidenciados, se concluye que algunas patológicas del embarazo no evolutivo, si bien como se ha señalado en párrafo anterior en el peor de los casos podría acarrear la muerte, pero también podría tener complicaciones para la salud, física o psicológica.

Como se puede evidenciar de la Guía Técnica Nacional sí contempla, en el acápite 6.1, como supuestos para el aborto terapéutico, algunas patologías del embarazo no evolutivo, por ejemplo, en el numeral 1 y 2, por otro lado, también el numeral 11 deja la posibilidad de incluir otras entidades clínicas de la gestante.

1. Embarazo ectópico tubárico, ovárico, cervical.
2. Mola hidatiforme parcial con hemorragia de riesgo materno.

1. adj. Que gesta.

2. adj. embarazada.

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

Consideramos que una redacción más amplia, que contemple los otros supuestos de embarazo no evolutivo, puede evitar problemas de interpretación evitando que de esta manera dichos casos eventualmente puedan terminar en los juzgados activando el aparato jurisdiccional. En este sentido, como propuesta de solución, planteamos que en la Guía Técnica Nacional se considere al embarazo no evolutivo (con todas las patológicas descritas: embarazo ectópico, embarazo anembrionario, aborto frustrado, mola hidatiforme, u óbito feta) como un caso subsumible en los supuestos de hecho “salvar la vida de la gestante” o “evitar en su salud un mal grave y permanente”, contemplado en el artículo 119 del Código Penal Peruano.

No obstante, aún persiste el problema de poder establecer criterios uniformes para que mediante se concluya que no hay actividad fetal dentro de las últimas horas, pues, como se ha referido se deja a discrecionalidad del personal médico poder realizar exámenes complementarios para tener certeza que se está ante un embarazo no evolutivo. Problema aparte es que no existe consenso sobre los criterios médicos para identificar o diagnosticar un embarazo no evolutivo (no hay actividad fetal dentro de las últimas horas). Somos de la opinión que en caso existan este tipo de discrepancias en el diagnóstico, se debe interpretar que la conducta se encuentra jurídicamente permitida (permisión de un aborto terapéutico), ello conforme al principio de interpretación más favorable en caso de

conflicto entre leyes penales, previsto en el artículo 139 inciso 11 de la Constitución Política.

La autonomía, principio básico de la bioética, según López Gómez (2006) señala que determina que las personas tienen el derecho a decidir sobre las cuestiones relacionadas con su cuerpo y con su vida. Por lo que, al médico le corresponde apoyar un proceso de toma de decisiones libre de prejuicios y coerción que permita a la mujer decidir sobre su salud. Se actuará solo después de obtener el consentimiento informado, basado en el adecuado suministro de información y educación del paciente sobre la naturaleza e implicaciones del tratamiento, opciones y resultados de las diferentes alternativas disponibles.

En última instancia el consentimiento informado es un principio fundamental por el cual pone de relieve que el paciente es un adulto autónomo o en caso de ser menor se necesita algún responsable que tenga la capacidad para autorizar lo que se le va a hacer a su cuerpo y a su mente de la gestante. De esta manera, cualquier intervención que pueda vulnerar este principio se considera no solo ilegal, sino también antiético. Por lo que se concluye que el paciente tiene que ser informado de la naturaleza y los riesgos posibles de la intervención quirúrgica, pues ante un embarazo no evolutivo se podría dar un aborto espontáneo, no obstante, como se ha explicado existen casos en donde no necesariamente se produce ello, por lo que es necesario intervención; sin embargo, el sistema jurídico debe establecer reglas claras para que no exista temor por parte de los médicos para realizar este tipo de procedimientos, ya que como se ha explicado, al estar penalizado casi todos los supuestos de aborto, el personal médico evita meterse en problemas como se ha referido, son varios los factores por lo que no se puede dar la interrupción del embarazo en condiciones legales, ya que en principio es un servicio escaso, debido a: las barreras de

carácter moral, la falta de información, falta de protocolos y técnicas adecuadas para dicha práctica; falta de estandarización de criterios establecidos para determinar quiénes pueden estar catalogadas para recibir este tratamiento; falta de entrenamiento del personal médico y auxiliar; falta de equipos; por otro lado, la escasa información que tienen las mujeres de que en ciertas condiciones podrían disponer de esta alternativa. Por ello, es que con el aporte que hemos realizado esperamos poder contribuir en la mejor protección de los derechos de las mujeres.

1.2 Conclusiones

1. El contexto donde se presenta el problema de interpretación es el lingüístico, puesto que el supuesto “salvar la vida de la gestante” concretamente el concepto “gestante” desde el punto de vista científico se puede hablar de una gestación o embarazo evolutivo, pero también podría ser no evolutivo, en donde si bien no se evidencia actividad fetal dentro de las últimas horas, no se produce aborto espontáneo; por lo que es necesario la intervención de los profesionales en salud
2. El método de interpretación a utilizar para solucionar el problema, evidenciado en el artículo 119 del Código Penal peruano vigente, en relación al embarazo no evolutivo, es el método gramatical, lo que permite recurrir a fuentes doctrinarias de medicina para poder aclarar los conceptos como “gestante” o “salud”.
3. Las patologías más comunes que son reportadas como embarazo no evolutivo son: el embarazo ectópico, embarazo anembrionario, aborto frustrado, mola hidatiforme, u óbito fetal.
4. La propuesta de solución para evitar el problema de ambigüedad semántica en los conceptos “gestante” o “salud” es que en la Guía Técnica Nacional se considere al

embarazo no evolutivo (con todas las patológicas descritas: embarazo ectópico, embarazo anembrionario, aborto frustrado, mola hidatiforme, u óbito feta) como un caso subsumible en los supuestos de hecho “salvar la vida de la gestante” o “evitar en su salud un mal grave y permanente”, contemplado en el artículo 119 del Código Penal peruano.

4.2 Recomendaciones

1. Se recomienda investigar para proponer soluciones en caso de que los médicos, basado en objeciones de conciencia, pese a ser necesario el aborto, se nieguen a practicarlo.
2. Se recomienda al personal de salud, para salvar la vida de la mujer o evitar en su salud un mal grave y permanente, es necesario ofrecer servicios para un aborto sin riesgos, ya sea en caso de embarazo evolutivo o no evolutivo, pero siempre y cuando sea para salvar la vida de la gestante o evitar en su salud (física o psicológica) un mal grave y permanente.
3. Se recomienda a las autoridades –al no existir consenso sobre los criterios médicos para identificar un embarazo no evolutivo (es decir, cuando no hay actividad fetal dentro de las últimas horas) – se debe interpretar que la conducta se encuentra jurídicamente permitida (permisión de un aborto terapéutico), conforme al principio de interpretación más favorable en caso de conflicto entre leyes penales, previsto en el artículo 139 inciso 11 de la Constitución Política.

REFERENCIAS

- Acción de amparo KL, 21486-2011-0-1801-JR-CI-09 (9° JUZGADO CONSTITUCIONAL 21 de Enero de 2015). Obtenido de file:///C:/Users/SAMSUNG/Downloads/Sentencia%20(1).pdf
- Accion Popular, 00058-2018-0-1801-SP-CI-01 (Primera Sala Civil de Lima 10 de Diciembre de 2019). Obtenido de <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/Aborto-terap%C3%A9utico-Sentencia-Primera-Sala-Civil-Lima.pdf>
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdés, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ariel Vogelmann, Roberto; Sánchez, Javier Esteban; Sartori, Mauro Fabricio; Speciale, Jorge Daniel. (2008). Muerte Fetal Intrauterina. *Revista de Posgrado de la Vía Cátedra de Medicina*(188). Obtenido de https://med.unne.edu.ar/revistas/revista188/4_188.pdf
- Ariel, R. (2008). Muerte fetal intrauterina. *Revista de Posgrado de la Vía Cátedra de Medicina*(188).
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Behar Rivero, D. S. (2008). *Introducción a la Metodología de la Investigación*. Bogota: Shalom.
- Besio Rollero, M. (1998). Consideraciones éticas sobre el aborto terapéutico. *ARS MEDICA Revista de ciencias médicas*, 27(1). Recuperado el 16 de Febrero de 2021, de file:///C:/Users/SAMSUNG/Downloads/Consideraciones_eticas_sobre_el_aborto_terapeutico.pdf
- Byrne, P. (2005). Use of anencephalic newborns as organ donors. *Paediatr Child Health*, 335-41.
- Castillo Calvín, J. M. (2007). La objeción de conciencia de los farmacéuticos en España. *Cuadernos de Bioética*, vol. XVIII(2), 283-285. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/875/87506311.pdf>
- Center for Reproductive Rights. (05 de Julio de 2015). *L.C. vs. Perú (CEDAW): Derecho al Aborto en Casos de Violencia Sexual*. Obtenido de

https://www.reproductiverights.org/sites/default/files/documents/28JAN15%20GLP_LAC_L CvPeru_Factsheet%20AS%20FILED.pdf

Chaparro Guerra, A. (2011). *Fundamentos de la teoría del delito*. Lima : Grijley.

Cheschier, N. (2003). ACOG Practice Bulletin Neural tube defects. *ACOG Committee on Practice Bulletins-Obstetrics*(44), 123-133.

Col., M. B. (2007). *Nociones Básicas en la Ecografía Obstétrica y Ginecológica*. Madrid: Gráficas Marte.

Comité de Derechos Humanos. (24 de Octubre de 2005). *K.L. vs. Perú*. Obtenido de Comunicación N° 1153/2003: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/V.%20Comit%C3%A9%20de%20Derechos%20Humanos.pdf

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (17 de Octubre de 2011). *Comunicación N° 22/2009*. Obtenido de Dictamen aprobado por el Comité en su 50º período de sesiones, celebrado del 3 al 21 de octubre de 2011: https://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009_sp.pdf

Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*. Lima.

Delgado Cáceres, A. (2017). *Registro Nacional de Trabajos de Investigación*. Obtenido de http://repositorio.ucsp.edu.pe/bitstream/UCSP/15230/1/DELGADO_C%c3%81CERES_AND_ABO.pdf.

Espinal, José Manuel; Madrid Figueroa, Juana; Cruz Zepeda, Karla. (1995). Muerte Fetal. *REVISTA MEDICA HONDUREÑA*, 63(3), 93-95. Obtenido de <http://www.bvs.hn/RMH/pdf/1995/pdf/Vol63-3-1995-3.pdf>

Fernández, C. (1990). *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima : Universidad de Lima.

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales:Luigi Ferrajoli* (Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello ed.). Madrid: Trotta.

Figueroa García-Huidobro, R. (2014). CONCEPTO DE DERECHO A LA VIDA. *Revista Ius et Praxis*(1), 261-300. Obtenido de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n1/art10.pdf>

- Funayama, C.A.; Pfeifer, L.I.; Ramos E.S.; Santucci P.Z.; Gomy I.; Neto A.M. (2011). Three-year-old child with meroacrania – Neurological signs. *Brain & Development*(33), 86–89. Obtenido de file:///C:/Users/SAMSUNG/Downloads/Three-year-old_child_with_meroacrania_-_Neurologic.pdf
- Gálvez Villagas, Tomás Aladino; Rojas León, Ricardo César. (2012). *Derecho Penal Parte Especial* (1 ed.). Lima: Jurista Editores.
- Gascón Abellán, Marina; García Figueroa, Alfonso . (2016). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima : Palestra.
- Gobierno Regional de Arequipa-Gerencia Regional de Salud. (2007). *Protocolo para el manejo de casos de interrupción legal del embarazo*. Arequipa.
- Gutiérrez, K. R. (2015). *Repositorio de la Universidad César Vallejo* . Obtenido de La Inclusión de la Anencefalia como supuesto de Aborto Terapéutico : http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/2010/Ramal_GK.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Hernández, Fernández y Baptista. (2002). *Metodología de la Investigación*. México: Mc Graw Hill.
- Huaman Paucar, César Augusto; Nuñez, Caracela; Longinos, César. (2002). *SISBIB*. Obtenido de eficacia del misoprostol en aborto frustrado y gestación no evolutiva en el hospital nacional edgardo rebagliati martins essalud lima enero 1998-1999: https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/Tesis/Salud/Huaman_P_C/T_completo.pdf
- Marín, A. (2007). *Nociones Básicas en la Ecografía Obstétrica y Ginecológica*. Madrid: Editorial Gráficas Marte.
- Mayo Clinic. (24 de Febrero de 2018). *Embarazo molar*. Obtenido de <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/molar-pregnancy/symptoms-causes/syc-20375175#:~:text=Un%20embarazo%20molar%2C%20tambi%C3%A9n%20conocido,y%20el%20embarazo%20molar%20parcial.>

- Menéndez-Velázquez, J. F. (Julio-Agosto de 2003). El manejo del aborto espontáneo y de sus complicaciones. *Gaceta Médica de México*, 139, 47-53. Obtenido de <https://www.medigraphic.com/pdfs/gaceta/gm-2003/gms031h.pdf>
- Ministerio de Salud. (27 de Junio de 2014). Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la Gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menos de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el. Lima. Obtenido de <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/aprueban-la-guia-tecnica-nacional-para-la-estandarizacion-d-rm-n-486-2014minsa-1103581-1>
- Miranda Aburto, E. (2011). El delito de aborto: La problemática de su despenalización desde una visión del Derecho Penal-Constitucional. *Gaceta Constitucional*(41).
- Olano García, H. A. (2016). Hablemos del derecho a la vida. *Ius Humani. Revista de Derecho*, 209-216. Obtenido de <file:///C:/Users/SAMSUNG/Downloads/Dialnet-HablemosDelDerechoALaVida-5771470.pdf>
- Organización Mundial de la Salud. (15 de Agosto de 2008). OMS. Obtenido de Organización Panamericana de la Salud. Mortalidad fetal, neonatal y perinatal. Situación de Salud en las Américas: http://www.nacerlatinoamericano.org/_Archivos/_Menu-principal/05_Preguntas/Temas/Respuesta/agosto/MortMaternalInfantilPerinatal.pdf
- Organización Mundial de la Salud. (2012). *Salud sexual y reproductiva*. Obtenido de Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/77079/9789243548432_spa.pdf;jsessionid=11278E65C758E60F22868F5BA0F29051?sequence=1
- Pacora Portella, P. (2014). Aborto terapéutico: ¿realmente existe? *Acta Médica Peruana*, 31(04), 234-239. Obtenido de Aborto terapéutico: ¿realmente existe?
- Peña Cabrera, F. A. (2009). *Derecho Penal Parte Especial Tomo I*. Lima: Idemsa.
- RAE. (2014). *Real Academia Española*, 23. Obtenido de <https://www.rae.es/>

- Rioja, Z. B. (Noviembre de 2015). *Registro Nacional de Trabajos de Investigación*. Obtenido de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/17010/LEIVA_ROJAS_ZOILA_POLITICAS_PUBLICAS_SALUD.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Roy, L. (1986). *Derecho penal - parte especial* (2 ed.). Lima: Eddilli.
- Rubio Correa, M. (1984). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima : Fondo Editorial PUCP.
- Rubio, M. (1992). *El ser humano como persona natural*. Lima : Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salinas Siccha, R. (2013). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Grijley.
- Sanchez, L. J. (Diciembre de 2016). *Registro Nacional de Trabajos de Investigación*. Obtenido de <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/1653>.
- Sánchez, M. (2013). *Bioética en ciencias de la salud*. Barcelona: Foletra S.A.
- Torrealva, F. G. (Marzo de 2012). *Universitat Politècnica de Valencia* . Obtenido de <file:///C:/Users/SAMSUNG/Downloads/1072-2374-1-PB.pdf>.
- Torres Vásquez, A. (2001). *Introducción al Derecho* (Segunda ed.). Bogota: Editorial Temis S.A.
- Van WeezeL, Alex. (2009). Contrapunto: El aborto terapéutico. *Revista Chilena de Derecho*, 36(1), 205-208. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/1770/177014521013.pdf>
- Varsi Rospigliosi, E. (2001). *Derecho médico peruano*. Lima: Fondo de Desarrollo Editoria.
- Villa Stein, J. (2004). *Derecho Penal Parte Especial I-A*,. Lima: San Marcos.
- Viterna, Jocelyn; Reifenberg, Natasha. (2017). *La política es complicada; la ciencia en concluyente: El aborto terapéutico salva la vida de las mujeres*. Obtenido de https://scholar.harvard.edu/files/viterna/files/libro_jocelyn_final.pdf
- Von Listz, F. (2007). *Tratado de Derecho Penal* (Vol. III). Madrid: Reus.