

# **LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL DEL ABORTO TERAPÉUTICO** **A PROPÓSITO DE UN PROTOCOLO QUE PRETENDE ESTABLECER CRITERIOS** **UNIFORMES**

**SAMUEL B. ABAD YUPANQUI**

Profesor Principal de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú

## **SUMARIO**

I. La Interpretación de la Constitución y la Validez Constitucional del Aborto terapéutico. - II. Derechos Fundamentales e Interrupción del embarazo. - III. La Validez Constitucional del Aborto terapéutico: 1. El Derecho a la vida no es un Derecho absoluto; 2. Límites a los derechos fundamentales; 3. Aborto terapéutico: Derecho a la vida y a la salud de la madre y derecho a la vida del concebido. Otros derechos afectados; 4. El Caso Karen Liastoy; 5. Estableciendo criterios uniformes en los hospitales públicos: El caso del protocolo; 6. Mecanismos internos de protección en caso de negativas a practicar el aborto terapéutico. - IV. Reflexiones finales.

Los casos en los cuales puede disponerse válidamente la interrupción del embarazo siempre han sido un tema que ha despertado polémica, pese a ello existe consenso en la validez del llamado aborto terapéutico cuando se trata de salvar la vida o la salud de la madre. Sin embargo, en los últimos años se ha suscitado un debate con motivo de la elaboración, por parte del Ministerio de Salud, de un protocolo destinado a estandarizar los procedimientos de atención médica cuando se trata de aplicar el aborto terapéutico. En efecto, el citado documento ha motivado la reacción de sectores conservadores y religiosos<sup>1</sup> que no solo han cuestionado su validez sino también han pretendido cuestionar la existencia misma de supuestos que permitan aplicar esta modalidad de interrupción del embarazo.

La presencia de este tipo de argumentos no solo renueva el debate sobre la relación que debería existir entre Iglesia y Estado en una democracia moderna, sino especialmente sobre la plena vigencia de los derechos humanos de las mujeres en quienes recaen, precisamente, decisiones de esta naturaleza. En este sentido, el presente artículo analizará los derechos que constitucionalmente sustentan la protección del aborto terapéutico; los criterios de ponderación de derechos que permiten fundamentarlo; las obligaciones del Estado peruano respecto al acceso al aborto terapéutico, y la conveniencia y legitimidad de contar con un protocolo que estandarice los casos en los que procede esta modalidad de aborto.

## **I. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL DEL ABORTO TERAPÉUTICO**

Resulta bastante explicativa la sentencia emitida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el famoso caso "Roe v. Wade" (1973), pues antes de resolver el referido asunto señaló que:

*"[...] somos plenamente conscientes de las implicaciones emocionales y morales del debate sobre el aborto, que conocemos los planteamientos radicalmente opuestos (...), y que arraigan en convicciones profundas y pretendidamente absolutas. La opinión que cada uno tenga sobre el aborto y las conclusiones a que llegue están determinadas por la propia filosofía, la propia trayectoria, la experiencia frente a los sinsabores de la vida, la educación religiosa que haya recibido, la visión de la familia y de los valores familiares, los estándares morales que uno mismo establece y que desearía ver respetados. (...) nuestra*

<sup>1</sup> Así por ejemplo, algunas personas que en su momento asumió en cargos públicos han llegado a señalar que el "aborto terapéutico no existe". <http://www.123radio.com/actualidad/2002/soviarboite-aborto.htm>

*tiene es resolver la cuestión desde criterios constitucionales, al margen de las inclinaciones personales y de las pasiones”.*<sup>2</sup>

A tenor de lo señalado, resulta indispensable efectuar un ejercicio de interpretación constitucional para justificar la validez del aborto. Como se sabe, la interpretación constituye el “núcleo central de la teoría de la Constitución”.<sup>3</sup> Ello se explica pues en el Derecho Constitucional los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia, debido al peculiar carácter de la norma constitucional, así como al hecho de contar con tribunales constitucionales o poderes judiciales que se han convertido en intérpretes de la Constitución. Por ello, ha sido frecuente que el debate sobre la validez de la regulación del aborto haya culminado en instancias jurisdiccionales, tal como ha sucedido en Europa, Estados Unidos y en América Latina; más allá de reconocer que su penalización carece de mayor eficacia, pues “no tiene como consecuencia una menor incidencia en el número de abortos que se practican”.<sup>4</sup> En efecto, como señalan diversos estudios “se estima que aproximadamente 352 mil abortos se producen en el país cada año”<sup>5</sup> y la mayoría de esos casos no llegan a los tribunales de justicia.

A través de la interpretación se trata de determinar el sentido de la norma constitucional para poder aplicarla. Se busca hallar un resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable, debidamente fundamentado, que cree certeza y previsibilidad jurídicas.<sup>6</sup> Para ello, tanto la teoría y la jurisprudencia han acuñado diversos principios que orientan la labor del intérprete. Esto no significa que debamos archivar las reglas tradicionales usadas para interpretar las leyes –es decir, los criterios gramatical, histórico, sistemático y teleológico–, sino que deben complementarse con los que ha desarrollado el Derecho Constitucional, pues los primeros no resultan suficientes. Lo importante es que la solución al caso concreto sea razonable, coherente, consistente<sup>7</sup> y argumentada. Estos principios han sido reconocidos por el Tribunal Constitucional peruano (expediente 5854-2005-PA/TC, Fundamento Jurídico No. 12) y, entre ellos, podemos mencionar a los siguientes:

- a) **Unidad de la Constitución.** Es una variante del criterio de interpretación sistemática, que parte de reconocer que la Constitución es un todo que no puede ser interpretado aisladamente, sino tomando en cuenta las demás disposiciones constitucionales. Así por ejemplo, al evaluar la validez del aborto terapéutico no puede analizarse aisladamente el artículo que reconoce el derecho a la vida del concebido, como a veces se pretende, sino que el mismo debe complementarse con los dispositivos que reconocen otros derechos como la vida y la salud de la madre.
- b) **Armonización o concordancia práctica.** Esto significa que los bienes constitucionalmente protegidos por cada precepto constitucional (vg. vida y salud de la madre vs. derecho a la vida del concebido) deben ser coordinados y armonizados para resolver el problema, de modo tal que en principio traten de conservar su entidad.<sup>8</sup> Si se producen colisiones deben resolverse a través de una ponderación de bienes. En estos casos, los límites deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad. El Tribunal Constitucional, acogiendo lo

<sup>2</sup> BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2da. edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – BOE, Madrid, 2007, p. 434.

<sup>3</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. *La firmeza del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 605.

<sup>4</sup> BERMÚDEZ WALDMAN, Victoria. *Aborto por razones: colisión de derechos constitucionales*. En: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, No. 49, (1991-1992), UNMSM, Lima, p. 150.

<sup>5</sup> FERRANDO, Dalcía. *El aborto clandestino en el Perú. Hechos y cifras*, Flora Tristán, Patrónier, Lima, 2003, p. 31.

<sup>6</sup> HESSE, Konrad. *Ensayos de Derechos Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p.37.

<sup>7</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *La interpretación constitucional como problema*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, CIEDA, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 1996, pp. 47 y ss.

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 48.

desarrollado por otros tribunales similares, se refiere al “test de razonabilidad” señalando que contiene tres subprincipios: idoneidad o adecuación; necesidad; y proporcionalidad strictu sensu (expediente 0048-2004-Pf/TC, Fundamento Jurídico 65).<sup>9</sup> La aplicación de estos criterios justifica la validez constitucional del aborto terapéutico, pues se limita la vida del concebido para garantizar los derechos a la vida y/o a la salud de la madre.

- c) **Corrección funcional.** El intérprete al resolver un caso debe respetar el esquema de estructura de poder y de distribución de funciones y tareas entre órganos y entes públicos que establece la Constitución. Así, por ejemplo, los órganos jurisdiccionales deben respetar la potestad configuradora que corresponde al legislador.<sup>10</sup> Por ello, un hospital público no puede negarse a aplicar el aborto terapéutico, pues estaría desconociendo la validez de una ley—el Código Penal—dictada por una autoridad competente y que se encuentra plenamente vigente.
- d) **Fuerza normativa.** Se trata de dar preferencia en la solución a los puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia. En efecto, todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse de conformidad con la Constitución dando preferencia a los criterios que permitan extraer de ellas consecuencias de aplicación inmediata.<sup>11</sup> De esta manera, el aborto terapéutico que se sustenta en la defensa de los derechos a la vida y la salud de la madre y que cuenta con expreso reconocimiento legal, en rigor no requiere para su aplicación de la aprobación de una guía o de un protocolo determinado, pues ya se encuentra previsto expresamente por el Código Penal. Sin duda, dicha guía puede contribuir a estandarizar o unificar criterios en los hospitales públicos, pero de ninguna manera constituye un requisito indispensable para la práctica del aborto terapéutico por parte de un médico.

Por ello, la Corte Constitucional de Colombia efectuó un adecuado ejercicio de interpretación cuando resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada contra diversos dispositivos del Código Penal señalando que en ciertos supuestos la penalización del aborto era inconstitucional. En su sentencia de 10 de mayo del 2006 (C-355/06) sostuvo que: “(...) la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional”.

## II. DERECHOS FUNDAMENTALES E INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

En la experiencia comparada se conocen dos modelos que justifican la interrupción del embarazo y cuya validez constitucional ha sido ratificada por diversos Tribunales Constitucionales o por la Corte Suprema.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Por la relevancia del tema citamos lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia:

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

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

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

<sup>10</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Fundación Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 495.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 495.

<sup>12</sup> En Europa, los Tribunales Constitucionales de Alemania, España, Francia e Italia se han pronunciado sobre el aborto. En América destacan la sentencia Roe v. Wade (USA) y las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia.

- a) Por un lado, la "consideración de la interrupción del embarazo como un derecho constitucional de la mujer embarazada, (...) como consecuencia de sus derechos de libertad, igualdad e intimidad, derecho, que como todas, puede tener límites, pero límites que tienen que ser establecidos por el legislador de manera justificada y respetando lo más posible la libertad de la mujer".<sup>13</sup> Nos referimos al criterio establecido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso "Roe v. Wade" (1973). En tal ocasión se distinguieron tres periodos durante el embarazo:

"En el primero, la mujer tiene derecho a abortar libremente, tras obtener el visto bueno de un médico. (...) En los segundos tres meses los Estados sí pueden regular la cuestión, permitiendo abortar en caso de riesgo para la salud de la madre. Solo en el último trimestre, más o menos en el momento de la viabilidad del feto, adquiere relevancia la potestad de los Estados para proteger la potencial vida humana, prohibiéndose todo aborto (sin embargo, el Tribunal Supremo precisó que incluso en ese caso debe preverse la posibilidad de abortar si sólo así se salva la vida de la madre)".<sup>14</sup>

- b) De otro lado, la "consideración de la interrupción del embarazo como un acto antijurídico que puede ser exonerado de responsabilidad penal en determinados supuestos. (...) La interrupción del embarazo no puede ser exclusivamente el resultado de una decisión libre de la mujer embarazada, sino que exige una causa que lo justifique".<sup>15</sup> En España, por ejemplo, se contemplan tres supuestos puntuales "en caso de grave peligro para la vida de la embarazada o para su salud; en caso de que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación y siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas y en caso de probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto".<sup>16</sup> La constitucionalidad de estos supuestos fue ratificada expresamente por el Tribunal Constitucional español (STC 53/1985)<sup>17</sup> y en un caso similar por la Corte Constitucional colombiana (C-355/06).<sup>18</sup>

Para ello, los citados organismos jurisdiccionales utilizaron puntuales criterios de interpretación constitucional y reconocieron que el derecho a la vida del concebido no es absoluto y que, por tanto, es susceptible de restricciones, cuya validez depende de una adecuada ponderación. Se trata pues de un tema de interpretación de los alcances de los derechos fundamentales<sup>19</sup> que puede justificar la validez constitucional de la interrupción del embarazo.

### III. LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL DEL ABORTO TERAPEÚTICO

#### 1. El derecho a la vida no es un derecho absoluto

La Constitución vigente (1993), como sucede en la mayoría de los textos constitucionales, no se refiere expresamente al aborto sino que se circumscribe a reconocer el derecho fundamental a la vida. En este sentido, el artículo 2 inciso 1) al disponer que:

"Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, (...). El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece"

<sup>13</sup> PÉREZ ROYO, Javier, Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 334.

<sup>14</sup> BELTRÁN DE LILUPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., Op. Cit., p. 429.

<sup>15</sup> PÉREZ ROYO, Javier, Op. Cit., p. 334.

<sup>16</sup> Loc. Cit.

<sup>17</sup> RUIZ MIGUEL, Alfonso, El aborto: problemática constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 14.

<sup>18</sup> La Corte sostuvo que "Se declaró por lo tanto ajustado a la Constitución el artículo 122 del Código Penal en el entendido que no se incurrió en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produce en los siguientes casos: a) cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando existe grave malformación del feto que haga invisible su vida, certificado por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta sexual debidamente denunciada, constituida de manera carnal e acto sexual sin consentimiento, objetivo, o de inserción artificial o de transferencia de óvulo fecundado en coito; d) o de incoerción".

<sup>19</sup> BERNILLOZ VALDIVIA, Victoria, Op. Cit., p. 164.

De esta manera, la Constitución reconoce como sujetos del derecho a la vida no solo a la persona sino también al concebido. Así lo precisa el artículo 1 del Código Civil que introduce la expresión "sujeto de derecho" para distinguirlo del concepto de "persona" que es el ser humano "una vez nacido".<sup>20</sup> Además, el artículo 140 permite la aplicación de la pena de muerte en supuestos excepcionales.

Los tratados sobre derechos humanos también reconocen el derecho a la vida, como por ejemplo, lo indica el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos donde se precisa que:

*"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".*

La mención efectuada por la Convención a la protección de la vida –"en general"– desde la concepción no implica una "toma de posición en torno a la prohibición o legalización del aborto" pues acepta "que las legislaciones internas de los Estados puedan eventualmente admitir y reglamentar el aborto".<sup>21</sup> Es decir, el derecho a la vida del concebido no es un derecho absoluto; en determinados supuestos puede ser objeto de limitaciones, tal como veremos a continuación.

Es evidente que posiciones jurídicas como las aquí expuestas no son compartidas por algunos sectores.<sup>22</sup> Al respecto, no se debe olvidar que en un Estado constitucional no puede haber confesiones que tengan carácter estatal. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional español en su sentencia STC 24/1982 ha señalado claramente que "la Constitución proclama que ninguna confesión religiosa tendrá carácter estatal e impide por ende (...) que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos".<sup>23</sup> En el Perú ocurre lo mismo pues el artículo 50 de la Constitución reconoce el principio de no confesionalidad o neutralidad entre el Estado y la Iglesia.

## 2. Límites de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales carecen de carácter absoluto, es decir, no son derechos ilimitados. Y es que, como se ha destacado, su presencia en un determinado ordenamiento jurídico –concebido como verdadero sistema– justifica su naturaleza limitable "pues todos se encuentran en relación próxima entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos con los cuales, potencialmente, cabe el conflicto".<sup>24</sup> Por ello, ni siquiera el derecho a la vida es absoluto. Así lo ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia de inconstitucionalidad de 3 de junio de 2005 (expediente 2.0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC, 0009-2005-AI/TC), al señalar que:

*"Los derechos fundamentales (...) no tienen la calidad de absolutos, más aún si en nuestro constitucionalismo histórico el derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, entre otros, tampoco lo han tenido".* (Fundamento Jurídico No. 38)

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas*, Cultural Cuzco S.A., Lima, Cuarta edición, 1990, p. 28.

<sup>21</sup> FAUNDEZ, Héctor, *Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (El derecho a ser vivo)*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, p. 46.

<sup>22</sup> Así por ejemplo, cuando la Gerencia Regional de Salud del Gobierno Regional de Arequipa aprobó el "Protocolo para el manejo de casos de interrupción legal del embarazo", el Arzobispo de Arequipa, Javier del Río Alba, afirmó que el "aborto terapéutico es una estrategia bien pensada por organismos de derechos humanos para desnaturalizar esta práctica en el país como ocurre en otras naciones", *Diario La República*, Arequipa, 02 de febrero de 2008, p. 15. Además, consideraba que "Jatorón engañó a un grupo de autoridades que han aprobado este aborto fomentando el miedo neopático", *Diario La República*, Arequipa, 11 de febrero de 2008. Por ello, promovió la suspensión del referido Protocolo lo cual finalmente sucedió, pues el Presidente Regional de Arequipa así lo dispuso.

<sup>23</sup> Cf. por PÉREZ ROYO, Javier, *Op. Cit.*, p. 358.

<sup>24</sup> SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, Juan José, *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*. En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, No.71, (1991), pp. 97-99.

A decir verdad, siguiendo a Solozábal, la existencia de tales limitaciones deriva básicamente de las siguientes razones:

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

Tales afirmaciones, en la práctica constituyen uno de los temas más importantes de la disciplina constitucional. Ello se explica, entre otras razones, porque no resulta posible regular en los textos constitucionales todas las posibles restricciones a que estos derechos pueden estar sujetos; y, adicionalmente, acrecienta el interés por conocer el funcionamiento de los tribunales, pues serán ellos quienes en definitiva determinarán la validez de los límites establecidos.

Así por ejemplo, en la experiencia española el Tribunal Constitucional en una clásica sentencia de 8 de abril de 1981, precisó los siguientes límites que operan sobre los derechos fundamentales:<sup>25</sup>

- a) Límites fijados directamente en la Constitución; b) Límites derivados mediata o inmediatamente de la Constitución ante la necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales, y; c) Límites mediata o indirectamente derivados del texto fundamental por la necesidad de proteger o preservar otros bienes constitucionalmente tutelados.

En el primer supuesto, se justifica tal limitación pues ella surge del propio texto constitucional. Así por ejemplo, la pena de muerte constituye un límite al derecho a la vida previsto expresamente por el artículo 140 de la Constitución. Lo que podría discutirse sería su conveniencia al interior de un ordenamiento determinado, más no su recepción positiva. En cambio, los dos últimos casos encuentran justificación en la que algunos autores denominan "teoría de los límites immanentes a los derechos fundamentales". Esta doctrina reconoce que tales derechos, por encontrarse dentro de un ordenamiento jurídico, deben conciliarse con los demás bienes que dicho ordenamiento protege, no pudiendo hacerse valer de modo absoluto frente a estos, sin resultar un obstáculo la falta de expresa licencia constitucional para limitarlos.<sup>26</sup>

En los dos supuestos finales, no cabe resolver el conflicto suscitado aceptando de plano la superioridad de tal o cual derecho pues no estamos ante un orden jerarquizado de bienes constitucionalmente protegidos. El probable conflicto debe ser resuelto en base a una ponderación que no pretenda hacer prevalecer uno sobre otro sino que busque, en la medida de lo posible, la "concordancia práctica" de ambos derechos fundamentales.<sup>27</sup>

### 3. Aborto terapéutico: derecho a la vida y a la salud de la madre y derecho a la vida del concebido. Otros derechos afectados

El Código Penal (artículo 119), tal como lo establecen diversas legislaciones, regula el aborto terapéutico al precisar que:

*Artículo 119.- Aborto terapéutico.- "No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere,*

<sup>25</sup> FAREJO ALFONSO, Luciano. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: el propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, No. 03, 1981, pp. 174-175.

<sup>26</sup> OTTO Y PARDO, Ignacio de. La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución. En *Derechos Fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986, p. 110.

<sup>27</sup> SOLOZÁBAL ECHIVARRA, Juan José. Op. Cit., p. 99.

cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”.

El legislador al regular dicha modalidad de aborto<sup>28</sup> ha ponderado los derechos a la vida y la salud de la madre frente al derecho a la vida del concebido para concluir que siempre que el aborto sea “el único medio” para garantizar la vida de la madre o un daño en su salud “grave y permanente” y medie consentimiento, “un médico” podrá practicar la interrupción del embarazo sin que dicha conducta pueda ser sancionada penalmente.

Incluso, en estos supuestos al favorecer la vida y/o la salud de la madre también se ven garantizados otros derechos fundamentales como la integridad y seguridad personal, pues tal como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional el derecho a la integridad personal en “un atributo indisolublemente vinculado con la dignidad de la persona, y con los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad personal y al libre desarrollo y bienestar.” En ese sentido, el Tribunal consideró en su resolución de 12 de agosto de 2004 (expediente No. 2333-2004-HC/TC, Fundamento Jurídico No. 2) que:

*“(…) el reconocimiento y defensa que el texto constitucional consagra a la vida humana, no supone llana y elementalmente la constitucionalización del derecho a la mera existencia, sino que abarca la responsabilidad de asegurar que esta se despliegue con dignidad. Por ende, necesita y exige condiciones mínimas, entre las cuales ocupa lugar preferente el resguardo de la integridad humana en sentido lato.*

*Asimismo, el derecho a la integridad personal tiene implicación con el derecho a la salud, en la medida que esta última tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano; deviniendo, así, en una condición indispensable para el desarrollo existencial y en un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.*

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

Por tanto, puede afirmarse que al defenderse la vida y/o la salud de la madre a través del aborto terapéutico también se estarían protegiendo sus derechos a la integridad y a la seguridad personal.

En consecuencia, el legislador penal ha efectuado un adecuado ejercicio de interpretación constitucional empleando el principio de la “concordancia práctica” y de razonabilidad que es pacíficamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Por ello, no cabe la menor duda respecto a que el aborto terapéutico cuenta con plena validez constitucional pues se trata de una medida legítima que salvaguarda derechos fundamentales como la vida y la salud de la madre; además, es necesaria dado que, como lo indica expresamente el Código Penal, constituye la única medida para hacerlo. Por tanto, si el Congreso a través de una ley pretendiera penalizar al aborto terapéutico incurriría en una evidente inconstitucionalidad al dejar en desamparo derechos

<sup>28</sup> Como explica Juan Espinoza la expresión aborto “de la etimología del término latino ‘abartus’, derivado por sus raíces ab (bajar) y ortus (fructuoso)”, ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*, Tercera edición, Editorial Huallaga, Lima, 2001, p. 128.

fundamentales de la madre. Así por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia del 10 de mayo de 2006 (C-355/06) señaló que cuando:

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

*Como ha sostenido esta Corporación en reiteradas ocasiones, el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a afrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general".*

No obstante, en la experiencia cotidiana se han presentado diversos problemas de afectación de derechos fundamentales de las mujeres, debido a la negativa de las autoridades de hospitales públicos de practicar el aborto terapéutico por efectuar interpretaciones equivocadas que conducen a prohibirlo. Esta situación se agrava pues la mayoría de mujeres que acuden a los hospitales públicos son personas de escasos recursos económicos lo cual genera una situación de discriminación en cuanto al acceso a servicios de salud que garanticen sus derechos fundamentales.

#### 4. El caso Karen Llantoy

Uno de estos casos pudo llegar a los organismos internacionales de protección de los derechos humanos. Se trata del caso resuelto por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 17 de noviembre del 2005 que ratificó la validez del aborto terapéutico y determinó que la negativa a practicarlo dispuesta por un hospital del Estado peruano afectaba derechos humanos reconocidos expresamente por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nos referimos al caso de la menor Karen Noelia Llantoy Huamán (Comunicación No. 1153/2003), quien cuestionó la negativa del Director del Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima de practicarle un aborto terapéutico pues venía gestando un feto anencefálico –es decir, carecía de cerebro–, que no tenía posibilidad alguna de sobrevivir y cuya gestación más bien amenazaba su vida y su salud. Ante dicha negativa tuvo que dar a luz a una niña que a los pocos días falleció. El Comité consideró que "la negativa posterior de las autoridades médicas competentes a prestar el servicio pudo haber puesto en peligro la vida de la autora", y además que:

*"6.3. (...) La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión de Comité, la causa del sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar. El Comité ha señalado en su Observación General No. 20 que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no solo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores"*

Adicionalmente, el Comité consideró que se había afectado el derecho a la vida privada de la denunciante.<sup>18</sup>

*"6.4. La autora afirma que al negarle la posibilidad de una intervención médica para suspender el embarazo, el Estado parte interfirió de manera arbitraria en su vida privada. El Comité nota que un médico del sector público informó a la autora que tenía la posibilidad de continuar con el embarazo o de suspenderlo de acuerdo con la legislación interna que permite que se practiquen abortos en caso de riesgo para la salud de la madre (...). En las*

<sup>18</sup> En síntesis el Comité de Derechos Humanos consideró "que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación de los artículos 2, 7, 17 y 24 del Pacto".



*circunstancias del caso, la negativa de actuar conforme a la decisión de la autora, de poner fin a su embarazo, no estuvo justificada y revela una violación del artículo 17 del Pacto”.*

Como puede apreciarse, a juicio del Comité de Derechos Humanos, la negativa a practicar el aborto terapéutico afectaba no solo el derecho a la vida y la salud de la madre sino también otros derechos humanos.

En consecuencia, cuenta con plena validez constitucional la interrupción del embarazo por razones terapéuticas. No obstante, en la práctica se podrían generar algunas dudas especialmente para determinar cuál es el contenido del derecho a la salud. El Tribunal Constitucional cuenta con abundante jurisprudencia que precisa los alcances del derecho a la salud. Así por ejemplo ha señalado en el caso Azanca Meza García (expediente 2945-2003-AA/TC, Fundamento Jurídico No. 30) que:

*“La salud puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano. Es evidente que, como tal, constituye una condición indispensable para el desarrollo y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.*

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

Dicho criterio debe orientar a quienes en los casos cotidianos deban definir cuál constituye el alcance de este derecho.

El citado caso de la menor Karen Noelia Llantoy Huamán, constituye una clara muestra de que no todas las autoridades nacionales aplican correctamente los supuestos que habilitan el aborto terapéutico. Así lo evidencia el hecho que para el médico que atendió a la denunciante resultaba viable el aborto, mientras que para el Director del Hospital ello no era posible. Por ello, resultaría razonable que las autoridades de salud cuenten con determinadas pautas o protocolos que posibiliten una aplicación uniforme del aborto terapéutico por parte de los médicos de los hospitales públicos. Sin embargo, la existencia de estas pautas no es indispensable para su aplicación pues la figura del aborto terapéutico tiene un sustento en la defensa de los derechos constitucionales de la mujer y en lo dispuesto por el Código Penal.

##### **5. Estableciendo criterios uniformes en los hospitales públicos: el caso del protocolo**

No cabe la menor duda que el aborto terapéutico podría ser aplicado por médicos en clínicas privadas. Sin embargo, la gran mayoría de personas que acceden al sistema de salud acuden a centros asistenciales públicos cuya importancia para garantizar los derechos de la persona resulta fundamental. Así lo entendió el Tribunal Constitucional en el caso Azanca Meza García (expediente 2945-2003-AA/TC, Fundamento Jurídico No. 30) al precisar que:

*“Los servicios públicos de salud cubren vital importancia en una sociedad, pues de ellos depende no solo el logro de mejores niveles de vida de las personas, sino que incluso en la eficiencia de su prestación está en juego la vida y la integridad de los pacientes” (Fundamento Jurídico No. 30).*

Lamentablemente el sistema público de salud no brinda respuestas eficientes cuando se solicita la aplicación del aborto terapéutico, tal como sucedió en el caso Karen Noelia Llantoy Huamán. De ahí que, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas haya dispuesto que “8. (...) El Estado Parte tiene la obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro”. Para ello, resulta conveniente que existan criterios uniformes por parte de

los médicos de los hospitales públicos. Ello se lograría estableciendo un Protocolo para estandarizar los procedimientos de atención de los casos de interrupción del embarazo por razones terapéuticas, tal como por ejemplo lo ha propuesto el Ministerio de Salud. No obstante, hay que tomar en cuenta que de aprobarse dicha guía, la misma no debe contener criterios restrictivos que limiten la aplicación del aborto terapéutico.

Ello a la vez garantizaría el derecho al acceso a los sistemas de salud en condiciones de igualdad de las mujeres que estuvieran en condiciones de interrumpir su embarazo legalmente por razones terapéuticas y permitiría que se cumpla con lo dispuesto por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Y es que en la actualidad solo las mujeres que tienen condiciones económicas para acceder a sistemas privados de salud pueden atenderse idóneamente, mientras que aquellas que carecen de tales condiciones no pueden hacerlo pues cuando acuden a hospitales públicos se encuentran con la ausencia de criterios uniformes que conducen a que en los hechos se les niegue la atención afectándose así sus derechos fundamentales.

En todo caso, para aprobar dicho Protocolo no es necesario una norma con rango de ley pues ella solo trata de fijar criterios uniformes para la aplicación por parte de los médicos de hospitales públicos el aborto terapéutico, el mismo que se encuentra expresamente autorizado por el Código Penal que garantiza que el aborto debe ser practicado por un médico. Sostener que una guía del Ministerio de Salud debería ser aprobada por ley conduciría al absurdo de pensar que todos los procedimientos que se aplican en dicho sector deberían ser aprobados por el Congreso, lo cual resulta absolutamente innecesario.

Por ello, no compartimos la opinión formulada en el Informe No. 373-2007-PCM/OAJ de 30 de mayo de 2007 elaborado por la Oficina de Asesoría Jurídica de la Presidencia del Consejo de Ministros (punto 13.3) que considera que el Protocolo sobre el aborto terapéutico debe ser aprobado "por una ley del Congreso de la República que establezca con claridad y precisión su necesidad".

#### **6. Mecanismos internos de protección en caso de negativa a practicar el aborto terapéutico**

Uno de los aspectos que se evidenció en el caso Karen Noelia Llanto Huamán fue la ausencia de mecanismos efectivos para revertir la negativa del hospital público de aplicar el aborto terapéutico. Por ello, el Comité consideró que B. "De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte tiene la obligación de proporcionar a la autora un recurso efectivo que incluya una indemnización".

A nuestro juicio, en caso de negativa a atender un supuesto de esta naturaleza la persona afectada o su representante podría interponer una demanda de amparo en defensa del derecho a la vida o, de ser el caso, a la salud de la madre. Hasta el momento esta vía procesal no ha sido aplicada y sería importante que el Tribunal Constitucional se pronuncie inspirándose en la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas antes mencionada. Cabe anotar que la demora que caracteriza al proceso de amparo en el Perú podría conspirar contra una decisión urgente que permita a la madre contar con una autorización judicial que obligue a las autoridades de salud a practicar el aborto terapéutico, pues a veces los procesos de amparo pueden durar algunos años. No obstante la regulación actual del proceso de amparo prevista por el artículo 1 del Código Procesal Constitucional permite que pese a ello el juez se pronuncie sobre el fondo de la controversia, es decir, se podría buscar que se establezca un precedente del Tribunal Constitucional para casos futuros.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> El Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 28237, dispone que "Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o cesan por decisión voluntaria del agresor, a si ello ocurre en inapreciable, el Juez, atendiendo al agravio preferido, declara fundado la demanda pronunciando las acciones de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda ( )".

Incluso, al amparo del derecho de acceso a la información pública reconocido por el artículo 2 inciso 5) de la Constitución podría solicitarse información al Ministerio de Salud sobre cuantas solicitudes de aplicación de aborto terapéutico se han presentado y cuantas han sido rechazadas. Sin duda, una entidad privada no podría solicitar copia de las historias clínicas de quienes han solicitado dicha aplicación, pero sí podría contarse con información estadística. En caso, de una negativa del Ministerio de Salud a brindar tal información podría presentarse una demanda de hábeas data.

Por lo demás, si el Congreso decidiera aprobar una ley que elimina el aborto terapéutico, tal como ocurrió en Nicaragua a través de la Ley 603 de 2006, podría presentarse una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional bajo el argumento que dicha norma despretege gravemente los derechos a la vida y a la salud de la madre.<sup>31</sup> Los sujetos facultados para ello son: el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación; el Defensor del Pueblo, el veinticinco por ciento del número legal de congresistas, cinco mil ciudadanos, los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo en materias de su competencia; y los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

Cabe recordar que en Nicaragua, el 8 de enero del 2007 Martha María Blandón Gadea y otras presentaron ante la Corte Suprema una demanda de inconstitucionalidad contra dicha ley.<sup>32</sup> Y es que, como señala Ronald Dworkin, "cualquier interpretación competente de la Constitución debe reconocer el principio de autonomía procreativa, los estados no tienen, sencillamente, poder para prohibir totalmente el aborto".<sup>33</sup>

#### IV. REFLEXIONES FINALES

1. Los derechos fundamentales no son absolutos, es posible establecer ciertas restricciones siempre que sean razonables y proporcionales. En consecuencia, desde un punto de vista estrictamente constitucional el derecho a la vida del concebido tampoco es absoluto y, por ello, puede justificarse la validez constitucional del aborto. Tanto en los Estados Unidos (caso *Roe v. Wade*) como en Europa se han dictado sendos pronunciamientos de organismos jurisdiccionales (Corte Suprema y Tribunales Constitucionales, respectivamente) que reputaron constitucionalmente válida la regulación del aborto mediante el sistema de plazos o a través del sistema de indicaciones.
2. El aborto terapéutico cuenta con plena validez constitucional pues constituye una limitación justificada a la vida del concebido que constituye aún un ser en formación. El legislador penal al reconocer el aborto terapéutico ha ponderado los derechos a la vida y la salud de la madre frente al derecho a la vida del concebido para concluir que puede interrumpirse legítimamente el embarazo sin que dicha conducta pueda ser sancionada. De esta manera, el legislador ha efectuado un adecuado ejercicio de interpretación constitucional empleando el principio de la "concordancia práctica" y de razonabilidad que es pacíficamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional.
3. En la experiencia cotidiana se han presentado diversos problemas ante la negativa de las autoridades de hospitales públicos de practicar el aborto terapéutico por efectuar interpretaciones equivocadas que terminan prohibiéndolo. Uno de estos casos pudo llegar a los organismos internacionales de protección de los derechos humanos. Se trató del caso

<sup>31</sup> Para evitar ello, algunos plantearon durante el frustrado debate constitucional que pretendió reemplazar a la Carta de 1993 incluir una norma expresa en la nueva Constitución que prohibiera el aborto sin establecer excepción alguna. Dicha propuesta fue defendida por el entonces congresista Rafael Rey.

<sup>32</sup> En dicho proceso presentó un escrito de amicus curiae Human Rights Watch.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald, *El deber de la vida. Una discusión acerca del aborto: la autonomía y la libertad individual*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 219-220.

de la menor Karen Noelia Llantoy Huamán (Comunicación No. 1153/2003) resuelto por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 17 de noviembre del 2005 que ratificó la validez del aborto terapéutico y determinó que la negativa a practicarlo dispuesta por un hospital del Estado afectaba derechos humanos reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el citado caso señaló que *"El Estado Parte tiene la obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro"*. Para ello, resulta recomendable que existan criterios uniformes por parte de los médicos de los hospitales públicos. Ello se podría lograr estableciendo una guía o protocolo que pudiera estandarizar los procedimientos de atención de los casos de interrupción del embarazo por razones terapéuticas, siempre que tales criterios no sean restrictivos y pretendan eliminar o reducir los supuestos de aplicación del aborto terapéutico. Una guía de tal naturaleza no requiere ser aprobada por una norma con rango de ley, pues ella solo trata de fijar criterios uniformes para la aplicación por parte de los médicos de hospitales públicos del aborto terapéutico que se encuentra reconocido por el Código Penal y porque, además, ello conduciría al absurdo de pensar que todos los procedimientos que se aplican en el Sector Salud deberían ser aprobados por el Congreso, lo cual resulta absolutamente innecesario.
5. En definitiva, la aprobación de un protocolo puede contribuir a garantizar el derecho al acceso a los sistemas de salud en condiciones de igualdad de las mujeres que estuvieran en condiciones de interrumpir su embarazo legalmente por razones terapéuticas y permitiría que se cumpla con lo dispuesto por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Y es que en la actualidad solo las mujeres que tienen condiciones económicas para acceder a sistemas privados de salud pueden atenderse idóneamente, mientras que aquellas que carecen de tales condiciones no pueden hacerlo pues cuando acuden a hospitales públicos se encuentran con la ausencia de criterios uniformes que conducen a que en los hechos se les niegue la atención afectándose así sus derechos fundamentales.