

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

Informe sobre el Dictamen N° 1153/2003. Caso K.L.L. v. Perú.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

Autor:

Abelardo Carlos Alberto, ALZA BARCO

Código:

19917178

Revisor:

Víctor Augusto Saco Chung

Lima, 2021

RESUMEN

En el 2001, el médico de un hospital público le negó a la menor de edad K.L. el servicio de interrupción de un embarazo anencefálico que ponía en peligro su vida y producía daños a su salud (aborto terapéutico). El presente documento contiene un análisis jurídico del Dictamen No. 1153/2003 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que estableció la responsabilidad del Estado Peruano por la vulneración de diversos derechos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El autor realiza un análisis crítico de los requisitos de admisibilidad y de los asuntos de fondo, identificando cuestiones jurídicas relevantes y controvertidas tales como el agotamiento de las vías previas, el deber de respuesta del Estado Parte, y la falta de pronunciamiento del Comité sobre la violación del derecho a la vida y del derecho a no ser discriminada. Partiendo de un análisis jurídico, el autor discute la razonabilidad de la denegatoria, los argumentos y la interpretación sobre la configuración de un aborto terapéutico. También incluye un debate sobre la necesidad de realizar una lectura sistémica de los derechos humanos, en particular, al analizar la discriminación basada en prejuicios de género, y el vínculo del derecho a la vida con la salud y la dignidad de las personas. Desde una mirada interdisciplinaria, el trabajo plantea la relevancia del activismo judicial, la interseccionalidad y el enfoque basado en derechos para formular servicios, programas y políticas públicas. El trabajo concluye, principalmente, que el Estado Peruano es responsable no sólo de los cuatro derechos reconocidos por el dictamen, sino también por la violación del derecho a la vida y a la no discriminación.

**INFORME SOBRE EL CASO K.LL. CONTRA EL ESTADO PERUANO
ANTE EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS**

Por: Abelardo Carlos Alberto ALZA BARCO

ÍNDICE

Introducción	4
1. Justificación de la elección de la resolución.....	5
2. Relación de los hechos sobre los que versa la controversia de la que trata la resolución ...	8
2.1. La negativa a realizar el aborto terapéutico	8
2.2. La comunicación ante el Comité de Derechos Humanos de NU.....	9
2.3. El cumplimiento de la decisión por el Estado Peruano.....	11
2.4. Los cuestionamientos judiciales a la Guía Técnica Nacional.....	13
3. Identificación de los principales problemas jurídicos	15
3.1. Problema central: ¿Hubo incumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por parte del Estado Peruano al negar la interrupción del embarazo a K.LL. en el 2001?	15
3.2. Problemas secundarios:	16
3.2.1. ¿Es admisible la queja o comunicación de la ciudadana K.LL.?	16
3.2.2. ¿Existen compromisos incumplidos?	18
4. Análisis y posición fundamentada sobre cada uno de los problemas de la resolución, citando las fuentes en las que se sustenta su posición, e incluyendo su opinión fundamentada sobre la forma en que fue resuelto el caso sobre el que versa la resolución.....	20
4.1. La competencia del Comité de Derechos Humanos	20
4.1.1. Una comunicación individual sobre derechos humanos.....	20
4.1.2. Litigio estratégico. La elección del <i>trial venue</i>	21
4.2. El agotamiento de las vías internas.....	23
4.3. La falta de respuesta del Estado Peruano	26
4.4. La ausencia de razonabilidad en la negación del aborto terapéutico en el Perú.	28
4.4.1. La atipicidad de la conducta.....	29
4.4.2. La ausencia de razonabilidad de la negativa	32
4.4.3. La presunta necesidad del “Protocolo de Aborto Terapéutico”	36
4.5. La discusión sobre la ausencia de pronunciamiento sobre la violación al derecho a la vida (art. 6) y la inadmisibilidad de los alegatos por a la igualdad en el goce de derechos (Art. 3) y a la igualdad y no discriminación (Art. 26): una lectura sistémica de la protección de los derechos humanos.....	41
4.5.1. El derecho a la vida: más allá de la mera existencia	41

4.5.2. El derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de sus derechos.	44
4.6. Un enfoque basado en Derechos en las Políticas Públicas: Interseccionalidad y Servicios de Salud libres de discriminación.	49
5. Conclusiones.....	54
6. Bibliografía	57
Anexos	



INTRODUCCIÓN

Contrariamente a lo que se suele afirmar, el caso de la menor de edad de iniciales K.LL. no es uno sobre “delito de aborto”, pues el aborto terapéutico no es delito en el Perú desde 1924. Al no ser delito y estar de por medio la salud y la vida de la referida menor de edad, quien venía llevando un embarazo con un feto anencefálico que ponía en riesgo su vida y su salud, el Estado Peruano estaba en la obligación de prestar servicios que garanticen los derechos de la madre gestante, diseñando e implementando políticas y programas públicos a las ciudadanas. Por tanto, lo que ocurrió con K.LL. es un caso de violación de derechos humanos por la privación de un servicio de salud a una menor de edad cuya vida y salud se encontraban en grave peligro. Se trata, por lo tanto, de la vulneración de los derechos a la vida, la igualdad y no discriminación en el goce de derechos, a no ser víctima de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes, a no ser víctima de injerencias arbitrarias e ilegales a su vida privada y a contar con medidas de protección sin discriminación al niño/a.

En efecto, el Estado Peruano vulneró los derechos humanos de la menor de edad de iniciales K.LL., incumpliendo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante El Pacto), al negar la interrupción del embarazo de un feto anencefálico. El Comité de Derechos Humanos (en adelante el CDH) de Naciones Unidas así lo estableció en este caso. El dictamen presenta diversos temas jurídicos controvertidos que serán examinados en este informe, y permite reflexionar sobre las implicancias en los servicios públicos de salud, las políticas públicas, y la realización de los derechos humanos de las mujeres.

El análisis se centra en el **Dictamen del 24 de octubre de 2005, originado en la Comunicación No. 1153/2003**, presentada por K.LL. a través de sus representantes (en adelante la autora) ante el CDH. La pregunta central se orienta a resolver si, efectivamente, el Estado Peruano incumplió las obligaciones contenidas en el Pacto. Los problemas jurídicos secundarios se orientan a resolver preguntas sobre la admisibilidad (asuntos de forma) y el efectivo incumplimiento de las obligaciones del Pacto (asuntos de fondo). En ese sentido, vinculo el derecho internacional de los derechos humanos, el

derecho internacional público y la interpretación constitucional para construir argumentos jurídicos sobre el tema.

Si bien es cierto, hay un gran número de temas jurídicos en el caso¹, me centraré en los que considero son los más relevantes y controvertidos: la competencia del CDH, el agotamiento de las vías internas, la falta de respuesta del Estado peruano ante el CDH, la falta de razonabilidad de la conducta del director del Hospital de negar el servicio (que incluirá un análisis sobre la presunta necesidad del protocolo), la violación de los derechos a la vida y a la igualdad y no discriminación (analizados desde una perspectiva sistémica), y, finalmente, haremos algunas reflexiones sobre las implicancias de este caso en las políticas públicas y los servicios de salud con enfoque de derechos.

El caso de K.L.L. nos permitirá analizar los problemas derivados del Dictamen del CDH, concluyendo que, efectivamente, hubo violación a los derechos humanos de la menor K.L.L. y, por tanto, incumplimiento de las obligaciones del Pacto por parte del Estado Peruano.

1. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN

El aborto es un ejemplo típico del carácter contencioso de la vida en comunidad. Conservadores y religiosos llevan la discusión al campo de la moral, mientras que los activistas lo conducen al campo de los derechos y libertades. Las luchas políticas e ideológicas se traducen, y muchas veces se refuerzan, en leyes y políticas públicas, generando impactos positivos y negativos en la sociedad. Su estudio resulta apasionante, tanto como la posibilidad de incidir en la transformación de la realidad. En este marco, la selección del caso se basa en tres criterios: humanitario, ontológico y académico-profesional.

En primer lugar, este tema es mucho más que un tópico académico, el problema del aborto es una tragedia humana que sufren miles de mujeres en el Perú como

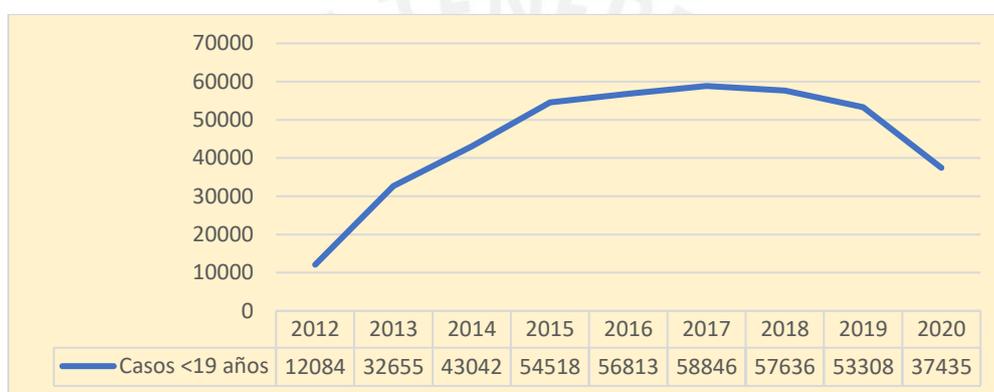
¹ Un texto seminal en esta discusión es el de Judith Jarvis Thomson (1971). Asimismo, diversos autores han tratado el tema del aborto tanto desde una perspectiva penal, de derechos humanos y de género. Ver Villanueva (1996); Ruiz (1996); Ruiz (2002); Ugaz (2000); Sánchez (2011); Ramón (2011) entre otros citados por Díaz y Ramírez (2013, p.7).

consecuencia de la forma en que hemos resuelto esos conflictos y las decisiones legislativas y de política adoptadas por los sucesivos gobiernos.

En el Perú, en el 2002, se calculaban 352 mil abortos cada año (Ferrando, 2002, p. 32). En el 2018, los hospitales públicos recibieron 43,032 casos de aborto (Salazar, 2019). Un alto número de casos son de menores de edad. Según la ENDES 2019, el 12,6% de las jóvenes de entre 15 y 19 años eran madres o estaban embarazadas.

Gráfico No. 01

Número de partos en menores de 19 años



Fuente: Elaboración propia sobre la base de Sistema de Registro del Certificado de Nacido Vivo en Línea. MINSA, 2020. 22.10.2020 a las 23.36pm

A pesar de su criminalización, esto no ha evitado que las mujeres aborten, haciéndolo muchas veces en condiciones inseguras que incrementan los riesgos en su vida y salud. Según el IOP-PUCP, en una encuesta realizada por encargo de PROMSEX (IOP-PUCP & PROMSEX, 2018), el 19% de mujeres entre 18 y 49 años han abortado a nivel nacional, siendo una práctica transversal en todos los niveles socioeconómicos, aunque un 81% del total son de los sectores C, D y E. Un 58% de mujeres acudieron a un profesional de la salud para interrumpir el embarazo y el 47% emplean métodos quirúrgicos. Es preciso considerar la cifra negra, historias que no son contadas y que no se registran. En el 2015, la Dirección General de Epidemiología del Perú reportó 414 muertes maternas. Según la OMS, en el 2008, el 13% fue por aborto clandestino, y Gerdtts et al (2013 citado por Taype & Merino, 2016), lo estiman en 16%. Vale decir, las muertes causadas por el aborto inseguro serían alrededor de 54% a 66% (Taype y Merino, 2016). En suma, según

la encuesta IOP-PUCP & PROMSEX (2018) hay un alto número de mujeres que abortan, principalmente pobres y a través de interrupciones quirúrgicas, muchas veces ilegales y riesgosas para la mujer, muchas de las cuales mueren producto de estas prácticas. Por lo tanto, insistir en la reflexión y acción sobre este tema, constituye un compromiso permanente al que debemos aportar desde nuestras diversas posiciones y disciplinas.

En segundo lugar, el machismo, la exclusión y la violencia persisten y nos afectan. Conozco personalmente, como homosexual reafirmado socialmente con orgullo y convicción, las consecuencias de la heteronormatividad. Si bien algunas cosas han mejorado en los últimos años, aún estamos lejos de garantizar derechos en condiciones de igualdad y dignidad. Las decisiones de las autoridades, funcionarios, servidores y, en general, de las personas en países como el Perú, se basan, muchas veces, en prejuicios, menosprecio y prácticas y visiones violentas naturalizadas. Una impunidad histórica en nuestros países, avalada por la alta religiosidad de una población liderada por gobiernos que difícilmente podríamos denominar laicos, y grupos conservadores que ponen recursos humanos y económicos al servicio de la abogacía por el mantenimiento de un *status quo* violento para quienes vivimos en la diferencia.

La violación de los derechos de una mujer menor de edad, en este caso, evidencia una vez más cómo esta exclusión y violencia normalizada impacta directamente en el diseño, implementación, acceso y disfrute de servicios públicos básicos poniendo en riesgo la vida y la salud de las personas, y generando consecuencias fatales para el desarrollo libre y sano de la vida futura. En el caso de K.L., los prejuicios, el machismo, una ideología basada en roles de género construidos socialmente, impactaron directamente en las políticas públicas que carecen de enfoques de derechos para la realización de estos últimos. En ese sentido, el caso es, para mí, ontológicamente relevante.

Finalmente, pero no menos importante, el caso, al tratar sobre derechos humanos y tener impactos relevantes en las políticas y los servicios públicos, constituye un tópico del mayor interés en mi desarrollo profesional, toda vez que he sido Defensor Adjunto en la Defensoría del Pueblo del Perú, así como docente e investigador dedicado a las políticas públicas para la diversidad sexual, entre otros temas. La perspectiva de la

interpretación y el razonamiento argumentativo jurídico, así como las estrategias de litigio y el activismo judicial son elementos centrales de mi trabajo como defensor de derechos humanos a través de las decisiones públicas en los gobiernos, tanto como en la investigación académica que realizo desde América Latina y Europa. En ese sentido, la titulación profesional es un paso muy importante para actualizar y fortalecer mis aprendizajes y ponerlos al servicio de los derechos de las personas y las comunidades.

2. RELACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA DE LA QUE TRATA LA RESOLUCIÓN

A continuación, presentaré los hechos relevantes del caso, ordenados en cuatro secciones: i) la negativa a realizar el aborto terapéutico; ii) la comunicación o queja ante el CDH; iii) el cumplimiento de la decisión por el Estado Peruano; y iv) los sucesos recientes referidos al caso. En cada sección, la narración de los hechos se realiza en orden cronológico como fue solicitado.

2.1. LA NEGATIVA A REALIZAR EL ABORTO TERAPÉUTICO

K.LL. era una adolescente de 17 años cuando el 27 de junio de 2001 se sometió a una ecografía en el Hospital Nacional Arzobispo Loayza dependiente del Ministerio de Salud. Llevaba tres meses de gestación.

El 3 de julio, el médico gineco-obstetra Ygor Pérez Solf le informó que el feto sufría de anencefalia, y que en caso de continuar con el embarazo su vida corría riesgo, por lo que recomendó su interrupción. La anencefalia es una patología congénita del desarrollo caracterizada por la ausencia parcial o total del cerebro, cráneo y cuero cabelludo del feto (Naidich et al, 1992; Tafuri, 2020).

La adolescente, representada por su madre, Elena Huamán Lara, aceptó la recomendación y el 19 de julio de 2001, presentó su solicitud al director del Hospital para que procedan con un aborto terapéutico. En el mismo hospital, le realizaron los estudios clínicos correspondientes que confirmaron la anencefalia del feto.

El 24 de julio de 2001, el Director del Hospital, Maximiliano Cárdenas Díaz, rechazó el denominado aborto terapéutico por considerar que el caso no coincidía con el supuesto del artículo 119 del Código Penal, y al considerar que éste solo era posible cuando *“la suspensión del embarazo es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave permanente”* y que de acuerdo con el artículo 120 del mismo código, el aborto era reprimido con *“pena privativa de libertad no mayor de tres meses”*.

El 16 de agosto de 2001, Amanda Gayoso, Asistente Social adscrita al Colegio de Asistentes Sociales del Perú, evaluó el caso y concluyó que se recomendaba la intervención médica para interrumpir el embarazo *“y que de continuar solo se prolongaría la angustia e inestabilidad emocional de Karen y su familia”*.

La médico-psiquiatra Marta Rendón, colegiada en el Colegio Médico del Perú, ofreció un informe el 20 de agosto de 2001, concluyendo que:

“el presunto principio de la beneficencia para el feto ha dado lugar a la maleficencia grave para la madre, pues se le ha sometido innecesariamente a llevar a término un embarazo cuyo desenlace fatal se conocía de antemano y se ha contribuido significativamente a desencadenar un cuadro de depresión con las severas repercusiones que esta enfermedad tiene para el desarrollo de una adolescente y para la futura salud mental de la paciente.”

El 13 de enero de 2002, K.LL. dio a luz a una niña anencefálica que vivió solamente cuatro días, periodo en el que la adolescente tuvo que amamantar a su hija. Producto de toda esta situación, K.LL. sufrió una profunda depresión, situación que fue confirmada por la psiquiatra Marta Rendón.

2.2. LA COMUNICACIÓN ANTE EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NU

Luego del parto y de la dolorosa muerte de su bebé, K.LL. acudió al *Center for Reproductive Rights* para presentar su caso. El Centro encargó el estudio del expediente

a sus médicos Annibal Faúdes y Luis Távara quienes opinaron que la anencefalia es una enfermedad fatal para los fetos en todos los casos y que pone en peligro la vida de la madre. En su opinión, mantener el embarazo fue perjudicial para K.LL.

El 13 de noviembre de 2002, las organizaciones DEMUS, CLADEM y el *Center for Reproductive Rights*, presentaron la Comunicación No. 1153/2003 ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en representación de K.LL. Su defensa argumentó que el Estado peruano se había negado a prestarle servicios médicos, a pesar de que las normas internas contemplan que el aborto terapéutico es posible en caso de riesgo sobre la vida de la madre. Esta situación implica que se produjeron vulneraciones a un conjunto de derechos contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el mismo que había sido ratificado por el Perú el 28 de abril de 1978.

Los derechos cuya violación alegó la defensa de K.LL. fueron:

- a un recurso efectivo (artículo 2);
- a la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 3);
- a la vida (artículo 6);
- a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7);
- a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (artículo 17);
- a las medidas de protección que la condición de menor requiere (artículo 24) y
- a la igualdad ante la ley (artículo 26).

El 24 de octubre de 2005, el CDH emitió su Dictamen estableciendo responsabilidad en el Estado Peruano al haber vulnerado:

- el artículo 2, que debe ser leído conjuntamente a las otras vulneraciones;
- el artículo 7;
- el artículo 17;
- el artículo 24;
- asimismo, considera que las alegaciones a los artículos 3 y 26 del Pacto, sobre igualdad y no discriminación, no han sido debidamente fundamentadas;

- y que sobre el artículo 6, sobre el derecho a la vida, no amerita pronunciarse dado que se ha acreditado el artículo 7. Al respecto, el Dictamen tiene un voto en disidencia de uno de los miembros del CDH, Hipólito Solari-Yrigoyen, quien considera que sí hubo violación del artículo 6 del Pacto, al poner en serio riesgo su vida.

En atención al apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, estableció que el Perú tiene la obligación de proporcionar a K.LL. un recurso efectivo que incluya una indemnización, así como la obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

2.3. EL CUMPLIMIENTO DE LA DECISIÓN POR EL ESTADO PERUANO

En el año 2011, K. LL. interpuso demanda de amparo ante el Poder Judicial contra el MINSA y el MINJUS (EXP No. 21486-2011-0-1801-JR-CI-09), proceso seguido en el 9no Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, con las siguientes pretensiones:

- que el Estado realice campañas de difusión y que puedan acceder a servicios inmediatos y adecuados;
- que el Estado peruano pague la indemnización;²
- que se ordene la publicación del Dictamen del CDH.

El juzgado, mediante Resolución No. 11, dictó sentencia el 24 de noviembre de 2014, declarando fundada en parte la demanda, ordenando:

“(…) que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos publique en el diario Oficial “El Peruano” el Dictamen contenido en la Comunicación N° 1153/2003, de fecha 24 de octubre de 2005, emitida por el Comité de Derechos Humanos en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, asimismo se reconoce el derecho de la pretensora a recibir una indemnización del Ministerio

² Si bien existe una Ley No. 27775, del 5 de julio de 2002, Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por Tribunales Supranacionales, este solo se refiere al procedimiento para las decisiones de Tribunales Internacionales constituidos según Tratados de los que es parte el Perú. El Comité no es un tribunal, no tiene carácter jurisdiccional, por lo que no le sería aplicable.

de Salud por el daño causado, esa prestación económica se fijará en la etapa de ejecución de sentencia y declarando que carece de objeto el pronunciarse 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 atención integral en esos casos médicos. Hágase saber y consentida que sea la presente resolución efectúese las publicaciones en el diario oficial “El Peruano”.

El 17 de noviembre de 2015, el MINSA Y MINJUS llegaron a una conciliación con la agraviada acordando que el MINSA pague la suma de S/ 166,000.00 por indemnización y publique en el Diario Oficial, el 10 de diciembre de 2015, el Dictamen del CDH (Centro de Conciliación Extrajudicial Gratuito MINJUS, 2015).

El MINJUS y el MINSA apelaron la sentencia siendo elevada a la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, solicitando sustracción de la materia y se declare concluido el proceso. El proceso se resolvió con la Resolución No. 19 del 23 de agosto del 2015, declarando la conclusión del proceso, sin pronunciarse sobre el fondo.

En el mes de diciembre de 2018, el Ministro de Justicia del Perú, Vicente Zaballos, realizó un acto de disculpas a la agraviada afirmando:

“¿Cuántas más K.LL. vamos a permitir? Que no quede solo en palabras, ni en mensaje, sino que signifique un cambio en las políticas públicas, que despierte en corazones y conciencias actitudes de vida; que signifique comprometernos con niñas, adolescentes y mujeres, que no signifique burocracia, ni en los pasillos de la norma, ni corrernos de las responsabilidades" (Redacción El Mundo, 2019)

La agraviada se manifestó posteriormente afirmando:

“Fue un día muy intenso, llevaba bastantes años esperando ese momento, y el ministro dijo las palabras que yo necesitaba escuchar, más para enmendar y no recordar.

(...) Hay muchas mujeres que están pasando por lo mismo y es importante que sepan que no son las culpables. Por muchos años creí que yo tenía la culpa de lo

que me había pasado, no me creía merecedora de una disculpa. Después de años de recibir ayuda, entendí eso. El Estado es el que debe aplicar el aborto terapéutico, eso es justicia. Yo he ido cerrando ciclos con el tiempo y las disculpas representan el cierre de otro importante. Pero terminará todo esto cuando se aplique de verdad el protocolo de aborto terapéutico.” (Redacción El Mundo, 2019)

Finalmente, la representante de DEMUS, María Ysabel Cedano, afirmó que este pedido de perdón restaura el vínculo con el Estado, el mismo que debe garantizar que nunca más se niegue el servicio público al aborto terapéutico.

2.4. LOS CUESTIONAMIENTOS JUDICIALES A LA GUÍA TÉCNICA NACIONAL.

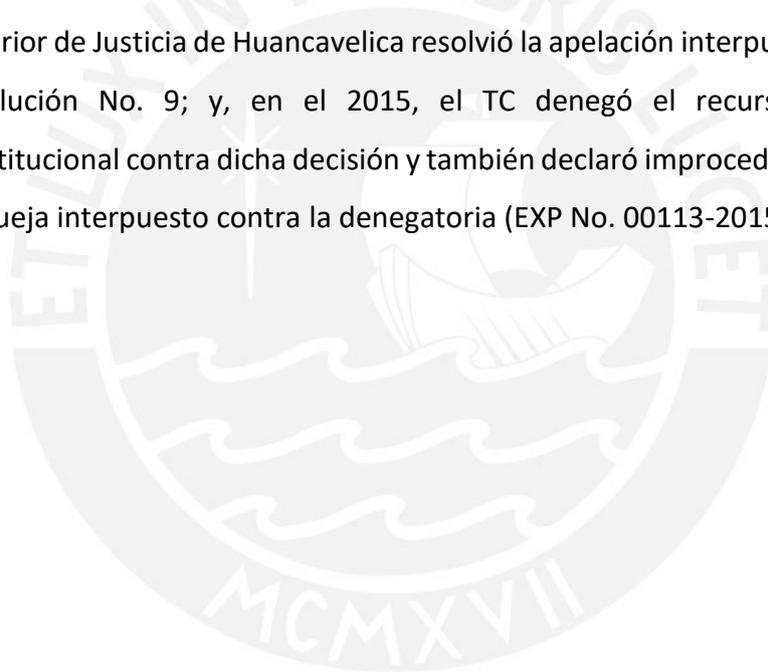
El sábado 28 de junio de 2014 apareció publicada en El diario El Peruano la Resolución Ministerial No. 486-2014/MINSA, que aprueba la “Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119º del Código Penal”.

Esta Guía fue materia de cuestionamiento en sede judicial repetidas veces por parte de diversas organizaciones con el fin de que sea eliminada del ordenamiento jurídico.³

- En el 2014, la ONG ALA Sin Componenda presentó una demanda de Acción de Amparo, solicitando la inaplicación de la Guía Técnica Nacional por resultar inconstitucional al afectar el derecho del concebido, la que fue desestimada en primera instancia por el Primer Juzgado Constitucional de Lima. La decisión fue apelada y declarada improcedente por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima en marzo de 2020.

³ Antes se habían producido cuestionamientos a las Guías aprobadas por los Hospitales, siendo un caso representativo el de Arequipa, que motivó pronunciamientos públicos de representantes de la Iglesia Católica y de las Iglesias Evangélicas, entre otros grupos. Inclusive el propio MINSA observó por razones de forma y fondo algunos de ellos. Por razones de espacio no los trataremos en este informe.

- En febrero de 2018, la Asociación Centro de Estudios Jurídicos Santo Tomás Moro, al que luego se unió el colectivo fundamentalista Padres en Acción, presentó la demanda de Acción Popular contra la Guía Técnica Nacional, la que fue declarada infundada por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 15 de enero de 2020. Esta decisión ha sido apelada y se espera su resolución en los próximos meses.
- También había sido cuestionada en Huancavelica. Ante la aprobación de la Guía Técnica Nacional, la Asociación Peruana Desarrollo Integral “Luz de Dios” interpuso una medida cautelar contra el MINSA, solicitando la suspensión de la Guía Técnica Nacional obteniendo un fallo desfavorable. La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica resolvió la apelación interpuesta mediante Resolución No. 9; y, en el 2015, el TC denegó el recurso de agravio constitucional contra dicha decisión y también declaró improcedente el recurso de queja interpuesto contra la denegatoria (EXP No. 00113-2015-Q/TC).



3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. PROBLEMA CENTRAL: ¿HUBO INCUMPLIMIENTO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS POR PARTE DEL ESTADO PERUANO AL NEGAR LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO A K.LL. EN EL 2001?

El principal problema jurídico por resolver es si hubo incumplimiento del Pacto por parte del Estado Peruano al negar la interrupción del embarazo a K.LL. en el 2001.

En efecto, la decisión del CDH consistió en establecer si el Estado Peruano, parte del Pacto y del PF, incumplió diversas obligaciones establecidas en estos instrumentos, como resultado de la negativa a interrumpir el embarazo de K.LL. en un hospital público. Estos incumplimientos serían:

- Compromiso de respetar y garantizar los derechos del Pacto (Art. 2 – 1)
- Derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de los derechos (Art. 3)
- Derecho a la vida (Art. 6)
- Derecho a no ser víctima de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes (Art. 7)
- Derecho a no sufrir injerencias arbitrarias o ilegales a su vida privada, familiar, domicilio o correspondencia (Art. 17)
- Compromiso de dictar medidas de protección sin discriminación del niño/a (Art. 24 -1)
- Derecho a la igualdad y no discriminación (Art. 26)

En este informe, centraremos el análisis entre otros temas, en los derechos a la vida y a la igualdad y no discriminación, toda vez que estos no fueron valorados por el CDH. Estos se desarrollan en la parte 4.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 5 del PF afirma que el CDH examinará las comunicaciones recibidas de acuerdo con el PF. Estas comunicaciones pueden ser de individuos que se hallen bajo su jurisdicción y que aleguen ser víctimas de una violación

de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. De acuerdo con el artículo 1 del PF, el Estado Peruano, al haberlo suscrito reconoce la competencia del CDH para recibir dichas comunicaciones o quejas.

3.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS:

Para dilucidar el problema central, el CDH debe resolver una serie de problemas secundarios de forma y fondo. Los primeros referidos a la admisibilidad (art. 2, 3, 4 y 5 del PF) y los segundos referidos a las violaciones de derechos o incumplimientos de otras disposiciones del PIDCP (art. 1 y 2 del PF).

Cabe precisar que, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 5 del PF, el CDH no examinará ninguna comunicación a menos de que se hay cerciorado de que se cumplen los requisitos de admisibilidad.

3.2.1. ¿ES ADMISIBLE LA QUEJA O COMUNICACIÓN DE LA CIUDADANA K.LL.?

Respecto del análisis de admisibilidad de la comunicación, nos hemos centrado en tres aspectos controvertidos:

- A. ¿Ha agotado las vías internas o hay razón para no agotarlas? (Art. 2 y 5 (2) (b) PF; art. 96 (f) REG)

En la siguiente sección, analizaremos la validez del razonamiento que permitió al CDH justificar que la autora no haya agotado previamente las vías internas, cuando según el artículo 2 del PF es requisito agotar todos los recursos internos disponibles para someter a consideración del Comité una comunicación escrita. En el artículo 5 (b) del mismo PF, se plantea que cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente se podrá considerar una excepción a este requisito.

B. ¿La queja o comunicación viene con fundamentación? (art. 5(2)(1) PF; art. 96(b) REG)

En la siguiente sección, analizaremos el valor que el CDH otorga a las evidencias presentadas por la autora para considerar inadmisibles la parte de la comunicación referida a los artículos 3 y 26 sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, aduciendo que la autora no había presentado suficiente evidencia. Este asunto lo discutiremos en la parte 4 de este informe.

Por otra parte, un tema adicional que encontramos controvertido es que en un proceso se espera que la fundamentación sea contrastada con la información brindada por el Estado presuntamente infractor. Sin embargo, en este caso no hubo respuesta o contradicción alguna por parte del Estado Parte. Los numerales 1 y 2 del artículo 4 establecen que una vez recibida la comunicación por el CDH y trasladada al Estado parte, este deberá responder en el plazo de seis meses dando explicaciones por escrito o declaraciones en las que se aclare el asunto y se señalen las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto. Esto lo discutiremos en la siguiente sección.

C. ¿No tiene otro proceso internacional en curso? (art. 5(2)(a) PF; art. 96 (e) REG)

Si bien es cierto no hay ningún otro proceso internacional en curso tal y como lo establece el artículo 5 (2)(a) del PF y 96(e) del REG, discutiremos en la sección siguiente por qué la autora decidió acudir al CDH y no a otros comités de Naciones Unidas o a la CIDH, por ejemplo, para resolver el caso.

Respecto de los otros temas vinculados a la admisibilidad de la comunicación, todos ellos se han cumplido:

D. ¿Hay una víctima? (ar. 2 y 3 del PF; art. 96 (a) REG)

En efecto, K.LL. era peruana y menor edad, al momento de la ocurrencia de los hechos que estarían vulnerando sus derechos humanos.

E. ¿El caso lo presenta la víctima o hay autorización para terceros o razón que justifique la no autorización? (Art. 96 (b) REG)

Lo presentan instituciones de la sociedad civil dedicadas a la promoción de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, en representación de K.LL, con su consentimiento.

F. ¿El derecho está relacionado con uno del Pacto? (Art. 2 PF; art. 96 (b) REG)

Todos los derechos cuya violación se alega están en el Pacto.

G. ¿Se trata de un Estado Parte? Lo que a su vez implica conocer si ha suscrito y ratificado el Pacto (art. 1 PF; art. 84 (3) y 96 (a) REG);

El Estado Peruano suscribió y ratificó los dos tratados, el Pacto y el PF, sin haber realizado reservas sobre los artículos aplicables.

H. ¿El Estado ha reconocido la competencia de la CDH para recibir denuncias individuales? (Art. 1 PF)

Al suscribir el PF, el Estado Peruano reconoció la competencia del CDH para recibir denuncias individuales.

I. ¿No se trata de un caso de abuso del procedimiento? (Art. 3 PF; art. 96 (c) CR)

No hay un uso frívolo, enojoso, ni repetitivo del procedimiento.

J. ¿No es incompatible con las disposiciones del Pacto? (art. 3 PF; art. 96 (d) REG)

No hay incompatibilidad con las disposiciones del Pacto.

K. ¿Hay alguna impugnación de la admisibilidad? (art. 97 (3) REG)

El Estado Peruano no ha impugnado la admisibilidad. De hecho, nunca respondió en todo el procedimiento.

El caso fue admitido por el CDH y se pasó al análisis de fondo.

3.2.2. ¿EXISTEN COMPROMISOS INCUMPLIDOS?

Establecida la admisibilidad, un segundo problema secundario jurídicamente relevante se encuentra en las cuestiones de fondo. El CDH debe resolver si existen compromisos incumplidos evaluando las evidencias que se le expongan (numeral 1 artículo 5 del PF). El CDH deberá verificar si se ha incumplido con respetar y garantizar los derechos de la autora contenidos en el Pacto.

En este informe, analizaremos los siguientes tres aspectos controvertidos referidos al fondo del dictamen:

- L. ¿Se ha violado el derecho a la igualdad y no discriminación, y de igualdad en el goce de derechos entre hombres y mujeres?

Analizar las razones por las que el CDH ni siquiera admitió el derecho a la igualdad y no discriminación, y a la igualdad en el goce de derechos entre hombres y mujeres.

- M. ¿Se ha violado el derecho a la vida?

Las razones por las que el CDH no consideró violado el derecho a la vida, tema que da lugar al voto disidente del miembro Hipólito Solari-Irigoyen.

- N. ¿Se ha incumplido dictar medidas de protección sin discriminación al/la niño/a?

Analizar las razones por las que el CDH no consideró incumplida la obligación de dictar medidas de protección sin discriminación a los niños, niñas y adolescentes.

Respecto de los otros temas vinculados a los aspectos de fondo de la comunicación, todos ellos fueron resueltos positivamente por el CDH, sin que encontremos observaciones al respecto:

- O. ¿Se ha incumplido el compromiso de respetar y garantizar los derechos del Pacto?
P. ¿Se ha violado el derecho a no ser víctima de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes?
Q. ¿Se han presentado injerencias arbitrarias o ilegales a su vida privada, familiar, domicilio o correspondencia?

En suma, para resolver el problema central, hay aspectos formales y de fondo que deben ser resueltos. En este informe nos centraremos en los aspectos que consideramos jurídicamente problemáticos y que, a su vez, abren una oportunidad a realizar reflexiones jurídicas y multidisciplinarias en nuestra disciplina y profesión.

4. ANÁLISIS Y POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS DE LA RESOLUCIÓN, CITANDO LAS FUENTES EN LAS QUE SE SUSTENTA SU POSICIÓN, E INCLUYENDO SU OPINIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LA FORMA EN QUE FUE RESUELTO EL CASO SOBRE EL QUE VERSA LA RESOLUCIÓN

4.1. LA COMPETENCIA DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

Para el análisis de competencia del CDH, analizaremos dos elementos derivados del Pacto: por un lado, si se trata de presuntos incumplimientos del Estado Parte respecto de las obligaciones respecto de los derechos humanos contenidas en el Pacto y la posibilidad de recibir comunicaciones individuales respecto del PF. Derivado de este primer análisis, revisaré el concepto de litigio estratégico, como elemento para la elección del lugar donde se resolverá la controversia.

4.1.1. UNA COMUNICACIÓN INDIVIDUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS

De acuerdo con el artículo 1 del PF, el CDH es competente para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de los Estados miembros y que aleguen ser víctimas de una violación por parte de alguno de los Estados Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto.

La negativa del Hospital público de realizar una interrupción del embarazo a K.L.L. constituye un caso de derechos humanos, en tanto se vulnera y se pone en riesgo diversos derechos reconocidos por el Pacto y por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

En efecto, el Pacto fue adoptado en 1966 y luego de la suscripción de 35 Estados entró en vigor el 23 de marzo de 1976. El Perú suscribió el Pacto el 11 de agosto de 1977 y lo ratificó el 28 de abril de 1978. El CDH es un órgano creado por el Pacto, encargado de la supervisión de su aplicación por los Estados Parte.

Existen dos Protocolos Facultativos adicionales y, por el primero, el CDH puede recibir y evaluar comunicaciones o quejas individuales de personas que alegan que sus derechos han sido violados. El segundo Protocolo Facultativo busca abolir la pena de muerte en los Estados Parte. El primer PF también entró en vigor el 23 de marzo de 1976. El Perú suscribió el primer protocolo facultativo el 11 de agosto de 1977 y fue ratificado el 3 de octubre de 1980. El segundo protocolo no ha sido suscrito.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales celebrados por el Perú y en vigor son parte del derecho interno, y, por tanto, de cumplimiento obligatorio. Y, de acuerdo con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos contenidos en ella se interpretan de acuerdo con los tratados internacionales que el Perú haya suscrito en la materia. Cabe recordar también que el CDH ha establecido, en su Observación General No. 31^o, que el deber de cumplimiento de las obligaciones del Pacto se extiende a todos los operadores y órganos del Estado y no sólo a sus órganos ejecutivos. (CDH, 2004, §4)

Por lo tanto, siendo un asunto de derechos humanos vulnerados por un Estado Parte, el Perú, que ha reconocido la competencia del CDH de recibir quejas individuales, dicho Comité es el competente para vigilar que los Estados Parte cumplan con las obligaciones contenidas en el Pacto.

4.1.2. LITIGIO ESTRATÉGICO. LA ELECCIÓN DEL TRIAL VENUE.

La elección del CDH como espacio para resolver la controversia constituye una experiencia de *litigio estratégico* (también llamado *litigio de impacto*, *test case litigation* y *litigación por el interés público*). Su solución permitió la satisfacción de la pretensión de la víctima, así como también el impulso legítimo de las políticas y mecanismos para la vigencia real del aborto terapéutico, basado en la propia sujeción soberana del gobierno peruano a las obligaciones del Pacto y de la competencia del CDH.

Como afirma Yrigoyen (2007), en materia de derechos humanos, el litigio es parte del acceso a la justicia, y “tiene como objetivo final el cumplimiento efectivo de los derechos

humanos, ordenado por instancias de justicia nacionales e internacionales”. Sin embargo, para Rekosh et al. (2001), el litigio estratégico va mucho más allá:

“...public interest litigation persuades the judicial system to interpret the law; public interest litigation urges courts to substantiate or redefine rights in constitutions, statutes, and treaties to better address the wrong doings of government and society and to help those who suffer from them. In addition, public interest litigation influences courts to apply existing, favorable rules or laws that are otherwise underutilized or ignored.” (p. 81-82)

En efecto, como hemos mencionado, el CDH es competente para ver los casos de presuntas violaciones de las obligaciones establecidas en el Pacto, fundamentalmente, de los derechos reconocidos en él. Un pronunciamiento de un órgano de Naciones Unidas tendría gran impacto y legitimidad ayudando al posicionamiento del tema, la discusión y la incidencia en el eventual cambio o reforma.

Cabe preguntarse por qué se acudió a esta instancia y no a otras del Sistema Universal donde se podrían haber defendido tanto los derechos de la mujer a no ser discriminada, o los derechos del niño, o el derecho a la salud en el caso de los derechos sociales, económicos y culturales.

Analizamos a continuación cada uno de esos supuestos.

- El derecho a las prestaciones de salud está reconocido en el Pacto de Derechos Económicos y Sociales, que dio lugar a la creación del **Comité para los Derechos Económicos y Sociales**. Sin embargo, este pacto, aprobado el 10 de diciembre de 2008, entró en vigor recién el 5 de mayo de 2013, mucho después de que ocurriera el caso.
- El **Comité de Derechos del niño** fue creado por la Convención de los Derechos del Niño, y su Tercer Protocolo Facultativo permite la presentación de comunicaciones individuales. Si bien se trataba de una niña cuando ocurrieron

los hechos, la posibilidad de estas comunicaciones individuales recién entró en vigor en el 2014, mucho después de que ocurriera el caso.

- El **Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (el CEDAW)** fue creado en 1979, cuando se aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (la CEDAW). El Protocolo Facultativo, que permite a los Estados Parte reconocer la competencia del Comité para examinar las denuncias de particulares, fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1999 y entró en vigor en diciembre de 2000, luego de recibirse la décima ratificación. El artículo 12 de la Convención protege a la mujer de discriminación obligando a los Estados Parte a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica. Si bien esta podría haber sido una vía para la protección, la defensa de la vida de la madre y el riesgo de muerte o daños graves a su salud física y psicológica ante el CDH resulta estratégicamente más impactante, en términos estratégicos, comunicacionales y de incidencia, que la discriminación.

También cabe preguntarse por qué las partes no acudieron al **Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos**, instancia regional especializada. Al respecto, y a manera de hipótesis porque no hemos confirmado esto con los actores o actrices del proceso, cabe recordar que la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos venían siendo atacadas frecuentemente por los grupos conservadores y religiosos⁴; asimismo, el procedimiento ante la CDH tiene menos fases, con la posibilidad de lograr una decisión de manera más célere.

4.2. EL AGOTAMIENTO DE LAS VÍAS INTERNAS

⁴ Al respecto se pueden ver noticias en las que persiste esta imagen en Tapia (2018), Sousa (2018) y Vásquez (2019). entre otras. Si bien estas noticias son de años posteriores a la ocurrencia del caso, no era muy diferente en el discurso público de los 90s e inicios de los 2000s.

De acuerdo con el artículo 2 y numeral 2 del artículo 5 del PF, así como del literal f del artículo 96 del Reglamento del CDH, es requisito agotar todos los recursos internos disponibles para someter a consideración del Comité una comunicación escrita. En el artículo 5 (b) del mismo PF, se plantea que cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente se podrá considerar una excepción a este requisito. Analizaré, a continuación, la validez del razonamiento que permitió al CDH justificar que la autora no haya agotado previamente las vías internas.

De acuerdo con el Dictamen, el CDH tomó en cuenta los argumentos de la víctima referidos a que en el Perú no existía, en el momento de ocurrencia de los hechos, “ningún recurso administrativo que permita interrumpir un embarazo por motivos terapéuticos”; y tampoco existía “ningún recurso judicial que opere con la celeridad y eficacia necesarias para que una mujer pueda exigir a las autoridades la garantía de su derecho a un aborto legal dentro del período limitado, en virtud de las circunstancias especiales que se requieren en estos casos” (§5.2 del dictamen)

De acuerdo con Abad (2008), la víctima tenía la posibilidad de interponer una demanda de amparo en defensa del derecho a la vida, o de ser el caso, a la salud de la madre. Sin embargo, él mismo reconoce 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.” (p.28)

No obstante, en un proceso de amparo se podría lograr un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, constituyéndose en un precedente del Tribunal Constitucional para casos futuros⁵. (Abad, 2008, p. 28)

⁵ El artículo 1 del Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley No. 28237, referido a la finalidad de los procesos de amparo, hábeas corpus, habeas data y cumplimiento, afirma que: “Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda (...)”.

Asimismo, siguiendo a Abad (2008, p.28), también podría haberse presentado un proceso de hábeas corpus dado que el Tribunal Constitucional ha considerado que con él “no sólo se protege la libertad física propiamente dicha, sino que su ámbito de protección se extiende también a la libertad de movimiento, a la libertad de tránsito y al derecho a la integridad personal. Su tutela se prolonga ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan reclusas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran internadas en establecimientos de tratamiento, públicos o privados” (Exp. NO. 00774-2005-HC/TC, fundamento jurídico 5). De esta manera, la demanda de hábeas corpus podría haber prosperado si la víctima hubiere estado internada en el Hospital y su vida o salud estuvieran en peligro.

Más recientemente, se ha llevado el caso al INDECOPI, ante la negativa de aplicación de la Guía Técnica Nacional. El INDECOPI actúa como instancia administrativa para proteger los derechos de los consumidores en relaciones contractuales de contraprestación de mercado (privadas), sancionando a los infractores y estableciendo, de ser el caso, medidas correctivas reparadoras y complementarias.⁶ En el caso seguido contra la Clínica El Golf, el INDECOPI sancionó y emitió medidas correctivas, que incluyó el cumplimiento de la Guía Nacional o Protocolo de aborto terapéutico. Sin embargo, este procedimiento no se puede considerar como una vía previa idónea porque el INDECOPI solo actúa frente a relaciones contractuales de contraprestación, y hasta el año 2015 atendía quejas de consumidores ante entidades de servicios de salud (clínicas privadas). Con el D.S. No. 026-2015-SA, publicado el 13 de agosto de 2013, SUSALUD es el organismo competente de manera exclusiva y no le corresponde al INDECOPI resolver

⁶ Indecopi sancionó a clínica El Golf por haber infringido los artículos 18º, 19º y 67º numeral 1º del código de protección y defensa del consumidor, en el extremo de no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico de la denunciante. Indecopi “determinó que la clínica infringió el deber de idoneidad en la prestación del servicio de salud en la medida que no valoró el daño a la salud mental de la gestante (causal por la que su psiquiatra -ajeno a la clínica- recomendó el aborto). Cabe señalar que el ginecólogo tratante- personal de la clínica- había considerado que el estado de salud de la denunciante no se encontraba en riesgo, por lo que no había mérito para indicar procedimiento de aborto.” (De la Cruz, D., 2020, p. 63) Según el Tribunal del Indecopi, la clínica El Golf debió haber derivado la solicitud y los certificados presentados por la víctima al médico, para que este evaluara nuevamente su condición médica. Alayo, F. (2017)

sobre estos temas. En el momento de ocurrencia de los hechos del caso K.LL, era el MINSA el encargado de resolver los problemas derivados de incumplimientos médicos o responsabilidad médica, formando Auditorias de Caso o comisiones para realizar los procesos disciplinarios correspondientes. En cualquier caso, es evidente que no había garantías claras en un gobierno que se negaba a aprobar directivas claras sobre una conducta no delictiva desde 1924.

4.3. LA FALTA DE RESPUESTA DEL ESTADO PERUANO

El Estado peruano nunca respondió sobre las imputaciones que se hicieron en su contra por violación de derechos humanos contenidos en el Pacto contra K.LL. Este hecho constituye un incumplimiento del Pacto por parte del Estado, situación que no fue valorada así por el CDH.

En efecto, el numeral 1 del artículo 4 del PF establece que, una vez recibida la comunicación por el CDH, será puesta en conocimiento del Estado parte del que se afirme haber violado cualquiera de las disposiciones del Pacto. El numeral 2 del mismo artículo 4 establece que:

“2. En un plazo de seis meses, ese Estado **deberá presentar** al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare el asunto y se señalen las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto.” (subrayado nuestro)

El artículo es claro en señalar el deber de responder e informar ante las alegaciones de violación de derechos o incumplimiento del Pacto. Esta mención también es expresa (explícita) en el numeral 2 del artículo 99 del Reglamento del CDH⁷ que repite la fórmula del PF.

Sin embargo, el Dictamen del CDH, en el punto 4, se refiere a la omisión del Estado parte de cooperar conforme al artículo 4, afirmando que “lamenta el hecho” de no obtener respuesta del Estado peruano y “Recuerda que **está implícito** en el Protocolo Facultativo

⁷ CCPR/C/3/Rev. 7 del 4 de agosto de 2004.

que los Estados Parte deben poner a disposición del Comité toda la información de que dispongan.”

En nuestro análisis, la afirmación del CDH es errónea en tanto el PF es claro y asertivo en señalar que “deberá presentar” la información o respuesta, no siendo implícito, sino más bien explícito el deber de respuesta del Estado Parte.

Esta ausencia de respuesta, además, dificulta la valoración de las pruebas presentadas por la autora, en tanto no existe posibilidad de contrastar dichas afirmaciones y lograr certeza sobre los hechos alegados. El CDH se ha pronunciado repetidas veces, en los dictámenes recaídos en los casos Comunicación No. 760/1997, J.G.A. Diergaart et al c. Namibia, aprobado en 2000, y Comunicación No. 1117/2002, Saodat Khomidova c. Tajikistan aprobado en 2004, en el sentido de que, ante la falta de respuesta del Estado Parte, debe darse el peso debido a las alegaciones de la autora, en la medida en que esas hayan quedado debidamente fundamentadas. Por tanto, la ausencia de respuesta tampoco impide que el CDH se pronuncie. Este criterio es también adoptado por el CDH en este caso.

Cabe mencionar que, en el 2008, el CDH dictó la Observación General No. 33. Obligaciones de los Estados Parte con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el punto 1. 8., el CDH, citando el párrafo 2 del artículo 97 del Reglamento que hemos referido previamente, expresamente establece que:

“8. La primera obligación del Estado parte contra el que un individuo haya formulado una reclamación con arreglo al Protocolo Facultativo es contestar a la comunicación dentro del plazo de seis meses establecido en el párrafo 2 del artículo 4. Dentro de ese plazo, “ese Estado deberá presentar al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare el asunto y se señalen las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto”. El reglamento del Comité desarrolla estas disposiciones, en particular previendo la posibilidad de examinar por separado, en casos excepcionales, las cuestiones de la admisibilidad y el fondo de la comunicación.”

El CDH continúa en el punto 1.9, en el mismo sentido que lo hemos sustentado aquí:

“10. Según la experiencia del Comité, algunos Estados no siempre respetan esa obligación. Al no responder a una comunicación, o al responder de forma incompleta, el Estado contra el que se presenta la comunicación se coloca en situación de desventaja, pues el Comité se ve obligado a examinar la comunicación sin disponer de toda la información relativa a ella. En tales circunstancias, el Comité puede concluir que las alegaciones formuladas en la comunicación son verídicas, si resultan corroboradas habida cuenta de todas las circunstancias.” (Subrayado es nuestro)

Algunas hipótesis se pueden plantear respecto de eventuales posibles respuestas del Estado peruano en este caso, para intentar justificar la negativa por parte del director del Hospital para realizar la cirugía de interrupción de embarazo a K.LL.

- *La no existencia del Protocolo*, argumento que venía siendo sostenido reiteradamente por médicos y funcionarios que se negaban a realizar el servicio a las madres gestantes que así lo solicitaban. Este tema lo discutiremos más adelante.
- *La posibilidad de recurrir a una vía previa*, interponiendo una acción de amparo, o -como ha ocurrido en algunos casos, según Samuel Abad (2008)- un Hábeas corpus frente a personas internadas en centros de salud u hospitalarios. Este tema lo hemos discutido en la sección anterior.

4.4. LA AUSENCIA DE RAZONABILIDAD EN LA NEGACIÓN DEL ABORTO TERAPÉUTICO EN EL PERÚ.

Considerando que la vulneración de los derechos alegados por la autora se producen a partir de la negativa del director del Hospital de realizar la interrupción del embarazo, analizaré su razonabilidad a partir de la verificación de la conducta como atípica y las confusiones o prejuicios que están detrás de ella; la falta de razonabilidad para la negación y la posibilidad de aplicar la *lex artis* para la decisión; así como los argumentos

en torno a la necesidad de un Protocolo de Aborto Terapéutico para la implementación del servicio de salud a mujeres gestantes en riesgo de afectación de su vida o salud.

4.4.1. LA ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA.

La interrupción voluntaria del embarazo por causas que pongan en grave riesgo la vida y la salud de la madre es una **conducta penalmente atípica** de acuerdo con lo establecido por el Código Penal en su artículo 119, vale decir, **no es delito**. El código denomina a esta conducta “aborto terapéutico” (Código Penal 1991).

Desde el primer Código Penal de 1863 hasta el actual de 1991 no se ha producido una modificación sustancial respecto al tratamiento del aborto (Dador, 1999). En el primero se atenuaban los abortos “practicados por el móvil del honor, es decir, para proteger la reputación de las mujeres y, sobre todo, de la familia a la que pertenecían.” (Dador, 1999) Se buscaba, con ello, proteger la afrenta al orden de la familia y la moral pública por las relaciones extramatrimoniales. El lugar adecuado para que los hijos sean procreados, en esta perspectiva, es el matrimonio.

En 1924, el nuevo Código Penal⁸ penalizó todas las figuras del aborto, pero eliminó el “aborto terapéutico” de la lista de delitos. Así, el artículo 163^o establecía:

“No es reprimible el aborto practicado por un médico con consentimiento de la mujer encinta, si no hubiere otro medio de salvar la vida de la madre o de evitar en su salud un mal grave y permanente.”

En 1928, dos juristas propusieron la despenalización del aborto eugenésico y ético (o por violación) sin ningún éxito. Cabe resaltar que, hasta la fecha, la despenalización del aborto no ha sido posible. (Dador, 2010, p. 3)

El Código de 1991, en vigor hasta nuestros días, mantiene criminalizada la conducta con excepción del aborto terapéutico. El artículo 119 eliminó la conducta del aborto

⁸ Aprobado por Ley No. 4868, del 11 de enero de 1924, durante el gobierno de Augusto B. Leguía,

terapéutico de la lista de delitos. No se trata de una causal eximente de la responsabilidad penal (reconocida en el artículo 69º del Código Penal como exención de pena) o una causal de inimputabilidad (reconocida en el artículo 20º del Código Penal) - casos en los que sigue existiendo delito-, sino más bien de una conducta que carece de antijuricidad, de injusto penal, vale decir, esa conducta no es un delito:

“Artículo 119º.-

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”.

Para que se verifique la antijuricidad de la conducta, el Código exige como requisitos:

- a) el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal;
- b) que haya sido practicado por un médico, lo que según algunos (Chávez, 2013 y Dador 2010) se debe entender como uno o una oficialmente reconocida como tal y con las credenciales profesionales vigentes; y
- c) que la interrupción del embarazo sea el **“único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”**. Por tanto, la norma hace alusión a dos dimensiones:
 - a. una referida a la protección del derecho a la vida de la gestante, que trataremos más adelante en este análisis; y
 - b. la segunda referida a la defensa del derecho a la salud que pueda generar un mal grave y permanente.

Por tanto, la situación no tendría que ser extrema, pues en ese caso se estaría poniendo en riesgo la vida o la salud gravemente, sino que bastaría una situación de riesgo para que se produzca el supuesto de la norma (Dador, 2010 y Chávez, 2013). Esta situación es extrapenal, toda vez que la determinación dependerá de la decisión de un médico o profesional especializado.

Cabe resaltar que muy recientemente, el 20 de enero de 2020, la Primera Sala de la Corte de Justicia Civil de Lima, en el proceso de Acción Popular, seguido por Asociación

Centro de Estudios Jurídicos Santo Tomás Moro contra el MINSA, demandando la declaración de inconstitucionalidad de la Guía Técnica Nacional, argumenta que el aborto terapéutico no es un delito, declarando infundada la demanda:

"A través de ella, el legislador ha despenalizado esta conducta en el caso preciso y específico del aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar un mal grave permanente. Lo que implica la eliminación de la sanción punitiva a un único comportamiento, que la ley permite con la finalidad de proteger un interés superior referido a la vida y salud de un ser humano, despenalizando una conducta, en virtud de una ponderación de derechos fundamentales en conflicto, estableciendo una relación de preferencia condicionada por las circunstancias dadas en un caso particular, específicamente delineado por la norma". (EXP. No. 00058-2018-0-1801-SP-CI-01 (Ref. Sala: 225-2018-0)

La descriminalización de la conducta contenida en el artículo 119 del Código Penal es resultado de un ejercicio de interpretación constitucional empleando el principio de concordancia práctica y de razonabilidad (Abad, 2008, p. 21).

Es verdad que la vida "es un valor moral fundamental pero que puede entrar en conflicto con algún otro y resultar derrotado" (Atienza, 2010, p. 13-137). Considerando que ninguno de los derechos constitucionalmente reconocidos son absolutos, sino que, por el contrario, pueden entrar en conflicto, la intervención sobre uno de ellos debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (Bernal Pulido, 2007, p. 693), como es el caso de la protección de la vida de la mujer por una situación de necesidad, tal y como ocurre con la legítima defensa o como los estados de necesidad justificantes o exculpantes que el propio Código Penal reconoce. En este caso, descriminalizar el aborto terapéutico cumple con el criterio de idoneidad.

Por otro lado, para ser constitucional, la preferencia por la vida de la madre tendría que ser la más benigna con el derecho fundamental afectado, la vida del concebido, entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo

propuesto, salvar la vida de la madre. (Bernal Pulido, 2007, p. 740), En este caso, se trataría de una situación en la que no hay otro medio para resolverlo salvo la interrupción del embarazo, por tanto, es una decisión necesaria.

Y, finalmente, la intervención sobre el derecho (vida del concebido) debe revestir tal importancia que esté justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa, que en este caso es salvar la vida y salud de la madre. (Bernal Pulido 2007, p. 763).

En el momento de realización de los hechos, el médico del Hospital justificó su decisión en la aplicación del artículo 120 del Código Penal, que es distinto al del aborto terapéutico, referido al denominado aborto eugenésico, en el que sí hay delito y la deformación del feto solo conlleva a una atenuación de la pena. En el aborto eugenésico no hay conflicto de derechos sino la mera aplicación de una sanción por la violación del derecho del concebido, con la atenuación cuando se cumple con los requisitos establecidos legalmente. Por tanto, en este caso, el médico realizó una aplicación equivocada de las normas en su argumentación confundiendo dos supuestos.

Por consiguiente, la norma legal del Código Penal que descriminaliza el aborto terapéutico es constitucional, soporta el *test de proporcionalidad* y sus supuestos de aplicación podrían haber sido resueltos por los médicos con cargo a dar cuenta posteriormente de estos hechos para evitar cualquier eventual reproche y sanción.

4.4.2. LA AUSENCIA DE RAZONABILIDAD DE LA NEGATIVA

Considerando que la interrupción del embarazo requiere una decisión de un profesional de la salud, procederemos a analizar en este caso la razonabilidad del director del Hospital al negar la interrupción del embarazo a K.LL.

Cuando hablamos de razonabilidad estamos refiriéndonos al análisis de las razones que están detrás de la solución a conflictos de relevancia jurídica, y no a “meras apreciaciones subjetivas reactivas a sentimientos, impresiones o gustos personales”

(Martínez y Zúñiga, 2011, p. 200). La razonabilidad es una categoría más amplia que incluye a la proporcionalidad, pero no son lo mismo. Ambas apuntan al mismo objetivo de evitar la arbitrariedad (Martínez y Zúñiga, 2011, p. 201), pero mientras la razonabilidad busca la validez de la argumentación a través del análisis de la corrección lógica del razonamiento en concordancia con las normas legales y, principalmente, con la Constitución, la proporcionalidad mide la “intensidad” de la actuación estatal. (Arancibia, 2010, p. 287-299). Como afirma Martínez y Zúñiga (2011), “(...) en el juicio de proporcionalidad se trata de determinar hasta qué punto resulta constitucionalmente admisible una intervención estatal, o lo que es lo mismo, cuál es el grado de intervención compatible con el respeto a los derechos”, en tanto mandatos de optimización, vale decir,

“...normas de principio (...) que pueden ser cumplidas en diferente medida, y en las cuales la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las jurídicas. Estas normas tienen una tendencia normativa hacia la optimización, sin que por ello estén sujetas a un contenido determinado; ellas son -necesariamente- susceptibles de ser ponderadas.” (Alexy, 2002, p. 15).

En este caso, el asunto en cuestión no es la admisibilidad o grado de la intervención estatal -lo que fue resuelto cuando se aprobó la descriminalización del aborto terapéutico en 1924- sino más bien la negativa del director del Hospital de realizar una conducta y, conocer si existían “argumentos” que puedan hacer razonable o justificable dicha conducta. Esto es particularmente importante, allí donde la norma establece que una conducta debe cumplir determinados supuestos para no constituir delito. En ese sentido, parece razonable que los médicos realicen un examen cuidadoso de la existencia de dichos supuestos, pues, de lo contrario, la responsabilidad penal recaerá sobre el personal médico que realiza el aborto, tanto como sobre la madre que lo solicita, pero esa razonabilidad solo puede darse en el sentido de cumplir el marco legal y el sentido protector de la norma.

La razonabilidad de la medida, como hemos mencionado, no puede basarse en criterios sustentados en la opinión o la subjetividad, tampoco en las creencias o ideologías, sino

exclusivamente en la verificación de lo que la norma exige y, en particular, que el embarazo ponga en riesgo la vida de la madre o que pueda causar daño grave y permanente a la madre y la interrupción sea el “único medio” para evitarlo.

Según las pruebas entregadas por la víctima, “el 3 de julio de 2001, el doctor Ygor Pérez Solf, médico gineco-obstetra del Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima, informó a la autora sobre la anomalía que sufría el feto y los riesgos contra su vida en caso de continuar con el embarazo” (&2.2. del Dictamen). Asimismo, “el 20 de agosto de 2001, la doctora Marta B. Rendón, médico psiquiatra adscrita al Colegio Médico Peruano rindió un informe médico psiquiátrico de la autora, concluyendo que: “el presunto principio de la beneficencia para el feto ha dado lugar a maleficencia grave para la madre, pues se le ha sometido innecesariamente a llevar a término un embarazo cuyo desenlace falta se conocía de antemano y se ha contribuido significativamente a desencadenar un cuadro de depresión con las severas repercusiones que esa enfermedad tiene para el desarrollo de una adolescente y para la futura salud mental de la paciente”.” (&2.5. del Dictamen).⁹

La determinación de si la interrupción del embarazo era “el único medio” para salvar la vida o evitar en la salud de la madre un mal grave y permanente sólo la podían definir los médicos. Estos tendrían que haber demostrado, brindando una explicación y justificación técnico-médica profesional, que existe “otro medio” que puede lograr evitar los riesgos para la madre. Esto no ocurrió en el caso.

La investigación médica señala que la anencefalia es la falla en el cierre del tubo neural entre la tercera y la cuarta semana de gestación, vale decir, entre el día 23 y 26 del embrión, lo que produce la ausencia total o parcial del casquete craneal (cráneo y cuero cabelludo) y del cerebro. Esta situación conduce en la mayoría de los casos a la muerte del recién nacido a las horas o días de nacido (Detrait et al., 2005). Según la Comisión de Bioética de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), las anomalías

⁹ El CDH no tomó en cuenta en su dictamen la evaluación de la señora Amanda Gayoso, asistente social, lo que consideramos correcto, toda vez que no resulta una profesional competente para determinar asuntos de salud física o mental, ni sobre las consecuencias de la anencefalia.

fetales incompatibles con la vida son aquellas “que previsiblemente/habitualmente se asocian con la muerte del feto o del recién nacido durante el periodo neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor” (2010:2)” (citado por Díaz y Ramírez, 2013, p.75). “La SEGO ha construido una lista no excluyente de circunstancias que constituyen anomalías incompatibles con la vida y que comprende: **anencefalia**, exencefalia, acráneo; hidraencefalia; (...)”, entre otras.” (el subrayado es nuestro basado en Díaz y Ramírez, 2013, p.75). Si bien este estudio es del 2012, no es el primero, existiendo abundante investigación médica científica sobre los riesgos de un embarazo anencefálico desde los años 50, por lo menos¹⁰. Como referencia, aunque es posterior, en el año 2005, la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología identificó algunos daños que se pueden desencadenar por el embarazo, que se muestran en la Tabla siguiente:

Tabla No. 1

Daños que se pueden desencadenar por el embarazo.

Tabla 1. Daños que se pueden desencadenar por el embarazo

Factores	Áreas de afectación	Algunos ejemplos de daños que pueden desencadenar
Factores de vulnerabilidad fisiológica	Incluyen las complicaciones propias del embarazo.	Hiperémesis gravídica, preeclampsia, mola hidatiforme parcial con hemorragia de riesgo materno.
Factores de vulnerabilidad psicológica	Incluyen trastornos y enfermedades psiquiátricas, o las situaciones que las precipiten.	Violación sexual, por el riesgo de estrés posttraumático, abuso de drogas, alcohol, depresión, suicidio y conducta violenta
Factores precipitantes	Incluyen a las enfermedades en donde el embarazo puede interferir con el tratamiento.	Diversos cánceres que requieren tratamiento quirúrgico, radio y quimioterapia
Factores de consolidación	Incluye aquellas que agravan la condición de salud	Tratamientos neurológicos, psiquiátricos, insuficiencia renal crónica, lupus eritematoso sistémico con daño renal severo, insuficiencia cardíaca congestiva, cuadros hipertensivos de naturaleza renovascular

Modificado del "Relato final del taller de sociedades médicas para identificar el perfil clínico para el aborto terapéutico" (2011)

Fuente: SOGE 2005, citado por Chávez (2013)

¹⁰ Ver Walker, J. (1954). In “Mechanisms of Congenital Malformation”. Association for the Aid of Crippled Children, New York; Coffey, V. & Jessop, W.J.E. (1957). A study of 137 cases of anencephaly. British Journal prev.soc.Med. (1957), 11, pp. 174-180; entre otros estudios.

En suma, los médicos y el director del Hospital conocían del diagnóstico del médico gineco-obstetra quien informa sobre los riesgos en la vida de la autora, también conocían del informe de la psiquiatra sobre las consecuencias que podría tener en su salud mental, y, siendo médicos, tenían la capacidad de comprender y valorar esta información para tomar una decisión y justificarla ante cualquier reproche de carácter penal. Para denegar la interrupción del embarazo, tendrían que haber demostrado técnicamente que no había riesgo o haber encontrado otra alternativa mejor, para lo cual podrían haber solicitado una junta médica adicional e inmediata con el propósito de decidir de manera colegiada previa deliberación y análisis de las circunstancias médicas, sobre la razonabilidad de la medida. Como veremos después, el CDH, en un caso posterior¹¹ ha sostenido que estas denegatorias vienen cargadas de discriminación y prejuicios sustentados en la idea de que la mujer debe ser madre, prefiriendo la vida del concebido sobre la de las madres gestantes.

4.4.3. LA PRESUNTA NECESIDAD DEL “PROTOCOLO DE ABORTO TERAPÉUTICO”.

A pesar de que el Estado Peruano no presentó información en respuesta a la comunicación interpuesta en su contra, durante muchos años ha sido frecuente que el sector médico justifique la no realización de abortos terapéuticos a la ausencia de protocolos o reglas y criterios de procedimiento para la implementación del denominado aborto terapéutico.

Cuando K.LL. solicitó la interrupción de su embarazo por riesgo de muerte o daño grave a su salud, en efecto, no había protocolo nacional ni tampoco un protocolo propio del Hospital Loayza, que fije procedimientos para su realización. Sin embargo, había otros 8 hospitales que sí lo tenían. EL caso de Arequipa fue, inclusive, objeto de cuestionamiento en su aplicación por grupos conservadores y religiosos.

¹¹ Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2324/2013. Caso A.J.M. contra Irlanda. Considerando 3.19.

En efecto, como hemos mencionado, desde 1924, el Código Penal despenalizó el “aborto terapéutico”. Años después, el Código Sanitario de 1969, aprobado mediante Decreto Ley No. 17505, estableció las reglas sobre el sistema de salud, entre ellas, una mención general a este procedimiento dentro de las reglas para la realización del aborto.

“Artículo 21º.-

El aborto terapéutico solo es permitido cuando existe prueba indubitable de daño en la salud con muerte del producto de la concepción o de la madre y con la opinión de los Médicos que tratarán el caso en consulta.”

El Código Sanitario fue derogado por el inciso a) de la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley No. 26842, Ley General de Salud, publicada el 20 de julio de 1997, que entró en vigor a los 180 días calendario de su publicación con excepción de algunos capítulos que entraron en vigor al día siguiente de su publicación. (SPIJ, 2020)

Hasta 2014, solo 17 de 400 hospitales tenían guías para implementar el aborto terapéutico (Mavila, 2014). Desde el 2005, la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología (SPOG), junto a organizaciones de sociedad civil, promovió la elaboración de protocolos de intervención, no sin dificultades con el MINSA. La primera Guía de trabajo se aprobó en el Hospital Nacional Docente Madre Niño San Bartolomé, sucediéndose posteriormente otras nueve (Távora, 2015).

Finalmente, y luego de un largo y contencioso proceso de debates y revisiones¹², con Resolución Ministerial No. 486-2014/MINSA, del 27 de junio del 2014 y publicada al día siguiente en el diario oficial, se aprobó la **“Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119º del Código Penal”**.

¹² Una detallada secuencia de los hechos se encuentra en: Aspilcueta, D., & Ramos, I. (2015) y también en : Centro de Derechos Reproductivos y PROMSEX al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2014).

En este caso, la verificación de los requisitos para que proceda un aborto terapéutico le corresponde a un médico, y, al no constituir un delito, su realización es parte del servicio público de salud cuyas prestaciones deben estar disponibles, accesibles, física y económicamente, garantizadas y promovidas por el Estado, como obligado frente a los derechos humanos y su vigencia. Esto, sin duda, incluye la existencia de los protocolos correspondientes.

Sin embargo, la no existencia de Protocolo o Guía no podría dejar en la indefensión a los usuarios del servicio de salud, más aún cuando su vida y salud dependen de dichas decisiones. La decisión, por tanto, estaba implícitamente entregada a los médicos, quienes debían guiar su actuación en cumplimiento del juramento hipocrático de defender y salvar la vida de sus pacientes, recurriendo, como ocurre en otros casos de vacío o deficiencia de la norma, a la aplicación de la *lex artis ad-hoc*. Esta consiste en:

“...el conjunto de normas técnicas originadas por la práctica profesional, reiterada y permanente y con legitimidad histórica, es decir, normas no escritas pero con un grado de institucionalización suficiente para vincular y guiar la actuación de un profesional, en este caso, del médico.” (Caro, 2008, p.447).

En el Perú, el artículo 23º de la Ley General de Salud, Ley No. 26842, señala que “las incompatibilidades, limitaciones y prohibiciones, aplicables a los profesionales (de la salud ...) se rigen por los Códigos de Ética y normas estatutarias de los Colegios Profesionales correspondientes”. Por su parte, el artículo 11º del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú establece que “Es deber del médico desempeñar su profesión competentemente, debiendo, para ello, perfeccionar sus conocimientos, habilidades y destrezas en forma continua, así como mantenerse actualizado con la información propia de su actividad”. Esta sería *la lex artis ad-hoc* en el caso planteado.

“(La *Lex artis*) Se aplica a las actividades profesionales y se refiere a dos aspectos importantes: la diligencia desplegada por el autor y el resultado producido. Es aplicable a aquellas profesiones en las que es necesario actuar empleando una técnica a través de la cual se obtendrán los resultados de dicha labor, es decir

para aquellas actividades experimentales o científicas donde a través de la técnica se obtienen resultados apreciables materialmente. Así se ha dicho que “la *lex artis* se aplica para la medición/corrección de la obra o el resultado ejecutado/obtenido por un profesional”⁹. En el caso de la actividad médica notamos que la aplicación de la *lex artis* depende de diversos factores de modo tal que la técnica podrá variar dependiendo de cada caso específico. No podemos hablar de una *lex artis* general, sino que tratándose de la medicina, entendida como ciencia y como arte (arte de curar), debemos hablar de una *lex artis ad hoc*.” (Varsi, 2001, p.56).

Por todo ello, la inexistencia de una regulación legal escrita no impedía la actuación o decisión de su realización, dado que la práctica médica sería dirigida y controlada conforme a la *lex artis*, gozando de validez y legitimidad jurídica. Si bien para Abad (2008, p. 26), “No cabe la menor duda de que el aborto terapéutico podría ser aplicado por médicos/as en clínicas privadas.” (p.26), el autor no explica con precisión de qué manera se cumpliría este supuesto. Nosotros encontramos que esta aplicación solo es comprensible en la lógica de la existencia de la *lex artis*. Cabe recordar que esta figura ha sido recogida en decisiones jurisdiccionales en el Perú. La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú ha señalado:

“Si bien la *lex artis*, como tal, se refiere a las reglas, técnicas o procedimientos aplicables a situaciones similares, en su concreción fáctica tiene particularidades del caso médico –edad, grado de riesgo, condiciones sanitarias, logística, personal, disponibilidad de información general, información proveída por el paciente o sus familiares–. En la actividad médica, como señala Romero Flores, principios como el de confianza alcanzan un significado relevante, en el que concurren diversos factores, como la ciencia a aplicar, la evolución a las técnicas a emplear y de los conocimientos, especialización de cada participante, coordinación y dirección de las operaciones, entre otras²²” (§12.7 de Sala Penal Permanente Casación No. 334-2019-ICA)¹³

¹³ También véase, entre otras referencias, Corte Superior de Justicia de la Libertad. Tercera Sala Penal Superior. Expediente No. 1525-2011-78. Sentencia de Apelación.

Sin embargo, resulta claro que la existencia de un Protocolo o Guía Nacional brindaba mayor certidumbre a los médicos y centros hospitalarios para tomar decisiones de acuerdo con una norma expresa, cierta y clara. Cabe resaltar que la política de no-decisión de los hospitales y médicos parece haber estado marcada por el prejuicio, tanto como por el miedo a sanciones penales derivadas de los otros tipos criminales en el Código Penal. Como referencia a este criterio analítico podemos citar la decisión del Tribunal Supremo Español al afirmar que:

“Con la instauración de los protocolos se establecen unas pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico con lo que se facilita extraordinariamente la determinación de la *lex artis* de cada caso admitiendo siempre que las circunstancias de cada caso puedan servir para valorar la corrección de la prestación asistencial” (STS 1084/2018)

Cabe precisar que la necesidad de un Protocolo o Guía Nacional había sido materia de recomendaciones y pronunciamientos de diversos órganos a nivel internacional. Así, en el año 1995, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sugirió al Gobierno Peruano que “solicitar la cooperación de asociaciones médicas, jueces y abogados a fin de considerar una utilización más amplia de la excepción terapéutica a la prohibición del aborto establecida en el Código Penal, en casos de peligro para la salud de la madre.”¹⁴

Luego de ocurrido el caso de K.LL. y emitidas las recomendaciones, ante la ausencia de acción por parte del Estado Peruano, diversos órganos de Naciones Unidas insistieron con la necesidad de descriminalizar el aborto y aprobar un protocolo para garantizar su aplicación. En el 2007, el CEDAW pidió que el Estado Peruano cumpla las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos formuladas en relación con el caso KL contra el Perú. Asimismo, afirmó:

“24. (...) El Comité observa con preocupación que el aborto ilegal sigue siendo una de las principales causas de la elevada tasa de mortalidad materna y que la interpretación restringida que hace el Estado parte del aborto terapéutico que

¹⁴ CEDAW. A/50/38, paras. 398-451, del 16 de enero a 3 de febrero de 1995.

es legal, puede inducir a las mujeres a hacer que se practiquen abortos ilegales en condiciones de riesgo. Al Comité le preocupa además que el Estado parte no aplicó las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos formuladas en relación con el caso KL contra el Perú.¹⁵

Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recomendó en el 2012 que el Estado Peruano establezca un protocolo nacional que regule la práctica de abortos terapéuticos.¹⁶ Y en el 2013, el Comité retomó sus Observaciones Finales previas (CCPR/CO/70/PER, par.20), recomendando al Estado parte que:

“(a) Revise su legislación sobre aborto y tome medidas para adicionar las excepciones en casos de embarazos producto de violación o incesto.

(b) Adopte en el más corto tiempo posible el protocolo nacional que regule la práctica del aborto terapéutico (...)”¹⁷

En suma, el servicio médico implica la existencia de reglas y procedimientos que garanticen la realización o prestación de un servicio de salud óptimo para cuidar la vida y salud de la madre y el concebido de ser posible, y si se pone en riesgo la vida o la salud de la madre, y no hay otra posibilidad, se pueda definir estos requisitos con criterios claros como los que existen hoy en la Guía Técnica Nacional. Sin embargo, aún sin la referida guía, los médicos no deben dejar de prestar el servicio, pudiendo recurrir a la *lex artis ad/hoc* propias de la profesión.

4.5. LA DISCUSIÓN SOBRE LA AUSENCIA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA VIOLACIÓN AL DERECHO A LA VIDA (ART. 6) Y LA INADMISIBILIDAD DE LOS ALEGATOS POR A LA IGUALDAD EN EL GOCE DE DERECHOS (ART. 3) Y A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN (ART. 26): UNA LECTURA SISTÉMICA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

4.5.1. EL DERECHO A LA VIDA: MÁS ALLÁ DE LA MERA EXISTENCIA

¹⁵ CEDAW (2007). CEDAW/C/PER/CO/6 del 15 de enero al 2 de febrero de 2007.

¹⁶ CDESC. (2012). E/C.12/PER/CO/2-4, del 30 de mayo de 2012.

¹⁷ CDH (2013). CCPR/C/PER/CO/5, del 27 de marzo de 2013.

El numeral 1 del artículo 6 establece que “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.” Sin embargo, el Dictamen analizó los hechos del caso y estableció que al haber violación del derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes reconocido en el artículo 7 del Pacto, por tanto, “no considera necesario, en las circunstancias del caso, tomar una decisión relativa al artículo 6 del Pacto” referido al derecho a la vida. Esta situación condujo a un voto en disidencia del miembro Hipólito Solari-Yrigoyen, para quien sí se produjo la violación del referido artículo 6.

Al respecto, cabe resaltar que ambos derechos, a la vida (art. 6) y a no ser víctima de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), son distintos. El reconocimiento de la violación de uno no tendría por qué negar automáticamente la discusión sobre el otro.

La observación general No. 20 del CDH establece que el artículo 7 sobre tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes refiere a los actos que causan a la víctima dolor físico, tanto como a los que causan sufrimiento moral. El CDH subraya en dicha observación general que “el artículo 7 protege, en particular, a los niños, a los alumnos y a los pacientes de los establecimientos de enseñanza y las instituciones médicas.” (punto 5)

Por otro lado, el CDH, en la observación general No. 6, de 1982, reconoce que el derecho a la vida “se trata de un derecho que no debe interpretarse en un sentido restrictivo”; y en el punto 5 repite que “el derecho a la vida ha sido con mucha frecuencia interpretado en forma excesivamente restrictiva. La expresión ‘el derecho a la vida es inherente a la persona’ no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas.” Tanto la Observación General No. 6 como la No. 14, de 1984, fueron sustituidas por la Observación General No. 36, del 2019, según la cual define el derecho a la vida como “el derecho a no ser objeto de acciones u omisiones que causen **o puedan casuar una muerte no natural o prematura y a disfrutar de una vida digna.**” (Subrayado nuestro). Asimismo, en el punto 8, el CDH expresamente afirma que la interrupción voluntaria del embarazo no debe traducirse

en la violación del derecho a la vida de la mujer o la niña embarazada, ni de los demás derechos que se les reconocen en el Pacto. También, afirma que:

“Los Estados Partes deben proporcionar un acceso seguro, legal y efectivo al aborto cuando la vida y la salud de la mujer o la niña embarazada corran peligro, o cuando llevar el embarazo a término causaría dolores o sufrimientos considerables a la mujer o la niña embarazada, especialmente si el embarazo es consecuencia de una violación o incesto, o si no es viable.”

Lo mismo ocurre con la observación general No. 28, del año 2000, que, desarrollando la igualdad entre hombres y mujeres, establece que:

“10. Los Estados Partes, al presentar informes sobre el derecho a la vida, amparado en el artículo 6, deberán (...) proporcionar información sobre las medidas que hubiesen adoptado para ayudar a la mujer a prevenir embarazos no deseados y para que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida. Los Estados Partes deberán informar asimismo acerca de las medidas adoptadas para proteger a la mujer de prácticas que vulneran su derecho a la vida, como el infanticidio de niñas, la quema de viudas o los asesinatos por causa de dote. El Comité desea también información acerca de los efectos especiales que la pobreza y la privación tienen sobre la mujer y que pueden poner en peligro su vida.” (punto 10)

Cabe recordar que el Comité de Derechos Humanos se había pronunciado en anteriores oportunidades respecto de la relación entre el aborto y la afectación al derecho a la vida de las mujeres. En 1996, el CDH (1996) recomendó al Perú “revisar sus normas legales y asegurarse de que las leyes que guardan relación con la violación, el abuso sexual y la violencia contra las mujeres las protejan de manera eficaz y debe tomar las medidas necesarias para evitar que las mujeres deban arriesgar su vida en razón de la existencia de disposiciones legales restrictivas sobre el aborto.” Asimismo, en el año 2000, el CDH (2000b) reiteró que las disposiciones que penalizan el aborto “son incompatibles con los artículos 3, 6 y 7 del Pacto y recomienda que revise la ley para establecer excepciones a la prohibición y sanción del aborto.”

En el caso bajo análisis, consideramos que la autora tenía razón en el sentido de que la ausencia de medidas para garantizar la interrupción segura del embarazo por la inviabilidad fetal, la expuso a mantener y no revertir una situación de riesgo sobre su vida. Adicionalmente, un embarazo en esas condiciones le generó depresión y un daño a su salud mental lo que a su vez afectó sus condiciones de una vida digna. Por ello, en nuestro análisis, coincidimos con el voto en disidencia cuando afirma que “La negativa del aborto terapéutico no sólo **puso en riesgo la vida de la autora sino que le produjo serias consecuencias**”, las mismas que fueron acreditadas (Subrayado nuestro). El miembro del CDH, Solari-Yrigoyen, afirma en su voto disidente que “No solo quitándole la vida a una persona se viola el artículo 6 del Pacto sino también cuando se pone su vida ante serios riesgos”. Si el CDH le dio la razón a K.LL. es porque merecía recibir el servicio de interrupción del embarazo, y esto último se puede afirmar porque se cumplieron los requisitos del Código Penal, vale decir, estar en riesgo la vida de la madre o la posible grave o permanente afectación de su salud. Si la interpretación del derecho a la vida no debe ser restrictiva, entonces una afectación grave y permanente en la salud de la madre afecta también el derecho a la vida. En ese sentido, y de manera lógica se desprende que, el Comité debió reconocer la violación del derecho a la vida y, por tanto, el incumplimiento del artículo 6 del Pacto.

4.5.2. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y EL DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL GOCE DE SUS DERECHOS.

El CDH decidió en su Dictamen declarar inadmisibles el alegado incumplimiento de los artículos 3 y 26 del Pacto, referidos a la igualdad y no discriminación, aduciendo que la autora no fundamentó debidamente la violación de estos, al no traer a consideración del CDH elementos de juicio sobre los hechos ocurridos que pudieran establecer algún tipo de discriminación a los que se refieren los citados artículos.

Los artículos mencionados están referidos al principio de igualdad y no discriminación. Así, por un lado, el artículo 3 del Pacto establece que:

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

Por otro lado, el artículo 26 del Pacto establece que:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Al respecto, el CDH tiene competencia para vigilar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y cada órgano especializado en el sistema de protección universal vigila el cumplimiento del Pacto que le dio origen. Sin embargo, una lectura integral y sistemática del Pacto, así como una lectura sistémica de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos existentes y vigentes permitirían derivar el incumplimiento de estos dos artículos en el presente caso.

El artículo 26 refiere, entonces, a la discriminación e igualdad de oportunidades de manera genérica, mientras que el artículo 3 está referido a la discriminación por razón del género (entre hombres y mujeres) respecto del goce de los derechos reconocidos en el propio Pacto. La Observación General No. 28, de 2000, sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, que reemplazó a la Observación General No. 4 de 1981, estableció que “la desigualdad que padecen las mujeres en el mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas.” (punto 5) Los Estados Partes no deben tomar solo acciones negativas sino también medidas positivas en todos los ámbitos. Asimismo, en la observación general se menciona que los Estados Partes deberán informar sobre las medidas que hubiesen adoptado para ayudar a las mujeres a prevenir embarazos no deseados y para que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida (punto 10). En este caso, precisamente, K.LL. tendría que haber optado

por someterse a un aborto clandestino, y altamente riesgoso para su vida y salud, para no continuar con un embarazo que ponía en riesgo su vida y su salud.

Asimismo, una situación, a tomar en cuenta, es que K.LL. era menor de edad en el momento en que ocurrieron los hechos. El CDH sí admitió los alegatos referidos al artículo 24 (1) del Pacto que establece que:

“1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.”

En este punto, el CDH se refirió a la falta de medidas de protección a K.LL. en tanto menor de edad, pero no hizo referencia a si esto se produjo en condiciones de discriminación o no. La Observación General No. 28 establece, precisando los alcances del artículo 24 del Pacto, que los Estados Partes tienen obligación de proteger a los niños, lo que debe cumplirse en condiciones de igualdad respecto de varones y mujeres. “Los Estados Partes deben indicar qué medidas han adoptado para velar por que las niñas sean objeto del mismo trato que los niños en cuanto a la educación, la alimentación y **la atención de salud...**” (punto 28). En este punto, la condición de mujer niña y gestante exige que los servicios de salud operen con las mayores garantías para proteger su vida y su salud, en las mismas condiciones que un niño podría tenerla. Es claro que los niños no tendrán embarazo, y precisamente por eso, en función a su particular característica de ser mujer gestante, tendrían que haberse producido formas particulares para su atención. El CDH admite y analiza en su dictamen el artículo 24 y declara que el Estado Peruano incumplió esta obligación, incumplimiento que no solo se produce por la falta general de un servicio sino porque no se atiende una condición particular de mujer.

En este sentido, desde una lectura sistémica del Pacto, los artículos 3 y 26 del Pacto habrían sido violados por el Estado Peruano, al negar un servicio de salud como sí lo recibirían otros, sin que su particular condición de mujer haya sido tomada en cuenta

para una atención especial o un mecanismo adecuado que evite mantener o poner en riesgo su vida o su salud.

Por otro lado, en términos sistémicos, es importante revisar los otros instrumentos internacionales que pueden sumar a una argumentación sobre el incumplimiento de estos hechos. Desde su formulación en 1948, con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, las Naciones Unidas han reafirmado reiteradamente que los principios de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos son principios fundamentales en la legislación internacional. El CDH podría haber derivado el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de derechos (artículo 3) y de igualdad y no discriminación (artículo 26) acudiendo a otros instrumentos internacionales en vigor en el ordenamiento peruano.

En este caso, el CDH podría haber valorado mejor el razonamiento de la víctima que alega que “las actitudes y prejuicios sociales no permitieron” que la autora recibiera el servicio de salud de interrupción del embarazo. El CDH podría haber analizado el caso como lo hizo luego el CEDAW en el caso L.C. vs. Perú, en cuanto consideró que los hechos ponen de manifiesto la violación del artículo 5 de la Convención CEDAW¹⁸, ya que “la decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre.” (CEDAW/C/50/D/22/2009, fundamento 8.15)

Asimismo, se habría violado el artículo 12 de la CEDAW sobre no discriminación que establece:

Artículo 12.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a

¹⁸ El literal a) del artículo 5 de la CEDAW afirma: Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;”

servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.”

Asimismo, la recomendación general No. 24 del Comité CEDAW establece que:

“11. Las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer. **La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria.**

Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios.”
(subrayado nuestro)

Este razonamiento hubiera permitido definir que existía una violación del derecho a la igualdad y no discriminación en el caso K.LL.

En ese sentido, si la construcción sobre la discriminación a la mujer se lee desde las reglas especializadas, que forman parte del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, y considerando que los Tratados de Derechos humanos que el Perú ha suscrito son normas vigentes para el Perú por el artículo 55 de la Constitución, entonces, resulta posible que se invoque y use una norma de otro tratado para sustentar la vulneración de derechos.

Resulta claro que la evidencia y fundamentación del incumplimiento del artículo 3 y 26 se sustenta con la sola ausencia de mecanismo o procedimiento o norma que garantice de manera plena la atención de salud, así como la ausencia de una decisión utilizando la

lex artis de la profesión en sí misma constituyen hechos discriminatorios. El solo hecho de ser mujer y tener un embarazo exige un tratamiento diferenciado y así lo ha reconocido la CEDAW, por tanto, el Comité podría haber analizado correctamente estos alegatos sometiéndolos a análisis sistémicos, de haberlos declarado admisibles.

Alguien podría argumentar que finalmente el derecho a la salud no está explícitamente contemplado en el Pacto. Sin embargo, es materia de otro Pacto del Sistema Universal, y también es parte del derecho interno nacional. Asimismo, la afectación del derecho a la vida implica no sólo la finalización de la existencia, como hemos visto, sino también condiciones de vida digna, y si en este caso se generan daños a la salud mental y, eventualmente, también físicas, la vida digna se ve afectada también.

Como menciona Salmón (2010, p. 66), en la práctica, tanto el Sistema Interamericano como el Sistema Internacional han vinculado los derechos por su carácter interrelacionado e interdependiente, generando pronunciamientos en los que se aplican diversos tratados de manera complementaria, para darle unidad sistémica a los derechos humanos.¹⁹ Y también los tribunales nacionales han seguido esta tendencia. Salmón (2010, p. 68-69) cita los casos del Tribunal Colombiano y Constitucional.²⁰

Por ello, el CDH podría haber valorado mejor estos argumentos y construido una sustentación válida sobre la violación de estos derechos por parte del Estado peruano.

4.6. UN ENFOQUE BASADO EN DERECHOS EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: INTERSECCIONALIDAD Y SERVICIOS DE SALUD LIBRES DE DISCRIMINACIÓN.

El caso de K.LL. tiene gran relevancia no sólo por las consecuencias jurídicas referidas al reconocimiento de la violación de los derechos humanos y la reparación recibida por la víctima, sino, también y especialmente, porque se ha convertido en un *leading case* por dejar en evidencia la importancia y necesidad de que las políticas públicas del Estado se

¹⁹ Ver Caso Zwaan de Vries vs. Países Bajos del CDH (1987); Caso Derksen y Bakker vs. Países Bajos, también del CDH (2004).

²⁰ En el Perú, ver Caso Azanca Alhelí Meza García (2004).

elaboren con un enfoque basado en derechos humanos (EBDH). Este enfoque consiste en una estrategia metodológica que permite y exige la incorporación de criterios basados en el contenido de los derechos para lograr su realización, tanto como en un criterio ético que coloca a la persona humana como centro de atención de las decisiones públicas (Alza, 2014; Eyben, 2004; Abramovich, 2006).

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el PactoDESOC) hace referencia al “más alto nivel posible de salud física y mental”, lo que implica, según la Observación General No 12, que no solo se limita al derecho a la atención de la salud, no debe entenderse como un derecho a estar sano, sino que entraña libertades y derechos sobre el control de la salud, del cuerpo, a no padecer injerencias, torturas y **contar con un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud** (punto 8 y subrayado nuestro). Esta Observación también señala expresamente la **obligación de los Estados de eliminar las barreras de acceso a los servicios, en particular a las mujeres, en las situaciones vinculadas a sus derechos sexuales y reproductivos** (punto 21).

En el ámbito nacional, el TC afirmó con ocasión del caso Azanca Meza García que:

“Los servicios públicos de salud cobran 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.” (Exp. 2945-2003-AA/TC, Fundamento Jurídico 30).

En ese sentido, un tema central derivado de este caso, como tantos otros en la experiencia en Perú y América Latina, es considerar que el diseño e implementación de programas públicos de salud a través de las políticas públicas debe tomar en cuenta que una atención integral de salud sexual y reproductiva abarca cuatro elementos interrelacionados y esenciales derivados de los tratados internacionales y las observaciones generales que los desarrollan:

- la **disponibilidad del servicio**, algo que no ha sido cumplido en este caso al no existir procedimientos con criterios claros, y no existir tampoco una incorporación del

servicio de manera regular y cierta en los hospitales públicos, o permitir que la objeción de conciencia o los criterios ideológicos o creencias pongan obstáculos a la disponibilidad del servicio. Recordemos que, habiendo estado mencionado en el Código Sanitario, la interrupción del embarazo por grave riesgo a la salud y vida de la madre gestante se eliminó con la aprobación de la nueva Ley General de Salud, pero no por ello dejaba de ser un servicio requerido.

- También debe cumplirse la **accesibilidad, física y económica (asequibilidad)**, así como accesibilidad de la información.
- También debe ser **aceptable** de acuerdo con las características de las personas, lo que en este caso implica tener protocolos y procedimientos claros para la atención de menores de edad.
- Y, finalmente, la **calidad**, que implica un personal de atención de la salud formado y capacitado, lo que en este caso tampoco se cumplió pues los médicos no se veían capacitados suficientemente para prestar el servicio de interrupción del embarazo.

En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha señalado respecto del deber de respetar como obligación positiva, en tanto demanda medidas concretas para realizar el cumplimiento del convenio y, por tanto, la vigencia de los derechos, que:

“Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar públicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (...)

La obligación de garantizar (...) no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la

existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.²¹

Por otro lado, los servicios de salud, mirados con un enfoque de derechos humanos, también requieren ser diseñados e implementados considerando la interseccionalidad esencial de la realidad humana. K.LL. no sólo era mujer sino también menor de edad, como otras lo pueden ser extremadamente pobres o con discapacidad, indígenas o afrodescendientes. La discriminación y la violación de los derechos no se produce sólo en una esfera, ni tampoco solo basados en un criterio, sino en muchos a la vez. Esto agrava la situación, y también exige nuevos retos. Recordemos que la Observación General No. 14, orientando la interpretación del Pacto DESOC, afirma que “el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular a la **dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, no ser sometidos a torturas, entre otros**”. (Punto 3)

Por otro lado, la exigencia de un servicio de salud adecuado para las mujeres en riesgo de muerte es aún mayor cuando se tiene que luchar contra prejuicios, tradiciones e ideologías profundamente embebidas en la sociedad, o temores de los actores que deben implementar los servicios públicos. En este caso, la desatención en el Hospital tiene al menos tres explicaciones posibles, eventualmente convergentes, y que el Estado debió prever para cumplir con respetar y proteger el derecho:

- **Machismo estructural**, que mantiene en médicos y personas en general una visión socialmente aceptada de que la mujer es fundamentalmente un sujeto reproductor, por tanto “debe ser” madre y la vida del concebido debe ser protegida por sobre todas las cosas, aún a costa de su vida o su salud. Aunque esto no se explicita en el caso de K.LL., es común que las justificaciones traduzcan esta forma de pensar que corresponde a criterios morales religiosos y conservadores.

²¹ CortelIDH Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia del 29 de julio de 1988 (§166-167). Ver también Observación General No. 31 del CDH.

- **Temor a la criminalización.** Los médicos temen una eventual denuncia penal por realización del aborto sin que se cumplan los requisitos. La alusión a otros artículos del código penal sobre aborto permite observar el desconocimiento sobre asuntos jurídicos básicos relacionados a su profesión, así como un eventual temor como causal de por qué no se quería realizar la interrupción del embarazo.
- **Objeción de conciencia.** Esta causal no ha sido presentada en este caso por ninguno de los médicos involucrados. Sin embargo, existen voces desde la sociedad civil más conservadora y religiosa, así como de parte de sectores entre los médicos que clama por una regulación más clara al respecto en la Guía Nacional. De ocurrir el caso, la objeción de conciencia debe ser respetada al ser un derecho reconocido y que debe ser garantizado, tanto como el de la madre a no correr riesgos en su vida. Para ello, el sistema del servicio público o privado médico debe prever mecanismos de gestión eficaz que no pongan en riesgo la vida de la madre, como la atención por otros médicos del centro, y cuando no sea posible la “referencia” a otros centros hospitalarios, o la creación de Juntas Médicas urgentes para resolver en el más breve plazo, entre otras medidas.

Finalmente, el caso también pone en evidencia cómo la legislación por sí misma no cambia la realidad, y que las ideologías, creencias y cosmovisiones afectan la implementación de estas, y, a su vez, mantienen y hasta reafirman la existencia de patrones de conducta que afectan los derechos de mujeres, personas con habilidades diferentes, niños y niñas, población lgbtiq+, afroperuanos, entre otras.

La despenalización del aborto en 1924 debía conducir no sólo al reconocimiento de que no es una conducta típica para el derecho penal, sino sobre todo al diseño e implementación de servicios públicos que permitan que la mujer embarazada cuya vida o salud está en riesgo grave, y no habiendo otro medio de evitarlo, pueda recurrir al servicio médico. Sin embargo, en el lenguaje cotidiano se habla de la figura del “aborto” terapéutico, categoría que el lenguaje conduce a relacionar con el crimen, generando

aversión y ciertamente también confusión entre los operadores del sistema de salud. Sin perjuicio de la necesidad de despenalizar el aborto, es preciso comprender que en este caso estamos ante un servicio *de salud para interrumpir el embarazo con riesgo grave para la vida o salud de la madre*. El derecho requiere ineludiblemente de construcciones discursivas, tanto retóricas como hermenéuticas, cargadas de ideas, argumentos y principios, exigiendo justificaciones razonables y lógicas. Es lo que permite pasar en la filosofía del mito al logos, tanto como del mundo absolutista a la construcción de la modernidad, de la república democrática basada en el derecho.

5. CONCLUSIONES

1. El Estado Peruano incumplió los artículos 2 (1), 3, 6, 7, 17, 24 (1), y 26 del Pacto al violar los derechos humanos de K.L.L, tanto porque no hubo mecanismos y criterios claros que permitan la aplicación de la interrupción del embarazo por riesgo de muerte o afectación grave o permanente de la salud, despenalizada desde 1924, como por la no razonable negativa a realizar la interrupción del embarazo en el Hospital público, habiendo podido actuar bajo los criterios de la *lex artis* de los médicos. Así también, el Estado Peruano incumplió la obligación de responder establecida en el artículo 4 del Protocolo Facultativo, al no enviar ninguna información o respuesta ante las imputaciones alegadas por la autora de la comunicación.
2. A diferencia de lo establecido por el dictamen, concluimos de nuestro análisis que el Derecho a la Vida reconocido por el artículo 6 del Pacto sí fue violado, a diferencia de lo que sostiene el CDH, toda vez que la vida no se debe entender de manera restrictiva sino más bien como el cese de la vida, como la afectación de la salud o de las condiciones que permitan una vida digna. Esto ha sido reconocido por la Observación General No. 36, sobre el derecho a la vida. En el caso, la vida estuvo en riesgo dada la negativa de la realización de la interrupción del embarazo, y las secuelas en la salud mental de la víctima afectan también su proyecto de vida y su vida digna. La salud mental está incluida en la más alta

condición de salud que puede tener una persona, por lo tanto, se debe considerar a efectos de identificar el daño sobre la vida y la salud de la persona.

3. La ausencia de un protocolo, tanto como la falta de disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios públicos sea por creencias, ideologías, temores a la sanción o razones de objeción de conciencia de los médicos, constituyen prácticas en sí mismas discriminatorias para las mujeres, toda vez que se basan en visiones machistas y de roles asignados socialmente a las mujeres, impidiendo que gocen de los servicios de salud como ocurre con los hombres y con otras mujeres en general. La particular situación de embarazo y riesgo de afectación de la vida y salud, ameritarían el aseguramiento de mecanismos que permitan garantizar las prestaciones del servicio de salud a las mujeres. Por tanto, el Estado Peruano ha violado también el artículo 3 y 26 referidos a la igualdad y no discriminación.
4. El Estado Peruano nunca respondió a los pedidos de información y contradicción de los hechos alegados por las partes. Esto constituye un incumplimiento del deber de informar y responder que tienen los Estados Parte producto de su sujeción soberana al Pacto y al Protocolo Facultativo. El CDH ha sido tímido en afirmar en el Dictamen que hay solo una mención implícita de este deber, cuando en realidad hay un “deber” de los Estados Parte, lo que ha reconocido tiempo después en la Observación General No. 33.
5. El caso cumple con todos los requisitos de forma que le permiten acudir al CDH, inclusive los relacionados al agotamiento de las vías previas. La autora plantea en sus alegatos que no podía agotar las vías previas porque hay una permanente forma de comprender y decidir estos hechos, basados en prejuicios y razones de género. Asimismo, los hechos ya se habían producido por lo que lo que quedaba era una indemnización y reconocimiento de la responsabilidad del Estado. Sin embargo, también era importante llevar el caso ante el CDH para lograr un pronunciamiento sobre la validez del aborto terapéutico, su carácter no criminal y la necesidad de asegurar servicios médicos para las mujeres en estas

circunstancias. Esto se logró mediante el uso de *litigio estratégico en un tema de derechos humanos*.

6. Finalmente, es indispensable anotar que el caso de K.L.L. no es uno de “aborto” sino de un servicio público que no fue prestado, ni estaba debidamente implementado, producto de criterios ideológicos, creencias y temores, y - seguramente también- falta de capacitación debida para comprender que el aborto terapéutico no es un delito en el sistema jurídico peruano. Esto conduce a pensar que la interrupción del embarazo por riesgo de afectación a la vida o la salud de la madre constituye un servicio público en la política pública de salud, lo que debe ser diseñado e implementado con enfoque de derechos humanos, colocando al centro la vida de la persona y reconociendo que el legislador al descriminalizar la conducta hizo un test de ponderación que termina prefiriendo la vida de la madre como resultado válido. Políticas públicas con enfoque de derechos son indispensables para garantizar la vida, salud y no discriminación de las mujeres, y, en general, de toda persona.

6. BIBLIOGRAFÍA

Abad, S. (2008). Validez constitucional del aborto terapéutico en el ordenamiento jurídico peruano. Lima: PROMSEX.

Abramovich, V. (2006). Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. Revista de la CEPAL 88, abril, 2006, p. 35-50.

Alayo, F. (2017). El aborto terapéutico seguirá vigente por decisión judicial. El Comercio, 11 de julio de 2019. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/peru/judicial-declara-infundada-demanda-buscaba-eliminar-aborto-terapeutico-noticia-ecpm-654541-noticia/?ref=ecr>

Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22, Núm. 66, set-dic, 2002. Texto aparecido originalmente en Alexy, R. (2001). Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda reimpresión, 2001.

Alza, C. (2013). El enfoque basado en derechos. ¿Qué es y cómo se aplica a las políticas públicas? En: Burgogue-Lasen, Laurence et al. (Coord.) Derechos Humanos y Políticas Públicas. Manual publicado por la Red de Derechos Humanos y Educación Superior y la Universidad Pompeu Fabra. ISBN: 978-84-617-0015-8, pp.51-78. Recuperado de: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHPP_Guia_practicas.pdf

Arancibia, J., (2010). The intensity of judicial review in the commercial context: deference and proportionality, en Forsyth, C.; Elliot, M.; Jhaveri, S.; Ramsden, M., and Scully-Hill, A. (Editors). Effective judicial review. A cornerstone of good governance. Oxford: Oxford University Press, pp. 287-299.

Aspilcueta Gho, D., & Ramos, I. (2015). Proceso de aprobación e implementación 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.” Para atender casos de aborto por causal salud (*sic*) o terapéutico en el Perú. *Anales De La Facultad De Medicina*, 76(4), 397-406. <https://doi.org/10.15381/anales.v76i4.11410>

Atienza, M. (2010). Análisis de algunos problemas bioéticos. En: Atienza, M. (2010). Bioética, Derecho y Argumentación. Segunda edición. Lima: Palestra Editores /Editorial Themis, pp. 101-164.

Bernal, C. (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Tercera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Cançado, A. (1994). “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.” En: Estudios básicos de derechos humanos. San José de Costa Rica: IIDH, 1994.

Caro, J. (2008). Sobre la relevancia del protocolo médico para la concreción del riesgo permitido en el aborto terapéutico. IUS La Revista No. 36.

Centro de Conciliación Extrajudicial Gratuito Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Sede Miraflores. (2015). Acta de Conciliación con Acuerdo Total. Acta de Conciliación No. 509-2015.CCG/SC. EXP. 400-2015-JUS. Autorizado su Funcionamiento por Resolución Ministerial Nro. 207-2000-JUS.

Centro de Derechos Reproductivos y PROMSEX al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2014). Informe de las organizaciones peticionarias sobre la actuación del Estado peruano respecto del Dictamen emitido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en el caso de L.C. contra Perú – Comunicación No. 22/2009 (L.C. v. Perú). Recuperado de: <https://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/25%20JUN%2014%20Informe%20implementaci%C3%B3n%20LC%20v%20Peru%20%28CRR%20Promsex%20Junio%202014%29%20AS%20FILED.pdf>

Chávez, S. (2013). Aborto terapéutico, ausencia injustificada en la política sanitaria. Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública, 2013, Vol. 30(3), p.1.

Coffey, V. & Jessop, W.J.E. (1957). A study of 137 cases of anencephaly. British Journal prev.soc.Med. (1957), 11, pp. 174-180.

Dador, J.. La discriminación de género en la ley penal. La discriminación de género dentro del matrimonio y la inaplicabilidad del aborto atenuado por violación sexual. IDL, Lima, 1999.

Dador, J. (2010). El aborto terapéutico en el Perú. Lima: PROMSEX.

De la Cruz, D. (2020). La sanción por falta de idoneidad en la prestación de servicios de salud ¿Puede llegar a restringir el derecho de objeción de conciencia? El caso del aborto terapéutico. IUS Revista de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santa Toribio de Mogrovejo. Vol. 9. N° 1 (2020): 62-82

Detrait ER, George TM, Etchevers HC, Gilbert JR, Vekemans M, Speer MC. Human neural tube defects: developmental biology, epidemiology, and genetics. Neurotoxicol Teratol. 2005 maio-jun;27(3):515-24. Epub 5 mar 2005. Review.

Díaz, J.C. y Ramírez, B. (2013). El aborto y los derechos fundamentales. Análisis de la constitucionalidad de la prohibición penal de la interrupción del embarazo en supuestos de violación sexual y de malformaciones fetales incompatibles con la vida extrauterina. Lima: PROMSEX,

Eyben, R. (2004). Donors, Rights-based Approaches and Implications for Global Citizenship: A Case Study from Peru. Kbeer, 2004.

Faúndez, H. (2004). Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano. En: Volio, L. (Coord.) (2004). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Su jurisprudencia sobre el debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión. Tomo II. San José de Costa Rica, Editorama, 2004.

Ferrando D. (2002). Clandestine Abortion in Peru, Facts and Figures. Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán y Pathfinder International. Lima, Abril. 36 p. ISBN: 9972-610-40-3

Guevara, E. (2015). Interrupción terapéutica del embarazo en el Instituto Nacional Materno Perinatal, Perú, 2009-2013. Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia, s/n, p. 19-30.

Gerds C, Vohra D, Ahern J. Measuring unsafe abortion related mortality: a systematic review of the existing methods. PloS one. 2013;8(1): e53346 citado por Taype-Rondan A., Merino-Garcia N. (2016). Hospitalizaciones y muertes por aborto clandestino en Perú: ¿Qué dicen los números? [carta]. Rev Peru Med Exp Salud Publica. 2016;33(4):829-30. doi: 10.17843/rpmesp.2016.334.2573

IOP-PUCP & PROMSEX (2018). El aborto en cifras: Encuesta a mujeres en el Perú. Encuesta realizada por el IOP PUCP por encargo de PROMSEX, 2400 encuestas a mujeres entre 18 y 49 años de edad en el ámbito urbano en hogares de las 25 regiones del Perú. Lima: PROMSEX.

Jarvis Thomson, J. (1971). A Defense of Abortion. Philosophy & Public Affairs, Vol. 1, no. 1 (Fall 1971). Reprinted in "Intervention and Reflection: Basic Issues in Medical Ethics," 5th ed., ed. Ronald Munson (Belmont; Wadsworth 1996). pp 69-80. Recuperado de: <http://spot.colorado.edu/~heathwoo/Phil160,Fall02/thomson.htm>

La Ley, (2020). ¿Por qué razones se ratificó la constitucionalidad de la guía del aborto terapéutico? La argumentación de la Primera Sala Civil de Lima. 21 de enero de 2020. Recuperado de: <https://laley.pe/art/9140/por-que-razones-se-ratifico-la-constitucionalidad-de-la-guia-del-aborto-terapeutico>

Martinez, J. y Zúñiga, F. (2011). El principio de razonabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales, Año 9, NO. 1, 2011, pp. 199-226.

Mavila, R. (2014). ¿Debe el Estado aprobar el protocolo del aborto terapéutico? Columna Colaboradores. 11 de abril de 2014. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/debe-aprobar-protocolo-aborto-terapeutico-309207-noticia/>

MINSA (2020). Sistema de Registro del Certificado de Nacido Vivo en línea. Recuperado de: <https://www.minsa.gob.pe/cnv/>

Naidich, T. P., Altman, N. R., Braffman, B. H., McLone, D. G., & Zimmerman, R. A. (1992). Cephaloceles and related malformations. *AJNR. American journal of neuroradiology*, 13(2), 655–690. Recuperado de: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/1566723/>

Ramón, A. (2011), "Entre la acción y la espera: el acceso al aborto legal en América Latina". En CABRERA, Oscar et al. Los derechos reproductivos: un debate necesario. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex), pp. 25-43.

Redacción El Mundo, (2019). "La historia de Karen Llantoy, a quien Perú pidió perdón por impedirle abortar." 9 de marzo 2019. Recuperado de El Espectador web site <https://www.elespectador.com/noticias/el-mundo/la-historia-de-karen-llantoy-a-quien-peru-pidio-perdon-por-impedirle-abortar/>

Rekosh, E., Buchko, K. y Terzieva, V. (Ed.). (2001). Pursuing the Public Interest. A Handbook for legal professionals and activists. Public Interest Law Initiative in Transitional Societies. Columbia Law School.

Ruiz, A. (1996); "El aborto: un problema pendiente". Leviatán. Madrid, II Época, número 63, pp. 91-106. Consulta: 24 noviembre de 2012.

Ruiz, A. (2002). "El aborto, entre la ética y el derecho". Telos. Revista iberoamericana de estudios utilitaristas. Santiago de Compostela, volumen 11, número 2, pp. 105-124.

Sánchez, J. (2011). Análisis del Aborto Derivado de Casos de Violación Sexual dentro del Modelo Jurídico Vigente en el Perú: Una Aproximación Desde los Fundamentos Filosóficos del Artículo Primero de La Constitución Política del Perú. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. Recuperado de: [Análisis del aborto derivado de casos de violación sexual dentro del modelo jurídico vigente en el Perú : una aproximación desde los fundamentos filosóficos del artículo primero de la Constitución Política del Perú \(pucp.edu.pe\)](#)

Salazar, E. (2019) Abortar en Perú: cuando víctima y familiares son llevados a cárcel. Portal Ojo Público. 22 de octubre de 2019. Basados en datos del MINSA. Recuperado de: <https://ojo-publico.com/1411/abortar-en-peru-victima-y-familiares-son-llevados-carcel>

Salmón, E. (1994). Derechos Humanos en América Latina. Comentarios a la Declaración de San José sobre los Derechos Humanos. Revista de la Asociación para las Naciones Unidas en España. No. 1, IV época, Barcelona, 1994.

Salmón, E. (2006). Miradas que construyen: perspectivas multidisciplinares sobre los derechos humanos. Lima: IDEHPUCP/PUCP, 2006.

Salmón, E. (2010). Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano: el artículo 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y El Camino hacia una lectura social de los derechos civiles y políticos. Lima: GIZ.

Sentencia completa obtenida de LA LEY. (2020). ¿Por qué razones se ratificó la constitucionalidad de la guía del aborto terapéutico? LA LEY. El ángulo de la noticia,

martes 21 de enero de 2020. Recuperado de: <https://laley.pe/art/9140/por-que-razones-se-ratifico-la-constitucionalidad-de-la-guia-del-aborto-terapeutico>

SPIJ, (2020). Sistema Peruano de Información Jurídica. Lima: MINJUS. Recuperado de: [SPIJ - Sistema Peruano de la Información Jurídica \(minjus.gob.pe\)](http://SPIJ - Sistema Peruano de la Información Jurídica (minjus.gob.pe))

Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología (SOGE) (2005). Relato Final del Taller de Sociedades Médicas para identificar el perfil clínico para el aborto terapéutico del Comité de Derechos Sexuales y Reproductivos. Lima: SPOG/PROMSEX, citado por Chávez, S. (2013). Aborto terapéutico, ausencia injustificada en la política. Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública, Vol. 30 (3).

Sousa, R. (2018). Correo. Opinión. 24 de junio de 2018. Recuperado de: <https://diariocorreo.pe/opinion/insolito-la-cidh-callos-caviars-826396/>

Tafari, L.(2020). Embryology, Anencephaly. En: StatPearls [Internet]. Treasure Island (FL): StatPearls Publishing; 2020 Jan-. Available from: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK545244/>

Tapia, S. (2018). La CIDH. El aquelarre caviar. La Razón. 14 de setiembre de 2018. Recuperado de: <https://larazon.pe/la-cidh-el-aquelarre-caviar/>

Távora Orozco, L. (2015). Presentación del Simposio Acceso al Aborto Terapéutico en el Perú. *Anales De La Facultad De Medicina*, 76(4), 393-395. <https://doi.org/10.15381/anales.v76i4.11409>

Taype, A., Merino, N. Hospitalizaciones y muertes por aborto clandestino en Perú: ¿Qué dicen los números? [carta]. *Rev Peru Med Exp Salud Pública*. 2016;33(4):829-30. doi: 10.17843/rpmesp.2016.334.2573 (15) (PDF) Hospitalizaciones y muertes por aborto clandestino en Perú: ¿Qué dicen los números? Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/313788043_Hospitalizaciones_y_muertes_por_aborto_clandestino_en_Peru_Que_dicen_los_numeros

Ugaz, J. (2000). "Los aportes del Derecho Penal y la despenalización del aborto". En *Mortalidad materna y aborto inseguro. Enfrentando la realidad*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán / Demus Estudio para la defensa de los derechos de la mujer.

Varsi, E. (2001). *Derecho médico peruano*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.

Vásquez, R. (2019). Hipocresía. *Político.pe*. Opinión. Recuperado de: <https://www.politico.pe/hipocresia/>

Villanueva, R. (1996). El aborto: un conflicto de derechos humanos". En GONZALES AMUCHÁSTEGUI, Jesús et al. *Derechos humanos de las mujeres. Aproximaciones conceptuales*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, pp. 187-217

Walker, J. (1954). In "Mechanisms of Congenital Malformation". Association for the Aid of Crippled Children, New York.

Yrigoyen, R. (2007). El litigio estratégico en derechos humanos, 4 (Informe para la Fundación Soro sobre litigio estratégico en Guatemala, Guatemala.

Sentencias y dictámenes

CDH, (1996). Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de Conformidad con el Artículo 40 del Pacto. Observaciones preliminares del Comité de Derechos Humanos. PERU. CCPR/C/79/Add.67. 25 de julio de 1996.

CDH, (2000a). Dictamen. Comunicación No. 760/1997. Caso Diergaardt et al. vs. Namibia. CCPR/C/69/D/760/1996. 25 de julio de 2000. Recuperado de: [Diergaardt v. Namibia, Comm. 760/1997, U.N. Doc. A/55/40, Vol. II, at 140 \(HRC 2000\) \(worldcourts.com\)](http://www.worldcourts.com)

CDH, (2000b). Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de Conformidad con el artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. PERU. CCPR/CO/70/PER. 15 de noviembre de 2000. Recuperado de: [Comité de Derechos Humanos \(CCPR\) – Perú \(2000\) – ACNUDH](http://www.unhcr.org/refugees/refugees.html)

CDH (2013). Observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Perú aprobadas por el Comité de Derechos Humanos. CCPR/C/PER/CO/5, del 11 a 28 de marzo de 2013. Recuperado de: [untitled \(promsex.org\)](http://www.promsex.org)

CDH (1987). Caso Zwaan de Vries vs. Países Bajos. Comunicación No. 182/1984.

CDH (2004). Caso Derksen y Bakker vs. Países Bajos. Comunicación No. 976/2001.

CDH, (2003). Dictamen. Comunicación No. CCPR/C/85/D/1153/2003. 22 de noviembre de 2005.

CDH, (2004). Dictamen. Comunicación No. 1117/2002, Caso Saodat Khomidova v. Tajikistan. CCPR/C/81/D/1117/2002. 25 de agosto de 2004.

CDH, (2013). Dictamen. Comunicación No. 2324/2013. Caso A.J.M. vs. Irlanda.

Observación General No. 20. Del Comité de Derechos Humanos. Reemplaza a la Observación General No. 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (art. 7). 1992.

Observación General No. 28 del Comité de Derechos Humanos. Sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres. 2000.

Observación General No. 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. 2004.

Observación General No. 33. Obligaciones de los Estados Parte con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. CCPR/C/GC/33. 25 de junio de 2009. Recuperado de: [Descargar los órganos de tratados \(ohchr.org\)](#)

Observación General No. 36. Artículo 6: derecho a la vida. 2019. Recuperado de: [G1926118.pdf](#)

Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. E/C.12/2000/4.

Comité de la CEDAW. Caso L.C. vs. Perú. Comunicación No. 22/2009. Dictamen CEDAW/C/50/D/22/2009. Recuperado de: El Caso L.C Perú ante El Comité CEDAW by Promsex - issuu

CEDAW (1995). Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones Finales del Comité: Mauricio. Suplemento No. 38. A/50/38. Del 16 de enero a 3 de febrero de 1995.

CEDAW (2007). Concluding comments of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Peru. CEDAW/C/PER/CO/6 del 15 de enero al 2 de febrero de 2007. Recuperado de: [CEDAW/C/PER/CO/6 - E - CEDAW/C/PER/CO/6 - Desktop \(undocs.org\)](#)

CDESC. (2012). Observaciones finales del Comité sobre el tercer informe periódico de Ecuador. E/C.12/PER/CO/2-4, del 30 de noviembre de 2012. Recuperado de: [Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales \(CESCR\) – Ecuador \(2012\) – ACNUDH](#)

Tribunal Constitucional del Perú . Caso Azanca Meza García. Exp. 2945-2003-AA/TC.

Tribunal Constitucional. Exp. NO. 00774-2005-HC/TC, Sobre clases de Hábeas Corpus.

Tribunal Constitucional del Perú. Recurso extraordinario interpuesto por Azanca Alhelí Meza García contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente N° 2945-2003-AA/TC. 20 de abril de 2004

Tribunal Supremo Español. STS 1084/2018

9no. Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente No. 2148-2011-0-1801-JR-CI-09.

Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica. Expediente No. 00113-2015-Q/TC.

Primera Sala de la Corte de Justicia Civil de Lima. Proceso de Acción Popular. Asociación Centro de Estudios Santo Tomás Moro vs. MINSA. EXP. No. 00058-2018-0-1801-SP-CI-01 (Ref. Sala: 225-2018-0).

Sala Penal Permanente en Casación. Expediente No. 334-2019-ICA).

Corte Superior de Justicia de la Libertad. Tercera Sala Penal Superior. Expediente No. 1525-2011-78. Sentencia de Apelación. Recuperado de: Responsabilidad médica en lesiones culposas graves [Exp. 1525-2011-78] | LP (lpderecho.pe)

TRATADOS Y PACTOS

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (El Pacto)

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Convención sobre los Derechos del Niño

Reglamento del Comité de Derechos Humanos. CCPR/C/3/Rev.7 del 4 de agosto de 2004.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/2000/4, CESCR. 11 de agosto de 2000. Recuperado de: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/2000/4 (acnur.org)

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2004). Observación General No. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. 26 de mayo de 2004. Recuperado de: [Descargar los órganos de tratados \(ohchr.org\)](https://www.ohchr.org/es/doc.aspx?docid=10243)

NORMAS NACIONALES

Constitución Política del Perú 1993

Código Procesal Constitucional, Ley No. 28237

Código Penal de 1924, Ley No. 4868, del 11 de enero de 1924.

Código Penal de 1991, Decreto Legislativo NO. 638, del 25 de abril de 1991.

Ley No. 26842, Ley General de Salud, del 20 de julio de 1997.

Ley No. 27775, Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por Tribunales Supranacionales, del 5 de julio de 2002.

Decreto Supremo No. 026-2015-SA, Decreto Supremo que aprueba Reglamento del Procedimiento de Transferencia de Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI a la Superintendencia Nacional de Salud - SUSALUD, en el marco del Decreto Legislativo N° 115813 de agosto de 2013.

Resolución Ministerial No. 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 menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119º del Código Penal”, del 28 de junio de 2014.

ANEXO 1

EL ABORTO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991

EL ABORTO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991		
MODALIDAD	DESCRIPCIÓN DEL TIPO PENAL	SANCIÓN
Autoaborto (artículo114)	La mujer que cause su aborto o consiente que otro lo practique.	Penal privativa de libertad no mayor de 2 años, o prestación de servicio comunitario de 52 a 104 jornadas.
Aborto consentido (artículo115)	El que causa el aborto con el consentimiento de la gestante.	Penal privativa de libertad no menor de 1 ni mayor de 4.
	Sobreviene la muerte de la mujer y autor pudo prevenirla.	Penal privativa de libertad no menor de 2 ni mayor de 5.
Aborto sin consentimiento (artículo116)	El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento.	Penal privativa de libertad no menor de 3 ni mayor de 5.
	Sobreviene la muerte de la mujer y autor pudo prevenirla.	Penal privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10.
Circunstancia agravante (artículo117)	El médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia o arte para causar el aborto.	Penal privativa de libertad establecida en las modalidades de aborto consentido y sin consentimiento e inhabilitación. La inhabilitación producirá incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero la profesión; así como la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiera servido el agente para cometer el delito.
Aborto preterintencional (artículo118)	El que con violencia ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo.	Penal privativa de libertad no mayor de 2 años o con prestación de servicio comunitario de 52 a 104 jornadas.
Aborto terapéutico (artículo119)	Aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.	No es punible.
Abortos atenuados (artículo120)	Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual o de inseminación artificial no consentida, fuera del matrimonio; siempre que los hechos hubieran sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente.	Penal privativa de libertad no mayor de 3 meses.
	Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.	Penal privativa de libertad no mayor de 3 meses.

Fuente: Código Penal. Elaboración: María Jennie Dador.

ANEXO 2

NACIONES
UNIDAS

CCPR



**Pacto Internacional
de Derechos Civiles
y Políticos**

Distr.
RESERVADA*

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

Original: ESPAÑOL

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

DICTAMEN

Comunicación No. 1153/2003

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

* Se divulga por decisión del Comité de Derechos Humanos.

GE.05-45156

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

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

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

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

Artículos del Protocolo Facultativa 2

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

[ANEXO]

ANEXO

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

-85º PERÍODO DE SESIONES-

respecto de la

Comunicación No. 1153/2003**

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

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

Reunido el 24 de octubre de 2005,

Habiendo concluido el examen de la comunicación Nº 1153/2003, presentada en nombre de Karen Noelia Llantoy Huamán con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

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

Aprueba el siguiente:

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

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

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

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

Antecedentes de hecho

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La denuncia

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

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

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

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

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

3.5 La autora recuerda que el Comité ha señalado que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no solo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral, y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores¹. Recuerda que el mismo Comité, al examinar el reporte del Perú en 1996 opinó que las normas restrictivas sobre el aborto sometían a las mujeres a un trato inhumano, contrariando el artículo 7 del Pacto; y que en 2000, el Comité reiteró al Estado parte que la penalización del aborto era incompatible con los artículos 3, 6 y 7 del Pacto².

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Deliberaciones del Comité

Examen relativo a la admisibilidad

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

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

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

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

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

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

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

Examen relativo al fondo

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

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

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

⁵ Véase Comunicación Nº 802/1998, *Andrew Rogerson c. Australia*; Dictámen del 3 abril 2002, pár.79.

cuenta su edad. El Comité observa que esta situación podía preverse, ya que un médico del hospital diagnosticó que el feto padecía de anencefalia, y sin embargo, el director del hospital Estatal se negó a que se interrumpiera el embarazo. La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión de Comité, la causa del sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar. El Comité ha señalado en su Observación General No.20 que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no solo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores⁶. Ante la falta de información del Estado parte en este sentido, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora. En consecuencia, el Comité considera que los hechos que examina revelan una violación del artículo 7 del Pacto. A la luz de esta decisión, el Comité no considera necesario, en las circunstancias del caso, tomar una decisión relativa al artículo 6 del Pacto.

6.4 La autora afirma que al negarle la posibilidad de una intervención médica para suspender el embarazo, el Estado parte interfirió de manera arbitraria en su vida privada. El Comité nota que un médico del sector público informó a la autora que tenía la posibilidad de continuar con el embarazo o de suspenderlo de acuerdo con la legislación interna que permite que se practiquen abortos en caso de riesgo para la salud de la madre. Ante la falta de información del Estado parte, debe darse el peso debido a la denuncia de la autora en el sentido de que cuando los hechos ocurrieron, las condiciones para un aborto legal, conforme a lo establecido por la ley, estaban presentes. En las circunstancias del caso, la negativa de actuar conforme a la decisión de la autora, de poner fin a su embarazo, no estuvo justificada y revela una violación del artículo 17 del Pacto.

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

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

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

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

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

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

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

APÉNDICE

VOTO EN DISIDENCIA DEL MIEMBRO DEL COMITÉ HIPOLITO SOLARI-YRIGOYEN

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

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

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

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

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

[Firmado]: Hipólito Solari-Yrigoyen

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