

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA
FRENTE A LA IDONEIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE
SALUD**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

AUTORA

DIANA MILAGROS DE LA CRUZ CARRANZA

ASESORA

Mtra. ERIKA JANET VALDIVIESO LÓPEZ

Chiclayo, 2019

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación está dedicado con mucho amor y cariño a Pascual y María, mis padres, quienes han contribuido en gran medida en mi formación personal y profesional. A mis hermanos, que con su apoyo me han alentado a continuar en este largo camino.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, agradezco a Dios por haberme permitido lograr una de mis metas propuestas. Asimismo, agradezco a mi querida asesora Erika Valdivieso López, quien ha sido mi guía y parte fundamental para culminar la elaboración de este trabajo, y quien además me motivó académica y moralmente para no desfallecer en el camino.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo general establecer criterios objetivos para el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia cuando este se encuentra en un aparente conflicto frente a la idoneidad en la prestación de servicios de salud (específicamente en los casos de aborto terapéutico), siendo necesario abordar el tema de la objeción de conciencia, específicamente en servicios de salud, asimismo, resulta necesario analizar el deber de idoneidad en la prestación de los servicios sanitarios teniendo en cuenta el caso de la Clínica El Golf (recaída en la Resolución N°1884-2017/SPC-INDECOPI), para posteriormente analizar el Protocolo de Aborto Terapéutico, regulado en la Resolución Ministerial N°486-2014/MINSA. Finalmente, utilizando argumentos razonables y coherentes estableceremos los criterios a tomar en cuenta para resolver el conflicto entre estos derechos, partiendo de la hipótesis de que cuando el procedimiento médico atenta contra la vida y salud de las personas, entonces es posible que el profesional médico pueda ejercer su derecho a la objeción de conciencia sin afectar la calidad e idoneidad en la prestación de servicios de salud.

PALABRAS CLAVE: Objeción de conciencia, idoneidad, protocolo de aborto terapéutico, prestación de servicios de salud.

ABSTRACT

The present research work has as a general objective to establish objective criteria for the exercise of the right to conscientious objection when it is in an apparent conflict against the suitability in the provision of health services (specifically in cases of therapeutic abortion) , being necessary to address the issue of conscientious objection, specifically in health services, it is also necessary to analyze the duty of suitability in the provision of health services taking into account the case of the El Golf Clinic (relapsed in Resolution N 1884-2017 / SPC-INDECOP), to later analyze the Therapeutic Abortion Protocol, regulated in Ministerial Resolution N° 486-2014/ MINSA. Finally, using reasonable and coherent arguments we will establish the criteria to be taken into account to resolve the conflict between these rights, based on the hypothesis that when the medical procedure violates the life and health of people, then it is possible that the medical professional can exercise his right to conscientious objection without affecting the quality and suitability in the provision of health services.

KEYWORDS: Conscientious objection, suitability, therapeutic abortion protocol, provision of health services.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO.....	.III
RESUMEN.....	IV
ABSTRACT.....	V
INTRODUCCIÓN.....	IX
CAPÍTULO I.....	12
EL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y LOS ÁMBITOS DE SU EJERCICIO.....	12
1. El derecho de libertad de conciencia.....	12
1.1. Definición.....	12
1.2. Reconocimiento normativo: Internacional y Nacional.....	15
1.3. Relación con el derecho a la objeción de conciencia.....	20
2. El derecho a la objeción de conciencia.....	21
2.1. Definición.....	21
2.2. Características y requisitos.....	23
2.3. Algunas distinciones con figuras afines.....	28
2.4. Regulación jurídica de la objeción de conciencia en la legislación peruana.....	29
2.5. Ámbitos de ejercicio de la objeción de conciencia.....	31
3. La objeción de conciencia institucional.....	34
3.1. Definición.....	34
3.2. Regulación jurídica en el derecho comparado.....	35
4. La objeción de conciencia en el ámbito específico de la prestación de servicios de salud.....	39
CAPÍTULO II.....	41
EL DEBER DE IDONEIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD.....	41

1. ¿Qué es el derecho del consumidor?.....	41
2. Relación de consumo.....	44
2.1. ¿A quién se considera consumidor?.....	44
2.2. ¿A quién se considera proveedor?.....	45
3. Derechos de los consumidores y obligaciones de los proveedores.....	46
3.1. Derecho a la información.....	47
3.2. Derecho a la idoneidad.....	49
3.3. Derecho a la no discriminación.....	51
4. Criterios expedidos por Indecopi a través de la resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI, sobre el deber de idoneidad.....	52
5. ¿Cómo se determina la idoneidad en un producto y en un servicio?.....	55
6. Caso: Clínica El golf, contenida en la resolución N° 1884-2017/SPC-INDECOPI.....	57
 CAPÍTULO III.....	 71
 EL ABORTO TERAPÉUTICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LOS SERVICIOS PRIVADOS DE SALUD.....	 71
1. Aborto.....	72
2. Aborto terapéutico.....	78
2.1. Regulación en la legislación peruana - Resolución Ministerial N° 486- 2014/MINSA.....	 80
2.2. Requisitos para el acceso al aborto terapéutico.....	82
2.3. Consecuencias de su despenalización.....	87
2.4. Caso: Leandro Javier Rodríguez Lastra	88
3. Objeción de conciencia y aborto terapéutico.....	89
3.1. El ejercicio del derecho a la objeción de conciencia al aborto.....	89
3.1.1. Informe MCCAFFERY.....	90
3.1.2. ¿Quién puede alegar el derecho a la objeción de conciencia?.....	91
3.2. ¿Existe afectación a la idoneidad en los servicios de salud cuando no se practica un aborto?.....	 92

3.3. Criterios objetivos para ejercer debidamente el derecho a la objeción de conciencia cuando este se encuentra en un conflicto con el deber de idoneidad de las clínicas privadas de salud.....	94
CONCLUSIONES.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	99

INTRODUCCIÓN

Un reciente fallo del Tribunal de Indecopi ha merecido nuestra atención –y hasta cierto punto preocupación- toda vez que en dicho pronunciamiento recaído en la resolución N° 1884-2017/SPC-INDECOPI, se sanciona a Sistema de Administración Hospitalaria S.A.C (Clínica el golf) por haber infringido los artículos 18°; 19° y 67° numeral 1° del código de protección y defensa del consumidor, en el extremo de no haber tramitado debidamente una solicitud de aborto terapéutico, máxime si la causal alegada se sustenta en un daño a la salud mental de la gestante.

Esta situación involucra una serie de cuestionamientos: por un lado tenemos la aprobación del Protocolo de Aborto Terapéutico (APROBADO POR RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 486-2014/MINSA), el cual permite que la gestante pueda solicitar la interrupción de su embarazo menor de 22 semanas cuando este sea el único medio para salvar su vida o para evitar en su salud un mal grave y permanente. Asimismo, este regula once supuestos o causales en los que se amerita evaluar la interrupción terapéutica del embarazo. Sin embargo, estudios desde el punto de vista médico y jurídico- argumentos que serán expuestas a lo largo del trabajo- afirman que dichas causales no solo carecen de fundamento para justificar un “aborto terapéutico”, sino que también permiten una amplia interpretación para que la gestante acceda a esta práctica incluso en casos en los que no existiría una verdadera justificación.

Por otro lado, encontramos a los profesionales de salud que, haciendo uso de su derecho a la objeción de conciencia, se abstienen de realizar determinadas prácticas –siendo el aborto una de ellas-, ya que consideran que su realización atenta contra su moral o ética, y en consecuencia optan por desistir de dichos actos, lo cual acarrea, en ocasiones una responsabilidad en el profesional o a la empresa proveedora para la cual prestan sus servicios. En este caso, la causal sería una supuesta falta de idoneidad.

A partir del Caso de la “Clínica el gof”, se puede analizar hasta dónde alcanza el deber de idoneidad en la prestación de servicios privados de salud, y si ello compromete o limita el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia de aquellos médicos que se abstienen de realizar prácticas que involucran derechos, como el derecho a la vida del concebido, ateniendo –claro está- al Protocolo del Aborto Terapéutico.

Por ello, nos hemos planteado la siguiente problemática: ¿Cuáles serían los criterios objetivos a tomar en cuenta para ejercer el derecho a la objeción de conciencia cuando este se encuentra en un aparente conflicto frente a la idoneidad de la prestación de servicios de salud?

Con la finalidad de brindar una respuesta razonable y coherente a la interrogante aludida, nos hemos propuesto como objetivo general: establecer criterios objetivos para el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia cuando este se encuentra en un aparente conflicto frente a la idoneidad en la prestación de servicios de salud. Asimismo, nos hemos planteado tres objetivos específicos: (i) definir el derecho a la objeción de conciencia para precisar su alcance en el ámbito de la prestación de servicios de salud, (ii) analizar el deber de idoneidad en la prestación de servicios de salud; según el Código de Protección y Defensa del Consumidor en la legislación peruana, y por último (iii) delimitar el acceso al aborto terapéutico desde la perspectiva de la objeción de conciencia en los servicios privados de salud.

La hipótesis de trabajo es: cuando el procedimiento médico atenta contra la vida y salud de las personas, entonces es posible que el profesional médico pueda ejercer

su derecho a la objeción de conciencia sin afectar la calidad e idoneidad en la prestación de servicios de salud.

Para ello, el presente trabajo se ha estructurado en tres capítulos, los mismos que que coadyuvarán en gran medida a la construcción de una respuesta juiciosa. Así pues, en el primer capítulo se abordará lo concerniente al derecho a la objeción de conciencia, teniendo en cuenta la libertad de conciencia como su fundamento más próximo, además estudiaremos los distintos ámbitos de su ejercicio, específicamente en el de salud. Posteriormente, en el segundo capítulo se analizará la relación de consumo entre el proveedor y consumir, para poder determinar los criterios de idoneidad expedidos por Indecopi en un producto y/o servicio. Finalmente, en el tercer capítulo se analizará el Protocolo de Aborto Terapéutico, regulado en la Resolución Ministerial N°486-2014/MINSA, para posteriormente evaluar si existe o no una afectación al deber de idoneidad en los servicios de salud; en aquellos casos en donde el profesional médico decide abstenerse de dicha práctica en atención a su derecho a la objeción de conciencia.

CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y LOS ÁMBITOS DE SU EJERCICIO

1. EL DERECHO DE LIBERTAD DE CONCIENCIA

En este capítulo presentaremos de manera breve lo concerniente al derecho de libertad de conciencia como el fundamento más próximo del derecho a la objeción de conciencia. Su tratamiento resulta necesario para explicar a partir de él en qué consiste la objeción de conciencia, pues este derecho exige una previa explicación del fundamento o justificación de su existencia en el ordenamiento jurídico peruano. Para ello tomaremos en cuenta las distintas posturas de autores nacionales e internacionales, los cuales nos ayudarán a desarrollar el reconocimiento normativo de este derecho, para posteriormente establecer el tipo de relación que existe entre ambos. Asimismo, explicaremos el contenido del derecho a la objeción de conciencia y los ámbitos de su ejercicio, así como también analizaremos la posibilidad de una regulación del derecho a la objeción de conciencia institucional en la legislación peruana, para finalmente enfocarnos en el ejercicio de este derecho específicamente en el ámbito de la salud.

1.1 Definición

Antes de introducirnos en el tema de la objeción de conciencia resulta preciso- a efectos de una mejor comprensión- estudiar el derecho de libertad de conciencia como su fundamento más próximo o inmediato. Para ello, debemos partir del significado que nos proporciona el Diccionario de la Lengua Española (2014), el cual

define al término “libertad” como la “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”, mientras que a la “conciencia” la define como el “conocimiento del bien y del mal que permite a la persona enjuiciar moralmente la realidad y los actos, especialmente los propios”.

Por su parte, Llamazares (2007) define a la conciencia como “la capacidad o facultad para percibir la propia identidad personal como radical libertad, en lo que cada uno es similar y distinto de lo otro y de los otros (...), de sus posibilidades y de sus límites (...)” (p.17).

Ahora bien, considerando las definiciones antes mencionadas podemos sostener que tanto la libertad como la conciencia son facultades propias del ser humano, de tal manera que es el hombre el único ser capaz de actuar con libertad haciendo previamente una valoración de la realidad fundada en la moral, la ética o cualquier otra índole que no solo le permita orientar sus conductas, sino también descubrir cuáles son sus límites y las responsabilidades que trae consigo dichos actos.

Así pues, el hombre al ser un individuo racional es consecuentemente un ser dotado de libertad, lo que significa que es capaz de dominar sus propios actos, sin embargo no es suficiente con sostener esta afirmación, sino que es necesario remitirnos a la causa o fundamento de estos actos, los mismos que no son resultado de fuerzas o impulsos externos, sino que estos provienen de una fuerza intrínseca del mismo, es decir que el principio de su obrar se traduce en la propia conciencia del hombre, toda vez que a partir de ella y haciendo uso de su libertad; el ser humano es capaz de elegir lo bueno y lo valioso, además de hacerse responsable de dicha elección (Aparisi, 2006).

En tal sentido, es evidente la íntima relación que existe entre estos dos términos, más aún si ambas tienen como punto de partida el actuar del ser humano, por lo que no resultaría equívoco afirmar que la libertad de conciencia está referida al ámbito más íntimo del ser humano como un ser libre y capaz de construir su propio juicio o concepto de moralidad fundadas en determinados valores que constituyan directrices en su actuar.

En el mismo sentido de ideas, Souto Paz (citado en Mosquera, 2005) manifiesta que la libertad de conciencia es el derecho a “actuar de acuerdo con su propia ideología o creencia y a oponerse a hacer algo que contradice radicalmente esa ideología o creencias, aunque sea impuesto legalmente” (p.135). El autor agrega en la referida definición que, es la libertad de conciencia –que toda persona posee- la que nos permite objetar a la realización de ciertos actos que resultan contrarios a ese juicio de valores que vamos formando o construyendo en nuestro interior; aun cuando la realización de dicho acto provenga de un imperativo legal.

Por otro lado, Vines (2015) sostiene que “la libertad de conciencia protege el juicio práctico de moralidad” (pp.4-5), es decir que protege el comportamiento o la acción que se realiza siguiendo el sistema moral que cada persona va creando en base a determinados valores. En esta definición; el autor aporta algo novedoso: el *elemento práctico* de la manifestación de esta libertad, pues es el sujeto quien al realizar una valoración o juicio crítico de terminados hechos evalúa si la realización de este va acorde o no con dicha valoración. Es así que, el contenido del derecho de libertad de conciencia, según Vines (2015):

Abarca dos dimensiones: en primer lugar, una dimensión positiva, que se traduce en la libertad de toda persona de formar libremente su conciencia y de actuar conforme a ella; y en segundo lugar, una dimensión negativa, que determina que nadie puede ser obligado contra los dictados de su conciencia.(p.10)

Aunado a ello, la libertad de conciencia como fundamento del derecho a la objeción de conciencia, según Navarro (2004) “es propia de la escuela del derecho natural, es decir, aquella que sostiene la existencia de valores anteriores a las normas, y que están por encima de ellas (...), y será digna de obediencia, si es acorde con aquellos valores” (p.29). De ello podemos afirmar entonces que, la concepción de valores que cada persona crea proviene del derecho natural, el cual se posiciona en un escalón más alto que la ley positiva y que, consecuentemente esta no debería contradecirlo; toda vez que el hombre por su propia dignidad actuará movido por sus convicciones personales de acuerdo a lo que su conciencia y valores le ordenen.

Podríamos ya definir a la libertad de conciencia; en cuanto derecho subjetivo individual, como “el derecho que protege las siguientes facultades: a disponer de un espacio de privacidad totalmente sustraído a la invasión de la imperatividad del Derecho, a la libre formación de la conciencia, a mantener unas u otras convicciones o creencias, unas u otras ideas, en la medida en que estas últimas estén estrechamente unidas a las convicciones, así como a expresarlas o a silenciarlas, a comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligados a comportarse en contradicción con ellas, cuando se trata de auténticas convicciones. (Llamazares, 2007, pp.22-23).

Así pues, considerando las posturas antes mencionadas nos atrevemos a afirmar que la libertad de conciencia es definida como el derecho que posee toda persona de crear o construir su propio sistema moral basado en valores, principios y/o creencias que le permitan diferenciar lo bueno de aquello que no lo es, aun cuando una conducta sea socialmente aceptable, y que en función a ello puedan dirigir o direccionar su actuar. En tal sentido, el derecho a la libertad de conciencia permite al ser humano actuar conforme a un sistema objetivo de valores –que se encuentra impregnando en la naturaleza del hombre, entendiéndolo como el principio de operaciones- sin que nadie intervenga o lesiones los llamados de su conciencia- claro está- siempre que este actuar no vulnere otro bien jurídico protegido por el ordenamiento.

1.2 Reconocimiento normativo: internacional y nacional

Una vez definido el derecho de libertad de conciencia; resulta idóneo continuar con el reconocimiento legal que ha merecido tener este derecho. En ese sentido empezaremos por su reconocimiento en la legislación internacional, en la que “ha sido reconocido como un derecho de primer orden desde la construcción del movimiento internacional a favor de los derechos humanos, posterior a la segunda guerra mundial” (Vinces, 2015, p.8).

Así pues, este derecho ha sido reconocido por la Organización de las Naciones Unidas a través de dos instrumentos internacionales, siendo el primero de ellos la

Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), que en su artículo 18, señala:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

De la lectura de dicho artículo se puede inferir el tratamiento similar que se le otorga a las creencias religiosas y a las de otra índole como aquellas que provienen de la moral. Así pues, respecto a la regulación del derecho de libertad de conciencia en la DUDH, Souto (2003) sostiene que “la variedad de las acepciones utilizadas en el texto ha suscitado la cuestión de si estamos en presencia de un haz de libertades o de una sola libertad reflejada a través de diversas manifestaciones” (p.256). En tal sentido, en el referido artículo –al parecer- se estaría haciendo alusión a un solo derecho, cuya manifestación se evidencia a través de tres formas de expresión: en el pensamiento, la conciencia y la religión.

El segundo de ellos es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en el que su artículo 18.1 prescribe que:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”

Respecto a la regulación de este derecho en el PIDCP, podemos advertir que el derecho de libertad de conciencia se expresa en tres manifestaciones distintas: libertad de pensamiento, de religión y de conciencia propiamente dicho. Asimismo, nos ofrece dos campos de ejercicio, por un lado tenemos la libertad de adoptar una determinada creencia o religión de manera individual y/o colectiva, mientras que por

otro lado, tenemos la posibilidad de manifestar estas creencias, las mismas que pueden ser exteriorizadas de forma pública y/o privada.

En el mismo sentido de ideas, manifiesta Mosquera (2005) que “son tres manifestaciones externas de un mismo derecho interno, que es la libertad básica del individuo como ciudadano de un estado social y democrático de derecho que le reconoce el disfrute de una serie de derechos fundamentales”. Ello quiere decir que, el derecho de libertad de conciencia ha sido regulado en PIDCP como un derecho que supone a su vez el ejercicio de otras libertades.

Por otro lado, en el ámbito de los Estados Americanos, el derecho de libertad de conciencia también ha sido regulado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 12.1, expresa que:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado”

En la redacción del artículo precedente podemos advertir que existe una reducción en el reconocimiento de estas libertades, puesto que aquí se trata como un solo derecho a la libertad de conciencia y de religión, dejando así a un lado la libertad de pensamiento. Así pues, en dicho artículo se evidencia cuatro formas de manifestar este derecho: (i) conservar una religión o creencias, (ii) cambiarlas, (iii) profesarlas y (iv) divulgarlas, las mismas que pueden ser expresadas de manera individual o colectiva, así como en público o privado.

Respecto al reconocimiento del derecho de libertad de conciencia en la legislación peruana, este lo encontramos reconocido en el artículo 2.3 de la Constitución Política en vigor, la misma que sostiene que:

“Toda persona tiene derecho (...) A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias.

No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público”

La escritura que se ha utilizado en el citado artículo ha sido para referirse a la libertad en dos de sus ámbitos: de la conciencia y de la religión, tal y como se ha utilizado en la redacción del artículo 12.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que resulta evidente que el legislador peruano no ha optado por la distinción tripartita que se ha hecho en algunos textos internacionales. No obstante, para la autora Mosquera (2005) indica que “la libertad de conciencia permite desarrollar la propia libertad de pensamiento, ideología y religión, pues la conciencia es el crisol en el que se producen todos los cambios del pensamiento, la ideología y la religión” (p.135). Es decir que, para la autora pese a que el derecho de libertad de conciencia es reconocido junto al derecho de libertad religiosa y no como un derecho separado; lo que verdaderamente interesa es una adecuada protección de este derecho fundamental, pues es a partir de él que nace o se expresa la libertad de pensamiento, ideología y religión, de tal manera que dicha regulación no presenta mayores efectos.

En el mismo sentido de ideas, el derecho en mención también ha sido reconocido en el artículo 14 de la Constitución de 1993, cuyo tenor literal expresa:

“La educación religiosa se imparte con respecto a la libertad de las conciencias”

De este modo también se reconoce el derecho de libertad de conciencia, pero en relación a la religión, surgiendo así la idea de que nos encontramos frente a un solo derecho, afirmación que ha sido tratada y corregida por el máximo intérprete de la Constitución en diversas sentencias.

Así pues, en el fundamento N° 3 de la SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL recaída en el Exp. N° 0895-2001-AA/TC, se establece claramente la distinción que hace el máximo intérprete de la Constitución entre el derecho a la libertad de conciencia y el de libertad de religión al sostener que:

La libertad de conciencia y la libertad de religión, si bien pueden confluir en algunos de sus postulados, son dos derechos de distinto contenido. El derecho a la libertad de conciencia supone el derecho de toda persona de formarse libremente la propia conciencia, de manera tal que aquella formación se vea exenta de intromisiones de cualquier tipo¹. Mientras que, respecto a la libertad de religión; alude que:

(...) comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto².

Por otro lado, en otra de sus sentencias recaída en el Exp. N° 06111-2009-PA/TC, el supremo intérprete de la Constitución ha establecido también diferencias entre estas dos libertades. Así pues, en el fundamento N° 10 ha señalado respecto a la libertad de conciencia que:

(...) es asumida por lo general como la facultad del individuo de actuar y realizar su vida en consonancia con su personal concepción deontológica. En otras palabras, es la libertad de la persona de poseer su propio juicio ético o moral y de actuar conforme a dicho juicio en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelve³.

Mientras que a la libertad religiosa la define como:

(...) la capacidad de toda persona para autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa, así como para la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión”⁴

¹ STC. N° 0895-2001-AA/TC, fundamento jurídico N° 3.

² Íbidem.

³ STC N° 06111-2009-PA/TC, fundamento jurídico N° 10.

⁴ íbidem, fundamento jurídico N° 11.

1.3 Relación con el derecho a la objeción de conciencia

Como ya se ha señalado en líneas anteriores; el derecho a la libertad de conciencia resulta ser el fundamento más próximo del derecho a la objeción de conciencia, pues a través de la manifestación de esta libertad exteriorizamos ese juicio de valores que interiormente hemos construido sobre un determinado tema, el cual supone a su vez -según su dimensión negativa- que nadie puede ser obligado a actuar en contra de ese sistema de valores. Sin embargo, existen situaciones muy especiales en las que los sujetos ven amenazado su derecho a la libertad de conciencia debido a la existencia de fenómenos externos (ley), que en un primer momento parecen obligarlos a realizar actos que resultan extraños a su propia conciencia, situación que los lleva a objetar el cumplimiento de esta obligación por resultar contraria a sus convicciones. Esta capacidad que posee el individuo de poder objetar o contradecir el cumplimiento de un mandato que se contrapone o vulnera su conciencia ha sido reconocida en la legislación y en la doctrina peruana como el derecho a la objeción de conciencia, derecho que ha generado “agudos conflictos, en los que se plantea el dilema de optar entre el deber de obediencia que impone la norma legal (...) y el deber de resistirla que sugiere la norma moral” (Navarro-Valls, 2007, p.144).

Así pues, si bien el derecho a la objeción de conciencia no goza de un reconocimiento expreso en nuestra Constitución, resulta pertinente - a efectos de dotarlo de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente- preguntarnos sobre el fundamento constitucional de este derecho. En un primer momento podríamos pensar que su fundamento radicaría en la cláusula de los derechos no enumerados (Art.3), sin embargo, haciendo un análisis e interpretación más minuciosa, podemos advertir que no es necesario recurrir al mencionado artículo cuando existe uno en específico que contiene implícitamente el derecho a la objeción de conciencia, pues es correcto afirmar que dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido en la ley suprema exista a su vez el reconocimiento tácito de otro, como es en el caso del derecho de libertad de conciencia, que contiene de manera implícita el derecho a la objeción conciencia. (Díaz, 2004).

En tal sentido, el reconocimiento legal que ha merecido el derecho a la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico peruano obedece a la previa regulación del derecho constitucional de libertad de conciencia, reconocido en el art.2, inciso 3 de nuestra norma suprema. Dicha idea ha sido reforzada por el Tribunal Constitucional en el fundamento N° 6 del Exp. N° 0895-2001-AA/TC, el mismo que establece que:

Habiéndose considerado que en virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implicaría que el derecho a la formación de esta careciera de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano. De allí que el Tribunal Constitucional considere, sin necesidad de acudir a la cláusula 3° de la Constitución, que el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia⁵.

2. EL DERECHO A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

2.1 Definición

El tratamiento de la objeción de conciencia se ha convertido actualmente en uno de los temas más controvertidos que ha surgido en los distintos ordenamientos jurídicos debido a la complejidad de su contenido, pues este derecho “de ser originariamente un mecanismo de defensa de la conciencia religiosa frente a la intolerancia del poder, ha pasado a tutelar también contenidos éticos de conciencia, no necesariamente vinculados a creencias religiosas” (Navarro-Valls, 2007, p.143).

⁵ Exp. N° 0895-2001-AA/TC, fundamento jurídico N° 6.

En ese sentido, el derecho a la objeción de conciencia está referido a “la negativa del individuo, por razones de conciencia, al cumplimiento de una obligación que, en principio, le resulta jurídicamente exigible, sea que esta provenga de un mandato legal, una resolución judicial, un acto administrativo, o un contrato” (Díaz, 2004, p.167). Por su parte, María Ciaurriz (citado en Navarro, 2004) define a este derecho “como el comportamiento individual, basado en los motivos de conciencia y contrario a la norma jurídica estatal”.

De las definiciones antes mencionadas, podemos inferir que el derecho a la objeción de conciencia supone una conducta omisiva e individual del sujeto en el que se abstiene de obedecer o cumplir un mandato imperativo. Sin embargo, este comportamiento no puede basarse en razones antojadizas del objetor sino que deben estar motivadas en razones de su conciencia -excluyendo así aquellas basadas en razones psicológicas-, cuyo fin sea respetar y proteger la rectitud moral de su conciencia.

Aunado a ello, Martínez (2007) sostiene que la objeción de conciencia “constituye así el rechazo moral a participar en ciertos actos debido a la incompatibilidad de los valores de una persona con los de la mayoría de los ciudadanos y/o a la incompleta o insuficiente comprensión de los valores de esta” (p. 216), es decir que el objetor alegará este derecho siempre que se encuentre en una situación de discrepancia entre su sistema de valores y lo que la ley le obliga a realizar, optando de esta manera por abstenerse (dejar de hacer) en el cumplimiento de dicho mandato por considerar que este vulnera o contraviene su propia conciencia, la misma que debe ser respetada aún por el ordenamiento jurídico. Este derecho debe ser concebido como una excepción a la regla, motivada en razones de carácter moral⁶, religioso⁷ o

⁶ Término que ha sido definido por la vigésimo tercera edición del Diccionario de la lengua Española, el cual sostiene que la moral es perteneciente o relativo a las acciones de las personas, desde el punto de vista de su obrar en relación con el bien o con el mal y en función de su vida individual, y sobre todo colectiva.

⁷ Ha sido definido en el párrafo 17 de la STC 5680-2009-PA/TC como aquello que implica la asunción de un conjunto de creencias y dogmas en torno a la divinidad, creencias y dogmas a partir de los cuales se explica el mundo y el estilo de vida de cada ser humano. La religión, en tal sentido, predetermina el comportamiento de las personas que la profesan, así como fundamenta el alcance de sus propias conductas.

ideológico⁸, que busca exonerar al objetor del cumplimiento de un determinado deber u obligación, de tal manera que su incumplimiento no acarree una responsabilidad para el sujeto.

2.2 características y requisitos

Siguiendo la postura de Salazar (2013) consideramos que el derecho a la objeción de conciencia se distingue de otras figuras afines porque este posee las siguientes características:

- a) El ejercicio de este derecho supone una conducta omisiva por parte del objetor, es decir que no resulta suficiente con su reconocimiento legal de eximirlo de una posible responsabilidad, sino que además se exige un comportamiento por parte de él.
- b) El derecho a la objeción de conciencia no pretende cambiar una ley, sino que el ejercicio de este busca exonerar al objetor (dejar de hacer) de cumplir un imperativo legal, respetando su naturaleza excepcional⁹. En tal sentido, como sostiene Capdevielle (2015) “(...) la objeción de conciencia es directa; es decir, se aplica directamente a la norma que busca evadir” (p.30).
- c) La ley que se pretende desobedecer o incumplir siempre será una ley obligatoria y no permisiva.
- d) El ejercicio de este derecho se fundamenta o motiva en razones de índole religiosa, ética, moral o axiológica. Sin embargo, Mesía (2018) sostiene que “estas distintas clases de motivación pueden converger en la conciencia del sujeto” (p.210).
- e) Como ya se ha mencionado en líneas anteriores, este derecho tiene como fundamento inmediato o más próximo el derecho constitucional de libertad de

⁸ Es entendida por Javier Hervada y Javier Zumaquero (citado en Eto y Díaz, 2014) como el conjunto de ideas, conceptos y juicios que el hombre tiene sobre las distintas realidades del mundo y de la vida.

⁹ Su naturaleza excepcional ha sido abordada por el Tribunal Constitucional en el fundamento N° 7 de su sentencia recaída en el Exp. N° 0895-2001-AA/TC, al señalar que “la objeción de conciencia tiene una naturaleza estrictamente excepcional, ya que en un Estado Social y Democrático de Derecho, que se constituye sobre el consenso expresado libremente, la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede considerarse la regla, sino, antes bien, la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos.

conciencia. Así pues, “el derecho a objetar responde a la obligación del Estado de brindar tutela a la libertad de conciencia” (Mesía, 2018, p.211).

- f) La finalidad del derecho a la objeción de conciencia es la elusión de sanción al objetor.
- g) En palabras de Cañamares (2014) “la doctrina ha venido distinguiendo tradicionalmente entre la objeción de conciencia *secundum legem* y la objeción de conciencia *contra legem*”. La primera de ellas supone que “la propia legislación prevé una alternativa de comportamiento para aquellos casos de conflicto entre la conciencia y el deber (...). La segunda (...), en la que la ley no prevé ninguna alternativa de cumplimiento en caso de conflicto de conciencia.” (p.206). En tal sentido, – siguiendo la postura del Tribunal Constitucional¹⁰- el legislador peruano ha optado por una regulación de la objeción de conciencia *contra legem*, en razón de que, del texto del artículo 4 de la LLR se puede advertir que no se ha propuesto una solución para cada uno de los casos que podrían presentarse. Así pues, la norma que regula este derecho es limitada, en tanto que su regulación no ofrece soluciones para cada caso concreto, sino que esta solo contempla supuestos abstractos; “pero sujeta, en definitiva, a la declaración del juez en cada caso, a quien corresponderá, naturalmente, señalar sus límites por razones de orden público o protección de derechos de terceros” (Díaz, 2004, p.23)

Requisitos del derecho a la objeción de conciencia

Para poder hablar verdaderamente de una objeción de conciencia; debemos tener en cuenta la presencia de ciertos requisitos, los cuales ayudarán a realizar una debida valoración para exonerar o no al objetor del cumplimiento de un deber jurídico. Estos requisitos son:

¹⁰ Este derecho ha sido regulado en el ordenamiento jurídico peruano siguiendo la teoría de la objeción *contra legem*. Esta afirmación puede observarse en el fundamento N° 7 de la SCT recaída en el Exp. N° 0895-2001-AA/TC, en el que se establece que “la procedencia de la eximencia solicitada por el objetor debe ser declarada expresamente en cada caso y no podrá considerarse que la objeción de conciencia garantiza ipso Jacto al objetor el derecho de abstenerse del cumplimiento del deber”.

a) Conducta exigida al objetor:

Como señala Martínez (2007), la objeción de conciencia, necesariamente “ha de estar relacionada con algún comportamiento clave del marco moral de la persona que objeta” (p.217). En tal sentido, se puede afirmar que uno de los requisitos para ejercer el derecho a la objeción de conciencia es que previamente se le exija al objetor la realización de una conducta, la misma que puede provenir-como ya se ha mencionado antes- de un mandato legal, una resolución judicial, un acto administrativo o de un contrato.

Así pues, Salazar (2013) manifiesta que la conducta exigida al autor pueden consistir en tres comportamientos: (i) **dar**, este comportamiento implica un entregar, conceder u otorgar algo, tal es el caso del pago de impuestos que tengan un fin bélico. (ii) **un hacer positivo**, este supuesto exige la realización de una conducta por parte del sujeto, el cual puede consistir en la prestación del servicio militar, la práctica de un aborto o el trabajar los días sábados. (iii) un **hacer pasivo**, ello implicaría un acción tácita del objetor como por ejemplo el recibir educación formal o recibir determinados contenidos, y finalmente (iv) **un no hacer**, lo que supone una conducta omisiva por parte del objetor, como la prohibición de uso de velo islámico u otros símbolos religiosos en ámbitos públicos).

b) Fuente normativa:

Como ha mencionado Navarro-Valls (2007) la objeción de conciencia “protege toda pretensión de contrariar un mandato imperativo contenido en una ley, un acto administrativo, o un contrato, basado en razones de carácter religioso, ético, moral, filosófico” (p.146). De ello podemos inferir que la fuente de donde nace la obligación para el objetor puede nacer de una ley, un acto administrativo, un reglamento, o un contrato.

Aunado a ello, Díaz (2004) sostiene respecto a la objeción de conciencia, que este derecho supone el rechazo por parte del objetor en el cumplimiento de una obligación “jurídicamente exigible, sea que esta provenga de un mandato legal, una

resolución judicial, un acto administrativo o un contrato (...) fundada en razones axiológicas, de contenido religioso o ideológico (p.167). Así pues, podemos notar que los autores antes mencionados coinciden en sostener que los objetores se rehúsan al cumplimiento de una determinada obligación, empero; no se trata de cualquier tipo de obligación, sino de aquella que se origina o deriva de una ley, un acto administrativo o un contrato. Sin embargo, podemos notar que Navarro Valls también considera como fuente normativa de la que puede emanar una obligación para el objetor, al reglamento. Por su parte, Díaz añade a las resoluciones judiciales como una quinta fuente normativa de las que brotan obligaciones para el objetor. De todo ello, resulta preciso indicar que, la fuente normativa- como requisito para alegar el derecho a la objeción de conciencia- debe ser entendida en el sentido más amplio de la palabra, es decir como todo aquello que produce un cambio en la esfera jurídica del objetor.

c) Desobediencia Jurídica:

Como ya se ha mencionado en líneas anterior, el comportamiento que busca el objetor al ejercer su derecho a la objeción de conciencia es que se le exonere del cumplimiento de una obligación, sin que ellos acarree o tenga como consecuencia la imposición de una sanción para el sujeto.

Así pues, esta conducta consiste en una de carácter pasivo e individual. El primero de ellos se sustenta en la naturaleza pasiva del ejercicio de este derecho, pues a diferencia del derecho de resistencia, este implicaría una conducta activa. Respecto a la forma en cómo se ejerce este derecho, este debe ser de manera individual, toda vez que su fundamento radica en la propia conciencia del sujeto, el mismo que se caracteriza por ser individual. Asimismo, el fin que se persigue con el ejercicio de este derecho es el no cumplimiento de una obligación contenida en una fuente normativa y no una reforma del orden jurídico como en el caso de la desobediencia civil (Salazar, 2013).

En concordancia con lo antes mencionado, Martínez (2007) señala que este derecho “es un desobediencia individual a la ley, abierta y pública, no violenta, que acepta las

consecuencias personales derivadas de la misma, que refleja una conexión directa entre la objeción y la ley concreta a la que se objeta” (p.216). Es así pues que, se reafirma el carácter pasivo o no violento, e individual del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por parte del individuo.

d) Necesidad del sacrificio del objetor de conciencia.

Gómez (2013) sostiene respecto a este requisito que “es necesario, que la realización de la conducta recogida en la ley, que se quiere objetar, produzca un grave perjuicio para la conciencia del objetor, no solo una mera disconformidad” (p.5). En tal sentido, es claro que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia solo será válido si la conducta a la que en un principio el objetor se veía forzado u obligado a cumplir resulta verdaderamente contrario a los dictados de su conciencia, pues de no ser así carecería de razón exonerarlo de dicho cumplimiento, toda vez que no se evidencia una afectación directa a la conciencia del individuo.

En el mismo sentido de ideas, Busquests (2012) afirma que el derecho a la objeción de conciencia “se fundamenta en que el respeto a la dignidad de la persona es inseparable del respeto a la conciencia de cada cual y a la concepción de la vida que esta conciencia manifiesta.” (p.5). Por lo que, con el ejercicio de este derecho se busca proteger los dictados de la conciencia del objetor, en tanto que estos entran en contradicción o discordancia frente a una obligación que el mismo objetor tendría que cumplir. Así pues, la objeción de conciencia supone “una demanda de respeto a la integridad personal, cosa que requiere el desarrollo de la conciencia moral del individuo.” (Busquests, 2012, p.5).

e) Coherencia del objetor con su negatividad en el cumplimiento de la obligación.

Respecto a este requisito, Martínez sostiene que la objeción de conciencia “debe estar basada en la honestidad, de modo que nadie pueda cuestionarla por su posible falsedad; debe ser coherente con la actitud y el comportamiento habitual del objetor”

(p.217). Es decir que, se le exige al objetor la uniformidad de su accionar en supuestos similares a los que está objetando.

2.3 Algunas distinciones con figuras afines

2.3.1 Objeción de conciencia y derecho de resistencia.

Ahora bien, una vez definido el contenido del derecho a la objeción de conciencia resulta pertinente establecer las diferencias con figuras afines, que en primera instancia nos podría llevar a una confusión o peor aún llegar a equipararlos. Así pues, el derecho de resistencia podría ser confundido con el derecho a la objeción de conciencia, sin embargo ambos derechos tienen objetos distintos, pues como manifiesta Navarro (2004) el derecho de resistencia “se trata del derecho inherente al pueblo, a la comunidad, de resistir por la fuerza y derrocar a un gobierno despótico. Es la defensa del pueblo frente a la tiranía (...) este derecho puede ejercerse legítimamente incluso mediante las armas” (p.31). De ello podemos inferir que, este derecho se ejerce de manera colectiva y por razones políticas, a diferencia del derecho a la objeción de conciencia, el cual se caracteriza principalmente por ser de naturaleza individual, ya que radica de la conciencia del objetor. Asimismo, el ejercicio del derecho de resistencia implica una conducta positiva (hacer) y que incluso admite el uso de la violencia, situación contraria a la objeción de conciencia, pues este supone una conducta omisiva o de no hacer y se ejercer de manera pacífica.

2.3.2 Objeción de conciencia y desobediencia civil.

La desobediencia civil “es una forma de presión política para obtener la modificación de una ley o un cambio de política gubernamental” (Navarro, 2004, p.33). Es decir, que la desobediencia civil al tener como objetivo cambiar una ley o la forma de política, esta siempre va a ser pública, mientras que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia al buscar que se le exonere al objetor del cumplimiento de un mandato imperativo que le resulta contrario al sistema de valores o principios concebidos en su conciencia, siempre va a ser privado. Aunado a ello, Rawls (1979) sostiene respecto a la desobediencia civil, que es un “acto político no violento,

consciente y público, contrario a la ley, cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno” (p.959). Es decir que -además de lo dicho en líneas arriba- la desobediencia civil busca la publicidad de la situación, mientras que el objetor no busca que su conflicto sea publicado.

Asimismo, Cañamares (2014) manifiesta respecto a la desobediencia civil que esta figura busca la modificación o derogación de una norma “mediante la generación de una conciencia social de cambio derivada, principalmente, de la represión estatal de tal incumplimiento”(p.206). Es decir que, mediante la desobediencia civil se pretende llamar la atención pública con la finalidad de demostrar y oponerse al mecanismo represivo estatal, y consecuentemente cambiar el ordenamiento jurídico. Mientras que la objeción de conciencia se caracteriza por ser privada e individual, además de que no tiene finalidades políticas como busca reformar las injusticias de un sistema, sino que se le exima del cumplimiento de una obligación que resulta contraria a su conciencia.

2.4 Regulación jurídica de la objeción de conciencia en la legislación peruana

La regulación que ha merecido el derecho a la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico peruano responde principalmente a la obligación que tiene el Estado de brindar tutela jurisdiccional a la libertad de conciencia, en tanto que el derecho que tiene un individuo de objetar el cumplimiento de una obligación se funda y además supone el ejercicio o exteriorización de la libertad de conciencia que este posee como un ser capaz de construir su propio juicio de valores respecto a algo.

Así pues, como sostiene Reina (citado en Mesía, 2018) la objeción de conciencia “produce un enriquecimiento positivo del ordenamiento jurídico: humaniza el derecho, obliga al Estado a no imponer una ideología, respeta ya no a las minorías, sino al hombre individual” (p.211). De ello, podemos afirmar entonces que el reconocimiento de este derecho supone un avance para el Estado, en tanto que con la regulación del derecho a la objeción de conciencia se estaría reconociendo a la persona en su dimensión más humana como aquella que es capaz de direccionar sus conductas de acuerdo a un sistema de valores objetivo.

En tal sentido, – como se ha mencionado en líneas arriba- si bien el derecho a la objeción de conciencia no goza de un reconocimiento constitucional expreso, la Ley N° 29635-Ley de Libertad Religiosa peruana (LLR) sí reconoce a este derecho en el artículo 4:

“La objeción de conciencia es la posición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas. Se ejerce la objeción de conciencia cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir una obligación legal por causa de un imperativo moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece”

Del artículo antes citado, podemos advertir que el derecho a la objeción de conciencia ha sido regulado en una Ley que debería ocuparse solo de un derecho, esto es el derecho de libertad religiosa. Sin embargo, el legislador ha optado por incluir a la objeción de conciencia en la Ley de Libertad Religiosa; tal vez porque en su texto alude a las convicciones religiosas como uno de los fundamentos o razones para que el individuo pueda objetar un deber legal.

Siguiendo la postura de Vines (2015) “Esta definición legal del derecho a la objeción de conciencia realizada por el legislador peruano resulta sumamente restrictiva” (p.16).

Así pues, en concordancia con la tesis propuesta por el mencionado autor; uno de los motivos para sustentar la naturaleza restrictiva de la definición hecha por el legislador peruano respecto al derecho de objeción de conciencia es porque:

- a) Se fundamenta solo en razones morales o religiosas: Los motivos o razones que ha establecido el legislador para que un individuo pueda objetar el cumplimiento de una obligación han sido restringido solo para aquellos de naturaleza moral o religiosa, descartando así la posibilidad de que el ejercicio de este derecho pueda fundarse en otras de carácter ideológico o aquellos que surgen de la propia conciencia del individuo, etc.
- b) El imperativo moral o religioso en que se fundamenta el objetor deberá ser reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece: Su redacción podría

entenderse como uno de los requisitos exigibles al objetor para ejercer su derecho. No obstante, en dicho artículo se ha utilizado erróneamente el término “entidad religiosa”¹¹ al equipararla con una “confesión religiosa”¹². Empero, además de ello; dentro de las funciones de una confesión religiosa no se encuentra el aprobar los juicios prácticos de moralidad de sus integrantes, toda vez que estos pertenecen exclusivamente a la intimidad del objetor y no a la entidad religiosa de la que forma parte. (Vinces, 2015)

2.5 Ámbitos de ejercicio de la objeción de conciencia

La objeción de conciencia ha sido planteada en distintos ámbitos debido a la complejidad de su contenido, pues si bien el ejercicio de este derecho nació o se originó en el ámbito del servicio militar, con el devenir del tiempo se ha ido extendiendo -cada vez más- a otros ámbitos en el que se desarrolla el ser humano, los mismos que serán expuestos en este apartado.

2.5.1 Objeción de conciencia al servicio militar

El ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en este ámbito ha sido el primero en merecer la atención de los ordenamientos jurídicos, pues como se plantea en el Catecismo de la iglesia católica (citado en Navarro, 2004) en relación a este ámbito, “también parece razonable que las leyes tengan en cuenta, con sentido humano, el caso de los que se niegan a tomar las armas por motivo de conciencia, mientras aceptan servir a la comunidad humana de otra forma” (p.55).

Por su parte Ferrer (1996) sostiene que la objeción de conciencia al servicio militar es la “negativa a cumplir la obligación legal que impone el servicio militar obligatorio o la participación de un sujeto individual en una guerra a través de su reclutamiento

¹¹ Art. 5 de la Ley N° 29635, Ley de Libertad Religiosa Peruana prescribe que se entenderá como entidades religiosas a las iglesias, confesiones o comunidades religiosas integradas por personas naturales que profesan, practican, enseñan y difunden un determinada fe. Estas entidades cuentan con credo, escrituras sagradas, doctrina moral, culto, organización y ministros propios.

¹² López Alarcón (citado en Ferrer, 2007) sostiene que las entidades religiosas son todas aquellas comunidades permanentes de personas vinculadas por una creencia religiosa común, que mantienen una organización propia y una regulación escrita de carácter jurídico, y persiguen unos fines religiosos determinados. Las entidades rel

forzoso” (p.197). Ello quiere decir que, la ley también tenía que ocuparse de aquellos casos en los que se les obligaba a los jóvenes a formar parte de estos grupos para brindar un servicio militar a favor de su nación, servicio que implicaba el uso de armas dentro de las Fuerzas Armadas o instituciones afines, pues era cada vez mayor el número de jóvenes que buscaba que se le exima del cumplimiento de dicha obligación, toda vez que ello implicaba una contradicción con los dictados de su conciencia.

Sin embargo, la objeción de conciencia al servicio militar no era en sí la participación de los jóvenes en estas instituciones, sino lo que ello implicaba, es decir el uso de las armas, lo que para algunos les resultaba incoherente con su sistema de valores. (Ferrer, 1996).

2.5.2 Objeción de conciencia a recibir tratamientos médicos

Ferrer (1996) afirma que, en el ámbito de la objeción de conciencia a recibir tratamiento médico se “plantea a los mismos facultativos el comportamiento activo exigido por su profesión en aquellos supuestos en que determinados pacientes, por convicciones religiosas, se oponen a la recepción de un determinado tratamiento médico que puede ser necesario para el mantenimiento de su vida o de su salud corporal” (p.208). En tal sentido, este ámbito involucra un rechazo por parte del paciente en recibir un tratamiento médico, el mismo que resulta necesario para su vida.

Así pues, en este ámbito se ha presenciado en reiterados casos a aquellas personas que forman parte de la Asociación de los Testigos de Jehová, pues sus miembros tienen como norma el no recibir transfusiones de sangre, pero ¿este supuesto resulta verdaderamente una objeción de conciencia propia?

En la legislación Argentina se hizo conocido el caso Bahamondez, quien al formar parte de esta religión se abstenía de recibir un trasfusión de sangre, por lo cual los jueces sostiene que “no hallándose en este caso afectados los derechos de otra persona distinta a Bahamondez, mal puede obligarse a éste a actuar contra los mandatos de su conciencia religiosa” (Navarro, 2004, p.56)

2.5.3 Objeción de conciencia laboral

Como señala Díaz (2004) “esta objeción se presenta, generalmente, por la negativa a realizar actividades de trabajo en días declarados festivos por la religión del objeto” (p.168). Así pues, podemos afirmar que el ejercicio del derecho a la libertad religiosa se ha ido extendiendo incluso en el ámbito laboral, pues el empleador –en muchas oportunidades- no ha considerado las creencias religiosas de los trabajadores que se encuentran bajo su subordinación, lo cual ha generado conflictos, en tanto que el trabajador buscará que se le respete sus intereses religiosos frente al poder de dirección del empleador.

Por su parte, Cañamares (2014) sostiene que “los supuestos más habituales de objeción de conciencia laboral están relacionados, de un lado, con la observancia de los días festivos establecidos por la religión del trabajador, y de otro, con el empleo de vestuario o de simbología religiosa” (p.221). Así pues, la primera vez que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a la objeción de conciencia en el ámbito laboral, fue en su STC 0895-2001-AA/TC de fecha 19 de agosto del 2002. Este recurso es interpuesto por un médico de nombre Lucio Valentín Rosado Adanaque, quien viene prestando sus servicios en el Seguro Social de Salud (ESSALUD), Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo desde el 04 de febrero de 1998. El conflicto surge porque la entidad empleadora habría vulnerado su derecho constitucional a la libertad de conciencia y de religión al programarle los días sábados dentro de su horario de trabajo; a pesar de que esta tenía conocimiento que el recurrente pertenecía a la Iglesia Adventista del Séptimo Día (en el que uno de sus preceptos es la observancia del día sábado como día dedicado al culto), generándole así una incompatibilidad entre su derecho a la libertad de religión y el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Por su parte, ESSALUD plantea la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, pues –según sostiene la empleadora- el demandante no formuló ningún reclamo ante dicha institución. Asimismo, alega que la distribución de los días

sábados entre los médicos se justifica por necesidad institucional y no por algún tipo de discriminación hacia el recurrente.

Ante ello, el Tribunal Constitucional constató que el recurrente sí pertenecía a la Iglesia Adventista (6 de noviembre de 1993), y que además el empleador tenía pleno conocimiento de la confesión religiosa de su trabajador, por lo que el cambio de horario que realizó ESSALUD al programarle los sábados como uno de los días en que debería prestar sus servicios no resulta razonablemente justificado, máxime si la referencia “por razones de necesidad institucional” que alega dicha institución no ha sido demostrada, razón por la cual, el Tribunal Constitucional declara FUNDADA la demanda de amparo y ordena al empleador “no incluir al recurrente en las jornadas laborales de los días sábados y permitirle tomar todas las medidas razonables que la ley autorice para compensar dichas inasistencias, de forma tal que no se vea afectada la productividad laboral del recurrente”¹³.

3. LA OBEJCIÓN DE CONCIENCIA INSTITUCIONAL

3.1 Definición

Como ya se ha venido desarrollando, el tema de la objeción de conciencia representa un conflicto de intereses contrapuestos, el mismo que debe ser resuelto a través de un proceso de ponderación de derechos para determinar en cada caso cuándo debe prevalecer la posición asumida en conciencia o cuándo debe predominar intereses de otra naturaleza. Así pues, considerando que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia supone la negatividad del objetor en cumplir una obligación jurídicamente exigible; fundada en razones de carácter religioso, ético, ideológico, o de la propia conciencia, resulta lógico trasladar esta definición a las instituciones privadas (clínicas) que prestan servicios de salud, quienes consideran que determinadas prácticas- como el aborto terapéutico- van en contra de su ideario institucional, y en consecuencia también podrían ser considerados como objetores, en tanto que el cumplimiento de estas prácticas iría en contra de los valores compartidos por los profesionales que forman parte de dicha institución.

¹³ Fallo del Tribunal Constitucional en la STC N°0895-2001-AA/TC.

En el mismo sentido, la objeción de conciencia institucional busca un objetivo específico, el cual es, según Alvarado, Contreras y Svensson (2018):

Impedir que aquel establecimiento sea forzado a realizar procedimientos contrarios a los principios que explican su razón de ser. Negar tal objeción, cualquiera sea el tamaño o magnitud del centro médico, impide que asociaciones humanas con idearios robustos participen de la vida pública conforme a ellos. Esto atenta contra el pluralismo social, que exige libertad para cultivar de manera asociativa diversas visiones del mundo. (p.3).

De ello podríamos afirmar que el derecho a la objeción de conciencia institucional correspondería ejercerla únicamente a aquellas clínicas privadas, que como institución consideran que determinadas prácticas médicas resultan contradictorias a su ideario (estatuto), por lo que la regulación de este derecho buscaría que la negación de los profesionales de salud -que pertenecen a ciertas instituciones privadas- en la realización de estas prácticas como el aborto o la eutanasia sea legítima y consecuentemente no sean susceptible de algún tipo de sanción como multas.

3.2 Regulación jurídica en el derecho comparado

Existen países en los que se ha regulado la objeción de conciencia institucional como un derecho que les permite a las instituciones privadas oponerse a la realización de determinadas prácticas médicas, sin que ello represente posteriormente algún tipo de sanción, tal es el caso de Chile, EE.UU, Uruguay, entre otros.

En el caso de Chile, el Código Sanitario chileno, en su artículo 119 hasta hace poco establecía la prohibición absoluta del aborto, pues disponía:

“No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.

No obstante, el 31 de enero de 2015 ingresó a la Cámara de Diputados un Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales: riesgo vital de la mujer, inviabilidad del nasciturus y violación. Este

Proyecto fue aprobado recientemente, de lo cual se obtiene la Ley N° 21.030, publicada en el Diario Oficial el 23 de septiembre del 2017.

Una de las controversias que se generó con esta ley, fue en torno a la objeción de conciencia, pues la nueva ley altera el Código Sanitario, para disponer lo siguiente:

Artículo 119: El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. (...) El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. Dichos protocolos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con los artículos anteriores. La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución.

(...) En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención."

Como podemos notar, en Chile –en un primer momento- la ley aprobada por el Congreso prohibió la objeción de conciencia institucional. Sin embargo, a pedido de diputados que se oponían al proyecto de legalización, el Tribunal Constitucional modificó dicha ley, pues trasladó las convicciones éticas y morales de las personas humanas a las empresas privadas y habilitó la objeción de conciencia institucional.

Así pues, la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 3729-17 alteró la redacción inicial de la norma, modificando la frase “en ningún caso podrá ser invocada por una institución” que figuraría en la última oración del primer inciso, quitando las primeras tres palabras e invirtiendo el sentido inicial de la norma, desde la prohibición de la objeción de conciencia institucional a una permisión.

Luego de un dictamen de la Contraloría General de la República, el Ejecutivo aprobó un protocolo que no permite objeción de conciencia institucional cuando existan convenios celebrados con el Ministerio de Salud que contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología. Así, dejaron claro que aunque sean entidades de carácter privado, tienen el deber de dar cumplimiento a una función pública –a la que voluntariamente se ha comprometido– y para cuyos efectos le han sido entregados recursos públicos.

Por otro lado, en el caso de Estados Unidos, respecto a la objeción de conciencia “ (...) la legislación norteamericana lo reconoce a los individuos, y también a las personas jurídicas tanto a nivel federal como estatal, pero con matices respecto a su ejercicio por parte de las instituciones públicas.” (Cavada, Weidenslaufer y Harris, 2016, p.8).

Así pues, resulta preciso señalar que la objeción de conciencia ha sido regulada en Estados Unidos, tanto a nivel federal como estatal. Respeto a la primera, esta se caracteriza porque su regulación involucra a instituciones públicas y privadas, sin ningún tipo de restricción. En tal sentido, la regulación federal de la objeción de conciencia en la esfera médica, obedece a dos finalidades, por un lado “impiden a las agencias gubernamentales que puedan obligar a individuos e instituciones a la prestación de tales servicios, y, por otro, a discriminar a individuos e instituciones que rechacen proveerlos”. (Cavada et al. 2016, p.8)

Adicionalmente, el Congreso federal ha promulgado tres leyes federales de rechazo de atención médica (federal refusal laws), conocidas como las Enmiendas de la Iglesia¹⁴, la Enmienda Coats¹⁵ y la Enmienda Weldon¹⁶. Bajo ciertas

¹⁴ Aclara que la recepción de fondos federales no pueda exigir a su vez: (i) que una persona deba realizar o colaborar en una esterilización o aborto, si ello es contrario a sus creencias religiosas o convicciones morales, y (ii) Que una entidad deba hacer disponibles sus instalaciones para la realización de una esterilización o un aborto, si ello está prohibido por la misma institución en base a sus creencias religiosas o convicciones morales.

¹⁵ Prohíbe al gobierno federal y a los gobiernos estatales y locales discriminar a quien se niegue a someterse a capacitación en materia de aborto o de cualquier entidad que se niegue a exigir o proporcionar tal capacitación.

¹⁶ Señala que no se pueden asignar fondos federales a entidades del gobierno federal, estatal o local que discriminen a profesionales de la salud, centros de salud, organizaciones o compañías de seguro de salud, por no haber estos proporcionado, pagado o cubierto abortos.

circunstancias, estas leyes permiten a individuos e instituciones negarse a proporcionar servicios de aborto y esterilización. (Cavada et al. 2016, p.8)

Por otro lado, en la regulación estatal de la objeción de conciencia, esta ha tenido un reconocimiento un tanto restrictivo para las instituciones públicas. Así pues en Estados como Florida, Maine, Washington y Luisiana¹⁷ promulgaron leyes con cláusulas de conciencia que permiten al personal médico y a las instituciones hospitalarias abstenerse de realizar prácticas o prestar servicios que van en contra de su ideario.

Según el Instituto Guttmache, de un total de 50 estados, 45 de ellos permiten a algunos proveedores de servicios de atención médica, negarse a proveer servicios abortivos. Los 45 estados lo permiten a personas naturales y 43 a instituciones de salud (si bien en los 43 estados se incluyen a instituciones privadas, 13 lo limitan sólo a ellas y 1 estado sólo a instituciones religiosas). (Cavada, Weidenslaufer y Harris, 2016, p.9)

Así pues, de los datos antes mencionados, podemos notar que de los 43 estados que permiten la objeción de conciencia institucional, son 29 los Estados que le niegan este derecho a las instituciones privadas. No obstante, actualmente casi todos los estados cuentan con una ley que establece, explícitamente, que ciertos profesionales de la salud o ciertas instituciones pueden rechazar el dar tratamiento o participar de servicios que van en contra de su ideario, sin tener que enfrentar consecuencias legales.

4. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO ESPECÍFICO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

Después de haber estudiado alguno de los ámbitos de ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, resulta imprescindible desarrollar el ejercicio de este derecho en el ámbito específico de salud, de tal manera que nos permita conocer en qué casos los profesionales de salud pueden alegar la objeción de conciencia para que se le exima de cumplir con su obligación.

¹⁷ Según el Instituto Guttmacher y la Conferencia Nacional de Legislaturas Estatales.

Así pues, Muñoz (s.f) sostiene que la objeción de conciencia en el ámbito de la salud es “la negativa del profesional sanitario a realizar, por motivos éticos y religiosos, determinados actos que son ordenados o tolerados por la autoridad; tal postura es una acción de gran dignidad ética cuando las razones aducidas por el médico son serias, sinceras y constantes, y se refieren a cuestiones graves y fundamentales” (p.8).

Por su parte, Martínez (2007) afirma que “la objeción de conciencia en medicina es la negativa de un profesional a ejecutar un acto médico o a cooperar directa o indirectamente a su realización porque a pesar de haber sido aprobado por las normas legales, es considerado por el profesional como contrario a la moral, a los usos deontológicos o las normas religiosas” (p.220).

De las definiciones antes citadas, podemos afirmar que la objeción de conciencia en el ámbito específico de la prestación de servicios de salud, supone la negativa del profesional médico en realizar determinadas prácticas médicas en razón de que su cumplimiento resultan contrarias a sus creencias religiosas, morales o ideológicas.

Así pues, como sostiene Martínez (2007), la objeción de conciencia del médico es:

- Muestra del pluralismo ético y una acción de gran dignidad ética cuando las razones aducidas son serias, sinceras y constantes y se refieren a cuestiones graves o fundamentales. En estos casos, no hacer objeción de conciencia puede ser equivalente a traicionar su propia identidad y conciencia, a manchar la dignidad del médico en cuanto agente moral.
- Un bien jurídico básico reconocido por ley porque significa y manifiesta el respeto civil debido a la identidad moral de las personas. (p.220)

En tal sentido, la objeción de conciencia en la prestación de servicios de salud, supone reconocer que el profesional médico cuenta con determinados valores que guían su actuar, no solo en el ámbito personal, sino en todo aquel que se le exija la realización de un comportamiento. Así pues, existirán casos puntuales en los que el profesional médico se enfrente a situaciones en donde su sistema de valores no

guarde compatibilidad con determinadas prácticas o tratamientos médicos, generando así una colisión de derechos, por un lado el profesional médico que alega el ejercicio de su derecho a la objeción de conciencia, mientras que por otro lado, se encuentra el derecho de la paciente de recibir el tratamiento que solicita (consumidor).

Así pues, frente a este conflicto existe un pronunciamiento nacional por parte de Tribunal de Indecopi, quien mediante la Resolución N° 1884-2017/SPC-INDECOPI, sanciona con 20 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) al Sistema de Administración Hospitalaria S.A.C (Clínica El Golf) por no haber tramitado debidamente una solicitud de aborto terapéutico, en tanto que –a criterio del Tribunal de Indecopi- dicha clínica no garantizó a la paciente su derecho al acceso al aborto terapéutico y consecuentemente se habría infringido el deber de idoneidad en la prestación de sus servicios obstétricos (en su calidad de proveedor de servicios privados de salud).

En tal sentido, -y siguiendo la interpretación del Indecopi- un profesional de salud que labora para un clínica privada no podría negarse a practicar un aborto terapéutico, ya que dicha institución no estaría cumpliendo con su deber de idoneidad en la prestación de sus servicios y consecuentemente sería pasible de una multa. Así pues, el profesional de salud se vería limitado en ejercer su derecho a la objeción de conciencia cuando este considere que dicha práctica va en contra de su sistema de valores, atentando así contra los dictados de su conciencia, toda vez que –según el Indecopi- como proveedores de servicios de salud se debe garantizar a la paciente el acceso al aborto terapéutico y consecuentemente cumplir con su deber de idoneidad en la prestación de sus servicios.

CAPÍTULO II

EL DEBER DE IDONEIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

El presente capítulo abordará lo concerniente al deber de idoneidad que deben cumplir los proveedores en la prestación de sus servicios, específicamente en los de naturaleza sanitaria. Para ello, partiremos estableciendo una definición del derecho del consumidor como disciplina jurídica que regula las relaciones de consumo. Posteriormente, identificaremos a los sujetos que intervienen en dicha relación, esto es, consumidor y proveedor, de tal manera que, a partir de allí se pueda analizar los derechos y obligaciones que nacen para cada uno de ellos, siendo la idoneidad el deber que merece mayor atención a efectos de comprender la presente investigación. Así pues, este deber será estudiado teniendo en cuenta los criterios expedidos por el Indecopi en su Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI, además, tomaremos en cuenta las disposiciones de la Ley N° 29571 - Código de protección y defensa del consumidor. Finalmente, desarrollaremos el mencionado deber en el ámbito de las prestaciones de salud (obstétricos) con el caso de la clínica el golf, a quien el Tribunal de Indecopi sancionó por no haber cumplido con su deber de idoneidad en el supuesto de no tramitar adecuadamente una solicitud de aborto terapéutico, el mismo que se encuentra contenido en la Resolución N° 1884-2017/SPC-INDECOPI.

1. ¿QUÉ ES EL DERECHO DEL CONSUMIDOR?

Como ya se ha señalado, para abordar el deber de idoneidad, resulta necesario partir por el tratamiento que se le da al derecho del consumidor.

Por su parte, Pérez (2004) sostiene que “podría caracterizarse el derecho del consumo como aquel que regula los intereses de los consumidores y usuarios y las relaciones de consumo en general” (p.2). Es decir que, el derecho del consumo involucra un conjunto de relaciones, por un lado encontramos la relación entre aquellos que producen, comercializan, transportan o prestan servicios y aquellos a quienes va destinado el producto o el servicio (consumidores), mientras que por otro lado, encontramos la regulación de las relaciones entre los sujetos referidos y el Estado.

En tal sentido, se hablará de una relación de consumo cuando “existen tres elementos: un consumidor, un proveedor y un producto o servicio, materia de transacción económica”, sin embargo, también se considera “a las operaciones a título gratuito, pero cuando estas tengan un propósito comercial dirigido a motivar o fomentar el consumo” (Maraví, 2013, p.31-32). Por lo tanto, todas las operaciones de esta naturaleza se encontrarán reguladas por la Ley N° 29571, denominado Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Stiglitz (1993) afirma respecto al derecho del consumidor que, “es un sistema global de normas, principios, instituciones y medios instrumentales consagrados por el ordenamiento jurídico, para procurar al consumidor una posición de equilibrio dentro del mercado en sus relaciones con los empresarios” (p.67).

De ello podemos inferir entonces que, como derecho que regula las relaciones de consumo, su finalidad principal es procurar un equilibrio en las relaciones entre los consumidores y proveedores de bienes y/o servicios. En ese sentido, Gómez (2006) afirma que “el poder constituyente y el legislador ha diseñado una política pública, denominada política de competencias, que tiene por objeto defender el proceso competitivo en los mercados con el fin de mejorar el bienestar de los consumidores” (p.5).

Atendiendo a ello, podemos sostener que el derecho del consumidor está compuesto no solo por normas o reglas aplicables a los actos propios de consumo, sino que también abarca aquellos principios que tienden a proteger a los consumidores –así

no se aplique directamente-, como aquellas relacionadas con el derecho civil, comercial, económico, de la competencias, entre otros.

Así pues, compartimos la tesis de Pérez (2004), al afirmar que el derecho del consumidor deber ser entendido en un sentido amplio y no restrictivo, pues este último supondría que el derecho del consumidor se agota en el simple conjunto de principios y normas jurídicas que protegen al consumidor en la relación jurídica de consumo, sin embargo, esta relación involucra cuestiones mucho más complejas. En consecuencia:

El derecho del consumidor no puede ser entendido como un comportamiento estanco, delimitado rígidamente por un estatuto especial de consumo y restringido a las relaciones de este tipo, sino que, por naturaleza, siendo un derecho de tercera generación, abarca un espectro más amplio a considerar en su conceptualización y tratamiento, que tiene como nota distintiva su marcada interrelación con otros derechos de su misma categoría, como el derecho ambiental y el desarrollo humano, y cuya fundamentación moral descansa en los principios de solidaridad y equidad interregional e intergeneracional. (Pérez, 2004, p.6)

Por lo antes expuesto, podemos afirmar que el Derecho del Consumidor se está desarrollando como una disciplina jurídica que cada vez va ganando más autonomía, y consecuentemente, afronta nuevos retos sobre el crecimiento de los mercados transnacionales con las exigencias del Consumidor como centro de protección del derecho. Lo más relevante es que, no solo se está construyendo sobre su propio contenido o su propio objeto de estudio con sus principios o instituciones, sino que también abarca otros fenómenos del derecho que coadyuvan a un mejor análisis con la finalidad de proteger al consumidor frente a los posibles conflictos o dificultades que pueda nacer respecto a la relación con el proveedor de los bienes y/o servicios.

2. RELACIÓN DE CONSUMO

2.1. ¿A quién se considera consumidor?

Ahora bien, después de haber desarrollado el concepto del derecho del consumidor, resulta necesario estudiar a los sujetos que intervienen en la relación de consumo.

Cabe recalcar que, esta relación de consumo se encuentra regulada –en la legislación peruana- por la Ley N° 29571- Código de protección y defensa del consumidor, la misma que según su artículo III, tiene como ámbito de aplicación todos los casos en los que exista- de manera directa o indirecta- una relación de consumo o una etapa preliminar a esta celebrada en el Perú o cuando sus efectos se producen en territorio peruano, es decir que, comprende también a las relaciones pre-contractuales producidas en territorio nacional. Asimismo, dicha ley también se aplica a las operaciones a título gratuito, pero solamente cuando éstas tengan un propósito comercial y que estén destinadas a fomentar el consumo.

Así pues, los consumidores y proveedores, “ambos protagonistas, a su vez, adquieren su calidad de tales a través de su integración en una relación de consumo”. (Cajarville, s.f, p.152). Por lo tanto, existe entre ambos una relación de dependencia ,en tanto que solo se podrá hablar de consumidor cuando previamente hay un proveedor, y solo se podrá ser proveedor de algún consumidor.

Maraví (2013) sostiene que “como regla general, se consideran consumidores a las personas, naturales o jurídicas, que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, productos o servicios, en beneficio propio o de su grupo familiar o social” (p.32). Es decir que, se considerará como consumidor a aquel que adquiera o utilice un bien o un servicio, cuyo disfrute sea solo en un entorno personal o familiar, y no comercial.

Así pues, según el artículo IV del Título Preliminar del Código de Protección y defensa del consumidor, se consideran consumidores:

1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio

propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.

1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.

En tal sentido, la noción de consumidor no se restringe a la persona que adquirió el producto o contrató el servicio, sino que tiene un mayor alcance, es decir que también abarca a las personas que, si bien no contrataron al proveedor, son los destinatarios de su servicio o producto. Así pues, los beneficiarios califican como consumidores por ser quienes se ven sometidos a los efectos del producto o servicio, sin que resulte relevante si forman parte de la relación contractual con el proveedor o no. Asimismo –según el referido artículo- se considera consumidor a las empresas que adquieran un producto o utilicen un servicio actuando en un ámbito distinto a su actividad empresarial y sin un propósito comercial. Aunado a ello, según (Indecopi, 2016) “existe una protección especial a las microempresas que, actuando en un ámbito empresarial, evidencien asimetría informativa y siempre que el producto o servicio contratado no esté relacionado a su giro de negocio”(p.7).

2.2. ¿A quién se considera proveedor?

Respecto a los proveedores, la Ley N° 29571 señala que estos son:

Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:

1. Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.
2. Productores o fabricantes. - Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.
3. Importadores.- Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.
4. Prestadores.- Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores.

En tal sentido, los sujetos que califican como proveedores dentro de la relación de consumo pueden ser tanto personas naturales como jurídicas, siempre que de manera habitual suministran productos o prestan servicios a los consumidores. En ese sentido, se consideran proveedores –según la ley- a los distribuidores, productores, importadores, prestadores y todos aquellos sujetos que participan en la cadena productiva del bien o servicio hasta que llegue a su destinatario final. Respecto a los sujetos que participan en la cadena productiva, estos “mantienen obligaciones diferenciadas frente al consumidor, atendiendo a su posición y participación (...), el fabricante debe garantizar la idoneidad de los productos que lanza al mercado y, por su parte, el comercializador debe verificar la idoneidad de estos antes de ofrecerlos. (Indecopi, 2016, p.8)

3. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y OBLIGACIONES DE LOS PROVEEDORES

Como ya se ha señalado, toda relación entre proveedores y consumidores conlleva una serie de derechos y obligaciones, de tal manera que ello garantice un equilibrio entre ambos desde la etapa previa al consumo (relaciones precontractuales) hasta después del consumo del producto o servicio.

Así pues, los consumidores gozan de tres derechos básicos, que a su vez se convierten en las obligaciones de mayor exigencia a los proveedores, estos son: información, idoneidad y no discriminación.

3.1. Derecho a la información

Este es uno de los primeros y más importantes derechos del que goza el consumidor, pues es él quien decide qué producto o servicio adquirir de acuerdo a sus necesidades y posibilidades, sin embargo, para ello requiere de todo tipo de información –la cual debe ser facilitada por el proveedor- sobre lo que le interesa para que este evalúe si cubre o no sus expectativas.

Al afirmar que, es el proveedor quien debe proporcionar todo tipo de información respecto al producto o servicio que ofrece, es por una razón fundamental, pues son ellos quienes dentro de la relación de consumo “suelen tener mayor y mejor información que los consumidores dada su experiencia en el mercado (...) lo que se conoce como asimetría informativa y trae como consecuencia que se eleven los precios de transacción” (Maraví, 2013, p.35).

El artículo 2 del Código de Protección y Defensa del consumidor señala la información que debe ser brindada por el proveedor de tal manera que el consumidor cuente con todas las herramientas posibles que lo ayuden a tomar adecuadamente sus decisiones de consumo.

Así pues, el artículo 2.1 establece que el proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

Pero, ¿qué debe entenderse por información relevante?, el mismo código señala que, sin perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes, para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos. Para ello se debe examinar si la

información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor (art. 2.3).

Asimismo, dicha información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano (art.2.2). Ello exige que la información no debe ser ambigua o confusa para que el consumidor no sea inducido a error respecto a alguna condición del producto o el servicio que finalmente decide contratar.

Por ello, el código contempla la prohibición de toda información o presentación u omisión de información que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos (art. 2.4).

Por lo tanto, la información que debe proporcionar los proveedores debe contener mínimamente:

- a) El precio, el cual debe ser estar indicado en términos totales, incluyendo los tributos, comisiones y cargos aplicables.
- b) Si se anuncian precios en moneda extranjera, los mismos deben consignarse también en moneda nacional, en caracteres y condiciones iguales, y con la indicación del tipo de cambio aceptado para efectos de pago. Esto no es aplicable para aquellos proveedores que ofrezcan directamente al público productos y servicios desde y hacia el exterior.
- c) Toda información sobre productos de manufactura nacional proporcionada a los consumidores debe efectuarse en términos comprensibles en idioma castellano y de conformidad con el Sistema Legal de Unidades de Medida.
- d) Tratándose de productos de manufacturación extranjera, debe brindarse en idioma castellano la información relacionada con los ingredientes, los componentes, las condiciones de las garantías, los manuales de uso, las advertencias y los riesgos previsibles, así como los cuidados a seguir en caso de que se produzca un daño.

- e) Cuando se expende al público productos con alguna deficiencia o defectos, usados, reconstruidos o remanufacturados, debe informarse notoriamente esta circunstancia al consumidor, mediante mecanismos directo de información, haciéndolo constar indistintamente en los propios artículos, etiquetas, envolturas o empaques, y en los comprobantes de pago correspondiente, siendo su responsabilidad acreditar el cumplimiento de dicha obligación. (Maraví, 2013, p.36).

3.2 Derecho a la idoneidad

Ahora bien, después de haber analizado el derecho y/ o deber a la información, pasaremos a estudiar el deber de idoneidad que se les exigibles a los proveedores en la prestación de sus servicios y/o entrega de productos.

Como ya se ha mencionado, la protección al consumidor -en la legislación peruana- se desarrolla a través de un sistema de control y fiscalización administrativa, cuya competencia le es atribuida al Indecopi. En tal sentido, el Indecopi es el ente especializado en resolver las cuestiones formuladas por los consumidores contra los proveedores, estableciendo en sus resoluciones criterios que ayuden a una mejor interpretación de la Ley N°29571.

Una de las cuestiones que ha merecido mayor fiscalización y pronunciamiento por parte de este ente especializado; se encuentra relacionado con el denominado deber de idoneidad. Este deber ha sido regulado en el artículo 18 del Código de protección y defensa del consumidor:

“Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado. Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un

producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor.”

Por su parte, Mejía (2013) expresa que “(...) la falta de idoneidad consiste en la inexistencia de esa correspondencia, es decir, ocurre cuando el proveedor defrauda las expectativas de un consumidor respecto del producto o servicio que se le ha ofrecido.” (p.2)

En el mismo sentido, afirma Maraví (2013) que, “los problemas de idoneidad versan sobre la falta de coincidencia entre lo que un consumidor espera y lo que realmente recibe, tomando en cuenta la cantidad y calidad de la información que ha recibido” (p.36).

De las ideas antes citadas, podemos sostener que tanto el deber de información como el de idoneidad se encuentran íntimamente ligadas, pues aquel implica que los consumidores tienen derecho a recibir los productos y servicios con las características que inicialmente le fueron informadas y posteriormente ofrecidas en función a la naturaleza de la operación.

No obstante, en la práctica resulta un tanto difícil determinar cuándo un bien o un servicio es verdaderamente idóneo para el consumidor o cuando se ha transgredido este deber, por lo que el Indecopi es el único encargado de establecer en cada caso particular los criterios que deben seguirse con el fin de cumplir íntegramente este deber. Así pues, la reciente Resolución del Tribunal de Indecopi N° 1008-2013/SPC-INDECOPI ha establecido importantes criterios para determinar los alcances de la responsabilidad de los proveedores.

Siguiendo la postura del Northcote (2013) “el deber de idoneidad corresponde a la etapa de ejecución de la relación de consumo, ya sea en la comercialización de productos o la prestación de servicios” (p.1)

De ello entendemos que el deber de idoneidad forma parte de las obligaciones de todo proveedor en cumplir con los ofrecimientos efectuados al consumidor, de tal manera que se cumpla con las expectativas de este en relación a la calidad, uso,

duración, origen, contenido y otras características propias de los productos o servicios contratados.

No obstante, la obligación de los proveedores no supone “entregar la mejor calidad del producto o servicios disponible, sino aquel nivel de calidad ofrecido y contratado por el consumidor, tampoco es obligación del proveedor cumplir con expectativas que el consumidor se haya formado y que no guarden relación con lo pactado y con lo que, en circunstancias razonables, se esperaría del producto o del servicio”. (Northcote, 2013, p.1)

3.3 Derecho a la no discriminación

El derecho a la no discriminación además de estar presente en una relación de consumo, también es un derecho constitucional reconocido como tal en el art. 2.2 al señalar que: “toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

Trasladado al derecho del consumidor, este derecho se encuentra recogido en el artículo 38 del Código de Protección y Defensa del consumidor y supone que, los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo. (art.38.1)

Por lo tanto, si en caso existiera un trato diferente del proveedor respecto a sus consumidores, este debe obedecer a causas objetivas y razonables. Así pues, la atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga. (art. 38.3). En concordancia con ello, el mismo código establece que es el mismo proveedor quien está en la obligación de garantizar la atención preferente de gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad, en todos los sistemas de atención con que cuente,

debiendo facilitar al consumidor todos los mecanismos necesarios para denunciar el incumplimiento de esta norma bajo responsabilidad. (art. 41)

Así pues, aquellos establecimientos abiertos al público que establezcan restricciones objetivas y justificadas de acceso a sus instalaciones tienen la obligación de informar dichas restricciones a los consumidores, de manera directa, clara y oportuna, en forma previa al acto de consumo, mediante la ubicación de carteles o avisos, de manera visible y accesible en el exterior del establecimiento y, complementariamente, a través de otros medios de información. Las restricciones no pueden ser redactadas de manera genérica o ambigua. (art. 40). De tal manera, que el proveedor no pueda ampararse en causas subjetivas para restringir el acceso de los consumidores a sus instalaciones, pues de ser así, ello configuraría un supuesto de discriminación.

4. CRITERIOS EXPEDIDOS POR INDECOPI A TRAVÉS DE LA RESOLUCIÓN N° 1008-2013/SPC-INDECOPI

La Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI, a través de su Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI, ha determinado nuevos criterios respecto a los alcances del deber de idoneidad en la venta de productos. En esta resolución, se ha establecido que los remedios jurídicos –como reparación, reposición o devolución de dinero- ofrecidos a los consumidores en la eventualidad de presentarse algún tipo de desperfecto en el producto ofrecido, solo constituyen soluciones residuales ante una infracción del deber de idoneidad, y por lo tanto no exoneran a los proveedores de responsabilidad por haber proporcionado un producto no idóneo.

En tal sentido, el criterio que se venía adoptante respecto al deber de idoneidad – antes de la Resolución-consistía en que:

El deber de los proveedores de ofrecer productos idóneos no implicaba una obligación de ofrecer productos infalibles o de una determinada calidad, limitándose este deber a proporcionar productos que reunieran las características o estándares establecidos en la normativa vigente (garantía legal), las que fueran

acordadas con el usuario (garantía expresa) y las que este último razonablemente esperaría en función de la naturaleza y finalidad para la que un producto ha sido puesto en el mercado (garantía implícita). (Payet, Rey y Cauvi, 2013, p.1)

Así pues, el Indecopi –en un primer momento- exoneró de responsabilidad al proveedor cuando el producto tenga algún desperfecto, en tanto que el proveedor no podía asegurar la infalibilidad de sus procesos productivos, motivo por el cual si se presentaba algún error en el producto, este sería posteriormente objeto de algún tipo de remedio (legal o convencional).

Tal es el caso de la Resolución N° 2221-2012/SC2-INDECOPI, en el que la Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI, indicó que:

El proveedor no será responsable por infracción al deber de idoneidad por haber vendido un producto que presente desperfectos, sino sólo por no haber realizado aquellos actos a los que estaba obligado una vez producida la falla del producto, es decir, responderá si con su conducta denegó, limitó o excluyó la aplicación de los mecanismos de solución o remedios legales o los ofrecidos expresamente por el proveedor.

No obstante, este criterio ha sido modificado por el fundamento N° 64 de la Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI, en el que señala:

Por otro lado, el hecho de que los proveedores ofrezcan en el mercado un conjunto de remedios jurídicos -reparación, reposición y devolución del dinero- exigibles por el comprador de un determinado bien frente al vendedor -en caso de que el producto se revele defectuoso, inadecuado o de cualquier otro modo no conforme a lo convenido- no enerva el hecho de que el proveedor haya incurrido en una infracción al deber de idoneidad, siendo que las medidas adoptadas por este último únicamente constituirán soluciones residuales ante una infracción que ya se ha consumado.

Dicho fundamento ha sido sustentado en las siguientes razones:

1. Es el consumidor quien se encuentra en una situación de vulnerabilidad técnica frente al proveedor en una relación de consumo
2. Que la venta de un producto defectuoso ocasiona una defraudación de las expectativas del consumidor; y,
3. Que es el proveedor quien se encuentra en la mejor posición de prevenir los efectos ocasionados por la puesta en circulación de productos no idóneos en el mercado, o quien puede reducir los costos que se ocasionan de la forma más económica posible; esta Sala considera que el proveedor es el responsable frente a los consumidores por la puesta a disposición de productos que presenten defectos de funcionamiento. (Fundamento N°62)

Así pues, según lo expuesto en el referido fundamento, es el proveedor quien responderá por algún defecto que presente el producto; ofreciendo al consumidor algún remedio jurídico; de tal manera que no se le provoque un mayor daño al consumidor. Sin embargo, estos mecanismos no exoneran al proveedor de la responsabilidad de haber incumplido con su deber de idoneidad, toda vez que no resulta lo mismo brindar un producto reparado por una falla de fábrica que un producto en óptimas condiciones.

En tal sentido, -siguiendo la posición del Indecopi- el deber de idoneidad contenido en los artículos 18° y 19° del Código deberá ser entendido como la obligación de brindar productos o servicios que correspondan a las características ofrecidas por el proveedor y esperadas por el consumidor, siendo que de no presentarse alguna de las causales de exclusión contempladas en el artículo 104° del Código, será el proveedor quien resulte responsable por haber infringido el deber de idoneidad.

De los fundamentos antes señalados, consideramos que la controversia presentada se centra en las consecuencias del incumplimiento del deber de idoneidad por parte de la empresa proveedora, toda vez que esta así haya realizado acciones con el propósito de subsanar los problemas con sus consumidores-a pesar de haber brindado los efectos y prestaciones deseadas en el producto- no eliminan la

imposición de la sanción al haberse incumplido el deber de idoneidad desde un inicio.

Así pues, con este criterio se estaría obligando a los proveedores a ser infalibles respecto a los productos que pone a disposición dentro del mercado, entendiéndose así que el deber de idoneidad de un producto constituye una obligación que todo proveedor debe cumplir frente al consumidor.

5. ¿CÓMO SE DETERMINA LA IDONEIDAD EN UN PRODUCTO Y EN UN SERVICIO?

Para determinar si un producto o servicio cumple con ser idóneo, es imprescindible partir por establecer una definición del deber de idoneidad dentro de la relación de consumo, Así pues, según el artículo 18 del código de protección de defensa del consumidor, se entiende por idoneidad a:

(...) La correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores.

Por su parte, Espinoza sostiene respecto al deber de idoneidad que tiene el proveedor frente al consumidor, que este:

(...) se materializa en que los productos y servicios que el proveedor pone en circulación en el mercado respondan a las expectativas de un consumidor razonable y que una de las maneras de cubrir estas expectativas se da a través de la garantía, que no es más que la asunción de responsabilidad del proveedor frente al consumidor, en caso el producto o servicio no satisfaga las expectativas de un consumidor razonable. (p.2016)

En tal sentido, la idoneidad comprende dos aspectos importantes. Por un lado, el proveedor se encuentra obligado a respetar y cumplir con las condiciones y/o términos expresamente pactados con el consumidor.

Asimismo, el proveedor debe cumplir con las expectativas generadas en el consumidor atendiendo a las circunstancias particulares que rodean al acto de consumo – como la vulnerabilidad del consumidor, la confianza depositada en el proveedor- de acuerdo al tipo de servicio o bien que se ha ofrecido, negociado y finalmente contratado.

Adicionalmente, de acuerdo al nuevo criterio adoptado por el INDECOPI respecto a la idoneidad, sostiene Rodríguez (2014) que “un reciente pronunciamiento de la Sala Especializada en Protección al Consumidor en el que parece consagrarse la idea de que los proveedores deben colocar productos perfectos en el mercado” (p.311).

En tal sentido, a efectos de determinar cuándo un producto o servicio es idóneo, resulta necesario recurrir al término garantía (Art.18), el mismo que debe ser entendido como un parámetro de idoneidad. Así pues, esta garantía comprende a su vez tres tipos: garantía legal, garantía expresa y garantía implícita.

Respecto a los tipos de garantía, es la misma ley quien en su artículo 18 define en qué consiste cada una de ellas:

- a. Una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita.
- b. Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita.
- c. Una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles

para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado.

En tal sentido, la garantía será legal siempre que a través de mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permita la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con determinados requisitos contenidos en dicha garantía, así como tampoco se puede contratar bajo condiciones contrarias a esta garantía.

Hablamos de garantía expresa cuando los términos y condiciones expresamente ofrecidos y pactados son propios de las negociaciones entre el proveedor y el consumidor, como la publicidad, el etiquetado entre otros.

Y finalmente, se entiende por garantía implícita cuando media el silencio del proveedor o cuando no existiendo contrato, se infiere que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando los usos y costumbres propios del mercado.

6. CASO: CLÍNICA EL GOLF, CONTENIDA EN LA RESOLUCIÓN N° 1884-2017/SPC-INDECOPI

Antecedentes

Mediante escritos del 27 de mayo de 2015, la señora Borgoño denunció a Sistema de Administración Hospitalaria S.A.C (en adelante Clínica El Golf), ante la Comisión de Protección al Consumidor- Sede Lima Sur N°1, por presunta infracción de la Ley 29571, Código de protección y Defensa del Consumidor, señalando:

1. Que, el 17 de octubre de 2014 acudió a la clínica el golf a fin de recibir atención médica en la especialidad de ginecología, pues presentó un sangrado vaginal y náuseas;

2. Fue atendida por el doctor Luis Abelardo Almeyda Castro, quien le indicó que tenía aproximadamente seis (6) semanas de gestación. Asimismo le diagnosticó hiperémesis gravídica leve¹⁸.
3. Con fecha 21 de octubre de 2014, acudió nuevamente a la Clínica El Golf, pues presentó dolor pélvico, y el 21 de noviembre de ese mismo año, luego de ser sometida a nuevos exámenes ecográficos, se le indicó que su embarazo era riesgoso, pues se evidencia que el feto padecía de síndrome de Turner¹⁹.
4. Debido a que dicha situación ponía en riesgo su vida, solicitó al Dr. Almeyda que interrumpiera su embarazo, sin embargo, el médico indicó que llo no era posible en la medida que la patología existente no afectaba la vida de la gestante.
5. El día 4 de diciembre de 2014, la denunciante presentó un sangrado vaginal abundante. En la Clínica El Golf, le diagnosticaron amenaza de aborto y alto riesgo obstétrico, siendo hospitalizada. inmediatamente después, se le practicó un examen preoperatorio, de riesgo quirúrgico y una ecografía pélvica, cuya finalidad no le fue explicada.
6. El 9 de diciembre, le entregaron un informe de la última ecografía realizada, la cual concluía, entre otras cosas, lo siguiente: el cráneo del feto presentaba un edema generalizado y el corazón impresionaba una hipoplasia izquierda, sugiriéndole descartar alteración cromosómica con amniocentesis y un compromiso infeccioso a través de un perfil TORCH. Fue dada de alta el 10 de diciembre de 2014.

¹⁸ La hiperémesis gravídica es la presencia de náuseas y vómitos intensos y persistentes durante el embarazo. Pueden llevar a la deshidratación, pérdida de peso y desequilibrios electrolíticos. Las náuseas matutinas se refieren a las náuseas y vómitos que ocurren al inicio del embarazo. Obtenido de la página web de Medline Plus, un servicio de la biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU, disponible en : <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001499.htm>

¹⁹ El síndrome de Turner es un trastorno genético que afecta el desarrollo de las niñas. La causa es un cromosoma X ausente o incompleto. Las niñas que lo presentan son de baja estatura y sus ovarios no funcionan en forma adecuada. La mayoría de de las mujeres con síndrome de Turner son infértiles. Corren el riesgo de tener problemas de salud como hipertensión arterial, problemas renales, diabetes, cataratas, osteoporosis y problemas tiroideos. Obtenido de la página web de Medline Plus, un servicio de la biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU, disponible en <https://medlineplus.gov/spanish/turnersyndrome.html>

7. El 11 de diciembre de 2014, acudió al consultorio médico de la doctora Martha Beatriz Rondón Rondón, especialista en psiquiatría, quien le diagnosticó depresión recurrente con reacción de adaptación al estrés, y le indicó que su gestación suponía un riesgo severo para su salud mental;
8. El 13 de diciembre el 2014, acudió al Instituto Nacional Materno Perinatal, a fin de que se le realice un nuevo examen ecográfico, el cual concluyó que el feto presentaba malformaciones congénitas compatibles con probable cromosomopatía.
9. El 18 de diciembre de 2014, presentó ante la Clínica El Golf una solicitud de aborto terapéutico, en atención a lo establecido por la Resolución ministerial 486-2014-MINSA, que aprobó la Guía Técnica de Aborto Terapéutico.
10. Pese a lo anterior, la denunciada no cumplió con convocar a la Junta Médica que se encargaría de evaluar su caso, y mucho menos cumplió con atender su solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo establecido en la Guía Técnica.
11. Ante ello, optó por acudir el 26 de diciembre de 2014 al Instituto Perinatal, lugar donde se le practicó un aborto con fines terapéuticos.
12. Mediante correo electrónico del 30 de enero de 2015, Clínica El Golf, le comunicó que había sido informada sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos que su embarazo implicaba, sin embargo, ello no era cierto, y
13. Luego de revisar su historia clínica advirtió que en ella no se consignó su solicitud de aborto terapéutico.

Mediante Resolución 1 de fecha 13 de julio del 2015, la Secretaría Técnica imputó a Clínica El Golf, entre otras, la presunta comisión de la siguiente conducta infractora:

PRIMERO: Admitir a trámite la denuncia de fecha 27 de mayo de 2015, presentada por la señora Borgoño contra Sistema de Administración Hospitalaria S.A.C conforme a lo siguiente:

(...)

(ii) Por presunta infracción de los artículos 18°, 19° y 67.1° de la Ley N°29571,

Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto el personal de la Clínica no habría tramitado debidamente su solicitud de aborto terapéutico, incumpliendo la normativa sectorial, debido a que: (i) no habría respondido a la solicitud de aborto terapéutico de la denunciante dentro del plazo debido, (ii) no habría conformado una Junta Médica para evaluar la solicitud de aborto terapéutico de la denunciante como parte de su Historia Clínica y (iv) habría denegado la solicitud de aborto terapéutico de la denunciante pese a que habría cumplido con los requisitos para acceder al mismo. (Resolución 1 de la Secretaría Técnica, fundamento primero)

Por lo tanto, la Secretaría Técnica de la Comisión consideró que la conducta presuntamente infractora cometida por la Clínica se habría materializado a través de las siguientes sub conductas: (a) omitir responder la solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo establecido; (b) omitir convocar a una Junta Médica; (c) omitir incluir dicha solicitud en la Historia Clínica; y, (d) omitir realizar el procedimiento de aborto terapéutico.

Ante ello, Clínica El Golf presentó su escrito de descargos manifestando lo siguiente:

1. Que, cumplió con informar a la denunciante el motivo por el cual debía ser hospitalizada, así como cuáles eran los exámenes médicos que, teniendo en consideración su estado de salud, se le practicarían;
2. Se allanaba a la imputación referida a que no habría cumplido con responder oportunamente el reclamo o solicitud presentado por la denunciante;
3. La denunciante conocía que, en el caso concreto, el aborto terapéutico era innecesario en la medida que no se encontraba en riesgo su vida;
4. El Dr. Almeyda no estaba obligado a solicitar que se convoque a una Junta Médica, en tanto consideró correctamente que el embarazo de la denunciante no podría ocasionar un mal grave y permanente en la salud de la gestante;
5. Sin perjuicio de lo anterior, la denunciante se negó a someterse a una amniocentesis, examen que hubiese permitido determinar de manera definitiva si el feto presentaba algún defecto cromosómico.

6. Su representada no estaba obligada a consignar en la Historia Clínica los reclamos y/o solicitudes que presenten sus consumidores;
7. Era extraño que la denunciante haya logrado obtener un certificado psiquiátrico tan concluyente –como el de fecha 11 de diciembre de 2014- tan solo un día después de haber sido dada de alta;
8. Cumplió con consignar en la Historia Clínica de la denunciante, cuáles eran los posibles riesgos que conllevaba su embarazo; y,
9. Debía requerirse información adicional al Ministerio de Salud.

Primera Instancia

Mediante Resolución 2243-2016/CC1 de fecha 26 de octubre de 2016, la comisión de Protección al Consumidor emitió el siguiente pronunciamiento:

- i. Declaró INFUNDADA la denuncia interpuesta contra la clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 1° numeral 1 literal b); 2°; y 67° numeral 4 literal b) del Código, al haberse acreditado que la denunciada brindó información a la denunciante sobre la finalidad de los exámenes practicados (preoperatorio, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica)
- ii. Declaró INFUNDADA la denuncia interpuesta contra la clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, en el extremo referido a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante, al haberse acreditado que la denunciada no estaba obligada a: (a) responder tal solicitud dentro del plazo establecido; (b) convocar una Junta Médica para efectuar su evaluación; (c) incluir dicha solicitud en la Historia Clínica; y, (d) realizar el procedimiento de aborto terapéutico.
- iii. Declaró INFUNDADA la denuncia interpuesta contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en el extremos referido a la omisión de brindar información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves que el embarazo de la paciente conllevaba, al haberse acreditado que la denunciante brindó tal información a la denunciante; y,

- iv. Desestimó la solicitud de medidas correctivas y de pago de costas y costos presentada por la denunciante.

Así pues, la Comisión fundamentó dicha decisión en que, la solicitud de aborto terapéutico fue presentada por la denunciante, y no, conforme lo establecía la Guía Técnica de Aborto Terapéutico, esto es, por su médico tratante:

Sobre la falta de respuesta a la solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo legal establecido

(...)

Teniendo en cuenta lo indicado, se aprecia que en el presente caso no se cumplió con el primer requisito establecido en la Guía para que se pueda presentar una solicitud de aborto terapéutico por una gestante, a saber, determinar o diagnosticar que la paciente presenta uno de los problemas de salud indicados en la Guía y que dicha patología pone en riesgo su salud o su vida, por lo que la clínica no se encontraba en la obligación de brindar una respuesta en el requerimiento de aborto terapéutico formulado por la denunciante. (Resolución 2243-2016/CC1, fundamento 48)

Sobre la conformación de una Junta Médica y el rechazo de la solicitud de aborto terapéutico

(...)

Respecto a estos extremos de la denuncia, cabe señalar que al haber quedado establecido que en el presente caso no se cumplió con el procedimiento señalado por la Guía para la realización del aborto terapéutico, ello tanto en tanto que el médico de la denunciante no consideró que su embarazo pusiera en riesgo su salud o su vida, la Clínica no se encontraba obligada a convocar a una Junta Médica o aceptar la solicitud de aborto terapéutico. (Resolución 2243-2016/CC1, fundamento 53)

Sobre la no inclusión de la solicitud de aborto terapéutico en la Historia Clínica

(...)

Sobre este extremo de la denuncia, cabe señalar que, tal como se ha indicado previamente, al haber quedado establecido que en el presente caso no se cumplió con el procedimiento señalado por la Guía para la realización del aborto terapéutico en tanto que el médico de la denunciante no consideró que su embarazo calificaba como un supuesto establecido en dicho documento y ponía en riesgo su salud o su vida, la Clínica no se encontraba obligada a tramitarla y, por ende, tampoco a integrarla a la Historia Clínica de la denunciante. (Resolución 2243-2016/CC1, fundamento 57)

Posteriormente, el 15 de noviembre de 2016, la denunciante apeló la Resolución 2243-2016/CC1, alegando que:

- (i) Clínica El Golf no demostró que brindó información sobre la finalidad de los exámenes practicados, siendo que, pretender que la denunciante demuestre lo contrario implicaría vulnerar el principio pro consumidor;
- (ii) La denunciante tardó cuarenta y tres (43) días en responder su solicitud de aborto terapéutico, lo cual contravino lo establecido en la Guía Técnica;
- (iii) Tal solicitud no constituía un reclamo, como incorrectamente señaló la Comisión;
- (iv) Clínica El Golf omitió valorar, al pronunciarse sobre la solicitud de aborto terapéutico, el estado de salud mental que tenía. Ello, pese a que cumplió con presentar un Certificado Médico emitido por la Dra. Rondón, el cual daba cuenta que su embarazo había afectado gravemente su salud mental;
- (v) La denunciada no tramitó correcta y oportunamente la solicitud de aborto presentada. Concluir lo contrario, implicaría vulnerar los principios de corrección de la asimetría y pro consumidor;
- (vi) El "Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas", en el caso L.C vs Perú, halló responsable al Estado peruano por vulnerar diversos artículos de la "Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer", entre ellos, aquel que le permitía a L.C acceder a un procedimiento eficaz para ejercer su derecho a los servicios de

- atención médica (aborto terapéutico), que su estado de salud física y mental requería;
- (vii) En concordancia con lo anterior, dicho Comité, en el caso K.L vs Perú, señaló que el sufrimiento que padeció K.L se produjo como consecuencia de haberle negado acceder al aborto terapéutico;
 - (viii) La denunciante debió incluir la solicitud de aborto terapéutico, así como la respuesta correspondiente en la Historia Clínica de la denunciante.
 - (ix) La Guía Técnica no establecía un procedimiento específico para el supuesto en el cual el médico tratante considera que el embarazo no ponía en riesgo la vida de la gestante o causaba un mal grave y permanente de su salud; y,
 - (x) Clínica El Golf no cumplió con informarle que su embarazo estaba afectando gravemente su salud física y mental, esto es, no cumplió con brindarle información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos del embarazo.

Respecto al recurso de apelación, el Tribunal de Indecopi consideró que el hecho referido a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico, subsumía las demás conductas imputadas, de tal manera que no solo se debió analizar si la denunciante siguió el procedimiento establecido en la Guía Técnica, sino también si, luego de presentada la mencionada solicitud, la Clínica actuó de manera idónea o no.

En tal sentido, el Tribunal de Indecopi realizó un análisis respecto a los deberes de información y de idoneidad que debió cumplir la Clínica El Golf en el presente caso:

Sobre el deber de información

(...)

Es oportuno mencionar que la propia señora señaló, a través de su escrito de denuncia que, Clínica El Golf cumplió con informarle, antes de ser hospitalizada, que su diagnóstico definitivo se correspondía con amenaza de aborto y embarazo de alto riesgo. (Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, fundamento 28)

Por otro lado, de la revisión de la Historia Clínica de la Señora, se aprecia que su médico ginecólogo tratante –el Dr. Almeyda- ordenó la realización de un chequeo

preoperatorio, un examen de riesgo quirúrgico y una ecografía pélvica. (Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, fundamento 29)

De la misma manera, se advierte que se realizó una interconsulta con el área de cardiología de la Clínica El Golf y se le explicó a la consumidora cuál era el plan de trabajo, tal y como lo evidencia la anotación consignada en su Historia Clínica. (Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, fundamento 30)

De lo expuesto, se colige que la señora Borgoño no solo conocía cuál era su diagnóstico, sino también cuál era el Plan de Trabajo previsto por el Dr. Almeyda para reducir la amenaza de aborto existente. (Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, fundamento 31)

Por los motivos antes expuestos es que, el Tribunal de Indecopi confirma la resolución 2243-2016/CC1, en el extremo de haber declarado infundada la denuncia interpuesta contra la Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 1° numeral 1 literal b); 2°; y, 67° numeral 4 literal b) del Código, al haberse acreditado que la denunciada brindó información a la denunciante sobre la finalidad de los exámenes que se le practicó, esto es, preoperatorio, de riesgo quirúrgico y el de ecografía pélvica.

Sobre el deber de idoneidad

Respecto al deber de idoneidad, se le imputó a Clínica El Golf la comisión de dos (02) presuntas infracciones: (i) no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico y (ii) haber omitido consignar en la Historia Clínica la información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves que el embarazo de la paciente conllevaba.

No haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico:

Este colegiado considera que Clínica El Golf debió haber derivado la solicitud de fecha 18 de diciembre de 2014 al Dr. Almeyda, a fin de que este último evalué si el embarazo de la señora Borgoño causaba un grave y permanente daño a su salud mental, tal y como concluyó la Dra. Rondón. (Resolución 1884-2017/SPC-INDECOP, fundamento 76)

En ese orden de ideas, Clínica El Golf debió considerar, luego de evaluar la solicitud de aborto terapéutico presentada por la señora Borgoño, las posibles afectaciones graves y permanentes que su embarazo podría ocasionar no solo en su salud física, sino también en su salud mental. Ello, en la medida que el derecho a la salud mental es un derecho fundamental de la denunciante cuyo sustento se encuentra contenido en el principio-derecho de dignidad humana y en el derecho a la salud. Para ello es imperativo ver integralmente al ser humano: como una unidad física y psíquica, con la finalidad de cautelar su desenvolvimiento vital dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. (Resolución 1884-2017/SPC-INDECOP, fundamento 82)

Por las razones expuestas, el Tribunal de Indecopi revocó la resolución venida en grado en el extremo que declaró infundada la denuncia contra Clínica El Golf por haber infringido los artículos 18°, 19° y 67° numeral 1 del Código, por haberse acreditado que la denunciada no tramitó adecuadamente la solicitud de aborto terapéutico.

Haber omitido consignar en la Historia Clínica la información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves que el embarazo de la paciente conllevaba

(...) se advierte que, tanto el 6 como el 10 de diciembre de 2014, se consignó en la Historia Clínica de la señora Borgoño que el personal médico de la denunciada explicó a la consumidora, y a su cónyuge, por un lado, cuál era el plan de trabajo previsto para reducir la amenaza de aborto que presentó (tal plan de trabajo incluía la relación de exámenes y las interconsultas a realizar) y, por otro lado, cuál propiamente el diagnóstico que se correspondía con su cuadro clínico. ((Resolución 1884-2017/SPC-INDECOP, fundamento 89)

En tal sentido, el Tribunal confirmó la resolución venida en grado en el extremo que declaró infundada la denuncia contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código, por haber omitido brindar información a la denunciante sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos que conllevaba su embarazo, pues al

haber revisado la historia clínica se corroboró que la clínica cumplió con brindar dicha información a la consumidora.

Opinión Crítica

Ahora bien, después de haber detallado los hechos del caso y las decisiones de primera y segunda instancia, corresponde analizar el fallo emitido por el Tribunal de Indecopi y las razones en las que se amparó para sostener que la Clínica El Golf no cumplió con su deber de idoneidad en su calidad de proveedor.

Como ya se ha mencionado, se le imputó a Clínica El Golf la comisión de dos (02) presuntas infracciones: (i) no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico y (ii) haber omitido consignar en la Historia Clínica la información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves que el embarazo de la paciente conllevaba.

Respecto a la segunda infracción no es necesario referirnos, ya que compartimos la decisión del Tribunal, toda vez que, se logró demostrar que en la Historia Clínica de la denunciante sí se consignó la información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos que conllevaba su embarazo, además de la información sobre los exámenes que se le practicó.

No obstante, discrepamos en la decisión de haber declarado fundada la denuncia en el extremo de no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico, por las siguientes razones:

- a) Procedimiento para acceder a la interrupción voluntaria por Indicación terapéutica del embarazo: En el apartado 6. 2 de la Guía Técnica se establece claramente el procedimiento que se debe seguir para poder acceder a un aborto terapéutico. En tal sentido, este procedimiento se inicia cuando el médico tratante advierte que el embarazo pone en riesgo la vida de la gestante o causa en su salud un mal grave y permanente.

El/La médico/a tratante que durante la atención de la gestante advierta que el embarazo pone en riesgo la vida de la gestante o causa en su salud un mal grave

y permanente, informará a la embarazada sobre el diagnóstico, el pronóstico, los riesgos graves para su vida o su salud, y los procedimientos terapéuticos que correspondan. (Resolución Ministerial N°486-2014/MINSA, apartado 6.2.1)

Sin embargo, en el caso bajo análisis observamos que el Dr. Almeyda (médico tratante) consideraba que era innecesario practicarle un aborto terapéutico a la denunciante en la medida que no se encontraba en riesgo su vida y tampoco podría ocasionarle un mal grave y permanente en la salud de la gestante. Por lo tanto, no podríamos hablar de falta de idoneidad en la prestación de servicios de salud (obstétricos) cuando es el médico quien considera que no se cumple el primer presupuesto para que la gestante acceda a un aborto terapéutico. Así pues, es el médico tratante el único facultado para determinar –basándose en criterios científicos y especializados - si un embarazo pone en riesgo la vida o causa un mal grave y permanente en la salud de la gestante, de tal manera que así se evite una propagación de solicitudes de aborto terapéutico cuando las circunstancias no lo ameritan ni justifican.

14. La denunciante presentó la solicitud de aborto terapéutico ante la dirección general de la Clínica El Golf adjuntando el certificado psiquiátrico emitido por la Dra. Rondón: el Tribunal considera que el Dr. Almedaya debió evaluar nuevamente si el embarazo de la señora causaba un mal grave y permanente en su salud tomando en cuenta el certificado psiquiátrico de la Dra. Rondón. Sin embargo, era muy difícil que el Dr. Almedaya pueda conocer dicho certificado, pues la denunciante presentó la solicitud ante la Dirección General, y no ante su médico tratante para que este pueda evaluar si existía un “posible peligro”, pues era él el más idónea para valorar su situación y no la Dirección General. Sin perjuicio a ello, resulta poco creíble que tan solo un día después de haber sido dada de alta, la denunciante acuda a su psiquiatra y esta en una sola sesión pueda emitir un diagnóstico tan concluyente como el de depresión recurrente con reacción de adaptación al estrés, indicándole además que, su gestación suponía un riesgo severo para su salud mental.

b) Respecto a la causal aludida: la gestante solicitó que se le practique un aborto terapéutico aludiendo la causal número once establecida en la Guía técnica, la misma que señala:

Cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la Junta Médica. (Resolución Ministerial N°486-2014/MINSA, apartado 6.1, numeral 11)

Esta cláusula otorga un amplio margen de interpretación para que se pueda aceptar una solicitud de aborto terapéutico, pues –como se verá más adelante- bastará que se le alegue una afectación a la salud mental de la gestante o –como en el caso bajo análisis- presentar un certificado psiquiátrico para sustentar dicha práctica, aun cuando las razones no justifiquen la intervención.

Un claro ejemplo de la subjetividad que presenta esta cláusula es la postura que presenta la autora Moz Saco (2018) al proponer la inclusión del aborto eugenésico dentro de los supuestos impunes de aborto terapéutico para evitar una grave afectación a la salud mental de la madre, al sostener que:

Con la prohibición del aborto de un feto con malformaciones congénitas que hacen imposible su sobrevivencia no solo se afecta la salud física de la mujer, sino también resulta afectada su salud mental, ya que se podrían generar graves consecuencias para el desarrollo de su vida futura, incluyendo el resto de su familia (p.87).

Como se observa, esta causal genera un sinfín de “razones” para que la gestante pueda solicitar la interrupción voluntaria de su embarazo, a pesar de que en dichos casos no sea necesaria dicha práctica.

En tal sentido, al ser el aborto terapéutico una medida excepcional en nuestro ordenamiento jurídico, los requisitos para su acceso deben ser muy específicos y concretos, de tal manera que no exista posibilidad de aplicarlo en situaciones donde no hay una razón justificada.

c) Objeción de conciencia en las prácticas de aborto terapéutico: a pesar de que en la resolución analizada no se menciona el tema de la objeción de conciencia, conviene traerlo a colación, pues los médicos – basándose en sus conocimientos especializados- pueden advertir que las causales expuestas en la Guía técnica no justifican o son innecesarias para poder acceder a un aborto terapéutico, y así desistir de realizar estas prácticas por considerar que atentan contra sus valores, su ética o moral. No obstante, la interpretación que se siguió en dicha resolución trae graves consecuencias, como el limitar al personal de salud de ejercer su derecho a la objeción de conciencia frente a prácticas que atentan contra la vida del ser humano, así como también, el hecho de que las clínicas no contraten los servicios de médico objetores de conciencia, toda vez que un Tribunal- alegando falta de idoneidad en la prestación de sus servicios- puede sancionarlos en su calidad de proveedores.

CAPÍTULO III

EL ABORTO TERAPÉUTICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN LOS SERVICIOS PRIVADOS DE SALUD.

Después de haber desarrollado en los capítulos precedentes lo relativo al derecho a la objeción de conciencia y el principio/obligación de idoneidad en la prestación de servicios de salud, resulta menester referirnos al tema del aborto terapéutico desde la perspectiva de la objeción de conciencia en los servicios privados de salud. Para ello, iniciaremos estableciendo una definición del aborto terapéutico; considerando al concebido como sujeto de derecho. Posteriormente, se analizará 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, contenido en la Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA. Asimismo haremos una reflexión de las consecuencias que lleva consigo la despenalización de este tipo de aborto, en donde además analizaremos sus implicancias en el caso del médico argentino Rodríguez Lastra. Finalmente, en este capítulo se abordará los efectos de la negativa del médico –haciendo uso de su derecho a la objeción de conciencia- a practicar un “aborto terapéutico”, y si ello significa infringir- o no- el principio de idoneidad al que se encuentra obligado todo personal de salud en la prestación de sus servicios dentro de una clínica privada. Tendremos como base el caso de la clínica “El Golf”.

1. ABORTO

En la actualidad, el aborto se ha convertido en uno de los temas más controvertidos que ha merecido un análisis en distintos países, –incluso en el nuestro- debido al tratamiento legal que recibe el concebido en los diferentes ordenamientos jurídicos. Así pues, Villa (1997) refiere que son tres las tesis que se confrontan sobre el aborto: (i) la tesis de la legalización del aborto, (ii) la tesis del aborto como forma de homicidio y (iii) la tesis de la ponderación de bienes.

I. Tesis de la legalización del aborto

Esta tesis postula que la existencia del embrión o feto se encuentra subordinada a una vida principal, es decir al de la madre, quien al poseer primacía sobre aquel; consecuentemente -según esta postura- tendría absoluta disponibilidad sobre su vida.

Esta teoría argumenta a su favor que, la política criminal que prohíbe el aborto trae como consecuencia una práctica clandestina del mismo y su consiguiente riesgo, por lo que, al legalizarlo se lograría disminuir la tasa de lesiones o mortalidad por condiciones de insalubridad a causa de una práctica prohibida.

II. Tesis del aborto como modalidad de homicidio

Esta tesis plantea que la vida humana no es objeto de disponibilidad en ninguna de sus etapas, ni siquiera en etapa incipiente, ya que el feto o embrión –a pesar de su estado de indefensión-cuenta a plenitud con un código genético total. Por lo tanto, no solo la vida de la madre merece ser tutelada, sino también la del concebido, máxime si este se encuentra en un mayor estado de vulnerabilidad.

III. Tesis de la ponderación de bienes

La última tesis propone que se debe confrontar el peso relativo de los bienes jurídicos en conflicto; en situaciones de un embarazo. En tal sentido, este criterio supone optar por la realización del aborto como una fórmula de solución de un conflicto de bienes jurídicos en donde se sacrifica uno (el feto) en salvaguardia del

otro (vida, intimidad, libertad de la madre). Esta tesis plantea como ejemplo la práctica del aborto terapéutico.

Ahora bien, teniendo en cuenta las tesis expuestas pasaremos a detallar cuál de ellas ha tomado mayor fuerza en distintos países para posteriormente haber sido recogidas en sus ordenamientos jurídicos.

Así pues, en los países que aceptan que el concebido es un sujeto de derecho (como Perú, El Salvador, Nicaragua, Chile) se está reconociendo a su vez que este es un ser genéticamente individualizado, al cual se le debe garantizar el derecho a la vida y el respeto a su dignidad, por consiguiente; todo atentado contra él estaría jurídicamente prohibido.

Por otro lado, aquellos países en donde se le niega al concebido la calidad de sujeto de derecho; es evidente que no reconocen que el embrión o feto es un ser genéticamente distinto a la madre, minimizando así el contenido ontológico de aquel que está por nacer.

Por ello, resulta lógico que en estos países se permita el acceso al aborto, incluso como un derecho de la mujer gestante, dándole así la “libertad” de poder decidir sobre la vida del concebido.

Este es el caso de Europa y América del Norte, en donde las mujeres cuentan con legislaciones más liberales. Así pues, el derecho al aborto se encuentra totalmente despenalizado en Uruguay, Cuba, Dinamarca, España, Francia, Alemania, Estados Unidos, entre otros.

Ahora bien, después de exponer las posiciones que se encuentran en conflicto respecto al tema bajo análisis, resulta imprescindible establecer una definición de aborto.

El término aborto proviene del latín *abortus* que significa *ab*: privación, y *ortus*: nacimiento, es decir sin nacimiento.

En el mismo sentido, la Organización Mundial de la Salud (2009) ha definido al aborto como “la Interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable fuera

del vientre materno” (p.1). Dicha definición resulta criticable por la expresión utilizada “no es viable”, pues con ello se estaría limitando el tiempo en el que se puede realizar esta práctica, es decir que, a criterio de la OMS solo calificará como aborto cuando la interrupción se haya realizado a un feto que aún no es viable fuera del vientre de la madre, mientras que el atentar contra un feto que sí es viable no calificaría como tal. Entonces- siguiendo este razonamiento- cabe preguntarnos ¿qué es y a partir de cuándo hablamos de una viabilidad fetal? Así pues, Astete, Beca y Lecaros (2014) afirman que la viabilidad es:

La edad gestacional a partir de la cual es posible la vida extrauterina. La OMS define este límite en las 20 semanas de edad gestacional (18 semanas después de la fecundación), o en más de 400 gr si la edad gestacional es desconocida. Sin embargo, el límite de viabilidad depende del progreso médico y tecnológico, estando actualmente en torno a las 22 semanas de gestación o en 500 gr de peso al nacer. (p.3)

Por su parte, Alda et al. (2014) definen la viabilidad como “la calidad o estado de ser capaz de vivir, crecer y desarrollarse (...) se basa generalmente en dos criterios principales: el biológico, que tiene en cuenta la madurez del feto, y el epidemiológico, que se basa en las tasas de supervivencia” (p.14).

Seguidamente, el autor añade que la viabilidad no solo debe ser discutida desde el punto de vista médico, sino también tomar en cuenta principios éticos y consideraciones socio-económicas, de tal manera que la viabilidad fetal no solo sea entendida como la capacidad para mantener la vida fuera del útero, sino también la capacidad de poder crecer y desarrollarse. Así pues, manifiesta que:

La viabilidad desde un punto de vista concretamente clínico, no solo implica supervivencia, sino la actitud que tendremos como personal de la salud de proveer maniobras de reanimación o cuidados intensivos ya que las mismas condicionarán en muchos casos la posibilidad de supervivencia de estos recién nacidos. (p.66)

No obstante, la tesis de la viabilidad fetal ha resultado ser un criterio muy subjetivo para determinar cuándo se configura el delito de aborto, y en casos extremos, para

convertir esta práctica en un derecho constitucional de la gestante como en el conocido caso de Norma McCorvey , quien coadyuvó a la legalización del aborto en Estados Unidos.

“Roe vs Walde” y quienes se apoyan en este fallo sostienen que un embrión humano en los primeros meses de su desarrollo carece de viabilidad fuera del vientre de la madre, la que se adquiere con el correr del tiempo y el avance del embarazo. En estas condiciones, el embrión es algo propio de la mujer, tan dependiente de ella, que puede disponer de él con entera libertad. (...) según “Roe”, aun cuando el fallo no lo dice expresamente- abortar- es una decisión íntima de la mujer, quien puede disponer del embrión con el mismo derecho que se hace una cirugía estética. (Bianchi, 1999, p.105)

Por ello, consideramos que la definición adoptada por la OMS no resulta la más idónea para referirnos a esta práctica, en tanto que la “no viabilidad del feto fuera del vientre materno” no puede constituir un límite, ni mucho menos una razón suficiente para afirmar la configuración de un aborto, pues como ya se ha mencionado en los párrafos precedentes, la no viabilidad del feto se estaría circunscribiendo aproximadamente hasta las 20 o 22 semanas de edad gestacional, con lo cual se podría asumir que cualquier atentado contra la vida de un feto a partir de dicha edad hasta el parto no supondría un aborto.

Por otro lado, la Organización Panamericana de la Salud (2010) define al aborto como “la expulsión o extracción del producto de la concepción fuera del útero materno, con un peso igual o inferior a 500 gramos o antes de las 22 semanas” (p.272).

Como vemos, la OPS adopta una definición similar al de la OMS, ya que para ambos organismos el aborto consiste meramente en la expulsión del feto cuando este se encuentre en una edad gestacional de 22 semanas o tenga un peso aproximado de 500 gr. No obstante, se añade una característica “fuera del útero materno”, es decir que un aborto solo calificará como tal si dicha expulsión se produce al exterior del útero, lo cual se estaría restringiendo dicha práctica exclusivamente a uno de los

medios o mecanismos del aborto provocado, esto es la acción operatoria. De esta manera, podemos notar que se excluye aquellos supuestos en donde el aborto se produce dentro del útero de la gestante, el mismo que se puede originar a través de agentes físicos (como acciones violentas) o agentes químicos (laxantes, catárticos, medicamentos).

Desde la perspectiva de la doctrina penal, Castillo (2005) sostiene respecto al aborto que es “la destrucción de la vida humana, producto de la concepción, dentro del claustro materno o por su expulsión prematuramente provocada, luego de la anidación del óvulo fecundado en el útero y hasta antes que se inicien las contracciones intrauterinas y dolores del parto” (p.91). De ello, podemos apreciar que el autor ha establecido un plazo para que se configure el aborto, esto es desde la concepción hasta la expulsión del mismo, por lo que toda interrupción que se realice dentro de este plazo calificará como aborto.

En tal sentido, la práctica del aborto supone poner fin a la vida del concebido, en cualquiera de sus etapas de desarrollo, ya sea cuando se alude al embrión (desde la segunda hasta la octava semana) o al feto (desde el comienzo del tercer mes hasta la expulsión o parto), e independientemente si hay o no expulsión o si esta se produce fuera (práctica operatoria) o dentro del vientre de la madre (provocado por la gestante u otra persona empleando agentes físico o químicos).

Cabe mencionar, que existen dos tipos de aborto; el espontáneo y el provocado o también llamado inducido.

El espontáneo se produce bien porque surge la muerte intrauterinamente, o bien porque causas diversas motivan la expulsión del nuevo ser al exterior donde fallece, dada su falta de capacidad para vivir fuera del vientre de su madre. Si el aborto es provocado, se realiza matando al hijo en el seno materno o forzando artificialmente su expulsión para que muera al exterior. (Tomás y Garrido, 2006, p.91)

Por lo tanto, el punto diferenciador entre el aborto espontáneo y el provocado radica básicamente en la ausencia o presencia de la interferencia deliberada de acabar con

la vida del concebido, respectivamente, siendo este último el supuesto de hecho que ha sido tipificado como delito en el código penal peruano.

En tal sentido, es el aborto provocado el que merece ser objeto de análisis a efectos de comprender las consecuencias -jurídicas, sociales y de otra índole-, que trae consigo la práctica de un aborto terapéutico como tipo de aborto provocado en el ordenamiento jurídico peruano.

Ante tal situación, resulta preciso señalar; como afirma Valdivieso (2018) que:

Cualquier ordenamiento jurídico que admita el aborto como una conducta legal, no estará más que aceptando una norma injusta, pues es una norma que atenta directamente contra la vida de un ser humano. Para que un derecho, sea entendido como tal, debe ser acorde a la dignidad de la persona humana, sino, es un *falso derecho*, como lo es el “derecho al aborto”. (p. 224)

Así pues, el mal llamado derecho al aborto por indicación terapéutica-permitido en nuestro país desde el año 2014- debe ir acorde con todo el sistema jurídico; respetando la constitución y demás leyes vigentes. No obstante, resulta contradictorio -y hasta cierto punto reprochable- que en el artículo 1 de la Constitución Política se establezca que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, y que además en el artículo 2 inciso 1 se le reconozca a toda persona el derecho a la vida, incluyendo al concebido como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, situación que genera una evidente incoherencia con el supuesto derecho al aborto terapéutico que el legislador ha creído “necesario” aprobar. Así pues, para una mayor comprensión resulta preciso enfocarnos en la definición que se le atribuye al aborto terapéutico como el único supuesto que el legislador ha creído “conveniente y justificado” despenalizar y en qué situaciones amerita evaluar su interrupción.

2. ABORTO TERAPÉUTICO

Como ya se ha mencionado en líneas anteriores, el aborto terapéutico pertenece a una de las clases de aborto provocado o inducido, esto es cuando existe intervención humana en la muerte o destrucción de la vida del concebido.

Por su parte, Pacora- Portella (2014) señala que el aborto terapéutico ha sido definido como “la interrupción voluntaria de un embarazo antes de la viabilidad fetal (22 semanas o menos de 500 g), por razones de salud materna” (p.236).

No obstante, el autor también hace una importante corrección al término que ha empleado el legislador para referirse a aquel aborto que se practica cuando aparentemente la “vida de la madre se encuentra en peligro”, al sostener que “(...) la denominación de ‘aborto terapéutico’ no se ajusta a la realidad, ya que ningún aborto tiene la propiedad intrínseca de curar o mejorar el estado de salud de la mujer.” (p. 236).

En el mismo sentido, manifiesta Besio et al. (2008) que el aborto terapéutico supone “interrupciones del embarazo en las cuales lo que se persigue finalmente es la salud de la madre en su sentido amplio. Se trata de aquellos casos en que la muerte del embrión o feto es buscada como medio para lograr la salud materna” (p.9).

No obstante, actualmente “se extiende esta acepción a cualquier dolencia o riesgo de dolencia. Incluso se pretende sugerir que, mediante el aborto, se cura alguna enfermedad de la madre” (Tomás y Garrido, 2006, p.97).

Así pues, podemos afirmar que el aborto terapéutico implica en términos generales acabar con la vida del concebido cuando el médico considera que la continuidad de su vida en el vientre materno pone en peligro la salud física o psicológica de la gestante, ponderando de esta manera la vida o salud de la mujer gestante sobre la vida del concebido.

Por otro lado, nuestro Código Penal regula en su artículo 119 el aborto terapéutico impune y señala que “no es impune 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”.

Como podemos notar, el legislador no ha creído conveniente eliminar el aborto terapéutico como uno de los delitos que se encuentra bajo el título I de delitos contra la vida el cuerpo y la salud, por lo tanto no podemos hablar de una legalización de este tipo de aborto, toda vez que continúa siendo un delito, pero –claro está- no punible.

Asimismo, resulta pertinente señalar que en ordenamiento jurídico peruano se consideraba- hasta antes del 2014- punible toda clase de aborto provocado, ya sea que este se haya producido por la misma gestante o por un tercero; utilizando para ello cualquier medio, modo o procedimiento con la finalidad de cometer el aborto. Pero, a partir de la aprobación 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 119º del Código Penal”, se reguló el mal llamado aborto terapéutico; creando así un conflicto en el sistema jurídico peruano debido a las causales expuestas para que la gestante pueda solicitar y acceder a dicha práctica, las mismas que han sido objeto de múltiples reproches.

Así pues, con la no punibilidad del aborto terapéutico se estaría permitiendo abiertamente la práctica de un sinnúmero de abortos, cuya aceptación implicaría alegar un aparente derecho a la salud física y psicológica de la gestante, olvidando así los verdaderos e inviolables derechos de aquellos seres que se encuentran en un mayor estado de indefensión debido a su estado prematuro. Por ello, como afirma Silva (2014) “a la postre todo aborto se convierte en terapéutico, porque acaba considerándose que el simple rechazo de la madre a tener el hijo que lleva en su vientre, constituye una situación grave para su salud psíquica” (p.61).

Así pues, no resulta nada alejado de la realidad la interpretación del autor al señalar que a la larga cualquier “excusa” de la gestante terminaría convirtiéndose en un

peligro grave y permanente para su salud psicológica, escenario que evidencia un riesgo muy preocupante, pues “ya la historia de multitud de países ha demostrado que el llamado aborto terapéutico es solo el primer paso para su total liberalización” (Silva, 2014, p.54). Tal es el caso de Estados Unidos, en donde el aborto no era legal excepto en aquellos casos en donde se ponía en peligro la vida de la madre (aborto terapéutico), sin embargo años más tarde, en 1973 a consecuencia del fallo emitido por la Corte Suprema de Estado Unidos en el caso Roe vs. Wade, se despenalizó en su totalidad el aborto.

Por ello, -para tener un mejor panorama del riesgo al que se alude- resulta preciso analizar el protocolo de aborto terapéutico aprobado en el Perú mediante la Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA.

2.1 REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA - RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 486-2014/MINSA

Como ya se ha mencionado, el 27 de junio del 2014 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 119° del Código Penal”, mediante Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA.

Así pues, la aprobación de esta guía tiene como finalidad asegurar la Atención Integral de la gestante en los casos de Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de veintidós semanas con consentimiento informado, cuando “es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”, en el marco de los derechos humanos, con enfoque de calidad, género e interculturalidad.

De lo antes mencionado, nos preguntamos: ¿qué se entiende como el único medio para salvar la vida de la gestante? ¿En qué casos seguir con el procedimiento de la gestación afecta la salud física o psicológica de la madre? ¿Por qué se debe priorizar

una vida sobre la otra? ¿Acaso el médico no tiene la responsabilidad de salvar vidas y no la de acabar con ella?

Dichas preguntas serán respondidas en el desarrollo de este capítulo teniendo en cuenta al concebido como sujeto de derecho, las consecuencias que trae la regulación del aborto por indicación terapéutica, la responsabilidad de los médicos y el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia de los médicos que se rehúsan a realizar prácticas abortivas.

En la guía se establece que su aprobación obedece a un objetivo concreto, el mismo que se traduce en la estandarización de los procedimientos para la atención integral de la gestante en los casos de Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de veintidós semanas con consentimiento informado, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente, conforme dispone el artículo 119º del Código Penal y normas legales vigentes.

No obstante, la mencionada guía no define, ni mucho menos hace una diferencia de cuándo no encontramos en un supuesto en donde la interrupción sea el único medio para salvar la vida de la gestante y en qué circunstancias se busca evitar en la salud de la madre un mal grave y permanente.

Asimismo, se hace mención que dicha alternativa debe ser puesta en conocimiento de la gestante afectada para que, de manera voluntaria e informada, pueda decidir si desea optar o no por la referida alternativa.

Así pues, resulta evidente que el aborto terapéutico implica que es la gestante quien puesta en conocimiento por el médico; tiene el poder de decidir si continúa con el embarazo o por el contrario pone fin a la vida del concebido. Dicha situación se contraponen a lo establecido en la constitución y en el código civil, en donde se le reconoce al concebido como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, entonces si el concebido tiene derecho a la vida ¿por qué en este supuesto se le otorga – erróneamente- a la madre la facultad de decidir sobre él?

2.2. REQUISITOS PARA EL ACCESO AL ABORTO TERAPÉUTICO

Tanto en la guía técnica de aborto terapéutico como en el artículo 19 del código penal se establece los requisitos para que la gestante pueda solicitar la interrupción terapéutica del embarazo.

Sin embargo, el hecho de establecer estos parámetros o requisitos, no asegura que su acceso se dé en situaciones donde verdaderamente la vida de la madre esté en riesgo, máxime si las causales señaladas en el protocolo no se ajustan a su objetivo. Ante ello, Silva (2014) sostiene que “se equivocan quienes piensan que estableciendo requisitos para que los abortos terapéuticos sean una excepción muy calificada, se ataja el problema”. (p.63)

En tal sentido, si bien la guía ha establecido requisitos y causales o situaciones en donde se amerita evaluar la interrupción del embarazo, esto no significa que aquellos justifiquen la misma, máxime si no se ha establecido con claridad la definición de cada una de ellas, pues debido a su poca precisión se podría inducir a una interpretación antojadiza para acceder a dicha práctica.

Así pues, en el ya mencionado P.A.T se ha establecido cuatro requisitos: (i) que sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente, (ii) esta alternativa debe ser puesta en conocimiento de la gestante afectada para que, de manera voluntaria e informada, pueda decidir si desea optar o no por la referida alternativa, (iii) que el tiempo de embarazo sea menor a veintidós semanas y (iv) que la causal que amerite dicha práctica recaiga sobre cualquiera de los once supuestos regulados en la guía.

Respecto al primer requisito, que sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente, sostiene Pacora-Portella (2014) que “cualquier embarazo pone en peligro la salud de la madre y no por ello se deben interrumpir a todos los embarazos”. (p.236)

Ante ello, resulta criticable que la guía no defina con exactitud qué debe entenderse o en qué situaciones se pone en un verdadero peligro la vida o salud de la madre,

pues como señala el autor mencionado, todo embarazo conlleva un riesgo para la madre, sin embargo, ello no quiere decir que nos encontremos en una situación de elegir por una u otra vida.

Asimismo, afirma Oré (2014) que:

En el estado actual de la medicina (...) se puede poner en tela de juicio que existan muchos casos en los que la continuación del embarazo suponga un real peligro para la vida de la madre. Más difícil aún, pensar que la práctica del aborto constituya el único medio para salvar la vida de la madre, o para evitar en ella un mal grave y permanente.

Por otro lado, como sostiene Silva (2014)

Sería mucho más honesto que los abortistas reconocieran abiertamente que su posición obedece a una mera arbitrariedad, a un puro deseo de –literalmente- desembarazarse de un “problema” y no querer asumir las consecuencias de sus actos cuando no les convienen o desagradan. Es más auténtico esto que justificar tal asesinato usando una bonita retórica, pretendiendo quitarle el estatuto de persona al feto, o ampliar el concepto de salud de la madre para hacerlos coincidir con este objetivo (p.38).

Así pues, resulta poco creíble que con el avance que ha tenido la ciencia hasta la actualidad nos encontremos en situaciones en donde el embarazo suponga o implique una grave y verdadera amenaza para la vida de la gestante, sin embargo, no negamos la posibilidad de que existen casos puntuales en donde la vida de la madre sí corre peligro, pero -claro está -su incidencia es mínima.

Causar un aborto es querer terminar con el desarrollo intrauterino con el expreso propósito de destruir la vida en gestación, que es el fin querido y buscado. Muy distinta es la situación cuando, habiendo reales problemas para la vida-no la salud- de la madre (un embarazo tubario, una infección uterina grave, algunos casos de formación molar, como podría ser este), los esfuerzos no se dirigen directamente a destruir al feto. De este modo, puede tratarse a la madre, por

ejemplo, con quimio y/o radioterapia si se está en presencia de un cáncer-como según se ha dicho podría ser este caso-o, en el evento de un cáncer de útero, extrayéndolo, o en el caso de un embarazo tubario, amputando la trompa afectada. En los dos últimos cuadros y eventualmente en el primero, el feto morirá, no cabe duda. Pero la gran diferencia con un aborto, es que se trata de un efecto indirecto e inevitable, sin el cual, morirían los dos indefectiblemente (Silva, 2014, p.62).

Respecto al segundo requisito, ello supone una relación médico – paciente, la misma que involucra dos agentes. Como afirma Pérez (2017)

Por un lado, está el paciente, quien es el principal responsable de su vida y su salud. Está consciente de su enfermedad y la amenaza que esta le supone para su autonomía, de sus límites e incompetencia para recuperar por su cuenta su salud o prevenir el daño que la enfermedad pudiere ocasionarle y por este motivo se dirige al otro agente: el médico. Este realiza la tarea de colaborador del paciente, haciendo uso de su preparación y experiencia médica, cuenta con la capacidad para ayudarlo (p.66).

En tal sentido, el consentimiento informado que se regula en el P.A.T exige dos relaciones médico-paciente, pues aun cuando el feto dependa de la madre para que sobreviva, este ya es considerado una persona distinto a ella, por lo que el médico tiene el deber de colaborar con la recuperación de la salud de la madre y de su hijo.

Como vemos, se le otorga un gran valor al consentimiento de la gestante para la interrupción del embarazo como causa de justificación, empero “para que ello suceda se exige una cuestión fundamental: que el autor obre con consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición (...) y es el caso que la madre gestante no es titular del derecho que se sacrifica” (Oré, 2014, p.5-6). En consecuencia, al no ser la titular del bien jurídico protegido (la vida del concebido) no puede decidir la interrupción del embarazo.

No obstante, el Protocolo de Aborto Terapéutico no reconoce la realidad del feto, en tanto que lo subsume a la madre y consecuentemente suprime sus derechos. Así

pues, el legislador ha utilizado la denominación “contenido uterino” y “gestante” para aludir al feto y a la madre, respectivamente. Esto resulta incoherente, dado que para la existencia de la “gestante” hace falta que haya una vida humana desarrollándose en su vientre, con las denominaciones científicas correspondientes a cada etapa de su desarrollo vital (cigoto, mórula, blástula, feto).

Lo que llama la atención es que, en el acápite 6.3 del P.A.T se alude al procedimiento que realiza la Junta médica para evaluar si es factible o no la interrupción del embarazo, situación que genera bastante asombro en el extremo de otorgarle a la gestante la posibilidad de apelar en una segunda instancia –si en caso fue negada su solicitud por la primera junta-; solicitando al Director General del establecimiento de salud que se realice una nueva Junta Médica con otros médicos. Con ello, resulta evidente que lo que se busca con la regulación de este P.A.T, no es otra cosa que “el aborto por aborto”, pues no resulta suficiente con la opinión de una primera junta, sino que otorga la posibilidad de que la gestante apele la decisión que le ha sido negada hasta que la acepten.

Aunado a ello, cabe señalar que los derechos del padre no se estarían considerando- a pesar de haber contribuido también en la creación del nuevo ser-, ya que la decisión de interrupción del embarazo recaen en la gestante y en la Junta médica encargada de evaluar la misma.

Por otro lado, en cuanto al tercer requisito, se requiere que la edad gestacional del feto sea menor a las veintidós semanas, es decir hasta los cinco meses y medio aproximadamente. Como podemos notar, la edad del feto exigida en el protocolo coincide con el límite de tiempo que ha establecido la OMS para referirnos a la no viabilidad fetal.

Sin embargo, la clave no está en cuál meta o requisito cumpla ese ser humano en su desarrollo (que se insiste, es arbitrariamente cambiabile a voluntad), sino en el comienzo de este proceso: la concepción, aquel momento primigenio en el cual se inicia un desarrollo generado desde sí mismo, que si no se estorba, llegará a cualquiera de esas metas que se imponen. (Silva, 2014, p39).

Así pues, el hecho de establecer un límite (edad gestacional del feto) para que la gestante pueda solicitar la interrupción del embarazo; no constituye un argumento razonable ni suficiente para justificar dicha práctica, toda vez que se estaría haciendo una diferencia determinante entre un feto menor a las veintidós semana (a quien sí se podría abortar) con un feto mayor a la edad señalada (a quien no se podría abortar), pretendiendo así, privarlo de su calidad de persona.

Por lo tanto, como manifiesta Tomás y Garrido (2006) “todo aborto procurado es el asesinato injusto e inicuo de un ser humano. Incluso desde el punto de vista meramente biológico, no puede aducirse a la viabilidad como si este definiese a la persona” (p.98)

En tal sentido, este requisito no hace más que desconocer el inicio de la vida humana (fecundación) otorgándole más valor a una determinada etapa del nuevo ser, sin considerar que este ya forma parte de la especie humana- y no potencialmente- y que, consecuentemente se le debería reconocer el derecho a vivir.

Finalmente, en cuanto al último requisito, este supone que la solicitud de aborto terapéutico deberá ser alegada en base a cualquiera de las once causales expuestas en el acápite 6.1 del P.AT. En cuanto a las dos primeros supuestos, es decir cuando se trate de un embarazo ectópico tubárico y mola hidatiforme parcial, “todo médico especialista en ginecología y obstetricia sabe que no se requiere realizar junta médica para tratarlo (...) pues, al comprometer la salud de la madre, debe ser interrumpido por razones médicas” (Pacora-Portella, 2014, p.237).

Así pues, en el primer supuesto la implantación ocurre en un sitio fuera del endometrio normal, usualmente en las trompas de falopio, por lo que los embarazos ectópicos no pueden llevarse a término y finalmente ocurre su rotura. El segundo supuesto, se trata de una masa o tumor poco común que se forma en el interior del útero, en donde también puede haber un feto, pero no hay posibilidades de que sobreviva (Dulay, 2013). Por ende, resulta innecesario considerar a ambos supuestos como causales para solicitar la práctica de un aborto terapéutico, toda vez que en ninguno de estos casos se llega a desarrollar el feto.

Seguidamente, en cuanto a las causales contenidas en el numeral 3 hasta el 10, estas pueden ser tratadas de tal manera que no sea vea afecta la vida y salud de la madre, ni la de su hijo. Así pues, en el numeral 3 se menciona la hiperémesis gravídica refractaria al tratamiento con deterioro grave hepático y/o renal, el cual supone vómitos persistentes y tenaces en los primeros días de gestación, sin embargo, esta puede ser tratada mediante el suministro de calorías (glucosa) o sedando a la gestante, y además con la administración de cortisona. En cuanto a la Diabetes Mellitus gestacional, esta consiste en la intolerancia a la glucosa durante el embarazo, el cual puede ser tratado a través de dieta e insulina (Oré, 2014). Por lo que, en estos casos –al existir un tratamiento médico- no se debería optar por un aborto “terapéutico”.

Finalmente, en la última causal se alude a cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la Junta Médica. La redacción de esta causal admite un amplio e indeterminado margen de interpretación para que se pueda solicitar un aborto terapéutico, puesto a que no solo se considera el riesgo que puede correr la vida de la madre, sino también cualquier situación que genere un mal grave y permanente en su salud, entendida esta en su sentido más amplio. Ante ello, afirmar Tomás y Garrido (2006) que “no se puede justificar la eliminación del hijo para evitar un agravamiento de la salud (...) pues lo que por ahora sí está claro es que ningún tipo de enfermedad se pueda curar solamente mediante el aborto, como tampoco es demostrable” (p.99)

2.3 CONSECUENCIA DE SU DESPENALIZACIÓN

En un reportaje a la Dra. Matamala señalaba que en su opinión, el aborto debía ser de libre demanda, puesto que “la maternidad no puede imponerse”. Más aún: dado que la salud es para ella un concepto “integral”, que comprende a la mujer en su globalidad, esto es, en el campo físico, psíquico, económico, social, laboral, etcétera, (...) motivo por el cual- concluía- todo aborto sería terapéutico. (Silva, 2014, p.35)

En tal sentido- como se ha manifestado líneas arriba- la aprobación de un Protocolo de Aborto Terapéutico, trae consecuencias bastante preocupantes. Por un lado, una antojadiza interpretación del inciso once del apartado 6.1 “Cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la Junta Médica”, pues esta cláusula abre la puerta a la práctica de abortos ilegales con el solo hecho de alegar un daño grave a la salud psíquica de la madre, pues para ello “solo basta con la firma de un psiquiatra, muchas veces contratado por la misma clínica abortista” (Silva, 2014, p.67), haciendo de manera inevitable la noción de “salud” cada vez más laxa, hasta que finalmente todo aborto sea considerado como “terapéutico”.

Por otro lado, como se señala en dicho protocolo, la decisión de poner fin a la vida de aquel que está por nacer dependerá del simple deseo de la madre – y además no considerando la decisión del padre- haciendo depender el valor de la vida del concebido a un criterio meramente subjetivo como el malestar de la gestante de no querer continuar con su embarazo.

Cabe recalcar, que en el caso del aborto, el fin directo es matar al feto en pro de otra cosa, en principio la vida de la madre, “salud” (cada vez concebida de manera más amplia), hasta derivar incluso en problemas económicos y de todo tipo que justificarían el aborto. (Silva, 2014, p.62)

2.4 Caso Leandro Javier Rodríguez Lastra

El caso ocurrió el 2 de abril de 2017, cuando la joven de 19 años llegó al hospital Pedro Moguillansky de Cipoletti, derivada del centro de salud de la localidad Fernández Oro mientras ya cursaba un aborto. Rodríguez Lastra era jefe del servicio de Ginecología del hospital. El médico contó en distintos reportajes que luego de evaluar el caso resolvió impedir que el aborto se produzca mediante la aplicación de medicamentos, accionando contrariamente a lo indicado por la ley provincial 4.796, el decreto provincial 182/2016 y la ley nacional 26.485.

Luego de hacerse público el hecho, el ginecólogo y la doctora Yamila Custillo –quien finalmente quedó fuera de la acusación en mayo de 2018–, fueron denunciados por

la diputada Marta Milessi, defensora y autora de la ley 4796 que regula y controla la atención sanitaria en casos de abortos no punibles. La joven fue obligada a seguir con el embarazo el bebé fue dado en adopción.

En declaraciones a radio LU5, el médico aseguró que “volvería a actuar de la misma manera hoy y siempre porque no se trata de una cuestión ideológica de ningún tipo más que médico. Las cosas son bien claras, los procedimientos son claros, yo sé que los cumplí porque no violé ninguna ley”. En la misma línea de emprendimiento ilegal, el presidente del Partido Demócrata Cristiano porteño, Carlos Traboulsi, se preguntó: “Si lo condenan judicialmente al doctor Rodríguez Lastra, ¿también ordenarán matar a ese niño inocente de dos años?”

Es inexplicable que alguien que salvó la vida de la mujer y del bebé (hoy con 2 años de edad y que vive en una familia adoptiva) esté en el banquillo del acusado. La sentencia del juez de Cipolletti (Río Negro) sobre la denuncia realizada por una diputada que está a favor del aborto es muy clara y su intención tiene un gran contenido político, ya que es ella la que demanda y no la mujer ni sus familiares o amigos.

Hoy el violador queda libre, los instigadores y que proporcionaron los medios para que aborte quedan libres y el que salva las dos vidas es condenado.

3. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y ABORTO TERAPÉUTICO

3.1 El ejercicio del derecho a la objeción de conciencia al aborto

El derecho a la objeción de conciencia otorga “la posibilidad de excusarse de cumplir una ley, cuando esta violenta gravemente las convicciones y valores más fundamentales de una persona” (Silva, 2014, p.133). Esta posibilidad -que se da en situaciones límite- también puede ser ejercida en el ámbito de la prestación de servicios de salud, cuando determinada práctica médica exige en el objetor el quebrantamiento de sus creencias religiosas, éticas o los dictados de su conciencia.

En ese sentido, “la objeción en el ámbito de la salud, se ha definido como la negativa de los profesionales sanitarios a cooperar o a ejecutar materialmente alguna intervención concreta que entra en colisión con sus imperativos de conciencia” (Beca y Astete, 2015, p.494) Y considerando que el aborto terapéutico –aprobado desde el 2014- exige que sea practicado por un personal médico, cabe preguntarnos ¿qué sucede con aquellos profesionales de la salud que se abstienen de realizar prácticas abortivas en razón de su conciencia? Pues, como sostiene Martínez (2007):

En el campo de la salud, la objeción de conciencia puede generar situaciones conflictivas entre el objetor y el solicitante de asistencia; entre el objetor y sus colegas; entre el objetor y su superior jerárquico; entre un jefe a su vez objetor y los demás miembros directivos de la institución sanitaria; otras derivadas de la reacción de las autoridades gestoras; y finalmente están las repercusiones en las relaciones entre los gestores y los políticos. Todo ello hace necesario justificar dicha objeción (p.220)

Así pues, al involucrarse en este supuesto una serie de intereses- dirigiéndonos al médico, a la gestante y a la clínica-, resulta necesario analizar si el hecho de que el profesional de salud ejerza su derecho a la objeción de conciencia frente a la práctica de un aborto terapéutico implica una falta de idoneidad en la prestación de sus servicios, o por el contrario se encuentra justificado.

3.1.1 Informe McCaffery

A efectos de poder analizar la situación antes descrita, resulta oportuno traer a colación el famoso Informe McCaffery (2010), que fue presentado ante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Con dicho informe se pretendía negar el derecho a la objeción de conciencia por razones religiosas, morales o filosóficas, para el personal médico y sanitario, además de las instituciones de salud, en caso de ser requeridas para realizar abortos provocados o colaborar con los mismos. Aunado a ello, se buscaba también que los objetores de dicha práctica sean incluidos en una lista pública con la finalidad de excluirlos de ejercer su profesión.

Ante tal propuesta, el organismo mencionado optó por su rechazo; aprobando la Resolución 1763 “Derecho a la objeción de conciencia en la atención médica”, en el que –claramente- defiende este derecho en el ámbito de la prestación de servicios de salud, y en el que además señala que “ninguna persona, hospital o institución será coaccionada, considerada civilmente responsable o discriminada debido a su rechazo a realizar, autorizar, participar o asistir en la práctica de un aborto, eutanasia o cualquier acto que cause la muerte de un feto humano o embrión, por cualquier razón” (Silva, 2014).

Como podemos notar, el tema del aborto- sea terapéutico o no- comprende una colisión o enfrentamiento de derechos. Por un lado, tenemos al médico como objetor, quien se niega a realizar dicha práctica basado en razones de su conciencia, mientras que por otro lado, encontramos a la gestante, quien solicita la interrupción de su embarazo, y finalmente, está la clínica (institución) para la cual trabaja el objetor, y quien además –al encontrarse en una relación de consumo- se encuentra obligado a ofrecer un servicio idóneo, el mismo que comprendería la realización del aborto.

Atendiendo al P.A.T, este exige como requisito que dicha práctica sea el único medio para salvar la vida de la gestante –supuestamente inevitable- o para evitar en su salud un mal grave y permanente, además ambas situaciones deben estar fundamentadas en alguna de las once causales expuestas en el mismo. No obstante, “la interrupción médica del embarazo solo se justifica en casos pocos frecuentes, por lo que deben ser evaluadas mediante un junta médica y no requiere una norma técnica como la que ha publicado del Ministerio de Salud” (Pacora-Portella, 2014, p.238)

3.1.2 ¿Quién puede alegar el derecho a la objeción de conciencia?

Al encontrarnos frente a una Guía “que pretende tomar esta situación rarísima como modelo para implantar una legislación de carácter general que permita el aborto” (Silva, 2014, p. 36), es razonable que el médico-aplicando sus conocimientos profesionales- decida abstenerse de realizar dicha práctica, pues considera que no

se encuentra justificada y consecuentemente ello estaría atentando contra una de las libertades más fundamentales del ser humano, su conciencia. En tal sentido, este derecho puede ser ejercido solo “aquellos que realizan el acto clínico directo, sea terapéutico o quirúrgico, pero no a aquellos que tratan sus complicaciones o posibles consecuencias, ni tampoco quienes participan del cuidado posterior de la persona que se ha realizado el procedimiento” (Salas et.al, 2016, p. 386)

Así pues, como ya se ha manifestado, el objetor no podrá ejercer su derecho alegando razones antojadizas, por el contrario, esta excepción debe comprender una causa justa. Como manifiesta Martínez (2007):

Cuando un médico afirma que no puede hacer algo por razones morales no solo su integridad moral está en juego. Esto implica: a) que el profesional tiene unos valores médula; b) que esos valores médula son parte de su comprensión de quién es, esto es, que son parte integral de su autoconcepción o identidad personal, y; c) que participar en ciertos actos sería incompatible con esos valores médula. Todo esto es muy importante en medicina porque la medicina es una empresa moral, lo que obliga a que la toma de decisiones en medicina esté guiada por la consideración de las obligaciones para con los pacientes más que por el propio interés del médico, y esté también informada por la ley, los valores éticos del profesional y del ciudadano y los estándares profesionales. Es decir, que los médicos no deben actuar como meros técnicos que realizan servicios a la carta sino también como sujetos morales (p.220)

3.2 ¿Existe afectación a la idoneidad en los servicios de salud cuando no se practica un aborto?

Como ya se ha definido, el deber de idoneidad al que se encuentra obligado la empresa proveedora (clínica) exige el hecho de brindar productos o servicios que correspondan a las características ofrecidas por el proveedor y esperadas por el consumidor, siendo que de no presentarse alguna de las causales de exclusión contempladas en el artículo 104° del Código, será el proveedor quien resulte responsable por haber infringido el deber de idoneidad.

Es decir que, el proveedor se encuentra obligado a respetar y cumplir con las condiciones y/o términos expresamente pactados con el consumidor, entendiéndose a la práctica del aborto terapéutico como parte de la idoneidad que deben cumplir las clínicas obstétricas.

No obstante, resulta preciso mencionar el caso de España, en donde pareciera que existe “un turismo del aborto, puesto que las reglas se manipulan a gusto del consumidor y de quien presta el servicio, cuyo precio aumenta según la edad gestacional del niño” (Silva, 2014, p.77), olvidándonos de esta manera qué significa ser un profesional médico y la función que cumple este dentro de una sociedad, así como la finalidad que debería cumplir la medicina como profesión.

En ese sentido, “el médico es una persona humana que tiene el conocimiento de cuidar y el arte de conservar la salud. La medicina, como profesión, es la aplicación del conocimiento del cuidado de la salud” (Pacora-Portella, 2014, p. 237)

Entonces, si el médico como profesional de salud tiene el deber de preservar y cuidar la vida y salud de sus pacientes, ello no se ajustaría con el contenido del P.A.T, toda vez que sus causales resultan innecesarias y poco razonables para justificar la interrupción de un embarazo, con lo cual se estaría acabando con la vida de uno de sus pacientes, el concebido.

Entonces, si es posible hacer una operación a un feto de 21 semanas, es porque se tiene clara conciencia de que: “¡Si un médico puede diagnosticar y tratar a un feto, eso lo convierte en un paciente! Y si el feto es un paciente, entonces es una persona y las personas tienen derechos y privilegios y un estatus legal” (Silva, 2014, p.37). De ello, podemos afirmar que si los médicos pueden realizar operaciones intrauterinas con el objetivo de corregir algún tipo de patología que presenta el feto y con ello lograr que el paciente en su existencia extrauterina tenga una mejor vida, entonces resultaría ilógico desconocer su calidad de persona y por ende su derecho a la vida- otorgándole la facultad a la gestante de poder decidir si continúa o interrumpe el embarazo- en pos de otros intereses.

Consecuentemente, podemos afirmar que si bien el proveedor (clínica) debe cumplir con las expectativas y características ofrecidas al consumidor en la prestación del servicio, este debe hacerlo atendiendo a las circunstancias particulares que rodean al acto de consumo, y además de acuerdo al tipo de servicio o bien que se ha ofrecido. Así pues, en los servicios privados de salud lo que se busca es priorizar la salud del paciente (consumidor)- y no acabar con ella-, considerando no solo a la gestante, sino también al concebido, por lo que la idoneidad en estos casos no se verá afectada si el médico cumple con la finalidad de su profesión, el mismo que es el cuidado y la conservación de la salud de sus pacientes.

Esto significa que, cuando el procedimiento médico atenta contra la vida y salud de las personas, entonces es posible que el profesional médico pueda ejercer su derecho a la objeción de conciencia sin afectar la calidad e idoneidad en la prestación de servicios de salud.

3.3 Criterios objetivos para ejercer debidamente el derecho a la objeción de conciencia cuando este se encuentra en un conflicto con el deber de idoneidad de las clínicas privadas de salud.

Con la finalidad de brindar una respuesta coherente y razonable a la problemática planteada: ¿Cuáles serían los criterios objetivos a tomar en cuenta para ejercer el derecho a la objeción de conciencia cuando este se encuentra en un aparente conflicto frente a la idoneidad de la prestación de servicios de salud? y sobre todo justificar nuestra postura, hemos considerado que los operadores de justicia deberían considerar que cuando el procedimiento médico atenta contra la vida y salud de las personas (como el aborto terapéutico), entonces es posible que el profesional médico pueda ejercer su derecho a la objeción de conciencia sin afectar la calidad e idoneidad en la prestación de servicios de salud.

Para llegar a esta respuesta, hemos aplicado el test de proporcionalidad como un instrumento que coadyuve en la prevalencia de un interés (practicar el aborto terapéutico a la gestante) frente al otro (el derecho a la objeción de conciencia del profesional médico para no realizar prácticas abortivas, ya sea terapéutica o no).

Así pues, el Tribunal Constitucional ha establecido en una de sus sentencias, recaída en el EXP.N. ° 579-2008-PA/TC:

El test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

En cuanto al principio de idoneidad, este supone que el derecho de la gestante de interrumpir su embarazo debido a que supuestamente este “es el único medio para salvar su vida o para evitar en su salud un mal grave y permanente”, resulta pertinente restringirlo toda vez que- como ya se ha explicado-, las causales señaladas en el P.A.T no justifican dicha interrupción, ya que en ninguna de ellas se pone verdaderamente en peligro la vida de la gestante. Asimismo, aludir un daño a la salud de la gestante genera un amplio margen de interpretación para que la madre pueda solicitar dicha práctica, basándose en un daño a su salud psíquica o psicología, lo cual resulta muy subjetivo. Por ello, al no existir una causa razonable que justifique un aborto terapéutico sí se puede restringir este derecho con la

finalidad de tutelar el derecho a la objeción de conciencia del profesional de salud para que este se pueda desistir de la realización de dicha práctica, toda vez que su ejecución va en contra de su conciencia, máxime si la finalidad de esta profesión es preservar la salud de sus pacientes (gestante y concebido) y no la de acabar directamente con una de ellas, en este caso el concebido.

Respecto al segundo principio, este sugiere analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; verificando si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. En ese sentido, la restricción del derecho de la gestante a que se le realice un aborto terapéutico resulta ser un medio necesario (indispensable) para alcanzar el objetivo propio de las prestaciones de servicio de salud (preservar la salud de la gestante y la del concebido, ya bajo las causales aludidas ninguna de ellas pone en peligro su vida). En tal sentido, no existen medidas alternativas igualmente eficaces o que sean menos gravosas que se dirijan a obtener el mismo fin, propios de los servicios de salud.

Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Como podemos notar, el grado de la no satisfacción de practicar un aborto terapéutico a la gestante que ha solicitado la interrupción de su embarazo alegando alguna de las once causales- ninguna de ellas pone en un verdadero e inminente peligro la vida de la madre, ni mucho menos su salud- establecidas en el P.T.A, es de baja o leve intensidad, frente a al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia del profesional médico-orientado por los conocimientos propios de la ciencia médica-, toda vez que, sin dicha medida; el objetivo (prevaler la vida de la gestante y del concebido) no sería posible de realizar, por lo tanto, dicha medida de restricción de leve intensidad logra niveles de satisfacción altos o elevados.

CONCLUSIONES

- El derecho a la objeción de conciencia supone una conducta omisiva e individual del sujeto, en el que se abstiene de obedecer o cumplir un mandato jurídicamente exigible, el mismo que puede provenir de un mandato legal, una resolución judicial, un acto administrativo, o un contrato. Asimismo, esta negativa no puede basarse en razones antojadizas del objetor, sino que deben estar motivadas en razones de su conciencia. Desde el ámbito de la prestación de servicios de salud, la objeción de conciencia es la negativa del profesional sanitario a ejecutar un acto médico o a cooperar directa o indirectamente a su realización porque a pesar de haber sido aprobado por las normas legales, es considerado por el profesional como contrario a su conciencia.
- El deber de idoneidad forma parte de las obligaciones de todo proveedor en cumplir con los ofrecimientos efectuados al consumidor, de tal manera que se cumpla con las expectativas de este en relación a la calidad, uso, duración, origen, contenido y otras características propias de los productos o servicios contratados. No obstante, el proveedor debe cumplir con las expectativas generadas en el consumidor atendiendo a las circunstancias particulares que rodean al acto de consumo, y además de acuerdo al tipo de servicio o bien que se ha ofrecido, negociado y finalmente contratado. Así pues, en los

servicios de salud lo que se busca es priorizar la salud del paciente (consumidor), considerando no solo a la gestante, sino también al concebido, por lo que la idoneidad en estos casos se verá reflejada siempre que los actos y/o prácticas realizadas por el profesional médico estén destinadas a cuidar y conservar la salud de los pacientes.

- En la guía técnica de aborto terapéutico se establecen cuáles son los requisitos y las once causales para que la gestante pueda solicitar la interrupción terapéutica de su embarazo. No obstante, alguno de estos requisitos y causales resultan innecesarias y, además dejan un amplio margen de interpretación para que la gestante pueda solicitar –con argumentos poco razonables- la interrupción de su embarazo, situación que genera en muchos profesionales de salud una negativa en la realización de estas prácticas, por lo que haciendo uso de su derecho a la objeción de conciencia pueden optar por su desistimiento sin que ello implique una afectación al deber de idoneidad al que se encuentra obligada toda clínica privada de salud en su calidad de proveedora.
- Por ello, en los casos donde se presente un conflicto entre el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por parte de los profesionales de salud para abstenerse de realizar prácticas abortivas, frente al deber de idoneidad en la prestación de servicios de salud que toda clínica privada está obligada a garantizar a sus consumidores, los operadores de justicia deberían tener en cuenta que, cuando el procedimiento médico atenta contra la vida y salud de las personas (en este caso el concebido), entonces es posible que el profesional médico pueda ejercer su derecho a la objeción de conciencia sin que este suponga una afectación a la calidad e idoneidad en la prestación de sus servicios.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aldana, E. y Gagliuffii, I. (2004). La noción de consumidor final: Il ámbito de aplicación subetiva de la Ley de protección al consumidor según el nuevo precedente de observancia obligatoria del Indecopi. *Revistas Pucp, Ius Veritas*, (29), 47-61. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11722/12284>.
2. Alvarado, F. y Svensson, M. (2018). Objeción de conciencia institucional, claves para el debate. Instituto de estudio de la sociedad, pp.3-11. Recuperado de <http://www.ieschile.cl/wp-content/uploads/2018/07/Objecio%CC%81n-de-conciencia-instirucional-4-claves-para-el-debate.pdf?fbclid=IwAR1wyOuFrnKJrCcLTR2buRtDbsEWoolm9eUTw1srrGvk a7m aW9izmTDqAg>
3. Álvarez, J. (2007). La objeción de conciencia en la atención sanitaria: el marco mexicano. *An Fac Med Lima*,68(1),80-86. Recuperado de <http://www.scielo.org.pe/pdf/afm/v68n1/a11v68n1.pdf>
4. Álvarez, J. (2007). La objeción de conciencia en la atención sanitaria: el marco mexicano. *An Fac Med Lima*,68(1),80-86. Recuperado de <http://www.scielo.org.pe/pdf/afm/v68n1/a11v68n1.pdf>
5. Aparisi, Á. y López, J. (2006). El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto. De la fundamentación filosófico-jurídica a su

- reconocimiento legal. *Persona y Bioética*, 10 (1), 35-51. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/832/83210103.pdf>
6. Aparisi, Á., y López, J. (2006). El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto. De la fundamentación filosófico-jurídica a su reconocimiento legal. *Persona y Bioética*, 10 (1), 35-51. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/832/83210103.pdf>.
 7. Arrebola, A y otros. (2014). *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional*. Lima, Perú: Ed. Tribunal Constitucional.
 8. Beca, J y Astete, C. (2015). "Objeción de conciencia en la práctica médica". *Revista médica de Chile*, 143(4),493-498. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872015000400011.
 9. Beca, J. y Astete, C. (2015). "Objeción de conciencia en la práctica médica". *Revista médica de Chile*, 143(4),493-498. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872015000400011
 10. Busquets, E. (2012). Consideraciones sobre la objeción de conciencia. *Rev. bioética & debat*, 18(68),1-24. Recuperado de: <http://www.bioetica.debat.org/contenidos/PDF/BD66ESP.pdf>
 11. Cabello, J. y Núñez, A. (2018). Objeción de conciencia institucional y regulación en salud: ¿existe una excusa legítima frente al aborto en Chile?. *Revista de Bioética y Derecho*, (43), 161-177. Recuperado de: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872018000200012&lng=es&tlng=es.
 12. Cajarville, J. (2014). Concepto de relación de consumo. *Revista De La Facultad De Derecho*, (22), 151-164. Recuperado de: <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/204>
 13. Carranza, C. (2013). *El deber de idoneidad y los mecanismos de solución del proveedor*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
 14. Castillo, J. (2005). *El delito de aborto*. Lima, Perú: Ed. ARA Editores E.I.R.L.

15. Cebriá, M. (2003). La Objeción de conciencia al aborto: su encaje constitucional. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=853506>
16. Dador Tozzini, M. (2012). El aborto terapéutico en el Perú. Recuperado de <http://www.clacaidigital.info:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/483/EL-ABORTO-TERAPEUTICO-EN-EL-PERU.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
17. Diaz, O. (2004). "Tribunal constitucional y objeción de conciencia en las relaciones laborales". *Revista Pensamiento constitucional*, 10(10) ,168-182. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7669/7915>.
18. Didier, M.(2015). "El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación". *DIKAION*, 24(2), 253-281. Doi: 10.5294/dika.2015.24.2.3
19. Durand, J. (2013). Nuevos Criterios Resolutivos de la Sala Especializada en Protección del Consumidor del Tribunal del Indecopi, una Nueva Mirada de la Dimensión Real del Mercado y los Consumidores en el Perú. *Revista Derecho y Sociedad PUCP*, (41), 289-296. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12779>
20. Espinoza, J. (2006). *Derecho de los Consumidores*. Lima, Perú: Rodhas.
21. Espinoza, J. (2013). *Los derechos de los consumidores frente a la responsabilidad objetiva de los proveedores. En Jurisprudencia del Indecopi. Análisis y crítica jurisprudencial*. Lima, Perú. Recuperado en https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4627_espinoza_los_derechos_de_los_consumidores.pdf.
22. Farina, J. (2004). *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aire, Argentina: Editorial Astrea.
23. Ferrer, J. (2007). *Derecho eclesiástico del Estado Español*. Navarra, España: Ediciones Universidad de Navarra, S.A (EUNSA).
24. Fundación de Ciencias de la Salud y Autores. (2008). Ética de la objeción de conciencia. Recuperado de https://www.cgcom.es/sites/default/files/guia_etica_objeccion_conciencia.pdf.

25. Garcia, M. (2003). La Responsabilidad Civil Del Médico En El Ecuador. Recuperado de http://www.bioetica.org.ec/articulos/articulo_responsabilidad_civil.pdf
26. Gonzales, A. y Melo, C. (2016). ¿objeción de conciencia institucional? Impacto en la Prestación de Servicios de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Recuperado de http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/ABORTO%20objeci%C3%B3n%20de%20conciencia_0.pdf
27. Gonzales, A. y Melo, C. (2016). ¿Objeción de conciencia institucional? Impacto en la Prestación de Servicios de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Recuperado de: http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/ABORTO%20objeci%C3%B3n%20de%20conciencia_0.pdf.
28. Indecopi.(2006). Lineamientos de Protección al Consumidor. 5-44. Recuperado de https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/747822/CC1+y+CPC++ILN+.pdf/cd9a32a6-4aab-4b60-993c-8bb3a202ad89?fbclid=IwAR1VrHfKl4Q7EEclI9zmOZzrhkVr_2ThLwmfG6Uc4tEBq0hu5WbWKuE-p-Q.
29. Llamazares Fernández, D. (2007). Derecho de la libertad de conciencia I. Pamplona, España: Ed. Aranzadi S.A.
30. Lopez, A. (2006). *Temas candentes de bioética y familia*. Madrid, España: Ed: ediciones palabra.
31. Lopez, E. (1995). *Objeción de conciencia e insumisión*. Diego de León, Madrid: Ed. Sal Terrae.
32. Lopez, E. (1995). *Objeción de conciencia e insumisión*. Diego de León, Madrid: Ed. Sal Terrae.
33. Lorca, J. (2007). *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. Madrid, España: Ediciones pirámide.
34. Maraví, A. (2013). Breves apuntes sobre el sistema de protección al consumidor en el Perú. *Revista de Actualidad Mercantil*, (2), 31-41.

- Recuperado de:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/12897>
35. Martínez, K. (2007). "Medicina y objeción de conciencia". *Rev. Anales Sis San Navarra*, 30(2), 215-223. Recuperado de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272007000300006
36. Martínez, K. (2007). "Medicina y objeción de conciencia". *Rev. Anales Sis San Navarra*, 30(2), 215-223. Recuperado de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272007000300006
37. Mata, N. (2017). *El deber de idoneidad de los proveedores de los servicios públicos y la importancia de la creación de los organismos reguladores* (Tesis de especialidad). Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/8622>
38. Mesía, C. (2018) *Los derechos fundamentales. Dogmática y jurisprudencia del tribunal constitucional*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
39. Montenegro, B., Tafur, R., y Yacarini, A. Guía de aborto terapéutico en el Perú: ¿considera la objeción de conciencia médica?. *Anales de la Facultad de Medicina*, 76(1), 77-78. Recuperado de <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/anales/article/view/11079/10004>
40. Montoya, D. (2014). Mitos y realidades sobre la objeción de conciencia en la praxis médica. *Rev Cienc Salud*, 12(3), 435-449. doi: dx.doi.org/10.12804/revsalud12.03.2014.11
41. Montoya, D. (2014). Mitos y realidades sobre la objeción de conciencia en la praxis médica. *Rev Cienc Salud*, 12(3), 435-449. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/recis/v12n3/v12n3a12.pdf>.
42. Mosquera, S. (2005). *El derecho de libertad de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima, Perú: Ed. Palestra Editores S.A.C.

43. Moz, K. (2018). La inclusión del aborto eugenésico dentro de los supuestos impunes de aborto terapéutico para evitar una grave afectación de la salud mental de la madre. Lima, Perú: Ed. Gaceta Penal & procesal penal.
44. Navarro, J. (2004). *El derecho a la objeción de conciencia*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L.
45. Navarro, R. (2007). *Derecho Eclesiástico del Estado Español*. Navarra, España: Ed. Ediciones Universidad de Navarra S.A.
46. Northcote, C. (2013). Criterios del indecopi sobre el deber de idoneidad. *Actualidad Empresarial*, (290), 1-4. Recuperado de http://aempresarial.com/servicios/revista/290_43_MNHWGFTWZFKSFEBQJG_VHBSZAIHDDNMPATLHZFEYLOQQSRHCYC.pdf.
47. Oré, E. (2014). ¿Se encuentra el Protocolo del Aborto Terapéutico “en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal”? Recuperado de http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/el_aborto_terapeutico_2014.pdf
48. Pacora, P. (2014). Aborto terapéutico: ¿realmente existe?. *Acta Médica Peruana*, 31(4), 234-239. Recuperado de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1728-59172014000400006&lng=es&tlng=es
49. Payet, J., Rey, A., y Cauvi, J. (2013). Protección al consumidor. Informativo, regulación y competencia, 1-8. Recuperado de https://www.prc.com.pe/wp-content/uploads/2015/12/Informativo_RC_001_13.pdf?fbclid=IwAR1cQECxiUe_sbln9BPP0X_fc7thFc4T10Eh4Y75L3qVFrMmGdGwXrhsNtsM
50. Pérez, B. (2017). *Implicancias Ético Legislativas Del Consentimiento Informado En La Redacción Del Protocolo De Aborto Terapéutico Para La Madre Gestante* (Tesis de maestría). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Lambayeque, Perú. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/20.500.12423/1305>
51. Perú Produce (2013). Boletín institucional de la sociedad nacional de industrias, 591, 1-8. Recuperado de http://www2.sni.org.pe/servicios/boletinperuproduce/download/Peru_Produce

[591.pdf?fbclid=IwAR1DAKj8q2E--fhPgxMlpxsq1PQt05YFzA3jcmhj2ImDPlw4YaoausvfJFA.](#)

52. Rinesi, J. (2006). *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astra.
53. Rodríguez, G. (2014). El apogeo y decadencia del deber de idoneidad en la jurisprudencia peruana de protección al consumidor. *Revistas PUCP*, (65), 303-314. Recuperado de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/10876/11381?fbclid=IwAR3UvsuX56YaAvt9nW_zxYA9W06fDyhbo9kPyHFjprZJO_szyMVw33jFOsQ.
54. Salazar, C. (2013). *Los límites de la objeción de conciencia en el ordenamiento Jurídico Peruano* (Tesis de pregrado). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo, Perú.
55. Silva, M. (2014). *Bioética. Una cuestión vital*. Chile: Ed. Centro de Estudios Cultura Cristiana.
56. Távara, L. (2017). Objeción de conciencia. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 63(4), 581-590. Recuperado de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-51322017000400010&lng=es&tlng=es
57. Távara, L. (2017). Objeción de conciencia. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 63(4), 581-590. Recuperado de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-51322017000400010&lng=es&tlng=es.
58. Tomás y Garrido, G. (2006). *Cuestiones actuales de bioética*. Navarra, España: Ed. Universidad de Navarra, S.A.
59. Valdivieso, E. (2018). Aborto por causal ¿Una opción viable? Análisis desde la perspectiva biojurídica. *Medicina e Morale*, 67(2), 205-226. doi: 10.4081/mem.2018.536
60. Villa, J. (1997). *Derecho Penal. Parte Especial I-A*. Lima, Perú: Ed. San Marcos.

61. Vincés, M. (2015). "El derecho a la objeción de conciencia en la ley de libertad religiosa peruana. Nociones previas y aproximación crítica. *Revista IUS*, 1 (10), 1-19. Recuperado de <http://publicaciones.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/275>.