

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA ANTE ABORTO
TERAPÉUTICO DE FETO ANENCEFÁLICO, A PROPÓSITO DEL
CASO K.L VS PERÚ DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

KEISSY HOACNER WILLIAMS RIVAS ROJAS

ASESOR

ULICES NILSON DAMIÁN PAREDES

<https://orcid.org/0000-0002-7641-7676>

Chiclayo, 2021

**PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA ANTE ABORTO
TERAPÉUTICO DE FETO ANENCEFÁLICO, A
PROPÓSITO DEL CASO K.L VS PERÚ DEL COMITÉ DE
DERECHOS HUMANOS**

PRESENTADA POR:

KESY HOACNER WILLIAMS RIVAS ROJAS

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Rosa de Jesús Sánchez Barragán

PRESIDENTE

Kathya Lisseth Vasallo Cruz

SECRETARIO

Ulices Nilson Damián Paredes

VOCAL

Dedicatoria

A mis padres Marilúz Rojas y Segundo Reyes.

A mi Tía-Madre Betty Rojas Pérez.

Agradecimientos

- A Dios Padre Todopoderoso, por seguir otorgándome el regalo de la vida.
- A mi asesor Ulices Damián, por su disposición en la forja continua del presente trabajo.

ÍNDICE

Resumen.....	8
Abstract.....	9

CAPÍTULO I LAS TEORÍAS SOBRE EL INICIO DE LA VIDA HUMANA

I. Introducción	10
1. Sobre la naturaleza humana de la persona como nota preliminar	14
1.1. Posturas acerca de la naturaleza humana	15
1.1.1. Tesis en contra de la existencia de la naturaleza humana.....	15
1.1.2. Tesis a favor de la existencia de la naturaleza humana	18
1.2. Naturaleza humana y personalidad	21
1.3. Naturaleza humana y persona.....	22
2. La vida en general y la vida humana	24
2.1. Definición de vida en general.....	24
2.2. Definición de vida humana	26
3. Teorías sobre el comienzo de la vida humana	27
3.1. Teoría de la fecundación	27
3.2. Teoría de la singamia.....	29
3.3. Teoría de la implantación en el útero	30
3.4. Teoría de la formación del sistema nervioso central	32

CAPÍTULO II

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO Y SU POSTURA, FRENTE A LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y EL CASO K.L VS PERÚ - RESPECTO AL INICIO DE LA VIDA HUMANA

1. El inicio de la vida humana en el ordenamiento jurídico peruano	35
--	----

1.1.	Según la Constitución Política de 1993.....	36
1.2.	Según nuestro Código Civil de 1984	39
1.3.	El Tribunal Constitucional peruano y su interpretación acerca del inicio de la vida humana.....	43
1.3.1.	Resolución del Tribunal Constitucional Exp. Nº 02005-2009-PA/TC	43
1.3.2.	Resolución del Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima Exp. Nº 30541-2014-18-1801-JR-CI-01	47
2.	El inicio de la vida humana en la legislación comparada	51
2.1.	En Argentina	51
2.2.	En México.....	53
2.3.	En Paraguay.....	53
2.4.	En Puerto Rico.....	54
2.5.	En Uruguay	54
2.6.	En Chile.....	55
2.7.	En Brasil.....	56
3.	Análisis y toma de postura respecto de las teorías del inicio de la vida en los ordenamientos citados y del caso K.L vs Perú del Comité de Derechos Humanos	58
3.1.	Análisis del caso K.L vs Perú del Comité de Derechos Humanos....	58
3.2.	Toma de postura respecto a las teorías del inicio de la vida en los ordenamientos citados y del caso K.L vs Perú del Comité de Derechos Humanos.....	61
3.2.1.	Toma de postura respecto a las teorías del inicio de la vida en los ordenamientos citados.....	61
3.2.2.	Toma de postura respecto del caso K.L vs Perú del Comité de Derechos Humanos	62

CAPÍTULO III

SOBRE EL DERECHO A LA SALUD DEL FETO ANENCEFÁLICO Y EL DERECHO A LA DISPOSICIÓN DEL CUERPO DE LA MADRE

1.	La anencefalia: aspectos básicos	63
1.1.	Concepto.....	64
1.2.	Cómo se produce la anencefalia.....	66

2.	El derecho a la salud	68
2.1.	Concepto y caracteres	68
2.1.1.	Concepto	68
2.1.2.	Caracteres del derecho a la salud	70
2.2.	Normatividad sobre el derecho a la salud en el Perú	73
2.3.	El derecho a la salud del feto anencefálico	76
3.	El derecho a la disposición del cuerpo	78
3.1.	Concepto	78
3.2.	Caracteres del derecho a la disposición del cuerpo	79
3.2.1.	Naturaleza jurídica	79
3.2.2.	Contenido	80
3.2.3.	Límites	80
3.3.	Clasificación de los actos de disposición del cuerpo humano	81
3.3.1.	Actos <i>inter vivos</i>	81
3.3.2.	Actos <i>mortis causae</i>	81
3.4.	Antecedentes legislativos del derecho a la disposición del cuerpo en Perú	81
3.5.	Normatividad sobre el derecho a la disposición del cuerpo en Perú	82
3.6.	El derecho a la disposición del cuerpo de la madre	83

CAPÍTULO IV

EL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO Y EL DERECHO A LA SALUD DE LA MADRE

1.	El derecho a la vida del concebido y su defensa permanente	90
1.1.	Defensa permanente de la vida humana con referencia al Derecho Natural	90
1.2.	Defensa permanente de la vida humana con referencia al compromiso del Estado	93
1.3.	Defensa permanente de la vida humana con referencia a los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Estado	95
1.4.	Defensa permanente de la vida humana del concebido anencefálico	98
2.	El derecho a la salud de la madre: ¿qué implica?	100
2.1.	En cuanto al <i>facto físico</i>	100

2.2. En cuanto al facto psíquico.....	101
2.3. En cuanto al facto social	104
2.4. En cuanto a la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud.....	106
2.5. El derecho a la salud en concordancia con nuestro Código Penal	108
3. Como se debe resolver un conflicto entre la colisión del derecho a la vida y el derecho a la salud	111
3.1. En cuanto al derecho a la vida del concebido	112
3.2. En cuanto al derecho a la salud de la madre	115
3.3. Nuestra reflexión al respecto	118
II. Conclusiones	120
III. Bibliografía.....	123
IV. Anexos	132

RESUMEN

El siguiente trabajo, se realiza sobre la base de una investigación con enfoque cualitativo, versa sobre el tema del derecho a la vida del feto anencefálico frente al derecho a la salud de la madre gestante, el cual será desarrollado de conformidad con el concebido en concordancia con el *status jurídico* que le brinda la ley peruana, frente al derecho a la salud de la madre que se considera afectado, así como a los derechos del concebido que se encontrarían vulnerados en caso de un eventual aborto; apoyando y promoviendo en todo momento el derecho a la vida. Para ello, se analiza la legislación comparada y el caso denominado K.L vs Perú, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del año 2005, en el cual se pondera prevalentemente la salud de la madre sobre el derecho a la vida del feto anencefálico, mencionando que el Estado parte, es decir, Perú, tiene la obligación de proporcionar un recurso efectivo que incluya una indemnización por los daños psicosomáticos causados. Sin embargo, nosotros somos de la opinión que no se debe generalizar, sino determinar en cada caso en concreto el modo en que sea posible preservar la vida del concebido anencefálico – por el simple hecho de considerarlo una persona digna con igual derecho que todos los *nasciturus* por nacer.

Palabras clave

Sujeto de derecho – aborto terapéutico – feto anencefálico – Comité de derechos humanos – legislación comparada – derecho a la vida – derecho a la salud.

ABSTRACT

The following work is done on the basis of an investigation with a qualitative approach, it deals with the subject of the right to life of the anencephalic fetus front of the pregnant mother's right to health, which will be developed in accordance with the one conceived in accordance with the legal status that Peruvian law gives it in a preferential way, front the right to health of the mother who is considered affected, as well as the rights of the conceived that would be violated in the event of an eventual abortion; supporting and promoting the right to life at all times. For this, the comparative legislation and the case called KL vs Peru, of the United Nations Human Rights Commission of 2005 are analyzed, in which the health of the mother is weighted over the right to life of the anencephalic fetus, mentioning that the state party, that is, Peru, has the obligation to provide an effective remedy that includes compensation for the psychosomatic damages caused. However, we are of the opinion that it should not be generalized, but rather determine in each specific case the way in which it is possible to preserve the life of the anencephalic conceived - for the simple fact of considering him/her a worthy person with equal rights to all unborn babies.

Keywords

Subject of law - therapeutic abortion - anencephalic fetus - Human rights committee

I. Introducción

En el año 2005, sucedió un hecho histórico para nuestro país, debido a que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas emitió un dictamen, el cual contenía la Comunicación N° 1153-2003 que se hacía a nuestro país, respecto de la denuncia presentada por la agraviada Karen Noelia LLantoy Huamán (representada por las organizaciones DEMUS, CLADEM y “Center For Reproductive And Law Policy”) contra el Estado peruano, pues estas consideraban que se habían vulnerado los derechos de la agraviada al no haberle permitido, el presunto responsable, ejercer el derecho del aborto terapéutico de un feto anencefálico, porque consideraban que al no tener probabilidad de vida extrauterina, lo único que se hacía era prolongar el tiempo de su vida natural, además señalaban que la agraviada se veía afectada en su integridad psicosomática al llevar a cabo un embarazo riesgoso para su salud. Sorprendentemente, el Estado peruano perdió dicho debate jurídico e indemnizó a la agraviada en el año 2015, y no solo eso, sino que se le recomendó al Perú implementar un procedimiento seguro para el acceso al aborto de la mujer gestante bajo ciertos parámetros, lo cual se llevó a cabo de modo objetivo con 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”.

En ese sentido, en el presente trabajo, se presenta una cuestión muy importante respecto al derecho a la vida del concebido humano y el derecho a la salud de la madre, pues a raíz del citado pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, nosotros nos preguntamos ¿en la legislación peruana se debe proteger el derecho a la vida del concebido en cuyo diagnóstico pre-natal le fue detectada la anencefalia, frente a la salud de la gestante, a propósito de la legislación peruana, comparada y el caso K.L Vs Perú, Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, para proteger y concientizar acerca del derecho fundamental a la vida y la disposición del cuerpo de la madre?

Para esto, debemos seguir un recorrido sistematizado, teniendo como objetivo general, establecer si se debe proteger el derecho a la vida del concebido en cuyo diagnóstico pre-natal le fue detectada la anencefalia, frente al derecho a la salud y disposición del cuerpo de la madre. Como se apreciará, esto es relevante por cuanto se tratarán aspectos referidos al derecho a la vida humana, porque existe una diferenciación legal en cuanto al ya nacido respecto del concebido, pues este último es sujeto de derecho privilegiado. También trataremos aspectos referidos a la anencefalia concordándolo con el derecho a la salud del feto que la padece. No menos importante resultará estudiar aspectos referidos a la disposición del cuerpo de la madre.

Tal como se observará en nuestra presente investigación, existen cuatro capítulos, de los cuales, cada uno responde a un objetivo específico derivado del general. En ese sentido, expondremos cada uno de ellos.

Respecto al primero, nos ocuparemos de analizar las teorías acerca del inicio de la vida humana. Existen muchas teorías, pero hemos creído conveniente tomar las más relevantes y exponerlas. En ese sentido, contamos con notas acerca de la teoría de la fecundación, singamia, implantación y formación del sistema nervioso central. Al exponer cada una de ellas, podremos observar que existe una suerte de conveniencia en el modo de su proposición, ésta consiste en proteger o no al *nasciturus* desde determinada edad, la cual, transcurre desde que éste se encuentra en el seno materno.

En el segundo capítulo, que responde a nuestro segundo objetivo específico, trataremos de establecer una comparación entre el ordenamiento jurídico peruano, entre otras legislaciones extranjeras y el caso K.L vs Perú respecto al inicio de la vida humana. Lo que se busca con esto es investigar a qué teoría del inicio de la vida humana se adhiere nuestro ordenamiento jurídico, y una vez ubicado esto, investigaremos el tratamiento y estatus legal que otros sistemas jurídicos le otorgan al concebido, pues no todos los Estados acogen una determinada teoría de modo fijo. También es significativo mencionar, que trataremos un caso importante para nuestro trabajo y país, se trata del caso K.L vs Perú, que representa uno de los motivos cardinales para realizar esta investigación, porque aquí trataremos acerca

de cómo es que dicho caso afecta directamente no solo el derecho a la vida del concebido anencefálico, sino de otros fetos que contraigan taras físicas al nacimiento, con lo que se vulnera arbitrariamente el derecho a la vida de estos inocentes e indefensos sujetos de derecho.

En el apartado siguiente, nos ocuparemos de analizar aspectos referidos al derecho a la salud y disposición del cuerpo de la madre. Este capítulo se torna relevante, toda vez que es indispensable esbozar conceptos respecto al modo en que se debe entender lo que abarca el derecho a la disposición del cuerpo de la madre, porque si le otorgamos una concepción arbitraria, sucederá que se aplicarán concepciones e interpretaciones diversas que no coadyuvan a la defensa y protección del concebido anencefálico, *contrario sensu*, lo hacen ver como algo desechable, inservible, susceptible de manipulación, de decisiones, etc., lo cual, desde luego no es acorde con un Estado de Derecho donde se defiende la vida humana desde la concepción. No menos importante resulta el factor salud en el desarrollo de este tema, porque no podemos ser indiferentes con la madre que lleva el embarazo de un feto anencefálico, de modo que se debe verificar la forma de procedencia objetiva del derecho a la salud de la madre en concordancia con un peligro de muerte de la misma a causa del embarazo antes mencionado.

En nuestro último capítulo, y respondiendo a nuestro cuarto objetivo específico, vamos a determinar mediante un análisis fundamentado y lógico, si existe o no prevalencia entre un conflicto respecto del derecho a la vida con el derecho a la salud. Esto es importante para saber la delimitación de uno y otro derecho antes mencionado, porque debemos determinar si, por ejemplo, el derecho a la vida del concebido anencefálico es absoluto, o si el derecho a la salud de la madre también lo es, o si por el contrario ambos son relativos y si así fuese, en qué sentido lo son, es decir, que, respecto a este último caso, se deberá determinar los supuestos en los cuales uno u otro derecho citado deberán ceder.

Finalmente, por la delicadeza y notoriedad del tema que implica el valor de la salud y la vida humana, hemos justificado su tratamiento en la conveniencia social de esbozar conceptos fundamentales acerca del mismo, en el mencionado valor institucional de la vida humana, en el carácter de relevancia social que suscita, en

las implicancias prácticas que no nos son ajenas y finalmente en el valor teórico que supone la férrea defensa de la vida humana con especial énfasis en el desprotegido concebido humano anencefálico.

En ese sentido, con el presente trabajo se pretende defender la vida humana desde la concepción, aportando fundamentos teóricos sólidos para que se reconozca al concebido humano ya no solamente como sujeto de derecho sino como persona.

CAPÍTULO I

LAS TEORÍAS SOBRE EL INICIO DE LA VIDA HUMANA

Iniciando el tratamiento del tema, es preciso recordar que el ente considerado por excelencia como sujeto de derecho por la ley – es la persona, como tal, corresponde tener previas nociones de lo que esta significa. En ese sentido, debemos esbozar líneas correspondientes a su naturaleza y su tratamiento distinguido respecto de otras especies. Siendo tales los motivos que nos preceden, abrimos paso a la doctrina para desarrollar el ámbito pertinente.

1. Sobre la naturaleza humana de la persona como nota preliminar

Como hemos referido, el presente apartado nos otorgará líneas fundamentales acerca de la naturaleza humana, con tal preámbulo haremos referencia a los motivos por los cuales una persona es lo que le hace ser.

Cabe mencionar, para generar un vistazo horizontal, que de muchas formas se puede decir el ser de una persona, para esto basta detallar a modo de descripción sus características estrictamente relevantes, sin embargo, se trata de buscar aquel distintivo más relevante entre las demás, cuestión que resulta ser una tarea que requiere de una visión tan general de la persona como particular a la vez. General – porque se requiere buscar las características que individualizan al ser humano como tal; y particular, porque una vez encontrado un distintivo que sobresale, esta debe corresponderse, a la vez, con las demás.

A través del tiempo, no ha existido consenso respecto de si existe o no una naturaleza humana, pese a que algunos autores la hacen aparecer evidente. Por

tanto, es necesario que distingamos ambas posturas: la que niega la existencia de la naturaleza humana y la que dice lo contrario, para lo cual, se irán esbozando conceptos principales acerca de sus fundamentos.

1.1. Posturas acerca de la naturaleza humana

1.1.1. Tesis en contra de la existencia de la naturaleza humana

Debemos revisar el pensamiento de autores que se ocuparon del tema *sub examine*. Para comenzar, encontramos que la naturaleza humana, no es un concepto elaborado que no admita discusión, al punto que existen autores que abordan el tema interrogándose si existe o no la misma, al respecto mencionan:

¿existe una naturaleza humana? No faltan razones para negarlo. Cuando se habla de naturaleza humana parece que se restringen las posibilidades de nuestra libertad. En efecto, lo propio de la libertad parece ser la apertura a múltiples posibilidades. La naturaleza en cambio sigue reglas estables, predecibles. Por otra parte, no pocos sostienen que aquello que nosotros llamamos “natural” no es más que el producto de formas culturales. En la medida que esas expresiones culturales se generalizan o arraigan en los sujetos, las llamamos “naturales”, pero no son más naturales de lo que podrían ser sus contrarias. (García, 2009, p.169).

Lo suscrito por el referido autor, se puede valorar en el contexto social, cuando pretendemos hallar en éste la naturaleza de la persona, vemos un ser libre, pero no con plena libertad, y no es que al ver tal cuestión – veamos restringida la posibilidad de la libertad de la persona, sino que, al avizorarla, encontramos que todo lo que hace el ser humano libremente no tiene, en su integridad, efectos coadyuvantes a la vida en sociedad y que permitan identificar múltiples características relevantes definitivas.

Además, existen valores vigentes en determinado momento histórico, que hacen posible ver lo que a nosotros nos parece no natural – como natural y *contrario sensu*, tal es el caso de los esclavos en la época romana, donde era totalmente natural ver a dichos seres restringidos de su libertad y sus derechos tal como sí los ostentaban los ciudadanos romanos; lo que de hecho, no quita que en el presente se rechace totalmente la esclavitud – precisamente por no estar vigente dicha práctica humana en el momento histórico en el que nos ha tocado vivir.

En ese sentido, se denota también, la complejidad – respecto a la búsqueda – de encontrar notas distintivas que nos conduzcan a determinar la naturaleza humana, en efecto, en el ejemplo antes mencionado, no se podría aducir válidamente que tal naturaleza era la libertad – el ser libre – puesto que, los esclavos eran también hombres, pero sin libertad.

Desde antaño, al menos desde que se conoce el pensamiento filosófico, no se tenía problemas en considerar que, si existía una naturaleza humana. Pero:

A lo largo de la modernidad, han sido varios los pensadores que han afirmado que el ser humano carece de naturaleza. En lugar de la misma le han atribuido una libertad incondicionada, una necesidad de hacerse a sí mismo desde una suerte de autodeterminación radical. Entre los fantasmas que ha producido el delirio de la razón - afirma Jesús Mosterín, destaca por su extravagancia y recurrencia la idea filosófica de la inexistencia de una naturaleza humana. Se suele citar en esta línea el precedente renacentista de Pico della Mirandola. Según este autor, Dios habría creado al ser humano fuera de las leyes naturales que determinan al resto de las criaturas, para que construyese su naturaleza sin barrera alguna, según su libertad y arbitrio. Mosterín (citado en Alfredo Marcos, 2010).

Lo mencionado, apoya la tesis de la negación de la existencia de algún tipo de naturaleza humana, aduciendo el motivo de que el ser humano es, en realidad totalmente libre, en ese sentido, en lugar de tener naturaleza, él debe creársela. Esto significa, que hemos venido al mundo sin cualidades específicas que nos distinguan de otros seres que nos rodean.

De lo mencionado, se puede apreciar que, si el ser humano tiene libertad incondicionada, sus actos, independientemente sean buenos o malos, se pueden tomar como referencia para conferirle naturaleza. Significa que debemos dejar que se autodetermine sin tener como base determinados criterios, pues no se sabrían cuales tomar como parámetros; seguidamente:

Cita Mosterín a John Locke (1632-1704), ya que para éste todo conocimiento nace de la experiencia, luego venimos al mundo como papel en blanco. Dependemos en el plano cognoscitivo de lo adquirido, pues ningún contenido nos es dado de modo innato. Aun así, Locke no niega radicalmente la naturaleza humana. Arranca su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* con la conocida afirmación de que todos somos por naturaleza libres e iguales. Es más, sobre esta afirmación apoya una filosofía moral y política de corte iusnaturalista. En el plano moral, al menos, y también en el ontológico, Locke reconoce la existencia de una cierta naturaleza humana.

Dicho de otro modo, el rechazo del innatismo en teoría del conocimiento no equivale, en Locke, a la negación de la naturaleza humana. Locke (citado en Alfredo Marcos, 2010).

Claramente con Locke, podemos mencionar que si bien se puede negar la naturaleza humana – tal como algunos autores referidos, no se podría afirmar tajantemente que carece de ella, así, constituyen elementos intrínsecos a él: la libertad e igualdad, al menos en el pensamiento del referido filósofo, sin embargo, “ya en el siglo XX, Ortega y Gasset (1883-1956) afirmó que es erróneo hablar de naturaleza humana, pues el hombre tiene, en lugar de naturaleza, historia.” (Alfredo Marcos, 2010, p.4).

Acotando la referencia, tendríamos que la persona, es un ser que después de su nacimiento, adquiere personalidad, con la cual – conjuntamente comenzará a formar su historia. En ese sentido, los hechos que constituyan el relato de su vida serán su patrimoniopreciado – el cual – acorde a los hábitos y costumbres con las cuales se constituyó, le conferirían determinada diferencia de entre sus semejantes que, a su vez, fueron arquitectos de su propia historia.

Por tanto, no debemos aferrarnos a buscar cual es nuestra naturaleza, debemos prescindir de la misma, *sic*, lo que existe es, y si es – tiene ser, por tanto: tiene características, pero existe sin alguna clase de notas distintivas que defina lo que le hace ser. En ese sentido:

Hay que reconocer que no faltan dificultades para hablar de una naturaleza humana y justificar la aplicación al hombre de la categoría de lo natural. Sin embargo, no son menores las que se derivan del hecho de prescindir de ella. Nosotros nos fijamos en las consecuencias negativas que puede tener el decir que la esclavitud es por naturaleza. Sin embargo, mayores son las de afirmar que, como no hay tal naturaleza, el hecho de que a los hombres se les deba respetar la libertad, la honra u otras cosas semejantes, no deriva de otra fuente que de nuestra propia decisión. Alguien podría estar tentado a pensar que, si no existe algo así como una naturaleza y ciertas exigencias naturales, habría que inventarlas para poner al menos una cierta cortapisa a la convención humana. (García, 2009, p.169).

Como hemos podido apreciar, existe una postura que niega la existencia de la naturaleza humana, sin embargo, debemos mencionar que es muy peligroso ostentar una postura fundada en aquello, la sola decisión individual haría arbitraria la forma de constituir qué se tiene por naturaleza.

A continuación, es necesario ceder el paso a la postura contraria a la antes desarrollada, para lo cual, delinearemos conceptos fundamentales.

1.1.2. Tesis a favor de la existencia de la naturaleza humana

Esbozados los argumentos antes mencionados, corresponde abordar la postura a favor de la naturaleza humana.

Es necesario fundamentar la tesis acerca de la existencia de cierta naturaleza que nos confiera identidad y que resalte sobre las demás características esenciales de nosotros, en ese sentido:

La esencia o naturaleza de algo (una piedra, una planta, un animal o un ser humano) es lo que le confiere identidad, es decir, le permite ser eso que específicamente es. Una cosa se convierte en algo determinado (*hoc aliquid*) gracias a su forma: así, por ejemplo, para un perro ser consiste en ser perro, es decir, para este ente no hay otra posibilidad de existencia sino a través de su perreidad, o sea, la naturaleza o esencia de perro por la cual recibe el ser y, a la vez, su identidad propia. (Irizar, 2011, p.285).

Como tal, según opinión de la autora todas las cosas tienen ser y por tanto naturaleza, cabe ahora acercarse a desarrollar algunas líneas acerca de la naturaleza de la persona. En ese sentido, podríamos mencionar algunos rasgos y elementos que definan a ésta, tal como, *prima facie*, ser consciente de estar en el mundo. Para esto necesitamos el concepto de conciencia:

En términos generales, puede definirse como esa capacidad que tiene el ser humano de “darse cuenta de ... algo” ... Así, darse cuenta de dimensiones como el tiempo y el espacio es cualitativamente diferente al hecho de darse cuenta de uno mismo (autoconciencia) o a darse cuenta que uno se da cuenta de algo (autorreflexión o experiencia consiente) (Orozco, 2000, p.377).

El hombre es el ente privilegiado y único, que se formula la pregunta acerca del ser y se interroga acerca de cuál es su ser particular. Dicho ente es el hombre a quien Heidegger llama *Dasein* (ser ahí). El *Dasein* es el modo de ser especial que tiene el hombre de estar-en-el-mundo (in-sein). *Dasein* significa estar ahí, en el mundo; entendiendo el mundo como el conjunto de posibilidades o futuribles de realización de mi ser. Pero, el hombre no solo es estar-en-el-mundo (dasein), sino también ser-con-el-mundo (mit-sein), ser entre las cosas o preocupado por ellas. Heidegger (citado en Aguilera, 2007).

En ese sentido, el ser consciente de estar en este mundo, para el ser humano – resulta una nota distintiva de aquel, confiriéndole, además, capacidad de auto-

conciencia, lo cual lo llevará precisamente a distinguir acerca de la bondad o maldad de sus actos, cosa que ninguna otra forma de vida puede realizar; “la conciencia subjetiva dota a los seres humanos de una extraordinaria capacidad de interpretar el mundo y responder con riqueza de conductas a los requerimientos del medio (flexibilidad conductual)” (Lumbreras, Sánchez & Fernández, 2017, p.775), lo cual es una de sus cualidades especiales que le hacen ser como es.

Sin embargo, la conciencia no es la única cualidad especial que posee, también está el ser solidario con sus semejantes, *sic*, “la idea tradicional de “solidaridad humana” consiste en decir que hay dentro de cada uno de nosotros algo- nuestra humanidad esencial- que resuena ante la presencia de eso mismo en otros seres humanos”. (Aguilera, 2007, p.7). No debemos olvidar que el ser humano como ente autónomo no puede desarrollarse individualmente, no se basta por sí solo.

Y es que la solidaridad humana es tan visible en nuestros días, que, no cabría dudar que se trata de una de nuestras notas distintivas, por ejemplo, cuando contribuimos por una noble causa a favor de nuestros semejantes – en ese sentido recordemos las habituales fechas en las que el frío asecha y la solidaridad humana hace llegar sus presentes a todas aquellas partes donde las personas mueren de frío – en claro acto de solidaridad.

Tal vez, mezclando la cualidad de la conciencia con la solidaridad humana, podríamos mencionar que la persona es solidaria debido a que es consciente de la situación de sus semejantes – complicando quizá, de entrada, el panorama para determinar la característica que nos hace ser en clara distinción por sobre las demás.

Otra de las características que definen la naturaleza del ser humano es el hecho de ser sociable, de vivir de forma no aislada, de hacerse en medio de un entorno en el que participan sus semejantes, en ese sentido:

Aristóteles define al ser humano como un “animal político”, en el sentido de que le es propio y natural el asociarse y constituir la ciudad, la polis: “la ciudad es una de las cosas naturales y el hombre es por naturaleza un animal social”. Esto significa precisamente que la inteligencia y la racionalidad del hombre, en cuanto constitutivas de su esencia, son lo que fundamenta la

sociabilidad y la existencia de la comunidad política. Aristóteles (citado en Prevosti, 2011).

Haciendo alusión a lo mencionado, denotamos un distintivo natural en nuestro ser, que es el de vivir en sociedad, habiendo dejado en el pasado el estado de naturaleza hobbesiano, el hombre se agrupa con sus semejantes y decide formar pequeñas hordas, que se convertirán en tribus y finalmente en pequeños pueblos cada vez más civilizados, sin embargo no cabe olvidar que el proceso no comenzó a raíz que las personas vivieran como ermitaños individuales, pues resulta incoherente que, por ejemplo, una mujer en estado de naturaleza – deje a su hijo a la intemperie para que éste se crie por sí solo, lo que forzosamente nos lleva a concluir que aun en el estado de naturaleza el ser humano es social, pues si bien no forma grandes grupos – sí se reúne con su familia, vale decir, el padre, la madre y sus hijos mínimamente.

Atendiendo a que el ser humano, tiene varias cualidades que lo diferencian de los animales y que lo hacen ser lo que es, es necesario recurrir a desentrañar el rasgo que, en todo caso, mejor puede definir a la persona – colocándolo por encima de las demás cosas creadas, con la antelación de recordar que “la condición humana, la de ser un simple *humano*, de manera paradójica, la de ser solo una finitud espacio-temporal, irremediablemente existente para las demás especies, no es más que la mínima manifestación de *la capacidad creadora de Dios*”. (Giraldo, 2011, p.117). Por tanto, si partimos de la noción que somos criaturas de Dios, sigue que nos ha otorgado un lugar especial en su creación, de modo que poseemos un atributo que nos define en última instancia como seres racionales a pesar de lo expuesto anteriormente, por tanto, la naturaleza humana también:

Es la que corresponde a una naturaleza racional o espiritual que, tal como ha enseñado Aristóteles, es en cierto modo infinita respecto de la naturaleza corpórea. Porque somos, en efecto, capaces de conocer “todas las cosas”, traer hacia nuestro interior y “apropiarnos” del universo entero. En virtud a su naturaleza espiritual o racional, la persona es *apertura*, la cual conduce a una corriente de interacción entre el yo personal y la realidad, de manera particular, con el tú personal de los demás seres humanos. Tal interacción se traducirá, en muchos casos, en un incremento de su ser. (Irizar, 2011, p.290).

En esta enseñanza del filósofo estagirita, encontramos – lo que podríamos denominar, el distintivo que más sobresale entre las notas antes expuestas, en ese sentido ser racional significa que la persona analiza sus pensamientos, toma en cuenta sus decisiones y actúa conforme a ellos, sin dañar a sus semejantes ni a la naturaleza creada a su alrededor; significa que tiene conocimiento que sus actos llevan consigo consecuencias y que apreciándose él como ser superior en la naturaleza es capaz de querer tales consecuencias, pues su razón le impulsa a conocer y a hacer el bien.

Por tanto, recogiendo las cuatro notas distintivas del ser humano antes mencionadas, podemos indicar que éste es consiente porque se da cuenta que está en el mundo; es solidario, porque es capaz de ayudar a sus semejantes; es social – y esto presupone la existencia de muchos individuos entre los cuales se desarrolla. Sin embargo, no podría ser consiente, ni solidario y tampoco social – si antes no es un ser racional, pues este ente espiritual se conduce con el uso de la razón, la cual, de no poseerla, acabaría por asimilar la condición de cualquier ente creado por Dios.

De este modo, concluimos que la racionalidad de la persona es su nota esencial, gracias a ella el ser humano es administrador de cuantas cosas Dios ha creado para él.

1.2. Naturaleza humana y personalidad

Después de haber revisado conceptos esenciales acerca de la naturaleza humana, debemos mencionar que aquella es la que confiere personalidad a la persona, como tal es necesario diferenciar los conceptos antes mencionados referidos a qué es personalidad y qué es ser persona, en ese sentido:

Tomás de Aquino acuña el concepto de “personalidad” para afirmar que ella “es la substancia de una naturaleza espiritual dotada de inteligencia y voluntad”. Poniendo entre paréntesis por un momento la utilización metafísica del concepto de substancia espiritual, y asumiéndolo en cuanto manera de ser que es esencial a un ser, se puede reconocer, como hacía el filósofo, que la personalidad es la manera de ser de una individualidad que va adquiriendo cierta forma o ciertos rasgos específicos; pues la personalidad hace que ciertos entes que tienen inteligencia y libertad subsistan como individuos o se mantengan en la existencia como tales, y

más importante aún, que se vayan haciendo, que vayan adquiriendo un sello, una impronta, los cuales se van formando por la capacidad del ser corporal de ser maleable. En términos de Aquino y Aristóteles, se trata de reconocer que el ser humano es acto y potencia. Es un ser corporal en acto, poseedor de facultades y capacidades que lo hacen estar en potencia de adquirir una forma y una manera de ser, por su relación con el mundo y con los otros. Y en términos de Hegel, que el individuo sea *building*, formación o continua construcción. Se destaca así el significado de “individualidad” de la persona. Tal como hemos podido apreciar, la naturaleza humana le confiere personalidad a la persona, debido a que esta, siendo lo que es, necesita determinados elementos que la caractericen en su desarrollo social, haciendo que esta no la defina, sino que se moldee a su fin subjetivo en la sociedad. (Betancur, 2010, p.134).

La personalidad se forma con las costumbres vigentes de cada sociedad porque ciertamente, cuando un ser humano se desarrolla en convivencia con sus semejantes, no existe medio por el cual se sustraiga a asimilar las diversas prácticas aceptadas en el momento histórico que le ha tocado vivir. La personalidad se forma y no se nace con ella.

Por la maleabilidad de la persona, decimos que es posible modificarla total o parcialmente en cuanto a su forma de ser, para lo cual, basta observar la sociedad.

Es importante destacar el fin subjetivo de la persona en sociedad, porque precisamente esto es lo que le conducirá a ser, siendo determinantes los motivos que este adopte para construir – sea consciente o inconscientemente su personalidad.

1.3. Naturaleza humana y persona

Como hemos podido apreciar, la naturaleza humana le posibilita personalidad a la persona, y recordando las distintas nominaciones etimológicas del concepto de persona en la antigua Grecia – tales como *prosopon*, mencionamos que “los significados del concepto en este campo llevaron a hablar, a pensadores como Jung, de que la persona es la máscara o el rol que asumen los individuos en sociedad” (Betancur, 2010, p.130).

Esto nos remite al significado más profundo de la noción de persona entendida como “lo que es más perfecto en la naturaleza”. Perfección enraizada en su naturaleza racional que le confiere el ser consciente de su

ser, cualidad antropológica que, a su vez, confiere a la persona la autoposesión de sí. Ser *alguien* y no *algo* equivale en este contexto a ser *dueño de sí mismo*. Dicho en otros términos, afirmar que el ser personal es racional o espiritual es tanto como decir que es un ser “abierto a otro ser, un ente que se tiene a sí mismo en su poder y puede disponer libremente de sí”. (Irizar, 2011, p.291).

Si atendemos al medio que nos rodea, no encontraremos a la fecha, ser más perfecto que la persona, debido justamente a que posee racionalidad y continuamente se perfecciona, es un ser espiritual y por tanto trascendental, en ese sentido busca al Creador de Todas las Cosas, se esfuerza en tratar de conocerlo.

El ser humano no es una cosa, de modo que no se puede decir que sea algo, pues a dicho ser no se le debe utilizar como medio, sino como fin en sí mismo, bajo pena de cosificarlo y usarlo como herramienta insensible, no trascendental y sin cualidad ni posibilidad de perfeccionarse – tal como Marx se expresaba al respecto, pero en términos del capitalismo antropológico “El trabajador, al producir, se empobrece ontológicamente, deviene más y más en un mero trabajador, un mero ser-productivo, un mero instrumento de producción, una mera mercancía que se mueve por sus propias reglas” (Bermudo, 2015, p.45). En sentido contrario, la persona es alguien, es un ser-estar, abierto a posibilidades, que no se agota en sí mismo, social, consciente, racional – que necesita de sus semejantes para hacer posible su desarrollo como tal.

Llegado a este punto, habiendo previamente recorrido los fundamentos de las posturas a favor y en contra de la existencia de la naturaleza humana, es necesario adoptar una postura al respecto para poder llevar a cabo con determinación fundamentada el presente trabajo. Al respecto, debemos mencionar que resulta paradójico que el ser humano posea tantas cualidades intrínsecas que le hacen ser lo que es – y que pese a ello hayan existido ilustres autores que negaran la misma, tal como ha sido posible apreciar en cuanto han sido citados.

Carece de razonabilidad y sentido común – decantarse en una postura en contra de la naturaleza humana – pues siendo la persona Consiente, Solidario, Social y Racional como mínimo, no es posible no ver lo que es, y aunque algunos no quisieran reconocerlo, el hecho que su deseo así sea, no exime la existencia de las mismas.

En ese sentido, adoptamos la tesis planteada por Aristóteles en cuanto se refiere a definir la naturaleza humana como racional, pues esta característica humana, presupone cualquier otra, en efecto, un ser es Consiente, Solidario, Social, etc., justamente por ser racional. Por tanto, convencidos de la existencia de la misma, trabajaremos sobre la base de su nota diferencial más resaltante.

Por ahora, se hace necesaria la definición de vida humana, de modo que una vez delineada, podamos ingresar a valorar con vista acuciosa las diferentes teorías que justifican su comienzo. Sin embargo, ingresando de lo general a lo particular, abordaremos brevemente lo primero.

2. La vida en general y la vida humana

Cuando nos referimos la noción de vida humana, no podemos evitar pensar en la vida en general, y que el ser humano es su administrador de cuanta forma existencial puebla la tierra; en efecto, en nuestro medio ambiente existen – animales, plantas, microorganismos y otros seres que son diferentes formas de manifestar la vida.

2.1. Definición de vida en general

La vida, forma de estar en este gran planeta denominado Tierra, ha comenzado hace tiempos inmemoriales, no se sabría con exactitud cuándo, es más, no hay consenso – sino teorías del modo en cómo pudo surgir, *videlicet*, ella, está asociada al modo de nacimiento de nuestra hermosa esfera luminosa azul. Así en un primer momento, definiendo la vida de forma general, podemos decir que “*una vida no es más que un fenómeno biológico en tanto la vida no sea interpretada*” (Ricoeur, 2006, p.17).

Por el momento, no existe ninguna definición de vida que sea universalmente aceptada. Obviamente existen características que todas las definiciones toman en cuenta, pero no todas le dan la misma importancia a cada una de ellas. Para algunos autores la característica más importante de la vida es el metabolismo celular, ya que por medio de este los organismos pueden mantener su estructura y función. Para los biólogos moleculares, lo más importante es el ADN y la capacidad de replicarse que tenga dicho organismo. Para otros, los organismos vivos hay que definirlos desde la perspectiva ecológica, que ningún ser vivo puede vivir aisladamente, en tanto

otros se inclinan hacia una perspectiva de carácter evolucionista (Herrero, 2006, p.3).

En ese sentido, también se han pronunciado los científicos, entre los que figuran: biólogos, físicos, químicos, a la pregunta ¿Qué es la vida? Cada uno tendrá una respuesta distinta, por ejemplo: el biólogo puede opinar que es algo que se reproduce a sí mismo, y que los errores reproductivos son corregidos por la selección natural – es lo único que debe saberse sobre la vida. El químico podrá opinar: también es algo que metaboliza, que coge elementos químicos del entorno, los procesa y los devuelve, y de alguna forma – todo el sistema se mantiene siempre en un estado maravilloso y constante que logra estar en equilibrio. Un físico podría opinar: nada de eso, es un sistema que funciona como un frigorífico, coge energía libre, la transforma y se construye así mismo como una estructura que disipa energía.

Como podemos observar, no es posible adoptar un concepto consensual sobre la vida. Seguidamente, abordemos el concepto *sub examine*, desde dos posturas bastante conocidas, la mecanicista y la organicista.

Si nos guiamos por una concepción mecanicista, reduciríamos la vida a un conjunto de procesos físicos y químicos, subordinando lo orgánico a lo inorgánico, llegando a la conclusión de que no somos más que seres que, de acuerdo a determinadas “piezas” recibimos determinados estímulos de un mundo (si es mecánico mejor) para luego dar respuestas. Y esta visión no solo reduciría nuestra existencia a la de meras máquinas, sino que nos llevaría a destruir el concepto de vida, porque deberíamos admitir que una máquina cualquiera está viva también, cosa que no parece demasiado plausible. Por otro lado, la visión organicista nos plantea que la vida es el conjunto de los elementos constitutivos de un organismo más un “valor agregado” que se da por la relación de estos elementos, o sea, el todo constituyendo un “algo más” que la suma de las partes. Bernardo (s.f).

No resulta demás, la consideración de la vida desde una postura animista, según la cual, los seres de la naturaleza *lato sensu*, en cuanto diversificación existe, poseen vida.

En ese sentido, tal como hemos podido apreciar, podemos dar cuenta que no existe consenso en lo que tal concepto significa, de modo que resta alcanzar una definición unificadora. Eso mismo, al parecer sucede con el concepto de vida humana.

2.2. Definición de vida humana

La vida humana no es la excepción, y también puede definirse desde diferentes ángulos, y con esto – interpretarla de acuerdo a su naturaleza, no sin olvidar que la noción que tomemos puede ser muy perjudicial para nuestra especie, pues aquella debe ser vista siempre, en su integridad.

Para comenzar, en un sentido biológico, podemos mencionar que: “la vida humana consiste en el genoma humano, y que este consta de un poco más de 30.000 genes”. (Bello, 2007, p.111), lo cual, equivale a decir que la vida en cuestión es una secuencia de genes que nos identifican e individualizan como seres irrepetibles.

Al respecto, se han pronunciado algunos autores, postulando una tesis en contra de la definición *sub supra*, en efecto, manifiestan:

Decir que el secreto de la humanidad está en los genes es apresurado e infundado. La dignidad humana no está en los genes. Es una convicción filosófica y moral que tiene sus fuentes propias, válidas por sí mismas y no dependen del empirismo científico. El desciframiento del genoma no aportará nada a la comprensión cualitativa de la vida humana. Declaraciones recogidas por *El País* (citado por Bello, 2007).

Así podemos apreciar, cómo una definición del tipo biológica, no resulta completa para algunos autores, por considerar que, si bien es cierto – nadie pone en tela de juicio que los genes nos identifican, no es lo menos decir, que se trata de un aspecto reducido respecto a la compleja comprensión de la vida humana y de la persona.

Por el motivo antes mencionado, se han buscado definiciones más amplias, que abarquen con más claridad la noción de vida humana, en ese sentido, desde el punto de vista filosófico se aprecia que:

Para Ortega la vida humana es *realidad radical*, en el sentido de que a ella tenemos que referir todas las demás, ya que las demás realidades, efectivas o presuntas, tienen de uno u otro modo que aparecer en ella. Es en ella, en la vida humana como realidad radical, en donde cada uno se da y en donde el hombre encontrará su potencial. Ahí es donde decidirá qué camino seguir y donde tendrá que hacerse así mismo (Secchi, 2007, p.4).

En todo caso, podemos mencionar, que la vida humana es la forma de existencia de nuestro ser en el mundo sensible, dicha definición permite comprender de forma extensa los diversos ámbitos que abarca la vida del mismo.

3. Teorías sobre el comienzo de la vida humana

Una vez revisados los conceptos de naturaleza humana, y las cuestiones acerca de la definición de vida de éste, es propicio para nuestros fines, adentrarnos a revisar las teorías acerca del comienzo de esta, de modo que tengamos un panorama que *a posteriori* nos permita analizar cuestiones fundamentales, por ejemplo, desde cuando comienza la vida humana, desde cuando se considera persona a un ser humano; siendo este el fin, comenzamos esbozando la teoría de la fecundación.

3.1. Teoría de la fecundación

La primera teoría, en orden al desarrollo biológico del ser humano a tratar, es la de la fecundación o concepción, por ser el primer fenómeno que se presenta al momento de encontrarse los pronúcleos heterosexuales de los padres, en ese sentido:

La postura concepcional indica que el momento de la concepción da origen al ser humano en cuanto persona, si bien esta característica es potencial y se desarrollará a lo largo del tiempo. La Iglesia Católica ha abandonado la discusión sobre el momento de la animación, prefiriendo hablar de hominización y declarando que el óvulo fecundado muestra que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será el ser viviente: un hombre, este hombre individual con sus características ya bien determinadas. San Pablo (citado en Kottow, 2001)

En concordancia con lo mencionado, se expresa la opinión de algunos especialistas en Medicina Humana, quienes concuerdan en que el inicio de la vida humana sea con la concepción, al respecto manifiestan:

La vida de cada persona comienza con la fecundación. El dinamismo biológico de todo ser vivo, comienza con la unión del espermatozoide y el óvulo. Antes de la fusión de estas células transcurre un tiempo de maduración de las mismas en el interior del aparato genital correspondiente. (Velayos, 2000, p.30).

La teoría bajo análisis, a su vez se basa en fundamentos filosóficos tales como los de potencia y acto, por los cuales, una vez que se hayan encontrado las células de

ambos padres – se dirá que existe un ser humano en acto, y en potencia de desarrollarse en el claustro materno.

Para los defensores de la existencia de un individuo desde la primera célula, la potencia se asemeja a lo que enseñó Aristóteles. Se daría una especie de energía en cada cuerpo que tiende, por necesidad, a un fin que le es propio. De ahí que entre la potencia y el acto solo mediara tiempo; un tiempo que hace explícito lo que estaba implícito al principio. Sàdaba (citado en Herrera, 2008).

Sin embargo, hay quienes no están de acuerdo con tal teoría, mencionando determinados requerimientos para que se considere que existe vida humana, en ese sentido Singer menciona lo siguiente:

La primera tesis consiste en afirmar que existe vida humana desde el momento de la concepción. Se puede aceptar dicha afirmación, pero entonces hay que reconocer la distinción entre vida humana en sentido biológico (miembro de la especie *Homo sapiens*) y vida humana como persona. La atribución de un derecho a la vida humana, no puede hacerse por la mera existencia de un hecho biológico, sino que requiere la existencia de unas características morales relevantes que justifiquen el reconocimiento de derechos. (Boladeras, 2007, p.100)

En ese sentido, se considera que deben existir requisitos para considerar la existencia de la vida humana, se debe tener determinadas características que la identifiquen, de modo que sea posible reconocerle derechos, y esto difiere abismalmente de un ser intrauterino, en ese sentido, Singer menciona:

Pretender que todo ser humano tiene derecho a la vida sólo por ser miembro biológico de la especie *Homo sapiens* es convertir a la misma relación de membresía en base de derechos. Y esta tesis es tan indefendible como hacer de la pertenencia a una raza la base de los derechos. [...] Si vamos a atribuir derechos sobre bases moralmente defendibles, tenemos que apoyarnos en algunas características que sean moralmente relevantes en los seres a los que les atribuimos derechos. Ejemplos de tales características moralmente relevantes serían la conciencia, la autonomía, la racionalidad, etc., pero no la raza o la especie. Singer (citado en Boladeras, 2007).

Como hemos visto, la teoría de la concepción es la primera en cuanto a proceso biológico de la formación del ser humano, que se inicia con la fusión de los gametos

de los padres – lo cual formará un ser nuevo e irrepetible. A su vez, se ha puesto de manifiesto posturas en contra de dicha teoría, para la cual, se requieren características propiamente de la persona en el medio social.

A continuación, pasaremos a desarrollar la segunda teoría en orden biológico en cuanto al desarrollo del feto, la cual, ha sido denominada como singamia.

3.2. Teoría de la singamia

Según esta teoría, que difiere en muy poco de la anterior, habrá un ser humano nuevo e irrepetible, no a partir de la concepción, que es como se ha indicado – el momento de la unión de los gametos de diferente sexo, sino a partir de la fusión que sucede una vez producida la unión de aquellos, en ese sentido:

La vida humana comienza luego de que el espermatozoide ha penetrado el ovocito, se produce aproximadamente entre las doce y dieciocho horas posteriores, la combinación de los cromosomas, configurándose así el intercambio de la información cromosómica que determina la aparición de una nueva y exclusiva estructura. Blasi (citado en Dávila y Ugalde, 2013).

De este modo, estaríamos ante la protección de la vida humana, horas después de producida la concepción, pues habiéndose esta producido antes, se deberá esperar la fusión de los pronúcleos independientes, lo cual culmina con el intercambio de información genética de ambos progenitores, que será una vida nueva, que, de no ser interrumpida en su fase de desarrollo, culminará con el nacimiento de la persona, abundando en criterio mencionamos:

Luego de ese primer contacto entre el espermatozoide y el ovulo, sigue un proceso que dura horas en el cual, bajo la membrana del ovocito se van a ir formando los dos pronúcleos, que permanecen sin tocarse durante un cierto lapso, hasta que se produce la singamia apareciendo esta nueva formación que, según los biólogos, se trata de una personalidad con material genético propio único e irrepetible. Massaglia de Bacigalupo (citada en Acuña, 2017).

En ese sentido, tenemos un potencial nacimiento de la persona después de la concepción, sin embargo, también hay quienes opinan que aquello es una falacia, al respecto mencionan:

Desde el inicio de la división celular que se produce en el ovulo fecundado se origina un ser que tiene el potencial de convertirse en persona. ¿por ese

hecho se ha de otorgar al embrión un estatuto moral especial? Singer cree que no, por la razón siguiente: Todo lo que pueda decirse acerca del potencial del embrión, puede decirse también sobre el potencial del óvulo y del esperma. La diferencia entre uno y otro es que el proceso para llegar hasta el final en el óvulo y el esperma es más largo, y tiene más fases en las que puede fracasar, pero esto no permite adjudicarle una diferencia significativa. Singer (citado en Boladeras, 2007).

Lo mencionado, hace especial alusión a los gametos heterosexuales cuando aún no convergen en unión, de este modo, un espermatozoide tendrá el potencial de convertirse en un ser humano siempre que logre atravesar dos barreras, *prima facie*, el estado de formación del mismo en el varón, y una vez formado, aun llegar primero hacia el ovulo en la gran carrera por la vida; *videlicet*, lo mismo sucede con el gameto femenino en concordancia con su naturaleza.

En ese sentido, existe una interpretación *a pari*, respecto del potencial de vida humana que despliega el óvulo fecundado, se dice que al igual que este, aquel también posee la misma fuerza de convertirse en un miembro de la especie humana.

A continuación, habiendo desarrollado lo concerniente a la teoría de la singamia, corresponde, en orden de proceso biológico del ser humano, esbozar la teoría de la implantación del ovulo fecundado en el útero.

3.3. Teoría de la implantación en el útero

Vamos a tratar acerca de la teoría de la Anidación, previamente sabemos que después del encuentro entre gametos y producida la concepción, el citado gameto femenino ya compuesto, se dirige hacia la que será la morada final del potencial ser humano, donde se implantará y continuará su desarrollo.

Esta teoría, conocida como de la Anidación o Nidación, tal como ha sido explicada, ocurre a los catorce días de producida la concepción, tiempo durante el cual no existe un embrión sino un pre-embrión, que se convertirá en aquel veintiún días después de la unión de los gametos o siete días después de producida la anidación. (Blasi, 2007).

En ese sentido, estamos ante la potencial vida humana intrauterina a partir del séptimo día de producida la anidación, suceso a partir del cual se tendría que tutelar al ser humano previo a nacer, en efecto:

Quienes sostienen esta teoría, arguyen que desde que el embrión se implanta en el útero comienza la existencia de un nuevo ser, o sea que la concepción coincide con el inicio de la gravidez o el embarazo. Ergo, esta corriente afirma que con la anidación se define tanto la unicidad – calidad de ser único – como la unidad – ser uno solo – del embrión... ya que hasta ese momento pueden ocurrir naturalmente dos procesos: por un lado la fisión gemelar que hace que de un embrión se generen dos, y la fusión – procedimiento inverso – por el cual dos embriones se unen generando un único y nuevo embrión. Lenti y Gorini (citados en Blasi, 2007).

Sin embargo, es un tanto complicado sostener que existe dicha unicidad y otras características del nuevo ser, porque las investigaciones científicas señalan que:

Se llega a la conclusión de que, de todos los preembriones (cigotos) que se generan, solo el 50% se adhieren al útero materno y se pierde el resto. Otras investigaciones han determinado que solo el 42% se implanta. Y otras señalan que las dos terceras partes de los óvulos fecundados se pierden antes de la implantación. (Morales, 1999, p.416).

De este modo, no es posible hablar de unicidad, por ejemplo, cuando se sabe que el ovulo fecundado, probablemente no llegue a implantarse en el útero, perdiendo así tal pre-embrión la calidad de ser único, en efecto, los críticos manifiestan:

Un embrión tiene la capacidad de dividirse en dos o de sumarse en uno. Las dos cosas pueden suceder hasta que el embrión tiene un cierto tamaño, ese tamaño coincide con la primera semana de la implantación en la pared uterina. El embrión nada en la trompa -donde se fecunda- tres días, se implanta en la cavidad del útero al séptimo día y es a partir de allí cuando se determina si va a ser un individuo o se va a dividir para conformar dos gemelos. Desde ese momento es persona y se da entre los siete y catorce días. Roberto Nicholson (citado en Morales, 1999).

Hay quienes critican también la posición mencionada *sub supra*, acotando haberse producido una confusión entre los términos individualidad con indivisibilidad, al respecto manifiestan:

Al decir que un individuo humano no lo es si se puede dividir, se está confundiendo individualidad con indivisibilidad [...] En todo caso, siempre habrá una individualidad con una potencialidad de divisibilidad cada vez menor, lo que no invalida el que, en todo momento, antes y después de una

división con separación de células, se pueda hablar de individuo/ individuos. Velayos-Santamaría (citado en Morales, 1999).

Finalmente, como sabemos, la teoría del inicio de la vida humana que adopte determinado ordenamiento jurídico servirá para defender la misma desde determinado momento, que en el caso del presente subtítulo sería una vez producida la anidación.

A continuación, tenemos la Teoría de la formación del sistema nervioso central, la cual, corresponde tratar de acuerdo al desarrollo biológico que va teniendo el feto en el claustro materno.

3.4. Teoría de la formación del sistema nervioso central

En cuanto al propósito de exponer las teorías respecto al inicio de la vida humana, tenemos la denominada Teoría de la formación del sistema nervioso central, esbozaremos a continuación líneas fundamentales acerca de su perspectiva. Esta es:

Conocida como la teoría de la aparición de la línea primitiva o surco neural, es decir que, recién al decimoquinto día de la evolución embrionaria aparecen los rudimentos de lo que será la corteza cerebral, por lo que recién comienza la vida con la presentación de la llamada línea primitiva o surco neural. Soto (citado por Blasi, 2007).

En ese sentido, podemos afirmar que recién cuando se cumple el periodo de tiempo señalado *sub supra*, habrá un nuevo ser humano digno de protección jurídica, que será posible defender sus derechos en un determinado ordenamiento jurídico, por tanto:

El inicio de la vida humana sea más tarde, señalando que la necesidad del sistema nervioso central para ser capaz de sentir, manifestar más tarde preferencias. Otros todavía, luego de la 20 a 28 semana, siempre en la formación de la corteza cerebral considerada como condición neurofisiológica para la posibilidad del ejercicio de las funciones racionales. (Santa María, 2012, p.56)

Lo mencionado, parece una mezcla de dos teorías, la de la formación del sistema nervioso central y la de la facultad de racionalidad. Sin embargo, mencionamos que no es así, la segunda de ellas, si bien es cierto existe como teoría, hace referencia

expresa al momento en que el feto se encuentra ya fuera del vientre de la madre, por lo que se le exige racionalidad para poder ser responsable de sus actos y los asuma frente a la sociedad, además de poder valerse ante los demás como nota distintiva a partir de su razón, en ese caso, no serían consideradas personas los retardados mentales, por ejemplo. Por tanto, difiere del sentido en que aquí ha sido tratado la teoría de la formación del sistema nervioso, estando, así las cosas, también hay quienes se han pronunciado en disidencia de la teoría de la racionalidad:

Desde el comienzo, el *nasciturus* es mucho más: es un individuo perteneciente al género humano, desde el embrión hasta su conversión en adulto, recorriendo un proceso continuo de desarrollo. Según ellos, tal derecho debería atribuirse, más bien, a quienes poseen ciertas cualidades y capacidades que son relevantes en este contexto, a saber, la autoconciencia y la racionalidad. Solo tales seres son personas, y solo las personas son titulares del derecho a la vida. Los embriones no son personas; tampoco lo son los niños en el primer año de vida, los que padecen una grave invalidez mental o los que sufren demencia senil en los asilos. Por tanto, todos esos grupos humanos, en principio pueden ser entregados a la muerte...el derecho a la vida de un cachorro de una especie animal superior está por encima del de un niño de un año. Se pretende establecer el nacimiento como punto donde comienza a tener vigor el derecho a la vida, considerando las cosas desde el punto de vista jurídico. Robert Spaemann (citado en Santa María, 2012).

Para estos autores, existe arbitrariedad en el modo de considerar quien es o no persona, actuando ésta de modo irracional en contraste con el derecho a la vida – por los efectos legales que lleva consigo. Significa, dejar de considerar persona a todo aquel que no razona o que ha perdido las facultades del raciocinio, cuestión con la que se manifiestan en desacuerdo.

Como hemos podido apreciar, se han tratado las teorías respecto al inicio de la vida humana, esbozando líneas fundamentales acerca de cada una. Se ha visto que no es pacífica la pugna por hacer prevalecer una sobre la otra, como se sabe, esto ocurre debido a intereses, entre otros, económicos.

Finalmente, mencionar que somos del parecer que la teoría del inicio de la vida humana que se debe adoptar debido a su carácter tuitivo respecto de los derechos del concebido desde un momento primigenio de la existencia del mismo, sería la

que propone al fenómeno de la concepción, que se produce con la unión de los gametos heterosexuales de los padres, y se tenga como el inicio de la misma.

CAPÍTULO II

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO Y SU POSTURA, FRENTE A LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y EL CASO K.L VS PERÚ - RESPECTO AL INICIO DE LA VIDA HUMANA

En el presente capítulo, estudiaremos con mayor profundidad el tema *sub examine*, para lo cual se ha requerido la elaboración de las diferentes teorías que fundamentan, desde su peculiar punto de vista, uno de los acontecimientos más importantes de nuestra existencia que es: el nacimiento de la vida humana. Esto ha sido desarrollado con el propósito de exponer, tomar una postura y facilitar lo que constituirá el presente capítulo. En ese sentido, nos disponemos a realizar la comparación oportuna entre la teoría de la concepción, a la cual se adhiere nuestra Constitución, nuestro Código Civil de 1984, y las que acogen algunas legislaciones extranjeras, analizando también el caso K.L Vs Perú del Comité de Derechos Humanos.

Este capítulo es importante porque, como veremos oportunamente, no existen en los ordenamientos jurídicos uniformidad de pareceres o una teoría que sirva como postura indiscutible respecto del inicio de la vida humana. Así, damos inicio al desarrollo correspondiente de nuestro presente capítulo.

1. El inicio de la vida humana en el ordenamiento jurídico peruano

En este apartado, desarrollaremos la postura adoptada por nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la teoría que acoge respecto del inicio de la vida humana, para esto analizaremos los dispositivos más importantes que la contengan.

En primer lugar, analizaremos la redacción de nuestra actual Constitución Política de 1993, seguidamente, nuestro Código Civil de 1984. Sin embargo, no podría faltar, sea por su novedad, el análisis respectivo a un sonado caso peruano resuelto por el máximo intérprete de la Constitución, el cual, ya tendremos oportunidad de exponer.

1.1. Según la Constitución Política de 1993

Conviene analizar el dispositivo que contiene el *nomen iuris* del bien jurídico denominado vida, prescrito en nuestra Carta Magna actual.

Prima facie, mencionamos que el derecho a la vida se encuentra consagrado en el artículo 2º, inciso 1 de la actual Constitución Política peruana de 1993, que a la letra prescribe: “Toda persona tiene derecho... a la vida... el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

En primer lugar, comenzamos por mencionar algún concepto respecto al derecho a la vida, que al decir de Zarini (1999), afirma que:

Es la condición esencial, innata propia, inherente, a la persona humana y, en consecuencia, necesariamente imprescindible, para el ejercicio de los demás derechos. La vida, al decir de Ortega y Gasset, es para cada uno su realidad radical, porque en ella “radican” todas las demás realidades. (p.436)

En segundo lugar, destacamos que tenemos constitucionalmente regulado el derecho a la vida, lo que significa que, pese a que el derecho natural ya lo reconozca, nos hemos abocado a su prescripción. Luego, mencionamos que la máxima Carta Política ya advierte de forma clara su posición respecto al inicio de la vida humana, siendo incisivo y por tanto no banal el hecho que aparezca redactado que el concebido es sujeto de derecho, lo cual, ya tendremos oportunidad de resaltar debido a su gran importancia.

En ese sentido, cabe realizar un análisis conceptual respecto de los derechos invocados, no sin antes mencionar, que toda persona independientemente de su condición – cuestión que resulta de total relevancia en este tema y que se podrá observar con claridad en su oportunidad – es titular del derecho a la vida, esto es concordante con lo prescrito en el artículo 2º, inciso 2 de la Carta Magna, en efecto,

este derecho se ejerce: sin discriminación de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. En ese sentido:

El derecho-deber a la vida –o tal vez al vivir, como sería más pertinente expresar- es el derecho primario, básico y natural que posee la persona. Por ello merece la protección de la sociedad y el estado. El ser humano goza de este derecho, que le es inherente simplemente por ser tal, por el hecho de haber sido concebido. El derecho objetivo a la vida, recogido por los ordenamientos jurídicos, es la consecuencia de una exigencia existencial. (Fernández, 2005, p.14)

Por tanto, cabe comenzar a diferenciar aspectos básicos determinantes para el cabal entendimiento del derecho *sub examine*, denotamos en primer lugar que la vida tiene una naturaleza, la cual, viene determinada por un aspecto imperativo-mandante u ordenador que es posible inferir tras adoptar una vista especulativa frente al medio que nos rodea, en efecto, una vez dispuestos conforme lo mencionado, no es difícil observar que la vida manda vivir.

Lo anterior, podría parecer lógico, sin embargo, no está claro para quienes optan por prácticas contrarias a la misma, desnaturalizando su esencia – contraviniendo mandatos imperativos de esta.

La vida humana, es de Derecho Natural, lo es porque le asiste a un ser que observamos que vive en un medio social, en este caso a una persona, la cual vive cada momento de un modo independiente al de sus semejantes, siendo esta connatural a ella en cuanto persona y natural a ella en cuanto ser.

Asimismo, señala Fernández (2005) que “La vida es un don, un extraordinario y bello don que participa del misterio que significa todo lo relacionado con la existencia y destino del ser humano. Ninguna persona pidió vivir, no fijó el siglo o el lugar de su nacimiento” (p.15). De este modo, se deduce que uno de los caracteres de la vida humana está referida a su indisponibilidad, pues si es un don, aquel no es de suyo propio – sino adquirido, por tanto, este ser no lo puede manejar a su antojo, sino respetar su naturaleza, puesto que aquel es su portador.

También cabe recordar que la vida humana es irrenunciable, lo cual, viene a ser no más que la derivación de su indisponibilidad, pues no se puede renunciar a lo indisponible; siendo esto así, la persona no debe tener derecho al suicidio, por

ejemplo, por más avales que se esbocen a su favor. En ese sentido, Bernaldes (2012) afirma que:

La vida tiene un reconocimiento negativo en la prohibición de matar. Es una forma de protección mínima. Pero lo central en sentido afirmativo es que tiene una protección activa que se expresa en las diferentes formas de desarrollo que se da a la persona. En sentido técnico, el pleno respeto del derecho a la vida implica la prohibición a cualquier agente, funcionario o autoridad estatal, o particular que actúe bajo las ordenes o con la aquiescencia directa, indirecta, o circunstancial de los agentes o autoridades del Estado, de atentar contra ella, por cualquier medio y en cualquier circunstancia. Comisión Andina de Juristas (citado en Bernaldes, 2012)

La situación actual del derecho a la vida se vierte en un ámbito donde se distingue en terminología jurídica conceptual entre persona y sujeto de derecho, pues no hay completa unanimidad en considerar que el concebido sea persona, debido a que es considerado explícitamente por la Constitución y la ley como sujeto de derechos, a pesar que eso quiera decir que tal calidad la tiene una persona según algunos autores. En ese sentido Sáenz (2015) afirma que:

... la categoría enunciada “sujeto de derecho”, tiene alcances genéricos e incluye tanto a la persona como al concebido, idea que presupone una distinción jurídica entre ambas situaciones, sin descartar y antes por el contrario defender, que la vida es un atributo o derecho inescindible de estas. (p.57)

Sin embargo, hay quienes niegan esa posibilidad, mencionando que sujeto de derecho es aquel centro de imputaciones jurídicas o ente susceptible de recibir derechos, al cual, se le puede distinguir de persona humana y de ser humano, y que en todo caso “la persona comienza con el nacimiento del concebido, y esto se produce con el corte del cordón umbilical, desde allí es persona porque ha nacido” (Rubio, 2004). Negando esta diferenciación, se pronuncia Chananè (2015) quien opina que:

La distinción que se sugiere a veces en algunos documentos internacionales entre “ser humano” y “persona humana”, para reconocer luego el derecho a la vida y a la integridad física solo a la persona ya nacida, representa una distinción artificial sin fundamento científico ni filosófico pues todo ser humano, desde su concepción y hasta su muerte, posee el derecho inviolable a la vida y merece todo el respeto debido a que debe ser considerado como persona humana. (p.170)

Aparece como paradójico el hecho que el legislador haya previsto que el concebido sea considerado como sujeto de derechos cuando estando “aun por nacer, se le otorga todos los derechos que le correspondieran si estuviera vivo: el derecho a la vida, el derecho a heredar” (Rubio, 1984), siendo en todo caso inconsistente la norma en el sentido que apertura derechos a un “simple” centro de imputaciones jurídicas. Asimismo, para algunos autores resulta contraproducente verificar un hecho contrastable, resulta que la titularidad del derecho a la vida y el ejercicio del mismo se producen en un mismo momento, careciendo de conscientia racional separarlos, en ese sentido “La titularidad es la igualdad. El ejercicio es la diferencia. La titularidad es el *sine qua non* del ejercicio. El ejercicio es el *para qué* de la titularidad” (Pérez, 2014, p.242). de donde es posible colegir que no se puede ejercer un derecho cuando la persona ni siquiera existe.

Finalizamos este apartado, recordando nuestra posición respecto al momento en que se inicia la vida humana, esto es, desde el momento de la concepción, en ese sentido, en compañía de la posición teórica de Eto (2013), reafirmamos que:

Resucitado, renovado por la fecundación, el óvulo se transforma en una célula plena de vida, plétórica de esperanza. Momento a partir del cual podrá cumplir su prodigiosa función consistente en producir un nuevo ser. Bajo estas maravillosas palabras, el escritor galo Jean Rostand, describe el misterioso fenómeno del inicio de la vida y, en virtud del cual la protección jurídica viene desde la misma concepción. El hombre como ser orgánico, pasa por todo un ciclo biológico de nacimiento, desarrollo, reproducción y, finalmente la muerte. (p.438)

A continuación, vamos a exponer y analizar el precepto legal que esboza el derecho a la vida del concebido según nuestro Código Civil peruano de 1984, para constatar la concordancia o no respecto de la redacción constitucional antes prescrita respecto del derecho bajo análisis.

1.2. Según nuestro Código Civil de 1984

En primer lugar, debemos mencionar la posición estratégica por su importancia en la que se encuentra regulado el comienzo del derecho a la vida, siendo que la encontramos en el libro I del Código Civil peruano, denominado Derecho de las Personas, el cual, en su primer artículo prescribe “*La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El*

concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo". En tal dispositivo, de aparente fácil lectura, se pueden realizar diferentes interpretaciones, las cuales, expondremos en el transcurso de este trabajo.

Consideramos necesario repasar la noción de sujeto de derecho en base a dos perspectivas, la primera referida a la calificación de ésta como centro de imputaciones jurídicas, y la segunda como persona, para esto comenzamos citando al jurista Fernández (1985) quien afirma que:

"Sujeto de derecho" es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. En la experiencia jurídica este ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano, antes de nacer o después de haberse producido este evento, ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas. El término "*sujeto de derecho*" resulta así genérico al designar cualquier modalidad que asuma la vida humana en cuanto dimensión fundamental de lo jurídico. La expresión "persona" se reserva, en cambio y de acuerdo con la tradición jurídica, para mentar dos situaciones específicas dentro de las cuatro categorías de "sujeto de derecho" que reconoce el Código Civil. (p.48)

Por tanto, la noción o concepto estudiado de sujeto de derecho tiene alcances generales, y "como tal comprendía, no solo a la persona sino al propio concebido, e incluso y de modo extensivo a las personas jurídicas colectivas (sean o no inscritas)". (Sàenz, 2015, p.56). En ese sentido, teniendo ya una noción preliminar del concepto estudiado, vamos a esbozar líneas en cuanto a la persona humana desde tal perspectiva, comenzando con su nacimiento, en ese sentido citamos al jurista Torres (2002), quien afirma:

El ser humano se divide en concebido y persona humana (dos especies de sujeto de Derecho). El sujeto de Derecho es el género, la persona humana es la especie de sujeto; las otras especies de sujeto son el concebido, las personas jurídicas y las agrupaciones de personas no inscritas. (p.40)

La persona es el ente corporal del ser humano, es decir, en cuanto se exterioriza ante el medio ambiente, y también cuando se muestra ante sus semejantes. Esto quiere decir que antes no es posible hablar de persona según nuestra legislación, pues esta tiene que nacer para ser considerada como tal, a excepción de la condición prescrita en la tercera oración del citado artículo. Como sabemos, el

nacimiento se produce con la separación del feto con el vientre de la madre para ya no depender del claustro materno.

Seguidamente, el artículo bajo análisis menciona que la vida humana comienza con la concepción, al respecto, Torres (2002) menciona que:

El ser humano es sujeto de derecho por antonomasia desde que es concebido hasta que muere, individualmente considerado (persona física) o integrando agrupaciones o colectivos (personas jurídicas). El Código Civil distingue entre *concebido* o *nasciturus* (desde la concepción –unión del espermatozoide con el ovulo – hasta el nacimiento) y persona humana (desde el nacimiento hasta la muerte) como dos sujetos distintos de derecho. La vida humana comienza con la concepción del embrión por el normal acto sexual o in vitro, pues, no es posible negar la real existencia de técnicas de reproducción humana asistida. (p.39)

En efecto, tal como hemos esbozado, el fenómeno de la concepción es muy particular, y significa la unión de los gametos heterosexuales de los padres, a fin de procrear un nuevo ser único e irrepetible. En el mismo sentido, pero añadiendo diversos conceptos, se expresa Espinoza (2008) quien menciona:

La doctrina admite una categoría jurídica genérica denominada *nasciturus* (el que habrá de nacer), la cual a su vez comprende dos especies, a saber: - *Conceptus* o concebido, - *Concepturus*, es decir, el que habrá de ser concebido. El concebido es un sujeto de derecho privilegiado, que se inicia desde la concepción y culmina antes del nacimiento. (p.55)

Seguidamente, se menciona que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, en ese sentido Tuesta (2001), afirma que:

El concebido es sujeto de derecho privilegiado –teoría de la sub-jetividad-; pues, solo será sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. El derecho protege la vida humana desde su formación hasta su muerte. Con el nacimiento recién se puede hablar de persona. (p.29)

Como apreciamos, a un ser que es concebido, no se le puede cargar o imponer obligaciones a menos que aquellas le favorezcan, pues su estatus privilegiado le permite legalmente abstraerse a tales eventos contrarios a sus intereses (Espinoza, 2010). En base a esto podríamos sostener que a aquel ser no le favorece el aborto, por ejemplo, por ser contrario a su bien jurídico tutelado denominado vida.

En concordancia con lo mencionado, tenemos la opinión de Monge (2007), quien afirma que:

El código civil peruano de 1984, marcando una clara diferencia respecto a la concepción imperante, descarta la ficción latina, reconoce al ser humano antes de su nacimiento, un verdadero estatus jurídico y define a partir de este un régimen jurídico particular. El artículo primero proclama que “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”. Lo cual evidencia que el ser humano antes de su nacimiento no es una persona ficticia, tampoco una persona, menos aún una cosa. El concebido se beneficia del estatus jurídico de sujeto de derecho. (p.78)

Así, en cuanto a la redacción del artículo bajo examen, tenemos que, la atribución de derechos patrimoniales está condicionado a que el concebido nazca vivo, y esto tiene una lógica evidente en el sentido de que solo si el concebido nace con vida podrá gozar de sus derechos patrimoniales, por tanto, la redacción de esta parte del artículo primero del Código Civil no peca de arbitrariedades.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar y compartir la alegría por la gran atribución de la noción del concebido como sujeto de derecho aportada por un jurista peruano, en ese sentido, el mismo Fernández (1985) afirma que:

El artículo primero del Código, como se advierte, contiene un novedoso aporte al otorgar al concebido la calidad de sujeto de derecho, de centro de imputación normativo. Esta importante innovación se sustenta en la realidad, desde que el concebido constituye vida humana, genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un ovulo por un espermatozoide. De este modo se supera la ficción que se alojaba en el artículo primero del Código Civil de 1936 en cuanto se reputaba nacido al concebido, no obstante que, en verdad, aún no había nacido. (p.49-50)

En fin, se ha concluido con la parte correspondiente al estudio de la persona humana como sujeto de derecho según nuestro Código Civil de 1984, quedando impresos su carácter tutelar de la vida humana en cuanto la protege desde el instante de la concepción, como tal no debe permitirse ni practicarse actos o disposiciones contrarias al mandato legal en pos de proteger al bien jurídico denominado vida.

A continuación, vamos a esbozar algunas ideas respecto al inicio de la vida humana en cuanto lo entiende el Tribunal Constitucional peruano como máximo intérprete de la Constitución, en este caso la de 1993.

1.3. El Tribunal Constitucional peruano y su interpretación acerca del inicio de la vida humana

En nuestro medio jurídico, se ha tenido la oportunidad de analizar dos resoluciones importantes respecto del inicio de la vida humana, se trata de la resolución judicial Exp. N° 02005-2009-PA/TC sobre la píldora del día siguiente y la resolución Exp. N° 30541-2014-18-1801-JR-CI-01 del Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima y sobre el mismo tema, todo esto en un marco envuelto en la polémica por la forma en como se ha tutelado el derecho a la vida humana e interpretado en “concordancia” con nuestra Constitución.

A continuación, exponemos las resoluciones antes mencionadas.

1.3.1. Resolución del Tribunal Constitucional Exp. N° 02005-2009-PA/TC

Habiendo ya, esbozado conceptos fundamentales acerca del derecho a la vida humana, de lo que significa la noción de sujeto de derecho- así como otros conceptos fundamentales, vamos a pasar a revisar la primera resolución antes mencionada, el Exp. N° 02005-2009-PA/TC, para saber cómo se interpretó en aquella resolución un concepto muy importante como lo es el del derecho a la vida y su tutela.

Los hechos se suscitan por cuanto la demandante ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”, considera que el Ministerio de Salud debe abstenerse de iniciar la distribución de la “píldora del día siguiente” y abstenerse de distribuir proyectos que promuevan el uso del citado Anticonceptivo Oral de Emergencia – por considerar que con ello se vulnera el derecho a la vida del concebido.

En primera instancia, el Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declara Fundada la demanda, no estimando los argumentos expuestos por la Procuradora Pública, quien expuso que:

El método referido actúa: i) inhibiendo o retrasando la ovulación; ii) Dificultando la migración espermática debido al espesamiento del moco cervical; y iii) Afectando levemente el endometrio. No obstante, lo cual, en ningún momento quedo acreditado que tal efecto sobre el endometrio sea suficiente para impedir la implantación, lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y por tanto no es abortivo. [STC N.º 02005-2009-PA/TC, Antecedentes].

En segunda instancia, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revoca la apelada, pero la declara fundada en parte solo en el extremo que se ha vulnerado el derecho a la información. Todo esto tras las intervenciones de los *amicus curiae*, entre ellos – manifestándose a favor de la repartición del Anticonceptivo antes referido se encontraban: La Defensoría del Pueblo, La Academia Peruana de la Salud, La Organización Panamericana de la Salud, el Colegio Médico del Perú, y los estudios del Instituto de los Derechos de la Mujer, el Instituto Peruano de Paternidad Responsable y el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos; y manifestándose en contra: la Alianza Latinoamericana para la Familia, la Population Research Institute, La Coordinadora Nacional Unidos por la Vida y la Familia y la Asociación Nacional de Médicos Católicos del Perú.

Luego, la controversia llegó al Tribunal Constitucional, quien después de revisar la forma, comenzó la redacción de su resolución explicando acerca del derecho a recibir información, la autodeterminación reproductiva, el derecho a la vida, las teorías del derecho a la vida, el concebido como sujeto de protección jurídica, etc.

En ese recorrido de desarrollo incluso doctrinario y jurisprudencial, el Tribunal Constitucional, toma una postura con relación al comienzo de la vida humana, al respecto menciona:

Este colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. [STC N.º 02005-2009-PA/TC, fundamento 38].

Sin embargo, el citado Tribunal, si bien es cierto toma una posición, nos menciona que el tema no está del todo claro – y que por tanto su decisión no es determinante a futuro, debido a que, de las pruebas científicas mostradas en el proceso respecto de los efectos del Levonorgestrel, que es el químico usado para la fabricación de la “píldora del día siguiente”, no se ha hallado que se muestre con certeza que tal Anticonceptivo produzca efectos contrarios a la vida humana del concebido, pues

no se sabía con exactitud la totalidad y la clase de efectos que producía el citado químico contra los espermatozoides. Por estos motivos, el Tribunal expone:

Dada esta realidad, y sin desconocer la importancia de las opiniones presentadas durante el proceso, este tribunal considera que hay suficientes elementos que conducen a una duda razonable respecto a la forma en la que actúa el AOE sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio, lo que afectaría fatalmente al concebido en la continuación de su proceso vital [STC N.º 02005-2009-PA/TC, fundamento 51].

Finalmente, en cuanto a la resolución aludida, el Tribunal, para dejar clara su posición, nos expresa un último fundamento, no sin considerar que existe una duda razonable respecto a su posición, pero que, con la finalidad de salvaguardar el derecho a la vida del concebido, no se podría tomar una mejor decisión por cuanto el principio *pro debilis* los habilita aun con mayor fuerza para tomar una decisión.

En ese sentido, expresa:

Por lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta, por un lado, que la concepción se produce durante el proceso de fecundación, cuando un nuevo ser se crea a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos materno y paterno, proceso que se desarrolla antes de la implantación; y, por otro, que existen dudas razonables respecto a la forma y entidad en que la denominada “Píldora del Día Siguiente” afecta el endometrio y por ende el proceso de implantación, se debe declarar que el derecho a la vida del concebido se ve afectado por acción del citado producto [STC N.º 02005-2009-PA/TC, fundamento 53].

Por los fundamentos antes expuestos, el Tribunal Constitucional resuelve declarar Fundada la demanda interpuesta por la citada ONG, en efecto, decide prohibir que el Ministerio de Salud realice prácticas que coadyuven a la distribución de la píldora del día siguiente.

Ahora, es preciso revisar algunas opiniones que ha merecido la citada resolución del máximo intérprete de la Constitución.

Al respecto, en concordancia con los convenios internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 4 inciso 1 donde menciona que el inicio de la vida humana se inicia con la concepción, se encuentran opiniones que saludan la resolución *sub examine* del citado Tribunal, y se manifiestan a favor, entre otras cuestiones en que la vida humana comienza con la unión de los gametos de los padres, esto es, incluso antes de la producción de la

singamia, por lo que nuestro ordenamiento le debería protección desde aquellos instantes, esto quiere decir, que de acuerdo con el carácter de continuidad del concebido, esta nueva célula se desarrollará con normalidad de no ser interrumpida por evento alguno, pues desde ese momento se ha producido la existencia de un nuevo ser humano único e irrepetible, perteneciente a nuestra especie, y como tal, merecedor de la debida protección del Estado. En ese sentido se manifiestan (Sánchez, 2011, Díaz, 2010; Rubio, 1995 y Ugarte, 2008).

Asimismo, algunos autores nos recuerdan que de no haberse presentado pruebas que condujeran al Tribunal Constitucional a dudar razonablemente sobre la inocuidad del Anticonceptivo Oral de Emergencia, no se habría producido tal duda, y se hubiese tutelado de forma eficaz el derecho a la vida del concebido, en ese sentido, Díaz (2010), menciona que:

Frente a esta “duda razonable”, sobre el posible efecto abortivo del AOE, el TC recurre al principio de interpretación de derechos humanos denominado *precautorio*, según el cual cabe prohibir una actividad, proceso o producto fabricado por el hombre que, por la falta de certeza científica sobre sus efectos, no encuentra garantizada su inocuidad para los derechos humanos, principalmente la vida, la salud o el medio ambiente (p.94).

Cabe hacer mención, de parte de la crítica de algunos autores en referencia a la resolución citada, que la “píldora del día siguiente”, ha sido considerada por la opinión de algunos autores como una técnica abortiva del tipo *interceptiva*, pues cuando se despliegan sus efectos, impide que el embrión llegue a implantarse en el útero, denotando claramente un carácter abortivo de la misma al interrumpir el ciclo natural del proceso de embarazo (Agulles, 2007), y por tanto, no debiera autorizarse su comercialización. Sin embargo, esto solo puede afirmarse si se tiene la convicción de que la vida humana comienza con la unión de los gametos heterosexuales, *contrario sensu*, no habría ninguna violación al derecho a la vida del concebido.

Otros, critican que el Levonorgestrel (LNG), causa reacciones adversas en el organismo de la mujer, recordemos que eso no ha sido puesto de manifiesto en la resolución citada del Tribunal Constitucional, según estos autores, dichos efectos no serían leves en el sentido que producen daños que a largo plazo pueden

ocasionar en la consumidora incluso el no poder llegar a concebir, en ese sentido Fernández y Giménez (2011) manifiestan:

Diferentes estudios han informado de la aparición de reacciones no deseadas con el consumo de LNG. Estas son de índole pasajero, sin embargo, su presencia aumenta en aquellos casos en los que se consume el fármaco con relativa frecuencia dentro del ciclo menstrual. Se destaca la aparición de náuseas, vómitos, mareos, sangrado genital, dolor mamario, disminución de fuerzas, dolor abdominal hipogástrico, que se explican por el aumento brusco de estrógenos en sangre luego de la administración del LNG (p.53).

Tal como hemos hecho referencia, algunos basan sus postulados a favor de la citada resolución y otros en sentido contrario, especialmente las organizaciones que participaron como *amicus curiae* antes mencionadas.

Como hemos tenido oportunidad de revisar, el Tribunal Constitucional prohibió que el Ministerio de Salud realice prácticas que coadyuven a la distribución de la píldora del día siguiente – en el ámbito público, sin embargo, no hizo la misma mención para el sector privado como las farmacias, con lo cual, algunas personas de bajos recursos se han quejado de una práctica discriminatoria contra su derecho al acceso del citado Anticonceptivo.

En ese escenario, en el año 2014, se interpuso una Acción de Amparo respecto al mismo tema antes tratado, esto es, si se debe o no comercializar la “píldora del día siguiente”, en ese sentido, es propicio analizar la resolución del juzgado que atendió la causa.

1.3.2. Resolución del Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima Exp. N° 30541-2014-18-1801-JR-CI-01

Se trata de un proceso de Amparo, mediante la cual, la demandante Gómez Hinostroza Violeta Cristina solicita que el Juzgado ordene la distribución gratuita del Anticonceptivo Oral de Emergencia que contiene Lenovorgestrel.

La demandante sostiene que la STC N.º 02005-2009-PA/TC viola el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo en cuanto a las mujeres, en particular llama la atención uno de sus fundamentos alegados, que el mismo Tribunal usa para fundamentar su decisión, en el que expone:

Que al año siguiente de emitida la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 02005-2009-PA/TC la Organización Mundial de la Salud público de forma actualizada la “Hoja Informativa sobre la Seguridad de las Píldoras Anticonceptivas de Emergencia de Levonorgestrel, en ella aseguró explícitamente que el AOE no posee efectos abortivos. Los avances continuos han confirmado la afirmación señalada, toda vez que la Nota Descriptiva No. 244 de la Organización Mundial de la Salud, actualizada a febrero de 2016, se señala explícitamente lo siguiente. Las píldoras anticonceptivas de emergencia de levonorgestrel no son eficaces una vez que ha comenzado el proceso de implantación y no pueden provocar un aborto...” [Exp. N.º 30541-2014-18-1801-JR-CI-01, fundamento octavo].

El Tribunal, además de los fundamentos mencionados, usa los que se prescriben a continuación para declarar Fundada la medida cautelar innovativa solicitada, al efecto recuerda y menciona el fundamento 52 del Expediente N.º 02005-2009-PA/TC:

No obstante, ello, la decisión de ninguna manera podría pretender ser inmutable, pues como reiteradamente se ha señalado, ésta ha debido ser tomada aun cuando hay importantes razones del lado de la demandada, importantes, pero no suficientes, para vencer la duda razonable aludida, por lo menos hoy en día. Más aun atendiendo justamente a esa situación, debe quedar claro que, si en el futuro se llegase a producir niveles de consenso tales respecto de la inocuidad del levonorgestrel para el concebido, evidentemente tendría que cambiarse de posición... [Exp. N.º 30541-2014-18-1801-JR-CI-01, fundamento décimo].

Con lo antes mencionado, el Tribunal puso en evidencia que en el momento de emitir su fallo – no se contaba con la absoluta certeza acerca de los efectos que podría producir el citado Anticonceptivo y si, por lo tanto, podría o no vulnerar los derechos del concebido.

El juez de la causa, también fundamenta su fallo en un conocido caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se trata del caso denominado Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, al efecto, usando un fundamento de la citada resolución, el juez menciona:

El termino concepción no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede (...) teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana [Exp. N.º 30541-2014-18-1801-JR-CI-01, fundamento décimo].

Como se puede apreciar, el Tribunal toma en consideración lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y opta por una postura contraria a la expuesta por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 02005-2009-PA/TC, en ese sentido, menciona que hace uso de dicha jurisprudencia de acuerdo con el artículo 55° de la Carta Magna, según la cual, los tratados firmados por el Perú forman parte del Derecho nacional en concordancia con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra actual Constitución y en aplicación del control de convencionalidad. En ese sentido, el Tribunal resuelve:

Declarar fundada la medida cautelar innovativa solicitada por Violeta Cristina Gómez Hinostroza; en consecuencia, Ordeno que la demandada Ministerio de Salud, en el plazo de 30 días distribuya de manera provisional en forma gratuita, en todos los Centros de Salud a nivel nacional, el “Anticonceptivo Oral de Emergencia Levonorgestrel”. [Exp. N° 30541-2014-18-1801-JR-CI-01, parte resolutive].

A continuación, una vez puesto a disposición del presente trabajo el caso *sub examine*, debemos recoger las opiniones que ha merecido la citada resolución, en ese sentido, hay quienes consideran que el fallo respecto del Juez de la causa es justo y se encuentra fundamentado de forma suficiente y de acuerdo a ley, que el levonorgestrel no es abortivo – para lo cual se basan en estudios de la Universidad de Princeton, y que dicho fármaco no causa efectos mortales o dañinos. Asimismo, que concuerdan respecto al uso del control de Convencionalidad, que se haya tomado como referencia el caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos denominado Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, y recomiendan que se adecue la legislación nacional respecto a los lineamientos de interpretación llevados por la citada Corte respecto de la defensa de la vida humana del concebido. En ese sentido se manifiestan (Rojas, 2018; Mendoza, 2017).

Finalmente, es necesario tomar una postura de acuerdo a las resoluciones antes mencionadas, esto con la finalidad de seguir una dirección en cuanto al progreso de la investigación en curso.

En cuanto al caso del expediente N° 02005-2009-PA/TC, una vez expuesta la citada resolución, debemos mencionar, que el Tribunal Constitucional, en efecto ha llevado a cabo una labor muy importante en cuanto se refiere a tutela de derechos

del concebido, en ese sentido es loable lo esgrimido por el máximo intérprete de la constitución y saludamos su resolución.

Tal como expresa el Tribunal, el concebido es sujeto de derecho, por tanto, tiene derecho a la vida, el cual comienza en el momento de la unión de los gametos de los padres. La palabra concebido aparece no solo en nuestro Código Civil sino en nuestra Constitución, por lo que su condición ha sido elevada a rango constitucional – deseando, según se puede colegir y de parte del legislador, que no se vulneren sus derechos. Si bien, para resolver el caso, no se tenía la certeza sobre si es o no abortivo el Levonorgestrel, concordamos en que el Tribunal haya aplicado el principio *pro debilis* para favorecer al concebido, pues es a él quien afectaba la duda razonable acerca de si se vulneraba o no – con el Anticonceptivo – su derecho a la vida.

En el caso del expediente N° 30541-2014-18-1801-JR-CI-01, y en sentido contrario a nuestra opinión anterior, es totalmente lamentable que el Juzgado haya prescrito argumentos forzados para poder resolver el caso en contra de la protección extensa de la vida del concebido, en ese sentido, rechazamos por insuficiencia de argumentos racionales y por violar el derecho a la vida del concebido una resolución esgrimida en medio de falacias.

Los citados organismos internacionales en la resolución *sub examine*, a pesar de que en la fecha de emitir su fallo ya existían técnicas científicas que permitían saber con certeza si es o no abortivo el Lenovorgestrel, se decantaron por admitir que la concepción comienza con la implantación del cigoto en el útero, cuando se sabe que este concepto hace referencia al momento en que se unen los gametos heterosexuales de los padres, momento en el cual se forma una nueva vida.

Acto seguido, debemos continuar nuestro trabajo, pero ahora recogiendo el análisis del derecho comparado, para ese fin, se han tomado los ordenamientos jurídicos de algunos países con los que podamos trabajar para comparar respecto a nuestro ordenamiento el tema referido al comienzo del inicio de la vida humana.

2. El inicio de la vida humana en la legislación comparada

Ahora, corresponde realizar el debido análisis comparado respecto de las teorías que acogen los distintos ordenamientos respecto al inicio de la vida humana. Esto nos permitirá contrastar la redacción de las disposiciones extranjeras respecto de nuestro ordenamiento jurídico.

2.1. En Argentina

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina vigente, aprobado por ley 26.994. promulgado según decreto 1795/2015, que entró en vigencia en agosto del año 2015, en los artículos 51º, 52º, 63º, 64º y 70º señala:

Artículo 19º. Comienzo de la existencia

La existencia de la persona humana comienza con la concepción.

Artículo 21º. Nacimiento con vida

Los derechos y las obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida.

Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió.

El nacimiento con vida se presume. (IBERRED, 2021)

Una vez citados los artículos pertinentes de la legislación materia de análisis, nos disponemos a suscribir la opinión de algunos autores.

Al respecto, debemos mencionar que se acoge la teoría de la personalidad, pues la calidad de persona se adquiere desde la concepción.

Por tanto, debemos tener en cuenta que, para este Código, hay existencia de las personas desde la concepción, lo cual otorga una verdadera tutela, puesto que se eleva al rango de persona al concebido, con lo cual, no quedaría duda respecto al tratamiento de este como sujeto de derecho para todo cuanto le favorezca.

Sin embargo, a pesar de lo mencionado en el párrafo antecedente, debemos decir que con fecha 30 de diciembre de 2020, después que la cámara de diputados de Argentina aprobara la legalización del aborto, se pronunció la cámara de senadores a través de sus respectivos votos, teniendo como consecuencia la Aprobación del aborto legal en Argentina hasta la semana 14 de gestación, un hecho totalmente lamentable para los defensores de la vida humana desde el momento de la

concepción. Este hecho ha sido considerado inconstitucional por los ciudadanos que tutelan el derecho a la vida.

Según nuestro punto de vista, esto no sucede por el hecho que las leyes en dicho país no tutelen la vida humana sino que existen grupos de poder camuflados en el mismo y salvaguardan sus intereses personales o de empresa antes que lo general o societario, nos referimos por ejemplo a los grupos feministas radicales que habitan en las curules del congreso del citado país, los cuales al ser mayoría legislan a favor de su ideología, tan cierto y palpable es esta mención, que en dicho país se ha aprobado también, por ejemplo, el matrimonio igualitario y la ley de identidad de género.

Entonces, como se aprecia, para la debida tutela del derecho a la vida, no basta con que se encuentre regulado taxativamente, sino que se necesita de un intervencionismo social fuerte que no ceda ante las falacias de las protestantes feministas radicales que tanto daño hacen al país. Por supuesto que una regulación en la que se da el tratamiento de persona al concebido es loable y significa el avance ético, moral por el respeto y no discriminación ante toda forma de vida humana, no podemos decir que, por el hecho que una ley está regulada y no funciona – ésta no sirve, lo que debemos hacer es pasar a la acción para hacerla respetar ante cualquier grupo radical que quiera imponer su maquiavélica ideología. En ese sentido, es muy importante el deber de intervención de la sociedad ante eventos tan trascendentales como el ocurrido en Argentina, no olvidemos que las leyes positivas reflejan el pensamiento, costumbres y formas antropológicas de la vivencia de una sociedad en un determinado momento histórico, y si en el citado país se ha regulado aquello lamentable que hemos citado es indudablemente porque la mayor parte de su población no ha protestado en contra de lo promulgado a favor del aborto y además, en este determinado momento histórico, no están dispuestos a defender el derecho a la vida humana tal como deberían hacerlo si creyeran indefectiblemente en él, porque como se ha hecho mención taxativa, el citado país considera persona al concebido humano.

2.2. En México

El Código Civil del Estado de México vigente, de junio del año 2002, promulgado por decreto número 70, en su artículo 2. 1º señala:

Artículo 2. 1º.

Persona física es el ser humano desde que nace y es viable, hasta que muere; a quien se le atribuye capacidad de goce y de ejercicio; y que desde que es concebido se le tiene por persona para los efectos declarados por la ley.

Es viable el ser humano que ha vivido veinticuatro horas posteriores a su nacimiento o es presentado vivo ante el oficial del Registro Civil. (IBERRED, 2021)

En el caso del Código Civil mexicano, debemos mencionar que acoge la teoría de la ficción. Respecto a la definición de persona, podemos apreciar que se refiere a ella como persona física.

Respecto a la definición de concebido, tenemos en cuenta que la concepción se produce con la unión de los gametos heterosexuales, entonces se debe tener por entendida de esta forma la interpretación del texto legal.

Con respecto a la consideración de sujeto de derechos, se tiene que considera a la persona y al concebido, pero este último solo para los efectos declarados por el código *sub examine*. (Hung, 2009)

2.3. En Paraguay

El Código Civil paraguayo, promulgado el 18 de diciembre de 1985 mediante ley N° 1183 y vigente, en su artículo 28º señala:

Artículo 28º.

La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado.

La irrevocabilidad de la adquisición está subordinada a la condición de que nazca con vida, aunque fuere por instantes después de estar separado del seno materno. (IBERRED, 2021)

En el caso del Código Civil de Paraguay, respecto al comienzo de la vida podemos decir que se acoge la teoría de la concepción, aunque su configuración sea

eminentemente patrimonialista. Respecto de la definición de persona, no la menciona, solo hace referencia a la persona física.

En cuanto a quien es considerado sujeto de derechos, tampoco hace mención, sin embargo, de su dispositivo legal es posible colegir que lo son las personas físicas, y el concebido – solo para adquirir bienes por donación, herencia o legado.

No otorga protección jurídica para el concebido, pues solo le otorga capacidad de derechos para adquirir bienes.

Tampoco menciona desde cuando comienza la existencia de la persona.

2.4. En Puerto Rico

El Código Civil de Puerto Rico de 1930 y vigente, en su artículo 24^o se limita a mencionar:

Artículo 24^o.

El nacimiento determina la personalidad y capacidad jurídica. Es nacido el ser humano que viva completamente desprendido del seno materno.

En el caso del Código Civil de Puerto Rico, no define la noción de persona; podemos decir que acoge la teoría del nacimiento – ya que esta señala que para ser considerado persona hay que nacer con vida y estar desprendido del seno materno – tal como señala el dispositivo legal *sub examine*.

El referido Código Civil, no define ni incluye en su dispositivo legal al concebido. Considera que es sujeto de derecho, según se puede colegir de su dispositivo, el ser humano a partir de su nacimiento. No otorga protección para el concebido.

2.5. En Uruguay

El Código Civil uruguayo, de octubre de 1994, promulgado por ley 16.603, en su artículo 21^o se limita a mencionar:

Artículo 21^o.

Son personas todos los individuos de la especie humana.

Se consideran personas jurídicas y por consiguiente capaces de derechos y obligaciones civiles, el Estado, el Fisco, el Municipio, la Iglesia y las

corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la autoridad pública. (IBERRED, 2021)

En el caso del Código Civil de Uruguay, respecto de la definición de persona, menciona que son todos los individuos de la especie humana, lo cual tiene un sentido bastante amplio. En cuanto a la definición de concebido, podemos apreciar que no se ha ocupado de esa cuestión. Respecto a quien es considerado sujeto de derechos, no hace mención, pero se puede colegir que aquel ente es la persona y, tal como prescribe el mismo artículo en su segundo párrafo, las personas jurídicas a las que hace mención. (Montero, 2015)

No se señala desde cuando comienza la existencia de la persona, o en todo caso del concebido.

2.6. En Chile

El Código Civil chileno, modificado por medio del Decreto con Fuerza de Ley 1, de fecha 25 de mayo de 2020 y promulgado el 16 de mayo del mismo año, en el artículo 55º, 75º y 77º señalan:

Artículo 55.

Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídanse en chilenos y extranjeros.

Artículo 74º.

La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separado de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputara no haber nacido jamás.

Artículo 75º.

La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.

Artículo 77º.

Los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se

efectuó. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2.-, pasaran estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido. (IBERRED, 2021)

En el caso del Código Civil chileno, respecto al comienzo de la persona, se acoge a la teoría del nacimiento, respecto de la definición de persona, menciona que estas son cualquier individuo de la especie humana. En cuanto al inicio de la vida humana, podemos mencionar que acoge la teoría del nacimiento.

En cuanto a la cuestión del que está por nacer, se limita a mencionar que la ley lo protege.

En cuanto a quien es considerado sujeto de derechos, no hace expresa mención, sin embargo, es posible colegir que es la persona humana a partir del nacimiento – tal como se desprende de su dispositivo legal. Asimismo, por nacimiento entiende la completa separación del nuevo ser humano respecto de su madre (Correa, 1990). Respecto a la protección para el “concebido”, menciona que lo protege el juez siempre que crea que la existencia del no nacido peligra de algún modo.

2.7. En Brasil

El Código Civil brasileño vigente, promulgado mediante ley N° 10. 406 del 10 de enero de 2002, que ha entrado en vigor en el año 2002, en su artículo dos señala:

Artículo 2.

La personalidad civil de la persona comienza desde el nacimiento con vida, pero la ley los pone a salvo desde la concepción, los derechos del nasciturus.

En el caso del Código Civil brasileño, mencionamos que, respecto a las teorías del inicio de la vida humana, esta las hace extensivas incluyendo la defensa del concebido. Respecto de la definición de persona, no se ha ocupado de aquello.

En cuanto a la consideración de sujeto de derechos, se puede colegir de su dispositivo que lo es toda persona incluyendo al concebido. Y respecto al comienzo de la personalidad, se produce con el nacimiento (Villafuerte, 2012).

Antes de finalizar el presente apartado, vamos a llevar a cabo la respectiva comparación respecto de las teorías de inicio de la vida recogidos por los citados ordenamientos jurídicos y la legislación peruana al respecto. En ese sentido, manifestamos, que en cuanto al Código Civil argentino – en contraste y a diferencia con el nuestro, tiene un carácter más tuitivo respecto al concebido, pues lo considera persona desde el momento de la concepción. En cuanto a la legislación civil mexicana, en contraste con la nuestra, se puede apreciar que aquella pone al concebido bajo el alcance de la protección legal, sin considerarlo como persona excepto para los efectos declarados por ley. Respecto al Código Civil paraguayo, y en comparación con el nuestro, si bien recoge la teoría de la concepción, lo hace para efectos patrimonialistas del concebido, limitándose a ello y no a tutelarlos de forma eficaz. De forma sorprendente en contraste con nuestra legislación, y sin acoger sino la teoría del nacimiento, hace su aparición el Código Civil de Puerto Rico, pues se limita a mencionar desde cuando se produce el nacimiento, sin considerar siquiera la existencia legal del concebido, sino que es ser humano nacido con vida el que pueda vivir desprendido del seno materno. En referencia a la legislación Civil uruguaya, y en contraste con la nuestra, mencionamos que no se ha ocupado acerca de la protección del concebido, pues su sentido legislativo nos permite identificar a la noción de persona *lato sensu*, mientras nosotros hacemos referencia al concebido como sujeto de derechos. En cuanto al Código Civil chileno, mencionamos en contraste con el nuestro que, no menciona sino referencia acerca del “concebido” tratándolo como criatura, y que la ley protege al que está por nacer, que el nacimiento constituye un principio de existencia – como vemos, se aleja mucho del carácter tuitivo de nuestra legislación. Finalmente, tenemos al Código Civil brasileño que, en un referido aspecto concordante con el nuestro, dispone que se tutelan los derechos del concebido desde la concepción, seguidamente la personalidad civil comienza con el nacimiento.

Acto seguido, vamos a llevar a cabo el análisis de un caso en el que el Perú fue parte, y donde la actora denunció agravios en contra del Estado, todo esto será con el fin de dar un vistazo acerca de cómo se encuentra la protección del derecho a la vida humana del concebido desde el ámbito internacional.

3. Análisis y toma de postura respecto de las teorías del inicio de la vida en los ordenamientos citados y del caso K.L vs Perú del Comité de Derechos Humanos

Seguidamente, vamos a realizar un análisis respecto de un caso interesante para la presente investigación, nos referimos al caso K.L vs Perú del Comité de Derechos Humanos, para ello expondremos los hechos materia de la denuncia y la deliberación del citado Comité.

3.1. Análisis del caso K.L vs Perú del Comité de Derechos Humanos

Como se ha hecho mención, vamos a relatar un conocido caso peruano que ha tenido lugar con fecha 17 de octubre a 3 de noviembre de 2005, cuyos actores acudieron al Comité de Derechos Humanos para reclamar la debida tutela jurídica que según ellos requerían.

✓ El caso K.L vs Perú del Comité de Derechos Humanos

- Hechos

La menor de edad K.L, quedo embarazada en el año 2001, tenía 17 años de edad. Cuando se realizó una ecografía en el Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima, detectaron que el feto era anencefálico. Luego de lo cual, se le puso de conocimiento a la menor gestante y se le indicaron los riesgos. El Doctor Pérez le recomendó interrumpir la gestación. Sin embargo, no se la quisieron practicar debido a que el Director del Hospital mencionado respondió por escrito que no era posible por contravenir normas legales de acuerdo a los artículos 119º y 120º del Código Penal. Comité de Derechos Humanos (CCPR, 2005).

Con una demora de tres semanas respecto del pacto normal, la actora dio a luz una niña anencefálica que vivió cuatro días, luego de lo cual, la actora se sumió en una profunda depresión según diagnóstico médico de la doctora Rendón. Además, padeció una inflamación vulvar. CCPR (2005)

- La denuncia

La autora alega una violación del artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – ya que el Estado parte incumplió su obligación de garantizar el

ejercicio de un derecho. Violación del artículo 3º del Pacto – al haber sido objeto de discriminación. Violación del artículo 6º del Pacto – por habersele causado graves secuelas en su salud mental. Violación del artículo 7º del Pacto – por haberse obligado a llevar un embarazo que constituía un trato cruel e inhumano. Violación del artículo 17º del Pacto – por no haberse permitido ejercer de manera autónoma su derecho sobre su vida reproductiva. Violación del artículo 24º del Pacto – ya que no fue atendida con el debido ejercicio de la profesión médica en su condición de niña adolescente. Violación del artículo 26º del Pacto – por habersele desprotegido legalmente al haber, las autoridades peruanas, realizado una interpretación restrictiva del artículo 119 del Código Penal. CCPR (2005)

- **La deliberación del Comité de Derechos Humanos**

Los integrantes del Comité de Derechos Humanos, emitieron un Dictamen mediante la Comunicación No. 1153/2003. La fecha de la comunicación fue el 13 de noviembre de 2002, en la cual resolvió:

- Que de conformidad con el párrafo 4, el artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto, los hechos examinados ante sí, ponen de manifiesto que se ha violado los artículos 2, 7, 17 y 24 del Pacto. CCPR (2005)
- Que, el Estado peruano tiene la obligación de proporcionar una indemnización a la autora de conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. Además, tiene la obligación de tomar las medidas necesarias para que no sucedan los mismos hechos en el futuro. CCPR (2005)

Una vez relatados los hechos, la denuncia y la deliberación del Comité, es necesario verificar algunas opiniones suscitadas en el medio jurídico respecto al citado caso, con el fin de conocer las diversas opiniones.

Al respecto, la opinión generalizada, contrario a lo que pudiera esperarse, se manifiesta en contra del derecho a la vida del concebido, para lo cual, manifiestan que los derechos humanos están para proteger también a las mujeres, que el Estado debe dotar de medidas eficaces para permitir el aborto terapéutico, que no es posible permitir el padecimiento de una mujer cuando existen medios quirúrgicos eficaces para interrumpir el embarazo. Asimismo, menciona que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres deben ponerse en práctica y, contrario a lo que ha venido sucediendo, establecer una buena prestación de servicios para el

acceso seguro al tipo de aborto antes mencionado. Nos recuerdan que el Perú es parte de instrumentos internacionales tales como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW, en la cual se establece que el Estado tiene la obligación de tutelar los derechos de las mujeres y tomar las medidas necesarias para eliminar la discriminación en su contra; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en concordancia con el citado caso K.L vs Perú, el Comité ha mencionado que se ha violado el Pacto y expresa su preocupación por la penalización del aborto en caso, por ejemplo, de violación sexual y le recomienda al Estado revisar su normativa y adecuarla a criterios que se adscriban al respeto de los derechos igualdad y no discriminación de las mujeres. En ese sentido se manifiestan (Centro de los derechos reproductivos 2010, Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer, 2009).

En el sentido antes expuesto, se hace hincapié a que, según nuestra normativa de Derecho Penal, sí es legal realizar un aborto terapéutico, en ese sentido, el artículo 119º del citado cuerpo legal, prescribe que *“no es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de 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”*, de este dispositivo se ha tomado la iniciativa – tanto de las mujeres que reclaman el derecho al aborto tanto como de los organismos internacionales que han recomendado al Estado establecer un protocolo para la implementación del aborto terapéutico, entre los cuales se encuentran El Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales De Naciones Unidas y El Comité Contra La Tortura. En ese sentido se manifiestan (Abad, 2008; CRR, 2013; Centro de la Mujer peruana Flora Tristán, 2009). En el 2012, el Perú acepta una recomendación realizada por Finlandia y Noruega en la que el Estado se compromete a realizar un protocolo en el que garantiza el acceso al aborto terapéutico incluso de las menores de edad.

En el año 2014, como consecuencia del caso K.L vs Perú – en la que el Comité de Derechos Humanos prescribe que el Estado Parte tiene la obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro, nuestro Estado aprueba la “Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción voluntaria

por indicación terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal” – la mencionada Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA en su artículo 6° inciso 1, prescribe una lista de 11 causales en las cuales cabe evaluar la interrupción del embarazo y, en su caso, practicarse un aborto terapéutico legal.

Sin embargo, dicha medida tiene ya tiene algún opositor, en ese sentido, Delgado (2017) después de llevar a cabo un análisis de compatibilidad Constitucional, se decanta por proponer una Acción Popular como medio idóneo para derogar la Guía Técnica antes mencionada, pues llega a la conclusión que lesiona derechos fundamentales debido a que contraviene el artículo 2.1 de la Constitución – afectando el derecho a la vida del concebido; que nuestro Código Penal permite el aborto en determinados casos, con lo cual, se dispone en contra del dispositivo supra legal mencionado, y porque la Resolución Ministerial antes citada materia de la Guía Técnica aprueba un procedimiento destinado al sacrificio de la vida del concebido.

Seguidamente, una vez esbozado el caso K.L vs Perú, lo que corresponde, en el orden de ideas es, emitir una postura respecto a las teorías del inicio de la vida en los ordenamientos citados y del citado caso K.L vs Perú.

3.2. Toma de postura respecto a las teorías del inicio de la vida en los ordenamientos citados y del caso K.L vs Perú del Comité de Derechos Humanos

A continuación, vamos a realizar una toma de postura respecto a las teorías referidas al comienzo de la vida humana en los ordenamientos jurídicos citados, asimismo asumiremos una postura respecto al caso K.L vs Perú del Comité de Derechos Humanos.

3.2.1. Toma de postura respecto a las teorías del inicio de la vida en los ordenamientos citados

Al respecto, cabe indicar que se hace extenso pronunciarse respecto a cada ordenamiento jurídico citado, por tal motivo, debemos mencionar, que se acoge la tesis que considera que es persona el concebido, tal como lo prescribe el dispositivo

legal argentino antes sugerido, esto debido a que otorga una suficiente protección a este ser indefenso que, como se ha visto, en determinados Códigos civiles ni siquiera se los menciona como concebidos.

En ese sentido, nos pronunciamos en contra de cualquier teoría que acoja una percepción diferente a la mencionada, por no ser eficaz al momento de proteger bienes jurídicos tan importantes como la vida humana – *conditio sine qua non* para el ejercicio de los demás derechos.

A continuación, es necesario tomar una postura respecto de la resolución del caso antes descrito denominado K.L vs. Perú.

3.2.2. Toma de postura respecto del caso K.L vs Perú del Comité de Derechos Humanos

Al respecto, debemos mencionar que nos mostramos disconformes con el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos, porque si bien es cierto, se han violado las disposiciones del Pacto, en cuanto a nuestro ordenamiento jurídico y nuestra costumbre conservadora – es inaudito que se apele a favor del aborto de un ser humano por nacer, pues ello desnaturaliza nuestros ideales de defensa de la persona humana y respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado – tal como lo establece nuestra vigente Constitución. En ese sentido, debemos mencionar, que si nuestra legislación civil protege al ser humano desde la concepción, entonces, no debe darse crédito a diversas interpretaciones que otorgan menos protección a este ser tan especial para el derecho – que otras legislaciones o Pactos.

CAPÍTULO III

SOBRE EL DERECHO A LA SALUD DEL FETO ANENCEFÁLICO Y EL DERECHO A LA DISPOSICIÓN DEL CUERPO DE LA MADRE

En este capítulo realizaremos un análisis, en primer lugar, del concepto de anencefalia, recorriendo su etimología, el modo en el que ésta se produce, entre otras cuestiones de relevancia para nuestro trabajo.

Luego, vamos a tratar acerca del análisis de dos derechos fundamentales, tal como el de la salud, con especial referencia al feto anencefálico y el de disposición del cuerpo humano – con especial referencia a la disposición del cuerpo de la madre que gesta un feto anencefálico. En ese sentido, buscaremos dar los alcances necesarios para que, con posterioridad, pueda dilucidarse si alguno de los derechos aquí invocados se encuentra en grado superior respecto del otro y así pueda justificarse o no el sacrificio de uno de ellos en concordancia con el feto y la madre que sufren problemas de salud, entre otros, a causa de la anencefalia.

1. La anencefalia: aspectos básicos

En el presente apartado, vamos a realizar consideraciones acerca de dos aspectos básicos que nos van a permitir entender, en primer lugar, el concepto de anencefalia y finalmente, el modo o forma en que esta se produce, esto nos servirá para poder comprender con mayor facilidad los diversos aspectos que incluye la citada anomalía en referencia al ámbito legal.

1.1. Concepto

Quizá muchos tengan alguna idea respecto a qué se refiere la mención de la palabra anencefalia, y otros podrían tener alguna noción conceptual de ella, incluso podrían vincularlo con alguna enfermedad, sea de una u otra forma, parece que podemos inferir que versa sobre alguna disfunción o anomalía en el cuerpo humano, en ese sentido, se hace necesario esbozar una definición.

La anencefalia es una malformación congénita que se refiere a la incompleta formación del cerebro y la medula espinal del feto, producida por la falta de algunos cierres en los procesos biológicos necesarios para la formación de los órganos antes mencionados, dicha anomalía se puede presentar clínicamente entre los 24 y 26 días aproximadamente, con referencia a partir del momento de la concepción, y se asocia a defectos en el cierre del Tubo Neural (Chirinos y Pennot, 2014; Bee, 2012). Incluso (Promsex, 2006) se adhiere a esta definición.

Etimológicamente, podemos también deducir de la propia formación de la palabra “anencefalia” que sus componentes morfológicos provienen del griego “a” que significa negación (sin), y “*enkephalos*” (cerebro), por lo que la palabra *sub examine* vendría a significar: sin cabeza, falta de cerebro o cabeza incompleta (Figuerola, 2009).

Cabe mencionar, por la importancia para la comprensión del tema, una definición de la palabra anomalía con mención a las ocurridas de forma congénita – pues a esta clasificación pertenece la anencefalia, definición realizada por la Organización Mundial de la Salud, en ese sentido menciona:

Las anomalías congénitas, defectos del nacimiento o malformaciones congénitas son definidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como anomalías o defectos del desarrollo (morfológicos, estructurales, funcionales, moleculares) presentes al nacer, aunque las manifestaciones no tienen que aparecer en el nacimiento. Las anomalías congénitas pueden ser externas o internas, familiares o esporádicas hereditarias o múltiples. Organización Mundial de la Salud (citada en Alarcón y Mendoza, 2016)

Esto nos permite deducir que, debido a que la anencefalia se produce en la etapa pre-natal, es una anomalía que afecta el desarrollo del feto, ya sea de forma

morfológica, es decir, impidiendo que en el concebido tengan lugar las fases correspondientes a su formación normal de su ser.

Es una anomalía que afecta de modo estructural, puesto que ya no se podrá formar los diversos órganos o partes del cuerpo humano que deberían estar presentes en toda persona al momento de nacer. Además, lo es porque todo lo antes descrito en este párrafo, no hará posible que los órganos que afecta la anencefalia puedan realizar sus funciones con normalidad y cabalidad, dificultando el proceso de desarrollo del feto.

Seguido, es pertinente mencionar, que el termino anencefalia no data de reciente dominio entre nosotros, ni en la terminología médica, pues:

El primero en utilizar el término anencefalia fue el médico francés Liconsthenes en el año de 1547, con el cual describió un síndrome malformativo caracterizado por ausencia de parte del encéfalo, meninges y huesos del cráneo. Sin embargo, no fue sino hasta 1938, que el estudio formal de los defectos al nacimiento dio inicio a raíz de la creación en París de la Fundación para el Estudio de la Parálisis Infantil. (Pérez, 2015, p.3)

En ese sentido, se han venido realizando diversos estudios y exámenes progresivos respecto de la anomalía *sub examine*, y se han obtenido resultados que, *a posteriori* han permitido, al menos ubicar la procedencia de la anencefalia, logrando verificar, entre otras cosas, que esta provenía a partir de defectos en el cierre del Tubo Neural, y si bien actualmente no se ha encontrado la forma de erradicarla, sí se tiene la fórmula para prevenirla, tal como veremos luego.

Conociendo liminarmente lo que es la anencefalia y habiendo deducido su etimología, mencionaremos que además se trata de la anomalía más frecuente entre los defectos de cierre del citado tubo neural – que va desde la porción más rostral del tubo neural hasta el foranem magnum, que de no producirse implica la futura inexistencia de los hemisferios del cerebro y los huesos del cráneo (Hooft, 2000; Rojas, 2016; Ferrer, Sierra, Gonzales, 2015).

Por las cuestiones referidas, observamos que un feto anencefálico parece tener el aspecto de un sapillo, pues son evidentes los deficientes crecimientos de partes del cerebro y a veces también de la piel, lo que puede producir la formulación de la interrogante acerca de si un feto con esa estructura morfológica puede o no

observar, oír, sentir dolor, entre otras cosas – pues las funciones de esa clase vienen del cerebro del cual carecería el feto aunque no a simple vista, desde ya podemos inferir la respuesta al observar algunos videos en la red, en los cuales aquellos niños se muestran como cualquier otro, por supuesto, con lo que supone sus ya congénitas anomalías.

Para dar un alcance global, *grosso modo*, diremos que, los defectos aludidos en el párrafo anterior pertenecen a la siguiente clasificación: a) Espina bífida (EB), que se clasifica en: Espina Bífida Oculta (EBO) y Espina Bífida Quística (EBQ), y b) Cráneo Bífido, que se clasifica en: craneomeningocele y encefalocele (Romero, 2014).

1.2. Cómo se produce la anencefalia

A simple vista de imágenes, no pudiera parecer que una estructura bastante minúscula pero significativa del cuerpo del feto, sea uno de los mayores problemas al momento de clausurar su trabajo, nos referimos al Tubo Neural antes aludido, el cual, en cuanto a su formación, según Volpe (citado en Figueroa, 2006):

Está determinado por el proceso de neurulación. Señala que este último se refiere a fenómenos inductivos que suceden sobre la cara dorsal del embrión y dan lugar a la formación del cerebro y la medula espinal. El autor divide la neurulación en primaria, que se refiere a la formación del cerebro y la medula espinal – exclusivos de los segmentos caudales a la región lumbar – y en secundaria, que se relaciona con la formación posterior de los segmentos sacros inferiores de la medula espinal, que quiere decir formación de la parte caudal del tubo neural. (p.62)

Por tanto, con la neurulación primaria y secundaria se cierra el trabajo morfológico-estructural el tubo neural. Ahora, pensemos en lo que pasaría si parte de dicho proceso antes mencionado no llegase a completarse, esto obviamente ocasionaría malformaciones en el feto, ya que el importantísimo Tubo Neural, que se encuentra solo en los fetos o vertebrados – debido a que de aquella estructura orgánica es la que fluye el sistema nervioso y el cerebro - no llegase a completar sus funciones, esto se traducirá necesariamente en el desarrollo de partes incompletas en el cuerpo, ya que constituye el esquema de los mismos, en ese sentido:

El tubo neural es formado durante la vida intrauterina, dando lugar al encéfalo y a la medula espinal. Los DTN son causados por formaciones

embriológicas anormales, derivadas del cierre defectuoso del tubo neural (disrafias espinales) que van desde alteraciones estructurales graves secundarias y cierre incompleto del tubo, hasta deficiencias funcionales debidas a la acción de factores desconocidos en las fases tardías del embarazo. La mayor parte de los defectos de la medula espinal son consecuencias del cierre anormal de los pliegues neurales, en el curso de la tercera y cuarta fase de desarrollo, lo cual no solo afecta al sistema nervioso central, sino que también interfiere con la inducción y morfogénesis de los arcos vertebrales y la bóveda craneal, viéndose afectados los meninges, las vértebras, el cráneo, los músculos y la piel. (Sopó, 2012, p.4)

Los DTN o defectos en el tubo neural, no se encuentran dentro de la clasificación de las anomalías que, sometidas a un tratamiento, tienen la posibilidad de no tener la condición disfuncional indebida, por ese motivo, se hace extensiva la recomendación respecto a su prevención – tal como se mencionará *a posteriori*.

“La Organización Mundial de la Salud ha determinado de 2 a 4 por 1000 nacidos vivos con defectos del tubo neural” (Pérez, 2015, p.1), por supuesto se refiere a nivel mundial. Los factores asociados a tal anomalía, hacen referencia a diversos elementos intrínsecos y sociales, entre los que destacan: la herencia, enfermedades genéticas (Pradel, 2008), valores elevados de alfa-feto proteína, embarazo múltiple, retardo del crecimiento intrauterino (Yanes, Mesa, Marrero, 2017), la altitud (Saldarriaga et al, 2007).

Lo antes mencionado, pudiera parecer una cuestión sin importancia, sin embargo, temas como la buena salud, la alimentación, el estilo de vida, el segmento social, entre otros, son factores no determinantes pero sí lo suficientemente influyentes como para realizar, en caso de las mujeres, la gestación de un posible concebido con problemas de anencefalia, en ese sentido, se recomienda, al menos, criar a los hijos en medio del gozo de la buena salud y de una economía sostenible.

Ahora, hacemos mención a lo suscrito en párrafos anteriores, y es que actualmente existe uno o más métodos de colaborar con la no producción de la anomalía *sub examine*, en efecto si se desea disminuir los riesgos de que se produzca la anencefalia, se sabe actualmente, que el consumo de ácido fólico en las embarazadas, y en el periodo preconcepcional hasta el primer mes o mes y medio de embarazo se deba consumir 0.40 mg de ácido fólico diariamente, esto contribuye en un 70% a que no se genere dicha anomalía – siendo, por tanto, de gran ayuda

(Calvelo, 2011; Benhaim, Canella, Doglia, López y Pengue, 2015; Ordoñez, Suarez, 2015). En ese sentido, es importante mencionar que:

La embriogénesis de esta estructura concluye aproximadamente a los 26-30 días de post-ovulación, antes de que la mujer sea consciente de su estado de gestación, de ahí, la necesidad de que cualquier actividad preventiva tenga que iniciarse antes de la concepción. (Sopó, 2012, p.5)

En seguida, después de haberse referido al tema de la anencefalia, es momento de concordar el tratamiento jurídico de la citada anomalía, respecto del derecho a la salud del feto que la padece.

2. El derecho a la salud

A continuación, vamos a esbozar algunos conceptos importantes acerca del derecho a la salud, para ello expondremos su concepto y sus caracteres, así como determinada normatividad sobre el derecho a la salud en el Perú, con especial énfasis en el derecho a la salud del feto anencefálico.

2.1. Concepto y caracteres

2.1.1. Concepto

El derecho a la salud, también llamado derecho a la protección de la salud, derecho al cuidado de salud o en terminología del PIDESC como derecho al más elevado estándar de salud posible, no es un concepto que haga mención a un derecho a estar sano. Se distingue entre derecho al cuidado de la salud y derecho a la salud, siendo que esta última resulta más restrictiva porque debe entenderse como una libertad negativa que excluye al Estado el derecho a cuidados de salud (Figueroa, 2013).

Existen, diversos modos de enfocar el concepto de Salud y del Derecho a la salud, lo cual, se irá dilatando algunas definiciones que harán posible reunir todos los elementos para confluir, quizá, en el concepto que recoge la Organización Mundial de la Salud. *Prima facie*, encontramos una definición de la Salud como:

Una equilibrada y adecuada condición dinámica de la naturaleza biológica de la persona, objetivamente comprobable, moralmente aceptable (en cuanto socialmente consensuada), que se podría mantener bajo ciertas condiciones, vulnerable a ciertos factores, y potencialmente garantizable y/o

recuperable mediante el uso de una determinada técnica y, en cuanto tal, exigible jurídicamente. (Currea-Lugo, 2005, p.72)

La generalidad con la que es definida la Salud, en el párrafo anterior, constituye ciertamente una idea global o general acerca de lo que vamos a tratar, será posible comprobar ahora, la amplitud con la que es definido este concepto, eso significa que debemos delimitarlo, de lo contrario, incluso los Estados o las organizaciones internacionales – simplemente no podrían hacer que sus ciudadanos ejerzan satisfactoriamente este derecho. En ese sentido, podemos afirmar también que:

El derecho a la salud es reconocido hace casi cien años como derecho universal de segunda generación, dentro de los clasificados derechos sociales, económicos y culturales de la humanidad. Inmediatamente surge su carácter programático – es decir como un derecho fundamental de las personas/deber de hacer del estado-, cuando en las principales cartas constitucionales de esa época se pone de relieve el cuidado de la salud pública, sentido que es recogido y ampliado en las primeras convenciones de los derechos humanos en el mundo y en las constituciones de un importante número de países en la actualidad. (Quijano, 2016, p.308)

Como podemos confrontar, el citado derecho tiene una trayectoria regular en cuanto a los años de reconocimiento y servicio al ejercicio de las personas y en merito a su reconocimiento como derecho fundamental en cada Estado respectivamente, sin embargo, aun pese a lo esgrimido, reconocemos que no se hace factible todavía un concepto que pueda abarcar los elementos del derecho a la salud, para un contenido de marco. En ese sentido, De La Torre (s.f) afirma:

La definición del derecho a la salud ha sido un tópico cuya discusión ha tenido lugar en los más diversos foros, no solamente nacionales sino internacionales. Después de largos debates se ha llegado a la acuñación de la definición que nos aporta la Organización de las Naciones Unidas: La salud es el equilibrio de los factores físico, psíquico y social de una persona. (p.301)

En cuanto al factor físico, equivale a decir que en el derecho a la salud este aspecto debe de abarcar el modo de desarrollo biológico normal de una persona, en ese sentido, se excluyen todas aquellas manifestaciones anómalas sean congénitas o no, y todo tipo de repercusión social negativa a la salud en el cuerpo humano, desde luego, significa conservar la integridad física, pero no solo eso, sino que debemos hacerlo en condiciones que nos permita realizar nuestras actividades diarias sin restricción alguna – con las debidas limitaciones de la ley.

Respecto al factor psíquico, la salud se manifiesta en cuanto una persona no padezca enfermedades mentales, lo cual abarca un amplio campo de cuidados para preservarla, pues requiere de la no existencia de cuestiones que alteren de una u otra forma el alma y/o psique humana, que tampoco vulneren el razonamiento ni clase alguna de alteración en los pensamientos de una persona.

En cuanto al factor social, el hombre no puede abstraerse de participar en la vida comunitaria, siendo esto parte de su naturaleza de convivencia, debemos mencionar que las relaciones sociales, los eventos culturales, religiosos, políticos o de cualquier otra índole, no deben poner en peligro a la salud individual y social de las personas, en ese sentido, una persona solo se sentirá saludable socialmente si se respetan y practican mínimamente los valores, costumbres y tradiciones aceptadas por contractualismo social.

2.1.2. Caracteres del derecho a la salud

Como derecho complejo, el derecho a la salud tiene algunas consideraciones específicas, que será necesario tratar para tener un conocimiento generalizado de lo que abarca, de lo que ha suscrito la Organización Mundial de la Salud, entre otros.

En ese sentido, mencionamos que el citado derecho tiene dos dimensiones para hacer factible su realización y disfrutar en máximo grado pese a los determinantes sociales de la salud – por ejemplo, la raza, la clase social, el nivel de ingresos económicos, factores sociales, políticos, las condiciones de vida, la educación, el tipo de trabajo, etc. (Cruz Roja española, 2014; OMS, 2018).

El derecho a la salud, está compuesto por un carácter programático y uno operativo. En cuanto a la primera, supone un deber de hacer del Estado respecto al derecho a la salud de sus ciudadanos, en ese sentido, dicho ente se encargará de otorgar las condiciones mínimas para que prevalezca el estado de salubridad en las tres facetas antes mencionadas del derecho *sub examine*, en ese sentido, proveerá de Hospitales, medicinas, personal médico, gestión pública en salud, alimentación mínima nutritiva, saneamiento, agua potable, etc., en aras de lograr que el *statu quo* de salubridad no se altere. (Quijano, 2016)

En cuanto a la dimensión de operatividad del citado derecho, supone que el Estado lo deberá respetar, quiere decir, no perjudicar a sus ciudadanos realizando u omitiendo hacer cuestiones referentes a la lesión de los derechos inherentes a las personas, pues de suceder, no habría objeción en que se ponga en marcha la actividad punitiva del Estado en pos de la recuperación de dicho derecho a los habitantes de su comunidad. Por ejemplo, cuando el personal sanitario no atiende debidamente a los recurrentes, cuando aquel personal emite recetas sin atender a los estándares de salud internacionales, cuando los servicios de salud no se prestan debidamente, cuando se dilata sin causa el proceso de atención médica, cuando existe negligencia médica, cuando no se atienden las emergencias o incluso cuando ni siquiera atienden a las personas en los servicios de salud. (Quijano, 2016)

Sin embargo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, a través de su Observación General N° 14, menciona que, respecto al derecho a la salud, los Estados deben tener en cuenta cuatro elementos para la prestación de los servicios de salud en sus establecimientos:

Disponibilidad: en esta definición se identifican al menos dos condiciones esenciales de esta dimensión: aquellas relacionadas con los recursos mínimos indispensables para el otorgamiento de los bienes y servicios que el Sistema de Salud tiene por obligación proveer a la población; y las relacionadas con los servicios básicos que impactan el entorno en el cual se desenvuelven las personas y que pueden contribuir a la preservación de la salud o su deterioro. (Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, s.f)

Accesibilidad: se identifican tres conceptos centrales: el relacionado con las condiciones físicas, el referido a aspectos económicos; y el inherente a la información que permita a la población el ejercicio del derecho a la salud. (CONEVAL, s.f)

Aceptabilidad: Que guarda relación con la información que permita identificar principios de acceso a la población situada en condiciones menos favorables, como localidades rurales, personas de ingresos más bajos, marginación. Además, incluye la información que es representativa de los aspectos culturales que deben considerarse en los servicios y bienes públicos. (CONEVAL, s.f)

Calidad: existen diversidad de definiciones y aproximaciones teóricas al concepto de la calidad de los servicios de salud, pero ponemos en relevancia tres de ellos: 1). Seguridad, quiere decir evitar lesiones a los pacientes como

resultado de prestarles ayuda, 2). Efectividad, quiere decir, prestar los servicios de salud con la tecnología actualizada y sin distinción de personas, 3). Atención centrada en la persona, es decir, dar el servicio de salud de manera oportuna, sin retrasos ni interrupciones, poniendo como base a la dignidad de la persona (CONEVAL s.f).

Debido a que prácticamente ningún Estado puede poner en marcha su plan de acción y alistar los servicios referidos al derecho a la salud en un tiempo demasiado corto, y atendiendo a su dimensión programática a largo plazo, es que la Observación General antes mencionada ha dispuesto – teniendo en cuenta lo suscrito que, los Estados deben dar el máximo de sus recursos disponibles en cuanto a hacer efectivo el citado derecho, y esto viene acompañado de tres tipos de obligaciones que debe tener en cuenta, pues si bien es cierto el derecho a la salud se hace efectivo a largo plazo, no por eso se exime el Estado de la responsabilidad de dar tutela jurídica actual a los miembros de su comunidad en cuanto efectivizar del derecho aludido. En ese sentido, el Estado tiene las siguientes obligaciones:

La obligación de **respetar**: requiere que los estados se abstengan de interferir directa o indirectamente en el derecho a la salud. A su vez, significa que el estado debe respetar el disfrute del derecho a la salud en otros países. Por ejemplo, cuando los estados no se abstienen de negar o limitar el acceso a los servicios de atención sanitaria, comercializar medicamentos peligrosos, etc. (OMS, 2008)

La obligación de **proteger**: comporta la exigencia de que los estados impidan que terceros interfieran en el derecho a la salud. Además, los estados parte del CDESCR deben impedir que terceros vulneren el derecho a la salud en otros países. Los estados deben adoptar medidas legislativas y de otro tipo para lograr que los agentes privados cumplan las normas de derechos humanos cuando prestan atención sanitaria u otros servicios, por ejemplo: controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por los agentes privados, proteger a las personas de actos de terceros que puedan atentar contra su derecho a la salud, etc. (OMS, 2008)

La obligación de **realizar**: comporta la exigencia de que los estados adopten las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otro tipo que sean apropiadas para la realización plena del derecho a la salud. La existencia de sistemas de salud efectivos e integrados, que comprendan la atención sanitaria y los factores determinantes básicos de la salud, también es esencial para garantizar el derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud, por ejemplo, los estados deben adoptar una política o un plan de salud nacional que abarque los sectores público y privado, garantizar la prestación de la atención sanitaria, garantizar la igualdad de acceso de todos a

los factores determinantes básicos de la salud, prestar información y asesoramiento sobre cuestiones relacionadas con la salud. (OMS, 2008)

De las tres obligaciones antes mencionadas, se puede apreciar que la primera obedece a la dimensión operativa del derecho a la salud, puesto que, si cualquier persona no cumple con respetar el citado derecho en los miembros de una comunidad, entonces estos quedan habilitados para reclamar tutela del derecho subjetivo conculcado. En cuanto a las dos obligaciones posteriores, obedecen a la dimensión programática del derecho a la salud, pues en aquellas es el Estado el encargado de garantizar la efectividad del citado derecho.

Existen factores determinantes básicos de la salud, en ellos se encuentran: el agua potable y las condiciones sanitarias adecuadas, elementos aptos para el consumo, nutrición y vivienda adecuadas, condiciones de trabajo y un medio ambiente salubres, educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud y la igualdad de género. (OMS, 2008)

El derecho a la salud, comprende algunos otros, entre ellos: el derecho a un sistema de protección de salud que brinde a todos iguales oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud, el derecho a la prevención y el tratamiento de las enfermedades y la lucha contra ellas, el acceso a medicamentos esenciales, la salud materna, infantil, reproductiva, el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos, el acceso a la educación y la información sobre cuestiones relacionadas con la salud. (OMS, 2008)

Después de haber revisado a grandes rasgos los aspectos que abarca el derecho a la salud, vamos a examinar la normatividad peruana al respecto.

2.2. Normatividad sobre el derecho a la salud en el Perú

Corresponde, dar un repaso por las normas jurídicas que tutelan el derecho a la salud en nuestro país, no sin exceptuarnos del plano internacional en cuanto a tratados, por ejemplo, de los que el Perú sea parte.

En el ámbito internacional, se encuentra protegido tanto en el Sistema Universal de Derechos Humanos y El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En cuanto al primero, se protege el derecho a la salud mediante los siguientes documentos internacionales ratificados por el Perú y, por tanto, aplicables al derecho interno, comenzamos mencionando a La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 – artículo 25º. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966 – artículo 12º. La Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 11º e inciso f). La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979 – artículo 12º incisos 1 y 2.

En cuanto al segundo, esto es, al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, dicho derecho, se protege con los siguientes documentos internacionales ratificados por el Perú. Tenemos, La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948 – artículo XI. El Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, de 1988 – en el artículo 10.

A continuación, mencionamos la protección del derecho a la Salud en al ámbito Nacional, comenzando por la Constitución Política del Perú de 1993, la cual, en el artículo 7º prescribe: *“Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”*. Asimismo, el artículo 9º prescribe: *“El estado determina la política nacional de salud. El poder ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud”*. Finalmente, en el artículo 65º, el Estado tutela el derecho a la salud al prescribir: *“El estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad en la población”*.

Como hemos notado, en el ámbito Constitucional, se tutela el derecho a la salud en tres artículos. Se trata de que el Estado pueda ofrecer las mejores posibilidades en

atención al derecho a la salud – respecto de su población, para ello deberá dirigir el empleo de la mayor cantidad de recursos al sector Salud.

En cuanto al nivel legal, tenemos la Ley N° 26842 – Ley General de Salud del 15 de julio de 1997, que en su sexta disposición final prescribe que *“La presente Ley entrará en vigencia a los 180 días calendario de su publicación, con excepción de los capítulos III y V del Título Segundo, que rigen desde el día siguiente a la publicación de esta Ley”*.

En cuanto corresponde al derecho a la salud, la citada ley, en el artículo VI de su Título Preliminar, respecto a la responsabilidad del Estado, menciona que: *“Es de interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea. Es responsabilidad del estado promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud a la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad”*. Luego, en su artículo 2º, respecto a la atención médico quirúrgica menciona que: *“Toda persona tiene derecho a exigir que los bienes destinados a la atención de su salud correspondan a las características y atributos indicados en su presentación y a todas aquellas que se acreditaron para su autorización. Asimismo, tiene derecho a exigir que los servicios que se le prestan para la atención de su salud cumplan con los estándares; de calidad aceptados en los procedimientos y prácticas institucionales y profesionales”*. En su artículo 36º, respecto a la responsabilidad de daños en cuanto al personal médico, prescribe que: *“los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere ese Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades”*.

En nuestro Código Civil de 1984 – decreto legislativo N° 295, en su artículo 7º, hace referencia al derecho a la salud al prescribir: *“La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante”*.

El Código Sanitario del Perú, Decreto Ley 17505, en su título preliminar, prescribe que el derecho a la salud es el principal componente del bienestar y es un bien

jurídico irrenunciable, además suscribe que no se puede pactar contra él, que es el Ministerio de Salud quien debe perseguir las finalidades que dicho derecho requiere. Es interesante mencionar, que el citado cuerpo de leyes, en su artículo 15º menciona que toda persona, incluso la que está por nacer es sujeto de derecho en el campo de la salud, y en el artículo 17º suscribe que, con la concepción comienza la vida humana y nace el derecho a la salud.

Entre otros dispositivos legales, estos son los principales que protegen el derecho a la salud, razón por la cual se los ha suscrito. Lo antes mencionado y referido al derecho bajo comentario, a continuación, va a canalizar sus observancias en un sujeto de derecho, un concebido, que padece de anencefalia.

Ahora, vamos a esbozar conceptos acerca del derecho a la salud del feto que padece de anencefalia.

2.3. El derecho a la salud del feto anencefálico

En concordancia con la normativa antes expuesta, vamos a considerar el modo de protección del derecho a la salud que le corresponde a un feto anencefálico.

Citando el Código Sanitario del Perú, Decreto Ley 17505, tenemos que, hace expresa mención tutelar al concebido y su vinculación con el derecho a la salud al mencionar que toda persona por nacer es sujeto de derecho en el campo de la salud aun cuando exista algún tipo de incapacidad absoluta o relativa, además suscribe que con la concepción comienza la vida humana y nace el derecho a la salud y que este comprende la salud del concebido y el de la madre. Es interesante señalar que el carácter tutelar de este cuerpo de leyes es bastante amplio al mencionar que está prohibido el aborto eugenésico basado en consideraciones de orden moral, social o económico.

Seguidamente, y en concordancia con lo expuesto, tenemos que, Respecto al carácter programático esbozado, este se traduce en la obligación del Estado, de proteger y realizar. En cuanto al primero, resalta y defiende el derecho a la salud del feto anencefálico, pues denota el carácter tuitivo del Estado en cuanto impide que cualquier persona diferente al concebido – le infiera daños de índole alguna. En cuanto a lo segundo, el Estado tendría que adoptar medidas legislativas que

propendan en pos de la salud del feto anencefálico, y garantizar el derecho a su salud, en ese sentido, tanto el ámbito administrativo como el judicial nunca deberían mostrarse indiferentes respecto a la férrea defensa del *nasciturus*.

En cuanto al carácter operativo mencionado, se traduce en la obligación de respetar, connotando una abstención por parte del Estado en cuanto a interferir en el normal desarrollo del derecho a la salud de los fetos anencefálicos, porque en el caso de este último, por su relevancia y posición del sujeto, se ejerce en íntima relación con el derecho a la vida.

Seguido, y respecto al concebido anencefálico, no podemos olvidar algunos principios básicos en cuanto a su derecho a la salud, tales como: no discriminación, progreso adecuado, participación auténtica, acceso a recursos efectivos.

En cuanto a la no discriminación, es importante mencionar que tanto se le permite el acceso al derecho a la salud a todo sujeto de derecho, ésta no debe encontrar la diferencia en aquellos sujetos que padezcan anomalías congénitas u otras que disminuyan su capacidad física o racional, de modo que a este grupo también se le permita el acceso adecuado al citado derecho.

Respecto al progreso adecuado, debemos mencionar que, ningún derecho humano, y tampoco el derecho a la salud, va en contra o cada vez en menor reconocimiento de los sujetos de derecho, en ese sentido, no puede suceder que dicho derecho haya evolucionado en peor. Para efectos del concebido anencefálico, quiere decir que no es posible que ahora se pretenda no tutelarlos efectivamente como sujetos de derecho que es.

Por la participación auténtica, el concebido anencefálico es un sujeto que también merece la tutela del derecho en cuanto acceso a la salud y reconocimiento de su vida. Todo medio previsto en la ley o en la sociedad como forma de preservación de la salud y la vida, son recursos a los cuales el concebido también debe acceder y participar.

En cuanto al acceso a recursos efectivos, el concebido, debe participar de los medios por los cuales la ley le ofrece seguridad en cuanto a su salud y su vida, pues no solo las leyes son un recurso para hacer efectivos estos dos derechos

antes mencionados, sino también los servicios de salud diversos con sus respectivos accesorios.

3. El derecho a la disposición del cuerpo

En el presente apartado abordaremos temas referentes al concepto de lo que denominamos: derecho a la disposición del cuerpo, a continuación, tomaremos en cuenta algunos aspectos referidos a los antecedentes legislativos del tal derecho en el Perú.

3.1. Concepto

Pareciera que, debido a su reconocimiento, los modos de disposición del cuerpo humano, estarían totalmente legitimados bajo un régimen de confianza pública basada en la buena fe de los que viven bajo Contrato Social. Sin embargo, en algún momento esto registró la factura de la prohibición de la disposición del cuerpo humano, en ese sentido, se comenzó con su tipificación, que no asegura necesariamente una libre disposición.

Podemos definir al acto de disposición del propio cuerpo como un derecho, definiéndolo como una situación jurídica en la que se tutela una manifestación del derecho a la libertad, en el sentido de la propia persona, entendida en su unidad psicosomático, está facultada para disponer de sí misma (dentro de la categoría del ser) y no una entidad diversa a él (el cuerpo entendido equivocadamente como objeto de derecho, dentro de la categoría del tener). Ello, evidentemente, dentro de los propios límites que el propio ordenamiento jurídico establece. (Instituto mexicano de la radio, s.f)

El Tribunal Constitucional peruano, ha mencionado sobre el derecho a la disposición del cuerpo lo siguiente:

Los actos de disposición del cuerpo solo son admisibles cuando surge una exigencia ante un estado de necesidad, una razón médica o motivos de humanitarismo (perdida de un órgano para salvar el resto de la estructura corpórea, una gangrena o la donación de un órgano para preservar una vida ajena). (EXP: N° 2333-2004-HC/TC, Fundamento 2.1)

En virtud de ello, la persona solo puede disponer de aquellas partes de su cuerpo que, al ser despojadas o separadas, no ocasionen una disminución permanente de su integridad física. Por ende, cabe la posibilidad de que la persona pueda ceder todas aquellas partes, sustancias o tejidos que se regeneren, siempre que ello no atente gravemente contra su salud o ponga en peligro su vida; tales los casos como el corte de cabello, la donación de sangre, etc. (EXP: N° 2333-2004-HC/TC, Fundamento 2.1)

Sin embargo, al hecho de reconocer como derecho lo antes suscrito, ha pasado por la controversia rigurosa calificadora y deslindante respecto a si acaso no se trata esto, de un desprendimiento del derecho a la integridad personal, no siendo, en este caso, independiente del derecho suscrito. En ese sentido, podemos leer una sentencia del Tribunal Constitucional peruano sobre el derecho a la integridad física.

La integridad física, presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo. (EXP: N° 2333-2004-HC/TC, Fundamento 2.1)

La afectación de la integridad física se produce cuando se generan incapacidades, deformaciones, mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales, enfermedades corpóreas, etc. (EXP: N° 2333-2004-HC/TC, Fundamento 2.1)

Como se puede apreciar, el citado Tribunal, prácticamente hace desprenderse el derecho a la disposición del cuerpo, del derecho a la integridad física, sin embargo, queda claro que son excluyentes según nuestra normativa, la cual los reconoce de forma separada.

3.2. Caracteres del derecho a la disposición del cuerpo

3.2.1. Naturaleza jurídica

Varsi (2019) menciona: “A decir de Bergoglio y Bertoldi, es un derecho personal, de carácter especial, que trae aparejada la libre disposición de nuestro cuerpo con las restricciones que impongan las leyes, la moral y las buenas costumbres” (p.11-12).

Siendo esto así, afirmamos que el citado derecho, pertenece al reconocimiento de un derecho personal del ser humano, referido a la tutela de los actos de disposición del cuerpo humano por posibles daños consecuencia, con el fin de no alterar sin justo motivo estructural o existencial a la integridad corporal del mismo, en ese sentido se expresa Varsi (2019), al complementar mencionando que: “Es un derecho de la persona, expreso y típico, autentico e independiente, sustentado en la libertad y que compromete la vida, integridad y salud (derechos interrelacionados), siendo una forma de exteriorizar estos derechos” (p.12).

3.2.2. Contenido

El derecho a la disposición del cuerpo humano, comprende dos facultades a saber:

- a) Negativas o de exclusión: en virtud de ellas podemos rechazar toda clase de ataques o injerencias, favorables o perjudiciales, que se dirijan contra el cuerpo.
- b) Positivas: en virtud de ellas, y dentro de los límites que indicaremos, el hombre puede disponer de los productos, órganos o elementos de su cuerpo y del ejercicio o del resultado de sus facultades corporales, en favor de otras personas. Las facultades positivas son la de disposición y significan el reverso de las anteriores. Si por el derecho a la integridad podemos rechazar cualquier ataque, por el derecho de disposición podemos permitirlos. (López, s.f, p.201)

3.2.3. Límites

Resulta interesante esta cuestión, debido a que tendríamos que observar parámetros aceptados socialmente para poder esbozar una teoría de los límites del derecho *sub examine*, en ese sentido:

...No se puede disponer del propio cuerpo en dos circunstancias: 1) cuando esta disposición causa una disminución permanente de la integridad que no tiene una razón de salud, de modo que no se permiten, por ejemplo, los actos de automutilación que no responden a razones médicas., o 2) cuando esa disposición es contraria a la ley, a la moral o a las buenas costumbres. (Lamm, 2007, p.1)

Como es posible apreciar, los actos de disposición del cuerpo, en cuanto a su límite, importan el no menoscabo de las funciones biológicas naturales y normales de la persona, la cual, se regirá por el constitutivo de la ley, el orden público y las buenas costumbres aceptadas socialmente.

Podemos encontrar un ejemplo de infracción normativa, en concordancia con el derecho *sub examine*, cuando se pretende vender unidades de sangre, o un riñón a costa de un cuantioso monto pecuniario. Asimismo, cuando una persona decide operarse quirúrgicamente determinadas partes de su cuerpo, con la finalidad de parecer del sexo opuesto.

3.3. Clasificación de los actos de disposición del cuerpo humano

3.3.1. Actos inter vivos

La clasificación de los actos de disposición del cuerpo humano se divide en: actos *inter vivos* y *mortis causae*.

En cuanto a los actos de disposición del cuerpo humano inter vivos: “En ellos se incluyen la disposición de sangre, de células germinales, de productos fisiológicos, de órganos y tejidos anatomopatológicos, y de órganos pares con fines de trasplante” (Octavio, s.f, p.264).

3.3.2. Actos *mortis causae*

En cuanto a los actos de disposición del cuerpo *mortis causae*:

Comprende todos aquellos en que el órgano, tejido, producto fisiológico o células provienen de fuente cadavérica; frecuentemente se realizan a título testamentario e incluyen la disposición de órganos únicos esenciales para la conservación de la vida (los ojos son considerados órganos únicos). (Octavio, s.f, p.264)

3.4. Antecedentes legislativos del derecho a la disposición del cuerpo en Perú

En cuanto a los antecedentes legislativos del derecho a la disposición del cuerpo en el Perú, nos menciona la doctora Revoredo de Debakey, que se llevó a cabo del siguiente modo:

Antecedentes:

1. Proyecto de la comisión revisora (1984)
Artículo 6.- Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.
2. Proyecto de la Comisión Reformadora (1981)
Artículo 108.- Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Estos actos son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

3. Anteproyecto de la Comisión Reformadora (Dr. Carlos Fernández Sessarego, 1980)

Artículo 8.- Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Estos actos son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. (Revoredo De Debakey, 1985, p.13-14)

Es así, como se llegó a la actual redacción del artículo 6º de nuestro Código Civil, el cual prescribe: “Artículo 6.- Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia”.

Cabe mencionar, que según Sessarego (1985), los artículos 6º, 7º y 9º constituyen también una novedad con relación al Código Civil de 1936, y que el citado artículo 6º, tiene como antecedente legal el artículo quinto del Código Civil italiano de 1942.

Siendo esta la forma en que nació nuestro actual artículo 6º “Prohibición de actos de disposición del propio cuerpo” de nuestro Código Civil respecto del derecho a la disposición del cuerpo humano, a continuación, vamos a mencionar aspectos referidos al derecho a la disposición del cuerpo en nuestro país.

3.5. Normatividad sobre el derecho a la disposición del cuerpo en Perú

En cuanto a la regulación del aludido derecho, tenemos una referencia en el Código Civil peruano, cuerpo legal que en su artículo 6º prescribe “*Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia correspondiente a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por*

motivos humanitarios. Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia”.

Comentando el referido dispositivo legal se manifiesta un reconocido jurista en la materia, al respecto, Sessarego (2007) señala:

Las disposiciones contenidas en los artículos 6º, 7º y 9º, están referidas a la protección del cuerpo y a la cesión de órganos, tejidos o partes del organismo que no se regeneran. La regla contenida en el artículo 6º tiene como objetivo la protección del cuerpo, considerado como una unidad psicosomática, es decir, la “*integridad física*” de la persona. La preservación de la integridad psicofísica cumple así, dentro del más puro y preciso sentido personalista, la doble función de proteger a la persona como tal, en cuanto ser ontológicamente libre, y atender al mismo tiempo la exigencia comunitaria de contar con el óptimo aporte de todos y cada uno de los hombres en la plasmación del bien común. La prohibición contenida en el artículo 6º no solo está dirigida a la protección de la integridad física de la persona sino a impedir que se actúe, de alguna manera, contra el orden público o las buenas costumbres mediante la disposición del propio cuerpo. (p.25-26)

Entre otras cosas, tenemos legislación referida al derecho *sub examine*, en ese sentido, manifestamos la Ley 23415 – Ley que regula Los trasplantes de órganos y tejidos de cadáveres, así como los trasplantes de órganos y tejidos de personas vivas. La Ley 30473 – Ley que modifica los artículos 2, 3 y 4 y la disposición complementaria única de la Ley 29471 – Ley que promueve la obtención, la donación y el trasplante de órganos o tejidos humanos. La Ley 26626, Ley contra el VIH, y Ley 26454, Ley que declara de orden público e interés nacional la obtención, donación, conservación, transfusión y suministro de sangre.

A continuación, nos disponemos a tratar acerca del derecho a la disposición del cuerpo de la madre.

3.6. El derecho a la disposición del cuerpo de la madre

El presente aparatado no tendría sentido, si tratamos el referido derecho *strictu sensu* con referencia al cuerpo de la madre en sí mismo, es decir, si hacemos alusión exclusiva al modo en que una mujer puede llevar a cabo – de forma legal – los actos de disposición de su cuerpo.

Por ese motivo, haremos en lo posible una concordancia del ejercicio del citado derecho con referencia al feto anencefálico.

En ese sentido, recordamos que los actos de disposición del propio cuerpo pueden ser de rechazo o de permisión, es decir, que la persona que ejerce tal derecho puede permitir que se le practiquen quirúrgicamente acciones contra la integridad de su cuerpo con el fin de salvaguardar sus intereses de prolongación de su vida, o bien los puede rechazar de plano por considerar que no existe motivo objetivo y justificado para llevar a cabo adelante la *praxis* quirúrgica por no requerir del ejercicio del citado derecho debido a la no concordancia con sus intereses de prolongar o mejorar su calidad de vida.

Por los motivos antes mencionados, debemos tener en cuenta que el concebido es un sujeto de derecho independiente de la madre, son dos corazones y ninguno incluye al otro. Esto quiere decir, que cuando la madre gestante desee disponer de su propio cuerpo, esto no debe entenderse como que el *nasciturus* es parte de ella y en consecuencia poder disponer de él. Por eso, en ningún sentido se puede pretender racionalmente reconocer en dichos términos – actos de permisión hacia el cuerpo de la madre cuando incluye en estos al concebido y lo perjudica.

Seguido, tenemos el derecho a la disposición del cuerpo entendido como la no permisión de un menoscabo de las funciones biológicas, en ese sentido, en concordancia con el feto anencefálico, no podrá permitirse de forma válida ni legal – su expulsión del vientre materno a menos que existan razones fundadas y suficientes tanto como ponderadas para tal ejercicio. La madre no puede pretender que se merman sus funciones biológicas solo porque gesta un feto anencefálico, por ejemplo.

Este derecho a la disposición del cuerpo, se enlaza con la del concebido individualizado, en ese sentido, ninguno (madre o hijo) podrán ejercer un acto de disposición *inter vivos* pues ninguno es parte integrante del otro.

Este derecho de la madre, como ejercicio de su derecho de libertad, sabemos que no es absoluto porque ningún derecho lo es, en ese sentido, las restricciones legales y naturales que debe tener una madre con el hijo que gesta, si es que acaso

no existiera prohibición legal expresa de si puede o no realizar tal o cual acto, debe tomarse en cuenta, en ese caso, la no vulneración del Orden Público y las Buenas Costumbres.

Si la madre realizara un acto de disposición de su propio cuerpo y en este se encontrara o incluyera erróneamente al *nasciturus*, de modo que le causase perjuicio o la muerte, entonces, se estaría yendo contra el Derecho Natural – en tanto todo ser humano tiene derecho natural a la vida (como el *nasciturus*) y desea preservar su ser; las buenas costumbres – en tanto que en de común consenso el hecho de preservar la vida humana en nuestro medio hasta donde nos sea posible; y el Orden Público – en tanto vulnera las normas jurídicas que tutelan al *nasciturus* de tan descabelladas ideas como la *praxis* del aborto a un feto con mal formaciones innatas, por ejemplo, un anencefálico.

También hemos dicho que la disposición del cuerpo es una situación jurídica, y en ese sentido, los derechos y obligaciones que constan en una cuestión como la planteada en el título de este apartado, supone de un lado el derecho de respetar las atribuciones jurídicas ajenas de la madre – tal como la vida, salud e integridad psicosomática del concebido; así como la obligación de cuidar la vida ajena de su mencionado hijo. Ambos sujetos de derecho, se encuentran tutelados en las relaciones jurídicas que regulan las normas vigentes.

La unidad psicosomática de la madre, es un factor que va acompañado de una cuestión relevante como es el cuidado de su integridad, eso supone no causar daños al concebido, cuidar de su salud, entre otros. Para eso, en cuanto a la disposición del cuerpo humano, es importante entender que éste no es objeto de derecho sino solo cuando fallezca, eso supone una disposición del cuerpo dentro de la categoría del ser.

Por los motivos esbozados, tal como hemos hecho referencia y citado, el Tribunal Constitucional, no considera que se ha realizado una disposición del cuerpo humano, cuando esta no obedece a causas objetivas de veracidad que cuenten con el respaldo de la opinión de un médico y siempre y cuando apunten tales actos a mejorar la calidad de vida del que ejerce tal derecho, a menos que se trate de actos enteramente humanitarios como la donación de sangre o tejidos humanos

regenerables, con los cuales es evidente que no se trata de una disposición por intereses económicos. Sin embargo, debemos recordar que esto está en relación al concebido, lo cual significa que, pese a que la disposición del cuerpo de la madre no afecte contra sí misma, pero sí contra el *nasciturus* – no se trataría de un verdadero ejercicio de tal derecho en cuanto lesiona directamente un bien jurídico ajeno a ella – tal como es la vida del concebido.

Lo mencionado en este apartado, guarda relación con lo estipulado por nuestro legislador de 1984 en nuestro Código Civil, pues tal como hemos suscrito, este menciona que “Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o las buenas costumbres”, en ese sentido, toda nuestra fundamentación precedente está guiada y concordada suficientemente con el dispositivo prescrito, con la salvedad que hemos realizado la debida concordancia de acuerdo a derecho, explicando el modo en que la madre puede disponer libremente de su cuerpo con las debidas restricciones legales pero sin causar daños directos o indirectos al concebido.

Por eso, nuestra legislación citada finaliza con un párrafo que a la letra dice “Empero, son válidos si su exigencia correspondiente a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia”. En ese sentido, ha sido suficientemente explicado que los motivos humanitarios son, por excelencia, una buena muestra legal de la disposición del cuerpo, puesto que no afecta sustancialmente al ser que ejerce tal derecho, sino que *contrario sensu*, ayuda a otro de nuestros semejantes. Tanto es así, que esto último posee una ley especial – la Ley 29471, sin perjuicio de las demás leyes existentes en la materia.

Para confirmar lo suscrito, hacemos referencia al Derecho Natural, en cuanto el derecho positivo a la disposición del cuerpo – tiene su fundamento en el derecho natural, ya que su presupuesto es el sentido humanitario de la naturaleza humana – de donde se deriva el amor hacia los demás y hacia sí mismo.

Así, en cuanto a su vertiente ética, tenemos que el ejercicio de tal derecho debe estar encausado a generar el bien de otro u otros, en todo caso, de no vulnerar el orden establecido en una sociedad. En ese sentido, es plenamente coherente que en base al ejercicio del derecho a la disposición del cuerpo como disposición legal de nuestra libertad, podamos donar tejidos humanos capaces de regenerarse en el ser que las dona, por ejemplo. Un acto de estos encaminado hacia el mal, sería que, a causa del ejercicio de tal derecho, se persigan intereses económicos o se quiera vulnerar el derecho de otro ser humano como el hecho de causarle la muerte a un concebido anencefálico.

En cuanto a su vertiente jurídica, tenemos que es un derecho que actualmente se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico y que goza de plena vigencia, haciendo notar nuestro legislador el sentido humanitario que tuvo al regular dicho dispositivo, que, si es usado para el bien, permite la mejor calidad de vida de las personas.

En cuanto a su fundamentación en la naturaleza humana, tenemos que ésta se fundamenta en la solidaridad filantrópica del ser humano para con sus semejantes, lo cual implica amor hacia los demás y hacia sí mismo – solo el ser que ama puede amar a otros. En ese sentido, se busca el amor hacia sí mismo y hacia el prójimo por sobre las cosas.

En cuanto a su versión de carácter de derecho Universal, anterior y superior al derecho escrito, tenemos que decir que la disposición del cuerpo humano, se funda en la base de la solidaridad y amor que existe desde antes de la presencia de nosotros, pues fue el mismo Dios quien decidió compartir con nosotros el regalo de la vida, lo hizo por amor hacia su creación y pensó en que nosotros podríamos administrarla.

Por las consideraciones antes mencionadas, fundamentadas en la legalidad, el derecho natural y el sentido ético del ejercicio del derecho a la disposición del cuerpo de la madre, es que este debe ser entendido, interpretado y aplicado dentro del ámbito pertinente y no arbitrario.

Ahora, es momento de continuar con la parte final del presente trabajo, donde hablaremos acerca del derecho a la vida del concebido y el derecho a la salud de la madre.

CAPÍTULO IV

EL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO Y EL DERECHO A LA SALUD DE LA MADRE

Después de haber revisado cuestiones referentes a las teorías del comienzo de la vida humana, nuestra legislación y la comparada al respecto – así como el tratamiento del derecho a la vida y el derecho a la disposición del cuerpo; en este capítulo final, vamos a confrontar dos derechos fundamentales, el derecho a la vida del concebido anencefálico y el derecho a la salud de la madre. Esto, con la finalidad de adoptar una postura acerca de cuál de ellos debe prevalecer frente al otro, o en su defecto, qué tratamiento deben recibir cuando entran en conflicto, para este propósito vamos a necesitar el apoyo de los conceptos esbozados a lo largo del presente trabajo. La fundamentación será suficiente y participará de las reglas de la lógica y la racionalidad.

Este capítulo es importante porque, al finalizar, vamos a adoptar una postura respecto al conflicto de derechos que suscita una cuestión tan delicada como lo es el elegir entre el derecho a la vida del concebido o la salud de la madre en un eventual suceso de esta naturaleza. Además, vamos a proponer un Proyecto de Ley respecto al momento legal del inicio de la vida humana, basándonos en los estudios que ya hemos suscrito, así como en la legislación argentina, para salvaguardar de un modo más tuitivo el derecho a la vida del concebido humano.

1. El derecho a la vida del concebido y su defensa permanente

Hemos hecho referencia acerca de lo que significa el derecho a la vida y hemos prescrito conceptos respecto del feto anencefálico. Ahora, nos enfocaremos en fundamentar el citado derecho respecto del concebido que padece la mencionada anomalía para realizar una defensa permanente de dicho derecho – a la luz del derecho a la salud de la madre.

No haremos distinción entre un concebido anencefálico de otro que no padezca con exactitud tal anomalía sino cualquier otro evento que comprenda las taras físicas, por lo que esta fundamentación es válida para ambos en cuanto sea pertinente, sin embargo, nuestros esfuerzos se concentran en cuanto al primero.

Como sabemos, nosotros somos seres racionales por naturaleza y siempre alejamos todo aquello que nos causa daño para poder disfrutar de un estado de bienestar más prolongado en cuanto sea posible, por ese motivo, uno de los primeros bienes jurídicos que defendemos individualmente con el mayor empeño posible es la vida humana, pues:

La vida es el presupuesto básico y necesario para los demás Derechos Humanos, y su condición de posibilidad queda sujeta a la libertad y a la seguridad, que contribuyen a la realización del derecho a la vida como indispensables para el desarrollo de la personalidad, como también el desarrollo normativo posterior. (Enríquez, Pérez, Otero, Pérez & Ferrari, 2015, p.43)

Todo ser desea por naturaleza conservar su ser, éste luchará por su integridad absoluta, y se verá menguado o menoscabado en cuanto no posea su cuerpo completo.

A continuación, vamos a tratar la defensa permanente de la vida humana del concebido anencefálico, con referencia al Derecho Nutual.

1.1. Defensa permanente de la vida humana con referencia al Derecho Natural

Tratando el tema en concordancia con el Derecho Natural, y con referencia a lo antes mencionado, nos hacemos la siguiente pregunta ¿hemos observado en el medio sensible que el ser humano siempre desee preservar completamente su ser? ¿el ser humano puesto a la intemperie lucha por su vida? En cuanto a lo primero,

tal vez casi todos hemos sido testigos que alguna vez cierta persona luchaba en la cama de un hospital o incluso contra otro animal de un modo muy aguerrido – con la finalidad de salvar su bien jurídico máspreciado que es la vida, nunca se ha visto a alguien que quiera prescindir de su ser y mencionar que tal o cual parte de su cuerpo no le sirve o que desea deshacerse de ella. Y de este modo, creemos que hemos respondido también la segunda pregunta, a las cuales solo debemos agregar que la vida es anterior a todo reconocimiento legal incluyendo el momento de la formación de los Estados, pues corresponde a un orden de naturaleza humana.

Esto nos conduce a deducir de forma lógica, racional y válida que nuestro ser, nuestra vida – entre otros, de forma natural, siempre se desea preservar. Que esta tiene una fundamentación ética en cuanto el ser hace el bien y evita el mal para tales fines. Que, siendo nuestra naturaleza racional, nosotros somos conscientes – no solo que defendemos nuestra vida y preservamos nuestro ser – sino que fundamentamos dichas cuestiones en la persona humana en concordancia con la naturaleza externa a nosotros y anterior a todas las leyes humanas.

Por tanto, nosotros deducimos que el derecho a la defensa de la vida nos está dado naturalmente, que es connatural a nosotros y es nuestra naturaleza protestar a su favor y reconocerlo, en ese sentido, encontrándose la vida fundamentada también en la naturaleza externa a nosotros (en cuanto el medio ambiente posibilita nuestra existencia) y siendo nosotros los que ejercemos acciones en pos de la defensa de nuestra vida, se deduce que existe en ellas una relación natural anterior a todo Estado.

Debido a que nosotros procedemos, al menos teóricamente, del estado de naturaleza y llegamos a firmar ficticiamente el Contrato Social, se deduce, que es en la sociedad, donde vinimos a que se reconozcan los derechos naturales que teníamos antes de firmar el citado contrato, en ese sentido, los derechos positivos en su mayoría provienen del Derecho Natural. El derecho a la vida es y corresponde a un orden natural, justamente por ser un derecho universal, superior y anterior al derecho escrito – fundamentado en la naturaleza humana.

Ahora nos preguntamos ¿Qué significa que el derecho a la vida del concebido anencefálico corresponda a un orden Natural? Significa que, puede ser que las leyes positivas no amparen tal derecho que le llevará al nacimiento como consecuencia, pero que, si nos fijamos en el Derecho Natural, y en la naturaleza del ser, verificaremos que no es que se necesita proteger positivamente al citado concebido, sino que el hombre por sí mismo e incluso está inscrito en su misma naturaleza – el hecho de luchar incesantemente por su vida, así como al distinguir entre lo bueno y lo malo. En ese sentido, recibe directamente a través de Dios – la fundamentación racional del mandato imperativo en cuanto preservar su vida, su ser, distinguir entre lo bueno y lo malo, de modo que tiene derecho natural a la vida y sabe que defenderla es bueno.

En efecto, cuando alguien ha visto el modo en cómo se practica un aborto, sea incluso por medio de un video, es posible apreciar de modo escandaloso, triste y espeluznante el hecho de cómo el bebé humano lucha por su vida, pues su naturaleza, le invita a aferrarse a ella y defenderla en la medida de sus posibilidades, porque el Supremo Ser se la ha ordenado y es algo bueno en sí mismo.

Si somos capaces de entender lo anterior, en concordancia con el avance científico de nuestro siglo, no es posible comprender cómo nos hemos enfrascado en disputas tendentes a menoscabar el derecho natural a la vida humana, en ese sentido, tenemos las teorías esbozadas en el primer capítulo, pues se han hecho necesarias tanto para menoscabar como para, excepto la primera de ellas, defender la vida humana.

Hoy, tenemos la confirmación de que la vida humana comienza su proceso cuando se unen dos gametos heterosexuales aportados por los padres del nuevo ser único e irreplicable, y este momento en que se unen el ovulo con el espermatozoide se conoce como La Concepción, acto desde el cual, el nuevo ser se encuentra en potencia, a menos que sea privado de su desarrollo natural.

Entonces, ¿Qué sucede con un concebido anencefálico al cortar o interrumpir su desarrollo natural en el vientre materno al recomendar su aborto o expulsión? Sucede que se le interrumpe su desarrollo natural, de modo que se le afecta su

bien jurídico más valioso como es la vida – base sobre la cual podrá ejercer sus demás derechos, de modo que, al privarle arbitrariamente de la misma, se estaría cometiendo un asesinato contra uno de los seres de nuestra especie, contra un ser humano, una persona.

A continuación, vamos a tratar la defensa permanente de la vida humana del concebido anencefálico, con referencia al compromiso que tiene el Estado de defender la vida humana.

1.2. Defensa permanente de la vida humana con referencia al compromiso del Estado

En el sentido que nos impele el sub título mencionado, y en concordancia con lo antes esbozado, nosotros nos preguntamos: ¿Qué sucede con el compromiso del Estado en cuanto – por ejemplo: preservar, actuar y atender el derecho a la vida del concebido anencefálico? En cuanto al compromiso de preservar del Estado, mencionamos que este ente debe protección jurídica al concebido, en ese sentido no hay excusa para manifestarse en su contra, sea en el instante que se lo requiera, es decir, contrario a autorizar prácticas abortivas, tiene el deber de impedir las, pues su obligación es la de preservar la integridad que el *nasciturus* le invoca; le impele a actuar a su favor, en ser su defensa, a no permitir que persona extraña actúe infiriéndole daños.

El Estado también tiene la obligación de actuar, legislando a favor del derecho a la vida del concebido, así, no deberá ser parte que apela en contra de la vida humana, menos de un ser indefenso como el *nasciturus* anencefálico, por esto, es que el ser por nacer también verá la luz en un medio social donde ha renunciado a parte de sus libertades a fin de tener la ansiada protección. De lo contrario, no tiene sentido que se vulneren los derechos que se deben respetar en un Estado de derecho. En tal caso no habría diferencia con haberse quedado en un estado de naturaleza, por eso, el Poder Legislativo está llamado a defender fervorosamente el derecho a la vida del concebido, siendo ellos los Padres de la Patria, no deben permitir el aborto de sus hijos en la sociedad.

En cuanto al deber de atender, el Estado, lejos de permitir el aborto de fetos con anencefalia, debe castigar punitivamente a quienes se atrevan a realizar dicha práctica, así en las instituciones públicas de salud no debe imperar el aborto, el Estado está obligado a abstenerse de interferir en el derecho a la vida del feto anencefálico. El concebido, en estas condiciones, lo que debe recibir es, al contrario, el apoyo del Estado, no esperar a que este - por medio de los recursos necesarios – contribuya al cese de su vida. De este modo no esperamos de nuestra patria tipo alguno de políticas abortivas.

No menos importante resulta señalar, que de acuerdo al artículo 1º de nuestra Constitución Política, el deber de protección del feto anencefálico también recae en la Sociedad, por tanto, es ésta quien debe permanecer vigilante para el respectivo cumplimiento eficaz del suscrito derecho a la vida humana para permitir y defender el nacimiento de todos los concebidos, pues no hay motivo alguno para discriminarlos tal como se ha referido, toda vez que poseen el mismo estatuto ontológico que sus restantes semejantes. En realidad, existen varias formas de colaboración social que se pueden emplear para estos fines, por ejemplo: la formación escolar con énfasis en el respeto hacia la vida humana, las protestas pacíficas a favor de tutelar el derecho a la vida humana, las conferencias gratuitas para fomentar la no discriminación hacia toda oportunidad de vida humana.

Ahora, respondamos a la pregunta ¿Quién es el que provoca el aborto del feto anencefálico, el médico, la madre o el Estado? En estos momentos opinamos que el Estado, los consultorios médicos particulares y la madre gestante. El primero tiene una práctica a través del reparto de “la píldora del día siguiente”. Sin embargo, un caso como K.L Vs Perú al que hemos hecho referencia en este trabajo creemos que tiende a aumentar el índice de abortos en el sector público (Soto, 2017), pues actualmente y como consecuencia de la Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA, una vez revisado el Expediente N° 14-065892-001 que contiene el informe N° 040-2014-DGSP-DAIS ESNSSYR/MINSA, se dispone de una 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 119ª del Código Penal – cuya finalidad es:

Asegurar la Atención Integral de la gestante en los casos de Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de (22) semanas con consentimiento informado, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente, en el marco de los derechos humanos, con enfoque de calidad, género e interculturalidad. Ministerio de Salud (2016)

Y que según Aspícueta & Ramos (2015) cuyo objeto es: “El desarrollo normativo, por parte del órgano rector en la materia, de las condiciones para el ejercicio de este derecho fundamental que goza de sustento constitucional y legal” (p.402). Aunque la Guía afirme que su objetivo es Estandarizar los procedimientos para la atención integral de la gestante (...) lo cual, tiene todo menos lo constitucional con que se pretende sorprender, pues va contra la Carta Magna al menoscabar la vida del concebido, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la Sociedad.

Lo antes mencionado tiene importantes consecuencias como la de permisión, en primer lugar, de la práctica del aborto. El tiempo es también un factor importante en lo mencionado de modo precedente, pues si se protege la vida humana desde la concepción, entonces, sea cual fuese el tiempo en el que *a posteriori* de tal hecho – se realizare la expulsión del feto del vientre materno, se está ante la evidencia de un aborto. De lo contrario, con un sistema penal de indicaciones o plazos, se está dando lugar a que de forma ascendente se gane territorio dentro de la práctica abortiva y en un futuro sea la mujer quien pueda decidir sobre su propio cuerpo – lo cual incluye al concebido (Gonzales, 2015; Hernández, 2016; Paria, 2017).

A continuación, vamos a tratar la defensa permanente de la vida humana del concebido anencefálico, con referencia a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado.

1.3. Defensa permanente de la vida humana con referencia a los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Estado

En este momento, nosotros haremos mención a algunos Convenios o Pactos internacionales en los que el Estado es parte, en concordancia con el tema del aborto de feto anencefálico. En ese sentido, como sabemos existen Documentos que protegen debidamente al concebido desde el momento de la concepción –

teniendo en cuenta que se ésta se lleva a cabo con la unión de los pronúcleos heterosexuales de los padres, por ejemplo, la Convención americana sobre derechos humanos (artículo 4º), el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos (artículo 6º).

Lo antes suscrito resultaría ciertamente loable, si no fuese porque en el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica*, los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretaron – como ya hemos hecho referencia – que la concepción comienza con la implantación del ovulo fecundado en el útero. Sabemos que esto es una aberración y no compartimos en absoluto semejante interpretación a todas luces forzada, pues se sabe desde antaño que el momento de la concepción significa la unión de los gametos heterosexuales de los padres.

Como hemos manifestado, el Estado tiene la obligación de no interferir en la vida del concebido, por ejemplo, a través de la ideología de género. Una defensa permanente del Estado, en cuanto al concebido anencefálico, respecto a los tratados y convenios internacionales, significa no adoptar, ratificar o acatar los mismos cuando éstos no son protectores de la vida humana.

Según nuestra Constitución Política peruana, en el artículo 2, inciso 1 prescribe que *“Toda persona tiene derecho... a la vida... el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”*, al respecto, nosotros afirmamos que la Carta Magna recoge la teoría de la concepción como inicio de la vida humana. Si esto es así, no se debería recoger posiciones arbitrarias interpretando que la vida humana comienza desde la concepción, pero entendida esta como el momento en que el embrión se implanta en el útero – tal como interpretó el citado Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima. Quizá casi todos concordemos en mencionar que esto responde a intereses económicos.

Defender la vida humana desde la concepción implica reconocer en el *nasciturus* un ser individual perteneciente a la especie humana, de modo que se le deben otorgar todos los beneficios legales de los que son titulares los seres que pueblan la sociedad. También consiste en ser consciente de la naturaleza racional que tenemos, mediante la cual, entendemos que no es propio de seres pensantes el asesinar a miembros de su propia especie. Asimismo, indica respeto por el

reconocimiento de derechos naturales anteriores al hombre y a su sociedad, de modo que no deben vulnerarse estos ni pretender hacerlo mediante regulación alguna.

Si bien es cierto, recibimos un gran apoyo de parte de nuestro Código Civil peruano cuando prescribe que “*la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento*”, nosotros sabemos que tal categoría de sujeto de derecho se refiere a un ser humano que ya ha nacido. Luego nos indica que “*la vida humana comienza con la concepción*”, y en ese sentido, protege al concebido mediante la teoría de la Concepción, sin olvidar que éste es un sujeto de derecho.

De lo anterior, podemos rescatar que al menos se ha otorgado protección jurídica al concebido desde el momento de su concepción, pero mediante la categoría de sujeto de derecho. En ese sentido, Chunga, Chunga & Chunga (2016) mencionan que:

A diferencia de la Convención en la legislación peruana se ha considerado niño desde la concepción hasta los 12 años, y adolescente desde los 12 hasta los 18 años de edad. Cabe anotar que la Convención al redactar la fórmula del art. I lo hizo en forma abierta en razón de que en muchos países solo se considera al ser humano sujeto de derecho desde la anidación, la formación del sistema nervioso, la constitución del sistema inmunológico o desde el nacimiento. (p.225)

Pero si todos entendiésemos lo antes mencionado, con especial énfasis en la protección del concebido anencefálico como persona, entonces nos preguntamos ¿Cómo es que el Estado peruano ha ordenado la distribución gratuita de la “píldora del día siguiente”? he aquí una muestra de lo que no se debe hacer, menos aun cuando existe disposición Constitucional clara respecto a que la vida inicia con la concepción, en ese sentido, nos encontramos en una contradicción respecto al carácter Tutelar del Estado en cuanto obligación de Preservar. Además, si bien se tenía dudas acerca de los efectos nocivos del Levonorgestrel, luego se ha confirmado que no causa dichos efectos después de la implantación del ovulo fecundado en el útero. Sin embargo, esto es una falacia, pues se tiene confirmaciones acerca de que dicho elemento dificulta e impide la unión de los gametos heterosexuales. Pero esto no es todo, supongamos que una vez se han unido las células de los padres, este correrá el riesgo de no poder implantarse en su morada final, porque el Levonorgestrel actúa incluso en esos momentos. Luego,

ante la imposibilidad de saber en qué momento un ovulo se encuentra o no implantado, y mediante la protección del Principio Precautorio, no es posible defender la vida del concebido anencefálico, y del concebido en general, permitiendo el uso de la “píldora del día siguiente” por no saber en qué momento se desarrollarán sus efectos.

A continuación, vamos a tratar la defensa permanente de la vida humana del concebido anencefálico.

1.4. Defensa permanente de la vida humana del concebido anencefálico

Teniendo como base lo antes suscrito, y ante este escenario, nosotros vamos a plantear la defensa permanente del derecho a la vida del concebido anencefálico.

En ese sentido, dicha defensa permanente se puede llevar a cabo, a través de políticas de Estado concordantes con los principios y valores que cree nuestra sociedad, por ejemplo mediante la destinación de recursos a la Policía Nacional para que junto a la Fiscalía, atiendan y persigan el delito de aborto, adoptar medidas para una reforma institucional para la lucha contra la impunidad del aborto (Quispe, 2016), también mediante la tipificación en contrario al delito del aborto – que lógicamente alcanzaría a los fetos anencefálicos porque ellos, al igual que toda persona merecen la vida, o mediante conferencias y charlas de concientización acerca del profundo significado de la vida humana, porque finalmente no es posible hacer diferencia entre seres de la misma especie, nadie es superior al otro, todo ser humano merece nacer, se debe respetar los bienes jurídicos con los que nacemos de forma natural.

El feto que padece una anomalía como la anencefalia, es absurdo que no pertenezca, por ese motivo discriminatorio, a la especie humana, no se puede hacer un poco o medio humano, se es completamente humano o no se es (Mansuy, 2015; Maiztegui, 2012). El concebido merece protección especial porque él mismo aun no puede defenderse.

Una defensa permanente implica también el reconocimiento natural del derecho a la vida, de modo que entendamos que este es anterior a nuestra legislación, esto

ayuda a comprender por qué no se debe vulnerar la vida de las personas. Si reconocemos esto, no importará el tiempo y el momento histórico en que se encuentren las sociedades, siempre se tendrá en cuenta que la vida es de derecho natural y que Dios nos ha otorgado.

Por ahora, nuestro cuerpo del derecho civil se encarga de manifestar desde que momento se protege la vida humana y cuál es la categoría del concebido. Nosotros mencionamos que, para una defensa permanente del derecho a la vida, necesitamos una precisión puntual y más eficaz respecto al planteamiento actual de la misma, por ese motivo, nos decantamos en afirmar que el concebido no debe ser considerado sujeto de derecho sino persona humana, de modo que podamos elevar su categoría legal a la que realmente pertenece y no permanezca discriminado por algún rincón del aborto en el que pocos le alcanzan la mano y se atreven a defender lo justo, su derecho a la vida y la consideración como ser humano dentro de la sociedad – tal como demuestra, Carretero (2018), que lejos de proteger la vida inocente del *nasciturus*, justifica su investigación en:

Encontrar cuáles son esas otras causas que deben ser autorizadas y, por tal, estar comprendidas dentro de la figura del aborto terapéutico, ya que muchos de estos casos no son legislados y entran dentro de la figura jurídica de lo ilegal o contrario a derecho, lo que hace crecer el índice de abortos, por lo que creemos que deben ser de conocimiento esas otras causas como la anencefalia que pueden ser consideradas dentro de este tipo legal. (p.9)

Lamentablemente, es de gran pesar hacer mención que el ser humano va adquiriendo cada vez más ciencia y menos conciencia, pasar horas tras una argumentación falaz tras la meta de despenalizar el aborto – tal como sugieren (Calderón, 2016; Pérez, 2016; Ordinola, 2017) creemos constituye un retroceso de nuestra civilización, al contrario, debemos apoyar a la lucha en favor de la penalización del aborto en consideración del derecho a la vida del concebido con el especial respeto hacia la vida de la madre (Peña, 2019).

A continuación, vamos a esbozar conceptos fundamentales respecto del derecho a la salud de la madre que lleva concebido en su vientre a un feto, que podría ser un *nasciturus* anencefálico.

2. El derecho a la salud de la madre: ¿qué implica?

No menos importante resulta revisar nociones respecto al derecho a la salud de la madre, en especial aquella que lleva en su vientre un concebido que padece de anencefalia.

Sabemos acerca del sufrimiento y la alegría que significa para la madre llevar a cabo todo el proceso de gestación, con las dificultades que eso suscita, no inconscientes ni indiferentes de lo que tal evento significa, desarrollamos las siguientes líneas.

Hemos mencionado en el tercer capítulo, que el derecho a la salud tiene tres factores: físico, psíquico y social, a continuación, vamos a analizar estos factores en concordancia con la salud de la madre de acuerdo a nuestra realidad nacional.

2.1. En cuanto al facto físico

Mencionamos que el derecho a la salud de la madre en cuanto al factor físico, significa que debe poder llevar un embarazo normal que no afecte su integridad física, ¿qué significa un embarazo normal? Para nosotros, es el modo por el cual, pese a los naturales eventos que suscita el embarazo, éste no cause daños en su salud de modo grave o trágico con consecuencias que produzcan la muerte.

En cuanto a la afectación de su integridad física, entendemos que solo se producirán lesiones de tal magnitud cuando exista un embarazo con graves complicaciones por la razón que fuere, por ejemplo, un embarazo ectópico o haber recibido influencia externa o social en agravio del aspecto físico de la madre. En ese sentido, el solo hecho de llevar en el vientre un feto anencefálico, no es causal de una grave afectación a la integridad física de la madre, incluso, hay quienes se enteran de la anomalía de su hijo al momento de nacer.

Como mencionábamos en el capítulo segundo, en el caso K.L Vs Perú, sucedió que, pese a las advertencias de los médicos que recomendaron el aborto a causa del feto anencefálico y por el supuesto de que ponía en grave riesgo su vida, *contrario sensu*, la bebé llegó a nacer con vida (DEMUS, 2017).

En ese sentido, consideramos que fuera de las causales médicas que no indiquen la muerte de la madre a causa de continuar con el embarazo y en referencia al

factor físico, no se debe permitir la expulsión del vientre materno del feto anencefálico.

2.2. En cuanto al facto psíquico

En cuanto al factor psíquico, implica que la madre, no padezca de enfermedades mentales o de alguna clase de perturbaciones que afecten su alma o psique humana. La madre debe gestar en un entorno aceptable acondicionado a la vida humana normal, que no interfiera en el desarrollo de su hijo y donde su salud mental a causa del embarazo sea aceptable.

Opinamos que va contra el derecho a la vida del concebido el que se pretenda optar por el aborto alegando que por el solo hecho de ser anencefálico – ya no tendrá oportunidad de vivir o que si lo hace – sufrirá; nosotros creemos que el valor de la vida humana no la quita la simple decisión subjetiva de la madre que desea abortar por un motivo no fundamentado de modo suficiente, si esto se permitiera en algún momento, entonces no solo los fetos anencefálicos sino que *a posteriori* todos aquellos que llevan anomalías congénitas, podrán ser privados de su vida, tal como sucede por ejemplo con los niños con síndrome de Down. Nosotros abogamos por la defensa de la vida humana desde el momento de la concepción, etapa desde la cual, se debe tutela a un nuevo ser humano en potencia. Permitir el asesinato de un feto humano significa ir contra el derecho natural a la vida, y esto es irracional en un Estado de derecho. Entonces:

¿Cómo medir la “carga humanizadora” de este ejercicio de racionalidad que, a la vez que contrasta y verifica los discursos *naturales* (sic) sobre la dignidad, otorga y planea una discriminación entre ellos? Por los valores de razón que ella misma descubre y exige para su funcionamiento, tendríamos que responder. En otras palabras, porque este ejercicio de razón comporta un campo previo – en tanto que exigido – para poder llevarse a cabo. (De la Torre, 2008, p.31)

Sobre el hecho de reclamar una indemnización a causa de no haberse permitido a la madre practicar un aborto – tal como el citado caso K.L Vs Perú - es inmoral e inaceptable en una sociedad como la nuestra que se muestra partidaria, al menos en su mayoría, de conservar la tradición de valores cristiana y de defensa de la persona y la vida humana, la cual significa que la vida la da y la quita Dios como supremo ser Universal de toda la Creación.

Así, se tiene por reprochable moralmente el hecho de reclamar una indemnización por no haberse permitido asesinar a un ser humano. En efecto, no se enseña – ni se piensa en matar seres humanos, menos a los concebidos anencefálicos por ser indefensos, por pertenecer a nuestra sociedad, porque lo consideramos ser humano y esperamos con mucha alegría que se mantenga con vida al momento de nacer y todos los años que pueda estar con vida. En efecto, la ley divina legislada por Dios es la vida misma, lo que nosotros percibimos de ella es la ley natural – en este caso el cuidado y la defensa de la vida humana hasta las últimas consecuencias, por ese motivo no debemos desnaturalizar mediante la ley humana los preceptos naturales ni divinos porque al hacerlo estaríamos incurriendo en una infracción contra la defensa de la vida, abriendo un sin número de arbitrariedades e interpretaciones al antojo sobre la misma.

Nadie piensa, bajo apercibimiento de reproche social, en que ojalá o tal vez pueda ya morir determinado ser humano por padecer de determinadas anomalías congénitas, al contrario, sentimos congoja por él y deseamos ayudarlo en cuanto pudiéramos, pues vivimos bajo códigos de conducta aceptados por los integrantes del grupo social y con ello logramos una mejor convivencia (Álvarez, 2011). Sin embargo, y con gran pesar afirmamos que es a veces de los mismos padres de quienes viene la mano de la muerte - ¿no es acaso un asesino quien pide una indemnización al Estado por no haberle permitido deshacerse de su hijo cuando estuvo en su vientre? Opinamos que lo es, y nosotros no es que carecemos de conciencia social, porque:

Todo hombre conoce el imperativo moral de su conciencia y todos los sistemas de normas morales vigentes en los más diversos pueblos, desde el tabú hasta las sociedades más avanzadas, confirman la generalidad en la conciencia de este imperativo, que sirva de base a las reglas y preceptos particulares de tales sistemas. (Andia, 2011, p.41)

El hombre descubre todos estos aspectos de su razón moral de forma inmediata, por medio de su conciencia, que al juzgar antes o después de tomar una decisión sobre una conducta que cae dentro de la esfera del bien o del mal, eleva su voz aprobando, desaprobando, estimulando, reprimiendo sus sentimientos. (Andia, 2011, p.42)

Seguido, y radicalmente menos importante es mencionar que, el daño psíquico es algo que los médicos tratan, controlan y curan, sin embargo, no existe pastilla,

jarabe ni antibiótico para devolver la vida humana a un inocente feto anencefálico. Opinamos que no se le debe otorgar crédito a quienes mencionan que un feto que padece de anencefalia no tiene desarrollado su sistema nervioso y por tanto no siente dolor. Quienes lo justifican, mencionan que es recién a partir de la semana 22 a 24 que el feto comienza a reaccionar en base a estímulos, pero que estas son inconscientes, pues su sistema nervioso aun no está desarrollado, es en la semana 27 a 30 en que el feto tiene formada la corteza cerebral (Meneses, 2016).

Apartándonos por un breve lapso del contexto antes descrito, mencionamos algunos rasgos sociológicos y psicológicos en los que contradictoriamente debemos mencionar que existe información acerca de que las mujeres que practicaron el aborto, requirieron atención médica *a posteriori* debido a las complicaciones que significa para el organismo femenino tal hecho (hemorragia, choque hemorrágico, sinapsis) pudiendo generar la muerte y comprometiendo órganos vitales del cuerpo humano – quedando muchas de ellas imposibilitadas de tener hijos. Pero eso no es todo, las consecuencias psicológicas cobran especial importancia, pues la principal percepción que se ha encontrado en aquellas es el duelo, expresándolo como la pérdida de un ser querido, muestran impotencia, culpa, sensación de que pudieron hacer algo malo, sentimiento de vacío, sufrimiento, llanto ante la pérdida de un hijo – incluso algunas mencionan frases como “cuando escucho el llanto de un bebé siento la necesidad de cargar a mi bebé” o “se me pasa por la cabeza querer robarme a un bebé que no es mío”, también sufren de ansiedad, temor, duda acerca de si quedarán embarazadas otra vez, etc. (Orozco, 2015; Jerez, 2018; Díaz y Mera, 2016). Por tales motivos, nosotros no recomendamos el aborto, menos aun si se trata de un feto anencefálico. Cabe mencionar algo interesante, se refiere a la propaganda y la incentivación acerca de que el aborto es bueno o que es la solución, sucede que tiene sus raíces en la década de los 70, época en que:

Marcó un cambio respecto de los valores de la sociedad de los cincuenta y las generaciones anteriores. Tanto así, que la adaptación y disposición de las personas a servir y sacrificarse por el otro, fueron ideales sustituidos por el egoísmo, egocentrismo, individualismo, hedonismo, autogobierno, satisfacción de los deseos, distensión, espontaneísmo y desvinculación entre las personas. (Alvarado, 2015, p.145)

Conscientes de que estos eventos acontecen en la actualidad, no es para menos la justificación de este trabajo, que se basa también en revalorar, cuidar y proteger la vida humana desde sus inicios, tal como lo indica nuestra postura – que tutela al ser humano desde la etapa de la concepción, entendida como la unión de los pronúcleos heterosexuales de los padres.

2.3. En cuanto al facto social

Seguido, en cuanto al factor social, implica que la madre no puede excluirse ni negársele el derecho de participación en la sociedad y respecto de cuantos ámbitos se susciten en ella, así v.gr. la participación en eventos sociales, culturales, económicos, etc., de la sociedad.

En ese sentido, sí se puede llegar a afectar el derecho a la salud de la madre respecto al factor social en concordancia con su embarazo de un concebido anencefálico, y puede ocurrir en muchos ámbitos, pero nosotros nos vamos a centrar en uno de ellos por su especial relevancia en nuestros días, se trata de las diversas organizaciones que no son pro-vida, y que llevan a cabo protestas en las calles, por ejemplo, a favor del aborto, de la ideología de género. En ese sentido, creemos que sí se vería afectada o alterada la salud social de la madre y la vida del feto anencefálico, pues esto indica que, entre ellos, los grupos feministas alzan su voz de protesta para que se legisle a su antojo, de modo que sean ellas las que puedan decidir sobre su propio cuerpo y no otro entre, así se expresa Portocarrero (2015) cuando expresa:

En nuestro país las organizaciones feministas IDEPAZ, PERU MUJER, DEMUS y MANUELA RAMOS, sosteniendo igual criterio, presentaron bajo el membrete de CLADEM PERU (Comité Latinoamericano de Defensa de la Mujer – filial Perú), un proyecto modificador del delito de Aborto a la Comisión Revisora del Código Penal, cuando se encontraba en preparación el vigente cuerpo de leyes, bajo el siguiente texto: artículo 114^o.- La mujer que cause su propio aborto o consciente que otro se lo practique no será sujeto de sanción penal. (p.19)

Con referencia al factor social, cabe mencionar, que existen otras organizaciones feministas en el Perú como FEMOCCPAALM, FEMUCARINAP, LIFS, ULBMHOL, Colectivo Feminista Pachas, Colectivo Contranatura, La Mestiza Colectiva,

Católicas por el derecho a Decidir, Campaña 28 de setiembre por la despenalización del aborto, Alfombra Roja Perú, Ni Una Menos, entre otras (DEMUS, 2017; Paliza, 2017). Mencionamos que la organización feminista DEMUS fue quien patrocinó el caso denominado K.L Vs Perú debido a su conveniencia suponemos.

Dichas organizaciones *pro mortis* del concebido – mencionan que la mujer es la que debe decidir sobre su cuerpo y no otro ente externo, que la maternidad es impuesta por la sociedad, que una mujer debe decidir si convertirse o no en madre, que cuando una mujer no desea continuar con el embarazo – debe cortarlo, que un *nasciturus* no puede truncar el proyecto de vida de una mujer, que debe contar con el apoyo del Estado para acceder a un aborto seguro, que los abortos clandestinos son culpa exclusiva del Estado, que a una mujer no se le debe imponer el ser madre, que el enfoque de género es una herramienta que con el transcurso del tiempo evitará que más mujeres sigan muriendo a causa de los abortos – sobre todo los clandestinos (Granelli, 2011; Campos, 2015; Gonzales, 2015).

En ese contexto social actual, la cuestión del derecho a la salud de la madre en referencia al factor social, vendría a alterarse por cuanto la existencia de grupos feministas radicales.

En cuanto a la ideología de género, en resumen, afectaría la salud de la gestante debido a que esta podría sentirse tentada a cometer un homicidio al abortar el fruto de su vientre – pues podría considerar que ella tiene la libertad de elegir si el *nasciturus* anencefálico vive o no, de si desea convertirse o no en madre, de si considerar al concebido como parte de su cuerpo, de si se siente a gusto con el embarazo y en consecuencia poder llevarlo a término, e incluso podría auto percibirse como un ser contrario a su sexo y decir por ejemplo que, considerándose ella un varón, no tiene porqué llevar en vientre a una nueva vida y consecuentemente abortar de forma legal; o incluso considerar que pertenece a alguno de los géneros que no sean los naturales y concebir a dicho *nasciturus* en un ambiente con evidentes repercusiones que sobrepasan la estupidez humana.

Nosotros nos mostramos en contra de los argumentos feministas mencionados y otros que pudieran haber, porque no tutelan la vida del concebido anencefálico, no

son pro-vida y alientan a la despenalización del aborto. Dichas organizaciones cometen un grave error en cuanto a sus ideales radicales, pues creen que su cuerpo es suyo y que en él caben los concebidos, es decir, que el *nasciturus* anencefálico vendría a ser parte integrante de su cuerpo, lo cual, es inconcebible, en el cuerpo de una mujer embarazada subsisten dos vidas diferentes, la de la madre y la del hijo, si estas fueran la misma ¿acaso cuando fallezca la madre también fallecerá el hijo? Esto no es cierto, siendo esto ilógico, contradictorio, se deduce la falacia de este argumento y tantos otros.

La misma argumentación se esboza cuando pretenden consumir las “píldoras del día siguiente” de las que hemos hablado en el segundo capítulo, ellas alegan que no causan daños al óvulo fecundado – cuando existe evidencia científica de lo contrario, y lo más irracional – mencionan que es injusto traer al mundo un hijo no querido, no deseado, que no va a tener padre, que va a sufrir mucho, que va a ser marginado socialmente y en fin muchas excusas de toda clase que ya poco tienen que ver con la disputa acerca del momento en el que se produce la vida humana, sino que versan sobre cuestiones absurdas al comparar la defensa que se hace del concebido ya no como sujeto de derecho sino como persona – respecto de si “queremos” o “deseamos” dejarlo nacer debido a que me conviene o no tal suceso, ¿acaso para eso no existen los métodos anticonceptivos distintos a los de la clase perteneciente a la “píldora del día siguiente”? Sí existen y aunque no fueran totalmente seguros, demuestra por parte del ser que las usa, que puede ya asumir la responsabilidad de sus actos – en mayor o menor medida y respetando la alteridad de este derecho.

Por tanto, en cuanto al pacto social, no estamos de acuerdo con todas aquellas prácticas tendentes a menoscabar la vida del concebido anencefálico, menos aun con los argumentos esbozados por los grupos feministas.

2.4. En cuanto a la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud.

Como habíamos mencionado en el tercer capítulo, el derecho a la salud de la madre también implica que se le deben prestar los debidos servicios de salud en los

diversos establecimientos del Estado, cuando esta lo requiera. En ese sentido habrá de tener disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en los diversos servicios de salud como madre gestante.

En cuanto a **la disponibilidad**, la madre gestante deberá concurrir a los servicios de salud del Estado y este deberá contar con los instrumentos adecuados e indicados para poder atender sus consultas en las veces que sea necesario, por tanto, el Estado peruano habrá de mantener una política de salud aceptable. En ese sentido, el Estado, no puede descuidar la faceta relacionada con los servicios públicos de salud que presta a cada gestante, de modo que sea posible mantener a las madres en condiciones de llevar un embarazo con las menores complicaciones.

Consideramos que dichos aspectos, se vienen cumpliendo de forma poco regular, esto es debido a la ineficiencia del Estado en la forma de atender las citas, pues se deben esperar muchos días actualmente para acceder a una consulta médica.

La accesibilidad, implica que la madre gestante deberá tener los soportes necesarios para recurrir a un centro de salud del Estado, lo cual hace referencia al aspecto económico en cuanto comprar las medicinas y cancelar el transporte, asimismo, no podemos olvidar lo referente a la información que deben recibir dichas madres peruanas respecto de cómo se produce el acceso a los servicios de salud del Estado. Nosotros tenemos conocimiento que las poblaciones alejadas de un distrito son las más afectadas en este ámbito, porque deben caminar o trasladarse durante horas para poder acceder a la Posta Médica del distrito más cercano, lo cual, se traduce en una ineficacia del derecho a la salud de la madre por cuanto muchas veces ésta atención llega tarde debido a la gran distancia de deben recorrer dichas pobladoras.

Cuando hablamos **de aceptabilidad**, esta implica que nuestro Estado debe ser consiente que existen mujeres que estando embarazadas no pueden asistir a un determinado centro de salud por cuanto su economía no les permite, por ese motivo, esto implica que este ente debe privilegiar en cierto sentido y en alguna medida el acceso del derecho a la salud de las mujeres gestantes que viven en localidades rurales y marginadas.

Nosotros, conociendo nuestra realidad nacional en sus aspectos básicos, nosotros lamentamos que no exista aceptabilidad respecto al derecho a la salud de la madre, quizá para esto deban construirse Postas Medicas en localidades estratégicas que no requieren de un transporte tan lejano que haga imposible atender la salud y salvar la vida de la madre.

Respecto a **la calidad**, esta implica que la madre gestante deberá acceder a un servicio de salud en condiciones que el Estado brinde seguridad en cuanto a la atención y calificación del personal médico que la atiende. Implica efectividad, pues no es posible que una gestante sea atendida con equipos médicos no sofisticados de acuerdo a los avances en la tecnología médica, y menos aún se debe hacer distinción entre las mujeres gestantes.

Implica atención centrada en la persona, por tanto, la madre gestante debe ser tratada prioritariamente por la delicadeza del suceso del embarazo, debiendo ser asistida con la justicia que el tiempo le requiere, es decir, oportunamente o sin retraso.

2.5. El derecho a la salud en concordancia con nuestro Código Penal

En concordancia con lo antes mencionado, veamos lo que implica la salud de la madre desde la perspectiva de nuestro Código Penal. El citado cuerpo de leyes, en su artículo 119º prescribe *“No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.”*

Como podemos apreciar, la madre gestante tiene protección del Estado cuando su embarazo sea mortífero, así se expresa el carácter tuitivo del artículo precedente al manifestar que se puede practicar un aborto cuando es el Único medio para salvar la vida de la gestante, para acceder a la interrupción legal de este embarazo, no es necesario que la gestante se encuentre en inminente riesgo de muerte, sino que es suficiente que exista amenaza de daño grave y permanente en su salud (Dador, 2018). ¿Qué implica esto? Según nuestra posición, que por el solo hecho de gestar un feto anencefálico – no es motivo suficiente para causar su aborto, implica que la

madre no puede abortar alegando que le causará un daño psíquico solamente; eso significaría desear la muerte del feto anencefálico, es decir – un mal en su cuerpo.

Contrario sensu:

En el hombre se distingue el ser y el obrar. Constituyendo el acto la perfección del ser, todo ser tiene su fin en el acto que le corresponde. El acto humano es el que procede libremente del apetito racional, al cual se le da el nombre de voluntad. Dicho acto tiene necesariamente un objeto, dicho objeto es el bien o bondad. La voluntad, en efecto, no puede querer cosa alguna sino en cuanto se le presente como buena (Fernández, 1966; Rodríguez-Arias, 1960). Además:

El ser apetece lo que es bueno: se confronta una idea primordial dentro de la metafísica teísta impuesta entre los medievales, en la que se justifica la obediencia a Dios, ya que lo que ordena es bueno. Lo moral se vincula con la idea de bien, en razón de la finalidad, dada la tendencia al apetito. (Agudelo, 2011, p.90)

En ese sentido, el acto de abortar un feto anencefálico no es conducido por la bondad de las acciones, no ayuda a la perfección de la persona, es un acto que no es libre – en cuanto proviene de la angustia de no saber qué hacer con el nuevo ser y por tanto carece de legítima voluntad del querer. Nosotros calificamos de inmoral la conducta referida a la expulsión del feto del vientre materno.

Respecto a evitar daños graves y permanentes en la madre gestante, esto debe llevarse hasta donde sea posible alcanzar y extender el derecho a la vida del concebido anencefálico, ¿Qué implica esto? Que, debido a la gravedad del embarazo de la madre, esta pueda ser capaz de ver dañada su integridad física debido a la pérdida irreparable de cierto órgano vital y la inevitable muerte. Por tanto, esto implica que, salvo las excepciones mencionadas, no se verá afectada la salud de la madre respecto al derecho a la vida del concebido anencefálico.

El año 2014, y debido a las consecuencias del caso K.L Vs Perú, el Estado aprueba la antes mencionada Guía Técnica Nacional para permitir el aborto terapéutico en el marco de lo dispuesto en el artículo 119º del Código Penal. Ese mismo año se aprueba el Proyecto de Ley N° 3839-2014-IC, proyecto de ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazos como consecuencia de violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidos. En ese sentido, es que tenemos el artículo 120º de nuestro Código Penal, el cual prescribe “El aborto

será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: 1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o 2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.”

En cuanto al inciso 1, del artículo 120º, creemos que no merece comentario alguno por cuanto es absurdo, trasnochado e indiferente con la vida humana, pues si según nuestra posición hemos mencionado que la vida humana comienza con la concepción y que el concebido es sujeto de derecho, entonces resulta un absurdo el sentido de la redacción del citado artículo. ¿esto que implica? Ya muy lejos de proteger el derecho a la salud de la madre, según opinamos, implica la completa desprotección del concebido.

Ahora, respecto al inciso 2, del citado artículo, merece especial atención, pues opinamos que no es concordante con el respeto de la vida humana y su dignidad el hecho que se permita legalmente el aborto de un concebido que conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas - como un feto anencefálico. Creemos que esto peca de arbitrariedades escandalosas pues no se tutela la vida humana ¿Dónde está la dignidad del concebido como sujeto de derecho? Es posible notar según nuestra opinión, que el citado inciso no tutela la vida de los más indefensos, el feto anencefálico no debe estar sujeto al aborto por llevar al nacimiento graves taras físicas y psíquicas, eso es contrario al artículo 1 del Código Civil que protege al concebido desde el momento de la concepción – entendida esta como la unión de los pronúcleos heterosexuales de los padres; la descripción del citado artículo demuestra que el Estado peruano ya no cree en el valor supremo de la vida y su respeto como fin supremo. Muchas interrogantes podrían causarnos semejante redacción del segundo inciso del artículo 119º del Código Penal, pues hace relación a un aborto eugenésico, es decir, que busca la selección social humana – el mejoramiento de la raza humana a costa de privar de la vida a los concebidos anencefálicos y otros fetos con anomalías congénitas que también merece vivir.

Todo ser humano merece la vida por el solo hecho natural de serlo, y debe reconocérsele. ¿no es acaso evidente que el inciso 2, del artículo 119º es clara muestra de que las feministas van ganando territorio en la disputa acerca de la vida del concebido? No cabe dudarlo según nuestra postura, lo cierto es que la infeliz redacción del citado artículo *sub examine* permite una puerta al aborto legal que a *posteriori* llegaran a establecerse mediante el modo de la indicación en muchos más casos, llegando a un absurdo que es ilegal y arbitrario. Y como hemos mencionado, ya lejos de analizar qué implica esto respecto de la salud de la madre gestante, en cambio nos encontramos con la evidente desprotección del concebido.

En concordancia con lo mencionado en el tercer capítulo, la salud de la madre gestante implica una faceta negativa en la omisión de realizar actos de disposición de su propio cuerpo que afecten gravemente a la vida del concebido anencefálico, de modo que sea este un daño indirecto que le cause perjuicios en su salud o en su vida.

Finalmente, la salud de la madre gestante implica también, el recurso efectivo a una indemnización cuando el personal que se ocupa de la salud humana haya provocado en ella daños en su cuerpo o un aborto, de modo que no deben quedar impunes dichas malas *praxis* médicas.

Habiendo desarrollado el apartado precedente, vamos a analizar cómo se debe llevar a cabo la resolución de un conflicto eventual entre el derecho a la vida del concebido anencefálico y el derecho a la salud de la madre.

3. Como se debe resolver un conflicto entre la colisión del derecho a la vida y el derecho a la salud

A continuación, de la mano de todos los capítulos antecedentes de este trabajo, vamos a desarrollar la parte pertinente a la forma en como consideramos que se debe resolver un conflicto existente entre la colisión del derecho a la vida del concebido frente al derecho a la salud de la madre.

En primer lugar, participamos de la tesis doctrinaria de que ningún derecho es absoluto, que existe jerarquía entre derechos fundamentales y que siempre

debemos ir en pro de la defensa de la vida y la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y el Estado.

En ese sentido, después de todo lo esbozado, consideramos que cuando nos encontremos en un conflicto entre los derechos fundamentales mencionados, debemos de tener en cuenta lo que vamos a mencionar a continuación.

3.1. En cuanto al derecho a la vida del concebido

En primer lugar, revisemos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y otros como la Corte Interamericana en lo referente al derecho a la vida. En ese sentido, menciona EGACAL (2009) una definición del referido derecho esbozado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Villagrán Morales y otros contra Guatemala:

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. (p.14)

Como menciona la citada Corte, el derecho a la vida también comporta la garantía de una existencia digna, y si el concebido anencefálico es un ser vivo, una persona, entonces también merece una existencia digna ¿es digno que se le prive de la vida arbitrariamente? Opinamos que no, además sostenemos que la dignidad no se pierde por las condiciones físicas. Estas son falacias estultas, *contrario sensu*, según EGACAL (2009) el Tribunal Constitucional peruano, en el Exp. N°: 0010-2002-AI, 03/01/03, Fj. 213, menciona:

La dignidad de la persona es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el solo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, esto es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución. (p.13)

Ciertamente, la categoría del ser, presupuesto de existencia del mismo y sus consecuencias, al evitarse su defensa, se subsume en el mismo supuesto que negar protección a la vida humana. Y siendo que el concebido anencefálico posee presupuesto ontológico, no es menos importante, sino que en concordancia – se debe tutelar el derecho a la vida de su ser. Así, según EGACAL (2009), lo informa el Tribunal Constitucional, en el Exp. N°: 0042-2004-AI, 13/04/05, Fj. 32, al expresar:

La dignidad de la persona humana se configura como un principio-derecho constitutivo de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce. Del mismo modo, es un principio informador para la configuración de nuevos derechos de rango constitucional y es el presupuesto de nuestro Estado Constitucional y Democrático de Derecho. (p.13)

En ese sentido, queda evidenciado que de no existir tutela ontológica del concebido y subsecuentemente el derecho a su vida, entonces ¿cabría siquiera un pomposio *a posteriori*? Esto es de nuevo una estulticia, o ¿es acaso que el derecho a la vida se defiende solo ante la idea de peligro de muerte? Al respecto, según EGACAL (2015), esto es lo que ha expresado nuestro Tribunal Constitucional en el Exp. N°: 1429-2002-HC, 19/11/02, Fj. 14, al expresar:

Debe tenerse presente que la vida no es un concepto circunscrito a la idea de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio que la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Por esta razón, es indispensable la consideración de la vida en dignidad, en este caso, se manifiesta como vida saludable. (p.14)

Con los presupuestos antes mencionados, debemos analizar en qué momento debe o puede ser restringida la vida del feto anencefálico que es un concebido en ese momento.

Consideramos, según nuestra propuesta, que el citado derecho a la vida del *nasciturus*, solo podrá ceder en contra de la salud de su madre, cuando existan las siguientes situaciones que pasaremos a sustentar: 1. Que, el concebido le ocasione daños en la salud a su madre y ésta a causa de estos daños se tenga la certeza científica del médico que a la madre le ocurrirá la muerte.

En primer lugar, fundamentamos lo mencionado, en que tal como hemos apreciado a lo largo de todo nuestro trabajo y con más énfasis en el cuarto capítulo de esta

obra, el derecho a la vida es presupuesto para el ejercicio de otros derechos ¿qué sentido tendría hablar de los demás derechos del *nasciturus* si no se respeta este? Por tal motivo, las restricciones a tal derecho deben ser mínimas, tanto, así como reducir su defensa, en el presente caso – a la certeza medica del sobreviviente deceso de la madre a causa del embarazo, lo cual es lógico, racional, proporcional y se adhiere a la postura del Tribunal Constitucional peruano, tal como se ha esbozado.

También fundamentamos el citado derecho, en lo que hemos suscrito en el tercer y cuarto capítulo de este trabajo, nos referimos a la alegada dignidad humana del concebido anencefálico, en ese sentido, siendo este un presupuesto ontológico a la presencia del ser en el mundo, tan solo bastaría imaginar su desprotección para poder otorgar un tratamiento arbitrario a la protección del mismo, en efecto, si no se protege la dignidad del concebido ¿de qué ser estamos hablando? Esto sería una estulticia. Recordemos que el concebido anencefálico tiene el derecho a la vida de forma natural a su coexistencia, y posee valor inherente a su ser por el solo hecho de serlo, y tal como hemos mencionado, dicha cualidad no se la ha otorgado ninguna ley humana, sino que es consustancial a su ser. Bajo estos preceptos ¿se justifica eliminar un concebido anencefálico del vientre materno sin realizar algún otro análisis? Eso no es posible siempre que en nosotros reconocemos el valor de la dignidad humana.

Luego, lo que no nace, no crece, el concebido crece en todo momento porque se encuentra en potencia de nacer – no de ser, y como diría Aristóteles en este caso, el primer acto se produjo en la etapa de la concepción y su potencia en cuanto crecimiento es evidentísimo e incesante, cuando llega al nacimiento se ha producido el segundo acto de su vida, el ser será potencia hasta su fin y se encuentra en constante actualización.

Además, en concordancia con el primer y segundo capítulo de esta obra, fundamentamos lo antes expuesto en que, solo es posible ceder la vida del concebido, cuando la madre, a causa del embarazo tenga la certeza médica que le ocurrirá la muerte. En cualquier otro caso, consideramos que no está justificado, pues, de acuerdo al tercer capítulo, significa que la madre tiene las posibilidades

de continuar con vida llevando tal embarazo, lo contrario significaría ciertamente privilegiar la vida de la madre por sobre la vida del concebido, y esto es una falacia, pues no siendo absoluto ninguno de los dos derechos, se deduce que, mientras la madre pueda vivir con certeza de no muerte, entonces, el concebido también tiene derecho a vivir, pero cuando ya no exista tal certeza, entonces, no es que al concebido se le prive inmediatamente de la vida, sino que se ha de usar toda forma de tecnología médica disponible para que continúe su desarrollo “hasta donde sea posible” la extensión de su vida fuera del vientre materno. Hacemos mención que después de las 20 semanas de embarazo hay posibilidad de vida extrauterina (García, 2016), aunque actualmente se tiene toda la evidencia disponible del caso de la bebé más prematura de la historia de la humanidad, su nombre es Lyla y nació entre la semana 20 y 21 de embarazo (Infobae, 2018), por lo que no se han equivocado los médicos en declarar viable la vida humana extrauterina desde la semana 20 de gestación. Luego de aquel caso mencionado, existen muchos más que han sobrevivido en los días siguientes.

Los daños o posibles daños ciertos a la vida o la salud de la madre deben tener certeza científica del médico o de la ciencia.

Consideramos que no existen otros motivos por los cuales el concebido deba ceder el derecho a su vida frente al derecho a la vida o la salud de su madre, toda vez que mientras está viva, aquel también podrá hacerlo.

3.2. En cuanto al derecho a la salud de la madre

En cuanto al derecho a la salud, aparte de los suscritos en los capítulos tres y cuatro, tenemos referencias jurisprudenciales, las cuales pasamos a esbozar para tomar nota de su contenido. En efecto, según EGACAL (2009) menciona que el Tribunal Constitucional en el Exp. N°: 2016-2004-AA, 05/10/04, Fj. 27, expresa:

El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento. (p.44)

En ese sentido ¿Cuándo se mantiene la normalidad orgánica funcional? Opinamos, en concordancia con lo mencionado en el tercer capítulo, que cuando no existe

enfermedad o mal alguno en los órganos que componen nuestro cuerpo, y, además, cuando estos órganos dañados no nos lleven a la muerte.

Luego ¿Qué implica poder restablecerse? Opinamos, según lo establecido en cuestiones de derecho a la salud referidas en el tercer capítulo, que, implica no fallecer a causa de tener o mantener anormalidad orgánica funcional.

Así, la madre gestante de feto anencefálico, en cuanto su derecho a la salud, debe tener la capacidad o posibilidad de conservar su ser y de restablecerlo. Lo primero significa no perder su estado de salud libremente afectado de mal alguno o enfermedad. Lo segundo, significa que, de haber perdido su estado de salud libremente afectado de mal alguno, tendrá la posibilidad u oportunidad de restablecerlo.

Ahora, recordando lo que hemos visto en el tercer y cuarto capítulo, vamos a ligar el derecho a la salud de la madre con su derecho a la vida, que tan bien merecido se lo tiene como cualquier ser humano, puesto que toda persona debe ser protegida por igual en nuestro ordenamiento. Así, recordamos que el citado derecho es irreductible en cuanto se refiere a la dignidad y la vida de la persona.

En cuanto a la dignidad, en concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano vistas en este capítulo, mencionamos que, la madre gestante obviamente la tiene, y gracias a su entidad ontológica es que puede pedir tutela jurisdiccional efectiva. Ella tiene potencial vida y lleva otra en su ser. Asimismo, tiene derecho a la vida, y en tal sentido, no le debe ser privado arbitrariamente, además de que sin ese derecho no podría ejercer los demás, de modo que no deben existir restricciones arbitrarias al mismo.

Ahora, nosotros, haciendo un paréntesis respecto de lo posterior, nos preguntamos ¿hasta dónde debe ceder la vida de la madre respecto de la del concebido? Y ya tenemos una respuesta en cuanto hemos esbozado, así, la vida de la madre cederá hasta donde sea posible restablecer su salud.

Ahora, respecto y respondiendo a nuestro presente título, consideramos que el citado derecho a la salud de la madre que concibe un feto anencefálico, no podrá ceder a favor de la vida del citado concebido, cuando existan las siguientes

situaciones: 1. Que, debido a la gravedad del embarazo de la madre, esta pueda ser capaz de ver dañada su integridad corporal que le conlleva a la muerte, o dicha gravedad en su salud conlleva la pérdida irreparable de cierto órgano vital y consecuentemente la muerte.

En concordancia con la obra antecedente, fundamentamos lo antes expuesto en que, la salud de la madre, deberá ceder hasta que no sea posible presumir científicamente que su embarazo le causará alguna de las cosas mencionadas, porque la vida del concebido anencefálico, al ponerse en igualdad con la de la madre, entonces solo queda la opción de respetar la vida del mismo hasta que no sea posible que esta continúe en el vientre materno. Con esto, pareciera decirse que aludimos a un aborto del feto anencefálico cuando pone en grave riesgo la vida y en la salud, que conlleva la muerte de la madre, sin embargo, como ya hemos hecho referencia esto debemos interpretarlo de otra forma, en ese sentido, lo que se quiere decir es que, cuando exista, por ejemplo, certeza de la muerte inevitable de la madre a causa del embarazo, lo que se puede hacer es extraer del vientre materno al concebido y “hasta donde sea posible mantenerlo con vida” con la tecnología médica, será la duración de vida que este tenga. Esto quiere decir, que en ningún momento se deberá realizar actos bruscos para con el *nasciturus*, pues aún el Contrato Social le dice al Médico que él ha cedido parte de sus libertades al Estado para que este lo proteja hasta donde sea humanamente posible.

Así, lo anterior significa la continuación de la vida del concebido hasta donde fuera posible, y solo cuando exista evidente peligro de muerte en la madre o riesgos en su salud que le llevarían a la muerte – éste podrá ceder su derecho a la vida.

Ahora, el hecho de la gravedad mencionado, debe ser notorio o evidente, no apoyado en suposiciones o en creencias sin demostración científica de los efectos creídos. Que sea grave, quiere decir, que el embarazo pone en riesgo la vida de la madre o puesta en riesgo su salud conlleva a la muerte.

Respecto al daño a la integridad del cuerpo de la madre, sea por su salud u otro, debe ser tal, que de sufrirlo éste le llevaría inevitablemente a la muerte.

Nosotros, de acuerdo a los sustentos teóricos suscritos, no consideramos más motivos con respecto al aludido derecho a la salud de la madre debido a que, siempre que ésta tenga posibilidades de vida, el concebido también la tiene, y cuando ya no las tenga, entonces el concebido no es que tampoco las tenga, sino que, aprovechándonos de la tecnología médica, esta le puede “dar la mano” para continuar con su desarrollo normal – y este caso únicamente se justifica con la muerte, en este caso el de la madre, pues si ella no está en tal peligro, entonces no se justifica la evacuación del feto anencefálico hacia otro medio que haga posible seguir su desarrollo.

3.3. Nuestra reflexión al respecto

Nosotros, desde el primer capítulo, hemos reparado en cuestiones como la del comienzo de la vida humana desde el momento de la concepción, para fundamentar que ese es el momento a partir del cual el concebido merece protección jurídica como persona. Que, en concordancia con el segundo capítulo, no es posible dejar de considerar el valor de la vida humana desde que ésta se pone en potencia, y dicho momento es el de la concepción entendida como la unión de los gametos heterosexuales. Que, tal como se ha expuesto en el tercer capítulo, el derecho a la salud del feto anencefálico merece respeto por el solo hecho de poseer intrínsecamente la dignidad humana ya que se trata de una persona en potencia. Que, tal como se esboza en el cuarto capítulo, aunque algún Estado no lo reconozca en su legislación, no se debe olvidar que el derecho a la vida es de orden Natural y el concebido anencefálico merece una tutela permanente de su derecho a la vida.

Siendo esto así, siguiendo la fundamentación suficiente de toda la obra expuesta, no existe motivo arbitrario alguno para privar de la vida al concebido, lejos de eso, se debe optar siempre por defender sus derechos y su desarrollo como un integrante más de la sociedad que también nacerá en los lineamientos del Contrato Social, en ese sentido, debido a que ningún derecho es absoluto, se le podrá sacar del vientre materno y probablemente afectar su derecho a la vida, siempre y cuando un valor como éste esté en el mismo balance, siendo esto así, la salud de la madre

debe continuar con el embarazo o gestación hasta que se ponga en riesgo certero su vida o algún factor de su salud que consecuentemente le llevará a la muerte.

Así, con los cuatro capítulos suscritos, queda fundamentado con justicia, legal y racionalmente la defensa del derecho a la vida del concebido anencefálico tanto como el derecho a la vida y la salud de la madre.

Finalmente, vamos a esbozar nuestras conclusiones, para pasar a exponer nuestro Proyecto de ley – cuestión que habíamos ya advertido al comienzo del cuarto capítulo.

II. Conclusiones

1. Existe un debate acerca de la existencia o no de la naturaleza humana, las que señalan que existe, nos mencionan que dicha naturaleza es ser racional y social. Seguidamente, dicha naturaleza es la que le confiere personalidad a la persona, y como tal debemos preservar dignamente su vida por el solo hecho de serlo. Luego, existen diversas teorías acerca del momento en que comienza la vida humana, entre ellas se encuentran: la teoría de la concepción, que señala que se produce un nuevo ser con la unión de los pronúcleos heterosexuales; la teoría de la Singamia, según la cual existe un nuevo ser en el momento en que el espermatozoide ha penetrado el ovocito; la teoría de la Implantación en el útero, según la cual, existe un nuevo ser cuando el embrión fecundado se implanta en el útero; finalmente tenemos la teoría de la formación del sistema del nervioso central, según la cual, se puede hablar de un nuevo ser con la aparición de la línea primitiva del sistema nervioso. Nosotros nos adherimos a la posición manifestada por la teoría de la concepción, la cual, ha sido sustentada y probada científicamente, es así que reconoce que la vida humana comienza desde el instante de la unión de los gametos heterosexuales de los padres.
2. El inicio de la vida humana, según el Ordenamiento Jurídico peruano, se inicia en el momento de la concepción, la cual, queda demostrado *ad litteram* en nuestra Constitución Política peruana al disponer que “el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. Seguidamente, nuestro

Código Civil vigente reconoce que “la vida humana comienza con la concepción”. Seguidamente, en el año 2009 el Tribunal Constitucional resolvió prohibir que el Ministerio de Salud realice prácticas que coadyuven a la distribución de la píldora del día siguiente. Luego, el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, falló interpretando que el término Concepción tiene lugar cuando el embrión humano se implanta en el útero. En ese sentido, es preocupante que actualmente el Estado reparta la “píldora del día siguiente” porque uno de sus efectos es ser abortivo, estos hechos sucedieron a causa de que un Tribunal de justicia ordenara dicho acto. También hemos revisado las teorías del inicio de la vida que han acogido las diferentes legislaciones, así como en la Argentina, México, Paraguay, Puerto Rico, Uruguay, Chile y Brasil. Asimismo, como hemos visto, en el caso denominado K.L vs Perú, se le pide al Estado indemnizar a la víctima.

3. La anencefalia es una anomalía congénita en el proceso de formación y cierre del Tubo Neural. El derecho a la salud del feto anencefálico debe ser entendido como aquel derecho a gozar de un equilibrio de los factores físico, psíquico y social. Los caracteres del derecho a la salud están compuestos por un carácter programático y uno operativo y cuenta con cuatro elementos para la prestación de los servicios de salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Asimismo, el Estado tiene la obligación de respetar, proteger y realizar su derecho a la salud de modo tuitivo. La normatividad del derecho a la salud en el Perú está protegida con documentos internacionales ratificados por el Perú, y en el marco nacional se la protege a nivel constitucional – art. 7, 9 y 65, mediante la ley N° 26842 – Ley general de Salud, en nuestro Código Civil vigente en el art.7. El ejercicio del derecho a la salud del feto anencefálico, debe estar en concordancia con el ejercicio de los derechos de la madre. En cuanto al derecho a la disposición del cuerpo de la madre, ella no debe confundir al feto anencefálico como parte integrante de su cuerpo, de modo que no puede disponer arbitrariamente del

mismo, y si lo hiciera, debe abstenerse de causarse daños irreparables al concebido anencefálico tanto como a sí misma.

4. El derecho a la vida del concebido requiere de una defensa permanente. Una defensa del mismo en torno al Derecho Natural, significa que no se debería necesitar una regulación positiva para defender al concebido anencefálico debido a que naturalmente todo ser humano tiene derecho natural a la vida que inevitablemente exige su reconocimiento positivo y protección cuando existe un irrespeto o discriminación hacia el derecho a la vida. Además, el concebido merece una defensa permanente de parte de la Sociedad vigilante y el Estado, en cuanto a éste último cumpliendo su compromiso de no interferir el desarrollo en potencia de su vida. La defensa permanente del concebido anencefálico sugiere que se lo deje de considerar sujeto de derecho solamente y pueda ser considerado legalmente como persona humana. Seguidamente, no podemos olvidar de ningún modo a la madre que gesta en su seno a un ser humano anencefálico como es el presente caso, eso no significa desprotección alguna para la gestante, *contrario sensu*, implica salvaguardar su derecho a la salud mediante las implicancias de los factores físicos, psíquicos y sociales; para esto se requiere de la vigencia de los diversos servicios de salud en su faceta de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Finalmente, una colisión entre el derecho a la vida del concebido y la salud de la madre, debe resolverse teniendo en cuenta que solo se podrá ceder el primero de ellos respecto del segundo si es que el feto anencefálico le causa peligro certero de muerte a la madre, condición que debe ser prescrita por médico, o que, afectando gravemente su salud – se tiene la certeza de que esto le producirá la muerte. Sin embargo, no debemos olvidar que esto no significa la expulsión violenta del concebido del vientre materno, sino que se hará lo humana y científicamente posible por mantenerlo con vida hasta la producción de su deceso natural.

III. Bibliografía

Libros:

1. Abad, Y. S. (2008). *Validez constitucional del aborto terapéutico en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima, Perú: Editado por Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos.
2. Andia, C. J. (2011). *Deontología Jurídica*. Lima, Perú: Editorial El Saber.
3. Agudelo, R. M. (2011). *El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
4. Bermudo, M. J. (2015). *Marx*. Madrid, España. Editorial Bonallettera Alcompas S.L.
5. Bernales B. E. (2012). *La Constitución de 1993 veinte años después*. Lima, Perú: Editorial Moreno S.A.
6. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX, 2006)
7. Centro nacional de evaluación de la política de desarrollo social (CONEVAL, s.f)
8. Currea-Lugo, V. (2005). *La salud como derecho humano*. Bilbao, España: Editado por la Universidad de Deusto.
9. Chanamè O. R. (2015). *La Constitución Comentada*. Lima, Perú: Editorial Legales Ediciones.
10. Chunga, Chunga & Chunga. (2016). *Comentarios al código de los niños y adolescentes*. Lima, Perú: Editorial Jurídica Grijley.
11. Dador, M. (2018). *El aborto terapéutico en el Perú*. Lima, Perú: Editorial PROMSEX.
12. De la Torre, D. (Ed.). (2008). *Dignidad humana y bioética*. Madrid, España: Editorial Universidad Pontificia Comillas.
13. DEMUS (Ed.). (2017). *Mi cuerpo es mío. El testimonio de K.L, la joven que le ganó la batalla legal al Estado peruano por el derecho al aborto terapéutico y la historia detrás de 10 años de litigio emblemático*. Lima: Editorial BIO PARTNERS S.A.C.
14. Díaz, M, O. (2010). La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia 02005-2009-PA/TC sobre la Píldora del Día Siguiente. En Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, *La persona en el Derecho Peruano: Un análisis jurídico contemporáneo. Libro homenaje a Carlos Fernandez Sessarego* (pp. 81-108). Lima, Peru: Editorial EMDECOSEGE S.A.
15. Enríquez, Pérez, Otero, Pérez & Ferrari. (2015). *Teoría y práctica educativa de los derechos humanos*. Valencia, España: Editorial Tirant Humanidades.
16. Espinoza E. J. (2008). *Derecho de las Personas*. Lima, Perú: Editorial Rodhas SAC
17. Eto C. G. (2013). *Constitución y procesos Constitucionales*. Lima – Perú: Editorial Adrus.
18. Fernández, C. (1985). Principio de la persona. En Revoredo de Debakey, D. *Código civil exposición de motivos y comentarios* (pp. 49-50). Lima, Perú. Editorial Pacifico.

19. Fernández, C. (1966). *Filosofía del Derecho o Derecho Natural*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
20. Fernández, S. C. (2005). Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar. En Gaceta Jurídica. (1er Ed.). *La Constitución Comentada* (pp. 13-41). Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
21. García, H. J. (2009). *Una introducción a la tradición central de la ética*. Lima, Perú: Editorial Palestra Editores.
22. Guzmán, L. (2012). Hay consenso: el aborto no es deseable. *Veto al aborto. Estudios Interdisciplinarios sobre las 15 Tesis del presidente Tabaré Vázquez* (pp. 27-69). Montevideo, Uruguay: Editorial Mastergraf S.R.L.
23. Hernández, B. H. (2016). La legitimidad de las indicaciones del aborto y su necesario carácter de causas de justificación. *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile* (pp. 229-260). Santiago de Chile, Chile: Editorial Talleres de Gráfica LOM.
24. Instituto mexicano de la radio (IMER, s.f)
25. Mansuy, H. D. (2015). Consideraciones filosóficas ¿es persona el embrión humano? *El aborto. Una mirada multidisciplinaria* (pp. 54-63). Santiago de Chile, Chile: Editorial de la Universidad de los Andes.
26. Monge, T. L. (2007). Principio de la persona y de la vida humana. En Código Civil Comentado. (2da Ed.). *Código Civil Comentado* (pp. 75-82). Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
27. Organización Mundial de la Salud (2008). *El derecho a la salud. Folleto informativo N° 31*. Ginebra, Suiza. Editado por Organización Mundial de la Salud.
28. Organización Mundial de la Salud 2018 (OMS, 2018)
29. Pérez R. J. (2014). *Curso de derecho Constitucional*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
30. Portocarrero, H. J. (2015). *Aborto y exposición o abandono en peligro*. Lima, Perú: Editorial Jurídica Portocarrero.
31. Prosalus y Cruz Roja española. (2014). *Comprendiendo el derecho humano a la salud*. España. Editado por Prosalus y Cruz Roja española.
32. Revoredo de Debakey, D. (1985). Código Civil. *Antecedentes legislativos comparación con el código de 1936*. Tomo I. Lima, Perú. Editorial Diagramacion E.I.M.B.
33. Rodríguez-Arias, L. (1961). *Ciencia y Filosofía del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediciones Jurídicas Europa – América.
34. Rubio C. M. (2004). *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
35. Rubio C. M. (1995). *El ser humano como peruana natural*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PONTIFICIA Universidad Católica del Perú.
36. Sàenz, D. L. (2015). Derecho a la vida y a la identidad moral, psíquica y física. En Gaceta Jurídica. (3er Ed.). *La Constitución Comentada* (pp. 51-74). Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
37. San Marcos (Ed.). (2009). *Contenido esencial de los derechos fundamentales según el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
38. Santa María, D. R. (2012). *Dignidad humana y “nuevos derechos”: una confrontación en el derecho peruano*. Lima, Perú: Editorial Palestra Editores.

39. Sessarego, F. (1985). Derecho de las Personas. En Revoredo de Debaquey. Tomo I, *Código Civil. Antecedentes legislativos comparación con el código de 1936.* (pp. 46-266). Lima, Perú. Editorial Diagramación E.I.M.B.
40. Sessarego, F. (2007). *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil peruano.* Lima, Perú: Editorial Grijley.
41. Torres V. A. (2002). *Código Civil.* Lima, Perú: Editorial Moreno S.A
42. Tuesta S. W. (2001). *Código Civil Comentado.* Lima, Perú: Editorial Grijley.
43. Zarini, Juan. (1999). *Derecho Constitucional.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Tesis:

44. Acuña, J. (2017). *La teoría de la concepción desde el momento de la fertilización del ovulo genera una violación del Derecho a la vida en los Procesos de Fertilización artificial.* (Proyecto de investigación de pregrado). Universidad Central del Ecuador, Quito-Ecuador.
45. Alarcón, M y Mendoza, A. (2016). *Comportamiento epidemiológico de neonatos con defectos congénitos más frecuentes del sistema nervioso central del área de neonatología del Hospital escuela César Amador Molina, Matagalpa en el período 2004-2013.* (Tesis para optar por el título de doctor en medicina y cirugía). Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, Matagalpa.
46. Alvarado, J. (2015). *Educación sexual preventiva en adolescentes.* (Tesis de Doctorado). Universidad Nacional de Educación a Distancia. España.
47. Álvarez, R. (2011). *Aspectos legales y éticos de la interrupción del embarazo en el Distrito Federal.* (Tesis de maestría). Instituto Politécnico Nacional. Distrito Federal, México.
48. Bee, M. (2012). *El aborto terapéutico en los fetos anencefálicos: su aplicación en el derecho penal argentino.* (Tesis para optar por el título de Abogado). Universidad Empresarial Siglo 21, Argentina.
49. Calderón, M. (2016). *Percepción del aborto en estudiantes de la licenciatura de promoción de la salud en la UACM del Plantel Casa Libertad.* (Trabajo recepcional para obtener el diploma de especialización de género en Educación). Universidad Pedagógica Nacional. Ciudad de México, México.
50. Campos, S. (2015). *“Yo aborto, tú abortas ¿Todas callamos?” experiencias y defensoría feminista del aborto inducido en Chile (2015).* (Tesis de maestría). Universidad de Chile. Santiago de Chile, Chile.
51. Carretero, D. (2018). *El aborto terapéutico en el Perú y su autorización por causa de la anencefalia.* (Tesis de maestría). Universidad San Pedro, Chimbote-Perú.
52. Chirinos, J y Pennot, K. (2006). *Analizar la anencefalia como interrupción del embarazo y las consecuencias ético-jurídicas en el ordenamiento jurídico venezolano.* (Trabajo especial de Grado para optar por el Título de Abogado). Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo.
53. Dávila, Z., y Ugalde, M. (2013). *La fecundación in Vitro: el derecho del embrión frente al derecho reproductor, un análisis comparativo entre la*

- situación actual en Costa Rica y España* (Tesis de pregrado). Universidad de Costa Rica, San José-Costa Rica.
54. Delgado, C. (2017). *Análisis de compatibilidad constitucional de la guía técnica de aborto terapéutico* (Tesis de pregrado). Universidad Católica San Pablo, Arequipa-Perú.
 55. Díaz, F., y Mera, O. (2016). *Conocimiento de aspectos penales sobre el aborto y su relación con la percepción del aborto clandestino en la comunidad Barrio Florido, 2015.* (Tesis de pregrado). Universidad Nacional del Altiplano. Iquitos, Perú.
 56. Figueroa, F. (2006). *Riesgos teratógenos y reproducción generacional con anencefalia (Estudio exploratorio: Baja California 1998-2004).* (Tesis de Doctorado). El Colegio de la Frontera Norte, Tijuana.
 57. García, K. (2016). *La muerte del no nacido: imaginarios sociales sobre abortos provocados.* (Disertación de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, Ecuador.
 58. Gonzales, P. (2015). *Autonomía sexual de las mujeres: el aborto como espiral despatriarcalizadora del derecho.* (Tesis de doctorado). Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, España.
 59. Granelli, R. (2011). *La penalización del aborto en Nicaragua. Una práctica de feminicidio de estado.* (Tesis de maestría). Universidad de Granada, Granada, España.
 60. Infobae. (2018). *“Niña milagro” así vive ahora la bebé más prematura del mundo* (S/N). Recuperado de: <https://www.infobae.com/americas/eeuu/2018/12/26/nina-milagro-asi-vive-ahora-la-bebe-mas-prematura-del-mundo/>
 61. Jerez, V. (2018). *Percepción de jóvenes entre 20 y 25 años sobre el aborto.* (Tesis de grado). Universidad Rafael Landívar. Guatemala de la Asunción.
 62. Meneses, J. (2016). *Tensión entre el aborto y la objeción de conciencia.* (Tesis de maestría). Universidad Católica de Colombia. Bogotá, Colombia.
 63. Mendoza, A. (2017). *La teoría de la anidación como fundamento jurisprudencial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su efecto en la legislación peruana (2016-2017)* (Tesis de pregrado). Universidad Tecnológica del Perú, Arequipa-Perú.
 64. Ordinola, J. (2017). *La despenalización del aborto en menores de edad de 10 a 17 años y el delito de violación sexual, en los Juzgados penales, San Juan de Lurigancho 2016.* (Tesis de pregrado). Universidad César Vallejo, Lima, Perú.
 65. Orozco, L. (2015). *Percepción y actitudes sobre el aborto en pacientes a quienes se les realiza curetaje uterino en un hospital público, Arequipa, 2015.* (Tesis de grado). Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Arequipa, Perú.
 66. Paliza, A. (2017). *Feminismo para todas: mujeres y diversidad cultural.* (Trabajo académico para optar por el grado de segunda especialidad en Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina). Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.
 67. Paria, C. (2017). *La despenalización del aborto eugenésico en el Código Penal peruano para casos donde existan malformaciones incompatibles con la vida como consecuencia de la afectación grave y permanente de la salud*

- de la madre gestante.* (Tesis de pregrado). Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Huaraz, Ancash, Perú.
68. Pérez, J. (2015). *Caracterización clínico epidemiológico de los defectos del tubo neural.* (Tesis de Maestría). Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala.
69. Pérez, W. (2016). *Despenalización del aborto sentimental y eugenésico en el Código Penal peruano.* (Tesis de maestría). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque, Perú.
70. Peña, M. (2019). *Penalización del aborto y el derecho a la vida de la madre adolescente y el neonato en el distrito de Huancayo.* (Tesis de maestría). Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Huancayo, Perú.
71. Pradel, K. (2008). *Prevalencia de malformaciones congénitas en recién nacidos, en el Hospital Juan XXIII de la ciudad de La Paz, de enero de 1993 a diciembre del 2003.* (Tesis para optar por el grado de Magister). Universidad Mayor San Andrés, La Paz.
72. Quispe, B. (2016). *La impunidad del delito de aborto en las adolescentes en la ciudad de Huancavelica durante el 2013.* (Tesis de pregrado). Universidad Nacional de Huancavelica. Huancavelica, Perú.
73. Rojas, J. (2016). *La despenalización del aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles para la vida en el Perú, 2015.* (Tesis para optar por el título de Abogado). Universidad de Huánuco, Huánuco.
74. Rojas, S. (2018). *Problemática sobre la regulación de la píldora del día siguiente en la legislación nacional* (Trabajo de Suficiencia Profesional). Universidad Tecnológica del Perú, Lima-Perú.
75. Romero, P. (2014). *Diferencias de los defectos de tubo neural entre los supervivientes y fallecidos: El caso de Hidalgo 2005-2012.* (Tesis de Maestría). Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Pachuca de Soto.
76. Secchi, R. G. (2007). *La vida humana en el pensamiento de Ortega y Gasset* (Tesis de Post grado). Universidad de Chile.
77. Sopó, O. (2012). *Evaluación de la asociación de los polimorfismos C677T, A1298C de la MTHFR, 844INS68, C699T de la CBS y A66G de la MTRR con los defectos del tubo neural.* (Trabajo de grado para optar el título de Maestría en ciencias biológicas). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
78. Soto, H. (2017). *La recomendación realizada al Perú, por la Organización de las Naciones Unidas, sobre la legalización del aborto eugenésico y su influencia en la legislación peruana, Huánuco – 2016.* (Tesis de maestría). Universidad de Huánuco. Huánuco, Perú.

Revistas

79. Aguilera, P. R. (05/01/2007). *Universalidad De Los Derechos Humanos Y Critica A Las Teorías De La Naturaleza Humana En El Pragmatismo De Richard Rorty.* *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, Vol. 1* (Num.5), 47pp-75pp. ISSN 1698-7950.
80. Aspícueta-Gho, D., Ramos, I. (2015). *Proceso de 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". Para atender casos de aborto por causal salud o terapéuticos en el Perú. *An Fac med*, Vol. 76 (Num.4), 397pp-406pp.
81. Bello, R. G. (14/11/2007). La protección de la vida humana Y el significado de la dignidad. *Revista Azafea*, Vol. 1 (Num.10), 105pp-122pp. ISSN 0213-3563.
82. Benhaim, M. Canella, V. Doglia, L. López, S. Pengue, C. (2015). Estudio preliminar de prevalencia de anemias en embarazadas atendidas en establecimientos públicos de salud. *Revista Inmanencia*, Vol. 4 (Num.2), 109pp-112pp.
83. Bernardo, H. (s.f). ¿Qué es la Vida? Un Problema Epistemológico. *Revista de Filosofía A Parte rei*, (num.33). 01pp-11pp. Recuperado de: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/bernardo33.pdf>
84. Betancur, G. M. (03/2010). Persona y Máscara. *Revista Praxis Filosófica*, (Num.30). 127pp-143pp. ISSN 0120-4688.
85. Blasi, F. G. (2007). Análisis biológico, jurídico y filosófico sobre el status del *nasciturus* en el ordenamiento positivo argentino. *Revista de investigaciones de ciencias jurídicas y sociales Ley, Razón y Justicia*, Vol. VIII, (Num.11). 1pp-23pp. Recuperado de: <http://www.circulodoxa.org/documentos/An%E1lisis%20Biol%F3gico,%20Jur%EDdico%20y%20Filos%F3fico%20sobre%20el%20status%20del%20Nasciturus%20en%20el%20Ordenamiento%20Positivo%20Argentino.pdf>
86. Boladeras, M. (11/05/2007). Vida, vida humana, vida digna. *Revista Logos*, Vol. 40 (Num.10), 91pp-116pp. ISSN 1575-6866.
87. Correa, H. (1990). Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XIII, 33pp-50pp. Recuperado de: <file:///D:/DATOS/Descargas%20Chrome/231-854-1-PB.pdf>
88. Doyharcabal, C. S. (1994). El derecho a la vida del *nasciturus* en la legislación chilena y comparada *Revista chilena de Derecho*, Vol. XXI (Num.2), 307pp-319pp. Recuperado de: <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14622/000122880.pdf?sequence=1>
89. Ferrer, R. Sierra, J. Georgina, G. (2015). Anencefalia, presentación de un caso. *Revista Médica Granma*, Vol. 19 (Num.1), ISSN 1028-4818
90. Figueroa, R. (2013). El derecho a la salud. *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 11 (Num.2), 283pp-332pp. ISSN 0718-0195
91. García, F. D. (2009). El embrión humano o *nasciturus* como sujeto de derechos. *Revista USCS*, Vol. 10, (Num.17). 91pp-108pp. Recuperado de: http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/886/738.
92. Giraldo, G. F. (25/04/2011). La naturaleza humana ante el desarrollo científico y tecnológico. *Revista Trilogía*, Vol. 1 (Num.4), 115p-127pp. ISSN 2145-7778.
93. Herrera, G. A. (2008). Nueva retórica del concepto de vida. *Revista CTS*, Vol. 4, (Num.10). 229pp-240pp. Recuperado de:

- <http://www.revistacts.net/volumen-4-numero-10/71-foro-cts/165-nueva-retorica-del-concepto-vida>
94. Herrero, U. L. (02/2006). ¿Qué es la vida? ¿La ciencia se atreve a definirla? *Diálogos Revista Electrónica de Historia*, Vol. 7 (num1). 01pp-35pp. E-ISSN: 1409-469X
 95. Hung, G. F. (2009). Una aproximación crítica al estatuto jurídico del concebido no nacido *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas*, (Num.23),87pp-112pp. ISSN: 1870-2147.
 96. Irizar, B. L. (03/11/2011). La naturaleza humana: ¿obstáculo o garantía del libre desarrollo de la personalidad? Un planteamiento desde la filosofía del ser. *Grupo Lumen*, Vol. 20 (Num.2), 279pp-297pp. ISSN 0120-8942.
 97. Kottow, M. (2001). Bioética del comienzo de la vida ¿Cuántas veces comienza la vida humana? *Revista Bioética*, Vol. 9 (Num.2), 25pp-42pp. Recuperado de: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/243/243.
 98. Lumbreras, S., Sánchez, O. A., y Fernández, C. (30/08/2017). Naturaleza humana. *Revista Pensamiento*, Vol. 73 (Num.276), 773pp-778pp. ISSN 0031-4749.
 99. Montero, A. (2015). El derecho a la vida: Su problemática en el Uruguay de hoy *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Vol. IV (Num.27),137pp-161pp. Recuperado de: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2015/09/El-derecho-a-la-vida.pdf>
 100. Morales, G. J. (2010). Ciencia, ética y derecho. A propósito de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina. *Revista Ius et Praxis*, (Num.41). 105pp-132pp. ISSN 1027-8168.
 101. Morales, G. J. (2005). El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida. *Revista Derecho PUCP*, (Num.58). 409pp-432pp. ISSN 2305-2546.
 102. Ordoñez, A. Suarez, F. (04/10/2015). Defectos del tubo neural y del ácido fólico: recorrido histórico de una intervención preventiva altamente efectiva. *Revista Historia, Ciencias, Saùde*, Vol. 22 (Num.4), 1157pp-1172pp. ISSN 0104-5970.
 103. Orozco, C. L. (2000). Sobre la naturaleza humana. Explicación y comprensión de la conciencia. *Revista colombiana de psiquiatría*, Vol. XXIX (Num.4),375pp-384pp. ISSN 0034-7450.
 104. Prevosti, M. A. (31/01/2011). La naturaleza humana en Aristóteles. *Revista Espiritu*, Vol. LX (Num.141), 35pp-50pp. Recuperado de: [file:///D:/DATOS/Descargas%20Chrome/Dialnet-LaNaturalezaHumanaEnAristoteles-4100293%20\(1\).pdf](file:///D:/DATOS/Descargas%20Chrome/Dialnet-LaNaturalezaHumanaEnAristoteles-4100293%20(1).pdf).
 105. Quijano, O. (10/2016). La salud: Derecho constitucional de carácter programático y operativo. *Revista Derecho & Sociedad*, Vol. 47 (Num.1), 307pp-319pp.
 106. R, Octavio. (s.f). El derecho a la disposición del cuerpo y los trasplantes de órganos. *Revista Gac Méd*, Vol. 134 (Num.2), 261pp-268pp.
 107. Ricoeur, P. (21/11/07). La vida: Un relato en busca de narrador. *Revista Àgora*, Vol. 25 (Num.2), 9pp-22pp. ISSN 0211-6642.

108. Saldarriaga, W & otros. (11/2007). La altitud como factor de riesgo para defectos del tubo neural (DTN). *Revista colombiana de Obstetricia y Ginecología*, Vol. 58 (Num.3), 189pp-193pp.
109. Sánchez, R. (2011). La píldora del día siguiente y la protección jurídica del concebido: comentarios en torno a las sentencias peruanas y extranjeras. *Revista Apuntes de Bioética*, Vol. 2 (Num.2), 56pp-76pp. ISSN: 2878-4457
110. Ugarte, M. (2008). La píldora del día después y el fallo del Tribunal Constitucional *Revista chilena de Pediatría*, Vol. 79 (Num.3), 243pp-248pp. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062008000300001
111. Varsi, E. (15/09/2018). Los actos de libre disposición del cuerpo humano. *Revista Acta Bioethica*, Vol. 25 (Num.1), 9pp-23pp.
112. Velayos, J. J. (2000). Comienzo de la vida humana. *Cuadernos de Bioética*, (Num.1). 29pp-36pp. Recuperado de: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/29.pdf>.
113. Villafuerte, P. (2012). El concebido debe ser persona *Revista fides et ratio*, Vol. V (Num.5), 55pp-66pp. ISSN: 2071-081X
114. Yanes, M. Mesa, M. Marrero, D. (03/2017). Defecto del tubo neural. *Revista Cubana Obtet Ginecol*, Vol. 43 (Num.1), ISSN 1561-3062.

Recursos electrónicos:

115. Alfredo, M. *Filosofía de la naturaleza humana*. 5/032010. École des Hautes Études en Sciences Sociales (París). Consultado el 04/08/2018, obtenido de: http://www.fyl.uva.es/~wfilosof/webMarcos/textos/A_Marcos_Filosofia_de_la_Nz_Humana1.pdf
116. Calvelo, I. (2011). *Prevención primaria de los defectos del tubo neural*. Consultado el 19/02/2019. Obtenido de: http://redi.ufasta.edu.ar:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/332/2011_K_014.pdf?sequence=1
117. De La Torre, R. (s.f). *El derecho a la salud*. Consultado el 20/02/2019. Obtenido de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/16.pdf>
118. Lamm, E. (03/2017). *Actos de disposición sobre el propio cuerpo*. Consultado el 02/03/2019. Obtenido de: <http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/36>
119. López, B. (s.f). *naturaleza y contenido del derecho sobre el propio cuerpo*. Consultado el 02/03/2019. Obtenido de: <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/6459/1/N%2015%20Naturaleza%20y%20contenido%20del%20derecho%20sobre%20el%20propio%20cuerpo.pdf>
120. Ministerio de Salud. (2016). *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 (Nº 2016-17157). Recuperado de <http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/3795.pdf>*
121. Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (2021). *Legislación Civil*. Recuperado de: <https://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>

IV. Anexos

ANEXO I

PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY

Proyecto de ley Nº 3940/2021-CR

Proyecto de ley de reforma legal que establece el status jurídico del concebido como persona humana desde el momento de la concepción

Los congresistas de la República suscriben, a iniciativa del congresista Williams Rivas Rojas, miembro de la Bancada Contigo Perú, de conformidad con lo señalado en el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, así como de los artículos 75º y 76º del reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente proyecto de ley.

FÓRMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY DE REFORMA LEGAL QUE ESTABLECE EL STATUS JURÍDICO DEL CONCEBIDO COMO PERSONA HUMANA DESDE EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN

Artículo 1º. Objeto de la ley

La presente ley tiene como objeto reformar el artículo 1º del Código Civil del Perú, a fin de establecer el status jurídico de que debe gozar el concebido desde el momento de la concepción, entendida esta como la unión de los pronúcleos

heterosexuales de los padres, con la finalidad de fortalecer la lucha a favor de la vida humana y su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado.

Artículo 2º. Modificación del artículo 1º del Código Civil peruano de 1984.

Modifíquese el artículo 1º del Código Civil de 1984, lo cual queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 1º Sujetos de derecho

El comienzo de la vida humana y de la persona se produce con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, se le atribuyen derechos patrimoniales siempre que nazca vivo.

Artículo 2º Momento de la Concepción

La concepción de la persona humana comienza con la unión de los pronúcleos heterosexuales de los padres.