



PRIMER JUZGADO ESPECIALIZADO  EN LO CONSTITUCIONAL DE LIMA

EXPEDIENTE : 31583-2014-0-1801-JR-CI-01

MATERIA : ACCION DE AMPARO

ESPECIALISTA : SANCHEZ BARAZORDA PAOLA VICTORIA

LITIS CONSORTE : ONG PROMSEX LITISCONSORTE FACULTATIVO,

**DEMANDADO : PROCURADOR PÚBLICO DEL MINISTERIO DE SALUD,
MINISTERIO DE SALUD,**

**DEMANDANTE : ONG ACCION DE LUCHA ANTICORRUPCION SIN
COMPONENDA,**

SENTENCIA

RESOLUCIÓN No. DIECINUEVE

Lima, 08 de julio de 2019.-

VISTOS:

El proceso seguido por la **ONG ACCION DE LUCHA ANTICORRUPCION “SIN COMPONENTA”** contra el **MINISTERIO DE SALUD** sobre **ACCIÓN DE AMPARO**.

RESULTA DE AUTOS:

De la demanda: mediante escrito de fojas 19 a 40, la **ONG ACCION DE LUCHA ANTICORRUPCION “SIN COMPONENTA”** interpone **PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO** contra el **MINISTERIO DE SALUD**; para que: **i)** se abstenga de implementar, difundir, y monitorear a nivel nacional en todas las divisiones, regiones, gerencia y establecimientos de salud, la Guía Técnica llamada “Protocolo de Aborto Terapéutico”; **ii)** deje sin efecto los extremos, puntos o causales impuestas arbitrariamente para la interrupción del aborto terapéutico (11 puntos) en sus consideraciones específicas señaladas como único medio para salvar la vida por ser anticonstitucional, inexecutable y que excede la “*ratio legis*” del artículo 119° del Código Penal; y **iii)** permita volver a su estado anterior de prácticas médicas responsables y dentro de sus facultades y deberes como lo indica el Colegio Médico y la Federación Médica del Perú en el cumplimiento del juramento hipocrático de salvar la vida del concebido y el de la mujer basado en la experiencia, capacidad y conciencia moral del médico peruano que usa la ciencia para salvar y no para asesinar.



La actora alega entre otros hechos que se tienen en consideración los siguientes:

- 1) Que, con fecha 27 de junio del 2014 se pone en operatividad como política de Estado, la denominada “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”.
- 2) Que, la “Guía Técnica del Aborto Terapéutico”, introduce 11 elementos o causales contrarios a la Constitución con la finalidad de impulsar la acción maliciosa de interrupción del embarazo e impedir la sanción o penalidad a los médicos.
- 3) Que, la actitud de la demandada vulnera los derechos del recién concebido como persona humana, indefenso, silenciado y condenando a muerte bajo un sustento legal del Código Penal artículo 119°, mal interpretado conforme al principio de ubicuidad que en su momento tuvo como “*ratio legis*”, la realidad médica de 1924.

Del trámite del proceso: Por resolución número uno, de fojas 41 a 43, se declaró improcedente la demanda, por lo que, la demandante interpone recurso de apelación, mediante resolución dos a fojas 84, se concede apelación con efecto suspensivo y se elevan los autos al superior jerárquico.

La Primera Sala Civil mediante resolución seis de fojas 100 a 103, declara nula la resolución de primera instancia, por lo que, mediante resolución número cuatro de fojas 110, se admitió a trámite la demanda; y se dispuso correr traslado al demandado, por el plazo de cinco días.

Mediante escrito de fojas 244 a 262 la entidad emplazada contesta la demanda, contradiciéndola y alegando entre otros hechos que se tienen en consideración los siguientes:

- 1) Que, el Código Penal y las Normas de Salud permiten el aborto terapéutico en casos excepcionales y sólo con la finalidad de salvar la vida de la madre. El Código Penal de 1991 penaliza todos los abortos, con excepción del aborto terapéutico según consta en el Capítulo II- Aborto, Artículo N° 119-Aborto Terapéutico.



- 2) Que, la finalidad de la Guía Técnica llamada “Protocolo de aborto terapéutico” es de difundir e implementar los procedimientos técnicos, administrativos y asistenciales, así como, las consideraciones establecidas para la atención integral de la gestante en los casos de interrupción voluntaria por indicación terapéutica.
- 3) Que, La Guía Técnica cuestionada garantiza la implementación del aborto terapéutico, así como los parámetros dentro de los cuales se debe practicar, orientando la labor del médico, garantizando, de esta manera, los derechos de las mujeres a la vida y salud.
- 4) Que, el “Protocolo del aborto terapéutico” fue una de las medidas adoptadas por el Estado Peruano en base a dictámenes de Comités Internacionales, que recomendaron revisar la legislación con miras a establecer un mecanismo para el acceso efectivo al aborto terapéutico, en condiciones que protejan la salud física y mental de las mujeres.

Mediante resolución número siete (fojas 309 a 312), se resolvió incorporar al proceso como Litisconsortes Facultativos a la ONG PROMSEX – Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, en el estado que se encuentra el proceso.

En tal virtud, debido a que la entidad emplazada ya ha contestado la demanda, y la causa se encuentra expedita para sentenciar, acorde a lo dispuesto por el artículo 53 del Código Procesal Constitucional, se procede a resolver la presente causa, y.-

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Del proceso constitucional de amparo: De acuerdo al artículo 200° inciso 02 de la Constitución, el amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza derechos constitucionales distintos a los tutelados por el habeas corpus y al habeas data, siendo su finalidad la de proteger tales derechos, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación, como establece el artículo 01 del Código Procesal Constitucional, Ley 28237.

SEGUNDO: Del petitorio: Según es de verse de la lectura integral de la demanda, la **ONG ACCION DE LUCHA ANTICORRUPCION “SIN COMPONENTA”** interpone



demanda de amparo para que: **i)** se abstenga de implementar, difundir, y monitorear a nivel nacional en todas las divisiones, regiones, gerencia y establecimientos de salud, la Guía Técnica llamada “ Protocolo de Aborto Terapéutico”; **ii)** deje sin efecto los extremos, puntos o causales impuestas arbitrariamente para la interrupción del aborto terapéutico (11 puntos) en sus consideraciones específicas señaladas como único medio para salvar la vida por ser anticonstitucional, inexequible y que excede la “ratio legis” del artículo 119° del Código Penal; y **iii)** permita volver a su estado anterior de prácticas médicas responsables y dentro de sus facultades y deberes como lo indica el Colegio Médico y la Federación Médica del Perú en el cumplimiento del juramento hipocrático de salvar la vida del concebido y el de la mujer basado en la experiencia, capacidad y conciencia moral del médico peruano que usa la ciencia para salvar y no para asesinar.

TERCERO: La factibilidad de tramitar la pretensión vía amparo: La cuestión controvertida no trata de un particular interés que corresponda de manera exclusiva y excluyente a la demandante, sino que se trata de un interés jurídico en general que traspasa dicho interés particular al ingresar al ámbito del interés común, podríamos afirmar que se configura el supuesto de un interés difuso al que se refiere el artículo 40 del Código Procesal Constitucional. En tal virtud, siendo que en el presente caso se pretendería proteger el **derecho a la vida del concebido**, que como derecho fundamental de la persona humana obliga a su protección del Estado, corresponde dilucidarse la controversia a través del proceso de amparo.

CUARTO: Delimitación de la controversia: Estando a los hechos expuestos en la demanda, así como a los términos de los escritos de absolución a la demanda efectuados por la parte accionada; la controversia se circunscribe únicamente en determinar, **si la Guía Técnica denominada “Protocolo del Aborto Terapéutico” incide en el derecho fundamental a la vida del concebido**; en razón que, a partir de dilucidarse aquello es que se podrá determinar si se vulnera el derecho constitucional invocado por la entidad demandante como afectado con dicho documento.

QUINTO: Que, en principio debe indicarse, que el Perú ha reconocido la competencia del Comité de Derechos Humanos (Comité DDHH) y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) para el análisis de peticiones individuales a



través de la ratificación de sus protocolos facultativos.¹ En Virtud de las facultades otorgadas en dichos órganos, se presentaron las peticiones de KL y LC ante el Comité DDHH y ante el Comité CEDAW respectivamente. Estas denuncias pretendían atribuir responsabilidad internacional del Estado Peruano por la violación de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la Mujer.

SEXTO: CASO KL vs Perú – Comité de Derechos Humanos: Mediante Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos de fecha 24 de octubre de 2005, respecto a la comunicación N° 1153/2003, el Comité referido evaluó el grado de cumplimiento por parte del Perú de las obligaciones establecidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, siendo que la decisión del citado comité se centró en los siguientes aspectos:

- *Declaró que el Perú vulneró en perjuicio de KL, los derechos establecidos en los artículos 2 (no discriminación), 7 (no tortura ni penas o tratados crueles, inhumanos o degradantes), 17 (no injerencias en la vida privada) y 24 (protección de los derechos del niño sin discriminación) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:*

“7.El comité de derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5° del Protocolo Facultativo del Pacto, consideró que de los hechos que tienen ante sí ponen en manifiesto una violación de los artículos 2, 7, 17,24 del Pacto”

- Consecuentemente, recomendó que el Estado Peruano efectuará las siguientes acciones:

“8. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2° del pacto, el Estado Parte tiene la obligación de proporcionar a la autora un recurso efectivo que incluya una indemnización. El Estado Parte tiene la

¹ PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍMICOS , suscritos por el Perú el 11 de agosto de 1977 y ratificado por la Décima Sexta Disposición General y Transitoria del Título VIII de la Constitución Política de 1979

PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 27429 y ratificada por Decreto Supremo N° 018-2001-RE.



obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.”

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

SEPTIMO: CASO LC vs Perú – Comité para la eliminación de la discriminación

para la Mujer: Mediante Dictamen aprobado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de fecha 17 de octubre de 2011, respecto a la Comunicación N° 22/2009, dicho Comité evaluó el grado de cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en dicha Convención respecto al Estado Peruano, siendo que la decisión del citado Comité se centró en los siguientes aspectos:

- *Declaro que el Perú vulneró en perjuicio de KL, los derechos establecidos en los artículos 2.c (protección jurídica de los derechos de la mujer sin discriminación); 2.f (modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas de discriminación contra la mujer); 3 (asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer); 5 (modificar patrones socioculturales para eliminar la idea de superioridad o inferioridad de géneros, así como garantizar que en la educación familiar se incluya una comprensión adecuada de la maternidad) y 12 (no discriminación en la atención médica) junto al artículo 1 (definición de discriminación contra la mujer) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer:*

“9. Actuando en virtud de lo dispuesto en el artículo 7, párrafo 3, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Comité considera que el Estado parte no ha cumplido sus obligaciones y, por tanto, ha violado los derechos de L. C.



establecidos en los artículos 2 c) y f), 3, 5 y 12, junto con el artículo 1, de la Convención. En consecuencia, formula las siguientes recomendaciones para el Estado parte.”

EN RELACION CON LC: “9.1 El Estado parte debe proporcionar medidas de reparación que incluyan una indemnización adecuada por daños morales y materiales y medidas de rehabilitación, de modo acorde con la gravedad de la violación de sus derechos y de su estado de salud, a fin de que goce de la mejor calidad de vida posible”

EN GENERAL: “9.2 a) **Revisar su legislación con miras a establecer un mecanismo para el acceso efectivo al aborto terapéutico, en condiciones que protejan la salud física y mental de las mujeres e impidan que en el futuro se produzcan violaciones similares a las del presente caso.**

b) Tomar medidas para que las disposiciones pertinentes de la Convención y la Recomendación general N° 24 del Comité, en relación con los derechos reproductivos, sean conocidas y respetadas en todos los centros sanitarios. Entre estas medidas deben figurar programas de enseñanza y formación para incitar a los profesionales de la salud a cambiar sus actitudes y comportamientos en relación con las adolescentes que desean recibir servicios de salud reproductiva y respondan a las necesidades específicas de atención de la salud relacionadas con la violencia sexual. También deberán adoptarse directrices o protocolos para garantizar la disponibilidad de servicios de salud en centros públicos y el acceso a los mismos.

c) Revisar su legislación para despenalizar el aborto cuando el embarazo tenga como causa una violación o un abuso sexual.”

“9.3 El Comité reitera la recomendación que formuló al Estado parte con ocasión del examen de su sexto informe periódico (CEDAW/C/PER/CO/6, párr. 25) por la que le insta a que revise su interpretación restrictiva del aborto terapéutico, de conformidad con la Recomendación general N° 24 del Comité y la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing.”

OCTAVO: Análisis del caso: Que, el Ministerio de Salud con miras a establecer un mecanismo para el acceso al aborto terapéutico y en cumplimiento del Artículo 119°



del Código Penal² aprobado por Decreto Legislativo N° 635, aprobó mediante la Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA, de fecha 27 de junio del 2014, “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”.

La presente Guía consigna como objetivo “Estandarizar los procedimientos para la atención integral de la gestante en los casos de Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado”, aplicándose, **cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente, requisito sine qua non para su aplicación**, la cual comienza cuando un médico tratante le informa a la gestante el diagnóstico y a pedido de la mujer, presenta su solicitud a la jefatura de ginecoobstetricia del centro de establecimiento de salud, que convocará a una Junta Médica formada por un ginecólogo y dos especialistas de acuerdo a la patología de la paciente, siendo ésta quien dictaminará si procede o no el aborto.

NOVENO: Que, el caso materia de análisis la discusión se centra sobre las 11 causales descritas en la “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 razón que, la parte actora alega que con esas causales se estaría vulnerando el derecho a la vida del concebido.

Por tanto, resulta fundamental establecer los estándares en materia internacional respecto a la vida en formación y la autonomía de la mujer en estado de embarazo desarrollado por los diferentes instrumentos internacionales y sus respectivas instancias de interpretación, en consideración que a la fecha de interposición de la demanda, no se tuvo en cuenta los distintos pronunciamientos que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre este tema, (caso Artavia Murillo vs Costa Rica – “Fecundación In Vitro”).

² artículo 119 del Código Penal: “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”



DÉCIMO: Que, en ese caso, la Corte IDH analizó la decisión que había tomado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de prohibir la Fertilización In Vitro. Dentro de ese marco, la Corte IDH analizó el numeral 1° del artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), según la cual: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”. Este derecho estará protegido por la ley y, **en general, a partir del momento de la concepción.** Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”* (Negrita nuestra).

La Corte IDH concluyó que la concepción humana no podía entenderse desde el momento de la fecundación del óvulo, sino, desde el momento en que el embrión era implantado en el útero de la mujer. Igualmente, que, el objetivo de incluir el término **“en general”** en la redacción del artículo era la **“de permitir”**, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto”

DECIMO PRIMERO: Que, en este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó una interpretación evolutiva de los Tratados, y consideró que, al tratarse de instrumentos vivos, los mismos deben ser estudiados según el espacio temporal que están siendo analizados. Así concluyó, que existe un principio gradual e incremental de la vida pre-natal, y que el mismo en ningún sentido podrá ser considerado como absoluto³. Finalmente, al analizar el principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del Tratado, la Corte retomó el término “en general” del artículo 4.1 de la Convención América de Derechos Humanos y estableció que:

*“Finalmente, la Sentencia acude a la regla del objeto y fin del Tratado a los efectos de demostrar que **el derecho a la vida desde la concepción no es absoluto.** Al respecto afirma que “el objeto y fin del artículo 4.1 es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos”.*

DECIMO SEGUNDO: Que, a partir de lo anterior, en caso de existir una prohibición a la interrupción voluntaria del embarazo, para la Corte Interamericana, resulta necesario evaluar la proporcionalidad de la medida de prohibición en cada caso, en tanto, ésta puede restringir el derecho a la mujer gestante, siempre que las injerencias de la misma no resulten arbitrarias o abusivas. Así, estableció los siguientes criterios

³ Para llegar a esta conclusión, la Corte realizó un análisis sobre el estatus legal del embrión en los diferentes fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de la Unión Europea.



para guiar dicho análisis de legitimidad: i) que las medidas se encuentren previstas en la ley; ii) que persigan un fin legítimo; iii) cumplan con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcional.

DECIMO TERCERO: La inexistencia de derechos fundamentales absolutos: Que, la posibilidad de legislar sobre la despenalización del aborto, suele llevar a muchos a rechazarla de plano, bajo el argumento de que los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida, son derechos absolutos y no admiten limitaciones. Sin embargo, ningún derecho humano es absoluto y éstos pueden ser restringidos en su ejercicio o desplazados cuando entran en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales protegidos, como sería el caso del aborto, donde entran en conflicto el derecho a la vida del concebido con los derechos a la vida y salud de la mujer gestante. Al respecto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, señalando que:

“(…) ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, sino que, por el contrario, se encuentran limitados, no sólo por su propio contenido, sino por su relación de bienes constitucionales” (Exp N° 109 1-2002-HC/TC). En esta línea ha señalado que “en ciertas situaciones de conflicto y, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, un derecho fundamental puede ceder ante otro bien de relevancia constitucional. En tales casos, el conflicto deberá resolverse a través de una ponderación.” (Exp N° 05 975-2008-PHC/TC)”.

Esta interpretación se ve reforzada por lo expuesto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, tras una debida apreciación del contenido del artículo 4° inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la referida Corte ha concluido que el derecho a la vida no debe entenderse como un derecho absoluto, cuya protección entrañe la negación total de otros derechos⁴. Bajo esta concepción, ha señalado que el objeto y fin de la cláusula “en general” del referido artículo en relación con la protección jurídica del concebido, es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto.⁵

DÉCIMO CUARTO: Que, siendo que la vida del concebido goza, según lo anterior expuesto, de protección constitucional y, en general, también de protección en el

⁴CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Artavia Murillo y Otros vs Costa Rica. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de fecha 28 de noviembre de 2012, párrafo 258.

⁵*Ibidem*, párrafo 264.



ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, nos encontramos frente un caso donde se produce conflicto entre derechos fundamentales. Por un lado, tendríamos los derechos a la vida del concebido y por otro, la vida y salud de la mujer gestante. Ante una situación como esta, la jurisprudencia constitucional ha señalado que resulta de aplicación el llamado principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional, en ese sentido, ha señalado en la STC 2192-2004 que este principio *“es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo (...) El principio de proporcionalidad, como ya se adelantó, está estructurado por tres sub principios: de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto (...) Esto supone que cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no sólo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada.”* (Fundamentos 15 y 18) (subrayado por el Juzgado)

Es en esta línea de ideas que resulta pertinente formularnos la siguiente pregunta:

¿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, es un mecanismo idóneo y necesario para optimizar el derecho a la vida y salud de la mujer gestante en estricto cumplimiento del artículo 119º del Código Penal Peruano respecto de la vulneración del derecho a la vida del concebido?

En principio se deja claramente establecido que el “protocolo” cuestionado, no viene a constituir otra cosa que la herramienta jurídica que no permite vaciar de contenido el artículo 119º del Código Penal, que desde 1912 se legisló como un eximente de responsabilidad penal.

Ahora bien, ingresando al análisis respectivo tenemos: La respuesta a esta interrogante bajo las consideraciones precedentes sólo es posible de obtener mediante la aplicación del principio de proporcionalidad que como señaláramos,



resulta pertinente al haber identificado un conflicto entre derechos fundamentales. De lo que se trata, en última cuenta, es de analizar si la optimización del derecho a la vida y a la salud de las mujeres gestantes a través de la aplicación del presente protocolo se encuentra justificada constitucionalmente, pese a que, ésta produzca también una limitación al derecho a la vida del concebido. Antes de hacer el análisis, dejamos sentado también que el denominado test de proporcionalidad se encuentra estructurado por tres sub principios: el de adecuación o idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Solo a través de la aplicación del test, podremos determinar si el “protocolo” cuenta con legitimidad constitucional prima facie, es decir, tiene sustento en la Norma Constitucional.

- 1. Análisis de Idoneidad:** El Tribunal Constitucional en la STC 030-2004 ha afirmado que *“este principio implica que toda injerencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Por tal motivo, supone la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida sub examine para su consecución. (...)”* (fundamento 3). En virtud a ello, corresponde pues, por un lado, determinar si una determinada medida persigue un fin legítimo en nuestro Estado Constitucional de Derecho y por otro, si esta medida constituye un medio adecuado para la persecución de tal fin legítimo. En el presente caso, la Guía Técnica permite proteger la vida y la salud de la mujer gestante, finalidad que se deriva directamente del artículo 1° de la Constitución donde se señala que “la protección de la persona humana y la defensa de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”; y además se deriva también de la protección explícita que brinda la Constitución en sus artículos 2.1 y 7, a la vida y la salud respectivamente, en concordancia de la interpretación del artículo 4.1° de la Convención Americana de Derechos Humanos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por otro lado, es evidente que la aplicación de dicho protocolo sí es un medio adecuado para la protección de dichos Derechos Fundamentales, toda vez que se realiza en estricto cumplimiento del artículo 119° del Código Penal en salvaguarda de la vida de la gestante.
- 2. Análisis de Necesidad:** El Tribunal Constitucional en la STC 030-2004 ha afirmado que *“para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular.”* (Fundamento 6). En buena cuenta, aquí se mide la capacidad que tiene



la medida, en comparación con otros medios, de alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio de otros principios; es decir, se debe analizar si existen medios alternativos menos gravosos. En el caso concreto la guía garantiza la implementación del aborto terapéutico, así como los parámetros dentro de los cuales se debe practicar, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar un mal grave y permanente, requisito *sine qua non* para su aplicación, existiendo un doble diagnóstico médico; en otras palabras, debe haberse descartado técnicamente la posibilidad de recurrir a otras medidas que, sin afectar la vida del concebido, la cual comienza cuando un médico tratante le informa a la gestante el diagnóstico y a pedido de la mujer, presenta su solicitud a la jefatura de ginecoobstetricia del centro de establecimiento de salud, que convocará a una Junta Médica formada por un ginecólogo y dos especialistas de acuerdo a la patología del paciente, siendo ésta quien dictaminará si procede o no el aborto, por lo tanto, resulta indispensable para garantizar los derechos a la vida y la salud de la madre gestante, no existiendo alternativas igualmente efectivas y menos gravosas para cumplir con la finalidad.

Siendo que la medida *sub exámine* supera el análisis de las posibilidades fácticas del principio de proporcionalidad, corresponderá ahora efectuar el análisis referido a las posibilidades jurídicas; esto es, el principio de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación).

- 3. Principio de Proporcionalidad en sentido estricto (Ponderación):** El Tribunal Constitucional en la STC 011-2013 ha señalado que *“en el examen de proporcionalidad en sentido estricto se pondera los derechos y principios que se encuentran en conflicto, con el objeto de determinar el peso específico de ellos y la regla de precedencia incondicionada que permitirá resolver la colisión. Un análisis de esta naturaleza se realizará bajo la denominada “ley de la ponderación”, según la cual: “[...] cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro [...]”* (fundamento 85). Para efectos de encontrar una solución jurídica pertinente en el caso concreto, esta ley queda enunciada de la siguiente manera:

“Cuanto mayor sea el grado de restricción de la protección de la vida del concebido, tanto mayor deberá de ser el grado de importancia de la satisfacción de los derechos a la vida y la salud de las mujeres gestantes”.

Es menester precisar, que para efectuar el análisis de ponderación debemos seguir tres pasos fundamentales: **a)** Se definirá el grado de restricción del derecho a la vida



del concebido ; luego se definirá el grado de satisfacción del derecho a la vida y a la salud de las mujeres gestantes, a fin de determinar si la importancia de la satisfacción de estos últimos justifica la limitación del primero, **b)** Se tomará en cuenta la seguridad de las premisas epistémicas, esto es, el grado de seguridad con que es posible estimar el valor asignado a la satisfacción o restricción de cada derecho en el paso anterior; y **c)** Se enjuiciarán los datos obtenidos en los pasos anteriores, a fin de establecer si el grado de satisfacción de los derechos a la vida y la salud de las mujeres gestantes es privilegiado sobre la protección de la vida del concebido o no:

4. Grado de restricción del derecho a la vida del concebido: Que del análisis de la tesis del demandante, el embarazo debe continuar aun si un medico certifica que éste compromete la vida de la gestante, sin embargo, solo podrá ser sostenida bajo la premisa de que, en cualquier circunstancia, la vida del concebido debe ser considerada como un valor absoluto, no obstante, el Tribunal Constitucional ha sido contundente en concluir que el derecho a la vida no es un valor absoluto, pues ello conllevaría la posibilidad de establecer, de una vez y para siempre, una jerarquía entre los distintos derechos fundamentales y protegidos por la Constitución, lo cual, debe quedar descartada en virtud de lo que imponen los principios interpretativos constitucionales (...). Por el contrario, si se toma en consideración, tal como lo ha hecho el Tribunal Constitucional, que “el derecho a la vida no se agota en el derecho a la existencia físico- biológica”, sino que ella comprende también “*una perspectiva material*” entendida como la exigibilidad de cobertura de una serie de exigencia que “*toman la vida digna*”⁶, por lo tanto, resulta excesivo el sacrificio de la vida ya formada para la protección en una vida en formación, pues en estricta interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana realizada en el caso Artavia Murillo vs Costa Rica, la protección de la vida no es absoluta, sino que es gradual e incremental y que implica entender la procedencia de excepciones a la regla en general.

Con relación a la seguridad de las premisas epistémicas, este Juzgado hace notar que la medida solicitada por la demandante es la inaplicación de dicho Protocolo, desde el punto de vista de la injerencia que ocasiona sobre el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la vida del concebido (protección de una vida en formación). En conclusión, la intervención del derecho a la vida en virtud del análisis efectuado es **medio**.

⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente N° 2005-2009-PI/TC F, J.10.



5. Grado de afectación de la vida y la salud: En opinión del Juzgado, la Guía no abre las puertas a la inclusión de causales no contempladas por el artículo 119° del Código Penal, sino que se limita, únicamente, a nombrar algunos de los casos en los que, existiendo **diagnóstico médico**, es posible constatar que la continuación del embarazo constituye un riesgo a la integridad física de la mujer, implicando un grado *intenso* de optimización del derecho a la vida y la salud. Su eficacia asegura, no sólo una concreta mejora en su calidad de vida, sino que incluso podría coadyuvar, en definitiva, salvar la vida de la mujer gestante. Y todo esto, en suma, guarda estrecha relación con la protección de la dignidad de la persona que por lo demás, es sustrato axiológico y antropológico del Estado social y democrático de Derecho. Por otra parte, este grado intenso de protección guarda estrecha relación con el *principio pro homine*, principio hermenéutico que implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor optimice un determinado derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales.

Respecto a la seguridad de las premisas epistémicas, el grado de satisfacción de la ya anotada finalidad constitucional del derecho a la vida y la salud resulta ser segura. No existe duda respecto de que con la medida analizada se está garantizando, en cualquier caso, el derecho a la vida de las mujeres gestantes y que esto, a su vez, genera una optimización real e intensa de su derecho a la salud. Con lo anterior se confirma que, en el caso bajo análisis, la satisfacción del derecho a la vida y la salud es *intensa*.

6. Juicio de ponderación en función de los grados de satisfacción y afectación de los derechos y/o bienes en conflicto: Finalmente, en función de las premisas que se han desarrollado *supra*, esta judicatura considera que el grado de optimización de los derechos a la vida y la salud -satisfecho en grado intenso- justifica la restricción de la vida del concebido —que se afectan en grado medio-. Los niveles de optimización y aflicción entre uno y otros, ponen en evidencia que los argumentos de la demandante son excesivos y desproporcionados.

Queda claro que, con esta medida se busca garantizar un tratamiento y procedimiento idóneo y necesario para garantizar la propia existencia física y en condiciones dignas de las madres gestantes, así como proveerle de aquellas condiciones indispensables para el normal desenvolvimiento de su calidad de vida y su salud.



Siendo esta la premisa, y teniéndose en cuenta, la doble dimensión, tanto existencial como material, del derecho a la vida, resulta evidente que el valor que se busca proteger a través de la permisión del aborto en el supuesto *sub examine*, es la dignidad, garantizando la vida y salud de la mujer gestante. Siendo que este principio es el fundamento de todos los derechos fundamentales, es, en abstracto, de mayor peso axiológico que el derecho a la vida del concebido, por lo tanto, debe desestimar la demanda.

DÉCIMO QUINTO: Que en el presente caso, en estricto cumplimiento de las recomendaciones u observaciones de los Comités de Naciones Unidas, el Tribunal Constitucional ha señalado que, de acuerdo a los artículos 27° y 53° de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969⁷, el Estado Peruano no puede invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un Tratado pues las obligaciones del Estado en materia de Derechos Humanos; implican el respeto y garantía de los Derechos Fundamentales de las personas sometidas a su jurisdicción⁸. Es así, que la decisión final sobre la comunicación presentada, denominada por los usos del Derecho Internacional Público como “**dictámenes**”, exige una obligación de los Estados frente a la determinación de la vulneración de los de los derechos humanos es de reparar los daños producidos; como lo ha determinado en su oportunidad la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“A tales efectos, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, según la cual, cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”⁹

“La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio

⁷ Ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N° 029-2000-RE, de fecha 14 de septiembre de 2000.

⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente N° 4677-2005-PHC/TC, emitida el 12 de agosto del 2005, fundamento jurídico 12.

⁹ Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004- Párrafo 219.



in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. (...) La obligación de reparar que se regula, en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno.”¹⁰

Por lo tanto, el hecho de ser Estado Parte en los Protocolos Facultativos implica que se le reconoce la competencia de los Comités para determinar si ha habido o no una violación a un Tratado específico (en lo atinente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la Mujer). Ello, por el compromiso de garantizar a todos los individuos que se encuentren en un territorio o estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Tratado respectivo, y a garantizar también un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación,¹¹ pues en caso contrario implicaría despojar de plena eficacia al artículo 205° de la Constitución Política que permite a una persona acceder a tribunales u organismos internacionales.

DÉCIMO SEXTO: Que, resulta preciso agregar, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar el valor de las decisiones que emite la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha reafirmado el valor de las mismas señalando que los Estados tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para cumplirlas:

“(...) en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un Tratado Internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana (...).”¹²

En tal sentido interpretativo que le otorga la Corte Interamericana a la validez de las recomendaciones emitidas por un órgano de protección, como también son los

¹⁰ Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 5 de junio de 2005. Serie C No. 129, Párrafo 147.

¹¹ ONU, Comité de Derechos Humanos, Caso Delgado Páez Vs Colombia, Comunicación No. 195/1985.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo vs Perú. Sentencia de Fondo de fecha 17 de septiembre de 1997, Párrafo 80.



Comités creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la Mujer), vincula a todos los poderes públicos internos del Perú., tal y como también lo ha establecido el Tribunal Constitucional:

“La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de Y la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado Peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho Tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal¹³“.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, asimismo debe indicarse, que en cuanto a la vinculación de los pronunciamientos de los órganos de protección “cuasi-jurisdiccional”, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera específica sosteniendo:

“las decisiones que adopta la Comisión (Interamericana de Derechos Humanos) reúnen las condiciones para ser obligatorias, ya que se trata de un proceso con todas las garantías, por lo que, en estas situaciones la Comisión actúa como un organismo cuasi-jurisdiccional, a tal punto que sus resoluciones poseen las mismas formalidades que un fallo”¹⁴

En esta línea argumentativa, el Tribunal ha disipado cualquier duda respecto al grado de vinculatoriedad de una decisión emitida por un órgano cuasi-jurisdiccional es de fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico interno, lo que conlleva, un deber

¹³ Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente N° 2730-2006-PA/TC, emitida el 21 de julio 2006, fundamento jurídico 4, párrafo 12.

¹⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente 01412-2007-PA/TC (Aclaración), fundamento jurídico 9.



correlativo de las autoridades del Estado de hacer efectivo los deberes de respeto y protección de los derechos fundamentales”¹⁵.

DÉCIMO OCTAVO: Teniendo en cuenta que la emplazada es una entidad del Estado, y que no se aprecia que la accionante hubiera procedido con temeridad al incoar la demanda, contrario *sensu* a lo previsto en la parte final del primer párrafo del artículo 56° de la Ley Procesal Constitucional, concordante con el artículo 412° del Código Procesal Civil, debe exonerarse a la actora de las costas y costos. Por tales consideraciones, e impartiendo Justicia en Nombre de la Nación.

FALLO:

DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA la demanda de fojas 19 y siguientes interpuesta por **ONG ACCION DE LUCHA ANTICORRUPCION “SIN COMPONENTA”** contra el **MINISTERIO DE SALUD**; sin costos.

¹⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente 01412-2007-PA/TC (Aclaración), fundamento jurídico 11.