REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS A LA VIDA Y LA SALUD DEL CONCEBIDO FRENTE A CASOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA, CUSCO 2012-2013

Tesis presentada por la Bachiller:
EVELYN FRESIA PAREDES MAMANI

Para optar el Grado Académico de:
MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Asesora:
DRA. SHIULI KUONG MORALES

AREQUIPA – PERÚ
2017

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

A Dios, máximo creador del Universo y sin cuya intercesión nada es posible.
A mi madre, por enseñarme a soñar y a trabajar incansablemente por hacer realidad mis sueños.
A Micaela, por permitirme seguir soñando.
A Enrique por el amor que me prodiga.
A Joseph y Max, por su apoyo incondicional.
A mis profesores, doctores Shiuli Kuong Morales y Alberto Cáceres Huambo sin cuya colaboración esta investigación no hubiera sido realidad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"Quien negara la defensa a la persona humana más inocente y débil, a la persona humana ya concebida y no nacida, cometería una gravísima violación del orden moral. Nunca se puede legitimar la muerte de un inocente. Se minaría el mismo fundamento de la sociedad. ¿Qué sentido tendría hablar de la dignidad del hombre, de sus derechos fundamentales, si no se protege a un inocente, o se llega incluso a facilitar los medios o servicios, privados o públicos, para destruir vidas humanas inocentes?"

Juan Pablo II (Madrid, 2-11-82)

En memoria de aquellos seres inocentes que por diversas causas no pudieron ver la luz de la vida y que ahora son ángeles que habitan el cielo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN 10

ABSTRACT 12

INTRODUCCIÓN 14

CAPÍTULO I 16

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS A LA VIDA Y LA SALUD DEL CONCEBIDO FRENTE A CASOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA, CUSCO 2012 - 2013 16

TÍTULO I EL CONCEBIDO 16

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA 16

1.1. El Concebido en el Derecho Romano 16

1.2. Influencia del Cristianismo 17

1.3. Corriente Ibérica 19

1.4. El Concebido en el Ordenamiento Jurídico Alemán 20

1.5. El Concebido en el Ordenamiento Jurídico Italiano 22

1.6. Antecedentes en el Derecho Peruano 23

2. ASPECTOS CONCEPTUALES 25

2.1. Pre-embrión 25

2.2. Embrión 26

2.3. Feto 28

2.4. Concebido 29

2.5. Nasciturus 30

2.6. Persona 33

3. CARACTERÍSTICAS 34

3.2. Surge de la concepción o de acto similar 35

3.3. Ser único, singular e irrepetible 35

3.4. Es un estado momentáneo o determinado 36

3.5. Relaciones jurídicas 36

3.6. Sujeto de derecho “para todo cuanto le favorece” 36

3.7. Fin 40

4. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCEBIDO 41

4.1. Teoría de la portio mulieris 41

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4.2. Teoría de la ficción 43
4.3. Teoría de la personalidad 44
4.4. Teoría de la subjetividad 47
TÍTULO II LOS DERECHOS A LA VIDA Y A LA SALUD DEL CONCEBIDO 50
1. LA VIDA DEL SER HUMANO COMO PRINCIPIO Y COMO DERECHO – LOS ALCANCES DEL PERSONALISMO COMO SENTIDO FINALISTA RECONOCIDO POR LA CONSTITUCIÓN DE 1993 50
2. CONTENIDO DEL DERECHO A LA VIDA 53
2.1. La dimensión existencial o formal 54
2.2. La dimensión sustantiva o material. A propósito del valor Dignidad 59
3. LA VIDA DE LA PERSONA Y DEL CONCEBIDO EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993, LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, EL CÓDIGO CIVIL, LA LEY DE POLÍTICA NACIONAL DE POBLACIÓN Y LA LEY GENERAL DE SALUD 66
4. LA VIDA DE LA PERSONA Y EL CONCEBIDO EN OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES 69
5. EL COMIENZO DE LA EXISTENCIA DEL SER HUMANO – EL CONCEPTO DE HOMBRE – EL COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE 75
5.1. Teorías Filosóficas-Físicas 76
5.2. Teorías Filosóficas-Espirituales 77
6. EL DEBATE SOBRE EL INICIO DE LA VIDA. LA TEORÍA DE LA FECUNDACIÓN Y LA TEORÍA DE LA ANIDACIÓN. 80
7. EL INICIO DE LA VIDA DEL CONCEBIDO SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 83
7.1. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional 83
7.2. Posición de la Doctrina 106
8. EL DERECHO A LA SALUD 107
8.1. El Derecho a la Salud como parte de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales 107
8.2. El Derecho a la Salud 109
8.3. Derecho a la Integridad del Concebido 112
TÍTULO III NEGLIGENCIA MÉDICA Y CULPA 113
1. ASPECTOS GENERALES DE LA NEGLIGENCIA MÉDICA 113
2. DEFINICIÓN DE NEGLIGENCIA MÉDICA 115
3. DEFINICIÓN DE MALA PRAXIS 115
4. TIPOLOGÍAS DE NEGLIGENCIA MÉDICA 116

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4.1 La negativa de prestar oportuna atención médica 116
4.2 La inadecuada prestación del servicio de salud 117
5. CONCEPTO DE CULPA 117
6. FORMAS DE APARICIÓN DE LA CULPA 118
6.1. Imprudencia 119
6.2. Negligencia 119
6.3. Impericia 119
7. LA RESPONSABILIDAD CIVIL 120
7.1. Definición de Responsabilidad Civil 120
7.2. El daño causado como aspecto objetivo fundamental de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan una responsabilidad civil 121
7.3. El daño moral y el daño a la persona 121
7.4. La indemnización por daños en casos de muerte 123
8. LA RESPONSABILIDAD PENAL 126
TÍTULO IV EL ABORTO: ATENTADO CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE 128
1. DETERMINACIÓN Y FUNDAMENTO CONCEPTUAL 128
1.2. Concepto Dogmático Penal 128
1.3. Concepto Médico 128
2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS 129
3. TÉCNICA LEGISLATIVA 130
4. CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES 131
5. SISTEMAS DE DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO 135
5.1. Sistema de indicaciones 135
5.2. Sistema de plazos 137
6. LA VIDA: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO 138
7. INICIO Y FIN DE PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE 147
8. SUJETO PASIVO 149
9. MODALIDADES DE ABORTO 150
9.1. Autoaborto (art. 114°) 150
9.2. Aborto consentido (art. 115°) 150
9.3. Aborto no consentido (art. 116°) 151
9.4. Aborto agravado por la calidad del autor (art. 117°) 152

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

9.5. Aborto Preterintencional (art. 118°) 152
9.6. Aborto Terapéutico (art. 119°) 153
9.7. Aborto Ético o Sentimental (art. 120° inc. 1) 153
9.8. Aborto Eugenésico (art. 120° inc. 2) 154
10. EL ABORTO CULPOSO 155
10.1. Definición de Aborto Culposo 155
10.2. Criterios Clasificativos 155
10.2.1. Aborto Culposo provocado por la propia mujer embarazada 156
10.2.2. Aborto Culposo ocasionado por un tercero 156
10.3. El Aborto en la Legislación Nacional 157
10.4. Situación en el Derecho Comparado 157
10.4.1. En Bolivia 157
10.4.2. En España 157
10.4.3. Estado de Aguascalientes de México 157
TÍTULO V LESIONES CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE 158
1. CONCEPTO DE LESIÓN 158
1.1. Daño 160
1.2. Integridad corporal y la salud física y psíquica 161
2. CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS LESIONES 164
2.1. Lesiones producidas por conductas dolosas y culposas 164
2.2. Lesiones graves y leves 165
3. VALORACIÓN MÉDICA DEL DAÑO OCASIONADO EN LA SALUD DEL SER HUMANO 168
4. EL CASO CORTEGAN: UN HECHO PARADIGMÁTICO EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN 169
4.1. El Debate en la Doctrina Alemana tras el caso Cortegan 172
4.2. La Doctrina Alemana en la actualidad 177
4.3. La Regulación de los Delitos de Lesiones contra la Vida Humana Dependiente en el Derecho Comparado 177
4.4. Análisis del delito de Lesiones en el Concebido en el Código Penal peruano 184
5. LA DEBIDA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE LESIONES CONTRA LA VIDA 188
HUMANA DEPENDIENTE 188
5.1. Tipicidad Objetiva 188

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.1.1. Sujetos 188
5.1.2. Objeto Material del delito 191
5.1.3. Conducta Típica 192
5.2. Tipicidad Subjetiva 194
5.2.1. Dolo 194
5.2.2. La Culpa o Imprudencia 195
6. RESULTADO Y TENTATIVA 197
7. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN 197
7.1. Estado de Necesidad 198
8. CONCURSO 198
9. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN 199
9.1. Autoría y participación en los delitos dolosos 199
9.1.1. Autoría 200
9.1.2. Participación 201
10. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO 201
10.1. Penas 201
10.1.1. Penalidad de la comisión dolosa 205
10.1.2. Penalidad de la comisión culposa 206
10.2. Reparación Civil 206
10.2.1. Responsabilidad Civil derivada del hecho punible 206
10.2.2. Ejercicio de la acción civil en el proceso penal 210
10.2.3. Contenido de la acción civil 213
TÍTULO VI LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD DEL CONCEBIDO FRENTE A CASOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA 215
1. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCEBIDO QUE SON AFECTADOS POR ACTOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA 215
1.1. Derecho a la Vida 215
1.2. El Derecho a la Dignidad 217
1.3. Derecho a la Integridad y a la Salud 220
2. LA NATURALEZA HUMANA DEL NASCITURUS 221
3. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO 223

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD DEL CONCEBIDO FRENTE A CASOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA 225

4.1. Protección Penal 225

4.2. Protección Constitucional 229

4.3. Protección Civil 230

CAPÍTULO II 234

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS 234

TÍTULO ÚNICO LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD DEL CONCEBIDO FRENTE A CASOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA 234

TABLA N° 1 Mecanismos de protección de los derechos a la vida y salud del concebido frente a casos de negligencia médica investigados en las fiscalías de Wanchaq - Cusco 235

GRÁFICA N° 01 Mecanismos de protección de los derechos a la vida y salud del concebido frente a casos de negligencia médica investigados en las Fiscalías de Wanchaq - Cusco 236

TABLA N° 2 Sanciones aplicadas frente a la vulneración de los derechos a la vida y salud del concebido por negligencia médica en los casos investigados en las Fiscalías de Wanchaq - Cusco 237

GRÁFICA N° 2 Sanciones aplicadas frente a la vulneración de los derechos a la vida y la salud del concebido por negligencia médica en los casos investigados en las Fiscalías de Wanchaq - Cusco 238

GRÁFICA N° 3 Análisis cualitativo de las entrevistas a los fiscales de las Fiscalías de Wanchaq – Cusco por negligencia médica en agravio de los derechos a la vida y la salud del concebido 239

TABLA N° 3 La protección jurídica del derecho a la vida del concebido – análisis comparativo de nuestra postura frente a otras legislaciones 240

TABLA N° 4 La protección jurídica del derecho a la salud del concebido – análisis comparativo de nuestra postura frente a otras legislaciones 242

CONCLUSIONES 244

SUGERENCIAS 246

BIBLIOGRAFÍA 248

ANEXOS 265

ANEXO N° 01 PROYECTO DE INVESTIGACIÓN 266

ANEXO N° 02 MATRIZ DE TABULACIÓN 305

ANEXO N° 3 CUADRO RESUMEN DE LOS CASOS DENUNCIADOS ANTE LAS FISCALÍAS DE WANCHAQ – DISTRITO FISCAL CUSCO POR ATENTADOS CONTRA LA VIDA Y SALUD DEL CONCEBIDO EN EL PERÍODO 2012-2013 307

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

RESUMEN

Hablar de vida humana es hablar del ser humano y del continuo proceso que implica su desarrollo. Para el Derecho peruano la vida del ser humano inicia desde la concepción, así la Constitución brinda protección al Concebido tras reconocérsele la condición de sujeto de Derecho para todo cuanto le favorece, y aunque el constituyente no se refiera de modo ex professo a la concepción, puede comprenderse que denomina concebido al ser humano antes de nacer porque admite tácitamente que la vida inicia desde aquel momento, resultando bastante elemental la relación terminológica advertida, pues sólo puede nombrarse "concebido" a quien aún no ha nacido, cuando se entiende a la concepción como el momento determinante del inicio de la vida.

Pues bien, aunque queda clara la posición de la legislación peruana sobre el momento en que inicia la vida del ser humano, el hecho de que la legislación penal deje impune conductas culposas ocasionadas por negligencia médica, que atentan contra la vida y la salud del concebido motivó la realización de la presente Investigación, en la que se pretende la protección de la vida humana de conformidad a lo establecido por nuestra Constitución, es decir desde la concepción.

Desde el punto de vista político criminal es justo y necesario el castigo de este tipo de conductas por cuanto son verdaderamente los sucesos más comunes sobre todo en esta clase de delitos. En ese sentido, la técnica legislativa deberá estar orientada a la tipificación expresa de esta clase de delitos, obedeciendo para ello al sistema numerus clausus, al que está sujeto nuestro Código Penal debido a su artículo 12° segundo párrafo, el cual señala: (…) el agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos en la ley.

Por tanto, siendo un hecho que el embrión humano es una realidad biológica que representa el inicio de la vida humana, con su propia carga genética que lo distingue como un ser único e irrepetible. Desde el mismo momento de la concepción posee plena dignidad humana y por lo tanto, posee también el derecho fundamental de la vida, por lo cual se le debe otorgar la protección jurídica necesaria.

Es por ello, que el tema concerniente a la protección jurídica del Concebido requiere ser tomado en cuenta en base al vertiginoso avance de la investigación en las ciencias de la salud que ha permitido determinar que esta discusión ya no se trata de una cuestión dogmática o

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

doctrinaria sino biológica, debido a que la desvalorización que algunas personas hacen a la vida humana en sus primeros estadios es un grave atentado al ser humano y a su dignidad como persona, por lo que es necesario que nuestra legislación tome las medidas pertinentes para su protección.

Palabras claves: Vida humana, concebido, ser humano, salud, protección jurídica, sujeto de derecho, aborto culposo, lesiones culposas, negligencia médica.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ABSTRACT

The concept of human life has always been related to the human being itself and the process of its development. For Peruvian law, the life of a human being starts with the conception, even though the Peruvian Constitution does not refer to it *ex professo*, it refers that the child enjoys civil rights from conception. This is the reason why we can perceive that the Constitution refers to a human being before born as a conceived child and that life starts in that moment. We can only refer to a conceived child when the child has not yet born and the conception as the point where life starts.

The position of the Peruvian legislation towards the moment in which life starts seems clear; however, the Peruvian criminal law does not regulate negligent medical acts that threaten human life act it earliest moment and the healthiness of the conceived child. This is the reason that motives the present investigation. This investigation will be focus in the protection of the conceived child according to our Constitution that means from conception.

From a political-criminal point of view it is fair and necessary to punish this kind of conducts. On this regard, the legislative technique has to be oriented to the express recognition of these acts, according to the *numerus clausus* system of the Peruvian Criminal Code which on its 12° article refers that "(…) the agent of a negligent infraction can be punish in the cases specifically stablished by law".

Therefore, being the human embryo a biological reality that represents the beginning of human life, with its own genetic code that distinguishes him as a unique and unrepeatable; it has to be protected by law. From the moment of conception the human being possesses human dignity and as a result, it also possesses the fundamental right of life, these are the reasons why it should be offered legal protection.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

For the all the previous arguments, the legal protection to the conceived child must be taken into account based on the vertiginous progress of Health Sciences that have permitted us to stablish that the discussion about conception is not anymore dogmatic nor doctrinarian but only biological. This position makes it necessary for us to take measures in order to protect the human life on its first periods where any act that devalues human life must be punished.

Keywords: Human life, conceived child, human being, health, legal protection, subject of law, culpable abortion, culpable injury to life, medical negligence.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

INTRODUCCIÓN

El Derecho Peruano protege la vida desde la fecundación hasta la muerte natural. Así la Constitución señala expresamente que el Concebido es sujeto de Derecho para todo cuanto le favorece. Sin embargo, pese a existir tal reconocimiento Constitucional, nuestro ordenamiento penal considera únicamente como delito de aborto, aquella conducta que de manera intencional provoca la muerte del embrión; pese a que existen comportamientos en los que si bien no se tiene la intención de dañar al feto, su actuación imprudente, su impericia o negligencia o inobservancia de normas y procedimientos ocasionan el aborto, que es un atentando al derecho fundamental a la vida del concebido.

De igual forma, en la praxis se presentan situaciones en que por intervención quirúrgica o por otras circunstancias se daña la integridad física del feto, el cual, no es constitutivo de delito de aborto porque como ya dijimos éste se consuma con la muerte del producto de la concepción, en cambio en las situaciones descritas sólo se da un daño en la integridad que no origina deceso; empero es lamentable que dichos comportamientos queden impunes debido a que nuestro ordenamiento jurídico penal no contempla las conductas culposas que han afectado la integridad física del feto.

Ante los hechos descritos, surgió la inquietud por responder las preguntamos que formulamos a continuación: ¿Existen mecanismos legales que protejan los derechos fundamentales a la Vida y la Salud del Concebido frente a casos de Negligencia Médica?, ¿Cuáles son los mecanismos de protección de los derechos a la Vida y la Salud del Concebido frente a casos de Negligencia Médica?, las cuales requieren del desarrollo de un marco teórico que abordará una serie de instituciones y derechos que nos permitirá encontrar las respuestas.

Así en el Capítulo I se aborda el tema denominado El Concebido, en el que se dará a conocer sus antecedentes históricos, aspectos conceptuales relacionados con el término, sus características y naturaleza jurídica que permitirá comprender el tema de mejor manera. Se desarrollará el tema concerniente a Los Derechos a la Vida y a la Salud del Concebido, en los que veremos aspectos como la Vida del Ser Humano como Principio y como Derecho; el Contenido del Derecho a la Vida, la Vida de la Persona y del Concebido en la Constitución Peruana de 1993, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Código Civil, la Ley de Política Nacional de Población y La Ley General de Salud; la Vida y la Salud del Concebido en

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

otros instrumentos internacionales; el Comienzo de la Existencia del Ser Humano. Además de realizar el análisis del debate sobre el inicio de la vida, en los que se determinará las diferencias entre la Teoría de la Fecundación y la Teoría de la Anidación, que nos permitirá comprender la posición del Tribunal Constitucional sobre el inicio de la vida así como el Derecho a la Salud. También se tratará el tema referido a la Negligencia Médica, su definición, las Tipologías de Negligencia Médica, así como el concepto de Culpa, las formas de aparición de ésta, la Responsabilidad Civil y Penal. Otro tema a tratar es el Aborto: Atentado contra la Vida Humana Dependiente, que desarrolla aspectos como Determinación y Fundamento Conceptual; Antecedentes Legislativos; Técnica Legislativa; Consideraciones Político Criminales; Sistemas de Despenalización del Aborto; el Bien Jurídico Protegido; el Inicio y Fin de Protección de la Vida Humana Dependiente; Sujeto Pasivo y finalmente las modalidades de Aborto que regula el Código Penal peruano. A continuación se desarrolla El Aborto Culposo, como tipo penal que se pretende implementar en nuestro sistema penal, Las Lesiones Contra la Vida Humana Dependiente, realizando un análisis concordado de dicho tipo penal, el tema denominado La Debida Tipificación del Delito de Lesiones Contra la Vida Humana Dependiente, en el que se complementa el tipo penal previsto por el artículo 124-A del Código Penal y en el Título VI se trata La Protección Jurídica del Derecho a la Vida y a la Salud del Concebido frente a casos de Negligencia Médica, en el que se realiza un análisis respecto de los derechos del concebido que son afectados por causa del comportamiento negligente de los profesionales de salud así como los mecanismos de protección existentes en nuestra legislación frente a dichos casos.

En el Capítulo II se ofrece el análisis e interpretación de las Investigaciones Fiscales concernientes a casos de Aborto Culposo y Lesiones Culposas en agravio del Concebido que se recabaron de las Fiscalías Provinciales Penales de Wanchaq del Distrito Fiscal del Cusco con las que se pretende dar respuestas a las interrogantes formuladas al inicio de la introducción. Finalmente se presentan las conclusiones, sugerencias y propuestas de la tesis.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO I

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS A LA VIDA Y LA SALUD DEL CONCEBIDO FRENTE A CASOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA, CUSCO 2012 - 2013

TÍTULO I
EL CONCEBIDO

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1.1. El Concebido en el Derecho Romano

En los albores del Derecho Romano, los juristas que recientemente comenzaron a sedimentar la jurisprudencia, entendida como aquella que distinguía lo justo de lo injusto, se preocuparon por aquel *qui in utero est*. Los romanos le negaron al concebido la categoría de sujeto de derecho, porque para ellos, solo la persona podía adquirirla, debiendo cumplir, para tal efecto, los siguientes requisitos:

a) Status Libertae: El cual estaba determinado por la situación de libertad del romano, en contraposición de aquella otra, que era de la esclavitud.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

b) Status Civitatis: El cual recaía, única y exclusivamente, en el ciudadano romano, al que se le aplicaba el jus civilis, en contraposición a los ciudadanos no romanos, los cuales eran protegidos por el *jus gentium*.
c) Status Familiae: El cual era otorgado solo al pater familias, es decir, el jefe de familia, que absorbía todos los derechos personales y patrimoniales de los miembros del domus, vale decir, del hogar.

A sensu contrario, de no reunirse todos los requisitos, el hombre carecía de *caput*, o sea, capacidad. Dentro de este orden de ideas, no podía considerarse al concebido como un sujeto de derecho a nivel formal.

El gran aporte de los romanos radica en el hecho de atribuir ciertos derechos al que está por nacer. Aparentemente solo estaban protegidos los derechos patrimoniales del concebido en el antiguo derecho romano, pero ello no es cierto, y esto lo vemos en las normas que determinan el *status libertae* de los hombres, porque, si bien de una mujer esclava, nacían hijos esclavos; de una mujer esclava, que concebía siendo libre, nacía un hijo libre. Es más, bastaba que la mujer esclava hubiera estado en libertad en cualquier momento de su gestación, para que el concebido tuviera el derecho a nacer libre[1]. Vemos pues, que algunos de los derechos personales del concebido estaban protegidos por el derecho romano, aunque sea de manera incorrecta.

1.2. Influencia del Cristianismo

Siguiendo al profesor Roberti, el pensamiento cristiano encabezado por la doctrina patrística supuso una reelaboración de la legislación protectora de los concebidos, porque una vez fijados los principios filosóficos sobre las bases cristianas es lógico entender que conforme a la nueva religión se proceda a una profunda reforma de los principios jurídicos. Así, en los primeros tiempos el cristianismo despliega su influencia fuera de las capas dominantes de la sociedad romana, fuera de los juristas o filósofos, más bien en el pueblo llano comienzan a ser admitidos sus principios y enseñanzas por la gente sencilla, la masa social de Roma es permeable a la influencia cristiana y, gracias a ello, poco a poco se

[1] Así, en el Digesto, D.1.5.5.2 (Marciano): "Son ingenuos, los que nacieron de madre libre; porque basta que haya sido libre al tiempo en que nace, aunque hubiese concebido esclava; y por el contrario, si hubiere concebido libre y después pariese esclava, plugo (opino) que el que nace, nazca libre. Y no importa, si concibió en justas nupcias, o del vulgo, porque la calamidad de la madre no debe perjudicar al que está en el vientre". También en D.1.5.5.3 (Marciano): "Por esto se preguntó: si una esclava preñada fuese manumitida, y hubiere parido después hecha otra vez esclava, o expulsada de la ciudad, ¿paría un libre o un esclavo? Y, sin embargo, se aprobó como más recto que nace un libre, y que basta al que está en el vientre haber tenido madre libre aun en el tiempo intermedio".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

extiende como costumbre y derecho consuetudinario lo dicho por los Padres. De ese modo, se pudo constatar que en la problemática relativa a los nascituri el pensamiento cristiano pone su atención desde sus inicios[2]. Biondi asegura que la nueva doctrina sobre el nasciturus se encuentra ejemplarmente formulada por Tertuliano, que, admitiendo la infusión del alma en el momento de la concepción considera al concebido como un ser perfecto y sujeto de derecho[3]. Los Santos Padres tratan el tema con detenimiento y suponen una clara y notoria influencia sobre el Derecho. Destacan los escritos de San Basilio el Grande (330-339), San Agustín (354-430) y San Jerónimo (345-420). No obstante, es la Patrística oriental la que con mayor determinación afronta el problema[4].

Expone Roberti[5] que para San Agustín toda la problemática del concebido se encuentra en el asunto del alma; cuestión, en palabras de San Agustín, extremadamente difícil de resolver. La infusión del alma en el concebido es el punto fundamental de la cuestión, punto que hace chocar de manera irremediable dos concepciones diametralmente distintas: la materialista romana, de un lado, y, por otro, la cristiana. Es la cuestión del alma, el problema fundamental y la base sobre la que se modifica la visión jurídica del nasciturus ofrecida por el Derecho romano clásico. El concebido ya no se ve en función de los intereses de culto a un hipotético padre difunto. Su defensa ya no obedece a que deba asegurarse la continuidad de los ancestros. Ahora, desde la óptica cristiana, tiene importancia per se, la protección no se funda en otro sujeto más que en sí mismo, porque se infunde el alma, uniéndola a la materia, sólo en un momento cognoscible por Dios, de ahí el respeto y atención en los que se fundamenta la nueva legislación protectora del concebido. Así se ve, tal como advierte Roberti, que en temas como los hijos fruto de la culpa, los Santos

[2] Abundante información en este sentido la encontramos en el libro de WAA, identidad y estatuto del embrión humano. Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2000. El testimonio donde se trata de una manera pormenorizada la problemática del nasciturus es la Didaché, que ofrece una visión de la Iglesia del siglo II y forma parte de los documentos de la Tradición, porque ni el Antiguo Testamento ni el Nuevo Testamento se detiene mucho en el tema, aunque lo mencionan. La llamada "epístola de Bernabé" compuesta en torno al año 130 d. C, por autor desconocido, va en la misma línea. CLEMENTE DE ALEJANDRÍA y ATENÁGORAS durante el siglo II escriben abiertamente en defensa del concebido. Testimonios canónicos importantes de los primeros siglos son las sanciones establecidas en el Sínodo de Elvira, celebrado en Hispania en el año 305, y en el Concilio de Ancira del 314.

[3] Cfr. Biondo BIONDI: Il diritto romano cristiano, volumen 2, Milano, 1952, p. 339.

[4] Así, por ejemplo, GREGORIO DE NIZA y SAN MÁXIMO EL CONFESOR. Éste último, ironizando sobre el tema, escribe: "Si afirmáis que (el embrión) tiene sólo un alma destinada a la nutrición y al crecimiento, según este razonamiento el cuerpo que según vosotros se nutre y crece, será sin duda una planta no un hombre. Y de qué modo el hombre puede ser padre de una planta, por más que me esfuerzo no llego a comprenderlo, en la medida que no posee la naturaleza humana. Si, por el contrario, confirmáis que en el embrión hay claramente un alma sensitiva, bien sea el embrión del asno o del buey o de otro animal terrestre o de un pájaro en el momento de la concepción, tendríamos la misma alma y, por naturaleza, el hombre no sería padre de un hombre en la primera unión (del alma y cuerpo) sino de una planta o de un animal. ¿Y esto no es absurdo e irracional?". Cfr. VVAA.: Identidad y Estatuto del embrión humano, pp. 51 y 52.

[5] Cfr. ROBERTI: Ob. cit., p. 72.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Padres afirman que el pecado reside exclusivamente en el autor y no se extiende al producto de la unión ilegítima, admitiéndose como máxima generalizada a todo caso que la desgracia de la madre no perjudica al concebido ("non debet calamitas matris nocere ei qui ventre est")[6].

Sobre esta nueva perspectiva de clara inspiración cristiana se erigen leyes en torno al concebido no nacido. Leyes que no podrían explicarse de otra forma sino teniendo en cuenta la lenta, pero constante permeabilización del pensamiento cristiano sobre el armazón jurídico de Roma, el cual termina por asimilar como propias ideas esencialmente cristianas. De este modo, también se comprende que el amparo al nasciturus excediese el campo civil, que es su base jurídica, y comenzará la completa punición del aborto. Biondi nos dice que el delito de aborto deja de contemplarse como una ofensa a los intereses del padre o marido y pasa a tipificarse en relación al propio nasciturus, que a los ojos del pensamiento cristiano es una realidad ontológica susceptible de protección.

1.3. Corriente Ibérica

En las Partidas, concretamente en la cuarta, la ley 3 del título 23 establece que "demientra que estoviera la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della aprouechase ende, bien assi como si fuese nacida; mas lo que fuesse dicho, o fecha a daño de su persona o de sus cosas, non le empesce"[7]. Recoge la postura del "qui in utero est" del derecho romano justinianeo[8].

Esta tradición romana perduró en el derecho ibérico hasta la segunda mitad del siglo XIX, cuando empiezan a defenderse la teoría de la ficción. En ese sentido, Gómez de la Serna y Montalbán, sostiene que el feto no tiene existencia propia. En el mismo sentido Benito Gutiérrez, cuya obra tuvo considerable importancia en la redacción del código, señala que el único ser susceptible de derecho es el hombre, cuya aptitud jurídica nace inmediatamente de su personalidad[9].

---

[6] El Profesor ROBERTI: Ob. cit. , p. 70, expone magistralmente esta idea cristiana en un exquisito pasaje de su obra: "Riguardo al nasciturus si awerte, nelle fonti, in confronto e in opposizione al diritto romano classico, la constante affermazione, dell´opera mirabile di Dio nela generazione e durante la varie sue fassi. Quando il nascituro é formato. Dio infonde la vita, unendo alla materia, nel momento che Egli solo conosce, un´anima che Egli ha creato. Il picollo essere é fin d´allora l´onggetto della sua bontá, egli su di lui veglia e lo difende".

[7] "Mientras estuviera la criatura en el vientre de su madre, será beneficiada por toda cosa que se haga o diga a favor de ella como si ya hubiera nacido. Más lo que se diga o haga en contra suya, no le afectará".

[8] CASTÁN VÁSQUEZ, José María (1994). La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (del Derecho justinianeo a los Códigos Civiles). España. Universidad San Pablo CEU, p. 9.

[9] Cit. por CASTÁN VÁSQUEZ, José María, op. cit, p. 13.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El proyecto del Código Civil español de 1836, y el Código Francés conservaron la presunción de nacimiento a favor del concebido, siempre que nazca vivo, tenga figura humana, viva al menos veinticuatro horas y sea bautizado. Pero el proyecto de Código Civil español de 1851, al definir al nacido, omitió cualquier referencia al concebido, limitándose a dar protección al nacido sólo cuando este haya sido “desprendido enteramente del seno materno”[10].

1.4. El Concebido en el Ordenamiento Jurídico Alemán

Antiguamente mientras no se realizará la aceptación del recién nacido por el padre, no entraba el niño en la comunidad de la casa ni adquiría la capacidad jurídica para suceder. Hasta ese momento el niño era considerado como un ser incapaz de derechos, pudiendo ser expuesto o muerto no sólo por el padre, sino incluso por otras personas, especialmente la madre y la abuela. Esa aceptación, íntimamente unida con el acto de imposición de nombre, era el punto inicial de la capacidad.

El acto por el cual el niño solía ser acogido por el padre: estando el infante en el suelo se preguntaba a aquél si se le debía o no dejar vivir, si el padre manifestaba aceptarle, le recogía en sus brazos y entonces se le preguntaba cómo había de llamársele. A la imposición del nombre iba unido el rociar al niño con agua, ceremonia que tenía que realizarse dentro de las nueve noches siguientes al nacimiento. Más tardíamente la imposición del nombre sirvió para reconocer la paternidad extramatrimonial. Sin embargo, en algunos derechos germánicos, desde el momento en que el niño tomaba algún alimento ya no podía ser rechazado por el padre así "una gota de leche o de miel aseguraba al niño su vida".

Después de esa aceptación y del derramamiento del agua la muerte del niño se consideraba como asesinato; pero si los niños que eran débiles o defectuosos e iban a constituir una carga para la comunidad no eran recogidos por el padre, se les daba muerte.

Por tanto, al concebido y no nacido no se le reconocía como sujeto de derechos, debiendo considerarse al Nasciturus como privado de toda capacidad. En este mismo sentido se manifiesta Maldonado y Fernández del Torco[11].

[10] Art. 107 del citado proyecto.
[11] JOSE MALDONADO Y FERNANDEZ DEL TORCO "La Condición Jurídica del Nasciturus en el Derecho Español". Insituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid 1946. Págs.59 a 62.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Contra la concepción que consideraba al Nasciturus, y aún al niño recién nacido, como ser privado de derechos cuya vida se podía destruir impunemente, choca hasta imponerse el principio cristiano que prohíbe esta muerte. Así la Lex Salica y en el Pactus Alamannorum del siglo VII se establecen penas contra los que causaren la muerte del feto que se encuentre en el seno materno.

Por otra parte, desde antiguo la existencia de un hijo concebido y aún no nacido hacía que se tuviera en cuenta su posible nacimiento a efectos hereditarios y aunque no se le reconoce capacidad de suceder, su existencia producía el efecto de que se aplazara la división de la herencia hasta el momento de su nacimiento. En este sentido se manifiesta también Maldonado y Fernández del Torco[12].

No obstante, se atribuyen ciertos efectos a la concepción fuera del matrimonio, pues, aunque el estado de los hijos engendrados fuera de la unión matrimonial se fija por la condición inferior de la madre, se recogen algunos textos de Paulo en los que ya no se hace esa distinción entre los nacidos de matrimonio legítimo y los concebidos fuera de él a los efectos de fijar el momento determinante del status de la prole, sino que, haciendo jugar un principio de favor libertatis, se concede el estado de libre a todo aquel cuya madre hubiese gozado de libertad en el momento de la concepción, en el del nacimiento del hijo o durante algún tiempo del embarazo. En este mismo sentido se manifiesta Carmen Callejo Rodríguez[13].

Actualmente, el BGB es tajante, cuando en su primer numeral, a la letra dice: “La capacidad jurídica del hombre comienza con el nacimiento”. Sin embargo, el artículo 1923 de este Código establece, en su segunda parte, lo siguiente: “quien aún no vivía al tiempo de la muerte del causante, pero estuviese ya concebido vale como nacido antes de la muerte del causante”. En atención a ello, se sostiene que “hay que admitir que se debe considerar como sujeto actual al concebido no nacido para el caso de que nazca posteriormente, o sea que está dotado de una capacidad jurídica limitada para el caso de nacer”[14]. Así este sector de la doctrina alemana, sin quererlo, le otorga cierta subjetividad al concebido.

[12] JOSE MALDONADO Y FERNANDEZ DEL TORCO "La Condición Jurídica del Nasciturus en el Derecho Español". Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid 1946. Págs.63 y 64.
[13] CARMEN CALLEJO RODRIGUEZ "Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido". Editorial Ciencias Jurídicas 1997. Pág.6.
[14] ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. Derecho Civil (Parte General). Decimotercera revisión por Hans Carl Nipperdey, traducida por Blas Pérez Gonzales y José Alguer, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1953, 322.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

1.5. El Concebido en el Ordenamiento Jurídico Italiano

El Código Civil italiano de 1942, en su primer numeral establece lo siguiente:

"La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento. Los derechos que la ley reconoce a favor del concebido están subordinados al evento de su nacimiento".

Respecto al concebido en la doctrina italiana, existen dos vertientes, una que le otorga subjetividad y otra que se la niega. El 22 de mayo de 1978 se promulga en ese país una ley sobre la tutela social de la maternidad y de la interrupción voluntaria del embarazo (entiéndase aborto) dentro de los primeros 90 días de la concepción.

Un sector autorizado de la doctrina admite la categoría de sujeto de derecho del concebido. No obstante ello, existen discusiones en torno al tratamiento jurídico de su capacidad. Así, se observa que "el problema de la tutela constitucional del interés del concebido a existir no puede igualmente ser negado sobre la base de la negación de su calidad de persona. El concebido no tiene la capacidad jurídica general y no es aún persona, pero este es, de todas maneras, un sujeto jurídico en relación con todas aquellas posiciones que le competen en vista de intereses merecedores y actuales".[15] En esta perspectiva, se afirma que el artículo 1 C.C. italiano "no excluye que el concebido pueda ser en acto, portador de intereses jurídicamente tutelados"[16], agregándose además que "si es cierto que la adquisición definitiva de los derechos en cabeza del concebido está subordinada al evento del nacimiento, ello no implica, sin embargo, que antes del nacimiento del concebido, este privado de capacidad jurídica".[17]

Basándose en el artículo 320, primer párrafo del C.C. italiano, que se refiere a la representación y la administración de los bienes del concebido de parte de los padres, se llega a afirmar que "los derechos atribuidos al concebido de parte de los padres, no están solamente acantonados sino que, son, en cambio, ejercitados por su representante legal en nombre y por cuenta del concebido mismo"[18]. En consecuencia, el concebido tiene una

[15] BIANCA, Massimo. Il problema dell´aborto: interessi tutelati e scelte social, en Riv., dir., civ., 1976, 231.
[16] BIANCA, Massimo, Diritto Civile, I, Giuffré, Milano, 1990, 154.
[17] BIANCA, Massimo, cit. 202.
[18] BIANCA, Massimo, cit.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

capacidad efectiva, actual, pero que se prefiere llamar "provisional", por cuanto será definitiva si nace o "se resuelve retroactivamente si tal evento no se produce"[19].

Concuerdo con la tesis según la cual el concebido tiene capacidad jurídica, en tanto es sujeto de derecho, pero la capacidad es algo más que los derechos que la componen[20]. Al ser sujeto de derecho, el concebido tiene capacidad jurídica (en mi opinión, el status de sujeto de derecho tiene como cualidad inseparable la de la capacidad jurídica[21]) y por tanto, goza de derechos existenciales (que a nivel legislativo son ignorados hasta que tenga noventa días) y de derechos patrimoniales[22]. Esto no altera el *status* jurídico del concebido ni (evidentemente) su capacidad, por cuanto, si nace vivo siempre ha sido la misma y si nace muerto se extinguen los derechos patrimoniales que la componían y no la misma. Por tanto, hablar de capacidad provisional no parece ser muy exacto.

Es sobre la base de la doctrina italiana y no del Código Civil de ese país, que el legislador peruano se ha inspirado para elaborar el artículo primero de su Código Civil.

1.6. Antecedentes en el Derecho Peruano

Siguiendo a Carlos Ramos Nuñez, el artículo 1° del Código Civil peruano de 1852 declara que "el hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer". Este texto sigue la tradición jurídica romanista que ve al concebido como un ser humano existente en el momento actual que se distingue del resto sólo por su nacimiento.

Esta posición romanista[23] se sigue manifestando en diversos artículos del Código Civil referidos al concebido. De esta manera, el artículo 3° consagraba que "al que está por

[19] BIANCA, Massimo, cit., 203.

[20] La subjetividad jurídica es un status correspondiente a un bien precisa realidad ontológica: el ser humano, depositario de una especial dignidad. Esta no debería ser considerada como la simple suma de derechos y de deberes que se imputan al sujeto de derecho.
La capacidad jurídica es la forma jurídica de la cual se valen los individuos para interactuar en el mundo del derecho. Los derechos y los deberes constituyen situaciones jurídicas, en cambio la subjetividad jurídica es un centro de referencia normativo con una cualidad que le es innata (la capacidad jurídica)

[21] Se afirma lo siguiente: "La subjetividad presupone la capacidad jurídica, pero le es conceptualmente diversa. La subjetividad indica la cualidad de sujeto, ello es, de centro de imputaciones jurídicas, mientras la capacidad indica la actitud a recibir imputaciones jurídicas" (BIANCA, Massimo, cit., 138). En mi opinión, la distinción (si bien existe conceptualmente), a efectos prácticos, es innecesaria; desde el momento que se es centro de imputaciones de situaciones jurídicas subjetivas, se es también apto para serlo.

[22] Entiende que la delación de la sucesión del concebido está sometida a la condición legal resolutoria del no nacimiento con vida del llamado a suceder (BIANCA, Massimo, cit., 402).

[23] Al respecto, Paulo 1.5.14 señala que "No son hijos los que, fuera de lo acostumbrado, son procreados con forma contraria a la del género humano, como si una mujer hubiera dado á luz alguna cosa monstruosa ó prodigiosa. Mas el parto que amplió los oficios de los miembros humanos, hasta cierto punto parece perfecto; y así, se contará entre los hijos".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece", es decir, se refiere al concebido como si ya fuese hombre.

Finalmente, establecía en su artículo 4° que "el nacido y el que está por nacer necesitan para conservar y trasmitir estos derechos que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción, que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tenga figura humana", es decir, adopta la teoría de la viabilidad y de la forma humana para reconocer personalidad jurídica al concebido, manteniendo aún la posición romanista de mantener una forma humana para ser considerado persona.

El hecho de que el Código de 1852 señale que "el hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer" es directa influencia del Esboco del Código Civil brasilero de Augusto Texeira de Freitas, que nunca llegó a concretarse en una ley. Vélez Sarsfield utilizó el concepto de "persona" para el concebido, pues este era una "persona por nacer", concepción que rompió con la tradición vigente según la cual los que aún no habían nacido no eran personas.

No es objeto del presente trabajo analizar cuál es el estado natural del hombre[24], pero si es de notar que el código de 1852 ya reconoce cierta personalidad jurídica al concebido otorgándole derechos por el simple hecho de ser hombre (entiéndase ser humano) al igual que quien ya ha nacido.

Queremos hacer notar que la Constitución de 1839, vigente al momento de publicarse el Código Civil de 1852, no regula en su Título XVIII, referido a las garantías constitucionales y garantías individuales, ni la situación jurídica del concebido ni mucho menos el derecho a la vida. Sí lo hace la Constitución de 1856, que en el artículo 14° establecía que "la vida humana es inviolable", prohibiendo incluso la pena de muerte. Notése que la Constitución protege la "vida humana" y el Código de 1852 habla de hombre "nacido o por nacer", lo que nos lleva a afirmar, sin temor a equivocarnos, que ya desde al menos el año 1856, el concebido ya gozaba de la protección de las normas peruanas.

Por otro lado, la norma exige que se verifique el nacimiento pasados los 06 meses de la concepción, que viva al menos 24 horas y que tenga figura humana, todo ello con el fin de

[24] Para una mayor ilustración al respecto, se sugiere leer "Discurso" de Jean Jacques Rosseau; o "El Leviatán" de Thomas Hobbes, entre otros.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

que pueda conservar y transmitir sus derechos. Nuevamente, se advierte claramente la influencia romanista.

Por su parte, el Código Civil de 1936 se adhiere a la teoría de la ficción de Savigny al decir "que el que está por nacer se reputa nacido para todo lo que le favorece a condición de que nazca vivo"[25]. El nacimiento como el hecho determinante de la subjetividad jurídica representa una atribución de capacidad de goce sujeta a una doble limitación. En primer lugar es una capacidad que se reduce a todo lo que le favorece. En segundo lugar es una capacidad condicionada a la circunstancia de que el concebido llegue a nacer vivo.

La Constitución de 1933, vigente al momento de publicarse el Código Civil de 1936, garantiza el derecho a la vida, pero delega expresamente al Poder Legislativo la facultad de garantizar este derecho[26], y si bien resulta claro que busca garantizar la vida de todos los habitantes, no se presenta con claridad si esta disposición constitucional alcanza a los concebidos. Felizmente el Código Civil de 1852; y posteriormente el Código de 1936 protegen, cada uno a su manera, a este ser humano en proceso de desarrollo.

2. ASPECTOS CONCEPTUALES

Antes de entrar a tratar las diferentes posturas que se acogen a los momentos por los que pasa la vida intrauterina, considera importante tener presente los conceptos y/o definiciones de los términos: pre-embrión, embrión, feto, concebido, nasciturus y persona; por cuanto resultan básicos para manejar un adecuado lenguaje técnico-jurídico que nos permita precisar el ámbito de protección de los derechos del Concebido.

2.1. Pre-embrión

El término pre-embrión[27] fue producto de la necesidad de justificar la destrucción de embriones necesarios para la investigación sobre fertilización y embriología humana; porque será, a partir del Informe Warnock de 1984[28] que se permitirá la Investigación embrionaria. Con ello la ciencia médica contaba con un término adecuado para la

[25] Artículo 1.
[26] El art. 46 señalaba que "El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial, y sobre las garantías en él de la vida, la salud y la higiene"
[27] GONZALES MANTILLA, Gorki: La consideración jurídica del embrión in vitro, Fondo editorial de la PUCP, 1996, p. 36 y ss.
[28] El gobierno británico reunió a 16 expertos entre médicos, teólogos, abogados y catedráticos presididos por Mari Warnock quienes redactaron dicho informe (Informe Warnock) que consta de 63 recomendaciones, convirtiéndose el precursor de la regulación legislativa sobre la investigación embrionaria; al respecto véase MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara: Derecho y genoma humano, 1° edición, Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 90.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

investigación sobre el producto de la concepción hasta antes de la anidación en el útero materno, que resulte ética y justificadamente permitido para la sociedad, del mismo modo sirve a los juristas para determinar desde que momento es relevante su protección. Bajo esta concepción y amparados en fundamentos que hoy en día han perdido todo basamento científico, pues no tiene solidez, y resulta; por consiguiente, insostenible, es que se viene a acusar la palabra pre-embrión para designar al grupo de células de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente 14 días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero materno[29].

Sin embargo, en la actualidad desde una óptica científica es inútil pronunciarse por el vocablo "pre-embrión" puesto que, antes del embrión, sólo hay un óvulo y espermatozoides[30] y, hasta que alguno de estos no ha fecundado al fecundado, no existe un nuevo ser. Entonces, no se puede hablar, por lo tanto, de pre-embrión porque, por definición, el embrión es la forma más joven de ser humano[31]. En todo caso, para efectos de una diferenciación, se puede utilizar el término de embrión preimplantatorio.

En conclusión, considero que se ha impuesto dicho término no porque sea en sí significativo de alguna realidad biológica; sino porque sirve para convalidar o neutralizar éticamente la pérdida o destrucción deliberada de embriones que va inevitablemente unida a los procedimientos de reproducción asistida y a la investigación sobre embriones[32].

2.2. Embrión

La Real Academia Española de la Lengua lo define como el producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo; es decir, abarca la fase del denominado pre-embrión.

[29] Cfr. al respecto: HIGUERA GUIMER, Juan Felipe: El Derecho penal y la genética, 1° edición, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1995, p. 196 y Exposición de Motivos de la Ley Española 35/1988, ley que regula la donación y utilización de embriones o fetos humanos o de sus células o tejidos u órganos.
[30] LEJEUNE, Jerome: Qué es el embrión humano?, en: Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, 1999, p. 26.
[31] Cfr. FERRER COLOMER/PASTOR GARCA. Genésis del término pre-embrión en la literatura científica actual, en Persona y Bioética. Cundinamarca. Universidad La Sábana, Nª 02, octubre-enero, 1998,
[32] En este sentido, cfr.: FERRER COLOMER/PASTOR GARCA., ob., cit., y MIGUEL PASTOR, Luis. Bioética de la manipulación embrionaria humana, en Cuadernos de Bioética, Volumen 31, Nª 3, 1997, p. 1074-1103.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Sin embargo, para algunos autores como es el caso de Higuera Guimerá[33], se habla de embrión propiamente dicho desde la anidación – 14 días después de la fecundación hasta que transcurran aproximadamente dos meses y medio[34]. Además, es la etapa en la que se lleva a cabo la formación de los órganos del nuevo ser humano; es decir, se produce la figura de la organogénesis.

Con la expresión de embrión se alude a la etapa del desarrollo humano que va desde la concepción pasando por la anidación hasta aproximadamente tres meses después, momento en el cual la ciencia médica lo viene a denominar feto. En este caso se puede hablar de embrión postimplantatorio.

El término en mención es utilizado tanto en dispositivos legales internacionales[35] como en distintos dispositivos nacionales[36]. En este último caso, se debe apreciar el Decreto Supremo Nª 007-97-EM que aprueba el Reglamento de Seguridad Radiológica así como la Sentencia del 26 de enero de 1998 emitida por la Sala Penal de la Corte Superior de Lima, documentos en los cuales se viene utilizando frase embrión o feto. Al respecto, se debe manifestar que embrión o feto son dos realidades vitales totalmente distintas, por lo que mal se hace equiparar dicho término con la palabra o, logrando con ello únicamente conducirnos a un error terminológico, confusión que trato de despejar al precisar dichas figuras. Pero, parece que la voluntad de los legisladores como de los operadores legales fue equiparar dichos términos. Sin embargo considero que lo correcto es utilizar la palabra y para distinguir los dos momentos del desarrollo del ser humano intraútero.

---

[33] Cfr.: HIGUERA GUIMER. Juan Felipe, ob, cit, p. 196.

[34] En este mismo sentido. Cfr.: VALVERDE MORANTE, Ricardo. Derecho Genético. Reflexiones jurídicas planteadas por las técnicas de reproducción humana asistida. Gráfica Horizonte S.A. Lima. 2001., p. 151.

[35] Al respecto véase Informe Warnock (1984). Recomendación 1046 del Consejo de Europa (1986). Ley española sobre reproducción asistida (Ley Nª 35/88). Ley alemana de protección del embrión (Ley Nª 745/90 del 13 de diciembre de 1990) , Ley francesa relativa al respeto del cuerpo humano (Ley Nª 94-653) y la relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano (Ley Nª 94-654) ambas del 29 de julio de 1994.

[36] Véase al respecto DECRETO SUPREMO Nª 018-89-EM-VME (derogado por DECRETO SUPREMO Nª 009-97-EM) que aprueba el Reglamento de Protección Radiológica publicado el 27 de octubre de 1989, específicamente e art. 51ª.- Se pondrá especial atención en los detalles de la técnica radiológica al modo que se asegure una mínima exposición al feto o embrión posiblemente presente, si no se sabe si una mujer está o no embarazada. DECRETO SUPREMO Nª 82-94-PCM que aprueba el Plan Nacional de Prevención y Control de Drogas, publicada el 03 de octubre de 1994, específicamente el numeral 4.4.2. literal b) Clorhidrato de cocaína tolerancia y dependencia variable, depresión severa. Indiferencia afectiva, psicosis cocaínica. Combinada con otras drogas (tranquilizantes y anfetaminas) puede producir la muerte. Efectos variables sobre el embrión y el feto. DECRETO SUPREMO Nª 009-97-PCM, que aprueba el Reglamento de Seguridad Radiológica publicada el 27 de mayo de 1997, específicamente el art. 39ª.- Se evitarán los procedimientos de diagnóstico o de terapia que ocasionen exposición en el abdomen de una mujer embarazada o probablemente embarazada a menos que existan fuertes indicaciones clínicas, en cuyo caso se deben tomar las medidas de protección para reducir las dosis al embrión o feto.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2.3. Feto

El Diccionario de la Real Academia entiende que el feto es el embrión de los mamíferos placentarios y marsupiales, desde que se implanta en el útero hasta el momento del parto. Bajo este concepto el embrión preimplantatorio no puede ser considerado, literalmente, feto.

En principio se debe partir de la idea de que no existe definición jurídico penal del término feto; sin embargo, en doctrina penal se puede apreciar dos posiciones o tesis que traten de dar un contenido material al concepto de feto. Estas posiciones vienen representadas por las tesis restrictivas y la tesis amplia de la expresión del feto.

Los partidarios de la tesis restrictiva, entre ellos Diez Ripollés[37], Gonzales Rus[38], Higuera Guimerá[39] y Peris Riera[40], consideran que el feto es la fase más avanzada del desarrollo embriológico y con el cual se conocen al embrión con apariencia humana y sus órganos formados que maduran paulatinamente para su viabilidad y autónoma y después del parto. Este concepto es producto de la Ley española 35/1988[41], en cuya exposición de motivos viene a definir la figura del feto.

Por su parte, entre los partidarios de la tesis amplia del término feto, puede apreciarse dos tendencias. Los que consideran que el concepto de feto abarca al embrión posanidatorio entre los cuales puede citarse autores como Romeo Casabona[42], Muñoz Conde[43], Portocarrero Hidalgo[44]. Mientras otro grupo, entre los que destaca Gracia Martín[45], considera que con dicho término se debe hacer referencia a todo el desarrollo embriológico, incluyendo, al embrión preimplantatorio.

---

[37] Cfr.; DIEZ RIPOLLÈS, José Luis. Comentarios al Código Penal. Parte Especial I (Coords: Diez Ripollès/Gracia Martìn). Triant Lo Blanch. Valencia. 1997., p. 341 y ss.
[38] Cfr.: GONZALES RUS, Juan José. Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I, (dirig., por Manuel Cobo del Rosal) Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 1996, p. 134.
[39] Cfr.: HIGUERA GUIMER, Juan Felipe., ob., cit., p. 324.
[40] Cfr.; PERIS RIERA, Jaime. La regulación penal de la manipulación genética en España. Madrid, 1996, p. 164.
[41] El ordenamiento legal se estructura en siete capítulos (21 artículos) una disposición transitoria y disposiciones finales relativos a la composición y funcionamiento de la Comisión Nacional de Reproducción asistida, órgano de Aplicación de la ley; al respecto con mayor detalle véase HOOF, Pedro: Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1999, p. 35 a 45.
[42] Cfr.: ROMEO CASABONA, Carlos María. El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana. Madrid. 1994., p. 403.
[43] Cfr.: MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial, 12 edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 136.
[44] Cfr.: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, ob, cit, (1999), p. 25 y ss.
[45] Cfr.: GRACIA MARTÍN, Luis. Comentarios al Código Penal. Parte Especial I, (Coord. Diez Ripollés/Gracia Martín), Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, p. 617 y ss.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

A mi juicio, considero que la exactitud conceptual es básica para describir y mostrar las realidades con que se nutre el Derecho punitivo; en este sentido, queda claro que cuando me refiero al feto tengo que hacerlo desde la óptica amplia-moderada de dicho término, esto quiere decir, que cuando me refiero al feto se tendrá que abarcar desde el embrión posanidatorio hasta el momento del nacimiento. Esta tesis, también, va acorde con la definición lingüística de la figura sometida a comentario.

Por su parte, en el plano legislativo el vocablo feto viene siendo empleado en distintos documentos legales[46].

2.4. Concebido

En palabras de Cabanellas de Torres[47] viene a ser: el óvulo fecundado de la mujer; sin embargo, el profesor Espinoza Espinoza[48], precisando la figura, lo considera como el ser humano antes de nacer que, pese a que depende de la madre para su subsistencia, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico y, como tal, se convierte en un concepto de imputación de los derechos y deberes los cuales lo favorecen. Entonces, debe destacarse, que con el vocablo concebido se hace referencia al ser humano intrauterino que va desde la concepción al aborto, nacimiento o muerte de la embarazada.

La doctrina y legislación romana otorgaban a la criatura en gestación una fisonomía jurídica especial: se le consideraba como una anticipación de la "persona" o, más bien dicho, como una persona futura, una esperanza, según la expresión que va desarrollándose de instante

[46] Véase al respecto: RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN EJECUTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO N° 704-98-MP-CEMP, 04 de noviembre de 1998, RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 465-99-SA-DM, Normas del Programa de Planificación Familiar, 25 de setiembre de 1999 (La violencia familiar está asociada a riesgos en la Salud Reproductiva porque: Es causa de embarazos no deseados, incrementa el riesgo de aborto provocado, incrementa el riesgo de contraer Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS) y el SIDA, afecta la capacidad de la mujer para el uso correcto de anticonceptivos y en el embarazo aumenta el riesgo para la salud de la mujer y el feto), RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 251-GG-ESSALUD-2000, Normas Complementarias al Reglamento de Pago de prestaciones económicas (b) Cuando la asegurada opte por diferir o adelantar parte de un período o la totalidad del mismo, debe comunicarlo al médico o, excepcionalmente, al profesional de obstetricia tratante, quien verificará y evaluará el estado de embarazo y condiciones del feto procediendo a otorgar la Constancia de Embarazo Normal por el tiempo que a su criterio corresponda, teniendo en cuenta que la actividad laboral de la afiliada no ponga en riesgo la continuidad del embarazo), LEY N° 27282, de 08 de noviembre de 2000, Ley del Fomento de la Donación de Órganos y Tejidos Humanos (Art. 13°.- Puede ser donante de médula sea toda persona natural, siempre que no exista riesgo para su salud o del feto tratándose de gestantes, debiendo cumplir con los exámenes establecidos y otorgar su consentimiento de manera expresa, libre e informada), DECRETO SUPREMO N° 018-2001-PROMUDEH, Lineamientos de Política de Juventud (el embarazo precoz asociado con diversos problemas de salud para la gestante y el feto y la probable interrupción de su permanencia en el sistema educativo).

[47] Cfr.: CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, 5 reimpresión, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1982, p. 60.

[48] Cfr.: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Estudio de derecho de las personas. 3° edición, Editorial Huallaga, Lima, 2001, p. 34.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

a instante hasta llegar a ser una realidad maravillosa y perfecta al transformarse en un ser humano.

Por otro lado, los diferentes textos legales que rigen nuestra sociedad vienen a utilizar el término "concebido"[49], para referirse al ser humano intrauterino a quien se le otorga derechos, como por ejemplo el derecho a la vida. De dichas disposiciones se aprecia que el vocablo concebido es el más utilizado.

2.5. Nasciturus

A lo largo de distintos textos de doctrina jurídica se suele manejar el término nasciturus para referirse al ser humano que habrá de nacer[50]; es decir, es el sujeto de derecho que ha sido concebido, pero todavía no alumbrado[51].

Sin embargo, se debe precisar que cuando manejamos dicho término tenemos que tener presente que éste, engloba dos figuras: el conceptus que se refiere al concebido, y el concepturus que hace referencia al ser humano el cual habrá de ser concebido. En esta misma línea se podrá decir que con la expresión nasciturus nos referimos al ser humano en sus distintas etapas dentro del útero materno; es decir abarca al pre-embrión, embrión, feto y concebido. En principio se podrá decir que el vocablo nasciturus equivale al concebido, pero lo cierto es que con el primer vocablo, incluso, hacemos referencia al segundo.

La evolución y desarrollo del huevo, embrión y feto corresponden a los tratados de Embriología y a los estudios básicos de morfología para abordar los estudios clínicos de tal manera que remitimos al lector a los textos respectivos. En ese sentido, es necesario precisar que en el desarrollo del producto se consideran tres períodos fundamentales con proyección clínica:

[49] Véase al respecto. Art. 2° inc. 1 de la Constitución de 1993, arts. 1°, 392°, 598°, 617° y 856° del Código Civil de 1984, art. 124°-A del Código Penal, arts. I del Título Preliminar y 1 de la Ley N° 27 337, Código de los Niños y Adolescentes, art. 17° del Decreto Ley N° 17505 del 18 de marzo de 1969, Código Sanitario (derogado por la Ley N° 26842), art. III del Título Preliminar de la Ley N° 26842 del 20 de julio de 1997, Ley General de la Salud, art. IV del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 346 de 06 de julio de 1985, Ley de Política Nacional de Población, Resolución Suprema N° 014-

[50] GARCÍA VELUTINI, Oscar. Sobre derechos personales y la dignidad humana. Editorial Sucre. Caracas. 1980, p. 111.

[51] Cfr.: RODRIGUEZ VALCÁRCEL, Luis. Protección Jurídica del nasciturus, en: Las tesinas de Belgrano, Universidad de Belgrano Nª 14, noviembre, 2001, p. 6

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2.5.1. Período Ovular (Hasta la 2da. semana)

Durante el período ovular, en la primera semana evoluciona hasta blastocito, implantándose al 7ª día. Durante la segunda semana como las secreciones endometriales no son suficientes para la nutrición del huevo, profundiza el anclaje de las prolongaciones trofoblásticas a fin de captar los elementos nutricios necesarios para su desarrollo y crecimiento.

2.5.2. Período Embrionario (De la 3ª a la 8ª semana)

El período embrionario se extiende de la tercera a la octava semana y en él se realiza la organogénesis. Es una fase muy sensible a la acción de las noxas, que pueden repercutir originando malformaciones de diversos órganos, a los cuales sorprenden en esta etapa en plena formación.

El sistema nervioso se desarrolla rápidamente sobre todo el cerebro, a las cuatro semanas pueden observarse los órganos de los sentidos: ojos, pabellones auditivos y fosas nasales perfectamente esbozados. Por esta misma época se puede apreciar crestas aplanadas como esbozo de los miembros inferiores que a las ocho semanas presentan ya la diferencia de los dedos de los pies y manos.

En conjunto la cabeza es más voluminosa, con predominio de la región craneal sobre la cara, torso convexo, abdomen voluminoso, extremidades cortas. Al final de las ocho semanas del estado embrionario el cordón umbilical está diferenciado, el corazón y el hígado conforman la prominencia de la región ventral y aparecen los órganos genitales externos como un esbozo asexual.

Al terminar el período embrionario el producto tiene 25 mm. De tamaño y pesa 1 gramo.

2.5.3. Período Fetal (De la 9ª a la 40ª semana)

El período fetal se extiende desde la 9ª semana hasta la 40ª semana de la fecundación, durante esta etapa se completa el crecimiento y desarrollo del producto hasta su madurez para ser exteriorizado durante el parto y continuar su vida en forma extrauterina. El desarrollo del feto cada cuatro semanas presenta las siguientes características:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Entre las 9 y 12 semanas: El feto alcanza los 7.5 cm., de tamaño. Cabeza muy voluminosa. Ojos centrados hacia la línea media. Párpados unidos. Abdomen abultado por el gran desarrollo del corazón e hígado. El intestino crece y se conforman sus asas. Órganos genitales externos bien diferenciados. Aparecen los centros de osificación. La actividad cardíaca es registrada por los ultrasonidos.

Entre las 13 y 16 semanas: El feto crece hasta los 16 cm., de tamaño y llega a los 110 gramos. La cara y el cuerpo en general tienen forma humana. La piel es delgada y transparente, apareciendo el lanugo. El hígado comienza a segregar bilis y su acumulación en el intestino dará lugar al meconio. Los riñones comienzan a producir orina. La musculatura funciona y el feto se moviliza: se inician los movimientos activos del feto.

Entre las 17 y 20 semanas: El feto mide 25 cm., y pesa 330 gramos. Los movimientos fetales se tornan muy activos y son definitivamente percibidos por la madre. Comienza a crecer el cabello El lanugo y el vérnix caseoso se extienden a casi todo el cuerpo. Se distinguen perfectamente las uñas.

Entre las 21 y 24 semanas: El feto alcanza un promedio de talla de 30 cm., y pesa 600 gramos. Comienza a acumularse grasa subcutánea. Crecen las cejas y las pestañas. Se hacen visibles los surcos fisiológicos de la piel y las impresiones dactilares. Piel arrugada.

Entre las 25 y 28 semanas: El feto mide ya 35 cm., y su peso fluctúa por los 1000 gramos. Hay mayor desarrollo de la grasa subcutánea. Los ojos permanecen abiertos. El feto está cubierto por una capa delgada de grasa proveniente de la actividad de las glándulas sebáceas. Si nace tiene posibilidades de vida.

Entre las 29 y 32 semanas: Alcanza los 41 cm, de talla y pesa 1700 gramos. Piel estirada por acúmulo de grasa subcutánea. Los testículos se encuentran en el escroto. Todos sus órganos tienen capacidad funcional. Sus posibilidades de supervivencia en caso de nacer aumentan.

Entre las 33 y 36 semanas: El feto mide 45 cm., y su peso se ha elevado a 2500 gramos. Desaparecen las arrugas de la piel totalmente y el lanugo comienza a caer. Las uñas han crecido hasta la punta de los dedos. La capacidad funcional de los

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

órganos está muy desarrollada y en caso de nacer su crianza no creará generalmente mayores problemas.

Entre las 37 y 40 semanas: Se han completado el crecimiento y desarrollo del feto, su talla estará por los 50 cms., y su peso entre los 3200 a 3500 gramos. La circunferencia fronto-occipital alcanza 34 cm. La circunferencia de los hombros se encuentra en 35 cm., y la de la cadera en 27 cm. El lanugo persiste sólo en los hombros y en parte de los brazos. Las uñas de los dedos de las manos sobrepasan las yemas de los dedos. Los testículos están en el escroto en el varón mientras que en las niñas los labios mayores cubren totalmente los labios menores[52].

Por último, se debe resaltar que en el cuerpo de los textos legales de los últimos tiempos (legislación nacional), no se ha hecho uso del término "nasciturus", siendo, por el contrario, de uso exclusivo en el ámbito de la doctrina donde es de común aplicación.

2.6. Persona

El término persona proviene de personae, que se empleaba para designar la máscara del teatro, en época romana, el cual amplificaba la voz del actor (personare)[53]. Sin embargo, el lenguaje común o vulgar, persona es sinónimo de hombre[54]; en esta línea el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española considera a la persona como aquel individuo de la especie humana.

Cabe destacar, que de acuerdo con la doctrina civilista se considera persona "el hombre y traslaticiamente, en su caso, ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica"[55]; en este sentido, desde el punto de vista

[52] SCHWARCZ, Ricardo; FESCINA, Ricardo; DUVERGES, Carlos. Obstetricia de Schwarcz. Editorial El Ateneo. Sexta Edición, 2005.
[53] La expresión se utiliza también para señalar al individuo, independientemente de su capacidad, como lo prueba el hecho de que Gayo, en el libro Primero de sus instituciones, dedicado al ius ad personas pertinent, incluye entre las personas a los esclavos quienes eran considerados como objetos de derecho. También se consideraba en Roma como personas a entidades colectivas, las cuales hoy en día, se les viene a denominar personas jurídicas.
[54] Cfr.: JAVIER CASTIELLA, Jos: ob.cit.
[55] Cfr.: DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Derecho Civil de España. Tomo II. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1984, p. 30.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

del derecho positivo[56] persona es el hombre una vez nacido[57], ya sea como individuo, o colectivamente organizado siempre que cumpla con la formalidad de su inscripción exigida por la norma[58]. Las primeras son llamadas personas físicas, naturales o de existencia visible; en tanto que las segundas, son llamadas personas jurídicas y también morales e ideales, son las que se encuentran formadas por determinación de la ley.

Para efectos de Derecho Penal se considera persona al ser humano quien ha dejado atrás la vida fetal y ha pasado a formar parte de la sociedad. En términos generales, teniendo en cuenta el Derecho Civil y el Derecho Penal, se puede decir que persona es el ser humano quien deja tras de sí la vida fetal para adquirir una vida en comunidad. Sin embargo, el debate en la literatura penal se presenta en determinar el momento preciso en la cual se deja la vida intrauterina.

3. CARACTERÍSTICAS

El Concebido posee las siguientes características:

3.1. Vida humana en estado inicial

El ser humano no nacido, conceptus sed non natus, propter spem nascendi (Ulpiano, D 37, 9.1 pr.).

Es producto de la concepción o cualquier otro procreático acto similar por el cual se dé inicio de la vida y, por ende, del estado de concebido. Independientemente de su viabilidad, como es el caso del oriturus o moriturus, requiere y exige una protección plena, digna.

El concebido puede ser gestado (nasciturus, qui in utero est) o, también, darse el caso del ex útero que se encuentre crioconservado, congelado, esperando ser trasladado al seno materno o, quizá en vientre artificial (ectogénesis)

[56] Véase el art. 1ª del Código Civil de 1984. “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento”. Al señalarse en nuestro Código que la existencia de la persona principia al nacer, lo hace exclusivamente por razones de necesidad, seguridad y precisión en lo que respecta al momento en que se es titular de ciertos derechos patrimoniales.

[57] En sentido contrario, es la posición de los que consideran que la existencia de la persona se inicia desde que se produce la concepción, criterio que se basa en el hecho de que, desde ese mismo momento, el ser concebido adquiere derechos, especialmente relacionados con las donaciones y las sucesiones, aunque queden supeditados al nacimiento con viabilidad, e incluso reciben una protección penal, por cuanto la destrucción del feto configura el delito de aborto, con mayor detalle: RODRIGUEZ VALCÁRCEL, Luis: ob, cit, p. 17 y ss.

[58] Cfr., ampliamente, FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentario al libro primero del Código Civil peruano, 7 edición, Editorial Grijley E.I.R.L., Lima, 1998, p. 31.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

3.2. Surge de la concepción o de acto similar

La vida humana se inicia con la concepción, dice el art. 1° del Código Civil.

Acorde con la norma del Código, las principales normas legales consideran en el mismo sentido que el inicio de la vida, y desde ya su protección jurídica, empieza en el momento de la concepción, así tenemos la Constitución Política (art. 2°, inc. 1), Ley de política nacional de población[59] (inc. 1 del art. IV), la Ley General de salud (art. III del Título Preliminar), el Código de los Niños y Adolescentes es más detallista y dice: en sus normas preliminares (art. 1).

La concepción es el punto de partida de la vida humana y de la protección jurídica en su plena y total dimensión, lo cual ha sido refrendado por el Tribunal Constitucional peruano que, en el Exp. N° 02005-2009-PA/TC, ha sostenido que el inicio de la vida humana se da con la concepción, mas no con la anidación; afirmando que "(….) 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, mas no constituye su inicio".

Pero, no necesariamente se requiere ser consecuencia de la concepción. La vida puede procrearse y crearse. La primera mediante procesos de fecundación natural a través de la relación sexual coital y, la segunda, a través de técnicas de producción humana asistida (clonación, partenogénesis, fusión, fisión, transferencia, nuclear, etc).

3.3. Ser único, singular e irrepetible

Durante la concepción, con la singamia, luego de haberse dado el intercambio de material genético, se produce la identidad genética del ser, originando que el individuo concebido sea él y solo él, con las características que posee que lo diferencian de los demás (hasta los gemelos univetilinos se diferencian en sus huellas digitales y en la

[59] D.L. N° 346, (DOEP, 05/07/1985)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

conformación del iris –métodos de autentificación biométrica-, además de su personalidad que resulta irrepetible y no fotocopiable).

3.4. Es un estado momentáneo o determinado

Es estado de vida corto, es más interino (es más esa interinidad es la que justifica que se puedan tomar una serie de medidas precautorias[60]).

A diferencia de la persona que tiene una esperanza de vida (73 años[61]), el concebido tiene un tiempo promedio en el que mantiene su estatus. Se es concebido por un tiempo menor, identificable y computable, i.e. 9 meses (300 días o 10 meses lunares, conforme al Código[62]) prácticamente todo el estado del embarazo, días más o días menos (el embarazo dura entre 37 y 40 semanas después del último período menstrual).

En cuanto a los días demás, no hay un límite, debe analizarse cada caso en particular, pudiendo presentarse excesos frente a las situaciones de los embriones crioconservados, con 1,3, 7 o 10 años. Estos tiempos no implican años cronológicos, no es la edad del concebido, sino el plazo durante el cual se encuentra paralizado su estado biológico.

El tiempo no marca el estatus de concebido.

3.5. Relaciones jurídicas

Como sujeto de derecho, cuenta con facultades y deberes, derechos y obligaciones siempre que le sean favorables, beneficiosos y positivos.

En cuanto a sus derechos patrimoniales estos se encuentran condicionados a que nazca vivo, mientras que los extrapatrimoniales están exentos de condición, aplicándose de manera plena.

3.6. Sujeto de derecho “para todo cuanto le favorece”

De acuerdo con el artículo 1° del CC 1984, “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”. Como puede verse, la norma no se limita a reconocer que el concebido es sujeto de derecho, sino que además precisa que tal condición solo le

[60] LETE DEL RÍO, José Manuel. Derecho de la persona. Madrid, Tecnos, 1986, p. 43.
[61] Datos de Banco Mundial, Última actualización: 17 de enero de 2013.
[62] Arts. 243, incs. 3, 361 y 363, inc. 2.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

corresponde “para todo cuanto le favorece”. En ese estado, la condición jurídica de sujeto de derecho reconocida al concebido supone para él – como para todo sujeto de derecho- el goce de una capacidad frente al Derecho, pero, en su caso, esta se encuentra afectada por los “efectos favorables”, mismos que –según ha señalado la doctrina- bien podrían suponerle un status de privilegio[63] o, en contrapartida, una restricción o limitación a su capacidad jurídica[64].

El concebido es sujeto de derechos por su propia condición de ser humano. Antes de que el ordenamiento le reconozca tal calidad jurídica, es ya titular de unos derechos fundamentales primarios, como el derecho a la vida, a la integridad física, entre otros; titularidad[65], que le corresponde por el solo hecho de ser hombre y que lo posibilita para ser sujeto de derechos, lo que a su vez le da potencialidad para ser titular de cualesquiera otros derechos y obligaciones[66] –la que es comúnmente denominada personalidad jurídica-. Por ello, desde el punto de vista jurídico, hablar del concebido como sujeto de derecho es referirse a él como centro de imputación de derechos y deberes, en función de lo cual puede plantearse precisamente el tema de su capacidad frente al ordenamiento jurídico.

Es la condición de sujeto de derecho que el hombre posee la que dota de una capacidad frente al Derecho, misma que debe ser entendida en una doble dimensión: capacidad jurídica o de goce y capacidad de ejercicio o para obrar[67]. La primera es la aptitud

[63] Cf. ESPINOZA ESPINOZA, J. Derecho de las personas, cit., pp. 74-75, 82. De igual parecer es Fernández Sessarego, quien sostiene: “La segunda frase del artículo primero, (…), declara que el concebido, en cuanto ser humano, es “sujeto de derecho”. Se añade que es para todo lo que le favorece, concediéndole, de esta manera, una situación de privilegio”. (FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. El Concebido en el Derecho contemporáneo, cit., p. 6).

[64] Cf. SÁNCHEZ BARRAGÁN, R. El tratamiento jurídico del derecho a la vida…, cit., p. 65.

[65] La titularidad supone que alguien es sujeto, activo o pasivo, de un concreto derecho o de una obligación determinada. “Es, por tanto, la situación de pertenencia de un derecho o de una obligación a un concreto sujeto de derechos”. (MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. La persona y el Derecho de la persona, cit., p. 330).

[66] Para el desarrollo de estas ideas se sigue la postura de Martinez de Aguirre Aldaz, quien de acuerdo con Hervada, señala: “(…) si tenemos en cuenta que existen derechos naturales, es evidente que ser persona tiene su origen en la naturaleza, porque el hombre es, por naturaleza, no ya capaz de derechos y obligaciones, sino titular de derechos y deberes” (…) Desde este punto de vista, el hombre es sujeto de derechos (subjetivos), por su propia naturaleza: es titular de los derechos fundamentales y por tanto, ineludiblemente, sujeto de derechos. (…) En efecto, lo que vengo sosteniendo, tras los pasos de Hervada, es que el ser humano, por el solo hecho de serlo, es titular actual de esos derechos fundamentales primarios (a la vida y la integridad física), y que, por tanto, en esa misma medida, debe ser considerado, inevitablemente, como sujeto de derechos. En efecto, lo que vengo sosteniendo, tras los pasos de Hervada, es que el ser humano, por el solo hecho de serlo, es titular actual de esos derechos fundamentales primarios (a la vida y la integridad física), y que, por tanto, en esa misma medida, debe ser considerado, inevitablemente, como sujeto de derechos. (IDEM, Comentarios a los artículos 29 al 34, en RAMS ALBESA, J. (coord.). Comentarios al Código Civil II, vol. 1,, José María Bosch, Barcelona 2000, p. 248).

[67] A los efectos de este análisis, cabe precisar que personalidad jurídica es lo mismo que capacidad de goce, capacidad de derecho y capacidad jurídica: no debiendo confundirse, por tanto, la capacidad de goce con el goce o disfrute actual de los derechos de los que alguien es titular.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

genérica o in abstracto para ser titular de derechos y deberes, desde cuya perspectiva el sujeto de derecho siempre se caracteriza por tener personalidad jurídica, que es la pura potencialidad de ser sujeto de derechos y obligaciones[68], pero no supone atribución efectiva de ningún derecho ni obligación[69]. La segunda es la aptitud concreta de una persona para ejercitar los derechos y obligaciones de los que son titular[70], pero no puede hacerse efectiva con la sola capacidad jurídica ni con la titularidad de derechos y obligaciones. Esta última capacidad –la de obrar- se encuentra vinculada con la llamada capacidad natural de conocer y querer, que es la aptitud natural con la que alguien puede atender por sí mismo el cuidado de su persona y bienes[71], y que según la normatividad peruana se adquiere con la mayoría de edad[72] –siempre que no se esté incurso en alguna de las causales de incapacidad de ejercicio por ella prevista[73]- o bajo algunos supuestos específicos expresamente regulados por el CC 1984[74].

El desarrollo de estos conceptos exige acentuar que el reconocimiento normativo del concebido como sujeto de derecho presupone, a su vez, su condición como titular actual de aquellos derechos inherentes a su estatuto ontológico de ser humano, que siempre serán no patrimoniales, como el derecho a la vida. Asimismo, por esa cualidad como sujeto de derecho, el concebido disfruta además de una capacidad de goce que, para la normatividad peruana, siempre debe ser interpretada en función de los denominados "efectos favorables".

De otro lado, aun cuando el concebido tenga una titularidad actual de sus derechos personales fundamentales y la capacidad de goce para adquirir otros derechos así como obligaciones, por la situación en que se encuentra no podrá disponer en forma directa de los derechos y obligaciones de los que, respectivamente, es y puede ser titular, pues carece de capacidad para obrar; siendo por tal razón que la legislación civil peruana

[68] Cf. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. La persona y el Derecho de la persona, cit., p. 330.
[69] Cf. Ibídem, pp. 330-331.
[70] Cf. Ibídem, pp. 330-332.
[71] Cf. Ibídem, pp. 332-333.
[72] Esta mayoría de edad se adquiere una vez cumplidos los dieciocho años de edad, según se encuentra establecida por el artículo 42 del CC. 1984.
[73] En lo que respecta a la incapacidad de ejercicio, los artículos 43 y 44 del Código Civil establecen, respectivamente, los supuestos de incapacidad absoluta e incapacidad relativa.
[74] El artículo 46° de este Código regula ciertos supuestos en los que, antes del cumplimiento de la mayoría de edad, podría adquirirse plena capacidad de ejercicio o para la realización de determinados actos. Así, de conformidad con este artículo, por ejemplo, la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años –que no incurran en alguna otra causal de incapacidad, como padecer retardo mental- cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. Tratándose de mayores de 14 años, la incapacidad cesa a partir del nacimiento del hijo, pero solo para realizar el reconocimiento del mismo, para demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos, además de otras acciones que aparecen taxativamente enunciadas en el texto del artículo mencionado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

trata al concebido como un incapaz absoluto de ejercicio[75], lo que supone que él necesita de representación para poder ejercer sus derechos e intereses, la que en principio –según se desprende a contrario del artículo 598° del Código Civil[76]- será asumida por sus padres.

Queda claro, entonces, que en virtud de su naturaleza el concebido, desde el estado mismo de su concepción, es titular de todos aquellos derechos personales innatos o inherentes a su condición de ser humano, por lo cual, es respecto de ellos que sus representantes tienen el deber de hacerlos efectivos. Y por esa titularidad que el concebido tiene con relación a sus derechos personales más fundamentales, en tanto sujeto de derecho es también capaz para ser titular o sujeto de otros derechos[77].

El concepto de los "efectos favorables", en el que puede condensarse la expresión normativa "para todo cuanto le favorece" que recoge nuestro Código Civil a favor del concebido, ha generado opiniones diversas sobre su significado. La más común es aquella para la que los efectos favorables suponen solo la adquisición de algo beneficioso para el concebido, esto es, de derechos que, en principio, no impliquen contraprestación, como sucede en el caso de la sucesión, la donación y la representación[78]. Desde este punto de vista, la expresión "efectos favorables" aparece estrechamente vinculada a los derechos patrimoniales, y especialmente a aquellos que no generen, en estricto, un deber o carga para el adquirente, que en el contexto de lo tratado sí serían "efecto desfavorable"

[75] El CC. 1984 en su artículo 42° establece: "Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los arts. 43° y 44°: La condición del concebido se subsume en el primer supuesto del artículo 43°, que a la letra dice: Son absolutamente incapaces: 1. Los menores de dieciséis años (….)".

[76] El artículo 598° del CC 1984 dice: "A pedido de cualquier interesado o del Ministerio Público, los bienes que han de corresponder al que está por nacer, serán encargados a un curador si el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad. Esta curatela incumbe a la persona designada por el padre para la tutela del hijo o la curatela de sus bienes, y en su defecto, a la persona nombrada por el juez, a no ser que la madre hubiera sido declarada incapaz, caso en el que su curador lo será también de los bienes del concebido".

[77] Cf. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. La persona y el Derecho de la persona, cit., pp. 330-332.

[78] Cf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. Nuevas tendencias en el derecho de las personas, cit., p. 88.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

para el concebido[79]. En este esquema, los derechos personales o extrapatrimoniales no plantean mayor inconveniente porque siempre serán favorables para el nasciturus[80].

3.7. Fin

Todo aquello que tiene vida llega el momento en que fenece, se acaba.

La muerte es un hecho jurídico que genera consecuencias legales. Consecuencias estas que están determinadas respecto del fallecido y de terceros.

La muerte pone fin a la persona, manda el artículo 61° del Código Civil. Esta norma es aplicable por analogía al concebido. Digo por analogía porque el concebido no es persona, es un sujeto de derecho distinto, un concebido, calidad que le otorga el Derecho. La norma del Código debió referir que la muerte pone fin al sujeto.

Cuando se produce la muerte, el sujeto de derecho, sea persona natural o concebido, pasa a ser un objeto, en concreto un objeto de derecho especial, digno del más alto respeto, al cual se le denomina cadáver, pero su calidad de ser humano permanece, no se pierde. Así las cosas, no por el hecho de morir se pierden el status natura de ser humano. La muerte se proyecta de forma que el trato dispensado al cadáver no sea arbitrario, sino que responda al principio de dignidad que como ser humano que es, merece que se le dispensen.

El concebido se extingue definitivamente en cuanto tal, existencial y formalmente en cuanto sujeto de derecho especial, a causa de un aborto o si nace sin vida[81]. El concebido tiene su fin, un término, que puede darse en cualquiera de las siguientes circunstancias:

- **Aborto**

  El término de aborto viene del latín abortus (prefijo ab=privación y ortus, nacimiento), privación del nacimiento, muerte antes del nacimiento.

[79] Al respecto, García Amigo señala: “En principio, solo los derechos, facultades e intereses legítimos, son favorables a su titular; no lo serán, en cambio, los deberes, obligaciones, cargas y sujeciones”. Pero ocurre que en la práctica las relaciones jurídicas son de carácter complejo, suponiendo para cada titular de los mismos derechos y deberes o cargas recíprocamente condicionadas o sinalagmáticamente vinculadas. En estos supuestos, habrá que sopesar el conjunto de la relación para determinar el favor o disfavor de la situación jurídica que se crea para el nasciturus. (GARCÍA AMIGO, M. Instituciones de Derecho Civil. I Parte General, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1979, p. 326).
[80] Cf. SÁNCHEZ BARRAGÁN, R. El tratamiento jurídico del derecho a la vida…., cit., p. 65; NINAMANCCO CÓRDOVA, F. Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1…., cit., p. 176; DÍAZ MUÑOZ, O. La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional…., cit., p. 152.
[81] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Nuevas tendencias en el Derecho de las personas. Ob.cit., p. 101.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El aborto puede ser espontáneo (natural) o intencional (voluntario).

- **En el momento mismo del nacimiento**

  Cuando el ser humano muere antes de desprenderse del cordón umbilical.

  Considera Tobías que: "el concebido no reviste una personalidad condicional; el nacimiento sin vida, o más bien el deceso antes de estar completamente separado del seno materno, no es condición resolutoria de la calidad de persona, sino solo de los derechos que había adquirido o de las relaciones jurídicas en que era parte"[82].

4. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCEBIDO

4.1. Teoría de la portio mulieris

Esta posición surge desde el Derecho Romano, en la cual el concebido era considerado como un órgano, parte o porción de la madre. Ulpiano expresaba que "partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum", lo que en castellano quiere decir "antes del alumbramiento el feto es parte de la mujer o de sus entrañas" (Digesto, Lib. XXV, Tít. IV, Ley 1, Pr. 1).

Esta teoría en la actualidad no pasa de ser una noticia histórica, por motivos obvios. Sin embargo, existen algunos autores que piensan de este modo; así se sostiene que "antes del nacimiento, el producto del cuerpo humano no es aún persona, sino parte de las vísceras maternas. Sin embargo, por la esperanza de que nazca, es tomado en consideración y les reserva sus derechos, haciendo retrotraer su existencia, si nace al momento de la concepción"[83].

El autor, si bien por un lado afirma que el concebido es parte de la mujer, por otro admite que este es una spes hominis y, por lo tanto merece cierta protección de parte del Derecho. Esta contradictoria posición no hace más que revelar que aquellos que piensan de esta manera, no puedan negar la exacta dimensión existencial del que está

[82] TOBÌAS, José W. "El derecho a la vida de la persona por nacer". En: La Ley. Año LXXI, Nª 198, martes 16 de octubre de 2007, p. 1.
[83] DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones del Derecho Civil, T. I, traducción de la 4° ed. Italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y Jos{e Santa Cruz Tejeiro, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944, 343.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

por nacer, por cuanto este es un ser humano en formación y como tal, susceptible de tutela jurídica, al igual que cualquier otro sujeto de derecho.

Doctrina colombiana sostiene que "El Derecho Civil actual trabaja con la misma idea de los romanos, que considera al simple concebido como una porción de la vida y el cuerpo de la madre ("portio mulieris"), salvo la advertencia que tal porción de la vida y del cuerpo de la madre, dada la potencialidad que tiene de separarse en el futuro del cuerpo y constituirse en vida autónoma"[84]. Hay que recordar que el derecho civil ha superado la concepción romana en muchos aspectos, sobre todo lo concerniente al derecho de las personas. El hecho de que el concebido sea dependiente de la madre para los efectos de su subsistencia, no quiere decir que este sea parte de la misma, por cuanto es un ser genéticamente individualizado desde el momento de la conjunción del espermatozoide con el óvulo (ya que se está iniciando el proceso vital autónomo) y, es aquí, que interviene el Derecho en su función protectora; porque si el concebido es considerado como un órgano más: ¿Por qué se castiga al aborto?

También se ha afirmado que "es necesario constatar que el concebido no tiene autonomía vital. Su subsistencia y desarrollo requieren de la matriz de la mujer. No es posible ni razonable entonces pretender que la mujer encinta no tiene ningún derecho a decidir sobre el destino de su gestación. Si admitimos que el embrión tiene derechos, es cierto también que no es el único que los tiene y que sus derechos no pueden prevalecer incondicionalmente al punto de sacrificar los otros. El reconocimiento, en su favor, de un pretendido derecho absoluto a la vida conduciría a desdeñar de plano la libertad y la autonomía de la mujer"[85]. Debemos recordar que la autonomía y la autodeterminación de la mujer, por cierto, dignas de tutela por el ordenamiento jurídico, no deberían sobrepasar el derecho a la vida del concebido: sujeto de derecho distinto de la madre. Por lo tanto, esta puede autodeterminarse; pero no debería determinar sobre una esfera jurídica distinta de la suya, cuando justo por su particular posición, debería tutelar (no aniquilar) la vida del que está por nacer.

[84] VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, T. i, Parte General y Personas, 8° ed., Editorial Temis Librería, Bogotá, 1979, 352-353.
[85] MONGE TALAVERA, Luz. Comentario al artículo 1 C.C., Principio de la persona y de la vida humana, en Código Civil Comentado, T. i. Título Preliminar, Derecho de las Personas, Acto Jurídico, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, 100.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

4.2. Teoría de la ficción

Esta posición tiene profunda raigambre romanista. El Corpus Iuris Civilis establece: "Partus dum in ventre portatur speratur" que significa: "el feto, mientras esté en el claustro materno, se espera que llegue a ser hombre" (Código, Lib. VII, Tít. V, Ley 14), de lo cual se deduce que el concebido es considerado como una esperanza de vida.

El jurista Paulo sentencia lo siguiente: "qui in utero est perinde ac si in rebus humanis esset, custuditur, quoties dex conmodies ipsius partus quaeritur quamalli, antequam nascatur nequam prosit" que significa: "el que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviera entre las cosas humanas, siempre que se trate de la conveniencia de su propio parto, aunque antes de nacer en manera ninguna favorecerá a un tercero" (Digesto, Lib. I, Tít. V, Pr. 7).

Por otro lado, se expresa que "los romanos consideran al concebido como si hubiera nacido, siempre que se trate de la adquisición de un derecho, mediante donación, legado o herencia. Ese derecho se considera sometido a una condición suspensiva, a saber, a la de que el concebido nazca con vida, en cuyo caso el derecho se considerará adquirido con efecto retroactivo al tiempo que se le trasmitió. Si en cambio nace muerto, se considerará como si el concebido nunca hubiese adquirido ese derecho"[86]. La teoría de la ficción ha sido adoptada por la mayoría de los códigos civiles, incluso los contemporáneos, admitiendo unánimemente el principio jurídico nasciturus pro iam nato habetur ("en cuanto a él le beneficie, el concebido se tiene por nacido").

El concebido era protegido en la medida en que le eran atribuidos determinados derechos, concretamente, aquellos de naturaleza patrimonial, como el caso de la donación, herencia o legado. La donación es un acto inter vivos, por el contrario, la herencia y el legado son actos mortis causa. Ahora bien, si el pater familias absorbía todos los derechos de los miembros de la domus: ¿Cómo era posible que el concebido adquiriera tales derechos? La respuesta es muy simple: la atribución de derechos patrimoniales en favor del concebido solo era posible en el caso que el pater familias hubiera muerto, situación que es conocida en la doctrina con el nombre de hijo póstumo.

[86] AMBROSIONI, Carlos y TABAK, Héctor, Lecciones de Derecho Romano, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma S.A. Buenos Aires, 82.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En el caso de que el padre estuviera vivo, el concebido no era titular de ningún derecho, pues todos eran absorbidos por el padre.

En la situación de la viuda encinta, se nombraba un curator ventris (curador del vientre), el cual administraba y protegía los bienes del concebido. Sic et simpliciter, el concebido podía recibir donación, herencia o legado, siempre y cuando fuera hijo póstumo. En este orden de ideas se considera al concebido, qui in utero est, como si ya hubiera nacido, para ciertos efectos, a condición de que nazca vivo.

Esta teoría somete la existencia del concebido a una condición suspensiva, lo reputa innecesariamente nacido para atribuirle una serie de derechos, en la mayoría patrimoniales, que se adscriben siempre y cuando nazca vivo. El hecho de que el concebido esté en el claustro materno, no significa que no se encuentre en el mundo de los hombres, es todo lo contrario. El ordenamiento normativo le brinda protección al concebido en atención a que se trata de una individualidad jurídica y real. Esta definición carece de contenido ontológico, por cuanto no se regula en su exacta dimensión existencial al que está por nacer, es más, no se distinguen los derechos patrimoniales de los extrapatrimoniales, surgiendo una contradicción, pues si se quiere amparar el derecho a la vida ¿será necesario esperar a que nazca vivo el concebido? Es por ello que la doctrina y la jurisprudencia comparadas, principalmente, han tenido que “afinar” este modelo, entendiendo (restrictivamente) que la condición suspensiva se aplicaba solo a los derechos patrimoniales.

4.3. Teoría de la personalidad

El Código Civil argentino de 1869, inspirado en el proyecto que elaborara Augusto Texeira de Freitas, considera al concebido como persona por nacer. El capítulo concerniente a las personas por nacer en este código tiene como antecedentes el Código austriaco (art. 22°), el Código prusiano (numeral 10 de la parte I, Tít. I), y el de Louisiana (art. 29). El numeral 70 del mencionado cuerpo de leyes señala lo siguiente: *“Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieran con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”.*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

De ello se rescatan las siguientes nociones:

1. El concebido es persona antes del nacimiento.
2. Con la vida intrauterina del concebido surge la capacidad para ser titular de derechos civiles.
3. Se asume la condición resolutoria.
4. Se le considera nacido aunque viviera por unos instantes después de ser separado de su madre.

Tema asaz controvertido es la posible atribución de personalidad jurídica al concebido. Al respecto hay dos posiciones: una, que así lo sostiene y la otra, que considera que dicho razonamiento es erróneo. Para los críticos de la tesis que contiene el art. 70, se considera que el problema parte al no saber desde cuándo existe persona humana o en otras palabras, el de asimilar los conceptos de vida humana y persona humana. Se acepta la tesis de que la vida humana comienza con la concepción, pero solamente se considera que se es persona cuando se tiene una vida autónoma e individual. Al respecto, autorizada doctrina argentina sostiene que "desde la concepción hay vida humana, pero solo desde el nacimiento hay persona, porque solamente desde este momento se dan aquellas notas características"[87]. En este orden de ideas se afirma que la ley protege la vida y los intereses del concebido (sin que signifique que sea persona), por respeto a la vida humana, que ya existe, y en consideración a la eventual personalidad futura del concebido. Para sustentar esta tesis, se define lo que es, personalidad jurídica (cualidad que el Derecho adscribe a determinados substratos) y lo que es el contenido ontológico de la persona humana (es el individuo humano, el hombre después del nacimiento y antes de la muerte), por lo cual, se descarta al concebido, pues se considera que no hay substrato diferenciado (después de la muerte y antes del nacimiento) para que pueda ser portador de la personalidad.

Los defensores de la tesis que contiene el art. 70° del mencionado cuerpo de leyes se basan en el proyecto de Augusto Texeira Freitas, quien en el art. 53°, señala "son personas por nacer, las que no habiendo aún nacido están concebidas ya en el seno materno"[88].

87

88 El Código Civil argentino menciona en su art. 63° lo siguiente: "son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Para aclarar dicho punto, se hace una distinción entre personas futuras y personas por nacer: "Las primeras, no son aún personas, porque no existen, en cambio, las segundas existen, porque, a pesar de que no hayan nacido aún, viven ya en el seno materno in utero sunt"[89], Dalmacio Vélez Sarsfield, artífice del Código Civil argentino, completa la tesis vertida por Freitas al sostener que las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Según lo indica el art. 70° del Código Civil argentino, el concebido ya es persona y, por lo tanto, goza de capacidad de derechos. Los derechos que puede adquirir son actuales y no en potencia, aunque sometidos a una condición resolutoria. Son derechos existentes, pero condicionales. Me adhiero a la posición crítica, cuando advierte que este cuerpo de leyes tiene serias contradicciones, puesto que si el concebido ya es considerado persona ¿Por qué al nacer muerto se le niega todo derecho patrimonial? Y lo más grave aún ¿Por qué se le considera como si no hubiera existido nunca?. En efecto, el art. 74° del mencionado cuerpo de leyes prescribe que: *"Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido"*.

Por ello, ESPINOZA ESPINOZA[90] concuerda plenamente cuando se afirma que "establecida la inútil ficción de la personalidad del feto, la ley no podía salir de ella naturalmente, sino mediante otra ficción: la de que, naciendo muerto, se considerará como si nunca hubiese existido"[91]. Sin embargo, no se puede dejar de negar el aporte que hace el codificador argentino, quien insurge frente a la profunda concepción romanista, que era el común denominador de la codificación civil a nivel mundial. El codificador, comprendiendo la plena realidad existencial de que está por nacer, lo regula en el Derecho de esta peculiar manera, utilizando los recursos técnico-lingüísticos que estaban al alcance en su época, vale decir, la categoría jurídica de persona. Cabe mencionar que esta posición es seguida, con algunas variantes, por el Código Civil paraguayo de 1985. En efecto, el art. 28 prescribe lo siguiente: *"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*

[89] TEXEIRA DE FREITAS, Augusto, Código Civil, Esborgo, I, Ministerio de Justicia, Departamento de Imprensa Nacional, Brasilia, 1983, 37.
[90] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las Personas – Concebido y Personas Naturales. T. I, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2012, p. 40.
[91] ORGAZ, Alfredo., cit., 38-39.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

nazca con vida, aunque fuere por instantes después de estar separada del seno materno"

Como se puede apreciar, dentro de este modelo jurídico, ya no se habla de "persona por nacer", sino de "persona física" tout court. Sin embargo, aun siendo concebida, se le reconoce una limitada capacidad patrimonial, con el sometimiento de una condición legal resolutoria.

4.4. Teoría de la subjetividad

El Código Civil peruano de 1984, inspirado en el Código Civil argentino, afina su concepción y establece el recurso técnico-lingüístico genérico de "sujeto de derecho", entendido como centro de imputación de derechos y deberes adscribible, siempre y en última instancia, al ser humano, aplicándolo a categorías jurídicas específicas, como son, entre otras, el concebido, la persona individual, la persona jurídica y las organizaciones de personas no inscritas. Para autorizada doctrina nacional, "el nasciturus no es aún persona natural ya que no se ha producido el hecho determinante del nacimiento, sin que por ello deje de ser vida humana. El concebido no es aún persona: es un sujeto de derecho distinto y autónomo, un centro de referencia de derechos desde el instante de la concepción y hasta el nacimiento"[92].

Otro sector de la doctrina apunta que: "Se encuentra cada vez más generalizada como verdad científica la tesis que fecundado el óvulo estamos en presencia de un ser humano, con vida actual y no potencial que se caracteriza precisamente por su individualidad, dado que está comprobado que cuando se unen los 23 cromosomas del espermatozoide con los 23 del óvulo surge lo que se denomina "cigoto", ser único, original, con un código genético totalmente propio e irrepetible, que se mueve a partir de aquí hacia su destino. Nunca existió ni existirá otro ser vivo semejante y es esto precisamente lo que le otorga el carácter de individual. El tiempo solo le agregará oxígeno y nutrición"[93].

[92] FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las Personas, Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano, Studium, Lima, 1986, 28-29.
[93] ORDOQUI CASTILLLA, Gustavo. Daños y perjuicios causados al concebido no nacido. (En la Jurisprudencia). Acali Editorial. Montevideo, 1984, 12 y en Aequitas, Cidde, Año 1, Nº 1, Lima, 1989, 4.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El concebido, es considerado por el Código Civil peruano como un sujeto de derecho privilegiado (puesto que solo lo es "para todo cuanto le favorece"), que tiene las siguientes características:

a) Es un ser genéticamente diferenciado.
b) Es un ser dependiente de la madre para su subsistencia.
c) Tiene derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, estos últimos no deben estar sujetos a condición alguna.

El art. 1º del Código Civil peruano es, paradójicamente, el más completo y revolucionario en su fondo; pero, el más contradictorio en su forma, por los siguientes motivos:

1) En la primera parte del art. 1º se sostiene que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento, lo cual no es cierto, puesto que la persona humana (entendida como categoría ontológica y no jurídica) es sujeto de derecho desde antes de su nacimiento, vale decir, desde la concepción.
2) Sólo se alude a los derechos patrimoniales y no a los extrapatrimoniales.
3) De la redacción del tenor del artículo se interpreta que la atribución de derechos patrimoniales está sometida a una condición suspensiva, por cuanto se debe operar la verificación del acto (nacimiento con vida) para que produzca sus efectos[94]. Sin embargo, se piensa que este numeral debería prescribir que el acto produce sus efectos desde que existe el concebido; pero estos cesan al verificarse que este no ha nacido vivo, lo cual es característica propia de la condición resolutoria[95]. Como veremos más adelante, si interpretamos sistemáticamente el art. 1º C.C. con los arts. 805º.1, 856º y 598º C.C. forzosamente se llegará a una conclusión contraria.
4) No parece acertado afirmar que, por el hecho de no estar sometido a condición resolutoria en materia de derechos patrimoniales, el concebido deje de ser sujeto de derecho[96]. Tanto ostenta esta categoría, que goza de

[94] En este mismo sentido, ARMAZA GALDOS, Javier. Derecho Civil. Sucesiones. De la Sucesión en General, Editorial Adrus, Arequipa, 2004, p. 266.
[95] Para este autor "existe una conjunto de derechos de índole patrimonial que sí están sometidos a condición resolutoria" (Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, cit., p. 29)
[96] Así, quien sostiene que "siendo el concebido "sujeto de derecho", los derechos patrimoniales de que goza están sujetos a condición resolutoria por lo que goza de sus derechos de manera actual durante su existencia, y este goce se confirma si nace con vida y se convierte en "persona natural". Sin embargo, los derechos dejan de existir si él

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

derechos no patrimoniales de una manera privilegiada y el tratamiento que se le den a sus derechos patrimoniales (sea bajo condición suspensiva o resolutoria) no hace que no sea (o sea menos) sujeto de derecho. Más allá de disquisiciones inútiles, la verdadera exigencia existencial del concebido (derechos extrapatrimoniales) está protegida y su sustento está garantizado a través del derecho de alimentos que le corresponde a la madre (conforme veremos al comentar el art. 856º C.C.). Si la gran discusión teórica es que se protege más al concebido con una condición resolutoria ¿no será más justo no someterlo –a nivel de derechos patrimoniales- a ninguna condición? Pues se estaría olvidando el sentido práctico que nos legaron los antiguos romanos: hay que tener en cuenta también los demás derechos e intereses familiares en conflicto. En este sentido, se afirma que "La condición en el concebido, genera como efectos en el mismo, el que éste no puede disfrutar, de manera actual y plena, de derechos subjetivos; sino de meras expectativas. La naturaleza de la condición, en el caso de la atribución de derechos y deberes patrimoniales, es suspensiva. El concebido no goza de derechos y deberes de manera actual; este disfrutará de las mismas, en cuanto se haya verificado la condición. Ello se infiere del conjunto de calificativos que definen el tipo de derecho imputable al concebido, "los que han de corresponder al que está por nacer" o "como aquellos que le serán atribuidos". Está proscribiendo en sí, que el concebido no goza de derechos subjetivos, ni precarios ni plenos, porque serán suyos o le corresponderán, una vez que este haya abandonado el vientre materno con vida[97].

5) La capacidad jurídica del concebido es independiente de que nazca vivo o que nazca muerto. Lo que cabría preguntar es ¿por qué los derechos patrimoniales del concebido están condicionados? Desde el momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide, existe un sujeto de derecho frente al ordenamiento jurídico, el cual tiene derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, si bien supeditados a todo cuanto le

muere. De lo contrario no sería "sujeto de derecho"" (Enrique VARSI ROSPIGLIOSI, Comentario al artículo 856º C.C., Suspensión de partición por heredero concebido en Código Civil Comentado, T. IV, Derecho de Sucesiones, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 739).

[97] MUÑOZ SÀNCHEZ. Rómulo Robertpierre. Polémica sobre los derechos patrimoniales del concebido. Revista Jurídica del Perú, Nº 127, Normas Legales, Lima, setiembre, 2011, p. 240-241.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

favorece, puesto que el concebido es un sujeto de derecho privilegiado. La capacidad para adquirir derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, en principio, no debería estar sujeta a condición alguna. Se le puede otorgar un complexo de deberes y derechos a los sujetos de derecho desde que nace y estos derechos y deberes, dejan de estar bajo su titularidad cuando este sujeto de derecho fallece o se extingue, pasando estos a sus herederos o a las personas legitimadas, en el caso de las personas jurídicas. Otra cosa distinta es que se le atribuyan derechos y deberes a cualquier sujeto de derecho bajo una determinada condición, que al cumplirse, dejarán de tener efectos y volverán a su primitivo titular, según sea el caso. El concebido es sujeto de derecho, por consiguiente, desde un punto de vista meramente lógico, tanto los derechos patrimoniales como extrapatrimoniales deberían ser tratados uniformemente, vale decir, bajo ninguna condición. Sin embargo, por la especial naturaleza del concebido, cual es aquella de un ser en formación, los derechos patrimoniales quedan condicionados, por cuanto el legislador ha tenido en cuenta no solo al concebido, sino a los intereses de otros sujetos de derecho.

6) No se establece qué criterio optar en el caso de que existan dudas al respecto del nacimiento, con vida o no, del concebido. El Código Civil boliviano y el proyecto del Código Civil colombiano, entre otros cuerpos de leyes, establecen la presunción iuris tantum del nacimiento con vida del concebido[98]. Es imperativo que se establezca una norma al respecto en nuestro Código Civil.

TÍTULO II

LOS DERECHOS A LA VIDA Y A LA SALUD DEL CONCEBIDO

1. LA VIDA DEL SER HUMANO COMO PRINCIPIO Y COMO DERECHO – LOS ALCANCES DEL PERSONALISMO COMO SENTIDO FINALISTA RECONOCIDO POR LA CONSTITUCIÓN DE 1993

[98] Entiéndase por presunción la conjetura de admitir por verdadero un hecho del cual no se tiene certeza. Una claisificación distingue la presunción juris et de jure, que no admite prueba en contrario, de la presunción juris tantum, que sí la permite.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

La noción de vida para los efectos de la ciencia del derecho y en particular de su disciplina constitucional, está indisolublemente ligada al ser humano[99]. Sin la presencia de éste último, no tendría sentido hablar ni de unos valores que proclaman la trascendencia fundamental que la vida supone, ni de unos atributos que ofician como instrumentos de su reconocimiento y regulación.

La vida de los seres humanos, tiene así para el mundo jurídico, una suerte de doble función. En un principio y a la vez un derecho.

Como principio constitucional es la expresión jurídica de una valoración social[100] que –como ocurre con la justicia, la dignidad y otros valores[101] que poseen tan significativa relevancia – se eleva al primero de los planos de la aceptación y promoción. Dentro de tal posición fundamenta y articula el sistema jurídico, determinando así, que cualquiera de sus normas se informe y orienten con sujeción al principio vida[102].

[99]Si el derecho prioriza la vida humana, por encima de cualquier otra manifestación de la vida universal, ello se debe, naturalmente, no al menosprecio, de lo que no es humano, sino al hecho elemental de haberse diseñado tal instrumento, principalmente o antes de nada para servirle, a la par que para consolidar sus más preciados y elementales valores. De allí que la vida que no es humana, aunque no deje de ser importante, nunca ha de gravitar o incidir en la misma magnitud que la que corresponde a los seres humanos, a los que por otra parte y como veremos en algún momento, se les ha reconocido una cualidad esencial a la par que insustituible, como lo es, sin duda alguna, la dignidad.

[100] El que la vida tenga una valoración social no excluve como es obvio, la posibilidad de otro tipo de valoraciones, como las de tipo económico, las de orden familiar, las de carácter laboral, etc. Sobre este exremo, el completo análisis de MOSSET ITURRASPE, Jorge: El valor de la vida humana, Rubinzal y Culzoni Editores, Santa Fé, 1983.

[101] Conviene precisar que la doctrina no es muy pacífica cuando se trata de explicar si existe o no diferencia entre lo que es un principio y lo que es un valor, no empero que ambas unidades lingüísticas apuntan hacia la idea de la fundamentalidad. Sobre esta controversia puede verse: VILAS NOGUEIRA, José: "Los valores superiores del ordenamiento jurídico", en Revista Española de Derecho Constitucional, N° 12, CEC, Madrid, 1984, pp. (especialmente) 94 y ss.; PÉREZ LUÑO, Antonio: Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, 5° edición, Tecnos, Madrid, 1995, p. 287 y ss. En nuestro medio: GARCÍA TOMA, Victor: "Valores, fines y principios constitucionales", en Revista Peruana de Derecho Constitucional, Año I, N° 1, Tribunal Constitucional, Lima, 1999, p. 620 y ss. (éste último trabajo, por cierto, sugiere una interesante diferenciación entre los términos referidos, apuntando hacia el carácter instrumental de los principios y el sentido sustantivo de los valores).

[102] Sobre el significado y función de los principios constitucionales la bibliografía es abundante, pero puede verse preferentemente: GARCÍA DE ENTERRARÍA, Eduardo. La Constitución, como norma y el Tribunal Constitucional, 3° edición, Civitas, Madrid. 1985, pp. 97-101, 230-238; GONZALES PÉREZ, Jesús "Los principios generales del Derecho y la Constitución", en Revista de Administración Pública, N° 114, CEC. Madrid, 1987, p. 7 y ss.: BIDART CAMPOS, Germán. El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, 1° edición, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 115 y ss.; en nuestro medio, ETO CRUZ, Gerardo: Los principios constitucionales y las Leyes de Desarrollo Constitucional, Instituto de Divulgación y Estudios Jurídico-Constitucionales, Trujillo, 1991; SAENZ DÁVALOS, Luis: "Los límites materiales de una Reforma Constitucional", en. El jurista Revista Peruana de Derecho, Año II, N° 05, Lima, 1992, p. 83 y ss.: GARCÍA TOMA, Víctor: "Valores, fines y principios …..", cit. p. 617 y ss.; MENDOZA ESCALANTE, Mijail: Los principios fundamentales del derecho constitucional peruano, Gráfica Bellido, Lima, 2000, p. 159 y ss.; HAKANSSON NIETO, Carlos: "La posición constitucional de los principios en la Carta de 1993", en Revista de Derecho, Vol. I, Universidad de Piura, 2000, p. 75 y ss.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Como derecho, a su vez, la vida se identifica como el atributo natural primario por excelencia[103] por cuanto de su reconocimiento depende la realización de otros derechos o libertades[104]. Es por consiguiente de la individualización de la vida que nace el derecho a poseerla así como la posibilidad de que otros atributos personales, alcancen la opción de potencialización.

Conviene subrayar, por otra parte, que la enunciada vinculación entre la noción de vida y la de ser humano, particularmente, la de persona, adquiere una especial relevancia en nuestro caso, porque a diferencia de lo que se predica en otros sistemas jurídicos, en el peruano, incluso desde la vigencia de la precedente Constitución de 1979 (con mayor razón en la carta de 1993) ha existido y desde luego aún existe, una filosofía o tendencia finalista bastante acentuada, y que no es otra que "el personalismo".

Por esta filosofía o tendencia se entiende que el supuesto ideológico de fondo que fundamenta todo el engranaje constitucional y, desde luego, el propio ordenamiento jurídico que lo desarrolla, es antes y por encima que nada. La persona[105].

Tan indiscutible acierto se vislumbra desde que el Artículo 1° de nuestra norma fundamental reconoce expresa e inobjetablemente que "*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*"

No se trata por consiguiente y como se acredita, de una idea más o menos certera o gratificante, sino de una orientación que pone de manifiesto la legítima – aunque a veces incomprendida idea –de que "el Estado es para el hombre y no el hombre para el Estado"[106].

En consecuencia, los alcances que pueda suponer la asunción de éste personalismo por nuestra carta son muy importantes y no solo se limitan a una simple o genérica enunciación, de que la institucionalidad constitucional se subordina a la persona humana, sino que también

[103] Cfr.: ESPINOZA ESPINOZA, Juan: Estudios de Derecho de las Personas, Concytec. Lima. 1990, p. 109 y ss.
[104] El ius filósofo y distinguido jurista Carlos Fernández Sessarego ha señalado por ello que "El Derecho a la vida es el primordial entre los derechos atinentes a la persona y el presupuesto indispensable para todos los demás"; Exposición de Motivos y Comentarios al libro primero del Código Civil Peruano. Derecho de las Personas; citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan: cit. p. 110. Desde la perspectiva constitucional: MARTINEZ MORÁN, Narciso: "El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho Comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia e eugenesia", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. N° 02, Nueva Época, 1979, Madrid, especialmente pp. 133-135.
[105] Sobre la persona y sus implicancias generales para el derecho nos permitimos remitir al excelente trabajo de FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. La Noción Jurídica de Persona. UNMSM. Lima, 1962. Hay que advertir empero que a nivel de la doctrina consitucional no se le ha dado a la persona un tratamiento central sino únicamente referencial al revés que si ha merecido en el derecho privado. En éste sentido, el breve pero sustantivo trabajo de GARCÍA BELAUNDE, Domingo: "La Persona en el Derecho Constitucional Latinoamericano", en Derecho, Programa Académico de Derecho, N° 34, 1980, PUC. Lima, pp. 115-120-
[106] Cfr.: MOLINER, Enmmanuel. El Personalismo, citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: "Las Personas….", en Derecho, Programa Académico de Derecho, N° 36, 1982, PUC, Lima, pp. 89-90.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

se proyectan o irradian a cada uno de los campos de la vida social, donde tanto se hace necesario trabajar en aras de superar esos inveterados como nocivos comportamientos usualmente identificados con la más férrea de las prepotencias (cuando se trata de autoridades) o la más congelada de las indiferencias (cuando se trata de otros individuos)[107].

Pensamos que la Constitución de 1993, en éste extremo, acertó indudablemente al ratificar la lógica de su predecesora. Por contrapartida, no creemos que sea conveniente ni mucho menos legítimo apartarse de la misma. Tanto más, cuando, como veremos enseguida, el correcto entendimiento y protección de la vida dependen en no poca medida de la orientación personalista recogida por nuestra Norma Fundamental.

2. CONTENIDO DEL DERECHO A LA VIDA

En primer lugar, se debe reivindicar para todo ser humano el derecho a la vida como derecho primario, en respeto a la propia esencia del hombre, su dignidad, y en defensa de su libertad y otros derechos conexos, que no podrían subsistir sin el respeto a la vida. Como se ve la vida es presupuesto indispensable para el ejercicio de los demás derechos. Es la condición sine qua non para que el hombre se considere como tal.

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 sólo 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.

El derecho a la vida es el derecho más importante y el que abarca todo el resto de derechos ya que sin vida no podría haber derecho a la libertad, a la igualdad, etc. El derecho a la vida implica no sólo el derecho a nacer, a salir del vientre de la madre, sino también que la persona ya nacida desarrolle todas sus aptitudes en plenitud, contando con la máxima calidad de vida. La vida es el derecho originario por excelencia y una parte de lo que abarca todo el derecho a la vida es el derecho a la integridad física y moral.

[107] Como es obvio suponer, mucho tiene que ver en la comprensión del rol que la persona tiene frente al Estado, la aceptación inicial y consolidación posterior de un adecuado como decisivo “sentimiento constitucional”. Al respecto, el estupendo trabajo de LUCAS VERDÚ, Pablo: El sentimiento constitucional. Reus, Madrid, 1985.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

La vida es un factor dinámico y en constante evolución, por ello se le refiere como un proyecto en formación constante, y lo que hay que proteger es su plenitud o desarrollo. Para que la vida sea plena debe expandir todas sus posibilidades materiales y espirituales, procurando el mayor bienestar para la realización de esta vida[108].

Aunque evidentemente nadie cuestionaría premisas como las antes señaladas, porque en efecto, son comunes o universales, sin embargo y como ya lo hemos dicho desde un inicio, en lo que no existe una idea muy precisa o uniforme, ni en términos positivos ni tampoco doctrinarios, es en el contenido o los alcances que se suele asignar a dicho atributo, motivo por el que se impone ensayar una idea aproximada del contenido integral que el mismo supone.

Es así que a juicio de algunos autores, aunque no es ésta la tendencia mayoritaria o cuando menos, la tradicional, el derecho a la vida supone dos dimensiones, una que podemos calificar como existencial o formal y una dimensión material o sustancial. Conviene analizar por separado cada uno de estos extremos.

2.1. La dimensión existencial o formal

Cuando se habla de la dimensión existencial o formal se quiere ante todo indicar, el ángulo fisiológico funcional que caracteriza a todo ser vivo. Sin embargo y en la medida que lo que el Derecho pretende es regular la vida de los individuos, es evidente que con la referida dimensión, no se está haciendo otra cosa que incidir en la presencia del hombre en cuanto tal, es decir, desde la perspectiva de su status como ser vivo, dotado de condiciones fisiológicas óptimas o mínimamente funcionales.

Como veremos inmediatamente, no es la idea de hombre o de persona, lo único que puede patentizar la dimensión referida, de allí que se imponga distinguir determinadas situaciones.

a) El derecho a la vida de la persona y el concebido

La vida, resulta en principio, existencia de la persona. Por extensión también implica la existencia del nasciturus o concebido, esto es, de la persona en formación. Cuando aquella existencia todavía no se individualiza o cuando la misma se extingue como

[108] CHAMANÉ ORBE. Lecciones de Derecho Constitucional. Grupo Editorial Lex&Iuris. Primera edición. Octubre 2015.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

consecuencia del deceso, no cabe, en puridad, formular enjuiciamientos respecto del citado derecho.

Aunque es bien sabido que para efectos jurídicos, es una idea generalizada que la noción de persona, sólo se refiere a quien ha nacido, mas no así a quien está por nacer, hay que precisar que la vida como proceso natural, no se inicia en rigor con el nacimiento de la persona –aunque ciertamente a partir de allí se de su principal manifestación- sino que se proyecta, a título de derecho, desde el significativo momento en que acontece la concepción.

De allí que si hemos sostenido que la vida es inescindible de la persona, hay que advertir empero, que por lo dicho, también lo es del concebido o nasciturus, ya que aquel no es ni representa, una simple prolongación de la existencia natural del humano, sino su primera o inicial etapa.

Por lo demás, si quisiéramos utilizar una terminología que englobara a una y otra situación, diríamos que la dimensión existencial de la vida se refiere a la presencia tangible e individualizada del "ser humano" y éste último, o puede ser la persona o puede ser el concebido.

b) El derecho a la vida y el tratamiento jurídico diferencial entre la persona y el concebido

Si admitimos que el proceso existencial comprende o unifica, tanto a quien nació como al que está por nacer, hay que precisar, sin embargo, que ello tampoco significa ni debe entenderse como que ambas situaciones sean exactamente iguales.

En realidad, tanto la primera como la segunda hipótesis se encuentran primariamente diferenciadas por la naturaleza, ya que mientras la vida de la persona es independiente o autónoma de cualquier otra presencia vivencial y, por ende, es absoluta dentro de su propio desarrollo, la vida del concebido es, a la inversa, orgánicamente indesligable o inseparable de la vida de la madre[109]. Por lo mismo aquella se nos presenta como decisivamente limitada, cuando menos hasta la etapa o período de la viabilidad, lo que como veremos más adelante, sólo se da produce dentro de un contexto de gestación bastante avanzado.

[109] Salvo que, naturalmente, nos ubiquemos en la hipótesis, por demás excepcional, de la fecundación in vitro.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El derecho obviamente reconoce y protege la presencia o existencia del ser humano en cualquiera de sus facetas, pero ya que como se ha visto, el proceso existencial natural supone dos situaciones con características propias, resulta evidente que ese mismo derecho se ve en la necesidad cuando no en la obligación de estructurar un tratamiento que aunque desde luego, no deviene ni puede ser discriminatorio, si resulta en cambio y por certeza lógica, diverso, desde que como repetimos no se trata de hipótesis en estricto iguales.

Tal vez una de las principales manifestaciones de dicho tratamiento diferencial sea la de considerar que mientras el nacido tiene y mantiene su personalidad jurídica, siendo además destinatario tanto de las situaciones favorables como de aquellas desfavorables que sobre aquél recaigan, el que está por nacer, en cambio[110], carece en absoluto de personalidad jurídica y, por el contrario, solo resulta beneficiario cuando determinadas situaciones, en efecto, le favorecen[111].

No puede sorprender, por consiguiente, que a partir de tan elemental constatación se pueda hablar de un cierto paralelismo en el tratamiento, pero no pues, de una absoluta identidad o de una igualdad jurídica strictu sensu.

c) El derecho a la vida y los componentes de la personalidad moral. La animación, la viabilidad, la socialización y la individualización

Aunque nos queda claro que el derecho a la vida del nacido supone el conferirle una indudable personalidad jurídica, a la par que cuestionar la que, por sus propias características, pueda corresponderle al concebido, ello no suponen que desde el plano de la moral no existan elementos prejurídicos que permitan justificar en mayor o menor medida, la necesidad de tutela o protección, de cualquier manifestación existencial.

[110] Para un planteamiento general respecto del status jurídico del concebido se puede consultar preferentemente: DIEZ PICAZO, Luis & GUILLÓN, Alberto: Sistema de Derecho Civil, Vol, I, 4° edición, Tecnos, Madrid, 1982, p. 266 y ss. Sobre la diferenciación entre persona y concebido: ESPINOZA ESPINOZA, Juan: cit, pp. 91-92.

[111] El asunto de las situaciones favorables ha sido también recogido por nuestra Constitución. Empero no por ello resuelve el problema de lo que se entiende por dichas situaciones ya que de hecho estas pueden ser muchas y no siempre totalmente favorables Ello merced a que hay hipótesis en las que no se puede desligar lo favorable de lo desfavorable como ocurre con las herencias y las deudas que recaen sobre las mismas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Respecto a la personalidad del ser en formación, pues si bien puede ser aceptable que no se le considere estrictu sensu, como persona, ello no significa desconocer ciertos atributos preliminares o condicionantes de su especial status.

En este contexto, hablar de la personalidad moral del nacido no es aquí, nuestro propósito desde que aquella resulta fácilmente demostrable. El tema de fondo viene en todo caso, por lo que representa, la personalidad del ser en formación, pues si bien puede ser aceptable que no se le considere estrictu sensu, como persona, ello no significa desconocer ciertos atributos preliminares o condicionantes de su especial status.

La doctrina, por lo general, discute respecto de diversas variables[112] en torno de lo que podría considerarse como rasgos humanos del concebido. Se suelen invocar al respecto, conceptos como la animación, la viabilidad, la socialización y la individualización.

De todos los mencionados, puede decirse que la animación, representa el más tradicional aunque quien sabe si a la par, el menos objetivo de los rasgos. Se trata, en rigor de una idea de raíces espirituales o religiosas según la cual todo ser vivo es poseedor de una esencia o alma que no puede ser desconocida. Quien comulga con esta idea o la acepta o la rechaza, pero no puede desconocerla, por estar inspirada en razones de fe o de convicción. Son por consiguiente dichas razones las que propugnarían la necesidad de tutela o protección del no nacido.

La viabilidad suele ser un elemento mucho más objetivo en términos científicos, aun cuando no por ello carente de ciertas controversias, como lo demuestra el hecho de que haya sido utilizado por la jurisprudencia comparada a los efectos de delimitar la licitud o no del aborto. Con el mismo, se busca determinar el periodo de subsistencia del feto fuera del vientre materno, o como algunos dicen, su capacidad de vida independiente. Aunque no existe exactitud en los criterios que determinan dicho período, se puede coincidir en que el mismo opera hacia el sexto mes de embarazo, cuando el peso aproximado del feto anda por los 1200 gramos. Consecuentemente,

[112] Cfr.: RUIZ MIGUEL, Alfonso: El Aborto: Problemas Constitucionales. Cuadernos y Debates N° 25, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 34-50; VILLANUEVA FLORES, ROCÍO: “El Aborto: Un conflicto de Derechos Humanos” en AA.VV.: Derechos Humanos de las Mujeres. Aproximaciones conceptuales, Manuela Ramos, Lima, 1996, pp. 192-207.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

en la idea de delimitar, la existencia autónoma, es que reside la necesidad de protección.

El tercer criterio al que se suele apelar es la llamada socialización, criterio con el que se hace referencia a la capacidad de aprendizaje o percepción humana que va ostentando el concebido desde su proceso de formación. Dicha condición no sólo es medida desde la perspectiva de la gestante quien va adentrando su comportamiento a partir del sentimiento especial que profesa para con el concebido, sino y fundamentalmente, desde la posición que este ocupa y le permite ir adquiriendo rasgos de conducta esencialmente humanos, a la par que distintos a los de cualquier otra especie viviente. La socialización, es pues un ingrediente de connotaciones si se quiere mixtas, pues tiene tanto de vínculos subjetivos como de ingredientes eminentemente objetivos o reales.

El cuarto y último rasgo es tal vez el más completo de todos, pues por individualización, no se entiende un solo y único criterio, sino diversos, aún cuando todos ellos vinculados por la idea de la característica propia, es decir, la condición única e irrepetible de cada ser vivo. En dicho contexto, suele hablarse hasta de tres variables, el Código genético (que se encuentra asociado a la configuración cromosomática típica y exclusiva de cada ser humano), la capacidad de sentir (que puede ser asumida como la condición de sensibilidad físico funcional, que le permite al feto distinguir las sensaciones y dolores desde muy temprano momento), y la autoconciencia (que sería un status de razonamiento o autodeterminación individual). Mientras que el primero de dichos factores se generaría desde el momento mismo de la fecundación, en el caso de los otros dos no estaría muy claro el momento preciso de su aparición, optándose en todo caso por discutir su presencia a partir de ciertos elementos indiciales.

En suma, existen, como es fácil percibir, diversos referentes que nos permiten considerar la posición especial del concebido y la correlativa necesidad de una adecuada protección. Consecuentemente y al margen de que aquella no resida en el reconocimiento de una personalidad jurídica, no supone ello de que el Derecho, no le corresponda un papel a cumplir, pero la determinación del mismo, deberá marchar, como se dijo precedentemente, por un camino no precisamente igual al de la persona.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2.2. La dimensión sustantiva o material. A propósito del valor Dignidad

Asumida una posición en torno al derecho a la vida, que, como hemos visto, tiende a identificarlo con la existencia pura y objetiva de los seres humanos, cabe a renglón seguido preguntarse, desde una perspectiva diversa, aunque no exenta de significado, si lo que se pretende al reconocer éste atributo, únicamente se reduce al hecho de permitir o garantizar que los seres humanos existan en cuanto tales, o si de modo independiente a dicha concepción, se abre paso la idea de que la vida tiene un contenido más amplio que desborda la presencia estrictamente formal.

Hacemos éste cuestionamiento porque aunque es tradicional que, respecto de la vida se predique un cierto carácter sagrado y, bajo tal supuesto, se invoque la necesidad de que los hombres como los Estados, le deban respeto, la realidad, no siempre suele ser tan comprometida con las proclamas, ni del derecho, ni –menos aún- de la ética. Ante ello y en la lógica de no poder sino constatar, que el atributo del que tanto hablamos es por mala fortuna, no siempre entendido en su real alcance, conviene reflexionar a la luz de dicha realidad y acaso ensayar, un concepto mucho más integral, del que ya se ha venido vislumbrando.

Justamente es esa realidad la que, por desgracia, nos describe, una sociedad donde miles de personas, antes que un derecho a la vivencia proclamada, sólo les queda resignarse con la sobrevivencia como destino, con la subsistencia dramática, no sólo por falta de recursos sino de efectivas oportunidades de realización. Es esa misma realidad, la que nos dice que el Estado, al margen de los objetivos que le impone el derecho, padece sin embargo, de indiferencias crónicas, y la que convierte, por más de una razón, la existencia formal en una triste ironía, bastante lejana a lo que se supone es un legítimo y fundamental atributo.

La verdad es que la vida, contextualizada como sobrevivencia, poco o nada es lo que nos grafica de un real y existir como ser humano y singularmente como persona. Podríamos incluso preguntarnos, que tiene de significativa la vida de una persona que no tiene la posibilidad de ingerir diariamente los alimentos adecuados o por lo menos indispensables, que tiene de valiosa la presencia de quien por buscar empleo en aras de mejorar su condición y la de los suyos, encuentra como respuesta cotidiana un cierra puertas generalizado, o en fin, que tiene de rescatable, la existencia de quien

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

comprueba que la educación y la salud resultan privilegios lejanos o incompatibles con las grandes mayorías.

Frente a realidades como las descritas, la razón natural o el sentido común, imponen, al revés de la adopción de concepciones formalistas, convertir el derecho en un instrumento auténticamente encaminado al servicio de los valores que le sirven de fundamento: La justicia, la dignidad, la Igualdad, etc. Consecuentemente, si es esta la premisa de la que partimos, no cabe aceptar como suficiente o completa la clásica opción unidimensional del derecho a la vida, no cabe interpretar dicho atributo como un formal existir, ya que de ser ello así, no se estarían sino legitimando, de modo indirecto, precisamente situaciones como la antes descritas.

Que a distinguidos juristas –y sobre todo aquellos que siguen una orientación iusprivatista- les parezca un gran avance lo que nuestro ordenamiento jurídico proclama hoy en día y a simple visto sobre el derecho a la vida, puede ser –y es sin duda- una posición muy respetable dentro del universo de alternativas de opinión, porque en ella a fin de cuentas ocupa un papel primordial el ángulo existencial del ser humano y hacia la garantía de esa existencia es que dirigen toda su técnica y preocupación, pero que ese modo de interpretar las cosas sea la regla general para todo el derecho y particularmente para el derecho público, si nos parece un evidente exceso[113], clara esta, no por lo falso –ya adelantamos y nos ratificamos en que se trata de un ángulo cierto – sino porque como lo hemos enunciado, tal óptica solo cubre una parte del contenido que entendemos abarca el derecho a la vida[114].

Empezamos entonces por reconocer, que así como el atributo comentado, supone una dimensión existencial, implica también y con mayor rigor, la presencia de una dimensión que podemos tipificar como material, una dimensión en la que dándose por aceptado que el ser humano tiene presencia en el mundo, se entiende que su derecho a la vida

[113] Como fue un exceso la perspectiva unilateral, mostrada por quienes elaboraron la Constitución de 1993, para quienes la vida era un tema formal antes que material. Cfr.: Las intervenciones de los constituyentes Ricardo Marcenaro Frers, Carlos Torres y Torres Lara, Francisco Tudela Van Breugel-Douglas y sobre todo, Enrique Chirinos Soto y, la solitaria –aunque rescatable- posición de Henry Pease García y en alguna forma la de Roger Cáceres Velásquez, en CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO: Diario de los Debates (Debate Constitucional), Pleno, T. I, 1993, especialmente pp. 58-65.

[114] En el derecho privado, salvo muy pocas excepciones, el tema de la vida parece haber quedado zanjado únicamente por el lado del reconocimiento de la dimensión existencial. El valor de la vida adquiere así para los iusprivatistas capital importancia en la medida en que se exterioriza con la presencia de la persona o la presencia del concebido. En el derecho público en cambio –y particularmente en el derecho constitucional- existen otros valores de tanta importancia como la vida y por ende no se trata únicamente de reconocer la existencia, sino de encaminar esta de modo paralelo o simultáneo a esos otros valores.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

aparece como una verdadera oportunidad de realizar el proyecto vivencial al que se adscribe, como una indiscutible potencialidad de realización humana. No se agota pues en la existencia, la trasciende, reconociendo un sentido finalista, integral o, si se quiere, sustancial.

Un conocido constitucionalista ha graficado el derecho comentado y particularmente por lo que respecta a la dimensión que nos preocupa, en los siguientes términos:

"El derecho a la vida….no puede entenderse solo como respeto que los demás deben a mi integridad, ni como discurrir en el mundo mediante satisfacción de necesidades primarias; fundamentalmente habría que comprenderlo como materialización de la oportunidad de desenvolverse libremente, no sobrevivir en condiciones indignas precarias, inhumanas".

"Vivir es posibilidad de desarrollar facultades humanas y de satisfacer necesidades biológicas, culturales, estéticas. Vivir no es impedir a otro atacar mi ser; vivir es capacidad para realizarse con decoro; vivir es desterrar sobresaltos que provienen de la falta de recursos; vivir en suma, es libertad de poseer, cada uno, su destino".

"Si el derecho a la vida significara tolerancia ajena, empequeñecería la definición, porque no se puede vivir solamente del respeto a los demás si se carece de trabajo, educación, atención médica oportuna, alimentación. Ello supone la contraparte, ineludible, de la acción del gobierno, el de hacer esfuerzos para construir un medio en que las libertades sean algo más que el sueño o inspiración de poetas y filósofos"[115].

Al identificarse el derecho a la vida, no solo pues desde la dimensión existencial, sino desde aquella material, evidentemente cambia en mucho la situación de los valores que entran en juego. Podría, claro está, esgrimirse como principal objeción que una postura doctrinal en tal sentido, haría devenir el atributo comentado en una noción harto gaseosa e indeterminable, es decir, lejos de la objetividad que se supone debe tener el derecho. Sin embargo, contra lo que podría pensarse inmediatamente, no se trata de convertir el citado atributo en una prédica generalizada de los derechos básicos que reconoce el ordenamiento (libertad, honor, propiedad, educación, salud, trabajo, etc.) sino en vislumbrarlo a partir de un contenido esencial, cuyo fundamento reposa en uno de los valores más importantes del derecho: la Dignidad.

[115] Cfr.: QUISPE CORREA, Alfredo: Temas Constitucionales, Editora Gráfica Cisneros, Lima, 1995, pp. 14-15.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

La Dignidad, es la base de la cual se desprenden todos los atributos fundamentales del ser humano, el núcleo esencial del cual se derivan y en el cual se residencia cualquiera de los alcances de dichos atributos[116], con el derecho a la vida no ocurre una excepción. De tal suerte que la noción de dignidad, que hace las veces de un núcleo básico o intangible de la personalidad, la razón por la que se justifica la autodeterminación humana[117], conduce inexorablemente a que el mencionado derecho sea entendido más allá de la óptica estrictamente existencial, siendo asimilado más bien, como un aceptable o racional modo de vivir, como un discurrir o desenvolvimiento dentro de condiciones no reñidas con la situación o status natural que se sobreentiende debe tener o poseer todo ser humano.

La vida, tamizada con ese ingrediente de dignidad asume así una presencia mucho más amplia de aquella a la que con frecuencia hemos estado acostumbrados, en el plano formal. Dentro de esa presencia es posible individualizar tanto a la colectividad organizada como al Estado, en cuantos titulares de la responsabilidad de proteger y promover la vida. Cuando dicha responsabilidad no se cumple o, se cumple parcialmente, la dignidad se convierte en simple teoría y la vida se reduce a la existencial formal y porque no decirlo, hasta casual. Cuando, en cambio, se observa a cabalidad, el derecho a la vida engrandece sus horizontes y puede, en efecto, hablarse con toda razón de una perspectiva humanista.

De allí pues que, en efecto, sea correcto cuando invoca como contrapartida de la existencia, la creación de un medio[118] en el que los derechos del ser humano, no se reduzcan a los linderos de la romántica poesía o el declamatorio idealismo.

[116] La dignidad trasciende todo tipo de derechos y situaciones jurídicas originadas a propósito de esos derechos, razón por la que no puede hablarse de un atributo o libertad fundamental que no posea un ingrediente de dignidad. Por otro lado, tampoco debe confundirse, como erradamente lo hace alguna doctrina "dignidad" con "honor". Este último derecho es sólo una variante de aquella.

[117] Cfr.: SAÉNZ DÁVALOS, Luis: "La cláusula de los derechos no enumerados y sus elementos de concretización" en SAÉNZ DAVALOS, Luis (coordinador): Derechos Constitucionales No Escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional. Guías Especializadas sobre la Jurisprudencia Constitucional, N° 03, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 13 y ss.

[118] Cfr.: QUISPE CORREA, Alfredo: Temas Constitucionales, cit. p. 15; BERNALES BALLESTEROS, Enrique: cit., p. 113 y ss.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

a) La situación diferencial pero no discriminatoria de la Persona y el Concebido. A propósito de la vida digna.

Habiendo sostenido anteriormente que la idea de la óptica material ensancha sustancialmente el contenido del derecho a la vida, hay que precisar que aunque la misma no sea exactamente igual para las situaciones de la persona y el concebido –a las que la propia dimensión existencial en principio distingue- ello no empero, no ha de aparecer como algo excluyente o discriminatorio respecto de alguna de dichas hipótesis. Urge pues precisar, que aunque diferencialmente, la dimensión material sin duda alguna vincula a uno y otro status.

En el caso de la persona, a la que principalmente nos hemos referido, está vinculación no ofrece dudas, pues los alcances de la vida digna son o serían prácticamente absolutos encontrando únicamente sus límites, por el lado de aquellos otros derechos o principios fundamentales que la Constitución reconoce.

La discusión vendría en cambio por el lado del concebido, ya que si hemos dicho que carece de personalidad jurídica, sería más difícil aún, reconocerle un proyecto vital en condiciones dignas. Sin embargo, si se apela a la idea de personalidad moral[119], eventualmente puede suplirse tal vacío, pues lo que a fin de cuentas, dicho concepto intenta precisar, es que al margen de concretizaciones jurídicas, la humanización del nasciturus, o los ingredientes que le acompañan para predicar dicha condición (código genético, sensibilidad, autoconciencia, etc.) resultan en conjunto la mayor y más efectiva justificación para invocar protección.

Se debe pues ponderar, que si la propia dimensión existencial es reconocida sobre el nasciturus, no puede ser coherente que un valor de la trascendencia de la dignidad le sea en absoluto indiferente desde que éste se enraiza con la vida humana y el derecho a esta última, se inicia en rigor con la concepción[120].

Por consiguiente, la respuesta al dilema de si al carecer de personalidad jurídica, le corresponde o no una vida en dignidad al que está por nacer, estimamos que debe ser resuelta, apelando, en primer término a la noción de humanidad, expuesta líneas

[119] Cfr: RUIZ MIGUEL, Alfonso: cit. 34 y ss.: VILLANUEVA FLORES, Rocio: cit., p. 192 y ss.

[120] Cfr.: Al respecto, FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: "Tratamiento jurídico del concebido", en AA. VV: La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano (Contribuciones para la redacción de un Código Civil Tipo en Materia de Personas), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 192.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

atrás, ya que ello legitimaría, por decirlo de algún modo, la intervención del Estado en aras de velar y proteger la vida. Esto supone, que si bien el concebido no tendría en rigor y por razones obvias una facultad directa de invocar esa responsabilidad, en cambio sí existiría un deber autónomo del Estado por tutelar la vida de los seres en formación, aunque en este caso, dentro de circunstancias muy especiales. De aquí pues, que siendo el Estado el titular primario de dicho deber se podría intuir que la vida digna del concebido no podría ser negada salvo casos muy extremos y siempre que el ordenamiento jurídico, o su cuadro de valores materiales, así lo permita.

b) El Principio Dignidad en la Constitución y otros instrumentos

Para redondear los criterios expuestos, resulta conveniente hacer hincapié en que el reconocimiento del principio dignidad, en relación directa con los derechos fundamentales y, particularmente, con el derecho a la vida, se encuentra presentes en casi todos los instrumentos jurídicos de relevancia, tanto nacionales como internacionales. No resulta por lo mismo, una antojadiza elucubración teórica, sino una idea que reposa sobre sólidos fundamentos jurídicos.

Recuérdese que la misma Constitución, ha reconocido en su Artículo 1° que *"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"*.

Particularmente trascendente, resulta asimismo, el Artículo 3° de la Norma Fundamental que deja abierto un horizonte interpretativo inagotable en cuanto a la existencia de derechos fundamentales derivados de principios de primer orden que articulan y fundamentan nuestro sistema constitucional[121] y donde lugar especial, ocupa el relativo a la "dignidad del hombre".

Coincidente con la misma orientación y como demostración palpable, que todos los atributos del ser humano, tienen un fundamento en la dignidad, pueden citarse el segundo párrafo del Artículo 7° de la norma suprema cuyo texto prevé que *"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…."* o el Artículo

[121] Cfr.: SAÉNZ DAVALOS, Luis (coordinador): Derechos Constitucionales No Escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional. Guías Especializadas sobre la Jurisprudencia Constitucional. N° 03. Gaceta Jurídica. Lima. 2009.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

23°, párrafo tercero, de la norma suprema, que establece que *"Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".*

Pero de manera similar a lo que ocurre con el derecho interno, los Instrumentos Internacionales relativos a derechos humanos y que han sido suscritos por nuestra República, han consagrado inobjetablemente el papel que cumple el principio dignidad.

Así la Declaración Universal de los Derechos Humanos sostiene:

"…que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base en reconocimiento de la dignidad intrínseca…" (Preámbulo) y que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos…" (Artículo 1°)

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estima asimismo que:

"….todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos…" (Preámbulo).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos argumenta a su vez que:

"…la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables" y que "…estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana" (Introducción)[122].

Y por último la Convención Americana de Derechos Humanos advierte de modo más directo que "Toda persona…..(recuérdese que para la Convención persona es todo ser humano)….tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad" (Artículo 11° inciso 1).

Con alcances amplios en la mayoría de los casos (es decir, con la posibilidad que no solo se refieran a la persona sino al ser humano o al hombre en general) vemos

[122] Similar enunciado se reconoce en el no menos capital Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

pues que se consigna la dignidad como principio fundamentador de los derechos. Por consiguiente no se trata pues de sublimaciones morales sino de convicciones nada equívocas. Y siendo aquellas directrices interpretativas explícitas, su valor jurídico no puede ser ignorado.

Asumir entonces el derecho a la vida no solo desde una dimensión existencial o formal sino también material o integral, esto es, como existencia plena pero dentro de un contexto compatible con la dignidad, es pues una verdadera exigencia que se impone al razonar de quienes interpretan y aplican el derecho.

3. LA VIDA DE LA PERSONA Y DEL CONCEBIDO EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993, LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, EL CÓDIGO CIVIL, LA LEY DE POLÍTICA NACIONAL DE POBLACIÓN Y LA LEY GENERAL DE SALUD

Admitida la extrapolación de las dos situaciones existenciales que hemos precisado, conviene detenerse unos instantes en el tratamiento que, respecto del derecho a la vida, han desarrollado nuestra vigente Constitución, la Convención Americana de Derechos Humanos, de la que somos signatarios como Estado[123], el Código Civil, la Ley de Política Nacional de Población y la Ley General de Salud.

Nuestra norma fundamental ha señalado en el inciso 1 de su Artículo 2° que:

"Toda persona tiene derecho: A la vida…" agregando asimismo que "El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece"

Por su parte, el inciso 1, del Artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, sostiene que:

"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley y, en general, a partir del momento de la concepción…."

[123] Aspecto que hasta hoy en día sigue siendo de discusión lo constituye el hecho de determinar la posición jerárquica de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, pues como es bien conocido, la vigente Carta de 1993 les negó la jerarquía constitucional de la que, por el contrario, si gozaban con la Constitución de 1979 (sobre el particular puede verse: SÁENZ DÁVALOS, Luis: "El dilema de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la nueva constitución", en Revista Jurídica. Órgano Oficial del Colegio de Abogados de la Libertad. N° 134, enero 1996-julio 1999, Trujillo, p. 737 y ss.). Ello no obstante, no debe omitirse que conforme lo dispone la misma Carta en su Cláusula Final y Transitoria Cuarta, toda interpretación en materia de derechos fundamentales debe tomar como marco de obligada referencia lo dispuesto en los citados instrumentos internacionales.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Esta cláusula, por otra parte, debe concordarse con el artículo 1° del mismo Instrumento Internacional, cuyo inciso 2 ha establecido, previamente, que: *"Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano"*

El Código Civil de 1984, establece en su Artículo 1° que:

"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…."

Dentro del mismo ámbito interno. El Decreto Legislativo N° 346 o Ley de Política Nacional de Población del 06 de julio de 1985 reconoce en el Artículo IV, inciso I, de su Título Preliminar que:

"La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: A la Vida" y que "El concebido es sujeto de derecho desde la concepción".

Por último, la Ley General de Salud N° 26842 del 20 de julio de 1997 establece el Artículo III de su Título Preliminar que *"Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establezca la ley…."* Así como que: *"El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud".*

Pues bien, auscultadas dichas normas por su contenido, no cabe duda, que el atributo existencial del concebido, aparece como un postulado incuestionable. Consecuentemente y en líneas generales puede afirmarse que en este específico aspecto, coinciden todos y cada uno de los dispositivos en mención.

Sin embargo, muy a pesar de los contenidos descritos, lo cierto es que si se les analiza con algún detenimiento, es posible percibir, que entre lo que proclama el derecho interno, por vía de la Constitución, el Código Civil, la Ley de Política Nacional de Población y la Ley General de Salud, y lo que proclama el derecho externo, por vía de la Convención, se pueden extraer algunas conclusiones no precisamente coincidentes en todos sus alcances.

La vigente Constitución de 1993, que en este aspecto ha efectuado ciertas modificaciones con relación a su predecesora[124], ha previsto, reiterando un criterio reconocido precedentemente

[124] En la Carta del 79, era el segundo párrafo del Artículo 2° inciso 1 el que tenía una redacción no muy técnica que digamos, al establecer que "Al que está por nacer se le considera nacido para todo cuanto le favorece", pues lo que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

por el Código Civil, que el concebido es sujeto de derecho en todo aquello que pueda resultarle favorable[125].

Conviene recordar, que cuando el Código Civil de 1984, utilizó la noción de sujeto de derecho, lo hizo, por cierto, entendiendo que se trataba un status jurídico de alcances generales, a partir del cual era factible invocar derechos y exigir obligaciones (centro de imputación de derechos y obligaciones). Como tal comprendía, no sólo a la persona sino al propio concebido, e incluso y de modo extensivo a las personas jurídicas colectivas (sean o no inscritas).

Por consiguiente, si para la Constitución, el Código Civil, la Ley de Política Nacional de Población, y la Ley General de Salud, el que está por nacer resulta un centro de imputación de derechos, y es sin duda uno de tales derechos, la vida, queda claro que para el derecho interno, por lo menos desde una perspectiva rigurosamente positiva, nadie puede negar el atributo existencial del concebido.

Por el contrario y a diferencia de lo que sucede con nuestro ordenamiento estrictamente interno, el criterio que nos proporciona la Convención Americana de Derechos Humanos, resulta un cambio, en alguna medida discutible, pues la forma como se encuentran redactadas las normas concernientes con el derecho a la vida, pareciera recogerse la posición (en algún momento, también manejada por la Constitución peruana, aunque con distinto lenguaje) de que quien está por nacer o ha sido concebido, resulta para los efectos de lo que se propone, una suerte de persona imaginaria.

En efecto, cuando la Convención Americana identifica a la persona como “ser humano”, postulando que su derecho a la vida se protege por ley desde el momento de la concepción, no hace sino trasladar la idea implícita de concebido, que obviamente es un ser humano –aunque en proceso de formación- y unificarla con la idea de persona que anteladamente propone.

Ahora bien, no obstante que la fórmula de igualación enarbolada por la referida normatividad, pareciera inspirarse en un sentido fundamentalmente deontológico o estimativo, creemos que sus alcances no dejan de ser más formales que reales. La verdad es que una norma jurídica, así como no puede decir, que el día comienza con el crepúsculo y la noche con la alborada,

con ella se pretendía era crear una ficción jurídica, consistente en asumir que el concebido era una suerte de persona imaginable o ficticia. Sobre el particular: ESPINOZA ESPINOZA, Juan: cit., pp. 47-48.

[125] Con ello, a nuestro modo de ver, ha precisado con mayor rigor los alcances del derecho a la vida, fuera de la hipótesis correspondiente a la persona en sentido estricto. En criterio similar: QUISPE CORREA, Alfredo: Apuntes sobre la Constitución y el Estado, Gráfica Horizonte S.A., Lima, 1998, pp. 97-102.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

tampoco puede convertir al concebido en persona sólo porque así se le ocurre a sus artífices. Ambas nociones –como ya dijimos- se refieren a situaciones diferentes a pesar de que forman parte de la dimensión existencial de la vida.

El concebido es no sólo y como hemos adelantado, un ser humano cuya vida resulta condicionada a la vida de la madre, sino que para efectos jurídicos carece de personalidad.

Eso no ocurre, con la persona, con el ya nacido, con el ser humano individualizado frente a cualquier otra forma de vida, puesto que este último tiene una personalidad que el derecho le reconoce y que, desde luego, nadie discute.

No se necesita pues ser muy exhaustivo para reparar en algo tan elemental, salvo claro está, que se pretenda –como ha ocurrido con el instrumento internacional citado- adoptar una tesis acentuadamente fundamentalista, pero como hemos visto discutible y harto confusa.

Si se trata por consiguiente, de optar desde la perspectiva doctrinaria, creemos que el criterio correcto nos lo proporciona nuestro propio derecho interno, pues la categoría enunciada "sujeto de derecho", como ya se ha visto, 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 las mismas. Por lo tanto –contra lo que ha pretendido alguna doctrina- no es cierto cuando se dice que el no considerar como persona al concebido, origine el riesgo absoluto de negarle su atributo existencial.

4. LA VIDA DE LA PERSONA Y EL CONCEBIDO EN OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El derecho a la vida, por otra parte, no solo lo tenemos reconocido en los instrumentos jurídicos mencionados, sino que otros textos internacionales, aplicables dentro de nuestro sistema se refieren explícitamente a dicho atributo.

El Artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece:

"Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"

El Artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por su parte, señala:

"Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona"

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Y por último, el inciso 1) del Artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

"El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".

Ahora bien, si resulta cierto que, por los alcances que respecto del derecho a la vida tienen estos instrumentos, se deduce una posición no necesariamente coincidente con aquella que postula nuestro ordenamiento interno por vía de la Constitución y el Código Civil, e incluso parte del derecho internacional por vía de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo importante es subrayar, que de una lectura preliminar de los textos en referencia, no aparece una tentativa explícita de fusionar dentro de la nomenclatura de persona, nociones como las del concebido y el ya nacido.

La comprobación de tal criterio, por otra parte, no resulta difícil, porque tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos utilizan, respectivamente, los términos de *"individuo"* y *"persona humana"*, sin efectuar precisiones en torno del momento en que se inicia propiamente la tutela del derecho a la vida. Con ello, a nuestro juicio, no sólo eluden la referencia explícita al concebido, sino que en el fondo denotan, que su preocupación se orienta exclusiva e inobjetablemente, respecto del status del nacido[126].

Aunque por cierto, alguna confusión podría originarse con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, habida cuenta que aquella se refiere al derecho a la vida de "todo ser humano", y dicha terminología –como sugerimos anteriormente- sí podría englobar dentro de sus alcances al concebido, la verdad es que dicha posibilidad queda hoy en día mediatizada, cuando ha sido la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que al conocer de un caso en que se cuestionaba la legislación de un Estado por la que se legalizaba el aborto ha opinado que "El criterio según el cual la vida humana debe ser

[126] Cfr.: O´DONNELL, Daniel: Protección Internacional de los Derechos Humanos, 1° edición, CAJ-IDH, Lima, 1988, pp. 47 -49. Hay que resaltar que análogamente a lo que ocurre en América, en el viejo continente el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, habla del derecho a la vida de "toda persona", y la doctrina vislumbra en el mismo no precisamente una referencia –por lo menos expresa- al concebido. A propósito: GARCÍA DE ENTERRARÍA, Eduardo, Linde, Enrique, ORTEGA, Luis Ignacio y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, 2° edición, Civitas, Madrid, 1983, pp. 71-73.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

protegida a partir de la concepción no está implícito en la Declaración Americana, siendo obligatorio, entonces, únicamente para los Estados partes de la Convención Americana"[127].

Naturalmente la posición asumida por la Comisión podría merituar un enjuiciamiento crítico a favor o en contra y, más aún, si lo que está en discusión es el derecho a la vida. No obstante, para efectos de lo que venimos exponiendo, lo que nos interesa es recoger la idea de que en este instrumento, al igual que en los anteriores, tampoco se estaría fusionando la idea del concebido con la persona.

La tendencia entonces no deja de ser uniforme. Se trata, como dijimos, de dos situaciones particulares o con características propias a las que, por consiguiente, el derecho les otorga un tratamiento diferenciado.

Si esto repercute sobre los alcances del derecho a la vida, de modo relativo, es una controversia que dejamos para más adelante. Ya hemos visto que internamente el problema está resuelto. La vida preliminarmente significa existencia o como persona o como concebido. Externamente (aunque con alguna vinculación sobre nuestro sistema interno) la vida es un derecho inalienable de la persona. La del concebido, en cambio, resultaría discutible en algunos casos, salvo que se quiera aceptar como válida, la teoría que, estricto sensu, postula la Convención Americana. Sin embargo, habría que recordar que la misma, a tenor de las reglas del derecho internacional y nuestra Constitución en particular, sólo sería marco referencial para aquellos países que, como el Perú, en su oportunidad la suscribieron.

Así tenemos a:

ARGENTINA

Artículo 29°.- El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales, ni a los gobernadores de provincias, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones a supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de los gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

BOLIVIA

[127] Cfr.: O´DONNELL, Daniel: Protección Internacional….., cit., p. 49.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Artículo 7°.-Derechos Fundamentales Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales:

a) A la vida, la salud, la seguridad e integridad física y moral y el libre desarrollo de la personalidad.

BRASIL

Artículo 5.º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII - não haverá penas:

de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

de caráter perpétuo;

de trabalhos forçados;

de banimento;

cruéis;

CHILE

Artículo 19°.- La Constitución asegura a todas las personas:

1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

COLOMBIA

Artículo 11°.- El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

COSTA RICA

Artículo 21°.- La vida humana es inviolable.

ECUADOR

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Artículo 23°.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

La inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte.

EL SALVADOR

Artículo 1°.- El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado...

Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.

Artículo 11°.- Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.

GUATEMALA

Artículo 3°.- Derecho a la vida. El estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.

HONDURAS

Artículo 61°.- La Constitución garantiza a los hondureños y extranjeros residentes en el país, el derecho a la inviolabilidad de la vida, a la seguridad individual, a la libertad, a la igualdad ante la ley y a la propiedad.

Artículo 65°.- El derecho a la vida es inviolable.

Artículo 67°.-Al que está por nacer se le considerará nacido para todo lo que le favorezca dentro de los límites establecidos por la Ley.

NICARAGUA

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Artículo 23°.- El derecho a la vida es inviolable e inherente a la persona humana. En Nicaragua no hay pena de muerte.

PANAMÁ

Artículo 30°.- No hay pena de muerte, de expatriación, ni de confiscación de bienes.

PARAGUAY

Artículo 4°.- Del Derecho a la Vida

El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos.

PERÚ

Artículo 1°.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2°.- Toda persona tiene su derecho:

A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

REPÚBLICA DOMINICANA

Artículo 8°.- Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos. Para garantizar la realización de esos fines se fijan las siguientes normas:

La inviolabilidad de la vida. En consecuencia no podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse en ningún caso la pena de muerte, ni las torturas, ni ninguna otra pena o procedimiento vejatorio o que implique la pérdida o la disminución de la integridad física o de la salud del individuo. ...

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

URUGUAY

Artículo 7°.-Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.

VENEZUELA

Artículo 43°.- El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla. El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad en cualquier otra forma[128].

5. EL COMIENZO DE LA EXISTENCIA DEL SER HUMANO – EL CONCEPTO DE HOMBRE – EL COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Desde un punto de vista biológico el ser humano comienza existir a partir de la concepción. Ello como se expuso es categórico. Sin embargo hay quienes afirman, apoyados en un concepto de hombre que no se identifica con la expresión todo ser humano es hombre, receptada y base de tantas declaraciones internacionales y tratados internacionales de derechos humanos, que nuestra existencia no comienza con la concepción, sino en algún momento posterior del desarrollo de un ser humano que sí lo hizo. Dicen que a pesar de que a partir de la concepción comienza a existir un ser humano, de que nuestro físico es la continuación física de un ser humano que comenzó su existencia a partir de la concepción, nosotros no lo hacemos y somos diferentes especialmente al mismo. El estudio de la esencia del hombre es objeto de la filosofía; por ello se denominan a estas teorías como filosóficas.

Entre los que sostienen esta afirmación están los que pretenden sustentar la supuesta diferencia esencial en diferencias físicas y los que pretenden sustentar la misma en diferencias inmateriales (carencia de espíritu). A las teorías sostenidas por los primeros se les denomina teorías filosóficas-físicas y las sostenidas por los segundos teorías filosóficas-espirituales.

[128] Base de Datos Políticos de las Américas. (2006) Derecho a la integridad personal. Estudio Constitucional Comparativo. [Internet]. Centro de Estudios Latinoamericanos, Escuela de Servicio Exterior, Universidad de Georgetown. En: http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/integridad.html. 23 de noviembre 115.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

5.1. Teorías Filosóficas-Físicas

Quienes comprenden que con la concepción se inicia la vida de un ser vivo humano individual, que nuestro físico comienza su existencia a partir de la concepción, pero piensan que nosotros no somos el ser humano que comienza su existencia con la concepción, pero con más desarrollo, sino otro ser distinto esencialmente al anterior, que comienza a existir cuando ese ser humano adquiere desarrollo físico y con ello capacidades que dependen del mismo.

Si físicamente el ser humano desarrollado es el mismo ente, ser material vivo animal e individual, que el ser humano recién concebido, indudablemente no serán deficiencias físicas o de capacidades que dependan de desarrollo físico pruebas de desigualdad esencial entre los mismos. Si hay identidad de sujeto no puede haber desigualdad de esencia.

El hecho de que nuestro físico comienza su vida y existencia con la concepción implica, que el niño recién concebido y el ser humano adulto comparten una sustancia física común y, por tanto, las diferencias físicas y de capacidades físicas que presentan, en tanto y en cuanto dependan de su propia naturaleza, son accidentales, y no convierten a un ser en otro distinto esencialmente ni substancialmente al que era, sino en uno distinto accidentalmente.

El ser humano, que en el comienzo de su existencia es una complejísima célula, y como célula, de gran tamaño, por naturaleza mientras se desarrolla va alcanzando nuevas capacidades. Puede tener la forma de ser física de una célula, de un bebé, de un adolescente, de un hombre maduro, o de un anciano, de acuerdo al grado de desarrollo que presente. Cualquiera de esas formas es natural del ser humano. Lo mismo puede decirse respecto a sus capacidades, que corresponderán con el desarrollo que detente.

No puede negarse luego, que el ser humano, cuando aún no esté maduro, sea el ser maduro pero con menos desarrollo, porque no presenta las características que corresponden al mismo cuando está maduro. Es más, si un niño apenas concebido tuviera la forma de ser o las capacidades correspondientes al hombre maduro, entonces sí podríamos afirmar que es un hombre.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

De tal forma, la carencia de su propio ARN, imposibilidad de transmitir la información hereditaria, por ejemplo, son solamente incapacidades físicas que de existir y presentarse tienen su razón de ser en su falta de desarrollo. El desarrollo en el cuerpo humano del surco neural, el desarrollo de la capacidad de emitir impulsos eléctricos, que adquiere conciencia, que adquiere sensibilidad, es el mismo que comenzó a existir desde la concepción.

Está científicamente probado que el físico humano comienza su existencia con la concepción, por lo que, desde un concepto del hombre como un ser meramente físico, se carece de fundamentos para afirmar que no comenzamos a existir a partir de aquél momento, y para dejar de lado esa máxima tan trascendental, que informa todo el sistema internacional de protección de los derechos humanos, que dice que todo ser humano es hombre[129]. Por razones biológicas, diferencias físicas o de capacidades físicas, no se puede negar que comenzamos a existir desde la concepción.

5.2. Teorías Filosóficas-Espirituales

En este punto se tratan las teorías que sustentan la alegada diferencia esencial en diferencias inmateriales, que pueden ser divididas en dos grupos principales. Por un lado, las que sostienen un concepto de hombre como ser formado por cuerpo y espíritu y, por otro, las que sostienen un concepto de hombre como ser espiritual que vive en un ser humano.

Antes de analizar el primer grupo, es necesario aclarar que ninguno de los dos conceptos de hombre se deriva que nuestra existencia humana no se inicie con la concepción, y de hecho muchísimas personas que adhieren a estos conceptos de hombre tienen a la concepción como el comienzo de nuestra existencia.

[129] No deben confundirse las teorías que niegan el comienzo de nuestra existencia desde la concepción, con las que niegan la existencia de los derechos naturales de los hombres, y las que desconocen que los hombres detenten sus derechos desde la concepción. Hay quienes reconociendo que nuestra existencia comienza con la concepción, reconociendo que los niños aún no nacidos son individuos de la especie humana, dicen que el hecho de ser humanos no les da derechos , y que los derechos se detentan por otras razones, que arbitrariamente postulan, por ejemplo, por la conversión en miembros completos de la comunidad humana (signifique lo que signifique esta expresión), o por detentar cierto desarrollo físico o capacidades.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

a) Teorías filosóficas – espiritualistas que sostienen un concepto de hombre como ser formado por cuerpo y espíritu.

Hay quienes afirman que el hombre es un ser formado por cuerpo y espíritu. Entre quienes sostienen esta postura están aquellos que dicen que con la concepción comienza la existencia del hombre, como ser de naturaleza espiritual y material, y están quienes sostienen que si bien el ser humano comienza su existencia con la concepción, la supuesta unión con el espíritu, que produciría la formación del hombre, ocurriría en otro momento. Estos últimos son los que interesan en este punto.

Con relación a dichas afirmaciones digo, que es posible que el hombre sea un ser formado con cuerpo y espíritu, y que tal formulación acontezca a partir de la unión entre el ser humano que comienza su existencia con la concepción. Pero posibles son muchas hipótesis que se le han ocurrido al hombre. Posible es, por citar un ejemplo, que algún alma o algunas almas humanas hayan vivido otras vidas, en otros mundos. Y la posibilidad de que existan diferencias esenciales entre nosotros y los seres humanos recién concebidos no alcanza para concluir que somos diferentes esencialmente a otros seres humanos, y mucho menos construir nuestro orden social en base a ello. Se necesitaría para la justificación de la discriminación de una categoría de seres humanos.

Y sea cual sea el momento que se elija caprichosamente para afirmar la formación del hombre por la unión del espíritu con el ser humano, no hay fundamento científico para sostener, ni razón objetiva que indique, que se produce tal hecho, que el ser un instante antes del suceso es diferente esencialmente, y que carece de espíritu.

Vale destacar, con relación a la afirmación que dice que la capacidad del hombre de realizar actos voluntarios libres revela necesariamente en nosotros una naturaleza espiritual, que aún cuando ello fuera cierto, la circunstancia de que los niños aún no nacidos no pudieran realizar actos voluntarios libres, no probaría que no estén formados por esa sustancia inmaterial. Ello, porque el hombre para poder realizar actos voluntarios libres requiere ciertas capacidades físicas, y los niños aún no nacidos, a los que se pretende negar la espiritualidad, se tiene certeza no podrían realizar actos voluntarios libres a causa de la falta de desarrollo de su físico, aún de detentar espíritu. Es decir, hay una explicación natural y material a la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

imposibilidad de realizar actos voluntarios libres por parte del niño, que es la falta de desarrollo, que no permite concluir que los niños aún no nacidos no tienen naturaleza espiritual y no permiten afirmar que entre los seres recién concebidos y los maduros existe una diferencia sustancial o esencial.

Ruy Barraco Mármol[130], considera que la capacidad de realizar actos voluntarios libres que tenemos los hombres revela en nosotros una naturaleza espiritual, pero en tanto, no se pruebe contundentemente lo contrario, asimismo cree en la espiritualidad de todos los seres humanos[131], de los seres dormidos, inconscientes, menores, discapacitados, etc.

Quienes postulan la teoría analizada en este punto, y quieren estructurar la sociedad en base a la misma, abandonando la máxima que dice que todo ser humano es hombre, y pretende negar derechos naturales a seres humanos a partir de ella, deben primer probar la existencia del espíritu, el concepto de hombre que propugnan y fundamentalmente deben probar la alegada falta de espíritu de los seres humanos a quienes niegan el mismo[132].

---

[130] BARRACO MÁRMOL, Ruy. Protección de la Vida e Igualdad Prenatal Hombre en la República Argentina. Xilibris Corporation. Estados Unidos. 2010.

[131] SCHELER, Max, en su obra "El puesto del hombre en el cosmos", 15° edición, Editorial Lozada S.A. Buenos Aires, 1938, p. 56, realiza el siguiente análisis señalando que al tratar la diferencia esencial entre el hombre y el animal en un análisis más completo que no se reproduce en su totalidad: En el animal, lo mismo si tiene una organización superior que si la tiene inferior, toda acción, toda reacción llevada a cabo, incluso la inteligente, procede de un estado fisiológico de su sistema nervioso, al cual están coordinados, en el lado psíquico, los impulsos y la percepción sensible. Lo que no sea interesante para estos impulsos, no es dado; y lo que es dado, es dado sólo como centro de resistencia a sus apetitos y repulsiones. Del estado fisiológico – psíquico parte siempre el primer acto en el drama de toda conducta animal, en relación con su medio. La estructura del medio está ajustada íntegra y exactamente a su idiosincrasia fisiológica e indirectamente a la morfológicamente; y además, a la estructura de sus impulsos, que forman una rigurosa unidad funcional. Todo lo que el animal puede aprender y retener de su medio se halla dentro de los seguros límites e hitos que rodean la estructura de su medio. El segundo acto, en el drama de la conducta animal, consiste en producir una modificación real en el medio por virtud de la reacción animal, dirigida hacia el fin objeto del impulso. El tercer acto es el nuevo esta fisiológico-psíquico engendrado por esta modificación.
Ahora bien, un ser dotado de espíritu es capaz de una conducta, cuyo curso tiene una forma exactamente opuesta. El primer acto de este nuevo drama, el drama del hombre, consiste en que la conducta es motivada por la pura manera de ser de un complejo intuitivo, elevado a la dignidad de objeto; y es motivada, en principio, prescindiendo del estado fisiológico de organismo humano, prescindiendo de sus impulsos y de las partes externas sensibles del medio, que aparecen justamente en esos impulsos y están determinadas siempre modalmente, esto es, ópticamente, o acústicamente, etc. El segundo acto del drama consiste en reprimir libremente – o sea, partiendo del centro de la persona- un impulso, o en dar rienda suelta a un impulso reprimido en un principio. Y el tercer acto es una modificación de la objetividad de una cosa, modificación que el hombre vive como valiosa en sí y definitiva.

[132] JUAN PABLO II, en la Encíclica "Evangelium Vitae", Editorial San Pablo, 1° edición, 1° reimpresión, Buenos Aires , Argentina, 1995, Capítulo III, bajo el título "Mi embrión tus ojos lo veían (Sal 139/138, 16): el delito abominable del aborto", pág. 108, expresó: "Algunos intentan justificar el aborto sosteniendo que el fruto de la concepción, al menos hasta un cierto número de días, no puede ser todavía considerado una vida humana personal. En realidad, desde el momento en que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que no es del padre ni de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser un ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre…..la genética moderna otorga una preciosa confirmación. Muestra que desde el primer

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

b) Teorías filosóficas – espiritualistas que sostienen un concepto de hombre como ser espiritual que vive en un ser humano.

Hay quienes sostienen que el hombre es un ser espiritual que existe en el ser humano. Dicen que el cuerpo humano, es un recipiente, o una cárcel, o una máquina del ser espiritual que sería el hombre.

Entre los que sostienen este concepto del hombre están quienes dicen que el cuerpo humano desde la concepción tiene un espíritu en su interior y quienes dicen que el alma se introduce en el cuerpo humano, en el ser humano, en un momento posterior.

Quienes sostienen estas teorías se enfrentan a los mismos problemas planteados en el punto inmediato anterior. Aun cuando fuera posible que el hombre sea un ser espiritual que se introduzca en, ligue al, o tome dominio sobre, el ser humano, en un momento posterior al de la concepción, no hay ninguna evidencia de que ello ocurra. No hay conocimientos que permitan sostener el concepto de hombre que propugnan, ni la existencia de la alegada falta de espíritu de los seres humanos a quienes niegan el mismo.

6. EL DEBATE SOBRE EL INICIO DE LA VIDA. LA TEORÍA DE LA FECUNDACIÓN Y LA TEORÍA DE LA ANIDACIÓN.

Aunque el derecho a la vida involucra tanto a la persona como al concebido, siendo dicha premisa aceptada a nivel interno como incluso aunque parcialmente, a nivel supranacional, en lo que aún suele darse debate y digámoslo de verdad, aún existen ciertos márgenes de

instante se encuentra fijado el programa de lo será ese viviente: una persona, un individuo con sus características ya bien determinadas. Con la fecundación inicia la aventura de una vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar. Aunque la presencia de un alma espiritual no puede deducirse de la observación de ningún dato experimental, las mismas conclusiones de la ciencia sobre el embrión humano ofrecen una indicación preciosa para discernir racionalmente una presencia personal desde este primer surgir de la vida humana. “Cómo un individuo humano podría no ser persona?”. Los católicos que sostienen la teoría de la animación retardada no están de acuerdo con ello. La Iglesia Católica no ha declarado explícitamente que tal teoría es contraria a sus dogmas. Personalmente creo que lo es. Creo contrario a los dogmas de la fe católica las teorías que dicen: que no es la encarnación del Hijo la que da origen al comienzo del embarazo de la Virgen María; que no es la concepción de la Virgen María la que da inicio al embarazo de su propia madre y que por tanto no fue concebida sin mancha del pecado original en tal momento; que los únicos hombres que han vivido en los vientres de sus madres desde el primer momento del embarazo de las mismas han sido Cristo y/o la Virgen; que la Virgen comenzó su existencia a partir de la concepción pero que el resto de los hombres no lo hizo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

incertidumbre, es en torno al momento instante preciso en que se inicia la denominada concepción.

Más que como un tema jurídico, es dentro del plano científico donde fundamentalmente se ha intentado dar respuesta a la interrogante. Aunque son diversas las posiciones esbozadas, se suele aceptar que han sido son dos de ellas las más difundidas, la teoría de la fecundación y la teoría de la anidación. Ambas han venido polemizando acerca del momento en el que con toda certeza puede hablarse del inicio de la concepción.

Para la denominada Teoría de la Fecundación el inicio de la concepción se produce desde el instante en que el espermatozoide penetra en el óvulo. Tras quedar fusionados ambos elementos y generarse una nueva célula (cigoto), es que recién puede hablarse de la concepción de un nuevo ser, dotado de características únicas e irrepetibles. Se discute en todo caso y a pesar de tal aseveración, el tiempo que dura la formación de la citada nueva célula, pues aunque se acepta como referente de determinación la fusión antes descrita, esta no sería inmediata sino que necesitaría de varias horas luego de producida una relación sexual.

La teoría de la Anidación, por su parte, estima que solo puede hablarse de concepción en aquel supuesto en el que el óvulo fecundado obtenga las condiciones naturales que le permitan con toda certeza, asegurar su desarrollo. Esto último, por lo demás, solo puede darse en aquellos casos en los que el cigoto, una vez evolucionado en blastocisto, queda alojado en la cavidad interna del útero (endometrio), situación que recién se produce a los siete días de la fecundación, demorando otros siete más, para quedar totalmente concluido. En el marco de la teoría descrita, la concepción supone la certeza o garantía de un embarazo en un curso y tal situación requiere necesariamente del proceso de anidación.

Desde nuestro punto de vista y sin que el derecho tenga porque ser el factor demostrativo de una situación que a la ciencia primariamente corresponde definir, creemos sin embargo que es perfectamente posible optar por una respuesta al tema sobre la base de los propios referentes jurídicos de los que se dispone y sin desvirtuar en lo absoluto el aporte de cada teoría.

Entendemos que lo el ordenamiento jurídico impone es definir el momento de la concepción, no el momento del inicio de la vida. Puede parecer poco sutil decirlo, pero aunque para

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

algunos resulte controversial, se trata de dos situaciones rigurosamente diferentes, sin que por cierto ello signifique que se encuentren desvinculadas la una de la otra.

La mayor parte de los instrumentos jurídicos antes analizados, permiten considerar que el punto de debate o incertidumbre gira en torno al momento del inicio de la concepción, no específicamente en torno al momento del inicio de la vida. Aunque el Artículo 1° del Código Civil reza que "La vida humana comienza con la concepción", tal situación no parece sino limitarse a una proclama de buenas intenciones, antes que una verdad rigurosa o incuestionable. Como ya lo hemos dicho, el derecho no define situaciones naturales, por más respetable que sea la posición de sus autores. Lo que hace el derecho es optar por respuestas a partir de los insumos que le proporcionan otras ciencias y en este caso, poco es lo que aporta una norma en referencia cuando ni siquiera intenta precisar lo que debe entenderse por concepción.

El inicio de la vida humana, puede en efecto ser individualizado a partir de la fecundación, pero ello no es igual ni puede asimilarse a lo que se entiende por concepción, que es la situación determinante a los efectos de individualizar si nos encontramos o no ante un derecho. Esta última, no porque lo imponga la ley, sino porque así lo acredita la ciencia, solo se produce cuando existe la certeza de un embarazo en curso, no antes del mismo. Y el estado de embarazo no es algo que se mida conforme aproximaciones o posibilidades, sino de acuerdo a situaciones fisiológicas muy concretas, que guste o no, solo se patentizan en el instante en que el óvulo fecundado ha encontrado en el endometrio o cavidad interna del útero, las condiciones necesarias como para poder desarrollarse.

El estado de fecundación será sin duda alguna importante a los efectos de determinar las probabilidades de desarrollo que pueda tener una vida, pero definitivamente irrelevante si lo que se quiere es determinar el estado de gestación que, para efectos prácticos, es lo mismo que concepción. Tan evidente es esta posición que en el ámbito de nuestro derecho penal, se tipifica como delito de aborto, no al atentado contra un embrión fecundado, sino a la supresión del feto que anida en el vientre de la gestante o embarazada, como se deduce con toda nitidez de los artículos 115° , 118°, 119° y 120° del Código Penal.

En resumidas cuentas, el derecho bien puede asumir una posición sobre la base de los insumos que le proporciona la propia ciencia y para ello no es necesario ni manipular los

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

conceptos ni fantasear con el pensamiento para quedar bien con algunas ideologías o corrientes de pensamiento[133].

7. EL INICIO DE LA VIDA DEL CONCEBIDO SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7.1. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional

7.1.1. Expediente N° 7435-2006-PC/TC

El Tribunal Constitucional, en sentencia que resuelve el Expediente N° 7435-2006-PC/TC, de fecha 13 de noviembre de 2006, declaró fundada la demanda de cumplimiento interpuesta por un grupo de ciudadanas contra el Ministerio de Salud para que garantice la información y la previsión sobre el Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE) en todos los establecimientos de salud a su cargo en estricto acatamiento de las normas técnicas vigentes, debidamente aprobadas por el propio Ministerio, y del mandato constitucional de eficacia de los mandatos legales y de los actos administrativos. Para tomar tal decisión, el Tribunal señaló que: "si el estado actual de la medicina ha determinado que los únicos efectos de la AOE hormonal son anticonceptivos y si existen estudios suficientes y actuales que demuestren que la AOE-ingerida en la dosis recomendada -no ocasionan cambios en el endometrio que impidan la anidación o implantación, puede concluirse que se trata de un método no abortivo y que su inclusión en las Normas del Programa Nacional de Planificación Familiar es constitucional" (el subrayado es nuestro), precisando además que "los mecanismos de acción de la AOE hormonal son anteriores a la fecundación" (el subrayado es nuestro).

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional puntualiza que ha quedado evidenciado, después de cinco años y tres meses de vigencia de aquellas normas, que el Ministerio de Salud se ha mostrado renuente a cumplir los mandatos de la Norma Técnica de Planificación Familiar (aprobada en un primer

[133] En este apartado y como es fácil deducir, nos alejamos radicalmente de lo sostenido hace poco por nuestro Tribunal Constitucional, en la STC N° 2005-2009-AA/TC, Caso ONG Acción de Lucha Anticorrupción, que tantas críticas ha desatado. El análisis de este caso, evidentemente emblemático, lo dejamos sin embargo para otro momento.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

momento por las Resoluciones Ministeriales Nos. 465-99-SA/DM y 399-2001-SA/DM, y luego ratificadas por la Resolución N° 536-2005/MINSA), que establecían el libre acceso de las personas a la información del AOE, así como la provisión gratuita del AOE en las instituciones de salud del sector público.

Además señaló que los diversos informes de la Defensoría del Pueblo, la Organización Mundial de la Salud, la Organización Panamericana de la Salud, el Fondo de Población de las Naciones Unidas, la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología, el Colegio Médico del Perú y los Ministerios Salud y de Justicia, entre otras instituciones involucradas, han determinado que, en el estado actual de la medicina, los efectos de la AOE son anticonceptivos.

Así, por ejemplo, en el Informe del 25 de setiembre de 2006, la Defensoría del Pueblo se ratificó en las conclusiones del Informe Defensorial N° 78: "La anticoncepción oral de emergencia", señalando que la anticoncepción oral de emergencia no tiene efecto alguno después de haberse producido la implantación. Por tanto, no afecta el embarazo ya iniciado; en ese sentido, no es abortiva y tiene sólo los efectos de prevenir la ovulación y dificultar la migración espermática, es decir, actúa antes de la fecundación.

Del mismo modo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS), mediante informe presentado el 12 de octubre de 2006 señalaron que "La comunidad científica internacional coincide plenamente que la AOE no es abortiva y no impide la implantación del óvulo fecundado ya que no tiene efectos sobre el endometrio. Esta información está respaldada por el trabajo de instituciones científicas de amplio prestigio internacional. No existe un solo estudio científico que demuestre que la AOE tenga un efecto abortivo".

7.1.2. Expediente N° 2005-2009-PA/TC

El Tribunal Constitucional (TC), en la STC 02005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009, ordenó al Ministerio de Salud que se abstenga de distribuir el producto denominado Píldora del Día Siguiente o Anticonceptivo Oral de Emergencia (Levonorgestrel 0.75 mg., en adelante AOE), pues por su posible efecto abortivo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

atentaría contra el derecho a la vida del concebido, protegido por el artículo 2 inciso 1, de la Constitución Política del Perú.

El fallo fue dictado en una demanda de amparo interpuesta contra el Ministerio de Salud para que deje de distribuir el AOE en los centros de salud públicos, por su acción abortiva consistente en impedir la implantación del embrión en el útero materno.

Con esta sentencia, ya son varios los casos de protección del concebido por parte de Tribunales Constitucionales americanos. Ha contribuido a ello que el derecho a la vida del concebido esté reconocido no sólo en el texto constitucional (como es el caso del Perú), sino que además se encuentre reforzado en América gracias a su expreso reconocimiento internacional, en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969.

Así, según veremos, en el recuento de Tribunales Constitucionales de nuestro continente que han protegido el derecho a la vida del concebido, hay que empezar mencionando a Costa Rica, donde en 2000 su Corte Suprema declaró inconstitucional la práctica de la fecundación in vitro. En esa misma línea tuitiva, encontramos luego a los Tribunales Constitucionales de Argentina (2002), Ecuador (2006) y Chile (2008) que, como ahora el del Perú, han protegido la vida del concebido prohibiendo la distribución del AOE.

a) La Concepción se da con la Fecundación. La aplicación del Principio Pro Homine

El TC parte por advertir que existe una disputa en la ciencia sobre el momento de la concepción, es decir sobre el inicio de la vida del ser humano. Así, según el TC, se encuentra la Teoría de la Fecundación, según la cual la concepción se da una vez que el óvulo ha sido fecundado por el espermatozoide; y la Teoría de la Anidación, para la que el inicio del ser humano se da a partir de la anidación del óvulo fecundado en el útero materno[134].

Frente a esta controversia, el TC recurre al principio pro homine de interpretación de derechos humanos, conforme al cual debe preferirse aquello que garantice

[134] STC N° 02005-2009-PA/TC, F.J. 14.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

de la manera más efectiva y extensa posible los derechos humanos[135]. Aplicando ese principio a la disputa científica sobre el inicio de la vida humana, el TC señala que la concepción se da con la fecundación, es decir:

> 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, mas no constituye su inicio[136].
>
> Por tanto, si desde la fecundación hay un nuevo ser humano titular del derecho a la vida, la acción destinada a impedir la implantación del embrión en el útero y su consecuente muerte, es una clara vulneración de ese derecho.
>
> Debe mencionarse que igualmente los Tribunales Constitucionales de Argentina, Chile y Ecuador aplicaron el principio pro homine para proteger el derecho a la vida desde la fecundación, cuando les tocó pronunciarse en los casos sobre el AOE, según veremos en el apartado 8 del presente trabajo.
>
> Como no podía ser de otra manera, la conclusión a la que, aplicando el principio pro homine, llega el TC, tiene el respaldo de la ciencia, que nadie ha sido capaz de refutar también científicamente que la vida del ser humano se inicia con la fecundación del óvulo por el espermatozoide.

Al respecto, Jeröme Lejeune, genetista mundialmente destacado, descubridor de que el Síndrome de Down se debe a la presencia de un cromosoma demás, escribió: “en la fecundación, los 23 cromosomas provenientes del padre se unirán a los 23 cromosomas de la madre. En ese momento, se constituye toda la información genética

[135] Cfr. ídem, F.J. 33.
[136] Idem, F.J. 38.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

necesaria y suficiente para expresar todas las características futuras del individuo"[137]. Por ello, Lejeune define al embrión como un "jovencísimo ser humano"[138].

En similar sentido, Ciccone, citando a Serra y Colombo, dirá: "de los "datos esenciales sobre la formación del cigoto [o embrión unicelular] y sobre el paso desde embrión unicelular a embrión de dos células", resulta "con toda evidencia que, en la fusión de los gametos, comienza a ponerse en marcha como una unidad una nueva célula humana, dotada de una nueva y exclusiva estructura de información que constituye la base de su desarrollo posterior (….) es la base de la pertenencia del cigoto a la especie humana y de su singularidad individual o identidad, y contiene un programa codificado completo, que le proporciona enormes potencialidades morfogenéticas, que se realizan de modo autónomo y gradual durante el proceso epigenético rigurosamente orientado"[139].

Para Serra y Colombo, el proceso de desarrollo del embrión unicelular está dotado de los caracteres de coordinación, continuidad y gradualidad. Es "especialmente importante el carácter de continuidad, por lo que, "desde la singamia en adelante, siempre es el mismo individuo humano, que se construye autónomamente siguiendo un plan rigurosamente definido, a pesar de pasar a través de estos que van siendo cualitativamente más complejos"" (subrayado nuestro)[140].

Por ello, refiriéndose a esta continuidad, el Consejo de Europa declaró en 1986 –en la Recomendación 1046 relativa a la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, científicos, industriales y comerciales- que "desde la fecundación del óvulo, la vida humana se desarrolla de modo continuo, de forma que no pueden hacerse distinciones en el curso de las primeras fases (embrionarias) de su desarrollo" (subrayado nuestro)[141].

Melina resalta que esa continuidad en el proceso biológico iniciado en el momento de la concepción, se desarrolla sin saltos de cualidad ni de naturaleza, bajo el control

[137]Cit. por MELINA, Livio: "El embrión humano: Estatuto Biológico, Antropológico y Jurídico", en GONZÁLES, Ana María. POSTIGO, Elena y AULESTIARTE, Susana (editores). Vivir y morir con dignidad. Temas fundamentales de Bioética en una sociedad plural. EUNSA, Pamplona, 2002, p. 37.
[138] Ibidem.
[139] CICCONE, Lino: Historia, principios, cuestiones, Palabra, Madrid, 2003, p. 82.
[140] Ibidem.
[141] CONSEJO DE EUROPA (ASAMBLEA PARLAMENTARIA), Recomendación 1046 (1986) On the Use of Human Embryos and Foetuses for Diagnostic, Therapeutic, Scientific, Industrial and Commercial Purposes, n. 5.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

autónomo del propio concebido, según el programa de ejecución inscrito en su propio genoma:

"El neo-concebido es un sujeto irrepetible de la especie humana, caracterizado por una específica individualidad, que, conservando siempre su identidad, prosigue su propio ciclo vital (supuestas todas las condiciones necesarias y suficientes) bajo el control autónomo del sujeto mismo, que se autoconstruye en un proceso totalmente coordinado, dictándose así mismo las direcciones del crecimiento según el programa de ejecución inscrito en su propio genoma".

"El neo-concebido humano mantiene, en cada fase evolutiva, la unidad ontológica con la fase precedente, sin solución de continuidad, sin saltos de cualidad ni de naturaleza. Su desarrollo manifiesta, desde su inicio, el finalismo intrínseco de la naturaleza humana: la gradualidad del proceso biológico está orientada teleológicamente según una finalidad ya presente en el zigoto. No se da un estadio de su desarrollo cualitativamente diferente o separado del proceso global iniciado en el momento de la concepción. Por ello, desde ese momento, nos encontramos siempre ante el mismísimo ser humano".

Andorno resalta también que la condición de individuo humano del embrión le viene dada por estar dotado de su propia información genética, a diferencia de cualquier otra célula humana, que le permitirá desarrollarse como un niño y luego como un adulto:

"Una célula de la piel de un hombre adulto, que puede ser separada y cultivada, pertenece también a la especie humana, en sus 46 cromosomas posee toda la información genética del individuo, al igual que un embrión. Sin embargo, esa célula no es un "individuo humano" en el mismo sentido que lo es un embrión, porque sólo este último está orientado a devenir en un niño y luego en un adulto. En cambio, una célula de la piel no será nunca un hombre completo: las células que componen el embrión son totipotentes, es decir, ellas contienen todo el ser humano; una célula de la piel, como la de cualquier tejido del cuerpo, es diferenciada, ella no está orientada a devenir en un ser humano completo"[142].

[142] ANDORNO, Roberto: Bioética y Dignidad de la Persona, Tecnos, Madrid, 1997, p. 95.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

b) El Derecho sigue a la Ciencia: La Vida del Ser Humano está protegida desde la concepción o fecundación

Entonces, con la concepción –entendida ésta como la fecundación de un óvulo por un espermatozoide- estamos ya frente al cigoto; un individuo único e irrepetible que cuenta con una nueva y exclusiva información genética que, si nada lo interrumpe y sin dejar de ser el mismo individuo, se desarrollará autónomamente como un ser humano, según el programa de ejecución inscrito en su propio genoma. Esta información genética es la base de su pertenencia a la especie humana y su condición de individuo humano.

Por ello, cobra sentido que el derecho a la vida se reconozca a partir del momento de la concepción, por la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 4.1), nuestra Constitución (artículo 2, inciso 1), el Código Civil (artículo 1) o el Código de los Niños y Adolescentes (artículo I de su Título Preliminar y artículo 1)[143], pues como escribe Fernández Segado, existe un ser humano "desde el momento de la fecundación (…) una vida existencialmente diferente a la de la madre (…) (por lo que) no pueden establecerse distingos entre el nacido y el no nacido, por lo menos en lo que a la titularidad del derecho a la vida se refiere"[144].

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, como ya hemos afirmado, se distingue en relación a los demás tratados internacionales, por ser la única que reconoce de modo expreso el derecho a la vida desde la concepción (artículo 4.1). Coherente con ello, dicha Convención prohíbe la imposición de la pena de muerte para la mujer embarazada (artículo 4.5). Por tanto, la Convención Americana se decanta claramente por la protección del derecho a la vida desde la concepción, lo que hace que vulnere la Convención toda afectación al concebido, como el aborto o el AOE, por el efecto abortivo de este último, conforme expondremos más adelante.

[143] Podríamos agregar también lo indicado en el noveno considerando del Preámbulo de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño: "Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto **antes** como después del nacimiento"" (subrayado nuestro). La protección del niño antes del nacimiento es una clara referencia a la tutela de los derechos humanos del concebido, empezando por su derecho a la vida.

[144] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional (Consideraciones éticas y jurídicas en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1995)", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Vol. 6, 1986, p. 843.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Señala nuestra Constitución que el concebido "es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece". En aplicación de este precepto, podemos decir, con Fernández Segado, que es lógico que se deba tener al concebido "por titular del derecho a su propia vida, a una vida que en cuanto ser humano que es tiene como propia y diferente de la de su madre. Como se ha puesto de relieve, ¿cómo le va a tener o considerar la ley respecto al favor más nuclear para él como es permitirle nacer?"[145]. Y como ha afirmado Fernández Sessarego, "el concebido", en cuanto sujeto de derecho, tiene capacidad de goce, si bien limitada, restringida "para todo cuanto le favorece" (…) El ser capaz "para todo cuanto le favorece" debe ser interpretado del modo más amplio. Al concebido favorecen derechos como el de la vida, que carece de significación económica (….)"[146].

Si bien el concebido o nasciturus se encuentra en una especialísima relación de dependencia respecto de la madre, ello no puede negar su titularidad del derecho a la vida[147]. Como dice Hervada, "es legítimo preguntarse, ¿dónde hay un individuo humano? La respuesta, si se atiende a la verdad científica, es bien clara: allí donde hay un nuevo ser vivo, que si bien está en la madre, ya no es la madre (….) Vida independiente no significa que no necesite de otros seres para vivir, sino que reúne dos condiciones: primera, que se trata de un ser distinto de aquel del que acaso dependa, se trata de un ser individualizado; segunda, que el principio de vida es propio y no recibido de otros (…) Vida independiente significa la independencia del principio vital, que cada ser tiene en sí su propio principio de vida"[148].

Como ya se mencionó, el Código Civil protege el derecho a la vida del concebido, al reconocer que "la vida humana comienza con la concepción" (artículo 1°). Al respecto, ha escrito Fernández Sessarego que esta norma "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 óvulo por un espermatozoide"[149]. Según este mismo autor:

---

[145] Idem, p. 845.
[146] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: Derecho de las Personas, Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 31.
[147] Cfr.: GÓMEZ MONTORO, Ángel: "Titularidad de Derechos Fundamentales", en ARAGÓN REYES, Manuel (coordinador): Temas básicos de Derecho Constitucional. Vol 3. Civitas, Madrid, 2001, p. 117.
[148] Cit. por RIVAS, Pedro: "El Derecho a la Vida", en RIVAS, Pedro (editor): Natura, Ius Ratio, Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada, Universidad de Piura ARA editores, Lima, 2005, p. 174.
[149] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: op. cit., p. 30. En similar sentido, Rubio Correa sostiene que "como fenómeno biológico, la concepción es la unión del espermatozoide y el óvulo. En ese momento se ha producido el hecho que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"Para el hombre de derecho, para el jurista primariamente interesado en tutelar la vida humana y todas sus expresiones, no existe actualmente duda sobre el hecho biológico de que el concebido es un ser humano genéticamente independiente tanto del padre como de la madre que lo gesta. El embarazo o gestación no supone una identidad ontológica entre madre e hijo, una asimilación o fusión de dos seres en un solo ser. El nascituro, contra lo que pensaba un sector de juristas de la antigua Roma, no resulta ser una víscera o parte del organismo de la madre, una portio mulieris vel viscerum, sino un ser humano genéticamente singular, aunque dependiente de la madre gestante en cuanto a su subsistencia. Y es que la pregunta por el ser del concebido no encuentra otra respuesta que aquella que lo considera como "ser humano". La concepción, la fecundación de un óvulo por un espermatozoide, no produce ningún otro ser que no pertenezca a la naturaleza de "ser humano""[150].

Fernández Sessarego advierte, con acierto, que el desarrollo de la fecundación in vitro ha permitido confirmar que la vida del ser humano empieza con la fecundación, por medios artificiales (lo que permite) estar seguros que el nascituro no es una parte del organismo de la mujer, "asimilable al hígado o al apéndice de la madre", como erradamente sostuvo algún autor en tiempo pasado[151].

Precisamente, una prueba desde el Derecho de que la vida del ser humano se inicia con la fecundación de un óvulo por un espermatozoide, es la protección jurídica que se da a los embriones resultado de la fecundación in vitro. Así, por ejemplo, el artículo 18 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Consejo de Europa, 4 de abril de 1997), prescribe: "1. Cuando la experimentación con embriones "in vitro" esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión. 2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación". Cabe aquí preguntarse, si los embriones fecundados in vitro no fueran seres humanos, sino simples céulas, ¿cómo se explica que el Derecho les dé esta protección? La respuesta no puede ser otra que si se da esta tutela jurídica, es porque con el embrión fecundado in vitro estamos frente a un ser humano. Por ello,

determinará, si todo marcha normalmente en adelante, que haya un ser humano más sobre la tierra" (RUBIO CORREA, Marcial: "El ser humano como persona natural", en AA.VV.: Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XII, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 16).

[150] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas, Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 65.

[151] Idem, p. 65.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

para Fernández Sessarego la eliminación de un embrión fecundado in vitro es un atentado al derecho a la vida del concebido.

"Problema arduo y difícil de resolver, por sus complejas connotaciones e implicancias de todo género, es el vinculado al derecho a la vida que podría corresponder a un concebido logrado en probeta, es decir mediante un procedimiento artificial de laboratorio, mientras tal embrión no ha sido aún implantado en útero de mujer alguna. La dramática interrogante se centra en saber si es posible eliminar dicho embrión sin atentar contra la vida humana que dicho embrión significa. La respuesta coherente es negativa. El hecho de producir vida humana en probeta –fuera del normal acto sexual generador natural de la procreación- sin regulación jurídica es del todo inaceptable. Normatividad a la que inexorablemente se debe llegar, sobre la base de una responsable reflexión sustentada en instancias éticas y en resguardo del interés de la humanidad, si es que desea evitar el colapso de la estirpe humana"[152].

En similar sentido, Zannoni dirá que en la fecundación extrauterina "el descarte" de embriones constituye, se mire por donde se mire, una forma de destrucción de la vida humana, genéticamente perfecta[153].

De otro lado, hay quienes sostiene que el surgimiento de la vida humana estaría en el inicio de la actividad cerebral, registrada mediante electroencefalograma, hecho que ocurriría del cuadragésimo al cuadragésimo quinto día posterior a la fecundación. Sin embargo, como acertadamente señala Fernández Sessarego, "la afirmación que hace diferir la aparición de la vida humana hasta la producción de dicho fenómeno, carece de consistencia si es que, tal como lo hemos sostenido, ***la vida humana es un proceso continuo desde la fecundación, en que se da toda la información genética necesaria que lleva indefectiblemente a la formación del ser humano***, hasta la muerte, salvo que se presenten alteraciones de cualquier índole que interfiera dicho proceso" (resaltado nuestro)[154].

Entonces, con los datos que nos alcanza la ciencia genética –en los que, como no podía ser de otro modo, el Derecho se sustenta-, desde el momento en que el óvulo es fecundado (fusión del óvulo con el espermatozoide) estamos ya frente a un nuevo

[152] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: Derecho…., cit., p. 32.
[153] ZANNONI, Eduardo A.: Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 95.
[154] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: Nuevas tendencias….., cit., p. 68

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ser humano (concebido o nasciturus), distinto al padre y a la madre, genéticamente diferente a cualquier otro individuo e irrepetible.

c) El Ser Humano vive desde antes de su Implantación en el Útero Materno

Siendo el concebido un nuevo ser humano, es titular del derecho a la vida y su protección jurídica comienza desde la concepción o fecundación, según la Constitución dispone en su artículo 2°, inciso 1. No se inicia recién con la implantación del embrión en el endometrio, hecho que ocurre en un momento posterior (nos cuatro o cinco días después de la fecundación).

Afirmar lo contrario, no toma en cuenta que desde la fecundación "todo el proceso de división celular ha sido hecho por el propio embrión, sin recibir indicación, alguna de su madre, como lo prueba la fecundación artificial, que se hace fuera del cuerpo materno, y el proceso termina precisamente, con la implantación del embrión en el útero materno. Esto explica que estemos en presencia de un ser vivo, perteneciente a la especie humana, pues su genoma es humano"[155]. Por ello,

"Si la vida humana comenzara con la anidación, los científicos deberían responder racionalmente a estas dos preguntas: ¿qué clase de ser vivo es ese ser no humano, que se humaniza con solo anidar? y ¿cómo sería ese proceso por el cual un ser humano, se humanizaría, con solo implantarse en un útero femenino? Como la respuesta a ambas preguntas no existe, queda claro que la hipótesis del comienzo de la vida humana en la anidación, es una hipótesis ideológica o "mágica", contraria a la ciencia"[156].

Como gráficamente expresa Leal Esquivel: "implantarse en el útero es como anclar un barco: el barco existía antes de anclarse"[157].

En consecuencia, ya que la protección constitucional del derecho a la vida se inicia con la concepción, no sólo habría un atentado contra ese derecho en la eliminación del embrión ya implantado en el endometrio, sino también en la acción destinada a evitar esa implantación.

[155] SCALA, Jorge: El aborto en preguntas y respuestas, Encuentro, Buenos Aires, 2007, p. 8.
[156] Idem, p. 9.
[157] LEAL ESQUIVEL, Alejandro: "Células Madre e inicio de la Vida", ponencia al IV Congreso Internacional Provida, Zaragoza 6-8 de noviembre de 2009.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

d) El Tercer Efecto del AOE

Según lo señalado por sus propios fabricantes como veremos seguidamente, el AOE tiene tres efectos: 1) la inhibición de la ovulación (efecto anovulatorio); 2) la modificación de la textura del moco cervical, impidiendo la libre movilidad de los espermatozoides; 3) impide la implantación del embrión en el útero, mediante la alteración del endometrio, si éste no ha completado aún su recorrido hacia el útero, con la consecuente expulsión y muerte del embrión. De acuerdo a todo lo visto hasta aquí sobre el inicio de la vida del ser humano, este último es el efecto abortivo.

El TC constata que los cinco productos que se venden en el Perú como AOE consignan ese efecto abortivo en sus respectivos insertos[158]:

GLANIQUE: "(…) Podría impedir igualmente la **implantación** de un óvulo (…)",

TIBEX: "(…) Interfiere con la fertilización y la implantación en el ciclo luteal por espesamiento del moco cervical y cambios en el endometrio".

POSTINOR 2: "(…) Consecuentemente, previene la fecundación e implantación en el ciclo luteal (…)".

NORTREL: "(…) El efecto anticonceptivo de la progestina se alcanza a través de otros mecanismos que resultan en interferencia con fertilización e implantación en el ciclo luteal tal como adelgazamiento del moco cervical y cambios en el endometrio".

POST DAY: "(…) Posteriormente impide la fecundación e implantación (…)"[159].

No debe sorprendernos que los laboratorios informen sobre el efecto abortivo del AOE con tanta claridad, pues, como afirma Paccini, los fabricantes dan esta información "prefiriendo los riesgos de perder un mercado a ser enjuiciados, en países donde las autoridades son firmes con quien manipula información"[160].

[158] STC N° 02005-2009-PA/TC, F.J. 40.
[159] Los efectos del AOE (Levonorgestrel 0.75 mg.), incluido el efecto abortivo (antiimplantatorio), son mencionados también por el propio fabricante en Estados Unidos, donde recibe el nombre de Plan B: "Plan B is believed to act as an emergency contraceptive principally by preventing ovulation o fertilization (by altering tubal trasnport of sperm and/or ova). In addition, it may inhibit implantation (by altering the endometrium). It is not effective once the process of implantation has begun" (http://www.planbonestep.com/PDF/PlanBPI.pdf., ver "Clinical Pharmacology"; consulta: 4 de marzo de 2010)
[160] PACCINI, Renzo: "El efecto abortivo si puede ocurrir", en diario El Comercio de Lima, 23 de marzo de 2010, p. a5.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Debido a estas claras declaraciones de los fabricantes, el TC encuentra contradictorio que el Ministerio de Salud, que recibe esta información para la aprobación de los correspondientes registros sanitarios, pueda negar el efecto antimplantatorio del AOE, a pesar que todos sus productores afirmen que lo tiene:

"Aparece como contradictorio para este Colegiado que, al tiempo que el accionado Ministerio de Salud niegue cualquier efecto de los anticonceptivos orales de emergencia sobre el endometrio y la implantación, el mismo Ministerio de Salud reciba y previa evaluación apruebe registros sanitarios de dichos productos donde se expresa todo lo contrario"[161].

Pero por si no fuera suficiente que el posible efecto abortivo del AOE esté declarado por sus propios fabricantes, el TC cita también a la Agencia norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas (Food and Drug Administration - FDA), en cuya página web igualmente se señala que el AOE (denominado Plan B) puede inhibir la implantación del embrión:

"¿Cómo trabaja (actúa) Plan B?

Plan B trabaja como cualquier otra píldora de control de natalidad, para prevenir el embarazo. Plan B actúa primeramente, paralizando la liberación de un huevo (óvulo) del ovario. Puede impedir la unión entre el espermatozoide y el óvulo (fertilización). Si ocurriese la fertilización, Plan B puede impedir que el óvulo fertilizado se adhiera en el útero (implantación). Si el óvulo estuviera implantado antes de tomar Plan B, Plan B no trabaja"[162].

La información de un organismo técnico como la FDA resulta muy importante, por su gran prestigio internacional y por ser la autoridad reguladora de un país con alta vigilancia sanitaria, como lo prueban, por ejemplo, las altas indemnizaciones judiciales que suelen recibir en Estados Unidos los daños a la salud[163]. Además, téngase en cuenta que en Estados Unidos el aborto es legal desde 1973, con los casos Roe vs.

[161] STC N° 02005-2009-PA/TC, F.J. 44.
[162] STC N° 02005-2009-PA/TC, F.J.45.
[163] El prestigio internacional del que goza la FDA como autoridad técnica sanitaria, se ha visto incrementado por casos como no haber autorizado en los Estados Unidos –y siendo una voz solitaria en esto- el uso de la talidomina, un medicamento que hace medio siglo se autorizó en la mayoría de países para atenuar los síntomas de náuseas en las mujeres embarazadas, pero que tuvo como efecto que nacieran niños con miembros superiores o inferiores insuficientemente desarrollados. Actualmente, países como Reino Unido y Brasil indemnizarán a quienes nacieron con alguna discapacidad por tal producto (cfr. diario El Comercio de Lima, 15 de enero de 2010, p. a14).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Wade y Doe vs. Bolton, por lo que los fabricantes del AOE no tienen inconveniente alguno para informar sobre su efecto abortivo, ya que éste no se consideraría allí inconstitucional. La información que da la FDA, a partir de lo que le informan los fabricantes, es entonces el lugar indicado para conocer en toda su extensión y sin tapujos todos los efectos del AOE.

Por este tercer efecto, entonces, el AOE puede resultar abortivo, pues si el embrión, desde la fecundación, es un ser humano titular del derecho a la vida, la acción destinada a impedir su implantación en el útero y su consecuente muerte, es una clara vulneración de ese derecho. Por ello, coincidimos con Millás Mur cuando afirma: "no se justifica en ningún caso la AOE, pues, aunque no siempre termine eliminándose el embrión humano, porque prime el efecto anovulatorio o el que impide la fertilización del óvulo por el espermatozoide, siempre existe la posibilidad del tercer efecto: impedir la anidación del embrión ya formado en el útero materno. En consecuencia, no se puede admitir una acción (ingerir una sustancia) que tiene bastantes posibilidades de interrumpir la vida de un pequeño ser humano"[164].

También el TC tuvo en cuenta en la Sentencia bajo comentario las opiniones que consideran que el AOE no tiene efectos abortivos, como la ya mencionada del Ministerio de Salud y la de la Organización Panamericana de la Salud (OPS, oficina de la Organización Mundial de la Salud - OMS)[165].

e) La aplicación del Principio Precautorio

La información proporcionada por los fabricantes del AOE, que en su totalidad hacen referencia al efecto antimplantatorio, así como lo informado por al FDA en el mismo sentido, y, de otro lado, la posición del Ministerio de Salud y la OMS-OPS que niegan tal efecto, hizo que el TC considere que existía una "duda razonable" respecto al efecto abortivo del AOE. Efectivamente, TC pudo advertir que no hay certeza científica al respecto, pues "el mundo científico se encuentra fisurado respecto a los efectos del AOE sobre el endometrio y la implantación". Es decir, el TC en su Sentencia, si sintetizamos, pone de un lado al Ministerio de Salud y a la OMS-OPS (no hay efecto

[164]MILLÁS MUR, Jaime, "AOE, un eufemismo más", en diario El Comercio de Lima, 8 de septiembre de 2004, p. a3.
[165] Cfr. STC N° 02005-2009-PA/TC, Antecedentes, c).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

abortivo) y, por otro, a los propios fabricantes del AOE y a la FDA (es posible el efecto abortivo):

"Atendiendo a que, según lo evidenciado en autos, el mundo científico se encuentra fisurado respecto a los efectos del AOE sobre el endometrio y la implantación: es necesario ponderar cada una de las posiciones expresadas, a fin de redefinir jurídicamente si tales efectos existen. Dada esta realidad, y sin desconocer la validez e 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. Esta decisión se adopta fundamentalmente sobre la base de la información expresada en los insertos de cada una de las presentaciones de los anticonceptivos orales de emergencia, que en su totalidad hacen referencia a tal efecto"[166].

Frente 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[167].

El TC señala los supuestos en que puede recurrirse al principio precautorio:

"a) la existencia de una amenaza, un peligro o riesgo de un daño; b) la existencia de un incertidumbre científica, por desconocimiento, por no haberse podido establecer evidencia convincente sobre la inocuidad del producto o actividad aun cuando las relaciones de causa-efecto entre éstas y un posible daño no sean absolutas, o incluso por una importante controversia en el mundo científico acerca de esos efectos en cuestión; y c) la necesidad de adoptar acciones positivas para que el peligro o daño sea prevenido o para la protección del bien jurídico como la salud, el ambiente, la ecología, etc."[168].

[166] STC N° 02005-2009-PA/TC, F.J. 51.
[167] Cfr. ídem, F.J. 47 y 48.
[168] Idem, F. J. 49.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Destaca también el supremo intérprete de la Constitución una característica importante de este principio: “la inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual los creadores del producto o los promotores de las actividades o procesos puestos en cuestión deben demostrar que estos no constituyen un peligro o no dañan la salud o el medio ambiente”. Asimismo, el TC distingue entre el principio precautorio y el principio de prevención, señalando que mientras este último exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el daño, aquel opera más bien ante la amenaza de un daño y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en estos casos en que el principio precautorio puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de éste[169].

Por aplicación del principio precautorio, entonces, el TC prohíbe al Ministerio de Salud la distribución del AOE, con la finalidad de proteger el derecho a la vida del concebido debido a la incertidumbre científica respecto a su efecto abortivo. Asimismo, ordena que los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen el AOE incluyan en la posología la advertencia de que dicho producto podría inhibir la implantación del óvulo fecundado.

La medida de prohibición que se adopte por invocación del principio de precautorio debe cumplir, como todo mandato restrictivo, los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad. De ello es consciente el TC ya que señala:

“Si bien el elemento esencial del principio de precaución es la falta de certeza científica para aplicarlo, aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables. No siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones”.

Pues bien, la medida de prohibición adoptada por el TC es razonable y proporcional, ya que no puede haber otra alternativa para la protección del derecho a la vida, pues

[169] Cfr. ídem, F.J. 50.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de permitirse el suministro del AOE y verificarse en la realidad su efecto abortivo, será inexorable la muerte del concebido, deviniendo como es evidente, en irreparables sus derechos humanos.

f) Posición de la Jurisprudencia Comparada respecto del Anticonceptivo Oral de Emergencia

1. Argentina

En Argentina, por la acción de amparo de Portal de Belén c/ Ministerio de Salud y Acción Social, resuelta el 5 de marzo de 2002, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al Ministerio de Salud que deje sin efecto la autorización del AOE, prohibiendo su fabricación, distribución y comercialización.

Esta Sentencia menciona los tres efectos del AOE, siendo uno de ellos su actuación "modificando el tejido endrometrial produciéndose una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir implantación"[170].

Para la Corte Suprema argentina el tercer efecto (antimplantatorio) del AOE resulta abortivo y, por tanto, inconstitucional, pues atenta contra el derecho a la vida del concebido producto de la fecundación, teniendo en cuenta que la opinión científica señala que con la fecundación estamos ya frente a un nuevo ser humano.

También en Argentina, por Sentencia de 7 de agosto de 2008, en la acción de amparo de Mujeres por la Vida Asociación Civil sin fines de lucro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de esa Provincia ordenó a la Provincia de Córdoba que "se abstenga de prescribir a través de sus profesionales médicos, métodos anticonceptivos abortivos como el consistente en la ingesta del medicamento que contiene la droga denominada Levonorgestrel conocido como "píldora del día después" o "píldora del día siguiente" o "píldoras de anticoncepción de emergencia", en condiciones de impedir la anidación del huevo en el útero materno".

[170] Considerando 9.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

La Corte cordobesa tiene en cuenta el efecto abortivo del Levonorgestrel (AOE), pues evita que un óvulo fecundado se implante en el útero, lo cual es reconocido además por la propia demandada.

2. Chile

El Tribunal Constitucional de Chile, en Sentencia de 18 de abril de 2008, declaró inconstitucional el Decreto Supremo Reglamentario n. 48, del Ministerio de Salud, que aprobaba las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, en las que se ordenaba al sistema público de salud aconsejar y distribuir el AOE[171].

A partir de la profusa información científica citada en la Sentencia, el Tribunal Constitucional constata que uno de los tres efectos del AOE es impedir la implantación del embrión en el útero.

Para el Tribunal chileno, "si se sigue la tesis de quienes sostienen –como lo entendió nuestro propio Constituyente- que la vida comienza con la concepción, esto por la unión del óvulo y del espermatozoide, un eventual efecto de las píldoras del día después que impidiese la implantación de un ser vivo –o de una persona se transformaría en un aborto del todo contrario a la protección constitucional de la vida del que está por nacer que ha impuesto la Constitución al legislador y que, como todo derecho fundamental, impone a todos los órganos del Estado la obligación de respetar y promover"[172]. Lo que llevó al Tribunal Constitucional chileno a considerar inconstitucional la posibilidad de afectación de esa vida por el efecto del AOE de impedir la implantación en el útero, por lo que declaró inconstitucional el Decreto que ordena aconsejar y distribuir ese producto en el sistema público de salud.

3. Ecuador

En Ecuador, la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, por Resolución de 23 de mayo de 2006, resolvió conceder la acción de amparo interpuesta por un ciudadano que solicitaba la suspensión definitiva del registro sanitario para la comercialización y expendio del producto denominado Postinor-2 (Levonorgestrel 0.75mg.).

[171] Sentencia Rol 740. Puede consultarse este fallo en nuestro blog: http://constitución.wordpress.com/, ver: La inconstitucionalidad de la píldora del día siguiente.
[172] Considerando 64.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El Tribunal Constitucional parte en su análisis del artículo 49 de la Constitución Política del Ecuador, conforme al cual: “Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción (….)”.}

La vida, entonces está constitucionalmente protegida desde la concepción, pero el Tribunal ecuatoriano entiende que existe un debate sobre el momento en que ésta se produce:

“Esta Sala consciente de todo el debate científico y social, no puede aseverar que la concepción se produce desde la fecundación del óvulo, pero tampoco puede estar seguro de lo contrario. Es decir, en el análisis de la presente materia se ha generado una duda razonable que nos obliga, en nuestra calidad de jueces constitucionales, a realizar la interpretación de la norma contenida en el Art. 49 de la Constitución, con un alcance a favor de la persona y del derecho a la vida, por disposición del Art. 18 segundo inciso de la citada Constitución que dice: “En materia de derechos y garantías constitucionales se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos”. Se trata pues de aplicar el universal principio del in dubio pro homine, esto es que en caso de duda, se debe estar a favor de la persona”[173].

Como vemos, este Tribunal, al igual que su homólogos chileno y peruano, aplica el principio pro homine, que además tiene sustento en el artículo 18 de la Constitución ecuatoriana, para, frente a la duda razonable sobre el inicio de la vida humana, decantarse por su inicio desde la fecundación del óvulo, lo que lleva a una mayor protección de ese derecho y, consecuentemente, corresponde proscribir un producto como el AOE, que puede impedir la implantación de ese óvulo fecundado. En palabras del Tribunal ecuatoriano:

“Al analizar la norma constitucional contenida en el Art. 49 de la Constitución Política de la República, que dice: “El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción…”, esta Sala Constitucional debe realizar una interpretación que garantice la vida del ser humano, desde el momento mismo de su formación, y para

[173] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Tercera Sala, Resolución de 23 de mayo de 2006, Considerando 10.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ello, aún frente a la duda, asumir por prudencia que ella se produce desde la fecundación del óvulo, momento en que se transmite toda la información genética del ser humano, sin que ella pueda ser modificado en lo posterior. Visto de esta forma, se debe concluir que el actuar el medicamento POSTINOR-2, en una de sus fases, como agente para impedir la implantación del cigoto, es decir, luego de fecundarse el óvulo, se atentaría contra la vida del nuevo ser humano"[174].

Por ello, el Tribunal Constitucional de Ecuador concede el amparo, suspendiendo definitivamente la inscripción y certificado de registro sanitario del AOE, así como su comercialización

De otro lado, frente a la alegada afectación de los llamados derechos sexuales y reproductivos de las mujeres por la suspensión de la comercialización del AOE, el Tribunal Constitucional ecuatoriano defiende su Resolución señalando que, en aplicación del principio interpretativo de Concordancia Práctica, debe privilegiarse la protección del derecho a la vida (en este caso del concebido), pues nadie puede disponer de la vida ajena y por la mayor importancia del derecho a la vida, condición para el ejercicio de los demás derechos humanos:

"Ante la argumentación manifestada por grupos interesados en el proceso, que consideran que la suspensión de la comercialización del producto POSTINOR-2, atentaría contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, esta Sala considera necesario anteponer el principio de interpretación de la concordancia práctica, que obliga a realizar una ponderación de los valores contenidos en los principios constitucionales, de la que resulta en forma indubitable que en este caso se debe dar prioridad al bien jurídico constitucional de la vida, por sobre el valor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de la libertad individual, pues si ninguna persona puede disponer de su propia vida, mal podría decidir sobre la vida ajena o sobre la del que está por nacer. Además que sin el derecho efectivo a la vida, no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales"[175].

[174] Idem, Considerando 12.
[175] Ibidem. Según ya hemos visto (cfr., supra, N° 7), por el principio de Concordancia Práctica los conflictos entre bienes jurídicos constitucionalmente protegidos no pueden llevar al "sacrificio" de uno de ellos, sino a procurar la optimización de éstos. Una interpretación contraria a la que aquí hace el Tribunal ecuatoriano desconocería el principio de Concordancia Práctica, pues sacrificaría irreparablemente el derecho a la vida, soslayando la especialísima importancia de ese derecho humano, base de todos los demás.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Finalmente, es importante resaltar que el Tribunal Constitucional de Ecuador entiende que en casos como este, el derecho a la vida del cigoto o embrión humano es un derecho difuso, por lo que cualquier persona tiene legitimación para pedir su tutela mediante el amparo, pues "está en juego la vida de un grupo indeterminado de seres humanos no nacidos, cuya protección por ellos es imposible"[176]. Así también lo ha entendido el TC peruano en la Sentencia bajo comentario[177].

4. Costa Rica

Por último, queremos mencionar un caso de protección del derecho a la vida del concebido, no frente a su afectación por el AOE, sino por la práctica de la llamada fecundación in vitro. La Corte Suprema de Costa Rica, mediante Sentencia de 15 de marzo de 2000, declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, sobre fecundación in vitro, pues mediante esa técnica "se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinado a no generar un embarazo"[178], lo que resulta inconstitucional, ya que "los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos"[179].

La Corte costarricense deja claro cuando estamos frente a un nuevo ser humano, con la consecuente protección de su derecho a la vida: "en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico"[180]. Coherente con ello, la Corte dice que "el embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte"[181]. Siendo el concebido un ser humano, "no existen seres humanos de distinta categoría

[176] Idem, Considerando 15.
[177] Cfr. STC N° 02005-2009-PA/TC. F.J. 3.
[178] Conclusiones: B) El texto completo de esta Sentencia puede consultarse en nuestro blog: http://constitución.wordpress.com, ver: Tribunal Constitucional y Derecho a la Vida.
[179] Ibidem.
[180] Idem, Considerando V.
[181] Idem, Conclusiones: B.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida"[182].

Como vemos, la Corte Suprema de Costa Rica tutela debidamente el derecho a la vida desde su inicio: el momento mismo de la fecundación; lo que le lleva a actuar en defensa de la vida de los embriones prohibiendo la fecundación in vitro.

Luego de la emisión de la sentencia en el Expediente N° 02005-2009-PA/TC, el Ministerio de Salud mediante Resolución Ministerial N° 167-2010/MINSA comunicó que existe certeza que el uso del levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo y no produce efectos secundarios, por lo cual se le incorpora como un método de planificación familiar. Ante ello, mediante resolución N° 31, recaída en el expediente N° 2004-72276-28, el 28 Juzgado Especializado en lo Civil ordena al Ministerio de Salud que se abstenga de realizar cualquier actividad referida al uso del levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia, en virtud de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02005-2009-PA/TC, lo que se da cumplimiento mediante Resolución Ministerial N° 652-2010/MINSA.

De lo expuesto podemos concluir que el Tribunal Constitucional –al igual que sus homólogos de Argentina, Chile y Ecuador- ha reconocido, aplicando el principio pro homine, que la vida del ser humano se inicia con la concepción o fecundación del óvulo por el espermatozoide. Con ello, la jurisdicción constitucional recoge la evidencia científica sobre el inicio de la vida del ser humano y es coherente con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el ordenamiento constitucional peruano, que reconocen el derecho a la vida desde la concepción. En ese sentido, dicha postura coincide con nuestra tesis que sustenta que el concebido es un ser humano, con carga genética única, y por lo tanto digno de protección por el ordenamiento jurídico.

Las dos sentencias mencionadas precedentemente, consideramos, son las más importantes en cuanto a la determinación del inicio de la vida en el ordenamiento jurídico peruano, sin embargo, no queremos dejar de hacer referencia a otras que de alguna manera también sientan una posición al respecto. Citamos por ejemplo la postura de la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI, que mediante Resolución N° 1079-2003-CPC, recaído en el Expediente N° 763-2003-CPC, previa

[182] Idem, Considerando VI.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

referencia a los artículos de la Constitución y del Código Civil que otorgan al concebido la calidad de sujeto de derechos, señala que “el no comprender la tutela del derecho a la vida del concebido, dentro de los alcances del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios de Accidentes de Tránsito implicaría, a nuestro entender, una interpretación inconstitucional, por cuanto se privilegia la vida de las personas naturales frente a la vida de los concebidos, generándose una situación de desigualdad del todo injustificada”. Señala por estos motivos que “una interpretación constitucional parte del reconocimiento de la categoría de sujeto de derecho al concebido, el cual, si bien, técnicamente no es persona, no deja de ser una vida humana a la cual hay que tutelar y proteger en igualdad de condiciones”[183]. De esta manera INDECOPI no sólo defiende la vida del concebido, sin hacer distinción alguna en cuanto a la etapa de desarrollo en que se encuentre, sino que ante la duda, prefiere hacer una interpretación, que restrinja en menor medida los derechos fundamentales, en este caso, del concebido.

En sentido semejante la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la sentencia recaída en el expediente CAS N° 1486-2007-CAJAMARCA, ha señalado que los derechos personalísimos y extrapatrimoniales son irrenunciables y no puede ser objeto de cesión ni transacción alguna. Señala también que “queda claro que nuestro ordenamiento jurídico concede la calidad de sujeto de derecho a la persona desde su concepción y no desde su nacimiento, aunque supedita el goce de los derechos patrimoniales a que nazca con vida (….) bastaba el sólo hecho de su concepción para que sea catalogada como sujeto de derecho”. La Corte Suprema, lo que ha hecho es fortalecer el carácter indisponible e irrenunciable de los derechos extrapatrimoniales y personalísimos de todos los seres humanos desde el momento de su concepción, lo cual nos da un sustento adicional para proteger los derechos del embrión, frente a las acciones del personal sanitario que de forma negligente pueda vulnerar o afectar los derechos del concebido. Esta protección se refuerza reafirmar que el sólo hecho de la concepción otorga la calidad de sujeto de derecho, reiterando

[183] Para entender el caso: La Sra. Cahuaza denunció a la Positiva por presunta infracción a la Ley de Protección al Consumidor. Manifestó que el vehículo donde viajaba, asegurado por la Positiva, se despistó por lo que tuvo que ser trasladada de emergencia al Hospital de Bagua Grande y luego al Hospital de Essalud de Chiclayo. Posteriormente se entera que se encontraba en gestación de cinco semanas y que presentaba peligro de aborto, lo que se materializó después. Solicita por dicha razón, en lo que nos interesa, indemnización por muerte.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

así la necesidad de protección del individuo que desde el primer instante de su existencia.

7.2. Posición de la Doctrina

La doctrina nacional no es unánime al respecto. Luz Monge Talavera, se pregunta que en tanto el segundo párrafo del artículo primero del código civil enuncia que "la vida humana comienza con la concepción" si, legalmente, existe vida humana desde el momento en que un espermatozoide fecunda un óvulo. Hace notar que el artículo primero se refiere al momento de la concepción y no al momento de la fecundación y teniendo en cuenta que según el Diccionario de la Real Academia Española, concebir significa "quedar preñada la hembra", la concepción de un ser humano supondría no sólo la unión del espermatozoide con el óvulo, sino además la formación, implantación y de anidación del embrión en el útero materno, lo cual se produce al final de las dos semanas de la gestación y corresponde a la aparición del sistema nervioso y a la diferenciación de células.

Termina mencionando que en consecuencia, "el principio consagrado en el Código según el cual la vida humana comienza con la concepción, debe entenderse como referido al inicio de la gestación (que marca la concepción). El derecho constata esa realidad biológica, a través de un diagnóstico médico, y determina a partir de ella numerosos efectos jurídicos"[184].

En el mismo sentido se manifiesta Fernández Sessarego, quien señala que "el concebido constituye vida humana, genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide"[185]. Por su parte Rubio Correa sostiene que "como fenómeno biológico, la concepción es la unión del espermatozoide y el óvulo. En ese momento se ha producido el hecho que determinará, si todo marcha normalmente en adelante, que haya un ser humano más sobre la tierra"[186].

Ciccone, citando a Serra y Colombo, dirá: «de los "datos esenciales sobre la formación del cigoto [o embrión unicelular] y sobre el paso desde embrión unicelular a embrión de dos

[184] El subsidio por fallecimiento del servidor se otorga a los deudos del mismo por un monto de tres remuneraciones totales, en el siguiente orden excluyente: cónyuge, hijos, padres o hermanos. En el caso de fallecimiento de familiar directo del servidor: cónyuge, hijos o padres, dicho subsidio será de dos remuneraciones totales.
[185] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Cuarta edición. Lima. Cultural Cuzco S.A. Editores, p. 30.
[186] RUBIO CORREA, Marcial. El ser humano como persona natural. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 16.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

células", resulta "con toda evidencia que, en la fusión de los gametos, comienza a ponerse en marcha como una unidad una nueva célula humana, dotada de una nueva y exclusiva estructura de información que constituye la base de su desarrollo posterior (…) Esta información (…) es la base de la pertenencia del cigoto a la especie humana y de su singularidad individual o identidad, y contiene un programa codificado completo, que le proporciona enormes potencialidades morfogenéticas, que se realizan de modo autónomo y gradual durante el proceso epigenético rigurosamente orientado"» .

Juan Pablo II se manifiesta, en ese mismo sentido, señalando: "(…) desde el momento es fecundado, se inicia una nueva vida que no es el padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla así mismo … Por lo demás, está en juego algo tan importante que, desde el punto de vista de la obligación moral, bastaría la sola probabilidad de encontrarse ante una persona para justificar la más rotunda prohibición de cualquier intervención destinada a eliminar un embrión humano …. El ser humano debe ser respetado y tratado como una persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida"[187].

8. EL DERECHO A LA SALUD

8.1. El Derecho a la Salud como parte de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El derecho a la salud se ubica dentro de los denominados derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC). Antes de dar una definición de aquel, señalaremos algunos alcances de esta categoría general de derechos.

Ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, como consecuencia de la gran depresión de 1929 y la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), se reconoce de manera parcial los DESC.

A nivel de instrumentos internacionales, los DESC se consagran de manera universal por primera vez con la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[188] (en adelante, PIDESC), en cuyo artículo 12.1, expresa: "Los

[187] Exp. N° 45882/93, Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias. Argentina.
[188] Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16/12/1966.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". Cabe destacar, que el referido Pacto contiene el artículo más exhaustivo del Derecho Internacional sobre el derecho a la salud.

Además, existen numerosos instrumentos de Derecho internacional que reconocen el derecho del ser humano a la salud. Así se tiene:

a) La Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial, en el artículo 5, inciso IV del apartado e) reconoce el derecho a la salud y en ese sentido, expresa: "El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales".
b) La Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, en el artículo 11, inciso f), establece: "El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción".
c) La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en el artículo 24 expresa: "….el disfrute de todo niño al más alto nivel posible de salud…."

Considerada como la segunda generación de derechos[189], los DESC ocupan un lugar cada vez más importante en los ordenamientos jurídicos e implican una amplia categoría de derechos humanos garantizados en el PIDESC, como son el derecho al trabajo, educación, derechos culturales, salud, entre otros.

En términos de Ferrajoli[190], los derechos sociales promueven niveles mínimos de igualdad sustancial a través de la remoción o, al menos de la reducción de las desigualdades sociales: de renta, de salud, de instrucción y en general de condiciones económicas o materiales de vida.

Una de sus principales características es que se hacen efectivos de manera programática[191], lo que no debiera ser óbice para la exigencia directa de los mismos. No

[189] Se encuentra superada desde hace mucho la idea de que los derechos civiles y políticos tienen una mayor jerarquía, al respecto la STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC ha señalado que la distinción entre derechos civiles y políticos frente a los derechos económicos, sociales y culturales, es hoy en día una perspectiva superada.
[190] FERRAJOLI, Luigi. Principio iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Volumen I. Teoría del derecho. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011, p. 705.
[191] El artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

basta que los estados parte se obliguen a respetar y proteger los DESC de conformidad con las normas internacionales, sino que además requiere, por parte de ellos, la adopción de acciones positivas.

Con todo lo dicho, podemos afirmar que los DESC se encuentran vinculados a las necesidades básicas de las personas y a situaciones (pobreza, desigualdad, desempleo, desnutrición, analfabetismo, falta de vivienda, etc.) que vulneran su dignidad, por lo que su reconocimiento y goce efectivo de manera progresiva, posibilitará el ejercicio de otros derechos.

8.2. El Derecho a la Salud

Por su vinculación con el derecho a la vida e integridad, el derecho a la salud es uno de los más relevantes dentro de los DESC. Antes de dar una definición, señalaremos los instrumentos normativos nacionales e internacionales que lo consagran.

El artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que:

"Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (…): tiene asimismo derecho a los seguros en caso de (…) enfermedad (….)".

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12.1, reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

A nivel regional, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que:

"Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica (…)".

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como órgano supervisor del PIDESC, ha señalado en la Observación General N° 14 que "la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.

asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos"[192].

A nivel del ordenamiento jurídico interno, el artículo 7 de la Constitución Política de 1993 ha consagrado el derecho a la salud en los siguientes términos:

"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 seguridad social, que tiene importantes implicancias en el derecho a la salud –conforme veremos en el siguiente apartado-, también se encuentra consagrada constitucionalmente en el artículo 10, el que establece lo siguiente:

"El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida".

En cuanto a la legislación interna, el artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, establece:

"Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable".

Consideramos que la definición más completa del derecho a la salud[193], es la que ha establecido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es decir, aquella que lo considera como el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, lo que implica condiciones de vida saludables y servicios de salud disponibles, accesibles, aceptables y de calidad.

[192] E/C.12/2000/4 del 11/08/2000, p. 1.

[193] La OMS en su documento de constitución, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio de 1946, define a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Para la realización de este derecho es imprescindible que el Estado desarrolle acciones positivas, a través del diseño, elaboración e implementación de políticas públicas en materia de salud.

Por su parte, el Tribunal Constitucional[194] ha señalado que "el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener el estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional", debe garantizar el mismo de manera progresiva, mediante "la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud".

De la lectura de dicha sentencia podemos apreciar que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud comprende, no solo el deber del Estado de respetar y protegerlo, sino promover el bienestar físico y mental de todas las personas mediante políticas en materia de salud que incluyan un adecuado servicio de prestaciones de salud.

En cuanto a su contenido normativo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales realiza un aporte importante en la Observación General N° 14, estableciendo cuatro elementos esenciales del derecho a la salud:

a. Disponibilidad

Está referida a la cantidad suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, esto dependerá del nivel de desarrollo de cada Estado, procurando este último, el uso máximo de sus recursos posibles. Dichas prestaciones incluirán hospitales, clínicas, abastecimiento de medicamentos esenciales, personal médico y profesional capacitado.

b. Accesibilidad

Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos y todas, para ello la accesibilidad consideran cuatro aspectos: a) no discriminación, b) accesibilidad física, c) accesibilidad económica y d) acceso a la información.

[194] Sobre el derecho a la salud y su desarrollo constitucional, vide: SSTC Exps. N°s 02945-2003-AA/TC, 02016-2003-AA/TC y 01956-2004-AA/TC.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

c. Aceptabilidad

El servicio de prestación de salud deberá ser respetuoso de la cultura de las personas, principalmente de las minorías, los pueblos y las comunidades, así como de aquellos grupos vulnerables, que por su condición, requieren un especial cuidado.

d. Calidad

Este elemento está referido a la idoneidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud, e implica garantizar personal médico capacitado, así como medicamentos, equipo hospitalario y condiciones sanitarias adecuadas.

8.3. Derecho a la Integridad del Concebido

El derecho a la integridad, reconocido en el artículo 2º, numeral 1 de la Constitución, *"es la situación jurídica en la que se tutela la condición misma de ser humano, en cuanto inescindible unidad psico-física"*. Se ha definido este derecho como *"aquella facultad de rechazar cualesquiera agresiones corporales, estableciendo un deber general de respeto que alcanza validez "erga omnes" en el sentido de marcar una abstención común de cuantas actividades pudieran devenir perjudiciales al organismo humano"*[195].

La Constitución de 1993 reconoce tres tipos de integridad: moral, psíquica y física. Se entiende por integridad física al 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 humano.

Por su parte, la moral psíquica busca asegurar el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior del ser humano.

Finalmente, se entiende por integridad moral con el aspecto estrictamente espiritual de cada ser humano en el que residen sus convicciones religiosas, filosóficas, morales, políticas, sociales, ideológicas y culturales. Es decir todo aquello que lo hace un ser no sólo físico emotivo e intelectual sino que le da el valor trascendente de ser humano

[195] MARTINEZ CALCERRADA, Luis (1986). Derecho Médico. Madrid. Tecnos, vol. I, p. 442.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ubicado de una determinada manera, establecido con ideas propias sobre sí mismo y el mundo que lo rodea.

TÍTULO III
NEGLIGENCIA MÉDICA Y CULPA

1. ASPECTOS GENERALES DE LA NEGLIGENCIA MÉDICA

Negligencia, la actitud contraria a la diligencia, es sinónimo de abandono, dejadez, desidia, descuido e incuria. Es un acto mediante el cual se viola un deber de atención cuando se está en capacidad intelectual técnica de preverlo. En el caso de los médicos, la negligencia ha sido el medio para determinar la responsabilidad, generadora frecuente de culpa profesional. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, manifiesta a este respecto: "(…) el médico tiene todo el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o beneficie a sus pacientes con el fin de aprobar su curación o mejoría; lo que por negligencia, descuido u omisión cause perjuicio en la salud de aquéllos incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud (…)"[196]. En tanto, la doctrina jurídica señala que: "(…) Hay culpa cuando el agente no previo los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar (…). De lo expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones (…)"

Se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión. Aquí entran un número de posibilidades, entre las que se incluyen todos los registros defectuosos en las historias clínicas. Se parte de la idea de que se comporta con negligencia quien viola un deber de atención.

La negligencia es consciente cuando conociendo la posibilidad de un resultado dañoso, es decir, previendo que este resultado pueda darse, no se previene, no se toman las precauciones necesarias para que no se produzca. En este aspecto podría considerarse la

[196] Jurisprudencia y Doctrina, Legis, Tomo XVI, 184, p. 322. Abril/87.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

utilización de equipos defectuosos en las instituciones hospitalarias, la falta de medios para atender complicaciones relacionadas con los procedimientos, la insuficiencia en los servicios de apoyo, la falta de medicaciones necesarias, etc.

La negligencia es inconsciente cuando no se previó el resultado dañoso que a la luz del conocimiento debió haberse previsto y, en consecuencia, no se tomaron las medidas de precaución para que no tuviera efecto.

Otras causas de negligencia incluyen: la falta de consentimiento para procedimientos electivos, la garantía de resultados en procedimientos médicos o quirúrgicos, el defectuoso examen clínico, la ignorancia de los resultados de laboratorio y la delegación en personas dependientes no capacitadas, entre muchas otras, entre las cuales puede incluirse el mal uso de principios de confianza. Como se sabe, este principio establece que, dentro del trabajo en equipo, se supone que quienes concurren, asisten, apoyan o proceden al acto médico, poseen la misma idoneidad de aquél que lo ejecuta. Sin embargo, presuponer que la idoneidad es garantía de un acto concurrente, cuando de este acto depende en forma crucial un tratamiento, puede implicar negligencia.

Las obligaciones del médico, en opinión de algunos tratadistas son, con algunas variaciones, las siguientes:

a) Secreto Profesional
b) Información adecuada y consentimiento
c) Obligación de conocimiento
d) Obligación de diligencia y técnica
e) Continuidad en el tratamiento
f) Asistencia y consejo
g) Certificación de la enfermedad y del tratamiento efectuado

El profesional de la salud debe entonces tener una habilidad básica, basada en la ciencia de su oficio, disposición de ánimo y conocimientos claros, para poder utilizar el cerebro, las manos y los instrumentos con el objeto de modificar o eliminar las enfermedades o la mal función orgánica, para prolongar la vida y mejorar su calidad y dignidad. El médico debe ser claro de propósitos, definitivo en el juicio, decisivo en la autoridad y autoritario con su propia vida, lo cual implica poseer los más altos niveles de responsabilidad y compasión humana.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Para el ejercicio de cada especialidad el médico debe ser experto en el manejo de las herramientas, equipos y máquinas correspondientes. Si en un momento dado el "estado del arte" de un área específica incluye el uso de un equipo que se encuentre al alcance del país y del paciente, el médico deberá remitir al enfermo al especialista o institución que poseer tal artefacto le brinden lo que mejor le beneficie. Obviamente en este aspecto se encuentran las limitaciones del tipo económico.

2. DEFINICIÓN DE NEGLIGENCIA MÉDICA

La Negligencia Médica es un acto mal realizado por parte de un proveedor de asistencia sanitaria que se desvía de los estándares aceptados en la comunidad médica y que causa alguna lesión al paciente. Es haber realizado actos no apropiados o, por no haber tenido la diligencia requerida para el caso particular. Es decir, no haber cumplido con los parámetros mínimos o estándares de conducta para enfrentar el caso, y no haber cumplido con las normas técnicas de la profesión médica. Constituye, junto a la impericia e imprudencia médica, una vulneración a la Lex Artis Ad Hoc. También recae en el equipo de salud en el caso[197].

3. DEFINICIÓN DE MALA PRAXIS

Se entiende por mala praxis o mala práctica aquella que se realiza contrario a lo que es debido, la que es imperfecta o desacertada, o se lleva a cabo de manera inadecuada para su fin.

Mala Praxis se define como "la omisión por parte del médico de prestar apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con su paciente, omisión que da por resultado cierto perjuicio a este"[198].

La Mala Praxis tiene dos partes esenciales; que el médico deje de cumplir con su deber y que como consecuencia de ello cause un perjuicio definido al paciente.

Es decir, que la Mala Praxis médica se puede definir cuando el médico no posee ni los conocimientos, ni la destreza requerida para realizar una acción médica, es decir que el médico actúa con ignorancia e impericia al tratar a un enfermo.

[197] https://es.wikipedia.org/wiki/Negligencia_m%C3%A9dica#cite_note-1
[198] ZAMBRANO, A.L. (Junio de 2004). Responsabilidad Médica. Revista Médica de Uruguay.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Será Negligencia Médica la de aquel médico que, poseyendo los conocimientos y la destreza suficiente, no la aplique para solucionar el problema de un enfermo o teniendo todos los medios para realizar un buen diagnóstico y tratamiento no los use[199].

El término Mala Praxis se refiere a aquellas circunstancias en las que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio al enfermo, siempre y cuando estos resultados sean diferentes de los que hubieran conseguido la mayoría de profesionales en las mismas circunstancias[200].

Existirá Mala Praxis en el área de la salud, cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencia de un accionar profesional con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable[201].

Para que se dé la Mala Praxis, en primer lugar, debe existir un daño constatable en el cuerpo, entendido como organismo, o en la salud, extendiéndose el concepto tanto a la salud física como a la mental, siendo ésta comprensiva de todas las afecciones y trastornos de orden psiquiátrico, psicológico, laborales, individuales y de relación, con incidencia en las demás personas, donde abarca no solo el daño directo al individuo.

Y en segundo lugar, el daño causado debe necesariamente originarse en un acto imprudente o negligente o fruto de la impericia o por el incumplimiento de las normas y deberes de cuidado o cargo del causante del daño, o por el apartamiento de la normativa vigente aplicable.

4. TIPOLOGÍAS DE NEGLIGENCIA MÉDICA

4.1 La negativa de prestar oportuna atención médica

Se ha establecido que es lascivo a los derechos humanos la negativa de prestar asistencia médica, realizada por parte de un profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que preste sus servicios en una institución pública o privada, que como

[199] MURUA BARBENZA, A. (2003). Error, complicaciones y negligencia médica en cirugía. Cuadernos de Cirugía (Valdivia), 17 (1), 9-10.
[200] ORREGO PUELLES. (2003). Mal praxis médica.
[201] LAZCANO, G.P. (2002). Responsabilidad penal culposa del médico. Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal, 89-96.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

consecuencia ponga en riesgo la vida del paciente, aun cuando de ello no resulte ningún daño.

4.2 La inadecuada prestación del servicio de salud

Está considerada dentro de la tipología violatoria de los derechos humanos. En tal sentido se consigna que “cualquier acto u omisión, por parte del personal encargado de brindarlo, que cause la negativa, suspensión, retraso o deficiencia de un servicio público de salud y que afecten los derechos de cualquier persona”.

Finalmente estas tipologías consideran la negligencia médica como cualquier acción u omisión en la prestación de servicios de salud, practicada por un profesional de la ciencia médica que preste sus servicios en una institución pública, sin la debida diligencia indispensable en la actividad realizada, que traiga como consecuencia una alteración en la salud del paciente, su integridad como persona o su aspecto físico, es decir, un daño moral.

La más moderna doctrina ha abandonado el recurso a los términos negligencia o imprudencia para definir la culpa, por estimarlos conceptos propias del derecho civil para efectos de indemnización y ha señalado, tratando de resumir en pocas palabras, que la culpa penal consiste simplemente en la falta del deber de cuidado que las leyes, reglamentos y hasta las circunstancias que le imponen al sujeto al momento de realizar sus actos, de tal manera que no ocasione daños a los demás, siempre que de acuerdo con esas circunstancias no haya podido de conformidad con la norma.

Osorio hace suyas las palabras de Jiménez de Asua cuando para definir la culpa como “el conjunto de presupuestos que fundamenta la irreprochabilidad personal de la conducta antijurídica” esta definición viene a coincidir con la acepción académica de la palabra “falta más o menos grave cometida a sabiendas y voluntariamente”.

5. CONCEPTO DE CULPA

La culpa o imprudencia es parte de la tipicidad subjetiva que supone la vulneración de la norma de cuidado. De las dos formas de imputación subjetiva, la culpa o imprudencia es la segunda y la de menor gravedad. Ocupa un lugar entre el dolo y el caso fortuito. Antonio Terragni anota que obra con dolo el que quiere de modo directo el hecho ilícito o asiente a su producción eventual. El obrar doloso supone un quebrantamiento intencional de la norma, de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

allí su mayor contenido de injusto que se refleja en la mayor severidad de las penas para los delitos dolosos que para los delitos culposos o imprudentes[202]. En la estructura de los delitos, la culpa es el límite mínimo de imputación, pues por debajo de esta no existe posibilidad de atribución de responsabilidad penal. Es decir, fuera de aquel límite mínimo de imputación se sitúa para el Derecho penal la figura del caso fortuito. Entonces, en orden al acontecer causal, estaremos ante un caso fortuito cuando el resultado se produce como consecuencia extraordinaria o excepcional de la acción. Aquí el autor no ha previsto la consecuencia lesiva previsible o habiéndola previsto se confía que el resultado no se producirá, separa la culpa del dolo; en cambio, el no haber podido prever un resultado lesivo imprevisible, separa el caso fortuito de la culpa.

Jiménez de Asúa lo explica del siguiente modo: la imprudencia es la segunda e inferior especie de la culpabilidad. No faltan autores que se limitan a decir que, dentro de esta, la negligencia "es no dolo" y que la "primera exigencia para su comprobación es, pues, negativa: no debe existir intención"[203]. Sin embargo, como señala el autor, eso es solo la primera exigencia a considerar en la definición de la culpa. La culpa o imprudencia se define conforme a las siguientes notas: a) ausencia de intención; b) infracción del deber subjetivo (personal) de cuidado, que incluye el examen sobre la previsibilidad del riesgo y del resultado (deber de advertir el peligro y de prevenir el resultado); y, c) el análisis de la evitabilidad de la producción del resultado si el sujeto hubiese obrado conforme al deber de cuidado. En resumen, el sujeto infringe un deber de cuidado, y como consecuencia ocasiona un resultado que debía y podía haberse previsto y evitado actuando conforme a Derecho[204].

6. FORMAS DE APARICIÓN DE LA CULPA

La culpa puede aparecer por imprudencia, por negligencia o por impericia. A continuación se analizará cada una de estas tres formas:

[202] ANTONIO TERRAGNI, Marco. El delito culposo. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. Argentina, p. 13.
[203] Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. Editorial Losada S.A. 4° edición. Buenos Aires. 1992, pp. 674-675. Este autor, luego de afirmar que el problema de la culpa era uno de los más graves y peor resueltos, cita a KLEINSCHROD, quien a comienzos del siglo XIX acuña la frase: "Quien conozca la bibliografía del Derecho criminal sabe bien que no se tienen nociones claras y precisas en torno a la esencia y a la punición de los delitos culposos". Apunta así mismo que fue BINDING el que en 1872 dijo: "También la ciencia tiene a sus hijastros que desatiende no porque le sean menos interesantes, sino más secos". Ante la pregunta ¿Por qué hijastro? Carlos BINDING responde en 1920: "ningún hijo de carne y sangre ha sido tan despreciado por su madre, tan desdeñado sin conocerle, como el delito culposo lo ha sido, durante siglos, por las páginas a él consagradas".
[204] ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLES CUSSAC, José L. Compendio de Derecho Penal Parte General. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008, pp. 164-165.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

6.1. Imprudencia

Es la falta de prudencia, cordura o moderación. En ella hay insensatez, ligereza y precipitación. La imprudencia viene a ser una conducta positiva que consiste en hacer más de lo que debería hacer. Es adicionar un plus para caer en el exceso.

La imprudencia o culpa, junto con el dolo constituyen las dos formas puras de culpabilidad. Hay dolo cuando se actúa con malicia e intención, causando un resultado querido, mientras que hay imprudencia, cuando se actúa con descuido, con falta de diligencia, o de modo negligente y se causa un resultado no querido, pero era previsible. En ambas formas de la culpabilidad el resultado puede ser el mismo, pero al ser distinta la acción, la pena que implementa nuestro Código Penal lo tipifica en pena menor, si se trata de una imprudencia, lo que se traduce en una pena inferior, no siendo así cuando hay dolo.

6.2. Negligencia

Es una modalidad de culpa que guarda sintonía con una práctica médica deficiente, con descuido y desatención. “La negligencia es la omisión, más o menos voluntaria pero consciente de la diligencia”[205].

En entrevista realizada al Doctor Gustavo García indica que: “Negligencia Médica es el actuar irresponsable del médico ante la aplicación a un tratamiento o un procedimiento el cual pone en riesgo la vida del paciente”[206].

6.3. Impericia

Está genéricamente determinada por la insuficiencia de conocimiento para la atención del caso, que se presume y se consideran adquiridos, por la obtención del título profesional y el ejercicio profesional.

Asimismo, es la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada. Hablamos de impericia absoluta, cuando se obra fuera del campo en que uno estaba autorizado por el propio título académico. La impericia es la incapacidad técnica para el ejercicio de una profesión o arte y la fuente de la misma puede radicar en la total

[205] OSORIO, M. (1994). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires. Heliasta.
[206] GARCÍA ZEPEDA, G. (15 de junio de 2011). Jefe de Unidad Ejecutora proyecto nuevo. Hospital Militar. (L.A. Martinez Mendieta, Entrevistador).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ausencia de conocimiento (ignorancia), en un error en el juicio diagnóstico equivocado o en la defectuosa ejecución del acto, inhabilidad, torpeza[207].

Hay impericia relativa cuando aún estando autorizado por el propio título profesional se revelara escasa competencia técnica.

7. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

7.1. Definición de Responsabilidad Civil

En general, la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar. Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia.

En conclusión, la responsabilidad civil, como fuente de las obligaciones, encuentra sus raíces jurídicas en los hechos ilícitos.

Nuestro Código Civil regula la Responsabilidad Civil desde dos perspectivas:

a) La Responsabilidad contractual

En términos generales podemos describir la responsabilidad contractual como aquella derivada del incumplimiento total, parcial o tardío de una obligación derivada de un contrato.

En este ámbito, podemos hablar de un deber jurídico incumplido, derivado de la ley que regula la naturaleza del contrato al que nos estemos refiriendo, o del pacto entre las partes, gracias a la autonomía de la voluntad que les concede la legislación civil. El principio general se traduce en no dañar al acreedor[208].

b) La Responsabilidad extracontractual

[207] OSORIO, M. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires. Heliasta.
[208] YZQUIERDO TOLSADA, M. Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Editorial Dykinson. Madrid. 2001, pg. 79.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Es aquella que resulta cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad extracontractual. En consecuencia podemos afirmar que la responsabilidad civil extracontractual es un deber jurídico general de no hacer daño a nadie.

7.2. El daño causado como aspecto objetivo fundamental de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan una responsabilidad civil

Un aspecto fundamental de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan responsabilidad civil, sin lugar a dudas, es el aspecto objetivo del daño causado, pues solamente cuando se ha causado un daño se configura jurídicamente un supuesto de responsabilidad civil, produciéndose como efecto jurídico el nacimiento de la obligación legal de indemnizar, bien se trate del ámbito contractual o extracontractual, ya que en caso contrario no existirá ningún sustento para el nacimiento de dicha obligación legal de indemnizar. Como es evidente, en el caso de la responsabilidad civil extracontractual, el daño debe ser consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, mientras que en el campo contractual el mismo deberá ser consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada entre las partes. Sin embargo, en ambos casos el aspecto fundamental de la responsabilidad civil es el que se haya causado un daño, que deberá ser indemnizado. De no haber daño, no se configura un supuesto de hecho jurídico ilícito, contractual o extracontractual, y por ende, no se configura un supuesto de responsabilidad civil, por más que exista una conducta antijurídica o ilícita. El objetivo de los sistemas de responsabilidad civil no es el sancionar las conductas antijurídicas, sino el que se indemnice los daños causados.

7.3. El daño moral y el daño a la persona

Por daño moral, se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la misma. Sin embargo, la doctrina establece que para que se pueda hablar de daño moral no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de un sentimiento considerado socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

por ende, considerado digno de la tutela legal. Como consecuencia de este concepto de daño moral como una lesión a los sentimientos considerados socialmente legítimos y aceptables, es que se restringe el ámbito de aplicación del daño moral a los sentimientos que tenemos por los integrantes de nuestra familia, en el sentido amplio de la palabra, por cuanto se considera que respecto de los mismos, nuestros sentimientos son considerados socialmente dignos y legítimos, y por ende merecedores de protección legal. Como consecuencia de este concepto de daño moral como una lesión a los sentimientos considerados socialmente legítimos y aceptables, es que se restringe el ámbito de aplicación del daño moral a los sentimientos que tenemos por los integrantes de nuestra familia, en el sentido amplio de la palabra, por cuanto se considera que respecto de los mismos, nuestros sentimientos son considerados socialmente dignos y legítimos, y por ende merecedores de protección legal. Este requisito fundamental del daño moral fluye claramente del artículo 1984 del Código Civil, que señala lo siguiente: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”. Sin embargo, el jurista Lizardo Taboada Córdova considera que el daño moral no se agota jurídicamente en los sentimientos por los miembros de la familia, sino también en cualquier otro sentimiento considerado digno y legítimo, como podría ser el caso de un ahijado, de una novia, de un padrino de nacimiento, etc. En tal sentido, piensa que se debe interpretar el sentido del artículo 1984°, que hace referencia tanto al menoscabo producido a la propia víctima como a su familia. Además pensamos que se debe interpretar sistemáticamente dicho artículo con el artículo 215°, referido al tema de la violencia como vicio de la voluntad, que sin embargo nos evidencia la lógica de nuestro sistema jurídico de proteger los sentimientos por los miembros de nuestra familia, como por cualquier otra persona, siempre que lo justifiquen las circunstancias, por tratarse de sentimientos considerados dignos de tutela legal. El daño moral es pues la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo. En el ámbito de la responsabilidad civil obligacional o contractual, el artículo 1322° se limita a señalar que “El daño moral, cuando él se hubiere irrogado, también es susceptible de resarcimiento”, sin hacer ninguna referencia al posible significado del daño moral. No obstante esto, pensamos que debe aplicarse el mismo significado del daño moral en la responsabilidad civil extracontractual, por tratarse del mismo concepto en ambos casos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En lo relativo al daño a la persona debemos señalar en primer lugar que a diferencia del daño moral, él mismo no se acepta literalmente en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, sino únicamente en el campo extracontractual, según fluye del artículo 1985° que hemos mencionado anteriormente. El artículo 1322° del sistema contractual solamente hace referencia al daño moral. No obstante, el daño a la persona es también indemnizable en el campo de la responsabilidad civil contractual en nuestro sistema jurídico, pues no existe ninguna razón para limitar su aplicación únicamente al campo extracontractual. Por ello, en el Perú estará total y legalmente justificada una pretensión indemnizatoria por daño a la persona en el campo contractual. Pues bien, así como existen problemas relacionados con la admisión del daño moral, existen también problemas en primer lugar en cuanto al significado mismo de daño a la persona. Para un sector de la doctrina, el daño a la persona es la lesión a la integridad física del sujeto, por ejemplo, la pérdida de un brazo, una lesión severa que produzca parálisis, etc., o una lesión a su aspecto o integridad psicológica, mientras que para otros el daño a la persona constituye la frustración del proyecto de vida. Así, por ejemplo, los casos típicos que utilizan estos autores de frustración del proyecto de vida, hacen referencia a la pérdida de uno o varios dedos para un pianista, de una pierna para una bailarina o jugador profesional de algún deporte rentado, etc. Mientras que para otro sector, la fórmula más sencilla y adecuada para entender el significado de daño a la persona es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado. No obstante esto, en lo relativo a la frustración del proyecto de vida, ésta no se trata de cualquier posibilidad de desarrollo de una persona, que puede ser incierta, sino que deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro. No se debe confundir proyecto de vida con cualquier posibilidad respecto de la cual no exista ningún tipo de evidencia comprobada. Como tampoco se debe confundir proyecto de vida con las simples motivaciones de los sujetos.

7.4. La indemnización por daños en casos de muerte

Con relación a las personas que pueden demandar o reclamar judicialmente indemnización por daños debido a la muerte de una persona, nuestro Código Civil entiende y señala categóricamente que solo son los miembros de la familia del fallecido, pues el artículo VI del Título Preliminar del mismo Código dispone que para

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral, y que el interés moral autoriza la acción solo cuando se refiere directamente al agente o a su familia. En consecuencia, en el caso de daños por muerte de una persona, solo los familiares pueden reclamar daños patrimoniales y daño moral. De esta forma, el cónyuge sobreviviente y los hijos de la víctima pueden solicitar indemnización por daño patrimonial por daño extrapatrimonial.

Más aún, la jurisprudencia es uniforme en señalar que para poder reclamar daños por muerte del cónyuge o de alguno de los padres, es decir, que para reclamar indemnización por daños en caso de muerte, no basta con acreditar el parentesco, esto es, no basta con presentar la partida de matrimonio en el caso del cónyuge, o las partidas de nacimiento en el caso de los hijos, sino que es imprescindible acreditar la calidad de herederos de los mismos, bien sea a través de un testamento o de una declaración judicial en el caso de sucesión intestada.

La jurisprudencia, en concordancia con lo dispuesto en el Código Civil, es también uniforme en el sentido de que los herederos pueden reclamar daños patrimoniales y daño moral en el caso de la muerte de una persona. El daño moral se entiende que es procedente por el dolor que causa a los familiares la pérdida del ser querido y el daño patrimonial por los gastos en que hubieran incurrido para el sepelio o en los casos en que el fallecido hubiera sido el único sustento de la familia, bien sea del cónyuge, o de los hijos, o de ambos a la vez.

Tanto nuestra legislación como nuestra doctrina y jurisprudencia, consideran que los familiares, bien se trate del cónyuge y/o hijos, están legitimados para demandar daños patrimoniales y daños morales, en la medida en que acrediten su calidad de herederos del fallecido.

En lo concerniente a la prueba de la existencia y la valoración de los daños, nuestra jurisprudencia se basa exclusivamente en el criterio de una valoración equitativa, pues no exige la prueba absoluta y plena de la existencia y los montos de los daños ocasionados, sino que al amparo del artículo 1332° establece los montos indemnizatorio sobre la base del criterio de equidad.

Por regla general en el caso de muerte, a nuestra jurisprudencia le resulta suficiente la presentación de la partida de defunción, el testamento o la declaratoria de herederos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

en caso de sucesión intestada, y las pruebas que acrediten el evento que ha causado el daño. Así, por ejemplo, si se trata de muerte por un accidente de tránsito, será necesario presentar el atestado policial correspondiente que acredite el mismo accidente. Pero en modo alguno se solicita que se acrediten los daños morales en caso de muerte de un familiar, pues se sobreentiende o se presume, justamente sobre la base del criterio de valoración equitativa, que la muerte ha causado un profundo daño moral a los familiares del fallecido. Del mismo modo, respecto del daño patrimonial solo se solicita la presentación de los documentos que acrediten los gastos del sepelio del fallecido y en todo caso acreditar que el fallecido era el único sustento de la familia, pero en modo alguno se exige acreditar los daños causados técnica y precisamente.

Como se podrá comprender, la jurisprudencia peruana no exige la prueba plena de los daños, sino que los valora equitativamente en la medida en que se hubiera acreditado el evento que los ha causado. Con mayor razón en el caso del daño moral, pues en dicho supuesto el daño prácticamente se presume en la medida en que se acredite la relación familiar y la vocación hereditaria. Es por ello justamente que no se toman en cuenta factores de ingreso, ni se utilizan fórmulas de cálculo, pues todo se evalúa con base en un criterio equitativo. Y es por ello también que los montos indemnizatorios que se conceden por regla general no son los adecuados.

Más aún, cuando se decreta judicialmente el pago de una indemnización, no se señala en la resolución judicial qué monto corresponde al daño patrimonial y cuál al daño moral, sino que se establece un monto indemnizatorio por todo concepto, globalmente. Incluso los mismos abogados cuando preparan demandas por responsabilidad civil extracontractual solicitan un monto único, para el caso de daños por muerte, que incluya los gastos de sepelio, una cantidad que sirva para compensar la pérdida patrimonial por la futura falta de sustento familiar a cargo del fallecido y una cantidad que sirva para compensar el sufrimiento de la familia por la pérdida del ser querido.

Por tanto, la responsabilidad civil se predica únicamente si ha existido culpa en el médico, pues es principio del derecho que no hay responsabilidad sin culpa. La culpa en el ámbito civil se define como un error de conducta a causa del cual se produce un daño patrimonial a otra persona. En el caso de la culpa civil médica, el análisis del error se ubica en la actualidad del médico en sí misma y no en el resultado concreto de ésta.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El contrato de servicios médicos compromete una obligación de medios y no de resultados.

La culpa se puede definir como una obligación adquirida. El nexo causal es la relación directa entre el hecho dañoso y la culpa.

Se parte de la idea de que se comporta con negligencia quien viola un deber de atención. En el caso de los médicos, la negligencia ha sido el medio para determinar la responsabilidad generadora frecuente de culpa profesional.

La culpa, probada o presunta, es elemento indispensable para que pueda reclamarse responsabilidad civil. Pero según la carga de la prueba (onus probandi) será distinta: en un contrato que tenga obligaciones de resultado, el incumplimiento genera "responsabilidad objetiva". Así el médico no obtiene el resultado prometido, deberá indemnizar. El paciente que demande, debe probar el perjuicio. La culpa del profesional de la medicina y la relación causal se dan por existentes.

Por el contrario, en las obligaciones contratadas como de "medio", el médico adquiere una responsabilidad subjetiva y responderá por los daños y perjuicios si el paciente le prueba, además de la culpa, el hecho dañoso y la relación causal. Es decir, la prueba, además de la culpa, el hecho dañoso y la relación causal. Es decir, la prueba de falta de cuidado, diligencia o previsión está a cargo del paciente. El médico se libera a su vez si en el proceso demuestra que actuó con la diligencia y cuidado debidos para el caso (Lex Artis ad hoc).

La consideración de un acto negligente se basa en varios aspectos: el estándar de tratamiento en el momento en que se juzgue el acto médico (Lex Artis), lo cual significa que no es suficiente un acto médico efectuado de buena fe, si éste no se apoya en la actuación de un médico razonable en similares circunstancias. Este estándar, o nivel de acción profesional, generalmente es juzgado por grupos médicos y no por grupos de abogados exclusivamente.

8. LA RESPONSABILIDAD PENAL

De las distintas responsabilidades que se le pueden exigir al profesional sanitario, sin duda la que mayor temor suscita es la responsabilidad penal. Y es que términos como prisión, inhabilitación, multa, etc., son evidentemente intimidatorios.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Por otro lado, si existe un ámbito en el que se dé realmente la tan comentada perversión de la jurisdicción penal, es precisamente en la exigencia de responsabilidad médica. Y es que, representando el delito y la falta la transgresión de las más elementales normas de convivencia, habrá de ser, al menos teóricamente, toda la colectividad la que esté interesada en la punición de aquella conducta penal, y también teóricamente en la rehabilitación del infractor, y éste que es el objetivo primordial de la jurisdicción penal queda pervertido cuando esta vía, por su mayor rapidez, comodidad o eficacia, es utilizada únicamente para obtener una suma de dinero como indemnización individual.

En penal para que exista responsabilidad es necesario en todos los casos probar que hubo culpabilidad. Y existen únicamente dos formas de culpabilidad:

1. Dolo
2. Imprudencia

Actúa dolosamente quien sabe lo que hace y quiere hacerlo. Actúa en cambio con imprudencia quien omite la diligencia debida. En el dolo hay conciencia y voluntad, mientras que en el delito imprudente la actividad del sujeto no va encaminada a la producción del resultado.

Los supuestos de muertes o lesiones causadas por personal sanitario con dolo son muy excepcionales, por lo que la imprudencia es sin duda la forma de culpabilidad que suscita mayor interés en el ámbito sanitario.

Es una responsabilidad personal y ello implica que la sanción (condena) penal prevista solamente puede ser cumplida por la persona que de forma directa es autor del delito o la falta.

Cabe resaltar que el concepto de mala praxis, literalmente, no aparece reflejado en nuestro Código Penal; sin embargo, la ley penal contempla hechos y circunstancias relacionados con ella. Así se tiene la descripción típica de homicidio culposo, en el artículo 111° del Código Penal y lesiones culposas, en el artículo 124° del mismo cuerpo normativo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

TÍTULO IV

EL ABORTO: ATENTADO CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE

1. DETERMINACIÓN Y FUNDAMENTO CONCEPTUAL

1.1. Concepto Etimológico

Aborto del latín “abortus” significa lo siguiente: “ab”, que implica privación o partícula privativa y “ortus”, que significa nacimiento. Es decir que significa “sin nacimiento”[209].

1.2. Concepto Dogmático Penal

El aborto es el aniquilamiento del producto de la gestación en el periodo comprendido entre la anidación hasta antes que comience el parto, ya sea provocando su expulsión violenta o por su destrucción en el mismo vientre de la gestante, o como afirman Bramont-Arias Torres y García Cantizano[210], en derecho penal existe delito de aborto cuando de manera intencional se provoca la interrupción del embarazo, causando la muerte del embrión o feto en el seno de la madre o logrando su expulsión prematura[211].

1.3. Concepto Médico

Ginecológicamente el aborto es la expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, independientemente del resultado mortal de la maniobra para conseguir que el feto sea expelido. Empero esta concepción, actualmente con el desarrollo de la ciencia y la tecnología, es inadecuada por cuanto ahora no se necesita la maniobra violenta para provocar un aborto. Por ello, hoy se dice que el aborto es la muerte de un niño o niña en el vientre de su madre producida durante cualquier momento de la etapa que va desde la fecundación (unión del óvulo con el espermatozoide) hasta el momento previo al nacimiento.

En términos médicos, el aborto se define como la interrupción del embarazo antes de la viabilidad del feto, o sea la muerte del producto de la concepción antes de las veintidós semanas de vida dentro del útero materno. Según el Diccionario de Medicina por el Dr.

[209] Diccionario Ilustrado Latino-Español. Prólogo de Vicente García de Diego. BIBLIOGRAF. Barcelona. 1964.
[210] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 78.
[211] SALINAS SICCHA, Ramiro. “Derecho Penal. Parte Especial”. Vol. I. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. Cuarta edición. Lima. Noviembre. 2010, p. 134.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

E. Dabout, el aborto es “la expulsión de un huevo vivo o muerto antes del séptimo mes de la gestación (la viabilidad legal es a los 180 días)”.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El Código de Santa Cruz, en el artículo 516 decía que: “quien procure que alguna mujer embarazada aborte” y en el artículo siguiente, “la mujer embarazada que para abortar”. La expresión “causar un aborto” fue utilizada en el Proyecto de 1859 (arts. 279 a 281). El codificador de 1863, empleó, por el contrario, tanto la expresión “causar el aborto” (arts. 243 y 245) como la de “ocasionar el aborto” (art. 244). En el Código de 1924, se recurrió generalmente al término “causar” (art. 159 y 160); así como a las expresiones “hacer abortar” (art. 161) y “practicar el aborto” (art. 163). En el Código vigente, se utiliza, el término “causar” (arts. 114, 115 y 117); y en el art. 116, “hacer abortar”. Si hasta el Proyecto de 1916, la influencia española fue predominante; las disposiciones del Código de 1924 fueron redactadas conforme al modelo helvético.

Desde los antecedentes del Código de 1924, ya se tuvo en cuenta el consentimiento de la mujer embarazada como circunstancia influyente en la determinación de la pena. Así se reprimía menos severamente a la mujer – causante de su propio aborto – que al tercero – autor de aborto con o sin consentimiento de la madre – (arts. 237 y 280 del Proyecto de 1859, arts. 243 y 244 del Código de 1863). Lo novedoso del Código de 1924, en este aspecto, fue la manera como se reguló la participación delictiva: el hecho de “prestar asistencia” a la mujer que causa su propio aborto fue equiparado al aborto consentido por la mujer (art. 160). Esta regulación, de notoria impronta helvética, fue conservada en los Proyectos de 1984 a 1986. Desapareció en el Proyecto de 1990 y tampoco figura en el actual Código.

La agravación de la pena con relación a los médicos, parteras o farmacéuticos que abusan de su arte para causar el aborto fue prevista en el Código de Santa Cruz (art. 516), en el Proyecto de 1859 (art. 282) y en el Código de 1863 (art. 245). Con mejor técnica legislativa, se le reguló en el art. 162 del Código de 1924. El art. 117 del actual Código ha sido elaborado siguiendo este modelo.

El aborto terapéutico sólo fue previsto en el Código de 1924. En el Código de 1863, no se declaraba la impunidad de ninguna forma de aborto; tampoco en el Código de Santa Cruz. Por el contrario, el Proyecto de 1859 estatuía, en su art. 282, que las disposiciones sobre el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

castigo del aborto “no comprenden la expulsión o extracción del feto en caso de ser necesario salvar la vida de la madre”. La norma del Código de 1924 constituyó una fiel traducción del art. 107 del Proyecto Suizo de 1918. Esta influencia se mantiene en el Código de 1991 (art. 119).

El denominado aborto preterintencional previsto en el art. 118 del Código vigente, tiene su antecedente inmediato en el art. 164 del Código derogado, conforme al modelo suizo. Una norma similar el art. 244, parágrafo 3, del Código de 1863. Además señalemos que nuestro codificador eliminó, desde el Código de 1924, la atenuación prevista en el parágrafo segundo del art. 243 del Código de 1863, consistente en la producción del aborto por la mujer de buena fama que obrase obcecada por el temor que se “descubra su fragilidad”. Así como la represión de quienes confeccionan o expenden a sabiendas, bebidas destinadas a causar abortos (art. 243 del Código de 1863).

La regulación del delito de aborto en el Código de 1924, constituyó, sin duda alguna, un significativo progreso de política criminal y técnica legislativa, en relación con la legislación anterior. Esto se debió, fundamentalmente, a la fidelidad con que el legislador siguió el modelo suizo.

3. TÉCNICA LEGISLATIVA

Como en los antecedentes indicados y en la legislación foránea, en el Código vigente no se describe en qué consiste el acto de abortar o de hacer abortar a una mujer embarazada. El legislador se limita a mencionar la acción delictuosa. Considera que el término aborto es suficientemente claro y que su significado penal ha sido precisado por la doctrina y la jurisprudencia.

Desde un punto de vista objetivo, el legislador distingue entre el aborto que se causa la propia mujer y el aborto cometido por un tercero con o sin el consentimiento de la madre. Los dos primeros casos son reprimidos menos severamente que el tercero. Junto a estos casos prevé el aborto cometido por indicación médica (aborto terapéutico o interrupción no punible del embarazo). Dos circunstancias agravantes son previstas: una, en razón de la condición de médico, obstetra, farmacéutico u profesional sanitario del responsable de la comisión de un aborto y, otra, en consideración al resultado más grave sobrevenido por culpa (muerte de la madre).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En cuanto al aspecto subjetivo, al lado de los tres casos dolosos antes mencionados, ha regulado el denominado aborto preterintencional mediante un comportamiento doloso violento (por ejemplo, agresión física), el responsable provoca culposamente la muerte del feto. El aborto causado por indicación eugenésica o por indicación criminológica es reprimido de manera atenuada.

4. CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES

La política criminal planteada respecto al tema del aborto ha presentado diferentes esquemas como el que se apoya en su criminalización o en su descriminalización (absoluta o relativa) del aborto.

1. **Criminalización absoluta del aborto**: Protege la vida humana en estado de gestación de manera incondicional sobre la base de una idea antiabortista que tiene sus raíces en una ideología teológico-moral[212] [213] o fundamentalista[214] que equipara la vida embrionaria con la vida plenamente realizada y proyectada[215]; considerándola, "como bien sagrado pidiendo

[212] La Iglesia Católica se ha preocupado constante y crecientemente por trasmitir información para explicar por qué el aborto es un crimen catalogado de nefasto, pues todo ser humano incluso el niño en el seno materno, recibe el derecho a la vida inmediatamente de Dios, no de los padres ni de cualquier otra sociedad o autoridad humana. Nadie, ninguna autoridad o persona, puede disponer de la vida humana. Comparte esta línea: PÉREZ KASPARIAN, Sara. El aborto en el derecho penal mexicano. Una visión bioética, en Estudio de derecho y bioética. Coordinadoras: Dora García Fernández y Lorena Malpica Hernández. Colección de derecho y bioética. Tomo I. Editorial Porrúa. México. 2006, p. 118.

[213] Recién en 1588, el papa Sixto V declara el aborto y la anticoncepción pecados mortales y posibles de excomunión o muerte en la hoguera. El papa que lo sucedió, Gregorio XIV, restableció el criterio de la hominización tardía, y en 1869 Pio IX proclama nuevamente la hominización inmediata a la concepción, según la cual el alma humana está presente desde el mismo momento de la concepción; debe además señalarse que en esta época el castigo al aborto no solo era concebido como un atentado contra el feto, sino que quien practicaba el mismo lo hacía usualmente para ocultar además otros pecados como la fornicación y el adulterio. Desde 1965 recién se advierte la última tendencia moderna de la Iglesia Católica, El Segundo Consejo Vaticano, en Gaudium et Spec (sección 5) declaraba: "La vida debe protegerse con el máximo cuidado desde el momento de la concepción, el aborto y el infanticidio son crímenes abominables". Es decir, a partir de aquí se condena al aborto sobre la base de la protección de la vida, no como encubrimiento del pecado sexual.

[214] El integrismo (o fundamentalismo) se componen de grupos intolerables que comulgan con una mentalidad religiosa y lo profesan como una moral absoluta, revelada, de origen divino, con pretensión hegemónica sobre el conjunto de la sociedad conforme a su concepción moral, las relaciones sexuales solo se conciben dentro del matrimonio monogámico e indisoluble, como institución sacramental, que tiene como único fin la procreación para la perpetuación de la especie. Postulan conminar por vía penal toda conducta de interrupción del embarazo, sin reconocer excepciones. Vide SAIZ, Victor Hugo. Delitos contra la persona. Delitos contra la vida humana independiente, en Derecho penal. Parte especial 1. Director: Fabián I. Balcarce. Editorial Lerner. Córdoba. 2007, p. 172.

[215] Esta perspectiva está expuesta en la sexta Encíclica Humanae Vital (septiembre 1968), contenida en la Carta Encíclica de su Santidad el papa Pablo VI: "de conformidad con estos principios fundamentales de la visión humana y cristiana del matrimonio, debemos una vez más declarar que hay que excluir absolutamente, como vía lícita para la regulación de los nacimientos, la interrupción directa del proceso generador ya iniciada, y sobre todo el aborto directamente querido y procurado, aunque sea por razones terapéuticas". Asimismo, conviene mencionar otros importantes documentos mencionados por la Iglesia Católica como la Encíclica Evangelium Vitae, sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación (vid. SARMIENTO, A., El don de la vida, Documento del Magisterio de la Iglesia sobre bioética, Bibliotecas de Autores Cristianos, Madrid, 1996, p. 340. También el Codice Juris Canonice, en su Canon 23, reprime el aborto. No obstante, nótese que actualmente no existe unanimidad en cuanto a un pronunciamiento acerca del aborto terapéutico, pues para algunas órdenes religiosas debe constituir una

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

una protección hasta el grado de exigir el sacrificio de otros valores igualmente esenciales"[216].

La protección absoluta de la vida humana supone tratar al embrión como persona, es decir, equiparar la vida humana en gestación a la vida de la persona humana ya nacida; eso implica negar "la trascendencia y significado del nacimiento"[217]. Para efectos jurídico-penales, este pensamiento supone la máxima intervención del poder penal reprimiendo como delitos a todos aquellos supuestos en los que se presente una destrucción de la vida embrionaria, sin excepciones[218]. Así, se sancionarán el aborto eugenésico, ético, entre otros, e incluso, el aborto imprudente.

Dentro de este marco valorativo, la argumentación no permitiría diferenciar a la vida humana independiente de la dependiente, pues plantea una visión unidimensional del concepto "vida" de manera que, por ejemplo, la vida de la madre estaría al mismo nivel que la del feto; lo que conlleva a no encontrar diferencias entre el delito de homicidio y el aborto. Este sistema trae como consecuencia considerar el aborto como un homicidio simple o incluso como un asesinato, si se tiene en cuenta "el estado de indefensión en que se halla el feto desvalido y por la alevosía y ventaja que se supone en el atacante"[219].

En definitiva, esta postura político-criminal se apoya en "dos afirmaciones apriorísticas: primero, la necesidad absoluta de proteger toda manifestación de la vida humana y, segundo, la eficacia intimidatoria de la pena (prevención general)"[220].

2. Descriminalización o legalización del aborto: Esta posición propone que no debe sancionarse el delito de aborto cometido voluntariamente por la gestante[221]. En todo caso,

excepción; sin embargo, para otras, la respuesta es negativa (vid. PORTOCARRERO, Juan s/f, pp. 19-20). Esta línea de pensamiento es contraria a promover y legitimizar todo uso de anticonceptivos y optar por una planificación familiar que solo sea la natural).

[216] PLATA, s/f, p. 3.

[217] BRAMONT-ARIAS, 1998, p.81; PEÑA, 1997, p. 282; HURTADO, 1994, p. 18, n.m.49.

[218] FIGARI, s/f, p. 235, señala: "las motivaciones a favor de la impunidad radica en que el aborto es una ley de excepción que va en contra de las clases humildes, pues allí además de las dificultades económicas para mantener a los niños, se tropieza con la inconveniencia de pagar una adecuada intervención que aluda al mismo tiempo los riesgos para la salud y la intervención de la justicia, cosa a la que pueden las clases pudientes"; LANDROVE, 1994, p. 112, señala que "optar por la vía represiva supone siempre una victimización de la mujer".

[219] Vide VILLA STEIN, 1997, p. 147; BRAMONT-ARIAS, 1998, p. 80.

[220] HURTADO, 1994, p. 27, n.m., 67.

[221] Esta posición tiene una variedad de fundamentos: La antigua Teoría de Portio Mulieris o teoría de Portio viscerum Matris inherente al Derecho romano, que considera al concebido como parte de la madre, es decir, el embrión es comparado como un miembro u órgano, viscera o apéndice de la mujer que lo lleva en sus entrañas o "como la noble porción de la vida y el cuerpo de la madre" (VALENCIA ZEA. Derecho Civil. Parte General y Personas. Tomo I. 8° ed., Editorial Themis. Bogotá. 1979, p. 352). La teoría de res null, que considera al feto como una cosa, "no humano", sin vida alguna, ni biológica ni espiritual; tampoco es objeto por no tener un valor económico, pues si no es sujeto u objeto

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

el control del aborto deberá ser materia de otras formas de control social necesarias y adecuadas. En la actualidad, en nuestro medio, existen algunos grupos sociales que se inclinan a favor de esta posición y buscan la liberalización del aborto[222].

En el Perú, el Anteproyecto de Código Penal peruano de 2011, en su artículo 124°[223], se propone despenalizar algunas otras figuras de aborto (sentimental y eugenésico), lo que originó un fuerte debate con el rechazo de sectores de la comunidad nacional y la defensa por parte de otros.

Sin embargo, en nuestro medio, aún resulta lejana la posibilidad de la absoluta despenalización del aborto. Es de señalar que incluso en este modelo de impunidad del aborto, sin embargo, se tendrían que mantener algunas figuras sancionadas como por ejemplo, el aborto practicado contra la voluntad de la gestante y el aborto imprudente ocasionado especialmente por profesionales de la salud.

3. Criminalización relativa del aborto: Entre las dos posiciones extremas: la punición absoluta del aborto o la despenalización del mismo, existe una de carácter ecléctico. Esta

carece de Derechos. O las modernas: Teoría de la dependencia, que establece que el feto se halla en un nivel subordinado frente a la vida principal de la gestante, por ende, existe una especie de supremacía de la vida de la madre sobre este, quien puede disponer y decidir el destino de su producto, "sobre su cuerpo, y sobre su propio devenir, su personalidad y hasta su economía" (VILLA STEIN, 1997, p. 146). La teoría de la libertad absoluta se funda en la idea que dada la libertad de la madre para decidir sobre el desarrollo, nacimiento del producto de la concepción; y, al tener únicamente ella el poder sobre su cuerpo, tendrá también la absoluta disposición para decidir la suerte que corre el feto y decidir si quiere ser madre y cuántas veces lo será, pues el Estado no tiene suficiente legitimidad para coactar la decisión de la mujer. Desde una perspectiva de los Derechos Humanos, Rosas (1997, p. 109) señala: "la represión penal afecta Derechos Humanos fundamentales, como el derecho a la libertad de decisión y autonomía sobre la maternidad o paternidad deseada". También, desde una perspectiva constitucional, se expresa "que existe libertad de procreación, que puede resumirse en dos proposiciones: la libertad consciente de procrear, y el derecho a rehusar la procreación" (Colautti, 2004, p. 49).

[222] Recuérdese el conocido eslogan: "El vientre me pertenece, es sólo mío". En esta línea, se encuentran organizaciones como CHOISIR, CALDEM-PERÚ, IDEPAZ, PERÚ MUJER, DEMUS, MANUELA RAMOS, FLORA TRISTÁN, etc. Algunos argumentos se apoyan en la idea que la persona humana se define por tener conciencia, autocomprensión, sensibilidad y memoria. El embrión no contaría con estas características (vide el Informe del Comité Latinoamericano de Defensa de la Mujer-Filial Perú); asimismo, defienden el derecho a la libertad y autonomía de la mujer, por lo que "ninguna mujer puede sentir ni disfrutar de su libertad en tanto que no tenga el poder de elegir y decidir si quiere o no ser madre" o como expresa el Centro de la mujer peruana FLORA TRISTÁN "el reconocimiento, protección y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, que como derechos humanos aluden a la libertad para decidir, ejercer y lograr nuestras aspiraciones sexuales y reproductivas sin que ello conlleve riesgos para nuestra dignidad, integridad y salud" (vide PRADO, 1985, p. 58). Jurídicamente se estaría vulnerando el principio de igualdad al considerarse al delito de aborto como una forma de discriminación a la mujer, pues se estaría legislando únicamente contra la mujer y sobre el cuerpo de ella y no sobre el varón, recortándose derechos personales, como la libertad, dignidad, intimidad y autodeterminación. A nivel internacional, son diferentes los foros en los que las instituciones promotoras de la legalización del aborto vienen promoviendo sus propuestas: v. gr., la Conferencia sobre Derechos Humanos de Teherán (1968), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, (1979), la Conferencia Internacional de población y desarrollo de El Cairo, 1994, y el IV Conferencia Mundial sobre la mujer, Beijing-China, 1995.

[223] El nuevo Código Penal peruano. Exposición de Motivos. Anteproyecto de Código Penal y estudios de Derecho Penal. Comisión Revisora del Código Penal 2008-2010, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, mayo 2011, p. 161.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

corriente se inclina por sancionar sólo algunos de los supuestos de aborto. Aquí, se limita al poder penal en relación al aborto en atención al principio de intervención mínima y de fragmentariedad.

En el escenario de un Estado de Derecho, decidir en qué casos debe o no sancionarse el aborto puede lograrse sobre consideraciones axiológicas, pues la vida "no es un fenómeno estático al que sea posible atribuir un valor único e invariable. El cambio radical de valoración está marcado por el comienzo del nacimiento"[224], lo que significa inclinarse por la utilización del criterio de la ponderación de bienes jurídicos[225].

Precisamente, uno de los ejemplos de esta ponderación que tiene una lectura legislativa es el caso del aborto terapéutico (Art. 119° CP).

Desde una perspectiva político-criminal es necesario preguntarse si es indispensable la intervención del sistema penal para contrarrestar la práctica de abortos, sin caer en penas simbólicas que no reflejan resultados constatables. Indicadores estadísticos arrojan que es una práctica clandestina muy intensa[226] [227] y tan común que no asombra y que coloca en riesgo la vida o salud de la gestante de los estratos sociales menos favorecidos (atención de personal sanitario incompetente y en situaciones anti-higiénicas). Desde un punto de vista

[224] HURTADO, 1994, p. 15 n.m. 40.

[225] Cfr. VILLA STEIN, 1997, p. 147; BRAMONT-ARIAS TORRES, 1998, p. 82; SALINAS SICCHA, 1998, p. 122; PEÑA, 1997, p. 242; HURTADO, 1994, p. 37 n.m. 92, p. 37 en el sentido que el Derecho penal al encontrar contraposición o posición excluyente de ciertos bienes jurídicos debe decidirse por la cautela de uno de ellos y el desplazamiento del otro, al igual de lo que ocurre en un estado de necesidad. En materia de aborto se pueden presentar esferas de conflictos de bienes jurídicos (vida del feto o vida de la madre; vida del feto o libertad de decisión de la madre). Dicho brevemente se trataría de un conflicto entre el derecho a la vida del ser concebido y ciertos derechos personales de la mujer" (HURTADO, 1994, p. 32 n.m. 80) Es de señalar que "el amparo de la vida en formación colisiona con otros bienes jurídicos también importantes y que la Constitución garantiza a la mujer: derecho a la vida y a la salud, derecho a la libertad personal y al desarrollo de la personalidad y derecho a la intimidad" (PEÑA, 1997, p. 242); y si se tiene en cuenta al "aborto como fórmula de solución de un conflicto de bienes jurídicos, valiosos ambos, pero en distintas graduación dada la circunstancia, por lo que sacrifica uno (feto) en salvaguarda del otro (vida, intimidad, libertad personal de la madre)" (VILLA STEIN, 1997, P. 147) entonces "hay que admitir la preponderancia de la posición de la mujer, tanto porque ella es una "persona", como porque la vida del embrión o feto está dependiendo de su vida, ello obliga a tener en cuenta como bien jurídico preponderante la vida de la madre" (BRAMONT-ARIAS TORRES, 1998, p. 81).

[226] "La práctica del aborto clandestino tiene alarmantes consecuencias negativas en relación, primero, con la mujer misma por el grave riesgo que comporta el aborto para su vida y salud física o mental, segundo, para el estado por los altos costes de hospitalización y asistencia médica que, en el mejor de los casos, trae consigo el aborto clandestino, y, por último, con la sociedad en general por la muerte frecuente de la mujer y por la aparición de una verdadera industria del aborto que lucra con las necesidades de las mujeres" (HURTADO, 1994, p. 27, n.m. 68).

[227] Recuérdese el caso del turismo abortivo hacia países que tenían legalizado el aborto (vide LANDROVE DIAZ, Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal, en CPC N° 29, 1980, pp. 75 y ss.).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

criminológico, es el dato más real y contundente que aumenta la llamada “cifra negra” de la criminalidad.

5. SISTEMAS DE DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

Dejando de lado el sistema tradicional que se incuba en la Iglesia Católica, el método natural, para impedir un embarazo, la legislación comparada al igual que el derecho positivo acogen dos sistemas:

5.1. Sistema de indicaciones

También conocido como sistema regla-excepción[228]. La regla es la protección penal de la vida humana dependiente, y la excepción la autorización de la práctica del aborto bajo expresas indicaciones establecidas en la norma penal. Es llamado también sistema puro de indicaciones, pues se basa en la prohibición, en general, de la interrupción del embarazo, con las solas excepciones previstas en ciertos casos taxativamente señalados en la ley. Este modelo identifica taxativamente a las figuras del aborto que están criminalizadas y las que no lo están, pero además se requiere que haya consentimiento de la mujer[229]. La ley establece los casos específicos en los que es factible legalmente la interrupción del embarazo, sin importar el momento del desarrollo del producto de la concepción. “Con el sistema de indicaciones no se está solucionando el problema real del aborto, sino que se entra simplemente a considerar situaciones extremas que no deberían ofrecer nunca dudas desde la perspectiva del estado de necesidad”[230].

La naturaleza jurídica de las indicaciones es un tema discutido; éstas han sido consideradas como elementos negativos del tipo, como causa de exculpación o causas absolutorias o causas de justificación[231]. En este modelo, están permitidos los abortos que se presenten en las siguientes circunstancias:

a) **Indicativo terapéutico:** La realización de este tipo de aborto es impune por estar orientado a salvaguardar la vida o salud de la madre por encontrarse objetivamente en un peligro y siendo la práctica del aborto el único medio para contrarrestar aquel

[228] IDEM, p. 173.
[229] BRAMONT-ARIAS TORRES, 1998, p. 82.
[230] IDEM, p. 83.
[231] En este sentido, MOLINA BLÁZQUEZ, 2000, p. 76.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

peligro. La misma que se hará bajo ciertos requisitos: evitar un daño mayor de la gestante, consentimiento que sea practicado por un médico autorizado y existir previamente un diagnóstico médico favorable para su realización: "Los casos más frecuentes de aborto necesario son los de graves vómitos incoercibles (toxemia gravídica), estado epiléptico, esterósis mitral, cólera gravídica, insuficiencia cardiaca y gravidez ectópica, mediante los cuales el médico se ve forzado a interrumpir la gravidez con la muerte del feto o del embrión"[232].

b) **Indicativo eugenésico:** Es permitido el aborto teniendo en cuenta al embrión, "cuya presunta o probada tara, defecto o malformación psicológica funcional o somática incurable, hacen presagiar o predecir fundada o probabilísticamente el nacimiento de un ser enfermo, dañado o monstruoso que será fuente permanente de sufrimiento propio y ajeno"[233]. Así, generalmente se presenta cuando la gestante adquiere una "enfermedad eruptiva, rubéola, lo mismo que origina una malformación en el sistema nervioso superior del feto"[234] o taras degenerativas.

   En cuanto a la probabilidad de estos defectos o tara somático-psíquica, no se exige la certeza, sino es suficiente la presunción, de acuerdo a los conocimientos médicos del momento; pero que las lesiones físicas y psíquicas sean graves y duraderas. Ejemplo: aberraciones cromosomáticas, graves trastornos del desarrollo psíquico o malformación somática (mongolismo)[235].

c) **Indicativo ético o sentimental:** Se trata de abortos en supuestos de embarazos que se hayan realizado en el marco de la comisión de un delito contra la mujer (v.gr. violación a la libertad sexual o indemnidad sexual) o que sean producto de actos no consentidos por aquel (v.gr. inseminación artificial y aquella reproducción asistida). Se protege la dignidad de la mujer y su libertad.

d) **Indicativo socioeconómico:** En estos supuestos, el aborto es permitido, pues la situación socio-económica de la gestante es tan precaria que le imposibilita materialmente el sostenimiento del hijo por nacer[236]. Politicocriminalmente, se trata de un indicativo que tiene como base la realidad en países como el nuestro caracterizados por la extrema pobreza y la marginación social. Este indicativo no

---

[232] PEÑA, 1997, p. 258.
[233] VILLA STEIN, 1997, p. 49. Se trata de un "defecto somático-psíquico incurable del feto" (PEÑA, 1997, p. 256).
[234] Ibídem.
[235] HURTADO, 1994, p. 45, n.m. 111.
[236] En las diferentes legislaciones, este modelo de indicativos adopta diversas formas: indicación social en sentido restringido: la madre que realiza el aborto ya tiene seis hijos y carece de empleo; indicación social en sentido amplio: el aborto de la mujer soltera. Sobre las críticas a estas dos clases de indicativos sociales vide GIMBERNAT, 1990, p. 64.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

debe ser entendido en sentido amplio, como la posibilidad de educación, de salud, de esparcimiento, etc.; sino en sentido restringido, cuando exista una precariedad económica de la mujer por abortar. Por ejemplo: familia numerosa y carente de fondos suficientes para poder sostenerlos[237].

En el Perú, el sistema que el legislador de 1991 adoptó fue el de los indicativos, diferenciando la impunidad para el indicativo terapéutico y una sanción simbólica para los indicativos eugenésico y ético[238]. No existe aceptación para el indicativo socioeconómico.

5.2. Sistema de plazos

Este sistema combina un modelo de libertad plena para la práctica del aborto en una etapa inicial del embarazo y en las demás etapas, solo bajo ciertos indicativos (eugenésica, ética y social)[239]. En este régimen, sólo se penalizan los delitos de abortos provocados sin el consentimiento de la madre o aquellos no realizados bajo estrictas condiciones sanitarias[240]. Pues en este modelo se protege, preponderantemente, el derecho de autodeterminación de la madre sobre el feto, dentro de un lapso determinado legalmente[241]. Para otros, el fundamento principal de este sistema lo constituye la diferencia tradicional entre feto y embrión, propugnado por la ciencia obstétrica. Dicha distinción reside en el desarrollo alcanzado por la vida prenatal antes (embrión) o después (feto) de las doce semanas, dentro de cuyo lapso el concebido no alcanza a tener una forma humana ni logra todavía una constitución definitiva de sus órganos y miembros (argumento obstétrico). Se alude también al menor peligro que tiene la mujer embarazada para su vida y su salud si se practica el aborto durante dicho periodo, situación que se agravaría si luego de los tres meses decide interrumpir su embarazo[242].

El quid de este sistema es el tiempo inicial en el que el aborto es libremente realizado. El margen temporal es de doce semanas[243]. Pasado este periodo se sanciona toda

[237] Vide GARCÍA RAMÍREZ, 1981, p.114.
[238] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, 1998, p. 84. Para Peña Cabrera (1997, p. 252), se trata de un sistema de indicaciones que supone "una despenalización condicionada a exigencias claramente señaladas por la ley".
[239] Cfr. HURTADO, 1994, p. 39 n.m. 97. BRAMONT-ARIAS TORRES, 1998, p. 83. Rechaza el sistema de plazos, GARCÍAS DEL RÍO, 2003, p. 145.
[240] Vide Código Penal español (1995), artículos 1144-146. Código Penal cubano, artículo 267-271.
[241] Cfr. SAIZ, Victor Hugo. Delitos contra la persona. Delitos contra la vida humana independiente, en Derecho Penal. Parte especial 1. Director: Fabián I. Balcarce. Editorial Lerner. Córdoba. 2007.
[242] CASTILLO ALVA, José Luis. Derecho Penal. Parte Especial I. Grijley. Lima. 2008, p. 109.
[243] Cfr. PEÑA, 1997, p. 252; PORTOCARRERO, s/f, p. 22; VILLA STEIN, 1997, p. 150; SALINAS SICHA, 1998, p. 123. BRAMONT-ARIAS TORRES, 1998, p. 83.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

práctica abortiva, debido al incremento del riesgo para la vida y la salud de la madre que solo podrá ser realizado por una precisa indicación. También se habla de la inexistente actividad cerebral del producto de la concepción[244]. Debe observarse el debate para fundamentar la decisión de la práctica del aborto fundada en el principio de autodeterminación que sería una mezcla entre libertad, dignidad y privacidad de la mujer[245].

Este modelo que permite la práctica legal del aborto supone contar con procedimientos de control y asistencia médica, con las garantías necesarias (beneficio médico previo para la evaluación), instituciones que emitan información de los problemas que el modelo genera y, asimismo, contar con una infraestructura hospitalaria idónea y ayuda financiera a la gestante para cubrir gastos[246].

En estos tipos de sistemas permisivos al aborto, el médico tiene y tendrá siempre el derecho a decidir si quiere o no participar en este tipo de prácticas, esto quiere decir que el médico puede encontrarse frente a objeciones de conciencia, e incluso, puede negarse a dicha práctica.

6. LA VIDA: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El artículo 2°, inciso 1 de la Constitución Política del Perú, declara que "toda persona tiene derecho a la vida". A nivel global, la protección se establece en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3°) y a nivel regional, en la Convención Americana de Derechos Humanos ("Pacto de San José", artículo 4°, primer párrafo), también el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (art. 6°) y la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 2°, primer párrafo). El derecho fundamental que tiene toda persona a la vida es indiscutible e incuestionable, con independencia de su status, pre- o postnatal, de su

[244] Se refieren a la "incipiente maduración neurológica superior del embrión" (VILLA STEIN, 1997, p. 151); "la actividad cerebral del producto de la concepción comienza al finalizar el tercer mes del embarazo, época en la cual empieza a adquirir una forma semejante a la humana. El embrión pasa a ser feto" (PEÑA, 1997, p. 253) Cfr. GIMBERNAT, 1990, p. 62; CALDERÓN CEREZO, 2001, p. 46.

[245] Bramont-Arias Torres (1998, p.83) expresa que "la libertad de la mujer durante los tres primeros meses de gestación prima en relación a la vida del feto". La Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica reconoció el derecho constitucional al aborto por primera vez en 1973, fue en el caso Roe vs. Walde, en que declaró que los derechos de la mujer a la libertad, autonomía y privacidad, son superiores al interés del estado en proteger al feto, al menos que el feto sea absolutamente viable.
Su argumentación se basa en que una mujer tiene el derecho a decidir qué desea hacer con su cuerpo sin que el Estado la reprima por ello; limitando el interés coercitivo del Estado sólo a los casos cuando el feto es viable; sin embargo, cabe señalar que dicha concepción se aproxima al concepto de preembrión, concepto que como ya se ha señalado, no es un término científico, sino jurídico.

[246] Vide HURTADO, 1994, p. 39, n.m. 95.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

capacidad o incapacidad de vida o de la mayor o menor calidad de vida. Se trata de un derecho de todo ser humano desde su concepción hasta su muerte, haya adquirido la calidad de persona o se encuentre todavía en el vientre materno[247]. Sin embargo, la intensidad de la protección de la vida fetal y la del y nacido es diferente en los distintos ordenamientos positivos, según se halle en el seno materno o fuera de él, lo que encuentra explicación fundamentalmente, en la intensidad del reproche que evidencia quien mata a una persona nacida de quien está aún en el vientre de su madre. En este sentido, es más propio referirse a la vida humana "antes y después" del nacimiento en lugar de la vida humana "independiente o dependiente", respectivamente, dado el alto grado de dependencia de la vida humana después del nacimiento[248].

El bien jurídico en todos los delitos que integran el Capítulo I del Título I del Libro Segundo del Código Penal vigente es la vida humana o el derecho a la vida[249]. La problemática actual del concepto de vida como objeto jurídico de protección en el homicidio debe tener en cuenta tres puntos fundamentales[250]: alcance, extensión y límites del concepto vida humana. Aspectos que deben ser redefinidos sobre la base de los avances obtenidos en las ciencias biológica y médica que han modificado los criterios clásicos sobre la vida humana entendida en sentido natural y han prolongado su existencia artificialmente o por medio de la técnica de trasplante de órganos.

El inicio de la vida humana debe ser tratada teniendo en cuenta a los modernos procedimientos especiales como la fecundación, procreación asistida y el embrión humano

[247] REQUEJO CONDE. "Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal". Editorial Comares. Granada. 2008, p. 7. En el mismo sentido, FÉLIX REINALDI quien señala: La vida inicia con la concepción, la que se equipara a la fecundación. En cuanto a que el ciclo vital empieza en aquel momento en que de dos realidades diversas (gametos) surge una realidad nueva y distinta (gametos) surge una realidad nueva y distinta (cigoto), con potencialidad y autonomía genética para presidir su propio desarrollo. Queda así configurada una vida que no es ni del padre, ni de la madre, sino de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo, con absoluta originalidad e irrepetibilidad (FÉLIX REINALDI, Victor. "Delitos contra la vida humana independiente", en Derecho penal. Parte especial 1, Director: Fabián I. Balcarce, Editorial Lerner, Córdoba, 2007, p. 139).

[248] En este particular sentido: ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. "Derecho Penal. Parte Especial". Un estudio a través del Sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra la persona. 3° ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011, p. 19.

[249] En este sentido, colocando el énfasis en un concepto netamente normativo de vida: POLAINO NAVARRETE, Miguel (director). Lecciones de derecho penal. Parte Especial. Tomo I. Editorial Tecnos. Madrid, 2010, p. 34. Asimismo, consecuente con el concepto normativo de vida, señala: "El derecho penal no tutela la vida en sí (que, en tanto concepto ontológico o natural, no interesa, al ordenamiento jurídico), sino la relación de disponibilidad de la vida por parte del ciudadano, esto es: la facultad que asiste al titular de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en su favor. Precisamente por eso, la vida es disponible por regla general por el propio titular de ella, y no ciertamente para que otro pueda lesionarla, pero sí para que él, si lo desea, pueda disponer de la misma como quiera la disponibilidad de la propia vida es, en ese sentido, personal e intransferible" (IDEM, p. 35) (Las negrillas son del original).

[250] En este mismo sentido, DONNA, Edgardo Alberto. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. 3° ed. RUBIANZAL-CULZONI. Editores. 2008, pp. 21 y 22.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

no implantado en el seno materno[251]. En definitiva, estas cuestiones aún serán tratadas en el futuro, pero deben ser analizadas teniendo en cuenta la problemática de la vida y de la muerte de la persona humana, la que ha adquirido y adquirirá nuevas dimensiones a través de los progresos de la ciencia. Esto se extenderá desde la protección de los embriones, pasando por la tecnología genética y el derecho de trasplante hasta las cuestiones de ayuda a morir, que se plantea y planteará de distintas maneras debido a la moderna medicina intensiva. Todos estos temas, al igual que la protección total de la vida, constituyen ámbitos centrales de trabajo no solamente de la medicina o de la bioética, sino también del derecho penal[252].

El Derecho Penal contempla la vida como un fenómeno bio-psico-social inseparablemente unido y de carácter dinámico[253]. Sin embargo, "por ser un proceso dinámico, no es posible afirmar la existencia de un punto exacto de cuándo comienza la vida humana"[254]. Además, su valoración es uniforme e igual, independiente de la valoración social que se haga de su titular[255] o de la distinción de la capacidad física o mental de la persona. La vida "es el conjunto de funciones biológicas y psicológicas propias de la persona natural"[256]. En efecto, la vida no se reduce a una realidad naturalística-bio-fisiológica, sino aquella sólo conforma su sustrato natural y complementado a su vez con criterios valorativos como la dignidad humana: "una forma especial de vivir"[257]. Es decir, vivir adecuadamente en condiciones dignas, entender a la persona como un ser único e irrepetible, dotado de capacidad, de sensibilidad y orientarse conforme a valores; constituye el fundamento axiológico de la vida humana.

El amparo de la protección constitucional y la protección jurídico-penal de la vida se proyecta a la época que precede al nacimiento de la persona. La vida del nasciturus encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, pues el

[251] FELLINI, Zulita. Homicidio simple, en Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial. Vol. 3. Director: David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, Hammurabi, 2007, p. 5.
[252] ROXIN, Claus. "La ciencia jurídico-penal ante las tareas del futuro. La teoría del delito en la discusión actual". Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Grijely. 2007, p. 11.
[253] Vide CASTILLO. 2000, p. 27.
[254] DONNA, ob. cit., 1999, p. 17; IDEM, 2008, p. 28.
[255] MUÑOZ CONDE, 1995, p. 21. Para Vásquez Shimajuko ("La vida humana independiente: contenido y límites de su protección jurídico-penal", en Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 3, 2002, Grijley, p. 374) "la protección jurídico penal de la vida debe descansar sobre una base naturalística, como realidad físico-biológica, que permita, en algunos casos, la penetración de elementos valorativos en dicha protección, y en la que aquella sirva de límite a la valoración jurídica o social de la que puede ser objeto".
[256] HURTADO POZO, José, 1995, p. 2.
[257] GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. Delitos contra la vida e integridad personal, en Lecciones de derecho penal. Parte especial, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 901.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

nacimiento da origen a la existencia legal de las personas. Por tal motivo, la protección jurídica a la vida no sólo se dirige a la persona autónoma, sino también se valora positivamente la protección del ser humano en germen[258] o en su etapa embrionaria o en plena concepción.

Un sector de la doctrina, rechaza categóricamente cualquier intento de clasificación de la protección a la vida que permita hablar de vidas con valor o sin él, o en general de licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida[259].

En un sentido completamente diferente, los límites de la protección de la vida humana son muy discutidos. Es evidente que la decisión del inicio de protección está relacionada al desarrollo natural de la vida. El límite mínimo puede ser determinado desde el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide o anidación del óvulo fecundado en el útero. En el derecho penal peruano es dominante el segundo criterio[260]. El jurista Felipe Villavicencio, considera adecuado el criterio de la anidación como límite mínimo de protección de la vida humana por las respectivas pruebas científicas de la biomedicina que acreditan que la vida humana comienza con la implementación del embrión en la pared del útero que se presenta a los catorce días de la fecundación, es cuando el embrión adquiere la individualización, fenómeno de naturaleza genética[261], y por cuestiones de política criminal[262]. Según las consideraciones político-criminales, especialmente de acuerdo al principio de subsidiariedad penal, la vida humana del concebido se estima como bien jurídico digno de protección penal; no obstante, en segundo plano, vinculado al principio de

[258] Habla de vida humana en germen: BACIGALUPO, Enrique. Los delitos de homicidio. Bogotá. Temis, 1989, p. 5; y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y URBANO MARTINEZ, José Joaquín, ob.cit., p. 876.

[259] En efecto, en el año de su muerte, Binding publicó, junto con el psiquiatra Hoche, un libro en el que defienden tesis eugénicas del más puro darwinismo social conducentes a legitimar la eliminación de la vida que no merece ser vivida (Lebensunwertes Lebens). Quien además cree que la licencia para matar debe ser otorgada por una autoridad estatal previa comprobación y será tramitada en forma de una petición de los legitimados al efecto. Vide Binding, Karl y Hoche, Alfred. La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida. Traducción Bautista Serigós. Ediar, Buenos Aires, 2009, pp. 49 y ss.

[260] HURTADO, 1982, p. 189; PEÑA, 1982, p. 121 (1994, p.72); ROY FREYRE, 1989, p. 254; PRADO, 1985, p. 84; LECAROS, 1977, p. 104. Actualmente, en la doctrina peruana este criterio se mantiene vigente: VILLA STEIN, 1997, p. 25; SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho penal. Parte especial, 2° ed., Grijley, 2007, p. 129, IDEM, 1998, p. 33; ZUMAETA, 2004, p. 157.

[261] ROMEO CASABONA, Carlos María. El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana. Madrid. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 149. Para GÓMEZ PAVAJEAU y URBANO MARTINEZ, coincida o no la noción de concepción con la implementación del óvulo fecundado en el útero, debe darse por sentado que el concepto de anidación es el que mejor responde al ámbito de protección del bien jurídico (ob. cit., p. 883). En esta misma línea, señala Gracia Martín, que lo que se protege es el bien jurídico vida como bien jurídico individual.

[262] Así, caso “Baby Boy”, petición contra Estados Unidos. Es importante la explicación del voto del Juez Andrés Aguilar, quien expresó que la historia de la norma señala “que la redacción que en definitiva fue aprobada es una fórmula de transacción que si bien obviamente protege la vida desde el momento de la concepción o en algún otro tiempo anterior al nacimiento”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución N° 23/81. Caso 2141 Estados Unidos de Americana, de fecha 6 de marzo de 1981.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

fragmentariedad resulta que no todos los atentados contra éste antes de la anidación resultan dignos de penalización, sino solo aquellos donde ya exista la unión del óvulo y el espermatozoide en el útero es ahí valorativamente donde existe "en potencia un futuro ser humano"[263]. En definitiva, la política criminal no determina cuándo se inicia la vida humana dependiente, sino trata de decidir a partir de cuándo o hasta qué momento corresponde la protección jurídica de la vida humana teniendo en cuenta el grado de certeza de su existencia[264]. El carácter complejo de la vida humana, encarnada de un devenir donde paulatinamente se van produciendo avances cuantitativos y cualitativos que reclaman una protección más intensa, demanda del derecho penal y del principio de fragmentariedad la necesidad de establecer etapas o segmentos clasificatorios para obtener una adecuada respuesta punitiva a los diferentes grados de protección acorde con el principio de proporcionalidad[265].

Por lo tanto, no es aconsejable tomar como punto de partida de la vida dependiente el criterio de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, toda vez que, la relación orgánica entre el fruto y el cuerpo materno sólo se da a partir de la anidación, momento de la simbiosis entre ambos[266]. De lo contrario, ello implicaría graves inconvenientes prácticos, sociales y jurídicos[267], a saber: a) la técnica de fertilización in vitro implica la producción de una cantidad relativa de embriones, de los cuales algunos se tendrán que rechazar y destruir y otros se

[263] ROXIN, Claus. La protección de la vida humana mediante el derecho penal. Salamanca. Universidad de Salamanca, 2002, p. 1. Además agrega que debe participar hasta cierto punto de la protección y de la dignidad como la de un ser humano ya nacido, en orden a evitar la producción de embriones sólo con fines de investigación, como material de consumo, cosificando la vida humana.

[264] ROMEO CASABONA, Carlos María. El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1994, pp. 138-139.

[265]GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, ob.cit., p. 878.

[266] En relación a la interpretación del art. 41° de la Convención Americana de Derechos Humanos ("Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"), la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia de 28 de noviembre 2012 –Caso Antavia Murillo y otros- ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, ha expresado respecto a la controversia de cuando empieza la vida humana, que "La Corte observa que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término "concepción". Una corriente entiende "concepción" como el monto de encuentro, o de fecundación, del óvulo con el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigote. Cierta prueba científica considera al cigote como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende "concepción" como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigote, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión" (Fundamento 180). Luego agrega que "La Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, como debe interpretarse el término "concepción". Al respecto la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que solo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción" (Fundamento 186). Finalmente concluye que "El Tribunal entiende el término "concepción" desde el momento que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4° de la Convención Americana" (Fundamento 189).

[267] IDEM, pp. 884-885.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

implantarán en el útero de la mujer, constituyendo posible aborto la primera acción, y, b) métodos anticonceptivos que impiden la anidación del óvulo fecundado en el útero materno tendrían que ser considerados como abortivos. Estas consideraciones resultan particularmente importantes para el estudio del delito de aborto[268].

Tradicionalmente, se diferencia entre interrupción de la vida humana dependiente (aborto) de la vida humana independiente (homicidio, asesinato, homicidio por emoción violenta, infanticidio, homicidio a petición, instigación y ayuda al suicidio, homicidio imprudente), lo que resulta de analizar el tema desde una óptica puramente biológica y no normativa. Pues, la mayoría en el campo doctrinario distingue entre vida humana independiente y vida humana dependiente, ya que convierte en decisivo, para la solución jurídica, un criterio puramente biológico, cuando lo que importa es la significación social[269]. Socialmente, la vida posterior al nacimiento no puede considerarse en absoluto independiente, toda vez que la subsistencia de un recién nacido depende totalmente de la asistencia que se le brinde; en consecuencia, la independencia puramente biológica no señala un punto de vista significativo para la valoración jurídica[270].

Existen discrepancias sobre el inicio de la vida humana independiente. Así, en la doctrina penal se identifican principalmente aquellas que señalan que esta se inicia con la "separación del concebido del claustro materno" con sus diferentes variables como el criterio

[268] En la doctrina internacional existen otras posiciones: MUÑOZ CONDE, por ejemplo, opina a favor de la llamada "solución del plazo", la que basándose en que durante los primeros meses de gestación los signos vitales del feto son aún muy ambiguos, por lo que existe incertidumbre del embarazo, propone como criterio jurídico penal de inicio de la vida dependiente un punto dentro del periodo de gestación en el cual no existan dudas respecto de la vida del nuevo ser. En Francia e Italia, la solución del plazo se viene aplicando. En los mencionados países, el inicio de la vida dependiente, para fines jurídico-penales, es a partir de los tres meses de gestación, despenalizándose el aborto cometido hasta antes de dicho plazo. Para Muñoz Conde, este criterio es tan arbitrario como el criterio de la fecundación o como el de la anidación (MUÑOZ CONDE, 1995, p. 92).

[269] DONNA, ob.cit., p.35.

[270] BACIGALUPO, Enrique. El delito de homicidio, en Estudio de la Parte especial del Derecho Penal. Editorial Akal. Madrid. 1991, p. 18

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

de la percepción visual[271], la exteriorización[272], la autonomía de vida[273], la viabilidad[274], la de los medios directos en su ejecución[275], la ejecución directa sobre el ser que está naciendo[276], la expulsión total[277] o de la respiración autónoma[278], el "criterio de las contracciones" y con la dilatación previa a la expulsión[279].

Para decidir, resulta adecuado el artículo 110° del Código Penal (infanticidio) que utiliza la expresión "durante el parto", la misma que se inicia con los primeros dolores. El suceso del nacimiento es complejo, es todo un proceso que tiene comienzo, desarrollo y fin. Los estudios ginecológicos indican que el parto se compone de tres fases, periodo de dilatación, periodo de expulsión y periodo de alumbramiento, cuya duración varía de una mujer a otra, según la edad y número de partos que se haya tenido: el criterio decisivo que determina el comienzo del nacimiento es las contracciones de dilatación[280]. Por lo tanto, el inicio se da

[271] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Manual de Derecho Penal. Parte especial. Editorial San Marcos. Lima. 1998, p. 40.
[272] ROY FREYRE, Luis. Derecho Penal Peruano. Parte Especial, T.I. 1986, p. 209. La frase "durante el parto" debe entenderse como "durante el nacimiento", el mismo comienza cuando una parte del infante se asoma al exterior.
[273] BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Barcelona. 1991, p. 18. Señala que "en el momento de la autonomía funcional del sujeto". DIEZ RIPOLLÉS, José Luis y GRACIA MARTÍN, Luis, Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997, p. 42 n.m.36 quienes señalan que no se requiere una acción sobre la madre (trabajo de parto o cesárea), sino una actuación directa sobre el feto (corte del cordón umbilical o excitar la respiración). CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, 2° ed., Bosch, 2001, pp. 17 y 18 ("El nacimiento se produce cuando la criatura se independiza físicamente de la madre, lo que se manifiesta a través de la respiración pulmonar autónoma"). MORALES PRATS, Fermín. Del Homicidio y sus formas, en Comentario a la Parte Especial del Derecho Penal, Dir. Quinteros Olivares, Gonzalo. Editorial Aranzadi, 2° ed., 1999, p. 31 ("se entiende por nacimiento la completa salida o separación del feto del claustro materno"); POLITOFF, Sergio/GRISOLIA, Francisco/BUSTOS, Juan. Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile. 1992, p. 46 (con "la autonomía de la vida, es decir, independencia biológica referida en lo fundamental a la función circulatoria y respiratoria").
[274] QUERALT JIMÉNEZ, Joan. Derecho Penal Español. Barcelona. 1996, p. 6.
[275] GONZÁLES RUS, Juan José. Curso de Derecho Penal Español, T.I., Dir. Cobo del Rosal, Madrid, 1996, p. 21. En la actualidad, POLAINO NAVARRETE indica: "para el menor comenzará, pues, su protección jurídica cuando normativamente sea necesario proteger la vida del menor como un interés diverso a la vida de la madre. Ello normalmente se determinará cuando sea posible lesionar jurídicamente ese objeto de manera autónoma sin afectar la vida de la madre" (ob.cit., 2010, p. 39).
[276] SERRANO GÓMEZ, ob.cit., p. 10. Asimismo, expresa que la solución más razonable es la de considerar homicidio la muerte ejecutada directamente sobre el ser que está naciendo, y a través de la parte del cuerpo desprendido del claustro materno, o incluso pendiente de desprenderse del mismo una vez iniciado el proceso de nacimiento.
[277] BREGLIA ARIAS, Omar. Homicidio simple. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2008, p. 44. En contra, GRISOLIA, Francisco/BUSTOS RAMIREZ, Juan/POLITOFF, Sergio. Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1971, p. 56.
[278] BLANCO, 2005, p. 93, también CALDERÓN CEREZO, Ángel. Cometarios al Código penal. Dir. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Vol 2, Bosch, 2007, p. 1014. En Argentina, MOLINARIO, Alfredo. Los delitos, 1° impr. Actualizado por Aguirre Obarrio, TEA, Buenos Aires, 1996, Tomo I, p. 67; en Colombia, FERREIRA DELGADO, ob. cit., p. 17. La dificultad que presenta este criterio está referida a la complejidad de la prueba, para demostrar si ha tenido ocurrencia la función respiratoria, esto es, cuando se ha abandonado la respiración placentaria dando lugar a la pulmonar.
[279] ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. Derecho penal. Parte Especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra la persona, 3° ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 20.
[280] RESQUEJO CONDE, ob.cit., p. 20. Además señala que: 1.- Durante el periodo de la dilatación tienen lugar las contracciones pasivas o de latencia y contracciones activas). Este periodo surge con las contracciones uterinas, producidas cada veinte o treinta minutos y con una duración de quince a veinte segundos, proceso que se demora entre seis y ocho horas aumenta en intensidad y duración hasta conseguir el suficiente ensanchamiento del cuello

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

con las contracciones uterinas, concretamente con las dilatantes y seguidas por las del parto en vía de expulsión[281]. Las contracciones dilatantes son aquellas que permiten abrir el canal del parto hasta alcanzar plenamente la posibilidad de atravesar dicho conducto. Este proceso involucra las siguientes secuencias: la dilatación del cuello primero y el borramiento después, continúa con la ruptura de la bolsa de las aguas (saco amniótico), la progresión y rotación del feto y, por fin, la expulsión fetal. No debe confundirse entre la contracción dilatante y la contracción expulsiva.

La diferencia entre vida humana dependiente y la independiente "debe ser vista no sólo como límite normativo entre homicidio y aborto, sino como el marco temporal donde comienza el bien jurídico protegido en el delito de homicidio"[282]. Así, creemos que el primer criterio es el más preciso[283]. En efecto, desde el punto de vista del derecho penal, el inicio de la vida independiente nos permite solucionar los siguientes problemas[284]: 1) El hecho de golpear la cabeza de quien durante las maniobras de parto está siendo ya expulsado del útero materno, causándole la muerte, consistiría un delito de homicidio doloso (art. 106 del CP); 2) El hecho de desentenderse de una embarazada que se encuentra en pleno proceso de parto, determinando que el niño naciera con bastante retraso y con graves taras físicas, es constitutivo de un delito de lesiones graves dolosas (art. 121 del CP) y no un delito de auto aborto (art. 114 del CP), ni de lesiones al concebido (art. 124-A del CP); 3) La muerte de un niño que vivió varias horas y murió como consecuencia de la desacertada técnica utilizada en su nacimiento es constitutivo de homicidio imprudente (art. 111 del CP) y no de lesiones imprudentes (art. 122 del CP), porque ya era una persona penalmente protegible; y, 4) El caso de la muerte del "feto embriológicamente inmaduro", es decir, la muerte del nacido que

uterino para conseguir que el bebé pueda salir por el canal del parto, momento en que se inicia el periodo de expulsión, 2.- En el periodo de expulsión la dilatación es total, el feto completa el descenso, rotación y amoldamiento de la cabeza al canal del parto; y 3.- El parto concluye con el periodo de alumbramiento o expulsión de la placenta y anexos ovulares. (IDEM, pp. 20-21). También Luttger sostiene desde un punto de vista médico, lo siguiente: "El proceso de parto normal comienza con las contracciones de dilatación que pone al feto en una posición de la que luego será expulsado por las contracciones de puje. Por ello las contracciones de dilatación ya pertenecen a los intentos de expulsión del seno materno y, por ende, en ese momento debe hablarse de comienzo de parto" (citado por DONNA, ob.cit., p.31).

[281] ROXIN, ob.cit., p.9. También Pacheco Osorio, quien sostiene que "desde que se inicia el proceso de parto con los dolores uterinos es una vida cierta que comienza a reclamar su autonomía" (PACHECO OSORIO, Pedro. Derecho penal especial, T.III. Bogotá. Temis. 1978, p. 190).

[282] CASTILLO, 2000, p. 23. DONNA, 2008, p. 28.

[283] Conforme HURTADO, 1982, p. 106; 1995, p. 31. PEÑA, 1982, p. 97; SALINAS SICCHA, 1998, p.80. En sentido diferente, ROY FREYRE, 1989, pp. 209 y 210. En la doctrina española es dominante el criterio de la separación del claustro materno: MUÑOZ CONDE, 1988, p. 24.

[284] ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. Derecho penal. Parte Especial. Un estudio a través del Sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra la persona, 3° ed., Tirant lo Blanch. Valencia. 2011, pp. 20 y 21.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

se produce a los tres días de su expulsión extemporánea provocada por el autor, no es un delito de aborto, sino de homicidio simple.

En los supuestos de cesárea se afirma que habría homicidio y no aborto, desde la primera incisión que se realice en el vientre de la madre[285]. Otro criterio considera que siendo la cesárea una "operación destinada a extraer el feto del claustro materno e implica el corte de la pared abdominal, del útero, del saco amniótico, y la posterior extracción del infante. Sobre este último aspecto existen dos posiciones que se diferencian tímidamente, aquella que sostiene que la vida humana independiente se constituirá a partir del corte del saco amniótico, en tanto que dicha incisión soporte una interrupción irreversible del embarazo, interrupción que no se produce con el corte del vientre ni con la incisión del útero[286] y aquella que sostiene que el punto decisivo no se encuentra a partir del corte del saco amniótico, sino antes, es decir, en la apertura del útero, siempre que, para la cesárea debe haber culminado el proceso de gestación, o al menos el término fisiológico se debe encontrar lo suficientemente avanzado para permitir una independencia de carácter orgánico[287]. Consideramos que el criterio adoptado de las dilataciones debe ser trasladado a casos especiales o situaciones irregulares como rotura prematura de agua, parto a consecuencia de caídas, estimulación de las contracciones o al parto con cesárea[288]. Asimismo, en los partos irregulares por cesárea habrá que establecer dos clases: caso en que la operación se realice tras el comienzo de las dilataciones de parto (cesárea secundaria) valdrá el criterio de las contracciones dilatorias y cuando hay que intervenir antes del inicio de las dilataciones de parto (cesárea primaria) el inicio del nacimiento lo determinará el corte del útero.

[285] Vide CASTILLO ALVA. El Homicidio, p. 39. En contra VÁSQUEZ SHIMAJUKO, p. 381. MARTÍN, Luis (Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p.45 n.m. 43: "Los casos de que el nacimiento se produzca sin parto, como sucede en los supuestos en que se practica la cesárea, debe regir el criterio de la total expulsión").

[286] VÁSQUEZ SHIMAJUKO, p. 382. En sentido diferente, DIEZ RIPOLLÉS, José Luis y GRACIA MARTÍN, Luis (Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 45 n.m. 43: "Los casos de que el nacimiento se produzca sin parto, como sucede en los supuestos en que se practica la cesárea, debe regir el criterio de la total expulsión").

[287] Por todos ROXIN, ob. cit., p. 10; y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y URBANO MARTINEZ, José Joaquín, ob.cit., p. 892. Quienes, además agregan: lo importante y definitivo es que la formación alcanzada por el feto, dada su "viabilidad cronológica", tenga la indispensable "madurez embriológica" que le permita con los cuidados requeridos para el caso, sobrevivir sin ulteriores dependencias fisiológicas de la madre. Esto no excluye los cuidados médicos y ayudas artificiales para la vida, obviamente mucho menos los cuidados que todo niño que no se valga por sí mismo necesite.

[288] REQUEJO CONDE, ob. cit., p. 21.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

7. INICIO Y FIN DE PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE

Si la vida humana es un fenómeno bio-psico-social de carácter dinámico[289] y por ser así resulta muy discutido establecer el límite de su inicio[290]; sin embargo, es necesario delimitar un parámetro de determinación para conocer cuándo se inicia el ámbito mínimo de protección jurídico-penal de la vida humana dependiente, la misma que deberá estar relacionada a consideraciones del desarrollo natural de la vida. En el estado actual de la discusión, se considera que este momento es el de la anidación o implantación del óvulo fecundado en el útero[291] [292].

[289] Para Montoya (2004, pp. 27-36), las etapas de la vida intrauterina son: A. Fecundación: comprende tres fases: 1.- La penetración de la corona radiante; 2.- La penetración de la zona pelúcida y 3.- Fusión de las membranas celulares del espermatozoide y el ovocito. B. Concepción: comienza cuando se han fusionado las membranas del óvulo y del espermatozoide. C. Segmentación (que se produce tres días después de la fecundación). D. Anidación (luego de formado el cigoto se forma el blastocisto). E. Inicio de la actividad cerebral. F. Desarrollo y crecimiento.

[290] Acerca del inicio de la vida existen diferentes teorías como las que siguen: La vida se inicia con la fecundación, incluso independientemente de que sea intra o extracopórea. Entendiéndose que la fecundación más que un momento es un proceso que se inicia con la inserción de la cabeza del espermatozoide en el óvulo, proceso que se produce en forma instantánea. Esta teoría señala que desde ese momento existe un embrión humano, pues tiene toda la capacidad de desarrollarse autónomamente en un individuo adulto; La vida recién se inicia con la anidación del embrión en el útero (como 14 días después de la fecundación), pues se señala que el ser humano en sí recién se empieza a desarrollar un par de semanas después de la fecundación, cuando el pre embrión se implanta en el útero y se comienza a desarrollar el bebe y la placenta; La vida empieza con la actividad cerebral del embrión: los que postulan está teoría señalan que si la muerte es el cese de la función cerebral, entonces la vida debe entenderse como el inicio de la misma; más aún si se tiene en cuenta que una vez formado el cerebro funcionan los nervios que trasmiten los estímulos y pueden responder a estos con dolor. Al respecto es importante establecer cuanta actividad cerebral se requiere para darse por iniciada la vida humana, respuesta que también es materia de subjetivismo. En los países que admiten esta teoría se aceptan el aborto hasta el segundo o tercer mes de gestación. Intención de procrear: Teoría que subordina la intención de procrear de los padres en el momento de la concepción. Teoría a mi parecer poco seria, pues el derecho a la vida del concebido estaría supeditada al deseo de los padres por procrear y Teoría utilitarista: La cual proclama que el derecho a la vida sólo surge con el nacimiento, posición por la cual el concebido es tratado como un bien, y sólo gozaría de cierta protección jurídica.

[291] Con variantes Roy Freyre (1989, p. 254), es el "instante de la anidación del huevo fecundado en el útero"; Villa Stein (1997, p. 153), "la tutela empieza desde la anidación del óvulo fecundado"; Bramont-Arias Torres (1998, p. 78) "la vida humana dependiente comienza con la anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer"; Salinas Siccha (1998, p. 120), "comienza con la anidación del óvulo fecundado en el útero de la futura madre"; Hurtado (1994, p.19, n.m. 50), "el óvulo fecundado después que se haya instalado en el útero"; Peña (1998, p. 262) "la gestación se inicia con la implantación del huevo en la cavidad uterina"; Portocarrero (s/f, p.25), "momento de la "anidación", cuando ese óvulo fecundado se adhiere al útero materno, y empieza a recibir de la madre, lo necesario para su desarrollo, esto es, a los 14 días de la fecundación"; Prado (1985, p.84), "sólo debería ser materia de protección el óvulo fecundado anidado en el útero femenino". Posición diferente: Mallqui (1999, p.27) señala que "la vida humana comienza con la fecundación, por cuanto así, como están vivos los gametos masculinos y femeninos (cigote), el espermatozoide y el óvulo, que se unen para formar el producto de la fecundación"; Haro (1993, p. 102) expresa que "la protección penal se inicia con la concepción"; Montoya (2004, p. 41) señala: "la vida comienza con la concepción". En Argetina, García Maañón (1990, p. 52), la vida se "inicia con la concepción". En esta línea, vide en el Derecho español, RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho Penal Español. Parte Especial. 18° ed. Editorial Dykinson. Madrid. 1995, p. 32; MOLINA BLÁZQUEZ, 2000. P. 40; FERNANDEZ DEL TORO, 1999, p. 16.

[292] En un sentido diferente, Queralt (cit., p.35) afirma que "si para determinar la muerte del ser humano es la presencia de un electroencefalograma plano, es decir, la cesación de la actividad cortical superior, no parece haber razón suficiente para no adoptar igual planteamiento para considerar que, aunque en formación, la vida humana ya ha comenzado".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Dicho estado se presenta aproximadamente, dos semanas después de la concepción[293] [294].

Esto nos permite establecer que en los supuestos de inseminación artificial y la fecundación in vitro que se producen en una etapa anterior a la anidación, no son típicos en el delito de aborto[295]. Del mismo modo toda conducta, uso de medicamento o procedimiento que busca impedir la anidación del óvulo fecundado no es objeto del delito de aborto[296] [297].

Por otro lado, solo habrá infanticidio si la madre dio muerte a su hijo "durante el parto" o "estando todavía bajo la influencia del estado puerperal". La expresión "durante el parto" preciso el límite mínimo de este delito con el aborto; antes del parto existiría imputación por aborto; a partir del inicio del parto es posible el infanticidio. En el derecho penal peruano

[293] En el derecho penal español, FELIP I SABORIT, David. El aborto, en Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Dir. Silva Sánchez, Jesús María. Editorial Atelier. Barcelona. 2006, p. 50. Para Muñoz Conde (Derecho Penal. Parte Especial, 13° ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001, p. 88), "la anidación (implantación del óvulo fecundado en el útero materno, a los 14 días de la fecundación). Los argumentos son: 1.- Sólo a partir de la anidación se produce una vinculación orgánica entre el embrión y la madre: el embrión se adhiere a la pared del útero y "recibe de él los impulsos necesarios para su desarrollo. 2.- De admitir que la fecundación determina el comienzo de vida, habría que considerar aborto la destrucción del óvulo fecundado en laboratorio (fecundación in vitro) antes de su implantación en el útero de una mujer, lo que supondría tanto como prohibir las técnicas de producción asistidas. 3.- La teoría de la anidación amplia el campo de acción de los medios anticonceptivos".

[294] En los últimos tiempos, también se sostiene que no es igual la existencia de vida, a la existencia de vida humana. En consecuencia, existe "vida" desde la fecundación, pero sólo a partir de la constitución del feto, en el tercer mes, comienza el proceso de gestación diferenciada de "la vida humana en formación". La ciencia avala esta última posición (ver con mayor detalle: SAIZ, Victor Hugo. Delitos contra la persona. Delitos contra la vida humana independiente, en Derecho penal. Parte especial 1. Director: Fabián I. Balcarce, Editorial Lerner, Córdoba, 2007, p.168).

[295] Vide Bramont-Arias Torres (1998, p.79): "en la medida que la inseminación artificial y la fecundación in vitro tienen por objeto permitir la anidación del embrión en el útero materno, y dado que la vida en su límite mínimo, es decir, comienza en ese momento, toda manipulación anterior a dicho período no puede ser considerada como delito de aborto según nuestra legislación vigente, es por ello que los casos de inseminación artificial y fecundación in vitro resultan totalmente atípicos". Para Roy Freyre (1989, p. 259), "impedir la fecundación del óvulo, no constituye delito de aborto". Para Hurtado (1994 p. 16 n.m.45), "el fruto obtenido mediante este proceso de fecundación es, biológicamente, idéntico al embrión producto de la fecundación natural. Sin embargo, esto no basta para admitir que su destrucción constituye aborto. El tratar de implantar el embrión en el seno de la madre estéril supone la producción de varios embriones y la destrucción de los necesarios. La aprobación de la experimentación in vitro tiene su fundamento, precisamente, en la diferente valoración de la vida embrionaria y de la vida realizada". Portocarrero (s/f, p.25) en cuanto a la fecundación in vitro sostiene que "en el frasco solo se produce la fecundación pero no tiene el impulso de la madre para su desarrollo, para ello se necesita la implantación en el útero materno, esto es la "anidación", de lo contrario se consideraría aborto la destrucción del óvulo únicamente fecundado en el frasco. En igual forma tendría que considerarse aborto la interrupción de un embarazo ectópico o extrauterino, porque en este caso la fecundación también se ha producido".

[296] HURTADO, 1994, p.59, n.m. 144.

[297] Sobre la llamada "píldora del día siguiente", el Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 16.10.2009 Exp. N° 02005-2009-PA/TC (núm. 53 del pnt. 8.2), ha señalado que "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 pronúcleo 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 al 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. En consecuencia, el extremo de la demanda relativo a que se ordene el cese de la distribución de la denominada "Píldora del Día Siguiente", debe ser declarado fundado" (Fundamento 53). En este caso, El Tribunal Constitucional declaró fundado el amparo y ordenó al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada "píldora del día siguiente"; además ordenó que los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen la denominada "píldora del día siguiente", incluyan en la posología la advertencia de que dicho producto podría inhibir la implantación del óvulo fecundado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

existen diversos criterios para precisar el límite: algunos afirman que el parto comienza con los dolores producidos por las contracciones del útero[298]; otros entienden al parto como la expulsión del producto de la concepción del claustro materno[299]; hay quien afirmaba que el parto empieza con la ruptura del saco amniótico[300].

También debe establecerse la frontera última de protección en el delito de aborto. La mayor parte de la doctrina considera que el punto máximo de tutela de la vida humana dependiente se prolonga hasta el inicio del parto con las contracciones del útero[301] [302], sin que sea preciso determinar la existencia de dolores (parto natural) o no (parto inducido).

8. SUJETO PASIVO

Si el delito de aborto tutela la vida en proceso de formación, sujeto pasivo ha de ser el titular de dicha vida, esto es, el nasciturus[303], inferencia que se desprende también del reconocimiento constitucional de aquél que se erige como valor fundamental. Cuestión distinta es que éste, por cuestiones orgánicas y/o fisiológicas, se encuentre en el vientre de su madre, no porque ella es portadora del fruto de la concepción, se le puede estimar sujeto pasivo[304]. De hecho, será ella la primera ofendida, cuando se produce la conducta criminal, pero he de verse que a veces ella será la causante, tal como se desprende del artículo 114° del C.P. Nada ha de objetar lo dicho, la situación de imposibilidad de que el nasciturus no puede ejercer directamente la acción penal, claro, si está muerto ello es materialmente imposible.

Tampoco será el Estado ni la comunidad, el primero porque a éste no le incumbe la vida pre-natal de forma directa, sólo está obligado a proteger dicho interés jurídico, al igual que el resto que se glosa en los primeros artículos del C.P. La sociedad, tampoco, porque la vida

[298] HURTADO, 1982, p. 186; PRADO, 1985, p. 85.
[299] ROY FREYRE, 1989, p.209, Cfr. BRAMONT-ARIAS, 1988, p.63.
[300] PEÑA, 1982, p. 97.
[301] Cfr. Salinas Siccha (1998, p.120) "concluye con las contracciones uterinas que avisan el inminente nacimiento" p.120; Peña Cabrera (1997, p.259) "hasta antes del parto"; Hurtado (1994, p.57, n.m.140) "hasta inicios del nacimiento con los primeros dolores del parto"; Prado (1985, p. 85) "al iniciarse las contracciones uterinas, que marcan el advenimiento del parto, la protección de la vida en formación ha finalizado".
[302] En sentido diferente, Roy Freyre (1989, p. 209) "con la expresión "durante el parto" el codificador ha determinado el momento mínimo que permite diferenciar al infanticidio del delito de aborto. Si estamos en lo cierto, entonces la frase "durante el parto" debe ser interpretada como sinónimo de durante el nacimiento". Para Bramont-Arias (1998, p. 78), "la vida humana dependiente acaba con la percepción visual del nuevo ser".
[303] Así, GONZÁLES RUS, J.J.; El aborto. Lesiones al feto, cit., p. 115.
[304] De forma contraria, BUSTOS RAMÍREZ, J.; Manual de Derecho Penal. Parte Especial., cit., p. 57.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

en formación recala en un ámbito personalista del individuo, no trasciende la individualidad, para poder adquirir naturaleza colectiva.

9. MODALIDADES DE ABORTO

9.1. Autoaborto (art. 114°)

La modalidad típica hace alusión al aborto, que se produce como obra generadora de la propia gestante, que a partir de una conducta que se dirige de forma unívoca a dar muerte a su propio hijo. El tipo penal en cuestión no define expresamente la forma de que cómo ha de realizarse el aborto, por lo que puede ser utilizado cualquier medio, siempre y cuando éste fuese útil e idóneo, para que se pueda perfeccionar la voluntad criminal. Punto importante a saber, a efectos de descartar cualquier otro factor causal que pudo haber sido el desencadenante del resultado lesivo, que debe ser la concreción última de la conducta de la madre que generó el riesgo no permitido, y no de otros cursos causales que hayan podido incidir también en la provocación de dicha causación, a fin de dar por acreditada la relación normativa referida a la imputación objetiva.

Esta figura sólo es reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de la gestante de provocar por ella misma la muerte del feto, donde la cognición debe cubrir todos los elementos constitutivos del tipo penal: saber que está embarazada y que los medios empleados son eficaces para producir la eliminación del nasciturus. Cabe perfectamente incluir el dolo eventual, el conocimiento del riesgo permitido resulta suficiente[305].

9.2. Aborto consentido (art. 115°)

Bajo esta hipótesis delictiva, el agente dirige su plan criminal, a provocar la muerte del feto, mediando acto unívocamente demostrativo a dicha finalidad (factor final), no la encauza entonces, a lesionar a la gestante, pues si así sucede sería un caso de aborto preterintencional. La referencia que hace la ley con la palabra “causa”, nos indica que la conducta puede asumir las más variadas manifestaciones, pero siempre destinadas a provocar el aborto.

Punto de relevancia, es que el agente haya contado con el consentimiento de la gestante, la cual debe haberse prestado antes de iniciarse la acción típica, a posteriori no despliega los efectos que se espera, (…) y es esencialmente revocable pues no crea

[305] Así, PEÑA CABRERA, R.; Estudios de Derecho Penal. Delitos contra la vida…., cit., p. 63.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

derecho adquirido de clase alguna[306]. Segundo, debe tratarse de un consentimiento desprovisto de cualquier acto de coacción y/o intimidación, vicios en la voluntad.

Se trata de una figura delictiva sólo reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica, dirigir la conducta hacia la obtención de la consecución criminal, esto es, la muerte del feto. Admitimos el dolo eventual, pues basta con saber que la mujer está embarazada, y que la acción que se está ejecutando es idónea para provocarle el aborto.

9.3. Aborto no consentido (art. 116°)

En este caso, el agente realiza la modalidad del tipo penal, dirigiéndola no sólo a la eliminación del feto, mediando maniobras abortivas, sino que previamente ha de procurar que la madre no impida dicha realización, por lo que ésta debe mostrarse renuente a que se dé muerte a la vida humana en formación.

La particularidad del tipo penal es la ausencia de consentimiento de la gestante, lo que ha de incidir en ciertos medios que puedan incidir en voluntad viciada, o dígase error. Si la negativa se da a posteriori, cuando ya había prestado con anterioridad su asentimiento, deberá tipificarse un aborto consentido, pues no se pueden confundir retractación con arrepentimiento.

La peculiar gravedad de este delito proviene, de que añade a la destrucción de la vida humana prenatal el daño inexorable a la integridad física de la gestante, la quiebre de su voluntad de continuar con el embarazo y la frustración definitiva de las trascedentes expectativas vitales que este estado comportaba[307].

El común denominador de estos tipos penales, es que sólo pueden ser reprimidos a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica, esto es, de encauzar el comportamiento hacia la consecución del resultado lesivo, la muerte del feto. También resulta admisible el dolo eventual. Dato a saber es que el agente debe saber que está actuando en contra de la voluntad de la madre, lo que será inequívoco cuando ejerce violencia y/o amenaza sobre ella.

[306] FERNÁNDEZ DEL TORO ALONSO, J.M.; Interrupción voluntaria de embarazo y consentimiento de la mujer, cit., p. 44.
[307] LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A.; Del Aborto, cit., p. 423; Así, VALLE MUÑIZ, J.M./QUINTERO OLIVARES, G.; Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, cit., ps. 95-96.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

9.4. Aborto agravado por la calidad del autor (art. 117°)

Constituye un delito especial impropio, pues la agravación de la penalidad reposa sólo en un dato a saber: el cargo que desempeñaba el autor, al momento de cometer las conductas típicas previstas en los artículos 115° y 116° del C.P.[308]

Los médicos, obstetras, galenos, facultativos, esto es, todos los profesionales inmersos en el campo de la salud humana, tienen por máxima la defensa férrea de la persona humana. La tutela de la vida en todas sus manifestaciones, no sólo de los individuos, pues se debe sumar al embrión, al feto, seres que requieren de una atención especial y particular por parte de los médicos, en vista de encontrarse en un estado de indefensión, dependientes de la actuación de la madre. Es por ello, que genera una mayor repulsa y/ofensa social, que dichos profesionales en vez de dedicarse a asistir correctamente a la gestante, presten sus servicios abortivos a cambio de un precio.

El fundamento de esta agravante, reside en todo caso, en el abuso que hace el autor de la ciencia o arte, en cuanto a servirse de sus especiales conocimientos médicos para la realización de conductas que de forma esencial, son contrarias a las normas y principios que guían dicha actuación.

9.5. Aborto Preterintencional (art. 118°)

Las conductas típicas antes analizadas, constituyen modalidades dolosas de comisión (omisión), en cuanto el autor dirige su conducta (riesgo no permitido) a la causación del resultado penalmente antijurídico, esto es, la muerte del feto; no obstante puede que en algunos casos, la acción ilícita no se dirija directamente a causar la muerte del feto, sino que habiéndose inferido una violencia significativa en el cuerpo de la gestante, puede provocar también la interrupción del embarazo.

En este caso, el agente no impulsa fisiológicamente su conducta a la muerte del nasciturus, directamente a provocar su deceso, sino que la acción lesiva es dirigida, hacia la madre, sea mediando una intención de lesionarla o también, por qué no de asesinarla. Punto de la cuestión que tomó en cuenta el legislador, sabiendo que la violencia que ejerce el agente sobre el cuerpo, el organismo de la madre, puede también –fácilmente-, repercutir en el embrión, causándole su muerte.

[308] Así, SOLER, S.; Derecho penal argentino, T. III, cit., p. 120.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

9.6. Aborto Terapéutico (art. 119°)

Partimos en este caso, de que se trata de un estado de necesidad justificante, esto quiere decir, que estamos ante una conducta que si bien es constitutiva de tipicidad penal, al haber lesionado un bien jurídico tutelado por el Derecho Penal, no resulta reprimible, por haberse realizado bajo el amparo de un precepto permisivo, que hace desaparecer por entero el juicio de antijuridicidad penal.

El estado de necesidad justificante importa la apreciación de un real conflicto de intereses jurídicos (bienes), que por su diversa valoración, hace ponderar un bien sobre el otro, es decir, se procede a sacrificar el interés de menor rango, amén de salvaguardar el bien jurídico preponderante. Es que el orden jurídico glosa una serie de derechos fundamentales, que por su naturaleza, de acuerdo a la inspiración humanista que gobierna el compendio legislativo. Luego, le siguen otros bienes jurídicos, vinculados a la esfera de la personalidad humana.

En el aborto terapéutico, entra en conflicto una vida humana en formación (esperanza de vida), que detenta un menor valor que una vida que ya ha adquirido cierto desarrollo[309] [310]. Se trata de un caso en que el ordenamiento jurídico, con carácter excepcional y bajo estrictos requisitos de necesidad autoriza la destrucción[311]; cuya inclusión expresa en el texto punitivo obedece a la necesidad de que su admisión –como eximente de pena- haya de tomar lugar, bajo la concurrencia de una serie de presupuestos[312].

9.7. Aborto Ético o Sentimental (art. 120° inc. 1)

La conducta típica consiste en realizar un aborto a una mujer causando la muerte del embrión en circunstancias que la gestación fue consecuencia de una violación o inseminación artificial no consentida y fuera del matrimonio.

---

[309] Así, GONZALES RUS, J.J.; El aborto. Lesiones al feto, cit., ps. 124-125.

[310] En contra Hurtado, al escribir que no se trata de una causa de justificación; pues nuestra ley no reconoce al consentimiento la eficacia de eliminar el carácter antijurídico de una acción que daña el bien jurídico vida; Manual de Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 98; como se desprende claramente de nuestros fundamentos jurídico-penales, el aborto terapéutico, no es una causa de justificación que reposa en el consentimiento de la gestante, pues en definitiva el nasciturus no es de su propiedad (titularidad), y la vida no es un bien jurídico disponible; la eliminación del carácter antijurídico de la conducta, obedece a la ponderación de intereses jurídicos en conflicto, sin ligamen alguno al consentimiento, su concurrencia sólo es necesaria a efectos de evitar abortos no deseados, como se apunta líneas más adelante, la embarazada puede decidir libremente continuar con el proceso de gestación; Así, BUSTOS RAMIREZ, J.; Manual de Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 65; Ver al respecto, SOLER, S.; Derecho Penal argentino, T. III, cit., ps. 127-128.

[311] HIRSH; Adecuación Social y teoría del injusto, cit., p. 47.

[312] Vid.; al respecto, CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLES CUSSAC, J.L.; Aborto, cit., p. 125.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El sujeto activo puede ser cualquiera. Se trata de un tipo penal que permite la imputación no sólo del médico, sino de cualquier otra persona, sin indicar ni el plazo en el que el aborto podrá realizarse sin el consentimiento de la mujer embarazada[313].

El tipo penal presenta dos supuestos de los que haya sido víctima la gestante: violación sexual o inseminación artificial no consentida. La violación corresponde a los supuestos del art. 170° C.P. La segunda se refiere al uso de técnicas de reproducción humana asistida que son impuestas a la mujer (por medio de violencia[314], coacción[315], error de la madre, o cualquier otro medio capaz de doblegar la negativa de la gestante).

Sólo se ha previsto en el tipo penal el supuesto de la inseminación artificial[316], pero creemos que debe interpretarse en sentido amplio para comprender al concepto de la fecundación extrauterina[317], sobre la base de la aplicación de la analogía in bonam partem (Art. III, Título Preliminar CP).

Para ambas figuras, la ley exige que los hechos sean denunciados o investigados al menos policialmente.

9.8. Aborto Eugenésico (art. 120° inc. 2)

El aborto eugenésico está dirigido a interrumpir el desarrollo vital de un feto con graves taras físicas o psíquicas y ha sido materia de debate: “El fundamento de esta indicación no es de base colectiva (un pretendido interés del estado en la “pureza de la raza” o en evitar los gastos sociales que importa las personas discapacitadas), sino de tipo individual (la grave limitación al libre desarrollo de la vida y la personalidad de la mujer y, eventualmente, del padre que supone la asunción del embarazo y paternidad en tales condiciones)”[318].

---

[313] Para Hurtado (1994, p.78, n.m. 187), es una norma penal incompleta.
[314] El tipo penal de la violación sexual también comprende la introducción de objetos, empleando violencia o grave amenaza, por vía vaginal.
[315] Delito de coacción (art. 151 del CP) vide VILLA STEIN, 1997, p. 179.
[316] “La inseminación artificial consiste en inocular el semen mediante jeringa o catéteres en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino. La fecundación extrauterina consiste en extraer un óvulo maduro a la mujer, fecundado con el esperma, y luego ese embrión u óvulo fecundado, huevo o cigote es implantado en el útero para su posterior desarrollo hasta el nacimiento” (PORTOCARRERO, s/f, p. 62).
[317] Cfr. PORTOCARRERO, s/f, p. 62. En contra, Salinas (1998, p. 160), quien señala que “el legislador no ha tomado en cuenta la otra técnica de reproducción asistida, conocida como la fecundación extra corpórea. En consecuencia, de constatarse que se practicó el aborto a una mujer fecundada sin su consentimiento, se subsumirá tal conducta al delito de aborto común y no del aborto privilegiado”.
[318] Ibidem, p.151.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Se requiere actuar dolosamente. Es posible que se presenten errores en el diagnóstico del médico que "constituirá un error sobre los presupuestos objetivos de la indicación (a solucionar de acuerdo al error de tipo). En cambio, el error sobre la valoración jurídica del hecho (…) dará pie, en su caso, a un error de prohibición"[319].

10. EL ABORTO CULPOSO

10.1. Definición de Aborto Culposo

Según Guillermo Cabanellas[320], es el causado con violencia, sin haber tenido el propósito o la intención de causarlo, aun cuando el estado de embarazo fuera notorio o le constare al sujeto activo.

Para Brasile García Maañon[321], el aborto culposo puede ser llamado además aborto accidental, ya que es el que ocurre independientemente de la voluntad de la madre o de terceros, generado por la imprudencia y el descuido incluyendo en este sentido los actos médicos practicados por desconocer los actos médicos practicados por desconocer el estado de embarazo en la mujer.

Sin embargo, también puede ser definido como aquel comportamiento en el que no existe violencia, pero que también producen la interrupción del embarazo, es decir que la gestante aborte o incluso que fallezca, por ejemplo en los casos de negligencia médica o de mala praxis. Si bien es cierto, no hay dolo, porque el agente no tiene la intención de dañar al feto o a la madre, su comportamiento imprudente, su impericia, negligencia o inobservancia de las normas y procedimientos, ocasiona el aborto, causando grave perjuicio económico y moral a la gestante e incluso a su familia, quienes ven frustradas las expectativas generadas por el futuro nacimiento del nuevo miembro de la familia.

10.2. Criterios Clasificativos

Es necesario que mencionemos los criterios que nos ayudan a determinar y clasificar las formas en que se puede dar el aborto culposo, en éste se presentan dos formas,

[319] FELIP I SABORIT, David, 2006, p. 57.
[320] Cabanellas, Guillermo; El Aborto su Problema Jurídico, Pág. 180.
[321] García Maañón, Brasile; Aborto e Infanticidio, aspectos jurídicos y médico legales; editorial Universidad de Buenos Aires, 1990.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

pero tenemos que dejar en claro que en ninguno de estos criterios o formas tiene que mediar el dolo o la intención de provocar un aborto.

10.2.1. Aborto Culposo provocado por la propia mujer embarazada

Dentro de este criterio podemos observar tres tipos de circunstancias comunes que pueden ser:

a) Consecuencias naturales o genéticas: referidas al hecho de que algunas mujeres durante un período de tres meses, partiendo desde el momento de la concepción, presentan en su embarazo interrupciones meramente naturales e inevitables, las cuales en ciertas ocasiones son diagnosticadas por personas facultativas (médicos), los cuales han denominado a este hecho como aborto genético espontáneo, el cual no es doloso ni intencionalmente provocado y ocurre por complicaciones naturales en el ser de la mujer.

b) Consecuencias de tipo accidental: constituidas por los casos en los que la mujer embarazada en el desarrollo de sus actividades cotidianas puede presentársele ciertas circunstancias inevitables que interrumpen la vida del no nacido, como por ejemplo una caída, un accidente de tránsito, la realización de un movimiento inadecuado, etc.

c) Por ingerir medicamentos farmacéuticos: este tipo de hechos está basado en la imprudencia o ignorancia por parte de la mujer embarazada, quien por sanar algún padecimiento como, por ejemplo: dolor de cabeza, dolor de muelas, dolor en las columnas, etc.; ingiere ciertos medicamentos que perjudican la vida del no nacido.

10.2.2. Aborto Culposo ocasionado por un tercero

En este criterio podrían intervenir cualquier tipo de persona ajena, que sin la intención de interrumpir el embarazo, provoca con un hecho determinado la expulsión y muerte del producto de la concepción, como por ejemplo: el hombre que golpea a su mujer y que ignora su estado de preñez, causándole un aborto.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

10.3. El Aborto en la Legislación Nacional

Pese a lo expuesto en el Informe Defensorial N° 138[322], en el que se señala que la mortalidad materna (y por ende del feto) es uno de los problemas de salud pública de mayor relevancia y de interés prioritario para el país; y, agrega que al analizar las causas que la ocasionan, se advierte que existe una estrecha relación entre ellas y la adecuada atención de la mujer durante las etapas del embarazo, el parto y el puerperio en los establecimientos de salud. Se advierte que las conductas culposas que atentan contra el bien jurídico protegido, como es la vida y la salud del feto, quedan impunes, por no tener sanción penal alguna.

10.4. Situación en el Derecho Comparado

10.4.1. En Bolivia

Código Penal

Art. 268° (Aborto culposo).- El que por culpa causare un aborto, incurrirá en prestación de trabajo hasta un año.

10.4.2. En España

Código Penal

Art. 146°.- El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

10.4.3. Estado de Aguascalientes de México

Código Penal

Art. 196.- Aborto Culposo. El Aborto Culposo consiste en provocar la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, por incumplimiento de un deber de cuidado que debía y podía haber observado el autor, según sus condiciones personales y las circunstancias de realización del hecho. Al responsable de Aborto Culposo se le aplicarán de 6 meses a 2 años

[322] Derecho a una maternidad segura: Supervisión Nacional de los Servicios de Ginecología y Obstetricia del MINSA, p. 35.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de prisión y de 20 a 40 días multa, y al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Si el aborto se comete por la conducción de vehículos de motor en estado de ebriedad o bajo el influjo de substancias tóxicas que produzcan en el autor efectos similares, se aplicarán al responsable de 3 a 12 años de prisión, de 40 a 150 días multa, el pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, así como inhabilitación para obtener licencia para conducir de 2 a 5 años, o en su caso, suspensión de la licencia para conducir de 2 a 5 años. La punibilidad prevista en el presente Artículo no se aplicará si el aborto se causa por conducta culposa de la mujer embarazada.

TÍTULO V
LESIONES CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE

1. CONCEPTO DE LESIÓN

La palabra “lesión” proviene del latín “laesio”, “laesionis”. Sin embargo, ésta, habrá que enfocarlo desde tres perspectivas: lingüístico, médico y jurídico. Con ello se alcanzará un amplio panorama del contenido que encierra el término puesto bajo estudio.

La Real Academia Española de la Lengua define a la lesión como aquel “daño o detrimento corporal causado por una herida, golpe o enfermedad”[323]; o en su caso, como la “perturbación de la situación física y/o psíquica de una persona”. Bajo estas apreciaciones se le puede definir como aquel “menoscabo que sufre la integridad corporal o la salud física o mental”. En esta línea interpretativa, el Tribunal Supremo español dejaba sentado que “lesiones es concepto equivalente a todo detrimento causado en el cuerpo, en la salud o en la mente”[324].

Desde el punto de vista médico, se entiende por lesión a “toda alteración anatómica o funcional ocasionada por agentes externos o internos”[325] o “cualquier anomalía local, visible, de los tejidos de la piel, como una herida, una llaga, una erupción o un forúnculo, pudiéndose calificar ésta como benigna, cancerosa, grosera, oculta o primaria”. Sin embargo, desde esta óptica, los diferentes tipos de lesiones conforman un grupo muy amplio[326].

[323] Cfr. “Diccionario de la lengua española”, Tomo II, 20° edición, Editorial Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1984, p. 825.
[324] Cfr. STS, 2° Sala, 20 de mayo de 1989, Ponente: Vivas Marzal.
[325] Cfr. GISBERT CALABUIG, Juan Antonio: ob. cit., p. 315.
[326] Cfr. NEVADO PORTERO, Daniel: “El Delito de lesiones”, 2002 (disponible en: http://www.derecho.com/boletín/artículo).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Por último, en el ámbito jurídico-penal la figura de lesión, no obstante haber seguido una evolución histórica[327] progresiva[328] [329], se le debe entender como el "menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental"; así es entendida, sea desde el ámbito del derecho positivo, jurisprudencial[330] y doctrinario. Al respecto, es preciso establecer que el delito de lesiones exige: a) el hecho de herir, golpear, maltratar o agredir la salud física o mental de otra persona; b) un daño a ésta, bien en su cuerpo, en su salud o en su mente, comprendiendo la salud en sus términos más amplios, pues la agresión puede realizarse bien materialmente realizando dicho golpeamiento, bien sexualmente mediante contagio venéreo o por cualquier otro medio de ataque la normalidad física o produzca trastornos psíquicos[331]. Sin embargo, una lesión tan sólo tendrá consideración penal cuando ésta haya sido producida por una persona contra la integridad de otra, debiendo existir para tal resultado necesaria relación de causalidad, es decir, el resultado lesivo tiene que ser producto del animus laedendi.

Las tres concepciones precedentes permiten apreciar que la lesión que bien puede sufrir un ser humano le puede ocasionar la muerte o simplemente no llegar a dicho resultado; así, CARRARA[332] manifestaba que la lesión es el "daño injusto en el cuerpo humano que no destruye la vida ni va encaminado a destruirla". Por ello, es necesario hacer una distinción entre las lesiones no mortales y las mortales, pues las primeras son llamadas simplemente "lesiones" dando lugar a los delitos de lesiones y lesiones contra la vida humana dependiente, mientras las segundas confluyen en las figuras de homicidio (en sus distintas formas de

[327] Sobre la evolución histórica del delito de lesiones véase el trabajo de PUIG PEÑA, Federico: "Derecho penal contemporáneo. Contestaciones a los programas de las posiciones a la judicatura y al Ministerio Fiscal", Tomo II, Imprenta Clarasó, Barcelona, 1946, p. 346 y s. y NUDELMAN, Santiago: "El delito de Lesiones", Librería el Ateneo Editorial, Buenos Aires, 1953, p. 15 y ss.

[328] Véase PEÑA CABRERA, Raúl: ob. cit., p. 261.

[329] MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ viene a precisar que la doctrina del siglo pasado (S. XIX) puso el acento de la lesión en la alteración de la integridad física (…) Pero ya GROIZARD puso de relieve la imperfección de la ley por reducir la protección penal al cuerpo y no al espíritu, añadiendo que toda lesión física es también psíquica; con mayor detalle: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel: "Los delitos de lesiones en el Código Penal español", en: CDJ, N° V, Madrid, 1993.

[330] En este sentido, véase: Sentencia de 05.AGT.97, Lima, en Expediente: 136-97 y STS, 2° Sala, 17 de mayo de 1994, Ponente: Soto Nieto, establece que "las lesiones menoscaban la integridad corporal o la salud física o mental de la víctima, y que para su sanidad requieran, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico"; STS, 2° Sala, 03 de abril de 1992, Ponente: Puerta Luis; STS, 2° Sala, 24 de febrero de 2003, Ponente: Ramos Gancedo y STS, 2° Sala, 05 de mayo de 2003, Ponente: Colmenero.

[331] Cfr. STS, 2° Sala, 30 de noviembre de 1981, Poniente: Hijas Palacios.

[332] Cfr. CARRARA, Francesco: "Programa de Derecho criminal. Parte especial", Volumen II, Editorial Temis, Bogotá, 1958, p. 40.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

comisión)[333] o aborto[334]. Por ello, es necesario precisar la figura lesiones no mortales o simplemente lesiones, son todas aquellas que por sí solas o por sus complicaciones, más o menos alejadas, no producen la destrucción de la vida (homicidio o aborto) en un caso determinado[335]. Ahora, la curación de los perjuicios a la salud que causan las lesiones puede obedecer a una restitución integral completa, anatómica y funcional, o por el contrario puede dejar tras de sí secuelas, que unas veces puede compensarse parcial o totalmente y otras no.

Finalmente de cada una de las definiciones expuestas se puede extraer los siguientes términos: "daño", "integridad corporal o de la salud física y psíquica" y "agentes externos o internos". Elementos con los cuales, luego, construiremos el contenido de la figura de "lesión" que vaya acorde con las exigencias propias de las lesiones contra la vida humana dependiente.

1.1. Daño

Del latín damnum. La Real Academia de la Lengua define la acción de dañar como "causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia"[336]. La doctrina jurídica por su parte se muestra más precisa al señalar que daño es; "menoscabo que a consecuencia de un evento determinado sufre una persona en sus bienes vitales naturales, en su propiedad o en su patrimonio y del cual haya de responder otra"[337]. De esta última definición debe resaltarse la figura de "bienes vitales naturales" por cuanto guarda relación directa con la integridad del ser humano o persona natural.

En ese sentido, para efectos de los delitos de lesión se debe entender a la acción de dañar como aquel "menoscabo que sufre el ser humano en sus bienes vitales naturales a consecuencia de una acción intencional o imprudente de otro". Bajo este concepto por "bienes vitales naturales" hay que entender a la integridad corporal y a la salud física y mental del ser humano. No obstante ello, se puede decir que la corriente moderna se orienta en considerar a la "Salud" como el bien que viene a

[333] Véase los delitos de Homicidio: Homicidio simple (art. 106° del CP), Parricidio (art. 107 del CP), Asesinato (art. 108° del CP), Homicidio por Emoción Violenta (art. 109° del CP), Infanticidio (art. 110° del CP), Homicidio Culposo (art. 111° del CP) y Homicidio Piadoso (art. 112° del CP).
[334] Véase los delitos de Aborto: Autoaborto (art. 114° del CP), Aborto consentido (art. 115° del CP), Aborto no consentido (art. 116° del CP), Aborto agravado por la calidad del agente (art. 117° del CP), Aborto preterintencional (art. 118 del CP), Aborto terapéutico (art. 119° del CP) y Aborto sentimental y eugenésico (art. 120 del CP).
[335] Cfr. GISBERT CALABUIG, Juan Antonio: ob. cit., p. 315.
[336] Cfr. "Diccionario de la lengua española", Tomo I, 20° edición, Editorial Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1984, p. 440.
[337] Cfr. GISBERT CALABUIG, Juan Antonio: ob. cit., p. 456.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

englobar los elementos conformantes de los bienes vitales naturales[338], por cuanto, de conformidad con la Real Academia de la Lengua, salud "es el estado que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones". Por lo tanto, el daño va dirigido contra la salud de todo ser humano desde el momento mismo de su concepción.

1.2. Integridad corporal y la salud física y psíquica

Como se dejó establecido en el párrafo precedente, la integridad corporal y la salud física y mental pueden encajar bajo la expresión "bienes vitales naturales" y a la vez en la Salud. Sin embargo, conviene definir cada uno de ellos[339] para efectos prácticos y mejor visualización de lo que encierra cada uno de los elementos que enclaustra los bienes vitales naturales.

a) Integridad Corporal

Desde el punto de vista de la finalidad de protección del delito de lesiones es claro que el legislador históricamente ha querido proteger básicamente el cuerpo[340]. En este sentido, la integridad corporal en palabras de Soler[341] vendría a ser el cuerpo humano como un todo integrado, que guarda cierta arquitectura, cierta forma, tanto en su aspecto exterior como en su aspecto interior. Por esta razón es concebida como una de las dimensiones de la salud[342] [343]del ser humano.

Ahora bien, la integridad corporal se ve dañada cuando se altera o se destruye la integridad o arquitectura del cuerpo humano[344]. En suma, se concibió a la lesión como aquella acción, la cual va dirigida a menoscabar la integridad corporal o la salud física o mental de la persona, entendida después del nacimiento, pues no se comprendió lesionar a la persona humana en formación.

---

[338] En este sentido, cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: "Delitos de lesiones", 1° edición, Editorial Librería Portocarrero S.R.L., Lima, 2003, p. 15 y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: ob. cit., p. 97.
[339] Con mayor detalle PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob. cit. (2003), p. 18 y ss.
[340] Cfr. STS, 2° Sala, 10 de marzo del 2003, Ponente: Granados Pérez.
[341] Cfr. SOLER, Sebastián: "Derecho penal argentino", Tomo III, Tipografía editora argentina, Buenos Aires, 1963, p. 133.
[342] Salud es el estado en que el ser orgánico ejercer normalmente todas sus funciones. Lo contrario a la salud es la enfermedad.
[343] Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan: ob. cit., p. 69.
[344] Véase al respecto SOLER, Sebastián: ob. cit., p. 116.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Bajo este concepto cabe hacer algunas preguntas básicas para la debida aplicación (en los delitos de lesiones al nasciturus) del término en cuestión: ¿cuándo el ser humano adquiere la forma del arquetipo humano?, ¿se puede hablar de integridad corporal del ser humano desde su concepción hasta el momento de la anidación?; pues bien, estas interrogantes no estuvieron previstas por los antiguos legisladores, ya que únicamente concibieron como susceptibles de lesión a las personas ya nacidas.

A ello cabe objetar que el concepto adoptado a partir de la idea del cuerpo humano de la persona una vez nacido no es coherente con la noción de cuerpo que se tiene del ser humano en sus primeros días de formación, por cuanto, como ya lo apuntamos anteriormente, en los primeros días del nasciturus, éste es una célula única que tiene vida propia y conforme se traslada al útero va desarrollándose; no obstante, anidado el óvulo fecundado tampoco hay un cuerpo definido tal como lo define el concepto aquí manejado, propio para referirse a las lesiones contra las personas humanas ya nacidas.

Por último, de acuerdo a las Investigaciones médicas, es notorio que el nasciturus adquiere la forma del arquetipo humano, conforme ya lo indicamos (véase supra: Cap. I, 7), en el término de la novena semana de gestación, momento en el cual el feto únicamente crece y se desarrolla hasta desprenderse del lecho materno.

b) Salud física

La salud física se refiere al estado fisiológico[345] normal y sano del organismo[346] humano[347], es decir al equilibrio funcional del organismo. Por lo tanto, hay presencia de la salud cuando el estado de equilibrio se mantiene[348].

Conforme a esta redacción de la salud física, para efectos de la lesión, se le produce daño cuando se causa el desequilibrio funcional en una persona sana

[345] La Fisiología es la ciencia que tiene por objeto el estudio de las funciones de los organismos vivientes.
[346] Conjunto de órganos (cualquiera de las partes del cuerpo animal o vegetal que ejercen una función) del cuerpo animal o vegetal.
[347] Cfr. MEZGER, Edmundo: ob. cit., p. 72.
[348] Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob. cit. (2003), p. 20.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

o en un enfermo agravando su mal o creándole otro que antes no adolecía. Este tipo de lesiones son visibles.

Este concepto de salud física, para efectos de lesiones contra el nasciturus, es aplicable sólo cuando el ser en formación alcanza cierto desarrollo y adquiere la forma humana con lo cual será, pues, la única forma de producirle un daño que le causare el desequilibrio funcional de sus organismos. Por este motivo, antes de ello (forma humana) no se puede hablar de daños en la salud física; por cuanto el ser en formación, en sus primeros días, carece de organismos, ya que estos van apareciendo conforme transcurren los días, por ejemplo, el pulmón aparece en la cuarta semana de gestación (con mayor detalle véase supra: Cap. I, 7).

c) La Salud psíquica o mental

La salud psíquica o mental de una persona viene representada por el equilibrio de sus funciones psíquicas; al respecto, agrega el profesor Villa Stein[349] que la salud psicológica tiene que ver con el funcionamiento mental en su triple dimensión cognitiva, afectiva y comportamental.

El deterioro del equilibrio de las funciones psíquicas, constituyen las lesiones en la salud psíquica o mental que ha de ser de origen patológico. Un claro ejemplo de esta clase de daños es la "producción de malestares físicos de cierta entidad, como la producción de terror[350] o de asco"[351]. En palabras de Portocarrero Hidalgo[352] y Hugo Vizcardo[353] el menoscabo en la salud mental puede ser duradero o relativamente pasajero[354].

[349] Cfr. VILLA STEIN, Javier: ob. cit., p. 185.
[350] "Es evidente, en el caso, que el someter a un niño de 11 años a presenciar el asesinato de su hermana, luego de haberle dado explicaciones crípticas, que no pueden sino haberlo aterrorizado, reúne todos los elementos conceptuales de una lesión corporal. Si el sólo enfrentamiento del niño al cadáver, someterlo a la percepción del mismo, hubiera sido probablemente suficiente para configurar la lesión corporal, imponerle presenciar cómo se daba muerte a su hermana de 3 años reúne sin duda todos los ….": con mayor detalle STS, 2° Sala, 9 de junio de 1998, Ponente: Bacigalupo Zapater.
[351] Cfr. STS, 2° Sala, 10 de marzo del 2003, Ponente: Granados Pérez.
[352] Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob. cit. (2003), p. 22.
[353] Cfr. HUGO VIZCARDO, Silfredo: ob. cit., p. 259.
[354] La ley no exige en modo alguno que el menoscabo de la salud psíquica de la víctima sea de carácter permanente. Por lo tanto, cabe considerar que un mecanismo transitorio de la salud mental es suficiente para configurar la gravedad requerida por el tipo del delito de lesiones. Por otra parte, el menoscabo no debe alcanzar la gravedad de una enfermedad mental. En este sentido, véase la STS, 2° Sala. 09 de junio de 1998, Ponente: Bacigalupo Zapater.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Pese a la claridad de lo antedicho, la dificultad se presenta, al trasladar el concepto al período in fieri del ser humano, pues el menoscabo de esta dimensión de la salud es posible únicamente cuando el nasciturus, durante su desarrollo intrauterino, alcanza el completo desarrollo de la actividad cerebral (Supra: Cap. I, 7) en la cuarta semana de gestación. En esta línea el problema aflora por el lado de la prueba procesal; pues, ¿cómo se comprueba que el feto o producto de la concepción sufre un mal mental provocado?, cuando éste según el extremo de la definición son pasajeros; por tanto, ¿cómo se comprobaría que hubo una lesión en la salud mental?, cuando el proceso de la enfermedad se desarrolló dentro de la etapa de gestación.

2. CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS LESIONES

Los delitos de lesiones en atención a la acción que despliega el sujeto activo sobre el sujeto pasivo, pueden clasificarse en lesiones producidas por conductas dolosas y las producidas de manera culposa o imprudente; por otro lado, atendiendo al resultado de la lesión, éstas pueden ser graves o leves.

En el marco jurídico de la ley penal, los delitos de lesiones se encuadran dentro de los delitos contra el cuerpo y la salud.

Para localizarlo en el actual Código Penal de 1991 (Decreto Legislativo N° 635, promulgado el 03 de abril de 1991 y publicado en el Diario Oficial el Peruano el 08 de abril del mismo año), hemos de situarnos en el Libro Segundo (Parte especial - Delitos), Título I (Delitos Contra La Vida, El Cuerpo y la Salud), Título III (Lesiones) más concretamente en los artículos 121 a 124 (También puede hablarse de tipos delictivos de lesiones en el art. 124-A – “Lesiones en el concebido”). Y con el carácter de Falta las lesiones se positivan en los artículos 444 a 443 del referido Código, pertenecientes al Libro Tercero (Faltas), Título II (Faltas contra la persona).

2.1. Lesiones producidas por conductas dolosas y culposas

Según la acción que despliega el sujeto activo sobre la víctima para causarle la lesión, éstas pueden ser conductas dolosas o culposas.

Estas conductas están tipificadas en la mayoría de los Códigos Penales como por ejemplo el Código Penal español de 1995 o el Código Penal colombiano del 2000. En lo que respecta a nuestro ordenamiento legal, el Código Penal de 1991 viene

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

tipificar las conductas dolosas[355] en los artículos 121, 121-A, 122, 122-A y 124-A, mientras las culposas[356] o imprudentes en el artículo 124.

2.2. Lesiones graves y leves

Las lesiones graves están contenidas en los arts. 121, 121-A del CP peruano de 1991. El primer artículo es el punto de referencia para tratar las lesiones graves donde se requiere que el daño causado a otra persona le afecte con cierta magnitud a su salud[357]. En este sentido, no siendo el punto cardinal de la presente investigación desarrollar los delitos de lesiones contra las personas, me resta citar la clasificación

[355] Véase el Código Penal peruano: "Artículo 121°.- El que causa a otro grave daño en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni menor de ocho años. Se consideran lesiones graves: 1. Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima. 2. Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente. 3. Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa. Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y si el agente pudo prever el resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años". "Artículo 121-A.- En los casos previstos en la primera parte del artículo anterior, cuando la víctima sea menor de catorce años y el agente sea el padre, madre, tutor, guardador o responsable de aquel, la pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, suspensión de la patria potestad según el literal b) del Artículo 83° del Código de los Niños y Adolescentes e inhabilitación a que se refiere el Artículo 36° inciso 5. Igual pena se aplicará cuando el agente sea el cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o pariente colateral de la víctima. Cuando la víctima muera a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de seis ni mayor de quince años". "Artículo 122.- El que causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento cincuenta días-multa. Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años". "Art. 122-A.- En el caso previsto en la primera parte del artículo anterior, cuando la víctima sea menor de catorce años y el agente sea el padre, madre, tutor, guardador o responsable de aquel, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, suspensión de la patria potestad según el literal b) del Artículo 83° del Código de los Niños y Adolescentes e inhabilitación a que se refiere el Artículo 36° inciso 5. Igual pena se aplicará cuando el agente sea el cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente natural o adoptivo, o pariente colateral de la víctima. Cuando la víctima muera a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años". "Art. 124-A.- El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de seis años, suspensión de la patria potestad según el literal b) del Artículo 83° del Código de los Niños y Adolescentes e inhabilitación a que se refiere el Artículo 36° inciso 5. Igual pena se aplicará cuando el agente sea el cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente natural o adoptivo, o pariente colateral de la víctima. Cuando la víctima muera a consecuencia de la lesión y el agente prever este resultado, la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años". "Art. 124-A.- El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de tres".

[356] Véase el Código Penal peruano "Art. 124.- El que por culpa causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, será reprimido, por acción privada, con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a ciento veinte días-multa. La acción penal se promoverá de oficio y la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y de sesenta a ciento veinte días-multa, si la lesión es grave. La pena privativa de la libertad será no menor de tres años ni mayor de cinco años e inhabilitación, según corresponda, conforme al Artículo 36° incisos 4), 6) y 7), cuando el agente haya estado conduciendo un vehículo motorizado bajo el efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o cuando sean varias las víctimas del mismo hecho o el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito. La pena será no mayor de tres años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y cuando sean varias las víctimas del mismo hecho, la pena será no mayor de cuatro años".

[357] Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: ob. cit., p. 102.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

que al respecto hace el profesor Portocarrero Hidalgo[358] cuando desarrolla el art. 121° del CP para hacer referencia a las conductas (correspondiente a cada uno de los incisos del artículo en cuestión) las cuales producen las lesiones graves:

"1. Lesiones que ponen en peligro la vida de la víctima[359]

2. Este inciso presenta los siguientes tipos de lesión

"2. Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguración de manera grave o permanente". La inclusión del inciso 2 es personal.

a. Las que mutilan un miembro u órgano principal[360]
b. Las que hacen impropio para su función a un miembro u órgano principal[361]
c. Las que ocasionan incapacidad para el trabajo[362]
d. Las que ocasionan invalidez permanente[363]

[358] Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob. cit., p. 31 y ss.
[359] En primer lugar las "heridas" son lesiones traumáticas con solución de continuidad de la piel que son causadas por agentes lesivos externos o internos. Estas heridas pueden poner en peligro la vida de una persona, pero ello depende de una serie de factores, tales como la salud, la fortaleza, la edad, etc., o que la herida se pueda agravar; con mayor detalle: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob. cit., p. 32 y ss.
[360] La acción de "mutilar" es sinónima de cortar, cercenar, amputar o extirpar, de manera total o parcial, un miembro u órgano de cualquier parte del cuerpo humano; cfr.: PEÑA CABRERA, Raúl: ob. cit., p. 286 y PUIG PEÑA, Federico: ob. cit., p. 348. Miembro (del latín membrun) es cualquier extremidad del cuerpo humano unida al tronco, al que debemos agregar que los miembros bilaterales son cuatro, dos inferiores, útiles para la sustanciación y locomoción, y dos superiores, útiles para el tacto y la aprehensión, más uno no bilateral, el miembro viril, útil para la procreación; los miembros inferiores se dividen en muslo, pierna y pie y los superiores, en brazo, antebrazo y mano; ampliamente: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob. cit., (2003), p. 34 y ss., y BASILE, Alejandro: ob. cit., p. 35 y ss. Órgano (del griego organon) es el conjunto de tejidos o de órganos de menor importancia que actúan simultáneamente en el ejercicio de una función determinada, debe ser entendido no en su contenido anatómico sino funcional, así para la anatomía, órgano es un riñón, un ojo; y para el lenguaje jurídico, órgano es el conjunto de los riñones, de los dos ojos, pues se les considera como sinónimo de función, de donde para la legislación, la pérdida de un riñón debe entenderse únicamente como debilitamiento de la función renal, y la pérdida de los dos, como la anulación de la función renal, y la pérdida de los dos, como la anulación de la función renal; con los ojos y otros es igual.
[361] Por miembro u órgano principal debe entenderse aquel "cuya función sea esencial o preeminente en la vida, que tenga una fundamental importancia y cuya elevada dignidad funcional sea tal que su pérdida acarrea al que la sufre, una gran depreciación en sus actividades". En cuanto a la distinción de lo principal o no del miembro u órgano, ciertamente el único criterio posible para ello ha de extraerse desde el bien jurídico y según la importancia que revista para la salud del sujeto. En este sentido, un criterio de distinción será necesariamente de naturaleza funcional; con mayor detalle: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: ob. cit., p. 104.
[362] Es la incapacidad para realizar cualquier tipo de trabajo material o mental, en cualquier etapa de la vida, de tal forma que puede ser agraviada una persona que se encuentra en actividad laboral, como un cesante o jubilado (…) la inhabilitación puede ser temporal o transitoria; con mayor detalle: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob. cit., p. 49 y ss.
[363] El agraviado a consecuencia de la lesión queda inhabilitado de manera permanente para realizar cualquier tipo de trabajo, sin la posibilidad de que la lesión se revierta, al respecto ampliamente: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

e. Las que ocasionan anomalía psíquica permanente[364]

f. Las que ocasionan desfiguración grave y permanente[365]

3. Las que infieren cualquier otro daño[366]"

Para cerrar con el primer dispositivo debemos hacer mención de la figura conocida en la doctrina penal como "lesiones graves seguidas de muerte" contenida en el último párrafo del art. 121°. Ésta es una figura donde la acción inicial es una lesión producida por una acción dolosa y de cuya consecuencia resulte la muerte del agraviado, pero de manera culposa[367].

Finalmente en esta parte de las lesiones graves tenemos el art. 124-A, cuya esencia para determinar su gravedad es la relación que existente entre el sujeto activo y pasivo. De ello se desprende tres supuestos: forma agravada por la edad de la víctima, por la calidad del agente y por la muerte de la víctima[368].

Las lesiones leves están contenidas en el art. 122 del CP peruano y en palabras de Bramont-Arias Torres se le puede definir como cualquier daño a la salud que no quede comprendido en el art. 121 del CP, siempre que requiera de diez a treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa[369]. En esta misma línea, también, tenemos a las lesiones leves a menores y a parientes, contenidas en el art. 122-A del mismo cuerpo de leyes.

ob. cit. (2003), p. 52 y ss.; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: ob. cit., p. 104.

[364] Son lesiones que causan trastornos mentales permanentes, no interesa que estas, con el aporte médico, vuelvan a su estado de salud normal; mayor detalle: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob. cit., (2003), p. 52.

[365] Significa desmejorar, afear, ajear la estética corporal de la persona tal cual es. La lesión tiene que ser permanente y notoriamente desfigurante, descartándose los supuestos de lesiones que se extingan por el proceso renovatorio de los tejidos o aquellas que se materializan en regiones del cuerpo que habitualmente se ocultan con las ropas. No es necesario que la desfiguración sea repulsiva, es suficiente que socave la armonía o belleza del rostro o del cuerpo en general, es decir, que simplemente afee o disminuya de modo imborrable la armonía natural; ampliamente: HUGO VIZCARDO, Silfredo: ob. cit., p. 272 y ss.

[366] Ante la imposibilidad de prever toda la gama de lesiones graves que se puedan causar, la ley utiliza esta fórmula. Sin embargo, estas conductas, tiene que ser distintos a los expresamente tipificados pero no excluye que sean semejantes; con mayor precisión: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob. cit., (2003), p. 57 y ss.

[367] En ese sentido: HUGO VIZCARDO, Silfredo: ob. cit., p. 278 y ss.: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob. cit., (2003), p.62 y ss.; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: ob. cit., p. 106 y ss.; PEÑA CABRERA, Raúl: ob. cit., p.294 y ss.

[368] Con mayor detalle: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob. cit., (2003) p. 97 y ss.; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: ob. cit., p. 107 y ss.

[369] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: ob. cit., p. 111.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3. VALORACIÓN MÉDICA DEL DAÑO OCASIONADO EN LA SALUD DEL SER HUMANO

Las lesiones necesitan de una valoración llevada a cabo por un personal médico especializado (perito[370]) cuya actividad está dirigida a conocer con exactitud y objetividad los daños ocasionados por la lesión en la integridad del ser humano y de esta manera obtener una evaluación final que permita al operador jurídico determinar las consecuencias jurídicas del hecho delictuoso.

Producida la lesión, ya sea a consecuencia de una acción dolosa como culposa, y determinando la responsabilidad penal del agente, ésta da origen a la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: pena, medida de seguridad y reparación civil.

En este apartado nos interesa la reparación civil que se determina, conforme al art. 92 del CP, conjuntamente con la pena; pues está destinada a reparar el daño producido, lo que se hace para compensar el perjuicio físico y económico derivado de la lesión, existiendo así la necesidad de evaluar dicho daño corporal para que el Juez pueda establecer la cuantía de la compensación. Éste es un principio común a las legislaciones modernas: si el dañador ha causado menoscabo en la esfera jurídica de una persona (nacida y no nacida), es lógico que la reparación debida consista en reintegrar esa esfera lesionada a su estado anterior a la producción del daño o, si esto no es posible, compensarlo adecuadamente[371].

En suma, la reparación civil por el daño causado será determinada por el Tribunal o por el Juez competente, para ello se apoyará en datos objetivos sobre el daño existente facilitado por un profesional o equipo médico adecuado. La valoración o indemnización del "daño corporal" suponen por definición, una valoración equitativa por parte del Magistrado, por cuanto esa valoración es siempre discrecional, necesariamente circunstancial y de imposible objetivación. Calabresi[372] señala que "la completa compensación es una ilusión", teniendo en cuenta que se trata de un daño inmaterial y la determinación de su equivalencia en dinero (o pena) será por estimación o apreciación aproximativa. Puede deducirse así fácilmente la gran importancia y dificultad que posee esta actuación a la hora de evaluar los daños a las

[370] Especialista, conocedor, práctico o versado en una ciencia, arte u oficio. Quien posee título estatal de haber hecho determinados estudios o de poseer experiencia en una rama del conocimiento o en una actividad cualquiera. La Academia agrega, para definir al perito judicial, al que interviene en el procedimiento civil, penal o de otra jurisdicción, como la persona "que poseyendo especiales conocimientos teóricos o prácticos, informa bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia"; CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: ob. cit., p. 243.

[371] Cfr. GISBERT CALABUIG, Juan Antonio: ob. cit., p. 455.

[372] Citado por GISBERT CALABUIG, Juan Antonio: ob. cit., p. 455.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

personas, lo que, junto con el gran número de casos existentes, determinan que deban ser conocidos en profundidad por el profesional de la medicina.

4. EL CASO CORTEGAN: UN HECHO PARADIGMÁTICO EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN

En la entonces República Federal de Alemania, de la década de los cincuenta, desde el interior de los laboratorios de la empresa farmacéutica Chemie-Grünenthal de Stolberg, se venía elaborando un fármaco que se denominó Thalidomide[373]. Luego de ello, tras una agresiva campaña publicitaria, en octubre de 1957, se le pondría a la venta en el mercado farmacéutico tanto alemán como de gran parte del mundo bajo la denominación de "Cortegan"[374].

Las píldoras eran un tranquilizante y somnífero elaboradas especialmente para mujeres embarazadas[375], por esta razón, los médicos de la época no dudaron en recetarlas a las madres en estado de gestación por cuanto, éstas contrarrestaban los malestares propios de los primeros meses de todo embarazo (aliviar las náuseas, los vómitos y otras molestias asociadas al embarazo). Empero, los efectos secundarios[376] de las píldoras no se hicieron esperar, pues, éstas afectaban directamente al feto. Y esto se pudo apreciar, prima facie, cuando las madres daban a luz a niños cuyo común denominador era la ausencia de la mayor parte del brazo y la presencia de pequeñas manos en forma de aleta que se extendían directamente desde el hombro, dando lugar a la denominada focomelia[377] o miembros de foca (véase en anexo, gráfico N° 01). Otra deformidad frecuente fue la aplastia radial, la ausencia del pulgar y del hueso adyacente en el antebrazo, además de la deformación de los miembros bilaterales; la droga también, causaba deformidad en los ojos y las orejas, los genitales, los

[373] Palabra compuesta derivada de N-phthaloylglutamyde o amida de ácido italglutámico.
[374] Cortegan fue la primera denominación que se le dio a la sustancia química Talidomida, ya que por ejemplo en Suecia se le denominó Neurosedyn.
[375] Pues el medicamento se vendía con el rótulo: "Especialmente conveniente para el embarazo".
[376] Por otra parte, y aunque demasiado tarde para muchos niños, en el curso de las investigaciones se logró demostrar que la droga interfiere el suministro de sangre de las extremidades durante el desarrollo del embrión, lo que explicaría la particular capacidad teratogénica que convirtió a este medicamento, en el error farmacológico más dramático del siglo XX.
[377] La "focomelia", defecto congénito muy raro antes del desastre de la "talidomida", es la forma anómala de los miembros, ya sea superior o inferior, donde le falta el segmento más proximal –generalmente el que la une al resto del cuerpo humano adoptando así la forma de aletas de foca.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

riñones, el conducto digestivo y el sistema nervioso[378]. Cabe agregar que en algunos casos se provocaba la muerte del recién nacido[379].

Las consecuencias que sufrieron los hijos de las madres los cuales habían ingerido el medicamento fueron alarmantes, pues las cifras de los perjudicados se elevaban en miles de afectados[380]. Ante este trágico hecho la respuesta por parte de los padres de aquellos niños disminuidos en su salud y de los médicos no se hizo esperar por encontrar la causante de tales resultados. Las sospechas quedaron confirmadas cuando los padres de algunos niños deformados empezaron a facilitar datos a los especialistas, lo cual permitió descubrir una serie de coincidencias: la mayoría de las madres de niños afectados habían ingerido la píldora en el segundo mes del embarazo, precisamente en el mes en el que se forman los brazos y las piernas del feto, se llegó a la conclusión de que el causante era la píldora Cortegan[381].

Así, la denuncia de los hechos llegaría hasta los tribunales alemanes, en especial del Tribunal de Aquisgrán quien se encargó de ventilar el llamado "Caso Cortegan". Pero sin embargo, el problema se presentaría al momento de determinar la relación causal entre el medicamento y las malformaciones de los niños.

Ante los hechos descritos en los epígrafes anteriores, la Comunidad no hizo esperar su reacción; es así que en 1968, tras varios años de investigaciones, se inicia el denominado "Proceso Cortegan", en el que se acusaba a siete directivos de la empresa alemana Grünenthal[382], por estimarlos responsables de la producción y comercialización del fármaco

[378] Cfr. GAMERO ESPARZA, Carlos. "Píldoras en su laberinto", en: Revista Vivat, Año V, Noviembre del 2002, N° 40 (disponible en: http://www.2.uah.es/vivatacademia).

[379] La muerte no solo fueron por las causas propia de la píldora "Cortegan", sino que también eran provocadas por los propios padres al ver la deformidad de su hijo recién nacido. Un hecho que conmovió al mundo fue el conocido "proceso de Lieja", en el que cuatro miembros de una familia y su médico fueron acusados y absueltos de eutanasia practicada en una niña recién nacida que, como consecuencia de la ingestión por parte de su madre del fármaco antes mencionado, había nacido sin brazos. JIMÉNEZ DE ASÚA describía este proceso: "Susanne Vandeput (…) dio a luz a una niña sin brazos. Al verla grito: "No podemos dejarla que viva ni por su bien ni por el mío". El 22 de mayo de 1962 vino al mundo. Las esperaban con júbilo y hasta pensaron llamarla Corine. La triste nueva de la deformación de la criatura fue dada inmediatamente al padre, Jean Vandeput, a la abuela y hermana. Los días 23, 24 y 25 no le mostraron la recién nacida a la madre, a pesar de sus demandas, con el pretexto de que era muy débil y necesitaba calor suplementario. El 26 se la entregaron y al verla profiere las palabras transcritas inmediatamente convoca una especie consejo de familia ante el cual entre sollozos: "es preciso que la mate inmediatamente, después no tenía valor para hacerlo". Todos aprueban. El 29 del mismo mes se implora ante el Dr. Castres, médico de la familia auxilio para hacer desaparecer a la deforme criatura. Tras de vacilaciones angustiosas Castres accede a procurar un somnífero, capaz de dormir definitivamente a la infeliz Corine. La atribulada madre, sola, le propina la droga y la niña muere". Citado por RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob. cit., p. 76.

[380] Pero nunca se conocerán cifras exactas de ello debido a que el medicamento fue consumido indiscriminadamente en países donde no había control farmacológico. Al respecto cfr. GAMERO ESPARZA, Carlos: ob. cit.

[381] Cfr. GAMERO ESPARZA, Carlos: ob. cit.

[382] Cfr. Diario Médico: "Pruebas preliminares no demostraron efectos secundarios graves. El consumo de talidomida produce malformaciones", en: Diario Médico.Com (disponible en: http://www.diariomedico.com/medicinasiglo/noticia1961-html)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

sin haber observado previamente, en los ensayos pertinentes (entre los cuales se encontraba la investigación de los posibles efectos secundarios del medicamento), el debido cuidado[383].

Sería entonces el Tribunal de Aquisgrán, que bajo el amparo de un Código Penal alemán (StGB) carente de una tipificación expresa del delito de lesiones contra el nasciturus, fuera quien se ocupó del proceso penal, en el cual debía decidirse la responsabilidad penal de aquellos directivos de la empresa Grünenthal. En ese momento los operadores jurídicos entendieron que la conducta sería subsumible en los delitos de homicidio culposo (§ 222 StGB)[384], realizados a través de las acciones prenatales que, de manera imprudente, provocaron el resultado de muerte postnatal, y de lesiones corporales también culposas (§ 230 StGB)[385], subsumiendo en ellas las lesiones imprudentes en el feto con efectos postnatales subsistentes[386]. Como puede verse el Derecho penal alemán, sin contar con un tipo penal que proteja el feto contra ataques que deterioren su integridad, tuvo que enfrentar el hecho, a través, de los tipos penales que se menciona en este párrafo[387].

Entonces, sería, tras más de dos años de juicio, que el Tribunal resolvió sobreseer el proceso, de modo que no llegó a condenar penalmente a los imputados, toda vez que la empresa Grünenthal se comprometió a indemnizar a las víctimas con un fondo de 114 millones de marcos[388].

De la resolución emitida por el Tribunal germánico, con la cual se concluyó el proceso del "Caso Cortegan" se puede apreciar tres aspectos importantes que son desarrollados de manera exhaustiva por Ramón Ribas, del cual no me queda más que citar las conclusiones a las cuales arribó tras el análisis de la sentencia Aachenn de fecha 18 de diciembre de 1970. Así:

---

[383] Cfr. LÜTTGER: "Der Begnin der Geburt und das Strafrecht. Probleme an der Grenze Zwischen Leibesfructcharakert und menschqualität", en JR, FET 4, April, 1971, citado por RAMON RIBAS, Eduardo: ob. cit., p. 85 y ss.

[384] § 222. Homicidio culposo.- Quien cause la muerte de una persona por imprudencia, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

[385] § 232. Lesión corporal culposa.- Quien por imprudencia cause la lesión corporal de otra persona, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

[386] Cfr. LÜTTGER: "Der Beginn der Geburt und das Strafrecht", ob. cit., p. 136: "La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso Cortegan" ob. cit., p. 71: ROMEO CASABONA: "El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana", ob. cit., p. 404; citadas por RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob. cit., p. 86.

[387] Así se desprende del LG Aachen, sentencia del 18 de diciembre de 1970; citado por RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob. cit., p. 86.

[388] Cfr. HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco: "La responsabilidad por el producto en Derecho Penal", Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 50.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

"1. Los abortos imprudentemente causados son, por ausencia de previsión legal en dicho sentido, atípicos[389]. Sólo el aborto doloso es punible conforme a la legislación penal alemana.

2. Las acciones prenatales que causaron la muerte de niños poco después de su nacimiento realizan el tipo de homicidio imprudente (§ 222 StGB).
3. Las acciones prenatales que, pese a incidir sobre el feto, causaron lesiones a las personas nacidas, cuyas funciones quedaron impedidas o gravemente menoscabadas, realizan el tipo de lesiones imprudentes (§ 230 StGB)[390].

Son entonces, estos tres puntos mediante el cual el Tribunal de Aquisgrán buscó soluciones jurídico-penales tras los hechos acaecidos. Sin embargo, ante ello la apreciación del caso Cortegan por parte de los juristas alemanes no se hizo esperar, tal como se verá líneas más abajo.

4.1. El Debate en la Doctrina Alemana tras el caso Cortegan

El debate doctrinal que se produjo en Alemania tras el caso Cortegan en el círculo penal, giró entre las posiciones de los juristas Schröder, Tepperwein, Lüttger y Kaufmann quienes aportaron importantes soluciones, las cuales deben tenerse en cuenta.

4.1.1. La posición de Schröder

El notable jurista alemán al estudiar el "caso Cortegan" concluyó que en doctrina penal y, para este caso específico, el hecho decisivo para la determinación del tipo (sea homicidio, aborto o lesiones) realizado viene dado por el momento de la producción efectiva del resultado, es decir, éste determinará la tipicidad de la conducta. Así por ejemplo, la causación de la muerte del feto por expulsión prematura constituye una forma de homicidio, aun cuando la acción delictiva se haya efectuado cuando el ser se encontraba en el útero materno, pues la muerte se produce una vez situados en el espacio típico de aquél, esto es, después de la expulsión y, por tanto cuando ha tenido lugar ya el nacimiento[391].

[389] De conformidad con el actual Código Penal alemán (StGB) el aborto imprudente o culposo es impune, pues la doctrina alemana y, con ella el legislador, ha considerado innecesaria la tipificación de dicha modalidad de aborto.
[390] Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob. cit., p. 103.
[391] Véase ampliamente RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob. cit., p. 161 y ss.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En síntesis, en opinión de Schröder el criterio que debe manejarse ante un hecho delictivo y determinar su tipicidad estará dado por el resultado efectivamente producido, además no considera punible aquellas conductas culposas o imprudentes que incidieran sobre la integridad del feto.

4.1.2. La posición de Tepperwien

La notable jurista elaboró una extensa y exhaustiva monografía, por lo que en palabras de Ramón Ribas[392] citaremos las conclusiones que la propia autora ofrece en su notable monografía de 1973 titulada “Praenatale Einwirkungenn als Tötung oder Körperverletzung”.

“1. Las acciones que actúan antes de la concepción, esto es incidiendo sobre las células germinales.

Éstos son, en todo caso, impunes, con dependencia que conduzcan a unas lesiones o a la muerte del feto o persona que llegue a nacer. Los delitos de homicidio y lesiones presuponen un objeto no lesionado que reúna todas las cualidades a las que estos tipos ligan su protección en el momento en que se produce la lesión en sentido natural, esto es, su modificación. Dado que las células germinales no son todavía un ser humano ni poseen salud, la actuación sobre ellas carece de trascendencia penal.

Las acciones que coinciden con la concepción.

En el caso especial en el que se concibe un ser humano con capacidad vital limitada o con una enfermedad hereditaria, debe afirmarse también la impunidad de la conducta: matar o lesionar no equivale a concebir o crear, es decir, a escatimar, desde un principio, la duración de la vida o la salud.

2. Acciones que inciden con posterioridad a la concepción pero antes del nacimiento.

Si la acción incide sobre el feto provocando la muerte del niño poco después de nacer o nazca lesionado, son aplicables, en principio, los parágrafos §211[393] ss.,

[392] Ibídem, p. 199 y ss.

[393] §211. Asesinato (1) El asesino se castigará con pena privativa de libertad de por vida (2) Asesino es quien por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

y §223 ss., pues el resultado producido pertenece a estos tipos. No obstante, la punibilidad de la conducta está condicionada por la culpabilidad del autor:

- Imprudencia: Si el autor ha actuado negligentemente la conducta no será punible. De la atipicidad del aborto imprudente se extrae una decisión legislativa que afecta a todo ataque culposo que incide sobre el feto, independientemente de que el resultado lesivo o letal acontezca antes o después del nacimiento.
- Error (dolo o imprudencia): En caso de que el autor haya actuado dolosamente sobre el feto sin contar con la posibilidad de que el resultado alcanzara a una persona, deberá acudirse a una solución concursal; junto a una tentativa de aborto resultan aplicables los tipos de homicidio o lesiones imprudentes.
- Dolo: Si el autor incidió sobre el feto con conocimiento de que el resultado alcanzaría a la persona, son aplicables los parágrafos § 211 ss., § 223 ss. No obstante, cuando el resultado sea la muerte de la persona debemos establecer diferencias en atención a la causa y tiempo del fallecimiento: si éste tiene lugar como consecuencia de una expulsión prematura y poco tiempo después ella, será aplicable el parágrafo §218 (interrupción del embarazo). En cambio, si la muerte tiene origen en causas distintas de la falta de madurez deberá encuadrarse la conducta en los tipos de homicidio. Finalmente, cuando la muerte obedece a una interrupción prematura de la gestación pero acontece largo tiempo después del nacimiento también será aplicables los parágrafos §211 ss".

4.1.3. La posición de Hans Lüttger

Lüttger manifestada que el Derecho penal de su tiempo expulsaba, de manera inequívoca, las concepciones que incluyen acciones prenatales en los tipos de lesiones y homicidio al ámbito de una legítima analogía en contra del reo. Por ello, decía, debe excluirse su aplicación por lo siguiente:

cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho o para encubrirlo, mata a un ser humano.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

"1. Las acciones prenatales que determinan la muerte con posterioridad al nacimiento:

- Si existe dolo de abortar: Aborto doloso consumado.
- Si la acción es imprudente: Aborto culposo imprudente.

2. Acciones prenatales lesivas cuyos efectos permanecen en la persona nacida:

- Si existe dolo de lesionar: Lesiones fetales atípicas.
- Si el comportamiento es imprudente: Lesiones a feto atípicas"[394].

Así, proponía una solución de lege ferenda, que consistía en introducir al cuerpo legal penal alemán, la figura del delito de aborto culposo y otro de lesiones imprudentes al feto que sancionarán la infracción profesional de ciertos deberes de cuidado[395].

4.1.4. La posición de Armin Kaufmann

Las acciones prenatales que determinan la muerte de la persona nacida no realizan, en ningún caso, el tipo de homicidio[396]. El tipo aplicable viene marcado por la calidad jurídica del objeto cuando la acción incide sobre él. Dado que en estos supuestos el ser humano no es aún persona[397] y, sí, en cambio, el feto se realiza, objetivamente, el tipo de aborto, y, por cierto, con independencia del tiempo transcurrido entre el inicio del nacimiento y la muerte. Si el sujeto actuó dolosamente, la conducta deberá calificarse, por tanto como aborto consumado.

Cuando la muerte del niño es causada por una acción prenatal imprudente, la exclusión del tipo de homicidio se produce, además de por las razones anteriores, por el efecto de cierre derivado del parág. 218[398]: aunque fuera preciso atender el resultado y, en consecuencia, pudiera estimarse realizado el tipo de homicidio, el castigo de esta clase de homicidio imprudentes prenatales

[394] Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob. cit., p. 217.
[395] Ibídem, p. 219.
[396] En contra de la posición de SCHRÖDER.
[397] Para el Derecho alemán la calidad de persona se adquiere con el inicio del nacimiento.
[398] § 218. Interrupción del embarazo (1) Quien interrumpa un embarazo, será castigado con pena privativa de libertad hasta tres años o con multa. Acciones cuyo efecto se presenta antes de la terminación de la anidación del huevo fecundado en la matriz no se consideran como interrupción del embarazo en el sentido de ésta ley. (2) En casos especialmente graves, el castigo será de pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años. Un caso especialmente grave se presenta por regla general cuando el autor 1. Actúe contra la voluntad de la embarazada. 2. Cause culposamente un peligro de muerte o un grave daño en salud de la embarazada. (3) Si la embarazada comete el hecho, entonces el castigo será de pena privativa de libertad hasta un año o multa. (4) La tentativa es punible. La embarazada no será castigada por la tentativa.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

equivaldría a la tipificación del aborto imprudente, provocándose una intolerable reglamentación de la vida de la madre y otras personas que se relacionan con ella. La conducta debe calificarse, en definitiva, como aborto culposo atípico.

En los supuestos de acciones prenatales dolosas cuyos resultados permanecen después del nacimiento tampoco es aplicable el delito de lesiones. Aquí la cuestión se plantea, no obstante, de modo diverso a los casos anteriores. En estos últimos concurrían dos tipos penales, el de aborto y el de homicidio, que, al menos aparentemente, resultaban parcialmente realizados: la acción era de naturaleza abortiva mientras el resultado era propio del tipo de homicidio. Sin embargo, la introducción de la figura de aborto y la posición del legislador por el momento de la acción, sustraían ciertos resultados del ámbito del homicidio. Ahora, en cambio, sólo se discute si se cumplen las exigencias requeridas por el único tipo cuya aplicabilidad se cuestiona. En este caso, son la letra y la estructura legales las que impiden entender concurrente una conducta típica: si la lesión consiste en una disminución o empeoramiento del estado físico o psíquico del ser humano, y los delitos de lesiones exigen que la misma se produzca en una persona, no cabe sino negar la tipicidad de las lesiones causadas al feto. Aunque sólo trascienden socialmente cuando ya se convirtió en persona, no son más que una consecuencia o efecto de una previa actuación sobre el proceso fisiológico fetal que perdurará más allá del nacimiento. Calificación jurídica: lesiones fetales dolosas atípicas.

Acciones prenatales culposas las cuales causaron lesiones a un feto cuyos efectos alcanzan a una persona nacida. Una vez más, como ya ocurriera, con la acción prenatal que imprudentemente causó la muerte del nacido, en la exclusión de la aplicabilidad del tipo de lesiones culposas concurren diversas razones, que, por otra parte, consideradas aisladamente, serían suficientes para enervar aquella figura. Al argumento derivado del hecho de que el resultado se perfeccionó ya con anterioridad a la adquisición de la cualidad de persona, por lo que lo único que permanece es la percepción de sus consecuencias, se añade ahora el efecto de cierre que produce el parágrafo 218: también el castigo de las conductas prenatales imprudentes cuyos resultados no alcanzan el nivel de muerte fetal, sino simplemente el nivel inferior de lesiones del feto, supondría una invasión insoportable del espacio de libertad de la mujer embarazada y de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

los terceros quienes entran en contacto con ella. Calificación jurídica: lesiones fetales impunes.

En líneas finales, se puede advertir el pensamiento del notable jurista alemán Kaufmann su tendencia de castigar penalmente aquellas conductas dolosas que causen lesiones al nasciturus.

4.2. La Doctrina Alemana en la actualidad

Como se señaló anteriormente la Talidomina o Cortegan provocó en el Derecho penal alemán la elaboración de diversas posturas de los más reconocidos juristas. Producto de ello, es que desde entonces ha permanecido estática, en el seno de la ciencia penal, la discusión respecto a la atipicidad de aquellas conductas humanas que menoscaban la integridad del feto[399].

Por otra parte, las voces que reclamaban la necesidad de crear una figura penal expresa, la cual tutela la salud del no nacido y sancione, en consecuencia, las lesiones fetales, en la actualidad no ha tenido eco, ya que esto se debe en palabras de Ramón Ribas[400] por la falta de concientización colectiva que identifique la ausencia de un tipo de lesiones al feto como un grave problema del sistema penal. Y esto lo podemos confirmar en el actual StGB alemán que aún no contempla esta modalidad delictiva.

Finalmente el caso Cortegan será siempre un punto de referencia para aquellos ordenamientos que busquen la tipificación de aquellas acciones, las cuales menoscaben la salud del nasciturus.

4.3. La Regulación de los Delitos de Lesiones contra la Vida Humana Dependiente en el Derecho Comparado

4.3.1. España (Código Penal de 1995)

En España el impulso codificador proviene de la necesidad de sustituir una normativa que hundía sus raíces en el siglo XIX (Código Penal de 1848) y que obedeciera a las exigencias del mundo moderno. Por ello, el Código Penal de 1995 ha de constituir una pieza básica del ordenamiento jurídico propio de un Estado

[399] Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob. cit., p. 237.
[400] Ibídem, p. 237.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

social y democrático de Derecho como lo es el Español según la Constitución de 1978[401]. Así las cosas, el 23 de noviembre de 1995 mediante Ley Orgánica N° 10/1995 se promulgó el Código Penal de 1995, la cual entró en vigor desde el 24 de mayo de 1996. De esta manera y conforme a su exposición de motivos entraba a regir en el pueblo español un código que tutele los valores y principios básicos de la convivencia social y obedezca al principio de la intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia.

De conformidad con las últimas líneas del párrafo anterior se criminalizó aquellas conductas, sean dolosas o imprudentes, que causaren daños en la salud del ser, producto de la concepción bajo la nomenclatura de "lesiones al feto". Esta figura se recogería a través de sus artículos 157° y 158° contenidos en el Título IV, del Libro II del Código Español vigente. Con ello, se colmaba el vacío legal que provocaban aquellas acciones dirigidas al feto con el fin de menoscabar su salud.

a) Figura delictiva dolosa

Artículo 157°. El que por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años[402].

Teniendo en cuenta la acción del agente y su relación con el objeto de la acción, se trata de un delito de resultado material. Siguiendo esta misma línea es susceptible de cometerse por omisión en atención del art. 11° del Código Penal español.

La lesión al feto, en comentario, es dolosa, pues debe comprender el conocimiento de que el medio utilizado es idóneo para producir las lesiones típicas y la voluntad de, a pesar de ello, utilizarlo[403].

[401] Cfr. SALA SÁNCHEZ, Pascual: "Rasgos generales del nuevo Código Penal", en: CDJ, Madrid, 1994.
[402] Código Penal español, Editorial Praxis S.A., Barcelona, 1996, p. 53 y ss.
[403] Cfr. GONZÁLES RUS, Juan José: ob. cit., p. 135.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Respecto a la figura del concurso, se advierte que si el agente además de causar lesiones al feto, le causa lesiones o en su defecto la muerte de la mujer embarazada, existirá un concurso de delitos en atención al art. 77[404] del Código Penal del país de la Península Ibérica.

El delito de lesiones al feto es ley especial respecto del aborto[405]. No obstante en el tipo doloso de éste, cuando el propósito fuera el de destruir el producto de la concepción, las lesiones finalmente causadas se castigarían como aborto en grado de tentativa, salvo que las lesiones estén más gravemente penadas, en cuyo caso se aplicaría el tipo de lesiones por razón de la alternatividad.

Respecto a las penas se prevé la prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

b) Figura delictiva imprudente

Artículo 158°. El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana.

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueron cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

Bajo este precepto penal el sujeto activo puede serlo cualquiera, excepto la madre gestante, mientras el sujeto pasivo es el feto.

[404] Art. 77 del Código Penal español 1. Lo dispuesto en los artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer otra. 2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. 3. Cuando la pena así computada exceda este límite, se sancionaran las infracciones por separado.
[405] Comprendidos en los arts. 144, 145 y 146 del Código Penal español.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Respecto a la conducta prohibida o comportamiento típico me resta remitirme a lo desarrollado en las lesiones al feto causadas de manera dolosa.

En el contexto de este artículo sólo es punible la imprudencia grave; se agrava la imprudencia en los casos de imprudencia profesional y se excluye la responsabilidad de la embarazada.

Se castiga aquí, expresamente, por tanto, la imprudencia profesional, que no más que un supuesto pero agravado de la imprudencia grave. En este caso se impone además de la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana ("asimismo" indica este art. 158, párrafo segundo), la pena propia de la imprudencia profesional cual es la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años[406].

Las lesiones al feto por imprudencia profesional pueden ser producidas, por ejemplo, cuando el médico realiza el diagnóstico prenatal, o también cuando como consecuencia del diagnóstico del diagnóstico prenatal se presta el tratamiento al feto.

Concurren, en concurso ideal, las lesiones al feto con las que eventualmente se le puede causar a la mujer embarazada.

La imprudencia profesional se castiga además de la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana con la inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

4.3.2. El Salvador (Código Penal de 1998)

La República de El Salvador encargó a la Asamblea Legislativa elaborar un nuevo Código Penal que reemplazaría, después de 24 años de vigencia, al Código Penal de 1974. Sería, entonces, el 13 de agosto de 1998, fecha en que se promulgaría el nuevo Código Penal a través del Decreto Legislativo N° 378[407]. Como pudo observarse de los considerandos del referido decreto se decía que el viejo cuerpo legal punitivo en la actualidad ya no se perfila de la misma manera porque su

[406] Cfr. HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: ob. cit., p., (2000).
[407] Publicado en el Diario Oficial

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

contenido no guarda concordancia con el texto de la Constitución de la República de 1983, con la realidad política y social que vive el país. Además, esto no se justificaba en que los Estados se han visto en la necesidad de adecuar sus normativas penales a la nueva orientación doctrinaria que considera el Derecho Penal como último recurso para resolver los conflictos sociales y el instrumento más efectivo para lograr la paz y la seguridad jurídica de los pueblos.

De conformidad con el epígrafe anterior y en atención a las nuevas formas de criminalidad y más aún influenciado por la doctrina española en materia penal, sería uno de los primeros países de Latinoamérica y segundo a nivel mundial que se encargaría de tipificar expresamente las lesiones contra la vida humana dependiente bajo la denominación de “lesiones en el no nacido”. Esta efigie legal está contenido en el Capítulo II bajo la nomenclatura “De los delitos relativos a la vida del ser humano en formación”, del Título I “Delitos relativos a la vida” del Libro II “De los delitos y sus penas”, del referido Código Penal.

a) Figura delictiva dolosa

Artículo 138°. El que ocasionare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudicare gravemente su normal desarrollo o provocare una tara física o psíquica, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

Sujeto activo puede serlo cualquiera, no tendiendo inconveniente de comprender a la mujer gestante. El sujeto pasivo puede serlo el embrión como el feto, pues esto se deduce de la glosa legal al utilizar el término “no nacido” para referirse al sujeto pasivo.

Del texto legal se desprende que el comportamiento típico se configura cuando por cualquier medio sea material o moral se causa una lesión o enfermedad cuyo resultado afecte gravemente el normal desarrollo del feto o embrión o; le provoque una grave tara física o psíquica.

Es un delito de resultado y también es posible la comisión por omisión. No hay inconveniente en admitir la tentativa.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En lo que respecta a su aspecto subjetivo este requiere que el comportamiento humano sea realizado con dolo, es decir, conciencia y voluntad para cometer alguno de los actos constitutivos del delito.

En lo que respecta a las consecuencias jurídicas del delito; es decir, la penalidad, para esta modalidad de lesiones al "no nacido" es la prisión que va de dos a cuatro años.

b) Figura delictiva culposa

Artículo 139°. El que culposamente ocasionare las lesiones descritas en el artículo anterior, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

Del precepto legal se desprende que sujeto activo tranquilamente puede ser cualquier persona, con la única excepción de la madre gestante. En lo que se refiere al sujeto pasivo éste puede ser tanto el embrión como el feto.

Respecto de la conducta prohibida, las cuales causan los resultados prohibidos me remito a lo desarrollado en la figura anterior (art. 138°).

El aspecto subjetivo exige que el agente no desee el resultado lesional. En este caso lo que se va a castigar es la acción (falta de previsión y debido cuidado) y no el resultado.

Como puede verse, se trata de un delito de acción culposa por ende no es admisible la tentativa.

El culpable de la acción típica culposa será sancionado con una pena de multa de cincuenta a cien días multa.

4.3.3. Colombia (Código Penal de 2000)

Obedeciendo a la coyuntura política, la nación colombiana exigía un nuevo Código Penal. Cuerpo legal que se elaboró en el seno de Congreso colombiano observando las nuevas tendencias dogmáticas y lineamientos político-criminales. En este sentido se promulgó el nuevo Código Penal[408] colombiano, mediante Ley

[408] Véase el texto legal completo en: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), versión 2003.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

N° 599 de 2000 de fecha 24 de julio. El Código de conformidad con su art. 476 entraría en vigencia el 24 de julio del año 2001.

También fue preocupación común de los legisladores colombianos tutelar la salud del nasciturus por lo que no dudaron en incluirlo bajo la denominación de "lesiones al feto", tal cual lo tipifica el Código Penal español. La referida figura legal está contemplado sea en su comisión dolosa (art. 125°) como culposa (art. 126°) y contenida en el Capítulo V (De las lesiones al feto), del Título I (Delitos contra la vida y la integridad personal), del Libro II (Parte especial. De los delitos en particular) del Código Penal vigente.

a) Figura delictiva dolosa

Artículo 125°. El que por cualquier medio causare en un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.

La descripción del delito de lesiones al feto doloso permite considerar como sujeto activo a cualquier persona inclusive la mujer gestante. Por su parte respecto al sujeto pasivo, al igual que en la figura dolosa española, sólo puede serlo el feto.

El acto material que configura el tipo o conducta prohibida, se perfecciona cuando por cualquier medio material o moral se causa un daño en el cuerpo o en la salud del feto el cual va a perjudicar su normal desarrollo.

Respecto al aspecto subjetivo se requiere que el comportamiento del agente sea realizado con dolo, es decir conciencia y voluntad de cometer algunos de los actos constitutivos del delito.

El tipo penal es un delito de resultado. También es posible su comisión por omisión y admite la tentativa.

La pena establecida en este delito, para los que resulten culpables, es la pena de prisión que fluctúa entre un mínimo de dos años a un máximo de cuatro años. Además si la conducta fuera realizada por un Profesional de la salud; además de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

la pena de prisión, se le impondrá la inhabilitación para el ejercicio de su profesión por el mismo término de la pena de prisión.

b) Figura delictiva culposa

Artículo 126°. Si la conducta descrita en el Artículo anterior se realizare por culpa, la pena será de uno (1) a dos (2) años.

Si fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.

La versión culposa de las lesiones al feto permite apreciar que el sujeto activo puede ser cualquier persona, incluso la mujer en estado de gestación. Como puede observarse de las modalidades culposas hasta aquí tratados, la legislación colombiana es la única que no excluye de la comisión de este delito a la mujer embarazada.

En este caso al igual que el artículo anteriormente analizado, debe considerarse como sujeto pasivo al feto.

Respecto al comportamiento delictivo que configura esta clase de delito me resta volcarme al artículo desarrollado anteriormente.

En esta versión culposa, se requiere que el comportamiento del agente sea producto de la inobservancia del debido cuidado, siendo por ello el resultado dañoso no querido.

Respecto a la pena, se aplica pena de prisión no menor de uno ni mayor de dos años y, al igual que el precepto legal anterior, la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término cuando resultare culpable un profesional de la salud.

4.4. Análisis del delito de Lesiones en el Concebido en el Código Penal peruano

El delito de lesiones en el concebido se plasma en el artículo 124-A del Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 124-A.-

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres.

La inclusión del tipo penal bajo comentario en el Código Penal, si bien es cierto, como ya lo apunte anteriormente, trata de llenar un vacío legal que exigía el Derecho penal moderno, también es cierto que su inclusión acarrea evidentes dificultades, tanto en su aspecto de forma como de fondo. En este sentido, analizaré por un lado el aspecto de forma y por el otro el del fondo.

a) Análisis del aspecto de forma

En lo que se refiere al aspecto de forma del tipo penal bajo análisis, la dificultad, prima facie, se presenta en la ubicación sistemática del precepto legal que lo contiene (art. 124-A); pues, ésta conduce a dos razonamientos equivocados: disfuncionalidad del bien jurídico-penal y considerar a los delitos culposos como regla general. Ello contraviene con el sistema dogmático que rige nuestro ordenamiento legal, generando por ello una confusión entre los operadores del derecho.

En primer lugar y de conformidad con la función ordenadora del bien jurídico-penal[409] se llegaría a la conclusión de que se trata de un precepto legal que tutela la salud de la persona nacida, por cuanto está contenida en un capítulo dedicado exclusivamente a la protección de la salud de aquella vida humana independiente. Como puede apreciarse éste es un razonamiento incorrecto que lamentablemente se desprende de la ubicación actual del articulado.

En segundo lugar, la plasmación del tipo penal como correlato del ilícito penal de lesiones culposas (art. 124°), designándole la posición de un art. 124-A, conduce a pensar que se trataría de un ilícito penal de comisión culposa; sin embargo, entenderlo así sería una falacia, por cuanto el propio Código Penal establece en su Art. 12° que el agente de infracción culposa es punible sólo en los casos

[409] Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás: ob. cit., p. 137, considera que el bien jurídico cumple una función ordenadora o sistematizadora al jerarquizar las infracciones particulares contenidas en la Parte especial; citado por URQUIZO OLAECHEA, José: "El bien jurídico", en: Cathedra, Revista de los estudiantes de derecho de la UNMSM, Año: I, N° 2, Lima, mayo de 1998, p. 60.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

expresamente establecidos por ley[410], por lo cual se concluye que es un delito de comisión dolosa. Entonces, en palabras de Portocarrero Hidalgo[411] no se puede tolerar que un delito doloso dependa de un culposo.

Aquello inconvenientes serían superados, con una urgente y correcta ubicación sistemática del delito de "lesiones en el concebido", al margen de la nomenclatura adoptada. Siendo para ello ubicado, en atención al bien jurídico, inmediatamente después de las lesiones causadas a las personas nacidas y para ello se deberá elaborar un capítulo donde contemple las diferentes modalidades de las lesiones contra la vida del ser humano dependiente.

b) Análisis del aspecto de fondo

Para el análisis de fondo se recurrirá a la descripción típica del tipo penal en comentario; es decir, el bien jurídico, los elementos que encierran el aspecto objetivo y subjetivo, y finalmente las consecuencias jurídicas.

La salud y la integridad corporal del nasciturus es el bien jurídico-penal que la norma punitiva protege. Siendo su titular el concebido (sujeto pasivo) entendido como aquel sujeto de derecho que va desde la concepción (ver ampliamente supra: Cap. I, 3.2.) hasta el nacimiento, momento en el cual pasa a tener la calidad de persona. Sin embargo, para el profesor Portocarrero Hidalgo[412] comentando el tipo en cuestión, considera que el sujeto pasivo en este tipo de delito viene a ser el feto porque es su salud la que se ve afectada. Ahora el sujeto activo, conforme a la descripción del tipo puede ser cualquier persona natural inclusive la propia gestante[413] quien realice la conducta prohibida por la norma penal.

La acción típica o conducta prohibida que se desglosa del delito de lesiones en el concebido es la de "causar daño en el cuerpo o en la salud del concebido". Del precepto legal se desprende que se trata de dos clases de lesiones, uno en el cuerpo del concebido y otro en la salud del mismo[414]. El primero se dirige a

[410] En este sentido la doctrina entiende que solamente es punible cuando la ley lo establece en forma expresa, y por lo general, se le amenaza con una pena menos grave. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: "Sobre la evolución dogmática de la imprudencia", en: La Ley, Actualidad Penal, 1998.
[411] Cfr. Portocarrero Hidalgo, Juan: ob. cit., (2003), p. 164.
[412] Cfr. Portocarrero Hidalgo, Juan: ob. cit., (2003), p. 166 y ss.
[413] Cfr. Portocarrero Hidalgo, Juan: ob. cit., (2003), p. 166.
[414] Al respecto véase PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob. cit., (2003), p. 173, quien utiliza el término "feto" para referirse al "concebido".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ocasionar deformaciones tanto en el aspecto externo como interno del concebido, en la etapa de formación como en su etapa desarrollada; empero, la aplicación no es pacífica cuando se trata de las lesiones, las cuales se le puedan producir en los primeros días o semanas de su existencia, pues, éste no tiene aún un cuerpo definido, ya que, en esos días es sólo una célula, la cual conforme pasa el tiempo va desarrollándose paulatinamente hasta que aproximadamente, en la novena semana adquiera la forma de cuerpo humano, momento en el cual no habría inconveniente para hacer uso o aplicación del vocablo “cuerpo”.

La segunda clase de lesión se refiere al daño o menoscabo en la salud. Al parecer la voluntad del legislador debido a la ubicación sistemática del tipo, estuvo dirigida a proteger la salud del concebido de aquellas acciones que causen o produzcan el menoscabo en la salud física y mental del nasciturus, ya que, en el capítulo donde está contenido se aprecia que el bien jurídico protegido es la salud física y mental de las personas. Sin embargo, no habría inconveniente cuando la lesión se cause a la persona no nacida que ya tiene definida la forma humana (tercer mes de gestación, aproximadamente), pero nuevamente nos vemos en la dificultad cuando se trata de los primeros días o semanas de vida del ser humano dependiente del lecho materno.

Ahora, las lesiones causadas al concebido pueden prolongarse hasta después de su nacimiento o por el contrario pueden durar un tiempo inferior al momento del nacimiento. Respecto al último acontecimiento con el avance de la ciencia médica es posible tratar médicamente a los no nacidos para recobrar la salud de los males propios que le afectan, por ejemplo, en la actualidad ya se realizan operaciones (cirugía intrauterina) a los fetos cuando aún están dentro del vientre materno[415].

Siguiendo el recorrido por la acción típica del precepto legal se puede observar, desde una interpretación teleológica, que ésta no precisa de la gravedad de la lesión[416] por lo que debemos entender que el tipo en cuestión cubre todo tipo de lesión sea grave o leve. Sin embargo, el razonamiento del legislador tuvo como

[415] En Estados Unidos, en agosto de 1999, se realizó la intervención quirúrgica del feto más pequeño que ha sido operado hasta el momento, pues contaba con 21 semanas de edad. Este padecía de una anomalía llamada espina bífida, la cual deja expuesta parte de la espina dorsal por falta de desarrollo de la columna vertebral, lo que inevitablemente daña la médula espinal. Por lo general los niños quedan inválidos. La técnica quirúrgica consistió en sacar al feto del útero materno, operarlo e introducirlo nuevamente en el útero de la madre.
[416] Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob. cit. (2003), p. 175.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

norte la idea de que el daño no puede ser diferenciado cuantitativamente en lesiones graves o leves, debido a la total indefensión del nasciturus, debiéndose considerar por ello únicamente como lesiones graves[417].

Entrando al análisis del aspecto subjetivo del tipo penal sujeto a comentario se aprecia que se trata de un delito eminentemente doloso. Es decir el sujeto activo realiza el comportamiento prohibido con conciencia y voluntad de realizar cualquiera de las conductas, que lesionen al concebido. En esta clase de delitos es posible que se configure el error de tipo sobre todos cuanto se trata de actividades médicas; sin embargo también puede ocurrir fuera de ellas; esta figura dogmática excluye el dolo[418] por lo que hace impunes las conductas influidas por dicha figura.

5. LA DEBIDA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE LESIONES CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE

5.1. Tipicidad Objetiva

5.1.1. Sujetos

a) Sujeto Activo

En el Derecho Penal actual sólo una persona natural[419] puede ser considerada como sujeto activo; por lo que las personas jurídicas quedan excluidas de acuerdo al principio societas delinquere non potest. Bajo este esquema dogmático, el sujeto activo en los delitos de lesiones contra la vida del ser humano en formación lo puede ser cualquier persona inclusive la propia gestante[420].

En legislación comparada el conjunto de los sujetos activos se ve restringida, pues, por razones de política criminal se excluye la responsabilidad penal de la mujer embarazada, en función de que el resultado no querido (lesión de su hijo que lleva en el vientre) pero negligente constituye por sí suficiente aflicción para la mujer, lo que

[417] Al respecto se observa claramente de la exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 00839 “Que, este daño no puede ser diferenciado cuantitativamente en lesiones graves o leves, sino que por la total indefensión del sujeto pasivo y por las consecuencias casi permanentes que puede darse en él, es que se debe considerar como un solo tópico de lesiones de naturaleza grave, cabiendo sólo diferenciar entre una conducta dolosa y otra culposa”.
[418] Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis: ob. cit., p. 625 y ss.
[419] Cfr. en este sentido: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros: “Lecciones de Derecho Penal. Parte general”, Editorial Praxis, Barcelona, 1996, p. 127; CEREZO MIR, José: “Curso de Derecho penal español. Parte General”, Tomo II, Teoría jurídica del delito, 6° edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1998, p. 68.
[420] Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob. cit. (2003), p. 164 y ss.; GONZÁLES RUS, Juan José: ob. cit., p. 133.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

algunos autores, lo conectan a la idea de la "pena natural"[421] [422]. Esto, sólo puede ser entendido en el sentido de que la culpabilidad se encuentra compensada por cuanto representa suficiente castigo, equivalente al mal que representa una pena, el haber perdido o causado lesiones al feto a causa de su conducta imprudente[423]. Lo detallado es el caso de la ley penal española[424] y salvadoreña[425]. Por tanto, no se castiga a la mujer gestante que realice la acción u omisión típica, ilícita o antijurídica, y además culpable ya que estará incurso dentro de la excusa absolutoria expresamente tipificada. Al respecto nuestro Código Penal no contempla de manera expresa dicha causa absolutoria.

Finalmente el delito de lesiones contra el nasciturus puede ser cometido por cualquier persona natural inclusive la propia gestante; empero, por cuestiones de política criminal no será castigada cuando accione contra el feto de manera culposa. Por cuanto en estos casos, la pena natural conduce a la renuncia de la poena forensis en cuanto sería totalmente equivocado imponer, además del sufrimiento padecido por la embarazada por la pérdida o lesión del embrión o feto a causa de una acción descuidada, una pena que ya no se siente necesaria socialmente porque frente a éste suceso no es necesario restablecer el orden jurídico, toda vez que el conflicto social ya se ha solucionado de manera natural.

b) Sujeto pasivo

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado por el delito[426]. Ahora, bajo este concepto, puedo decir que no existen obstáculos que impidiesen considerar al nasciturus titular del bien jurídico protegido por los delitos de lesiones contra la vida humana dependiente y, consecuentemente, sujeto pasivo de los mismos[427].

De conformidad con el epígrafe precedente, quedaron ya superadas las tesis que consideraban que el ser en formación no es persona y por ende no tiene vida legal[428].

---

[421] Cfr. CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO, José: "Derecho penal. Parte Especial", Tomo II, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 1999, p. 623.
[422] Cfr. ampliamente en este sentido CHOCLÁN MONTALVO, José: "La pena natural", en: La Ley, Año: XX, N° 4797, mayo, 1999.
[423] Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, José: ob. cit., p. 2.
[424] Véase, artículo 158, párrafo tercero: "La embarazada no será penada a tenor de este precepto".
[425] Véase, artículo 139, segundo párrafo: "La embarazada no será penada a tenor de este precepto".
[426] Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros: ob. cit., p. 127.
[427] En este sentido cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob. cit., p. 390.
[428] Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "Tratado de derecho penal", Tomo III, Editorial Lozada, S.A., Buenos Aires, 1977, p. 94.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En esta clase de delitos, desde la óptica dogmática, siempre el sujeto pasivo será el concebido, entendido como aquella realidad biológica que existe desde el momento de la concepción hasta el nacimiento. Empero, siendo el período intrauterino del ser humano una etapa donde éste, desde el momento de la concepción va adquiriendo significativos cambios en su organismo hasta alcanzar la forma de ser humano, la ciencia médica ha diferenciado entre embrión y feto, por lo que, el Derecho penal por cuestiones de política criminal y técnicas legislativas de cada Estado optará por considerar sujeto pasivo al ser humano desde su concepción (concebido) o adelantándose al desarrollo biológico del feto.

En legislación comparada se puede ver claramente lo dicho en el párrafo anterior, así por ejemplo la legislación penal española y colombiana consideran como sujeto pasivo "feto", mientras la legislación penal salvadoreña se refiere al "no nacido", también, hace lo propio la ley penal costarricense y la nuestra al considerar al "producto de la concepción" y "concebido", respectivamente, como sujetos pasivos.

La doctrina penal se manifiesta al respecto y, por mayoría, considera al "feto" como sujeto pasivo del delito en cuestión. Sus partidarios manifiestan que sólo a partir de este momento de la gestación es posible afectar directamente a lo que constituye el objeto material del delito, ya que hasta entonces no se ha producido la formación de los órganos humanos[429]. Sin embargo, al respecto en doctrina[430] han aparecido dos tesis para referirse al feto: el concepto estricto y el concepto amplio de la figura del feto. Respecto a la tesis estricta, sus partidarios como son Díez Ripolles[431], Gonzáles Rus[432], Higuera Guimera[433] y Peris Riera[434] consideran, teniendo en cuenta la Ley española 35/1988, que el feto "es la fase más avanzada del desarrollo embriológico y con el que se conoce el embrión con apariencia humana y sus órganos formados que maduran paulatinamente para su viabilidad y autonomía después del parto". Por su parte entre los partidarios de la tesis amplia del termino feto, puede apreciarse dos tendencias. Los que consideran que el concepto feto abarca al embrión posanidatorio

[429] Cfr. CALDERÓN CEREZO, Angel/CHOCLÁN MONTALVO, José: ob. cit., p. 621.
[430] Especialmente en doctrina penal española; al respecto véase ampliamente RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob. cit., p. 393 y ss.
[431] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: "Comentarios al Código Penal. Parte Especial I", (Coords. Díez Ripollés/Gracia Martin). Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 341 y ss.
[432] Cfr. GONZÁLES RUS, Juan José: "Curso de Derecho penal español. Parte especial I", (Dirg. Por Manuel Cobo del Rosal), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996, p. 134.
[433] Cfr. HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe: ob. cit., p. 324.
[434] Cfr. PERIS RIERA, Jaime: "La regulación penal de la manipulación genética en España", Madrid, 1995, p. 164.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

entre los cuales puede citarse autores como Romeo Casabona[435], Muñoz Conde[436], Portocarrero Hidalgo[437]. Mientras otro grupo, entre los cuales destaca Gracia Martin[438], considera que con dicho término se debe hacer referencia a todo el desarrollo embriológico, incluyendo, al embrión preimplantatorio.

5.1.2. Objeto Material del delito

El objeto material[439] es aquel sobre el cual recae físicamente la acción delictiva[440] que despliega el agente. Al respecto hay que tener presente la siguiente particularidad: no hay que confundirlo con el bien jurídico ni con el sujeto pasivo, aunque con este último a veces puede coincidir. Por ejemplo, en los delitos de homicidio hay una coincidencia entre el objeto material y sujeto pasivo.

Por lo tanto, en atención al concepto precedente, se deja establecido que el objeto material en los delitos de lesiones al nasciturus es el ser humano desde su concepción hasta el momento de su nacimiento. Por lo que en este caso hay una coincidencia entre el objeto material del delito y el sujeto pasivo del mismo. No obstante, vuelvo a resaltar que debido a la técnica y política legislativa se podrá adelantar el ámbito de protección penal, por lo que el objeto material estará condicionado a ese adelanto punitivo.

[435] Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María: "El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana", Madrid, 1994, p. 403.
[436] Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco: "Derecho penal. Parte especial", 12° edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 136.
[437] Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob. cit. (2003), p. 25 y ss.
[438] Cfr. GRACIA MARTIN, Luis: ob. cit., p. 617 y ss.
[439] BERDUGO precisa que no hay que confundir el objeto material del delito con el objeto jurídico del delito, pues objeto jurídico equivale al bien jurídico-penal; con mayor detalle BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros: ob. cit., p. 127.
[440] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: "Lecciones de Derecho penal", Volumen II, Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito, Editorial Trotta S.A., Valladolid, 1999, p. 55.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

5.1.3. Conducta Típica

1. Figuras básicas para estructurar la conducta prohibida Salud

La salud "es el estado en el que el ser humano ejerce normalmente todas sus funciones", bajo este concepto, queda comprendido, sin mayores problemas, la integridad corporal y la salud física y mental, llamados también, genéricamente, bienes vitales naturales.

Visto así la salud, no hay mayor dificultad para comprender la salud del nacisturus en los primeros días o semanas de su existencia. Por cuanto el pensamiento clásico de lesiones exige el menoscabo o daño, en la integridad corporal, salud física o mental; situaciones que no es posible en los inicios del período in fieri del ser humano, debido a éste, simplemente carece de ellos.

Daño: como ya se apuntó en las líneas precedentes, por daño habría que entender aquel "menoscabo que sufre el ser humano en su salud (bienes vitales naturales) a consecuencia de una acción intencional o imprudente de otro".

Los medios o agentes para producir la lesión: del mismo modo que la salud y el daño, los agentes lesivos ya fueron tratados detalladamente en los apartados precedentes. Empero, para esta clase de delitos considero que los agentes lesivos mediante los cuales el agente activo se vale para causar daño en los bienes naturales del feto, son los agentes externos. Éstos a la vez pueden ser mecánicos, físicos, químicos, biológicos y psicológicos.

Así, los elementos desarrollados (salud y daño) son más que suficientes para la construcción de la conducta ilícita, que el Derecho penal a través de la figura de lesiones de la persona no nacida prohíbe para preservar el bien jurídico-penal que aquí se viene a proteger. Con ello se viene a superar los inconvenientes que genera la idea clásica de lesiones, pues como ya se apuntó, éste se construyó teniendo como pilar a la persona nacida quien cuenta con un cuerpo humano ya definido y goza de una salud física y mental. Por ello, es claro que el clásico concepto de lesiones es insuficiente para comprender el daño en la salud del nasciturus cuando se trata de sus primeros días o semanas, pues cómo se puede hablar de daños en la integridad corporal del producto de la concepción en las primeras semanas, cuando aún no tiene un cuerpo humano definido; como se

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

puede hablar de salud mental cuando el embrión no posee una masa cerebral. Son todas estas cuestiones que hacen impropios la utilización de los términos clásicos para referirse a esta clase de delitos. No obstante, la aparición de los órganos y miembros se van a dar paulatinamente, comenzando la tercera semana de gestación y que finalmente, éstos quedan definidos a finales de la octava semana o inicios de la novena semana donde se puede hablar de feto, pues ya hay un cuerpo humano definido, a partir del cual simplemente se desarrolla.

Bajo esta noción, la conducta prohibida básica para una debida protección de la salud del nasciturus podrá ser: "causar daño en la salud….".

Sin embargo, obedeciendo a la técnica legislativa de cada Estado social y democrático de Derecho, que la complementariedad de aquellas dos figuras elementales con las cuales se construyó la conducta básica prohibida por otras, como por ejemplo el "cuerpo", no afectan o contravienen la conducta delictiva que se prohíbe con la tipificación de los delitos de lesiones al nasciturus.

2. Conducta prohibida básica

Desarrollados los elementos necesarios para prohibir una conducta que menoscabe la salud del no nacido, se puede esquematizar las siguientes formas:

a) Dañar la salud del feto. En concordancia con los modernos criterios de la doctrina penal, viene a ser, a mi entender, la acción típica básica para la formulación de un tipo penal que proteja al nasciturus de aquellas acciones u omisiones que menoscaben su salud. Con aquella noción, se protege de manera exitosa a aquel embrión humano desde el momento de la concepción, pues como ya se apuntó líneas anteriores el embrión en los primeros días no tiene un cuerpo humano definido.

b) Dañar el cuerpo o la salud. Es la conducta típica adoptada por nuestro Código Penal (art. 124-A) y por el Código Penal colombiano[441]. Al respecto no hay mayores problemas al considerar el "cuerpo" al lado de la "salud" como los elementos susceptibles a ser dañados, pues como hemos visto la salud incluye la integridad corporal.

[441] Cfr. art. 125 del Código Penal colombiano.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

c) Causar una lesión o enfermedad. Conducta típica manejada por el Código Penal español de 1995 (art. 157).

d) Causar lesión. Al respecto la conducta es genérica y tras de ella eberá haber una debida interpretación doctrinaria del término lesión.

5.2. Tipicidad Subjetiva

5.2.1. Dolo

En las siguientes líneas se va a analizar diversas cuestiones de interés vinculadas a la comisión dolosa del delito de lesiones contra el no nacido.

Por definición dolo implica conocimiento de todos los elementos del tipo penal, así como la voluntad de realizar la conducta descrita en el tipo con conciencia de la significación antijurídica del hecho. En efecto se exige que el sujeto activo realice la conducta típica.

El dolo directo o dolo de primer grado es aquel en que la realización típica llevada a cabo es justamente la perseguida por el autor[442]. Es decir, hay un dominio del aspecto volitivo sobre el cognitivo. Entonces en las lesiones al nasciturus el dolo se manifiesta por querer dañarle la salud, conduciendo para ello su voluntad a ese objetivo. Por ejemplo, el sujeto, el cual de modo consciente y deliberado, inocula a la madre embarazada una enfermedad trasmisible, verbi gracia con ánimo de venganza[443].

El dolo de consecuencias necesarias es aquel en el cual se produce un hecho típico indisolublemente ligado a lo perseguido por el autor y que, por eso mismo, es conocido y querido por él[444]. Como puede apreciarse lo que predomina es el aspecto intelectual sobre el volitivo. El sujeto activo conoce que con su acción se van a realizar los elementos del delito de lesiones al nasciturus, esto es, sabe que con su conducta producirá el menoscabo en la salud del no nacido, aun cuando no quiere ese resultado. Al respecto Portocarrero Hidalgo[445] nos ilustra como un ejemplo: “cuando el médico receta determinado tratamiento a la mujer

[442] Así BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZABAL MALARÉE, Hernán: ob. cit., p. 69.
[443] Cfr. DÍAZ VALCÁRCEL, Luis María: “Transmisión delictiva de enfermedades”, en: CDJ, N° XXVI, 1994, p. 269.
[444] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZABAL MALARÉE, Hernán: ob. cit., p. 69.
[445] Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob. cit. (2003), p. 177.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

embarazada que produce en el feto efectos secundarios; como también en la trasmisión dolosa de una enfermedad infecto contagiosa a la mujer embarazada, como el SIDA por ejemplo, cuando considera el autor que dicha enfermedad se trasmitirá al feto".

En el dolo eventual o dolo condicionado el sujeto activo al desplegar su conducta asume la posibilidad de producción del resultado[446]. Es decir el autor se representa el resultado como posible consecuencia de su acción y a pesar de ello la realiza, aceptando la causación del mismo si efectivamente llegara a producirse[447]. Por ejemplo, aquellas personas (en este caso el hombre) los cuales, sabiendo que están afectas de una enfermedad transmisible por vía sexual, actúan como si estuvieran sanas con indiferencia de las consecuencias que su actividad puede suponer para la pareja, en este caso la mujer gestante[448].

5.2.2. La Culpa o Imprudencia

Esta modalidad delictiva no está comprendida en nuestra legislación positiva, por lo que en las próximas líneas se analizará, en primer lugar la necesidad de castigar penalmente esta modalidad delictiva.

Desde el punto de vista político-criminal es justo y necesario el castigo de este tipo de conductas por cuanto son, verdaderamente, los sucesos más comunes sobre todo en esta clase de delitos. Claro ejemplo de ello, es la incipiente jurisprudencia española en lo que atañe a las lesiones al feto; esta jurisprudencia sólo se refiere a conductas imprudentes y sobre todo en el ejercicio de la medicina, así tenemos: La Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 15 de noviembre de 2001, donde se "…. condena por un delito de lesiones al feto imprudentes (…) por la parálisis cerebral con que nació un bebé a consecuencia de un alargamiento del parto…"[449].

En lo que respecta a nuestro ordenamiento estas clases de conductas seguirán siendo impunes; no obstante ya lo hemos visto, son las más frecuentes, por lo que urge de manera inmediata, se positivisen esta clase de delitos. Pues no entendemos como nuestros legisladores "cercenaron" la modalidad culposa del

[446] Cfr. Resolución 3365-96.
[447] Cfr. GONZÁLES RUS, Juan José: ob. cit., p. 74 y ss.
[448] Véase al respecto DÍAZ VALCÁRCEL, Luis María: ob. cit., p. 269.
[449] Cfr. STS, 2° Sala, 15 de noviembre del 2001, Ponente: Sánchez Melgar.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Proyecto de Ley primigenio (Proyecto de Ley N° 00839) que dio origen a la Ley N° 27716.

Por ello, desde la perspectiva dogmática, la técnica legislativa deberá estar orientada a la tipificación expresa de esta clase de delitos, obedeciendo para ello al sistema numerus clausus al que está sujeto nuestro Código Penal debido en su art. 12, segundo párrafo, el cual señala: "el agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos en la ley".

La imprudencia o conducta culposa consiste en la infracción del deber de cuidado personalmente exigible y en la expresión causal de un resultado (elemento objetivo), teniendo en cuenta además las capacidades y experiencias personales (elemento subjetivo)[450]. En este sentido, podemos distinguir entre "error de tipo" (ignorancia o conocimiento equivocado por parte del sujeto activo de alguno o todos los elementos que conforman el tipo objetivo) y "error de prohibición" (aquel que recae sobre la antijuricidad o injusto de hecho).

En palabras de Mir Puig, se debe distinguir entre error sobre elementos esenciales y elementos accidentales del tipo. Respecto de la primera clase el error excluye al dolo, ya que afecta al aspecto cognitivo del mismo y por tanto la responsabilidad criminal[451] a la vez ésta se distingue entre "error de tipo vencible" (aquel que pudiera podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado) y el "error de tipo invencible" (en el que no hubiese logrado evitarse ni aun aplicando la diligencia debida. Es el único que excluye la responsabilidad). Por otro lado, respecto al error sobre elemento accidental o no esencial; no obstante dejar subsistente el dolo, puede darse el error en la persona o en el objeto (es indiferente la persona u objeto sobre el cual recae el comportamiento delictivo, la confusión en la persona es intrascendente[452]), error en el golpe (se yerra en la dirección del ataque[453]).

[450] AGUADO LÓPEZ, Sara: "Algunas cuestiones sobre la imprudencia profesional en el código penal de 1995 a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1999", en: La Ley, Actualidad penal, 2001.
[451] BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZABAL MALARÉE, Hernán: ob. cit., p. 245.
[452] BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZABAL MALARÉE, Hernán: ob. cit., p. 251.
[453] MIR PUIG, Santiago: ob. cit., p. 259.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

6. RESULTADO Y TENTATIVA

En esta clase de delitos donde la acción se dirige contra el objeto material se requiere que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta. En este sentido, como bien lo apunta Higuera Guimera[454] se trata de un delito de resultado material por cuanto se requiere, de manera general, que producto de la acción lesiva se menoscabe en la salud del nasciturus. En definitiva la doctrina es unánime en considerar al delito de lesiones contra el no nacido como delito de resultado. Un delito está consumado, así se formula habitualmente, cuando se han realizado todos los elementos del tipo legal[455].

Por tratarse de un delito de resultado es factible la tentativa y así lo apunta el profesor Portocarrero Hidalgo[456] al manifestar que hay tentativa cuando se realiza el comportamiento orientado a lesionar al feto y no alcanza, el sujeto activo, su objetivo.

7. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Una vez analizados los distintos elementos típicos, procede ahora centrarse en las causas que van a excluir la antijuricidad con lo cual la acción típica no podrá configurarse en un acto antijurídico. Demás está decir que el presupuesto cardinal para una causal de justificación es la amenaza o puesta en peligro de bienes jurídico-penales. El efecto completo sería su exclusión de allí que la causal recibe el adjetivo calificativo de perfecta; y si el efecto es parcial se trataría de un atenuante, es decir la causal de justificación sería imperfecta, con lo cual aplicaríamos el art. 21 del Código Penal.

No parece indicado un análisis detallado de todas y cada una de las causas de justificación, pues la apreciación de algunas de ellas resulta altamente improbable. Así, por ejemplo, la legítima defensa no tiene campo de juego alguno en este delito, pues no parece imaginable un supuesto en el que una acción de lesiones al nasciturus sea el medio racional y necesario para eludir una agresión ilegítima.

Para explicar las causas de justificación que permite este ilícito penal se partirá del planteamiento de un caso hipotético o supuesto de hecho, por medio del cual se irá

[454] Cfr. HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe: ob. cit. (2000).
[455] Cfr. JACOBS, Günther; "Consumación material en los delitos de lesión contra la persona. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial", en: RECPC, 2002, N° 04-13, p. 13:2.
[456] Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob. cit. (2003), p. 177.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

adecuando los requisitos indispensables que requiere la aplicación de cada causa de justificación aceptada en los delitos de lesiones contra el nasciturus.

7.1. Estado de Necesidad

Supuesto de hecho: “Una mujer de ocho meses de gestación es arrojada, para salvarle la vida, desde un segundo piso de su vivienda que estaba en llamas. Era el único medio para salvarla del incendio; no obstante, se tenía la certeza de causar lesiones al hijo que llevaba en su vientre producto de la caída; lo que ocurrió finalmente”.

Por definición el estado de necesidad es el estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente pueden conjurarse mediante la lesión de los intereses legítimos de otra persona. Esta figura lo encontramos en el inc. 4 del art. 20° del vigente Código Penal.

Los requisitos necesarios para la aplicación de esta causa de justificación se presentan bajo dos aspectos: en primer lugar el aspecto objetivo que requiere de una situación de peligro que debe ser actual inminente y real. En el supuesto de hecho la situación de peligro es el “incendio de la vivienda” de la mujer gestante que es un peligro actual e inminente. Por otro lado, debe presentarse una acción necesaria por parte de la persona que realiza la defensa a partir del principio de ponderación; el bien jurídico defendido debe ser de mayor valor que el sacrificado. El bien jurídico sacrificado es la salud del nasciturus a favor de la vida de la madre y del suyo también.

En segundo lugar se tiene el aspecto subjetivo que lo conforma el conocimiento de estar en una situación de peligro y la voluntad de defensa para evitar un mal grave. Entonces el aspecto cognitivo sería el hecho incendiario, mientras el volitivo vendría dado por la voluntad de causar daños en la salud del feto.

8. CONCURSO

La problemática concursal se presenta desde dos ámbitos, por un lado tenemos el concurso de delitos (cuando un hecho constituye dos o más delitos o cuando varios hechos de un mismo sujeto constituyen otros tantos delitos[457]) y por otro el concurso de leyes (cuando uno o varios hechos son incluibles en varios preceptos penales de los cuales sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un bis in idem[458]). En lo que respecta al concurso

[457] MIR PUIG, Santiago: ob. cit., p. 660.
[458] Cfr. MIR PUIG, Santiago: ob. cit., p. 667.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

de delitos se tiene al concurso real (pluralidad de acción y de delitos) y concurso ideal[459] (unidad de acción y pluralidad de delitos). Son sólo los lineamientos básicos del concurso dejando su problemática en manos de la dogmática penal.

Lo más usual es que aparezca en concurso con el delito de homicidio (arts. 106 a 113 del CP), aborto (arts. 114 a 120 del CP), lesiones (arts. 121 al 124 del CP), violación sexual (art. 170 del CP), robo (art. 188 del CP) y otros. Son sólo algunos casos donde puede producirse los concursos siempre en relación con las lesiones al nasciturus.

Con referencia a concurso de delitos puede darse, por ejemplo, el caso en el cual el sujeto activo además de causar lesiones al feto causa la muerte o lesiones a la mujer embarazada[460]. Éste se resolverá a través del art. 48 del CP que contempla la figura del concurso ideal de delitos.

En lo que respecta al concurso de leyes, el caso más palpable es el concurso que se produce entre las lesiones al feto y el aborto. En este se debe castigar por el delito de aborto, ya que el dolo del delito de aborto incluye el dolo de lesionar al feto; es decir, en estos hechos la lesión es un medio empleado para alcanzar la destrucción del producto de la concepción. Este supuesto se resuelve por el principio de consunción[461] a favor del aborto[462].

9. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

9.1. Autoría y participación en los delitos dolosos

Bajo el Capítulo IV del Título II del Libro Primero del Código Penal se rubrica la figura de “Autoría y Participación”. La autoría (art. 23) y la participación (art. 24 y 25) en general están regidos por el principio de accesoriedad[463] pues si no hay autor, no existe por lo tanto partícipe, con lo cual se deja sentado la afirmación de que la participación es accesoria de la autoría. En delito de lesiones al nasciturus no hay problema en

[459] Artículo 48. Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá con la que establezca la pena más grave. Las penas accesorias y medidas de seguridad podrán ser aplicadas aunque sólo estén previstas en una de esas disposiciones.
[460] Cfr. HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe: ob. cit. (2000).
[461] Cfr. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis: “La ley y el delito”. Editorial Andrés Bello, Caracas, 1945, p. 175.
[462] Cfr. HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe: ob. cit. (2000).
[463] Llamado por MIR PUIG principio supremo de la participación; significa, por una parte, que la participación es accesoria respecto del hecho del autor, pero también, por otra parte, que dependa hasta cierto punto: basa el hecho del autor sea contrario a derecho (antijurídico). No es preciso que además sea personalmente imputable al autor. En este sentido cfr. MIR PUIG, Santiago: ob. cit., p. 393.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ejecutar el hecho delictivo sea en calidad de autor, como en calidad de partícipe, conforme lo pasaremos a examinar.

9.1.1. Autoría

No es el momento de abordar con profundidad el análisis de las diferentes teorías que pretenden delimitar el concepto de autor. Sin embargo, me acojo a la teoría del dominio del hecho[464] para considerar como autor a quien tenga dominio del hecho. Empero, el art. 23 del CP define al autor como aquel "que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente". De esta manera, nuestro Código punitivo se afilia a la doctrina dominante que distingue tres supuestos de autor: el autor directo, el autor mediato y la coautoría.

Autor directo o inmediato: en los delitos de lesiones al nasciturus es la persona natural, quien dominando la acción realiza íntegra y directamente los actos ejecutivos que causan el menoscabo en la salud del sujeto pasivo. La figura de la auditoría directa está expresamente enunciada en el art. 23 del CP bajo el enunciado "el que realiza por sí".

Autor mediato: es quien, para lesionar al nasciturus se vale o utiliza a otra persona, de la que se sirve como instrumento; ya que la primera domina la voluntad de la segunda. Al igual que el autor directo, está contenida en el art. 23 del CP mediante la frase "el que realiza por otro medio de otro".

Coautor: son coautores dos o más personas, quienes en el marco de un plan global unitario, acuerdan llevar a cabo diferentes acciones que van dirigidas a menoscabar la salud de la persona en formación (sujeto pasivo), distribuyéndose las tareas, sea de manera inmediata o mediata. Hay que agregar que todos los coautores tienen dominio del hecho debido al reparto funcional de sus roles. De la misma manera que las dos figuras anteriores, está contenida en el mismo artículo bajo el enunciado "los que cometen el hecho conjuntamente".

[464] La teoría del dominio forma parte de las teorías restrictivas (la cual hace una diferenciación entre autores y partícipes. Además de ser la más aceptada). Conforme esta teoría, será autor el que objetivamente tenga el dominio del hecho y, en virtud de ese poder de realización, dolosamente conduzca el hecho típico, decidiendo por ejemplo el empleo de algún medio, interrumpir su ejecución, incorporar el aporte de un partícipe o decidir consumarlo. Al respecto véase con mayor detalle: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros: ob. cit., p. 247; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: ob. cit., p. 182; ROXIN, Claus: ob. cit., p. 347 a 370.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

9.1.2. Participación

Son partícipes aquellas personas, que sin tener el dominio del hecho contribuyen a la realización del hecho delictivo de otra persona[465]. Se consideran partícipes, teniendo en cuenta el Derecho penal material patrio: a los instigadores (art. 24) y a los cómplices (art. 25).

Instigador o inductor: en delito de lesiones al nasciturus instigador o inductor, conforme al art. 24 del CP será quien dolosamente determina o le hace surgir a otra persona (inducido) la idea de cometer acciones que menoscabe la salud del ser humano intrauterino. Recordando el principio de accesoriedad, apuntado líneas arriba, si el inducido no realiza el delito instigado (lesionar al embrión o feto), por consiguiente no habrá instigador.

Cómplice: existen dos clases de cómplice. Por un lado, el cómplice primario quien es el que va a participar desde los actos preparatorios; su aporte es necesario para la realización del tipo penal; pero no tiene el dominio de la voluntad; el hecho, ni la funcionalidad; en lo que respecta a la pena a imponérsele será la misma que le impondrá al autor. Por otro lado, el cómplice secundario participa desde la ejecución del tipo penal pero su aporte no resulta significativo en la realización del hecho, sólo colaboración no necesaria; la pena la cual se le impondrá será atenuada. Finalmente, el cómplice tendrá responsabilidad en tanto que su aporte haya contribuido a que el autor realice el delito, más si éste no lo realiza, dicho aporte carece de relevancia penal.

10. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

10.1. Penas[466]

No es propósito de este breve estudio examinar con detalle las diferentes posiciones doctrinales sobre el particular (principio retributivo, de prevención general y especial,

[465] Cfr. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros: ob. cit., p. 250.

[466] BOIX REIG, Javier: "La motivación de la individualización de la pena", en: CDJ, N° XIII, p. 181-199, Madrid, 1992; ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina: "La ejecución de la pena privativa de libertad", en: CDJ, N° IX, p. 217-240, Madrid, 1993; GRANADOS PÉREZ, Carlos: "Individualización de las penas: supuestos conflictivos", en: CDJ, N° IX, p. 177-215, Madrid, 1993; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: "Perspectiva de futuro: arresto de fin de semana y multas por cuotas", en: CDJ, N° IX, p. 145-176, Madrid, 1993; MATA AMAYA, José De La: "Ejecución de penas restrictivas de libertad y no privativas de derecho", en: CDJ, N° XV, p. 141-195, Madrid, 1994; ORTEGA LLORCA, Vicente: "Individualización y determinación de la pena (aspectos jurídicos). Las recomendaciones del Consejo de Europa. Valoración de la reincidencia. Eximente incompletas y medidas de seguridad sustitutivas de pena", en: CDJ, N° IX, p. 15-83, Madrid, 1993 y PRIETO MACIAS, Carlos: "Reflexiones sobre algunos aspectos de la ejecución de penas privativas de libertad", en: CDJ, N° IX, p. 329-337, Madrid, 1993.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

así como de la rehabilitación personal y la inserción social, etc.), pero sí lo es destacar la importancia que para la aplicación y ejecución de las penas tienen los criterios inspiradores de cada ordenamiento jurídico. Para ello también se recorrerá el Derecho penal positivo patrio.

En Derecho penal actual la teoría de la pena ha suscitado un interés creciente en la dogmática, inclinándose hacia las teorías unificadoras, por lo cual es posible apreciar, un amplio consenso acerca de las funciones actuales de la pena, cuyos fines oscilan entre la compensación del injusto y de la culpabilidad y la prevención general y especial como perspectivas conciliables de un mismo problema[467]. En cualquier caso, se está de acuerdo en que toda pena está sujeta a la reserva de su necesidad social. Es decir, si bien rige el principio nulla poena sine culpa, no puede afirmarse –en sentido inverso- que a toda culpabilidad deba corresponder una sanción en forma de pena, pues la teoría reconoce equivalentes funcionales y otras posibilidades de reacción. Por ello, la imposición de la pena sólo estará justificada si se consigue compaginar su necesidad para la comunidad jurídica (necesidad de restablecimiento del orden jurídico perturbado) con la autonomía de la personalidad del delincuente, que el Derecho tiene asimismo que garantizar[468]. Además, la pena sólo es necesaria cuando el conflicto social creado con el delito no pueda solucionarse por la comunidad sin la intervención del Derecho penal. Probablemente pueda sostenerse que la reacción jurídica es subsidiaria a la solución natural del conflicto.

La necesidad de pena, como es lógico, no puede fundamentarse sólo en la necesidad de dar satisfacción a la víctima del delito, en cuanto la reparación del daño puede obtenerse por vías alternativas mucho más eficaces. Como se ha sostenido, las alternativas de la pena, en su forma más tradicional como pena prisión, permiten contribuir a la reparación del daño en cuanto la libertad ambulatoria del reo contribuye a favorecer la integración social y el resarcimiento del perjuicio producido. En este contexto se encuentra extendida en la dogmática actual la idea de la necesidad de la reparación como tercera vía de reacción frente al delito.

[467] Cfr. CHOCLAN MONTALVO, José: ob. cit., p. 4.
[468] ROXIN, Claus: “Sentido y límites de la pena estatal”, en: Problemas básicos del Derecho penal, Traducción y notas por Luzón Peña, Madrid, 1976, p. 34.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En palabras de Roxin[469]: "pese al incremento pronosticado de la criminalidad, las penas serán más leves". En este, sentido el autor apunta que respecto a la pena privativa de libertad dejarán de ser aplicados debido a dos razones: "1. Por un lado, es cada vez menos posible reaccionar a la mayoría de los delitos con penas privativas de libertad en la medida en que las disposiciones penales aumentan y crecen con ella los hechos punibles. Los establecimientos penales no son ni siquiera cercanamente suficientes para ello, así como lo son los recursos financieros[470] necesarios para la ejecución penal humanitaria. 2. Por otro lado, tampoco es deseable por política criminal la imposición de penas privativas de libertad de manera masiva, pues según el saber criminológico en los delitos pequeños y medianos, que constituyen la mayor cantidad de los delitos, es imposible la resocialización por la vía de la privación de la libertad".

Antes de proponer las clases de penas a aplicarse en esta nueva modalidad delictiva quiero referirme a nuestra actual realidad penitenciaria, pues la considero de suma importancia. Así, la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N° 29[471] señalaba como principales problemas los siguientes: "a) Exceso de población en los establecimientos penitenciarios[472]; b) Elevado número de personas privadas de libertad aún procesadas[473]; c) Deficiencia en la infraestructura penitenciaria[474]; d) Inadecuada alimentación[475]; e) Insuficiente prestación de servicios; f) Limitaciones

[469] Cfr. ROXIN, Claus: "Dogmática penal y Política criminal", Traductor y Editor Dr. Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998.

[470] Con acierto SAMALL ARANA manifiesta que "… que por falta de infraestructura adecuada, personal técnico y auxiliar capacitado, a lo que debe agregarse el exiguo presupuesto que se le asigna al Instituto Peruano Penitenciario para llevar adelante las acciones de tratamiento y rehabilitación, hechos que imposibilitan atender los ingentes problemas que surgen cada día en los centros penitenciarios…". Véase ampliamente SAMALL ARANA, Germán: "Los beneficios penitenciarios en el Perú", Ediciones BGL, Trujillo, p. 12 y ss.

[471] Véase el Informe Defensorial N° 29 "Derechos Humanos y Sistema Penitenciario: Supervisión de Derechos Humanos de Personas Privadas de Libertad 1998-2000", publicado en el Diario Oficial El Peruano el 14 de octubre del 2000.

[472] La Región Lima presenta el índice más alto de sobrepoblación con un 84.55%, siendo crítica la situación del establecimiento penal de Lurigancho con una sobrepoblación del 280.33%, habiéndose agravado respecto de 1997, cuando el índice era de 241%. Situación semejante corresponde al penal de Mujeres de Chorrillos (Comunes) con exceso de población del 206.89%.

[473] En 1997, las personas privadas de libertad se encontraban procesadas ascendían al 69% de la población penitenciaria. Esto motivó que se recomendarán modificaciones legislativas y cambios en la actuación de la administración de justicia. Sin embargo, a junio de 2000, de un total de 27, 835 personas privadas de libertad, 15, 222(54,69%) tenían la condición de procesadas y sólo 12,613 (45,31%) se encontraban sentenciadas. Aunque se viene mejorando, hay aún mucho por hacer.

[474] De los 46 establecimientos penitenciarios 24 se encontraron en mal estado, 14 en regular estado y sólo 8 en buenas condiciones. Dicha situación es similar a la de 1997.

[475] Desde 1997, el presupuesto diario asignado por persona para alimentación se ha mantenido en S/. 2.50, a excepción del establecimiento penal de Challapalca, el cual tiene asignado un monto especial de S/. 3.50. Si este monto era suficiente en 1997, la situación se ha agravado considerablemente desde entonces. El déficit existente en alimentación es cubierto parcialmente con el aporte de los propios internos, sus familiares o de las instituciones humanitarias. La orientación nutricional también es insuficiente; de los 46 penales visitados sólo 14 contaban con este

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

para la realización de las actividades laborales y educativas[476]; g) Restricciones al derecho de visita[477]; h) Inadecuada alimentación[478]; e) Insuficiente prestación de servicios; f) Limitaciones para la realización de las actividades laborales y educativas[479]; g) Restricciones al derecho de visita[480]; h) Inadecuada política de traslados[481]; i) Limitadas visitas íntimas[482]; j) Limitado acceso a la defensa[483]". A su turno Small Arana[484] resume la problemática penitenciaria: "una población excesiva que rebasa ampliamente la capacidad física de la infraestructura existente; una escasa disponibilidad de recursos de todo orden para atender el mantenimiento y rehabilitación de esa población y un reducido personal, el cual no cubre las reales necesidades, que requiere no sólo el tratamiento del interno; sino la seguridad

servicio. Este aspecto es uno de los más críticos y pone en evidencia que la persona privada de libertad no goza de los servicios mínimos que le garanticen un trato adecuado, acorde con su dignidad humana.

[476] En la construcción de los recientes establecimientos penitenciarios no se ha dado prioridad a las áreas destinadas al trabajo y educación. Los ambientes destinados para la actividad laboral y la educativa son limitados y no se han implementado adecuadamente. Todo esto afecta negativamente la resocialización de las personas privadas de libertad.

[477] La actual política de seguridad determina que muchos internos, especialmente los sometidos a regímenes especiales, se encuentren recluidos en establecimientos penales muy distantes al lugar de residencia de su familia. Esto dificulta que los internos gocen de un adecuado sistema de visitas, pues los familiares sólo pueden realizarlas una o dos veces por año. Este problema es parcialmente aliviado por la ayuda que brinda el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) a las familias de los internos que están bajo su mandato. Gracias a esta ayuda, cada familia puede realizar hasta doce visitas anuales.

[478] Desde 1997, el presupuesto diario asignado por persona para alimentación se ha mantenido en S/. 2.50, a excepción del establecimiento penal de Challapalca, el cual tiene asignado un monto especial de S/. 3.50. Si ese monto era insuficiente en 1997, la situación se ha agravado considerablemente desde entonces. El déficit existente en alimentación es cubierto parcialmente con el aporte de los propios internos, sus familiares o de las instituciones humanitarias. La orientación nutricional también es insuficiente: de los 46 penales visitados sólo 14 contaban con este servicio. Este aspecto es uno de los más críticos y pone en evidencia que la persona privada de libertad no goza de los servicios mínimos que le garanticen un trato adecuado, acorde con su dignidad humana.

[479] En la construcción de los recientes establecimientos penitenciarios no se ha dado prioridad a las áreas destinadas al trabajo y la educación. Los ambientes destinados para la actividad laboral y la educativa son limitados y no se han implementado adecuadamente. Todo esto afecta negativamente la resocialización de las personas privadas de libertad.

[480] La actual política de seguridad determina que muchos internos, especialmente los sometidos a regímenes especiales, se encuentren recluidos en establecimientos penales muy distantes al lugar de residencia de su familia. Esto dificulta que los internos gocen de un adecuado sistema de visitas, pues los familiares sólo pueden realizarlas uno o dos veces por año. Este problema es parcialmente aliviado por la ayuda que brinda el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) a las familias de los internos que están bajo su mando. Gracias a esa ayuda, cada familia puede realizar hasta doce visitas anuales.

[481] En los últimos años se han efectuado frecuentes traslados por razones de estrategia en la lucha contra el terrorismo, como un supuesto mecanismo de redistribución de la población penal o, principalmente, como medida disciplinaria. Esto afecta la relación entre el interno y su familia, en tanto el traslado no sólo significa un cambio de penal, sino la pérdida o deterioro de las relaciones familiares, lo que repercute en la alimentación, salud y trabajo del interno. Por ello, su aplicación debe limitarse a casos estrictamente necesarios, debidamente justificados.

[482] La mayoría de penales no cuentan con ambientes especiales. En donde ello ocurre, como Castro Castro, estos ambientes sirven de celdas transitorias.

[483] Al reducido número de abogados del servicio legal penitenciario, se suma un déficit de abogados de oficio. No obstante los esfuerzos del Sistema Nacional de Defensa de Oficio del Ministerio de Justicia, el número de abogados de oficio es insuficiente. Entre 1998 y 2000, el número de abogados de oficio dedicados a la defensa en procesos penales se ha mantenido en 210 a nivel nacional.

[484] Cfr. SMALL ARANA, Germán: ob. cit., p. 26.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

penitenciaria en sus tres dimensiones: de las personas, de las comunicaciones y de la infraestructura".

Finalmente, se debe resaltar que en la actualidad la pena tiene, fundamentalmente, una finalidad retributiva y de neutralización[485].

10.1.1. Penalidad de la comisión dolosa

La valoración de la pena justa con la que debe conminarse la realización de una conducta siempre es difícil de determinar. Por ello después de un análisis por separado de la pena privativa de libertad, limitativa de derecho y pena de multa que corresponden a todo delito de lesiones al feto, se realizará una valoración global del marco punitivo.

Pena privativa de libertad. Teniendo en cuenta el fin resocializador de la pena; y en este caso, la pena de prisión, considero necesario su aplicación; sin embargo, desde el punto de vista legislativo, la pena correspondiente para esta clase de delitos y, además obedeciendo a nuestra realidad social y penitenciaria. Es decir una aplicación de pura política criminal en relación a la pena. También, tomando en consideración el derecho comparado en lo que a delitos de lesiones al nasciturus se refiere. La pena privativa para el tipo doloso y en relación al bien jurídico protegido deberá oscilar entre un año (1) a cuatro (4) años de pena privativa de libertad. El límite máximo (cuatro años) permitirá por un lado, obedeciendo a la enorme población penitenciaria, establecer, si se encontrara culpable el agente delictivo, cumplir su condena con una pena de libertad no efectiva. Por otro lado, si al momento de la valoración judicial de la pena, el juzgador observa la peligrosidad y la inmediata resocialización del individuo infractor del tipo la pena de prisión al máximo será efectiva. Por ello, en base a lo ya legislado en materia de lesiones al nasciturus cuya pena oscila entre uno y tres años, encontramos adecuada la pena privativa de libertad; no obstante ahondando en esta figura delictiva insertada mediante Ley N° 27716 la pena primigenia que establecía el proyecto de ley era una privativa de libertad de entre tres a ocho años, la cual consideramos exagerada por cuanto en el delito de

[485] Cfr. al respecto el Informe Defensorial N° 29 "Derechos Humanos y Sistema Penitenciario: Supervisión de Derechos Humanos de Personas Privadas de Libertad 1998-2000", publicado en el Diario Oficial El Peruano el 14 de octubre del 2000.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

aborto, el cual destruye la vida humana dependiente está por debajo de lo propuesto en el proyecto de ley.

10.1.2. Penalidad de la comisión culposa

Como ya lo hemos venido manifestando en nuestro derecho positivo en materia penal, las lesiones al no nacido cometido de manera culposa no están penadas.

A mi juicio y atendiendo a nuestra realidad penitenciaria considero que lo más apropiado para el castigo penal de los delitos de lesiones al nasciturus, deberá ser la prestación de servicios a la comunidad.

Prestación de servicios a la comunidad[486]. El trabajo en beneficio de la comunidad es hoy una de las mejores respuestas al delito[487] y; ésta se podría definir como la prestación de la cooperación personal no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo, tendente a servir de reparación para la comunidad perjudicada por el ilícito penal y no supeditada al logro de intereses económicos. Considero apropiada esta modalidad punitiva, pues es la que realmente cumple el fin resocializador de la pena. La pena deberá oscilar entre los veinticinco (25) y las cincuenticinco (55) jornadas dedicadas al servicio de la comunidad.

10.2. Reparación Civil

10.2.1. Responsabilidad Civil derivada del hecho punible

a) Conceptualización

El hecho punible es comúnmente definido por la doctrina como una acción típica, antijurídica y culpable.

La responsabilidad creada por el derecho penal, es la que se desprende de la ejecución de actos que son penalmente sancionados. Esta responsabilidad tiene dos manifestaciones: a) la que recae en la persona del autor del delito y que puede afectar su vida, su libertad, a su capacidad civil o a su patrimonio. b) la

[486] Ley de Ejecución de las Penas de Prestación de Servicios a la Comunidad y de Limitación de Días Libres. Ley N° 27030, 30 de diciembre de 1998. Código de ejecución penal, Decreto Legislativo N° 654. Reglamento del Código de Ejecución Penal DECRETO SUPREMO N° 023-2001-JUS, 21 de julio de 2001.
[487] Cfr. GIMENEZ SALINAS I COLOMER, Esther: “Penas alternativas de libertad y alternativas”, en: CDJ, 1993.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

que civilmente recae sobre el propio autor de la infracción, por vía de reparación del agravio material o moral que haya causado.

La segunda, en realidad, supone un deber jurídico que escapa a la esfera integral del derecho penal ya que se trata de una obligación de naturaleza básicamente patrimonial y con objetivos expresamente indemnizatorios, consecuentemente, y dado que goza de un esquema idéntico al de la responsabilidad civil, encuentra su sustento jurídico en el derecho civil, es decir, en el derecho privado. Cosa distinta, y no hay que confundir, es que el derecho privado. Cosa distinta, y no hay que confundir, es que el derecho penal asuma conciencia de cuáles son las consecuencias derivadas de la comisión de un hecho punible y sea consecuente con el resultado dual – ilícito penal y civil- de su análisis, estableciendo a partir de su área- la del derecho penal, normas aplicables a la responsabilidad civil derivada de un hecho punible.

Para este tipo de responsabilidad es común utilizar la expresión “responsabilidad civil ex delicto”, que viene a ser definida como la responsabilidad originada por un acto ilícito, que es considerado asimismo delictivo, diferenciando este sector de la responsabilidad del resto de la responsabilidad civil extracontractual[488]. Así, se podría ubicar a la responsabilidad civil derivada de un hecho punible dentro del género de la responsabilidad extracontractual, con la particularidad que en el caso de aquélla –la especie- el elemento constitutivo de la antijuricidad debe estar necesariamente presente, ya que, como lo hemos manifestado anteriormente, una de las características del hecho punible es ser antijurídico o ilícito[489].

b) Relación jurídica procesal civil dentro del proceso penal

La acción resarcitoria puede realizarse judicialmente a través de dos modelos: el de separación o el de la acumulación. Obviamente, aquí se estudiará la segunda.

Pero antes de ello es necesario establecer cuáles son las razones que vinculan en un mismo proceso a pretensiones de diversa naturaleza, porque sin ello no

[488] Cfr. FONT SERRA, Eduardo, Op. Cit., p. 11.
[489] Cfr. VASALLO SAMBUCETTI, Efraín Bruno. Op. Cit., p. 37.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

es posible analizar el tema de la relación jurídico procesal civil dentro del proceso penal.

El fundamento principal que se han presentado es que, de un mismo hecho punible ha nacido un ilícito con doble connotación, una de naturaleza penal y otra de naturaleza civil, por lo que, resulta atendible, en principio, determinar la responsabilidad civil y penal, partiendo de una análisis común. Así, si bien las acciones penal y civil son jurídicamente heterogéneas, la conexidad entre las mismas justifica su acumulación.

Hay dos corrientes doctrinarias que se han ocupado del tema de la responsabilidad derivada del hecho punible.

En primer lugar, destaca la teoría clásica, ella pone de manifiesto el desprendimiento histórico existente entre los conceptos de responsabilidad civil y responsabilidad penal como consecuencia de la comisión de un hecho punible. Los clásicos comprendían perfectamente que la responsabilidad penal reflejaba pretensiones dirigidas a satisfacer un interés público cual era de la imposición de una pena al responsable, mientras que la responsabilidad civil buscaba la satisfacción de un interés privado como era el resarcimiento del daño.

Asumiendo que el derecho resarcitorio tenía más bien un carácter público, los positivistas ofrecían una visión concluyente absolutamente distinta a la de los clásicos; en tal sentido, el estado no sólo podría sino que además debería preocuparse porque el resarcimiento del perjudicado con el hecho punible sea satisfecho.

De ambas teorías, parece mucho más razonable, la primera; sin embargo, es interesante destacar que algunos doctrinarios clásicos llegaron al extremo de separar los conceptos de responsabilidad civil y penal derivadas de un hecho punible a tal punto y en términos tan absolutos, que propugnaban por la eliminación de la constitución en parte civil en el proceso penal por considerarla esencialmente extraña y consecuentemente perjudicial al objeto del mismo[490].

[490] Merece al respecto, particular mención la posición de Carnelutti. Este autor desarrolló una crítica a la institución de la parte civil. Este autor entendía que con la participación del agraviado en el proceso penal en busca de la reparación del daño sufrido, se insertaba peligrosamente dentro del proceso penal un proceso civil, lo que, en definitiva, resultaba contraproducente con la naturaleza del proceso – el penal. Consecuentemente, este autor propugnó la franca

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Otros autores, concluyen que al no tenerse en cuenta la naturaleza privada y dispositiva de la pretensión resarcitoria en el proceso penal se estaría limitando el derecho a la tutela judicial efectiva del agraviado de recurrir a los órganos del Estado para lograr la satisfacción de su pretensión, además, que en el proceso penal, aun cuando la víctima se constituya en actor civil, de todas maneras es postergada por todos los operadores procesales, siendo objeto de una suerte de marginación que no le permite ejercitar debidamente su derecho a la tutela judicial efectiva[491].

Sin embargo, es de advertirse que estas afirmaciones carecen de sustento, ya que al ejercitarse la acción civil en el proceso penal por parte del agraviado, en dicho proceso tiene todas las prerrogativas y la relación jurídica procesal que vincula por un lado al encausado y terceros civilmente responsables, y por otro que la parte civil, no adolece bajo ningún caso de desequilibrio alguno que perjudique o siquiera atente el derecho de las partes a desarrollar un debate procesal en iguales condiciones.

Concluido lo anterior, se puede pasar a otras fundamentaciones jurídicas de la validez de esta acumulación. Una de las más utilizadas es la de la economía procesal, fundamento esencial de toda la figura procesal de la acumulación: Y es que ¿por qué impulsar en dos vías distintas y, por lo tanto utilizar, dos veces el aparato jurisdiccional del estado, si se van a resolver pretensiones derivadas de un mismo hecho? Un país, como el Perú, con asignación de reducidos recursos a la administración de justicia, no puede darse el lujo de realizar dos procesos para resolver un conflicto que tiene una misma fuente y que sin problemas puede ser resuelto en un solo proceso[492], y por un solo juez, el juez penal, que, a diferencia del civil, tiene la capacidad de comprender tanto el daño penal como el civil causado por el hecho punible.

independencia entre la acción penal y la civil, basándose en la esencia de las relaciones jurídicas procesales concluyentes, vale decir, en las relaciones jurídicas sustantivas reflejadas en el proceso penal a través del ejercicio de las acciones civil y penal.
Siguiendo medianamente la línea de pensamiento de Carnelutti, comprendemos que, en su concepción, un carácter resaltable de la distinción entre ambos tipos de proceso radica en la paridad que necesariamente debe existir en la relación jurídica procesal civil y que no es propia de la penal. En este sentido, dejar al árbitro del perjudicado con el hecho punible la decisión de reunir ambas relaciones jurídicas procesales, sería como afectar el derecho del presunto autor del daño de lograr que la relación civil sustantiva sea equitativa entre ambas partes. Ibidem., pg. 122.

[491] Cfr. CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto y OBLIGADO, Daniel Horacio, Op. Cit., p. 107.

[492] Cfr. CHIARA DIAZ, Carlos Alberto y OBLIGADO, Daniel Horacio, Op. Cit., p. 109.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Con ello se evita que el juez tenga un proceso más a su cargo, se ahorra dinero a la parte agraviada, puesto que ejercitar la acción civil no le cuesta nada o muy poco; hay evidente economía procesal al mantener la unidad de la causa y evita el peligro de sentencias contradictorias.

El ahorro del dinero se extiende también al encausado, e incluso al tercero civilmente responsable, ya que la gratitud representa uno de los principios fundamentales del proceso penal, a diferencia del proceso civil, en donde los litigantes deben cumplir con el pago de tasas[493].

10.2.2. Ejercicio de la acción civil en el proceso penal

La relación jurídica civil sustantiva es de índole eminentemente privada y, por tanto, los derechos contenidos en la pretensión resarcitoria son absolutamente disponibles. Consecuentemente, la satisfacción de la pretensión resarcitoria puede manifestarse mediante una transacción privada que celebran el responsable civil y el ofendido. Se trataría entonces de una transacción extrajudicial absolutamente válida que de inmediato extinguiría la responsabilidad civil correspondiente.

Es decir, a diferencia de la acción penal, la acción civil es contingente, lo que significa que su ejercicio no es obligatorio. El otro camino es el del ejercicio de la acción civil, o sea, la materialización procesal de sus pretensiones resarcitorias. Nuestro ordenamiento jurídico ha previsto dos vías alternativas, jamás concurrentes. Aquí está el fundamento del artículo 106° del Código Procesal Penal que establece que la constitución en actor civil que se desiste como tal antes de la acusación fiscal no está impedido de ejercer la acción indemnizatoria en otra vía.

Eugenio Florián[494] distingue a la acción civil de la penal por 3 características:

a) La acción civil es privada, porque corresponde a la persona lesionada y para un interés particular de la misma, las relaciones jurídicas que forman su contenido son privadas, la persona lesionada puede ser una persona natural, una jurídica o incluso el propio estado.

[493] Cfr. VASALLO SAMBUCETTI, Efraín. Op. Cit., p. 138-139.
[494] Cfr. VASALLO SAMBUCETI, Efrain. Op. Cit., p. 138-139.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

b) La acción civil tiene carácter patrimonial, lo que quiere decir que presenta un derecho patrimonial aun en los casos en que el daño sea puramente moral o el resarcitorio tenga lugar de modo que no consista en el pago de una suma de dinero; pues la acción civil, en verdad, se refleja siempre sobre el patrimonio, al cual debe poner en su prístino estado o aun mejorarlo. El derecho patrimonial es de libre disposición, y puede ser renunciado, sometido a pacto, ser materia de transacción y transmisión a título universal.
c) La acción civil es contingente, lo que quiere decir que puede nacer del delito, o no nacer, sea porque se trate de delito que no cause daño patrimonial resarcible, sea porque el titular no quiere ejercitarla.

Si no existiera dicha manifestación de voluntad, la reparación civil aparecería como un derecho atendible por el aparato jurisdiccional del estado y susceptible de tutela por parte del Ministerio Público, pero nunca como una pretensión en términos estrictamente procesales; lo que sucede es que, absurdamente, nuestra legislación ha contenido en una relación jurídica criminal, en la que el único objetivo es el tratamiento de las pretensiones punitivas, cuestiones de índole absolutamente privado que nada tienen que ver con la esencia de la relación y con los intereses que supuestamente representa el Ministerio Público[495]. Es decir que, aunque el lesionado con el hecho punible no materialice procesalmente sus pretensiones mediante el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, la sociedad a través del Ministerio Público podrá, de pleno derecho, inmiscuirse en un asunto que en esencia no le compete y perseguir la debida reparación civil del agraviado.

Vale decir, la reparación civil formaría parte de la pena, no sólo declarativamente sino además funcionalmente.

Ante tales circunstancias es conveniente reafirmarse en la consideración de la naturaleza accionaria de la constitución en parte civil, porque consideramos que corresponde única y exclusivamente al agraviado o al que se encuentre legitimado ser el titular de las pretensiones resarcitorias.

[495] Cfr. VASALLO SAMBUCETI, Efrain. Op., Cit, pp. 120.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Lo que es cierto es que actualmente el Ministerio Público ostenta una legitimación extraordinaria cuando actúa solicitando la reparación civil.

En efecto, el Art. 1° de la Ley Orgánica del Ministerio Público es el organismo autónomo del estado que tiene como funciones principales *"….la persecución del delito y la reparación civil"*.

En concordancia con ese Art. 1, encontramos el Art. 91° inc. 6 del mismo cuerpo legal establece que: *"El fiscal superior en lo penal emitirá dictamen previo a la resolución final superior en los casos de embargo para asegurar la reparación civil y en los de sustitución por caución o garantía real"*.

El Art. 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público dispone que la acusación escrita contendrá la reparación civil que propone.

Así también está el Art. 95° inciso 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público que prescribe que son atribuciones del Fiscal Provincial en lo Penal solicitar el embargo de los bienes muebles y la anotación de la resolución pertinente en las partidas registrales de los inmuebles de propiedad del inculpado o del tercero civilmente responsable que sean bastantes para asegurar la reparación civil.

Por otro lado, pero en el mismo sentido, el Código Procesal Penal establece en el Art. 11° incisos 1 y 2 la titularidad del Ministerio Público de la acción civil, a falta del ejercicio del perjudicado. El Art. 12° inciso 3 también prevé la posibilidad de pronunciamiento de reparación civil en caso de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.

Asimismo en el mismo cuerpo legal destaca el Art. 393° inciso 3, lit. F que es una norma para la deliberación y votación de las sentencias que expresa que en ese acto se deberá incluir la deliberación y votación de la reparación civil y consecuencias accesorias.

Destaca además, el Art. 399° del Código Procesal Penal, referido a la sentencia condenatoria, que en el inciso 4, dispone que: *"La sentencia condenatoria decidirá también sobre la reparación civil, ordenando –cuando corresponda- la restitución del bien o su valor y el monto de la indemnización que corresponda, las consecuencias*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

accesorias del delito, las costas y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos".

Es así que se puede concluir que si el Ministerio Público no ejerció la acción civil, y tampoco lo hizo el perjudicado directamente, el Juez igualmente se encuentra obligado a pronunciarse al respecto[496].

10.2.3. Contenido de la acción civil

El Art. 93° del Código Penal delimita el contenido de la reparación civil, comprendiendo la misma, en primer lugar, la restitución del bien, o si no es posible, el pago de su valor; y en segundo lugar, la indemnización de los daños y perjuicios.

El Art. 94° del Código Penal dispone que la restitución se hace aunque el bien se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de éstos para reclamar su valor contra quien corresponda. No cabe la restitución si el bien hubiere perecido o desaparecido, o bien, tratándose de inmuebles, hubiere sido adquirido de buena fe por un tercero irreivindicable.

Asimismo, según los casos, algunas veces la restitución quedará consumada con la simple entrega del bien y en otras, como el actor se habrá valido de medios fraudulentos para llevar a cabo la apropiación patrimonial, hipótesis en que la declaración de nulidad de los actos viciados formará parte de la restitución. Así queda comprendido en el Art. 399° inciso 4 cuando se refiere a "consecuencias accesorias" y también el Art. 11° inciso 2 al igual que el Art. 393° inciso 3, literal F.

La reparación del bien significa, el pago del valor del bien perecido, busca paliar los menoscabos sufridos en el bien.

La indemnización de los daños y perjuicios pretende hacer desaparecer las consecuencias dañosas que produjo el acto ilícito. Importa, de un lado, el pago por el daño patrimonial, que comprende tanto el daño emergente como el lucro

[496] El Código del 40 al regular la acusación fiscal y la sentencia condenatoria obliga al fiscal y al juez a pronunciarse sobre la reparación civil. En ambos códigos, el agraviado, siempre que se constituya en parte o actor civil, puede instar en el proceso penal la reparación civil. Y también está el Art. 260° del Código Procesal Penal del 91 que establece el deber de imponer la reparación civil al momento de sentenciar.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

cesante; y de otro lado, el pago por el daño moral, que es indemnizable independientemente de si tiene consecuencias patrimoniales.

Como quiere que, según lo dispuesto por el Art. 101° del Código Penal la reparación civil se rige por las disposiciones pertinentes del Código Civil, la Corte Superior de Lima ha dejado sentado dos criterios jurisprudenciales: 1) que el juez para determinar el monto de la reparación civil debe tomar en consideración, de conformidad con el Art. 1985° del Código Civil, el lucro cesante, daño emergente y, según el 1984°, el daño moral; y 2) que el monto de la reparación civil devenga intereses desde la fecha en que se produjo el daño, tal como lo dispone el Art. 1985 in fine.

Entre otras muchas resoluciones, la Corte Suprema ha declarado, en concordancia con los Arts. 393° inciso 3, literal e) y 394° inciso 5 del Código Procesal Penal: 1) que la reparación civil debe fijarse en función del delito por el que se condena precisando quién (es) deben pagar; no debe fijarse un solo monto cuando los delitos y encausados son diferentes, por lo que no se puede fijar un monto general. 2) que la reparación civil comprende la restitución del bien, y si esto no es posible, el pago de su valor, pero como la vida humana es invalorable, en estos casos la reparación civil consiste en una forma de resarcimiento a los herederos de la víctima, debiendo fijarse de acuerdo a las posibilidades económicas del sentenciado, sino la reparación civil devendría en imposible[497].

Respecto a la acción civil ejercitable en el proceso penal cabe el mismo poder de disposición que sobre cualquier otra acción civil; su titular puede renunciar y transigir inclusive, sobre el particular el Art. 101° del Código Penal remite lo relacionado con la reparación civil al Código Civil. Claro está en lo no previsto en él, por ello se aplica el Art. 1306° del Código Civil que permite la transacción y la renuncia en esta materia.

En el Código Procesal Penal se prevén ambas posibilidades en los Arts. 13° y 14°. Pero estas normas no solucionan todos los problemas.

[497] El pleno de 1999 estableció que no se podía establecer el monto de la reparación civil atendiendo ni a la gravedad del delito ni a las posibilidades económicas del autor del daño.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La renuncia, al igual que la transacción, puede producirse antes o dentro del proceso penal y lograrse, a su vez, antes o dentro del proceso mismo. Y la debe realizar directamente el afectado o su representante si cuenta con poderes especiales para ello. El Código Procesal Penal establece expresamente que la renuncia se puede realizar hasta antes del inicio de la etapa intermedia, no dice nada en cuanto la oportunidad que tienen las partes para realizar la transacción, pero se piensa que ésta también se puede realizar hasta antes de iniciarse la etapa intermedia.

En cuanto a la extinción de la acción civil, el Art. 100° del Código Penal dispone que ésta no se extingue mientras subsista la acción penal, es decir depende de las causales de extinción de la acción penal: muerte del imputado, prescripción y cosa juzgada (Art. 78° del Código Penal). No rigen los plazos prescriptorios civiles, tal como lo ha declarado la Corte Suprema en ejecutoria del 25 de octubre del 2002.

Respecto de la amnistía, considerada como causa de extinción de la acción penal (Art. 78.1 del Código Penal) no puede entenderse que la acción civil se extingue con ella, porque a tenor del Art. 89° del Código Penal importa un motivo de suspensión especial de aplicación de la ley penal en un caso concreto en orden a evitar la imposición de sanciones penales, pero de ninguna manera se extiende a la reparación civil respecto de la cual no hay suspensión posible, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional al negar irrazonablemente la acción civil por un daño resarcible.

TÍTULO VI

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD DEL CONCEBIDO FRENTE A CASOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA

1. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCEBIDO QUE SON AFECTADOS POR ACTOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA

1.1. Derecho a la Vida

Señala Juan Espinoza que *"el derecho a la vida es, por excelencia, un derecho natural primario del que todo ser humano goza, por el solo hecho de su existencia. Más que una exigencia*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

jurídica constituye un suceso, originario e irreversible, con el cual el hombre se encuentra consigo mismo; solamente después puede hablarse de la necesidad de existir"[498].

El Tribunal Constitucional ha señalado con relación al artículo 1° de la Constitución que *"el cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos"*[499]. Señala en ese sentido que *"el derecho a la vida es el primero de los derechos fundamentales, ya que sin éste no es posible la existencia de los demás derechos. No sólo es un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico"*[500].

Dado que el derecho a la vida no se agota en el derecho a la existencia físico-biológica, a nivel doctrinario y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo encontramos definido también desde una perspectiva material. Así, se ha dicho que *"actualmente, la noción de Estado social y democrático de Derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado"*[501].

Siguiendo a Fernández Sessarego[502], considerando que los derechos patrimoniales están condicionados al nacimiento con vida[503], contrario sensu, los derechos de carácter extrapatrimonial no pueden estar de ninguna manera supeditados al nacimiento con vida[504]. En el caso específico de la protección del derecho a la vida, que posee el ser humano antes de nacer, es tutelar, precisamente, el derecho a la vida. "Es absurdo, en consecuencia, hacer depender el derecho a la vida, propio del concebido, del hecho de que nazca con vida"[505].

[498] ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006). Derecho de las personas. Lima, Ed. Rhodas, p. 195.
[499] Exp. N° 2016-2004-AA/TC
[500] Exp. N° 06057-2007-PHC/TC, fundamento sexto
[501] STC N° 2945-2003-AA/TC
[502] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, (1990), Nuevas tendencias en el derecho de las personas, Lima: Ed. Universidad de Lima, p. 47.
[503] Artículo 1° del Código Civil.
[504] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, op. cit., p. 49
[505] Ibid, p. 47.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Es así que, siempre siguiendo a Fernández Sessarego, que los derechos extrapatrimoniales no son derechos "reservados o pendientes", como señalan algunos autores, sino que son imputados al concebido libres de toda condición, al reconocérsele su condición de sujeto de derechos. No es posible condicionarlos a un evento futuro, pues se estaría desvirtuando la categoría misma de sujeto de derechos.

La pregunta es la siguiente: ¿Tenemos las personas, en sentido jurídico, derecho a la vida? La respuesta peca por obvia. ¿Asiste entonces al concebido el derecho a la vida? Bien dice Lloveras, citado por Víctor Pérez Vargas[506] *"entre las personas por nacer y las personas de existencia visible lo único que hay es una diferencia de etapas de desarrollo, se trata de diferentes etapas de las llamadas personas naturales"*.

Si bien nuestra Constitución reconoce que el Concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, empero la realidad demuestra que el ámbito de protección es muy reducido o casi nulo. Así, existen comportamientos en los que no se emplea violencia, pero que también atentan contra la vida del Concebido, como por ejemplo en los casos de negligencia médica o de mala praxis, en los que no hay dolo, porque el agente no tiene la intención de dañar al feto; sin embargo su comportamiento imprudente, su impericia, negligencia o inobservancia de las normas y procedimientos, ocasiona el aborto, causando grave perjuicio psicológico y moral a la gestante e incluso a su familia, quienes ven frustradas las expectativas generadas por el futuro nacimiento de un nuevo miembro de la familia y que desde nuestro punto de vista, al ser objeto de resarcimiento económico en el ámbito del Derecho Civil, a través de la responsabilidad civil extracontractual, se estaría equiparando el derecho a la vida del Concebido con un bien de naturaleza patrimonial, dejando de lado su naturaleza de Derecho Fundamental que al igual que la vida humana independiente merece protección jurídica.

1.2. El Derecho a la Dignidad

Es pertinente hacer un breve desarrollo al respecto, en tanto la fundamentación de la postura que sostenemos se basa en buena cuenta en la protección de la dignidad del Concebido.

[506] PÉREZ VARGAS, Víctor: "Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (1999), El derecho de familia y los nuevos paradigmas. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, T. II, p. 253.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Dicho esto, tenemos que el derecho a la dignidad no se encuentra contemplado explícitamente en el Código Civil, sino que se encuentra contenida en el artículo primero de la Constitución Política de 1993, la misma que señala que *"la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"*.

Según Ruiz-Giménez Cortés[507], existen cuatro dimensiones de la dignidad:

a) Dimensión religiosa o teológica, para quienes creemos en la filiación del hombre con Dios.

b) La dimensión ontológica, derivada del simple hecho de ser hombre, ser dotado de inteligencia, racionalidad, libertad y conciencia de sí mismo.

c) Dimensión ética, en el sentido de autonomía moral, no absoluta, pero sí como esencial función de la conciencia valorativa.

d) Dimensión social, como estima proveniente de un comportamiento valioso, en la vida en relación.

Señala Carlos Fernández Sessarego que "la dignidad" es una calidad inherente a la persona, en cuanto esta es simultáneamente libre e idéntica a sí misma. La libertad y la identidad sustentan la dignidad del ser humano. El ser humano posee dignidad porque, siendo libre, es un ser espiritual, y además por el hecho de que, a pesar de que todos los seres humanos son iguales, no hay dos idénticos. Es esta dignidad inherente a su ser, el sustento de los derechos fundamentales de la persona humana[508].

Es justamente esta dignidad la que justifica y fundamenta los demás derechos fundamentales, pues como señala Ángeles Martínez, es *"lo que se debe a la persona por su calidad de tal, y si se quiere darle un sentido jurídico más idóneo, lo que es adecuado a la naturaleza misma del hombre como ser personal"*[509], fin y límite de los demás derechos, pues está situada en un plano superior a los mismos. Es por eso que el artículo 3° de la Constitución garantiza el reconocimiento y la defensa de otros derechos fundamentales

[507] Citado por BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001). Derechos Fundamentales y Derecho Justo. Primera edición. Lima: Ara editores, pp. 58 y 59.
[508] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2005), La Constitución Comentada, Lima: Gaceta Jurídica, vol I, p. 46.
[509] ALEGRE MARTINEZ, Miguel Ángel (1996). La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español. España: Universidad de León, p. 81.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

que no se encuentren contenidos en la enumeración del artículo 2° del mismo cuerpo normativo, siempre que se basen, entre otros, en la dignidad del hombre.

En el mismo sentido se manifiesta Marcial Rubio[510]. Según el destacado tratadista, lo que el citado artículo constitucional está haciendo es colocar a la persona, considerado como un ser individual y social a la vez, en el centro del ordenamiento jurídico, en tanto eso es lo que ordena la dignidad que es inmanente a él.

Culmina señalando que la dignidad humana *"sirve en nuestro criterio para iluminar la aplicación de toda la Constitución y por consiguiente del ordenamiento jurídico en su conjunto. La defensa de la persona y el respeto de su dignidad podrán ser argumentados jurídicamente en el Perú y la jurisprudencia deberá darles significados concretos que sirvan de protección para el ser humano en nuestra sociedad"*[511].

Por su parte, el Catecismo de la Iglesia Católica (357) establece que *"por haber sido hecho a imagen de Dios, el ser humano tiene la dignidad de persona; no es solamente algo, sino alguien. Es capaz de conocerse, de poseerse y de darse libremente y entrar en comunión con otras personas; y es llamado, por la gracia, a una alianza con su Creador, a ofrecerle una respuesta de fe y de amor que ningún otro ser puede dar en su lugar"*.

Como no podía ser de otra manera, Juan Pablo II señaló que *"hay que afirmar al hombre por sí mismo, y por ningún otro motivo o razón: únicamente por él mismo, más aún, hay que amar al hombre porque es hombre, hay que reivindicar el amor por el hombre en razón de la particular dignidad que posee"*[512].

No podemos dejar de mencionar lo que el Tribunal Constitucional establece al respecto. Según este órgano *"la dignidad humana constituye tanto un principio que actúa a lo largo del proceso de interpretación, aplicación, y ejecución de las normas. Es así mismo un derecho fundamental, pues se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo"*[513]. Señala en otro expediente que *"el principio – derecho dignidad humana tiene una participación sustancial en la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Es el derecho a la dignidad al que se reconducen todos los derechos fundamentales de la persona"*[514].

[510] RUBIO CORREA, Marcial (1999). Estudio de la Constitución de 1993, p.p. 111 a 115.
[511] Ibid, p. 114.
[512] JUAN PABLO II. (1980) "Discurso a la UNESCO" en Enseñanzas al pueblo de Dios. París: Librería Editrice Vaticana.
[513] Expediente N° 02273-2005-PHC/TC, publicada el 12 de octubre de 2010.
[514] Expediente N° 1417-2005-PC/TC, publicada el 11 de julio de 2005.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En lo que se refiere a la dignidad del Concebido, esta permite sostener que existe un "derecho a nacer". El deber genérico de respetar los derechos ajenos, que se explica por la dignidad que también poseen estos, abarca también la dignidad del nasciturus y por tanto, posibilitar su nacimiento. Desde el momento en que es concebido, el nasciturus es sujeto de derechos, goza ya de sus derechos inherentes, que para cualquier otra persona son derechos ajenos y por lo tanto debe respetarlos. De esta exigencia se traduce el deber de respetar, conservar y mantener la vida del concebido, lo cual no es compatible con la interrupción del embarazo ni con aquellas conductas que de manera imprudente atentan contra su vida.

1.3. Derecho a la Integridad y a la Salud

El derecho a la integridad, reconocido en el artículo 2°, numeral 1 de la Constitución, *"es la situación jurídica en la que se tutela la condición misma de ser humano, en cuanto inescindible unidad psico-física"*. Se ha definido este derecho como *"aquella facultad de rechazar cualesquiera agresiones corporales, estableciendo un deber general de respeto que alcanza validez "erga omnes" en el sentido de marcar una abstención común de cuantas actividades pudieran devenir perjudiciales al organismo humano"*[515].

La Constitución de 1993, reconoce tres tipos de integridad: moral, psíquica y física. Se entiende por integridad física al 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.

Por su parte, la moral psíquica busca asegurar el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior del ser humano.

Finalmente se entiende por integridad moral como el aspecto estrictamente espiritual de cada ser humano en el que residen sus convicciones religiosas filosóficas morales políticas sociales ideológicas culturales. Es decir todo aquello que lo hace un ser no sólo físico emotivo e intelectual sino que le da el valor trascendente de ser humano ubicado de una determinada manera establecido con ideas propias sobre sí mismo y el mundo que lo rodea.

[515] MARTINEZ-CALCERRADA, Luis (1986). Derecho médico, Madrid, Tecnos, Vol. I, p. 442.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2. LA NATURALEZA HUMANA DEL NASCITURUS

Desde que se produce la concepción hasta el nacimiento la vida aparece como un proyecto que se va desenvolviendo, esto es, constituye una línea de continuidad, en progresivo avance hasta la culminación de su conformación corporal, la misma que se plasma en el instante del nacimiento, pero que no acaba en el mismo, sino que continúa en el mundo exterior a lo que hasta entonces era el espacio de desarrollo y evolución: el útero materno.

Ahora bien, si se admite y reconoce que únicamente en la vida se asientan todas las manifestaciones de lo humano[516], es innegable la imposibilidad de asumir al proceso de la vida y más aún en la vida del nasciturus, como un proyecto terminado o perfectamente delimitado en la totalidad de sus caracteres y potencialidades. El proyecto de vida residente y representado en el nasciturus aparece como una labor o tarea que debe ser concretada, y por ello se habla de la presencia de una "proposición" y una "realización", las cuales aparecen como inseparables, de modo tal que una de ellas adquiere sentido en contacto o presencia con la otra[517].

¿Dónde reside lo humano en el evento de aparición y desarrollo del nasciturus?. El nasciturus representa la vida en su discurrir, desde una forma aparentemente elemental, hacia la posterior configuración cada vez más compleja y especializada, por lo cual de modo progresivo la existencia se da en un estado corporal cuya finalidad es la expansión o contacto con el mundo exterior, esto es, la vida residente en el nasciturus no se ha generado para residir en el útero materno, sino que su tendencia es iniciar un viaje hacia el mundo exterior y hacia la realización de un plan de vida, para lo cual desde el interior del útero se van conformando los caracteres fisiológicos, la corteza cerebral y el sistema nervioso, los cuales van desarrollándose para poner al nasciturus en condiciones de una salida al mundo exterior.

Por tanto, existe un plan de vida, el cual no se reduce al plano estrictamente biológico, aunque requiera de dicha dimensión como una plataforma desde la cual emprender el desarrollo del proyecto de vida. Ello demanda la superación de la debilidad y dependencia, hasta la total y plena integración en el entorno humano, que no es otra cosa que el entorno cultural, puesto que la cultura es la respuesta de la humanidad, el conjunto de obras y representaciones que han sido generadas para satisfacer sus necesidades.

[516] MARTINEZ MUÑOZ, Juan Antonio. "Vida y Derecho". En: Revista de Derechos Humanos. Universidad de Piura. Vol. I, enero-diciembre de 2010, p. 112.
[517] MARIAS, Julian. Introducción a la filosofía. Alianza Editorial, Madrid, 1995, 4° edición, p. 267.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

A su vez, si se reconoce el contexto y raigambre de la vida, de la cual es manifestación plena el nasciturus, está claro que las condiciones de la vida deberían ser derechos previos y preferentes[518], con lo cual ya no se trata de proclamar el derecho a la vida, o el derecho a vivir, sino la preservación de aquellas condiciones en las que se manifiesta la vida del por nacer.

Así, el nasciturus debe salir de sí mismo hacia el mundo externo, el cual debe ser en cierto modo, apropiado, conquistado, para poder sobrevivir[519]. Ahora bien, para realizar el proyecto de sobrevivir, crecer e integrarse en el mundo humano que es esencialmente cultural, ello no es posible si es que la humanidad no hubiera asumido como práctica o presupuesto o principio implícito, la consideración por la existencia o vida del otro, del semejante[520]. Es decir, es imposible hablar de una humanidad actual tal y como la conocemos si es que no existiese la idea de una comunidad universal, plasmada desde la comprobación de la concepción. Es decir, la presencia del nasciturus no se limita a una vida "de dependencia", sino a reclamar la presencia en el mundo como un acto que reclama relevancia.

Ello constituye una situación de la mayor importancia: mientras que las cosas "están" en el mundo, el nasciturus "está presente", esto es, se encuentra frente a otros seres humanos como una realidad a la cual no se puede ser indiferente. Establecer alguna creación cultural como leyes, normas, principios y valores necesariamente deben recoger la dimensión de presencia del nasciturus y deben confirmar dicha relevancia: en otras palabras, el nasciturus no puede ser percibido como un objeto, puesto que no se limita a "estar". El nasciturus no puede ser cosificado ni depreciado.

Es la existencia la manifestación del ser, plasmada en la presencia y es desde dicho instante que cada uno debe ser reconocido como ser humano, y tratado como tal[521]. El nasciturus, por tanto, "es" y "está presente" en el mundo, como una realidad y exigencia que no puede ser dejada de lado. Por tanto, no basta que el nasciturus "sea" o "este" en el mundo: reconociendo que la vida está más protegida cuando se recoge en textos jurídicos[522], la salida es clara: el nasciturus debe ser reconocido en los textos y normales legales, y debe

[518] MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 112.
[519] BEORLEGUI, Carlos. Antropología filosófica. Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 413-414.
[520] KANT, Inmanuel. Ob. cit., p. 29.
[521] GEVAERT, Joseph. El problema del hombre. Introducción a la antropología filosófica. Ediciones Sígueme, Salamanca, 2003, p. 91.
[522] MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 112.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ser protegido en todo lo que el ordenamiento jurídico establezca respecto de la protección de la vida, salud e integridad.

3. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

No es propiamente un derecho fundamental, pero sí un principio que rige toda la regulación que existe a nivel mundial en torno al niño; y en lo que a nosotros nos concierne, al concebido.

El principio de interés superior del niño ha sido reconocido internacionalmente desde 1989, gracias a la Convención sobre los Derechos del Niño, la misma que en su artículo tercero numeral primero, establece que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". En nuestra legislación, se reconoció este principio con la publicación, el 29 de diciembre de 1992, del Decreto Ley 26102, que aprueba el Código de los Niños y Adolescentes, el mismo que reconoce este principio en el artículo VIII del Título Preliminar. Posteriormente, este Código fue derogado por la Ley 27337, actual Código de los Niños y Adolescentes, recogiendo el citado principio en el artículo IX del Título Preliminar, que prácticamente reitera lo dispuesto al respecto por su antecesor.

Señala Evelia Castro Aviles[523] que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad a brindar al menor una protección especial que permita al niño el pleno ejercicio de sus derechos, velando de este modo por su desarrollo mental, moral, espiritual y social. En el mismo sentido, Miguel Cillero Bruñol[524], señala que es posible afirmar que *"el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos: interés y derechos, en este caso, se identifican"*.

Con referencia a los principios en general, considera el mismo autor que:

"puede decirse, son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y

[523] CASTRO AVILES, Evelia, El interés superior del niño versus el derecho a la información de los medios de comunicación social. Documento extraído de la web: http://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/artículos/Interes_Superior_del_Nino.pdf.

[524] CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Documento extraído de la web: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades. En ese sentido, reconoce a este como un principio garantista".

Es interesante el debate suscitado en los Estados Unidos no sólo dentro del Parlamento Norteamericano, sino también con los grupos de feministas del citado país. Susan Markens[525] nos cuenta que al interior del Parlamento Norteamericano, los legisladores a favor de la maternidad subrogada enfocaban el asunto desde el punto de vista del derecho a la madre a elegir. En ese sentido, Michael Balbony, siendo consejero del Comité del Estado Senado Judiciario de New York aumentó, en 1987, que el derecho a procrear incluye todo tipo de forma de procreación. En el mismo sentido, Bill Handel, director del Centro de Paternidad Subrogada de Los Ángeles, a propósito del caso "Baby M"[526] reconoció que "la madre tiene derecho a hacer con su cuerpo lo que ella elija".

Por otro lado, quienes se manifestaban en contra de la maternidad subrogada, basan su postura en el interés superior del menor. Señalan que los derechos que posee el menor son mayores que el derecho a elegir que la mujer. Así, el Asambleísta de Nueva York, Anthony Genovesi, se manifestó en contra de la subrogación, señalando que es realmente el niño que está allí el que está protegido por la legislación.

---

[525] MARKENS, Susan, Surrogate Motherhood and the politics of reproduction. (2007), California, Estados Unidos, New Life Ecobook, p. 50.

[526] La Sra. Mary Beth Whitehead, ama de casa de 29 años de Brick Township, New Jersey, firmó un contrato el 6 de febrero de 1985, de tener un hijo para William y Elizabeth Stearn. Como parte del contrato de 16 páginas, arreglado por el Centro de Infertilidad de Nueva York, la Sra. Whitehead accedió a que "en el mejor interés del niño, no desarrollaría ni intentaría desarrollar una relación padre-hijo con ningún niño (…) que pudiera concebir (….) y dejaría libremente la custodia a William Stearn, padre natural, inmediatamente después del nacimiento del niño". A pesar de lo acordado la Sra. Whitehead se negó a entregar al niño, por lo que se inició un proceso judicial. Después de un juicio de 32 días, el juez Sorkow declaró el contrato de subrogación válido y ejecutable, terminó con los derechos maternos de la Sra. Whitehead y otorgó la custodia exclusiva de Baby M al Sr. Stearn. También concedió inmediatamente a la Sra. Stern una orden de adopción.
En apelación, el Tribunal Supremo de New Jersey (3 de febrero de 1988) sostuvo que un contrato de subrogación que ofrece dinero para la madre subrogada y requiere su irrevocable asentimiento para entregar a su hijo al nacer es inválido y no ejecutable. Sin embargo, no encontró ninguna prohibición legal a la subrogación "cuando la madre subrogada se presenta voluntaria, sin ningún pago, para actuar de madre sustituta, y se le permite el derecho de cambiar la idea y de afirmar sus derechos maternales".
El Tribunal Supremo de New York confirmó la concesión de la custodia al padre natural, y anuló la finalización de los derechos maternos de la madre natural y requirió al tribunal inferior que determinara los términos de la visita de la madre natural a Baby M.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Presentamos esta pequeña referencia de lo que sucedió en Estados Unidos, pues si bien es cierto que el debate es referente a la maternidad subrogada, un tema que no materia del presente estudio, sí trae consigo un problema mayor de fondo, que es si el concebido realmente es objeto de protección por la legislación existente ante todo tipo de conductas (dolosas y culposas) y de ser así, de qué forma.

4. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD DEL CONCEBIDO FRENTE A CASOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA

El ordenamiento jurídico nacional reconoce al concebido como un sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, estableciendo que sus derechos patrimoniales estarán condicionados a su nacimiento con vida. En dicho sentido, son sus padres, como representantes del concebido los llamados a velar por la protección de sus derechos personales. ¿Pero existe algún mecanismo de protección del concebido frente a actos de negligencia médica?

En el presente apartado analizaremos cómo es que el ordenamiento jurídico protege los derechos a la vida, salud, integridad y dignidad del concebido.

4.1. Protección Penal

El Código Penal tiene una serie de tipos penales destinados a sancionar la afectación especial del derecho a la vida. Tenemos así al homicidio en todas sus formas, y de manera especial, el infanticidio; el aborto, lesiones y exposición de personas al peligro.

a) Homicidio: Entendido por el Código Penal como el hecho de dar muerte a otro. Según Chirinos Soto, es *"la privación (ilegal) de la vida de un ser humano, causado por otro ser humano"*[527]. Según este autor, la figura del homicidio requiere de tres elementos básicos[528]:

1. Una vida humana preexistente al hecho.
2. Una acción humana que determina la extinción de esa vida.
3. Un riguroso nexo de causalidad entre la acción humana y la muerte del sujeto pasivo.

[527] CHIRINOS SOTO, Francisco. Código Penal. Lima: Ed. Rhodas, 4ta edición, p. 224.
[528] Ídem.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La definición presentada, y considerando la precisión realizada por parte de la judicatura peruana –que señala que *"el objeto material sobre el que recae la conducta típica es el ser humano, el hombre físicamente…."*[529], no especifican que el sujeto pasivo del delito sea una persona, sino un ser humano, por lo que aparentemente existiría delito de homicidio cuando se atenta contra la vida del embrión.

Sin embargo, hay que recordar que las normas que restrinjan derechos se deben interpretar de manera restrictiva, de modo que se limiten en la menor medida posible los derechos involucrados[530]; y que las normas en materia penal no son aplicables por analogía[531]. Es así que el término *"otro"* utilizado en el tipo penal, no está referido al concebido en vientre materno (para él ha sido considerada la figura del aborto o infanticidio).

b) Infanticidio: El artículo 110° del Código Penal peruano señala: "La madre que mata a su hijo durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas". Lo cierto es que con este articulado, el ser humano ya concebido (no nacido) pero apartado del vientre materno se encuentra carente de toda protección.

Una característica esencial del derecho penal es la tipicidad de la norma. Este principio es definido como *"la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta"*[532], es decir, hay tipicidad *"cuando la conducta que lo conforma aparezca descrita en una norma penal"*. Considerando entonces este principio del derecho penal, revisemos que el artículo 110° del Código Penal sanciona a la madre que da muerte al niño durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal. Se entiende por parto al hecho de "expeler en tiempo oportuno el feto que tenía concebido"[533].

c) Aborto: A falta de definición legal del término aborto, debemos recurrir a lo que se entiende comúnmente por el mismo. En ese sentido, *"se entiende por aborto la*

[529] Exp. N° 1613-92-A-PUNO.
[530] Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil. Asimismo, en el expediente: 1671-91, con resolución de fecha 11 de noviembre de 1991, se establece que *"las normas e instituciones que establezcan restricciones de derechos o situaciones excepcionales deben ser interpretados y aplicados restrictivamente"*.
[531] Artículo III del Título Preliminar del Código Penal.
[532] Exp. N° 2050-2002-AA/TC
[533] Definición obtenida de la página web de la Real Academia Española de la Lengua: http://lema.rae.es/drae/?val=parto

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

salida del feto del claustro materno que se provoca de manera intencional mediante ingestión de drogas o ejecución de manipulaciones productoras de ese resultado o que lleven la intención de producirlo"[534], o a la *"interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas"*[535]. Sin embargo, nuestro Código Penal no contiene ninguna disposición o sanción respecto al aborto culposo, que es un tipo penal distinto al aborto doloso o preterintencional. Puesto que, existen otros comportamientos en los que no se emplea violencia, pero que también producen la interrupción del embarazo, es decir que la gestante aborte o incluso que fallezca, como por ejemplo en los casos de negligencia médica o de mala praxis. Si bien es cierto no hay dolo, porque el agente no tiene la intención de dañar al feto o a la madre, su comportamiento imprudente, su impericia, negligencia o inobservancia de las normas y procedimientos, ocasiona el aborto. Sin embargo, aún en el caso que se acepte que existe delito de infanticidio o aborto, la sanción que propone el código penal es tan ridícula que en la práctica no produce ningún efecto disuasorio de comisión del delito.

d) Lesiones: Se entiende por lesiones el causar daño en el cuerpo o en la salud de otro. Se consideran lesiones graves cualquiera de las siguientes:

- Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima.
- Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente.
- Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso según prescripción facultativa[536].

Nuevamente el legislador utiliza el término otro para referirse al sujeto pasivo del delito, concepto indeterminado que nos obliga a restringir la aplicación del artículo

[534] OSSORIO, Manuel, op. cit., pg. 13.
[535] Real Academia Española de la Lengua, página web oficial: http://buscon.rae.es/drael/SrvlConsulta?TIPO BUS=3&LEMA=aborto

[536] Art. 121 del Código Penal.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

únicamente al ser humano ya nacido, conforme lo hemos explicado con ocasión del previo desarrollo del delito de homicidio.

e) Exposición a peligro o abandono de personas en peligro: Dice el código penal: *"El que expone a peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud o abandona en iguales circunstancias a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por sí misma que estén legalmente bajo su protección o que se hallen de hecho bajo su cuidado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años"*[537]. Estamos ante una norma que no ha sido pensada para la protección del concebido pues como se puede apreciar de una simple lectura del texto de la norma, para que se configure el delito, la víctima debe ser un menor de edad o una persona incapaz de valerse por sí misma. El concebido no es ni menor de edad, porque aún no ha nacido, ni es persona, pues esta calidad está reservada al ser humano nacido con vida, con lo cual no sería pasible de sanción, bajo esta figura penal, la exposición a peligro del concebido, a pesar de los daños a su salud que podría sufrir.

f) Lesiones al concebido: establece el artículo 124-A del Código Penal que *"el que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres"*. La acción que incide sobre el nasciturus, por la particular conformación fisiológica y por el contexto de extrema debilidad en que se encuentra, puede generar efectos que de forma irreversible signifiquen una dramática disminución o alteración de sus posibilidades de una vida de relación: una malformación o alteración de su configuración anatómica sin duda alguna puede afectarlo por el resto de su vida. Frente a dicha posibilidad, ¿la punibilidad del artículo 124-A refleja ello? Consideramos que no, pues se ha documentado ampliamente la comisión de negligencia médica y de otro tipo de conductas realizadas de forma culposa que atentan contra la vida e integridad física del concebido; sin embargo la ley peruana no admite las modalidades de lesiones culposas y preterintencionales.

Limitar el supuesto de lesiones al nasciturus al caso de las lesiones dolosas, parece algo irreal e incluso fomentaría los supuestos de impunidad: si la propia ley peruana reconoce que una mujer embarazada puede ser objeto de agresiones a pesar de

[537] Art. 125 del Código Penal.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ser notorio su estado de embarazo, es absurdo pretender que únicamente se admita la protección del bien jurídico vida, si es que precisamente en otra norma ya se reconoce que pueden cometerse lesiones, y a su vez es absurdo pretender el castigo de las lesiones dolosas, obviando el hecho que se admite el caso de abortos por negligencia o culpa, lo cual conlleva a interrogarnos por la posibilidad de lesiones culposas.

4.2. Protección Constitucional

El artículo 1° de la Constitución reconoce que la Sociedad y el Estado se encuentran obligados a la defensa de la persona humana. Ello obliga por tanto, a adoptar las decisiones legislativas y políticas en defensa de la dignidad de la persona. Ahora bien, si se admite que el nasciturus ya es existente como vida independiente del cuerpo de la madre que lo alberga, y que al mismo tiempo el ordenamiento reconoce que se pueden interponer los recursos legales en defensa de su vida y que tiene la plena capacidad de goce pero no de ejercicio, entonces no existe otro camino que el admitir que el nasciturus se encuentra en capacidad de solicitar la protección de las normas constitucionales, y dicha protección no le puede ser negada.

Asimismo, si la Constitución se encuentra en condiciones de establecer dicha protección, al ser el fundamento del sistema legislativo y actividad normativa, entonces de la Constitución pueden desprenderse normas y prácticas que confirman la naturaleza independiente y humana del concebido y, por tanto, puede confirmar su relevancia como sujeto de derecho.

Tomando en consideración que el concebido es sujeto de derechos para todo cuanto le favorece, desde el punto de vista del derecho constitucional, este sería pasible de protección por la afectación de sus derechos a la vida, a la salud y a la integridad física bajo la interposición de un proceso constitucional de amparo, y para el caso concreto del derecho a la integridad, un proceso constitucional de hábeas corpus.

Sin embargo, existe un problema de orden procesal, pues de acuerdo al inciso 5) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, el cual establece que: “No proceden los procesos constitucionales cuando: (…) 5) A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable”. En el caso de un atentado contra la vida, la salud o la integridad del concebido, es

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

evidente que éste no podría exigir la protección de sus derechos porque se habría producido la sustracción de la materia al tornarse la violación en irreparable.

4.3. Protección Civil

Si la normativa civil reconoce el principio según el cual “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”, ello significa que el conjunto de normas jurídicas que puedan favorecer al sujeto por nacer, pueden y deben ser preservados: una determinada situación o estatus del concebido puede ser objeto de una acción destinada a preservar dicho estatus o a mejorarlo, pues se supone que la eficacia finalmente dependerá de que nazca vivo.

Sin embargo, la ocurrencia de un evento de lesiones al nasciturus instala en su vida una expectativa que en modo alguno puede ser calificada como favorable a sus intereses. La comisión de un atentado contra la mujer o contra el concebido y el daño inferido o probable, implica que dicho evento altera de modo radical el desarrollo natural del ser en formación. En tales casos, ¿a título de qué se puede demandar indemnización?

El Código Civil peruano tiene graves defectos en materia del resarcimiento y ello deriva de los diversos sistemas vigentes para el ámbito de la responsabilidad extracontractual y contractual, respectivamente. Así, tenemos que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual se recoge la teoría de la causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido, lo cual permite el resarcimiento de todos los daños derivados del daño, sean los mismos mediatos o inmediatos, previsibles o imprevisibles, porque dichos daños son consecuencia lógica y necesaria del hecho que los produjo y ese es el único dato en verdad relevante. De más está señalar que en el sistema de reparación extracontractual el resarcimiento se acerca al ideal reintegrador.

En cambio, cosa distinta ocurre en el ámbito de la responsabilidad contractual, puesto que el artículo 1321° del Código Civil establece que los daños únicamente serán resarcibles en tanto se trate de daños directos, inmediatos y previsibles, los cuales pueden ser resarcidos siempre y cuando media en la inejecución de la obligación el dolo o culpa grave del deudor. Por tanto, en materia contractual la normativa es proclive a ignorar a los daños directos y mediatos. Lo que si se conoce es que según el artículo 1324°, son resarcibles solamente las obligaciones que dar sumas de dinero y solo en la medida en que se haya tratado, previamente, de un daño previsto como resarcible.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Por tanto, para ponerlo en perspectiva se ofrece el siguiente ejemplo: si un concebido es herido de bala por un delincuente durante un atraco, el delincuente solo será acusado penalmente del delito de lesiones culposas a la madre y su conducta será impune respecto de las lesiones que ha cometido contra el nasciturus. En materia de responsabilidad civil, el delincuente será responsable civil por todos los daños: directos e indirectos, previsibles o imprevisibles, mediatos o inmediatos. En cambio, si el daño al concebido es cometido por un médico bajo un supuesto de negligencia médica, únicamente podrá demandarse el resarcimiento por los daños que sean directos, inmediatos y previsibles (esto es, contemplados así en el contrato respectivo).

Es decir, si quien infirió el daño no tenía vínculo ni relación contractual o profesional alguno con la madre del nasciturus lesionado, el ordenamiento favorece un resarcimiento amplio e integral. En cambio, si quien ha ocasionado el daño tiene un vínculo contractual o profesional que explícitamente le obligaba a la máxima diligencia y cuidado, y a pesar de ello ocasiona un daño, entonces el ordenamiento restringe notablemente las posibilidades de un resarcimiento integral y justo.

¿Ello no favorece la impunidad de las conductas lesivas en contra de la vida, integridad y salud del nasciturus?

El ordenamiento está enviando con ello un mensaje claro: la calidad de profesional y de obligado particular a velar por la vida, salud e integridad del nasciturus, lejos de jugar como un factor de particular atribución o incremento de responsabilidad, opera en sentido contrario, esto es, se consagra como un factor de exculpación o tolerancia hacia una práctica cuya configuración, precisamente, es intolerable, por lo que refleja y representa para la vida e integridad física del nasciturus.

La diferencia existente en la regulación del Código Civil peruano consiste en que en el ámbito extracontractual se ha consagrado en el artículo 1985° la teoría de la causa adecuada; mientras que en el ámbito contractual, el artículo 1321° reconoce la teoría de la causa inmediata y directa. Aunque la doctrina sostiene que, a efectos prácticos, ambas formulaciones nos conducen a los mismo[538], discrepamos con dicha apreciación, basándonos en la forma como ambas teorías han sido recogidas en el Código Civil, lo cual genera impactos distintos respecto a la protección de los derechos del concebido.

[538] TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la responsabilidad civil. Grijley, Lima, 2001, p. 31.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

a) La teoría de la causa adecuada

En principio, existe la teoría de las concausas, la que sostiene que estas concurren a la producción del daño, por lo cual todas ellas deben ser consideradas como causas del evento dañoso, sin que pueda diferenciarse entre estas. Por tanto, todas las condiciones o concausas terminan poseyendo el mismo valor genético del daño[539]. Obviamente, esta teoría difumina en exceso toda posibilidad de identificar a las causas a partir de las cuales es posible determinar la presencia del daño. Ello motivó la aparición de la teoría de la causa adecuada, la cual sostiene que se debe asumir la relevancia de alguna causa cuya presencia pueda explicar el desencadenamiento del daño, con lo cual podría atribuirse a ella su eventualidad.

"En lugar de apreciar el fenómeno causal en concreto, se debe analizar en abstracto y en general, y buscar establecer si en ese plano es probable o cuanto menos posible que alguna de aquellas condiciones produzca el resultado cuya específica se trata de establecer. Si es probable o posible que uno de tales antecedentes genere el resultado dañoso, se le atribuirá el carácter de causa. Así, el daño debe asociarse con el antecedente que según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata. Una persona responde del daño producido sólo en el caso de que su conducta, en igualdad de condiciones, resulte apta para conducir precisamente a ese resultado"[540]

La consecuencia práctica de esta posición es que solo puede considerarse como causa aquellos eventos que normalmente se encuentran en condiciones de producir el daño. Así, la relación o vinculación entre el evento dañoso y el resultado lesivo debe ser adecuada, y no debe obedecer al azar o casualidad. Aquello que se identifica como una causa adecuada del daño no posee una naturaleza contingente, sino por el contrario, debe ser permanente, sino por el contrario, debe ser permanente, es decir, lógicamente previsible en relación al daño generado.

Asimismo, para determinar la causa de un daño conforme a esta teoría es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción y omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente un resultado; y ese juicio

[539] SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho privado. Tomo I. 2° edición, Legis, Bogotá, 2004, p. 145.
[540] SUESCÚN MELO, Jorge. Ob. cit., p. 154.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

de probabilidad no puede hacerse sino en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto[541].

Desde esta perspectiva, está claro que la conducta del vertimiento de desechos y residuos tóxicos en modo alguno puede ser vista como una conducta que no posee aptitud lesiva, tanto del medio ambiente como de la vida, salud e integridad de los habitantes de la zona o proximidades en que se realiza la actividad contaminante. A tales efectos, es idónea la demostración científica de los efectos que las sustancias originan en los organismos vivos para que con ese dato ya se pueda demostrar la existencia de un vínculo causal entre la actividad contaminante con el daño en la madre y en el nasciturus.

Imaginemos el caso de una contaminación por mercurio: lo particularmente grave de dicha sustancia es que una vez que penetra en los huesos, ya no puede ser expulsada del organismo ¿Qué ocurrirá con el nasciturus cuyo ser ya ha recibido altas dosis de mercurio? Está fuera de toda duda que ara el ser humano en él residente, no habrá escapatoria posible: está condenado para toda su vida a sufrir los efectos contaminantes, de un modo absolutamente irreversible.

Asumir en tales casos que el resarcimiento debe depender del nacimiento constituye un desconocimiento y un intento de evadir la responsabilidad, la cual debe entonces demandar sin esperar al nacimiento del nasciturus y más aún si existe en el Código Civil el artículo VI del título preliminar que reconoce que puede interponer una acción quien tenga un legítimo interés moral, lo cual abarca al nasciturus.

[541] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 141.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO II

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

TÍTULO ÚNICO
LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD DEL CONCEBIDO FRENTE A CASOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA

A continuación se presentan los resultados obtenidos de la revisión de las denuncias interpuestas por atentados contra la vida y salud del concebido en las Fiscalías de Wanchaq – Cusco así como de las entrevistas realizadas a los Magistrados de dichas Fiscalías.

El Procesamiento de Datos se realizó de la siguiente manera:

a) Para el análisis cuantitativo se realizaron tablas univariadas para expresar las secuencias absolutas y relativas porcentuales para cada una de las variables en la Investigación. Asimismo se realizaron gráficas de sectores para mostrar las frecuencias porcentuales. El proceso de datos se realizó mediante el software estadístico SPSS versión 23.

b) En cuanto a la evaluación cualitativa, ésta se realizó a través de un análisis semántico en el contenido de las respuestas del cuestionario no estructurado mediante (Atlas ti), donde se muestra las relaciones del código mediante una gráfica.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Finalmente debemos señalar que como resultado del presente análisis se obtuvieron las conclusiones expuestas al final del presente trabajo.

I. Determinar si existe algún mecanismo de protección de los derechos a la Vida y a la Salud del Concebido frente a casos de Negligencia Médica.

TABLA N° 1

Mecanismos de protección de los derechos a la vida y salud del concebido frente a casos de negligencia médica investigados en las fiscalías de Wanchaq - Cusco

Mecanismo de protección	N°.	%
Si	0	0,0
No	6	100,0
Total	6	100,0

Fuente: Elaboración propia.

INTERPRETACIÓN ESTADÍSTICA

La tabla N° 1 muestra que en el 100% de las Carpetas Fiscales referidas a denuncias sobre atentados a la vida o salud del Concebido por Negligencia Médica, no se evidenció ningún mecanismo de protección, como sí ocurre cuando el sujeto pasivo es un ser humano independiente, lo cual determinó el archivamiento de las investigaciones, situación que demuestra la total impunidad de aquellas conductas que vulneran los derechos fundamentales a la vida y salud del concebido cometidas de manera culposa por profesionales de salud, afectando de esta forma los derechos a la igualdad y a la tutela jurisdiccional efectiva del concebido.

En todos los casos se pretendió subsumir el hecho en el delito de Homicidio Culposo previsto por el artículo 111° del Código Penal; sin embargo, tomando en cuenta que el Homicidio es cometido únicamente en contra del ser humano independiente, al no calzar la conducta denunciada en dicho dispositivo normativo en atención al principio de Legalidad se dispuso el archivamiento del caso.

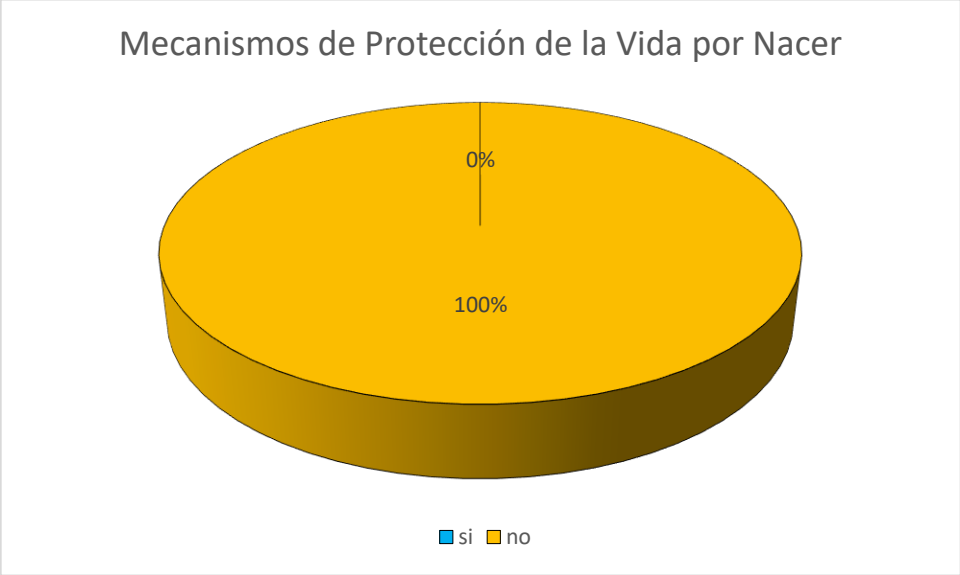
Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

GRÁFICA N° 01

Mecanismos de protección de los derechos a la vida y salud del concebido frente a casos de negligencia médica investigados en las Fiscalías de Wanchaq - Cusco



Fuente: Elaboración propia.

INTERPRETACIÓN:

Conforme se aprecia de la gráfica, en el 100% de las Carpetas Fiscales referidas a denuncias sobre atentados a la vida o salud del concebido por negligencia médica no se evidenció ningún mecanismo de protección en el ámbito penal, puesto que todas las denuncias fueron archivadas al no existir un tipo penal que prevea tales comportamientos, situación que generó una sensación de impunidad en los denunciantes, quienes ante el archivo de su denuncia consideraron que nuestro ordenamiento legal no cuenta con mecanismos de protección eficientes frente a este tipo de hechos.

Por otro lado, el vacío legal existente ante estos supuestos pone en evidencia la vulneración de los derechos a la igualdad y a la tutela jurisdiccional efectiva del concebido.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

II. Determinar si existe alguna sanción frente a la vulneración de los derechos a la Vida y la Salud del Concebido por Negligencia Médica.

TABLA N° 2

Sanciones aplicadas frente a la vulneración de los derechos a la vida y salud del concebido por negligencia médica en los casos investigados en las Fiscalías de Wanchaq - Cusco

	Frecuencia	Porcentaje
Si	0	0,0
No	6	100,0
Total	6	100,0

Fuente: Elaboración propia.

INTERPRETACIÓN ESTADÍSTICA

En esta tabla se aprecia que en el 100% de casos no se aplicó ninguna sanción a los responsables de las conductas que atentaron contra los derechos a la vida o salud del concebido, ello debido a que en el ámbito del Derecho Penal no existe sanción alguna contra dichos comportamientos, generando de esta forma una sensación de impunidad en la población afectada.

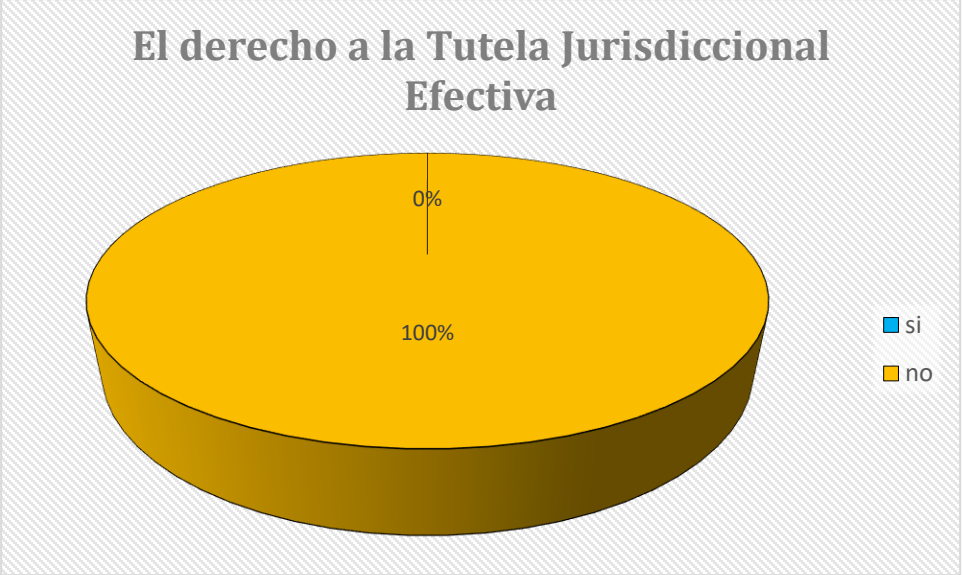
Pues si bien la Constitución Política establece que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, no existe una norma que de forma expresa sancione aquellas conductas que atentan contra los derechos fundamentales a la vida y salud del concebido, lo cual desde nuestro punto de vista constituye una vulneración contra los derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva y a la igualdad de aquél. Puesto que la pena además de constituir una sanción frente a la afectación de un bien jurídico tiene un carácter preventivo que precisamente tiene por finalidad impedir la comisión de este tipo de hechos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

GRÁFICA N° 2
Sanciones aplicadas frente a la vulneración de los derechos a la vida y la salud del concebido por negligencia médica en los casos investigados en las Fiscalías de Wanchaq - Cusco



Fuente: Elaboración propia.

INTERPRETACIÓN:

De la gráfica se advierte que en el 100% de casos tramitados ante las Fiscalías de Wanchaq por atentados contra la vida y la salud del concebido, tras ponerse en evidencia que se trataron de comportamiento culposos, aquellos se archivaron y en consecuencia no se impuso ninguna sanción a los responsables de los hechos.

Que si bien las denuncias presentadas por estos hechos fueron recibidas y luego tramitadas; sin embargo el hecho de que no se haya dado respuesta efectiva a los denunciantes generó en ellos una sensación de impunidad y la vulneración de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva al no haber recibido una solución por parte del Estado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

GRÁFICA N° 3
Análisis cualitativo de las entrevistas a los fiscales de las Fiscalías de Wanchaq – Cusco por negligencia médica en agravio de los derechos a la vida y la salud del concebido

Fuente: Elaboración Propia.

INTERPRETACIÓN

El análisis semántico nos muestra gráficamente las relaciones entre los códigos establecidos, del cual se desprende que en las entrevistas realizadas a tres fiscales de las Fiscalías Penales de Wanchaq – Cusco sobre las denuncias por atentados contra la vida y la salud del concebido, todos ellos manifestaron en forma uniforme que aquellos casos por presuntas negligencias médicas en agravio del concebido, generaron denuncias, las cuales fueron investigadas por aquellos como delitos culposos a fin de determinar si existió algún tipo de omisión, descuido o impericia por parte de los profesionales de salud que desencadenaron tales resultados; sin embargo dichas investigaciones no habrían logrado esclarecerse de forma adecuada, debido a problemas logísticos en el área de Medicina Legal ocasionando el archivamiento de las denuncias y de esta forma atentando contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del concebido.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

III. Comparar nuestra postura legal sobre la protección jurídica de los derechos a la Vida y Salud del Concebido frente a casos de Negligencia Médica con otras legislaciones.

TABLA N° 3
La protección jurídica del derecho a la vida del concebido – análisis comparativo de nuestra postura frente a otras legislaciones

Nuestra Postura	País	Legislación
ARTÍCULO 1°.- Incorpórese el artículo 118°-A al Código Penal, en los siguientes términos: **"Aborto Culposo** Artículo 118°A.- El que por culpa produzca un aborto, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta a noventa jornadas si el embarazo no era notorio o no le constare y de dos a cuatro años si aquél era notorio o le constare. La embarazada queda exenta de responsabilidad. El médico, obstetra o profesional de la salud, que por negligencia, desidia, impericia, falta de precaución o de diligencia, descuido o imprudencia en el cumplimiento de sus funciones siendo notorio o constándole el embarazo, provoque el aborto de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación para ejercer la profesión u oficio durante igual plazo"	**Bolivia**	**Código Penal** **Art. 268° (Aborto culposo).-** El que por culpa causare un aborto, incurrirá en prestación de trabajo hasta un año.
	España	**Código Penal** **Art. 268° (Aborto culposo).-** El que por culpa causare un aborto, incurrirá en prestación de trabajo hasta un año.
	Estado de Aguascalientes de México	**Código Penal** **Art. 196.- Aborto Culposo.-** El Aborto Culposo consiste en provocar la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, por incumplimiento de un deber de cuidado que debía y podía haber observado el autor, según sus condiciones personales y las circunstancias de realización del hecho. Al responsable de Aborto Culposo se le aplicarán 6 meses a 2 años de prisión y de 20 a 40 días multa, y al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Si el aborto se comete por la conducción de vehículos de motor en estado de ebriedad o bajo el influjo de substancias tóxicas que produzcan en el autor efectos similares, se aplicarán al responsable de 3 a 12 años de prisión, de 40 a 150 días multa, así como inhabilitación para obtener licencia para conducir de 2 a 5 años, o en su caso, suspensión de la licencia para conducir de 2 a 5 años. La punibilidad prevista en el presente artículo no se aplicará si el aborto se causa por conducta culposa de la mujer embarazada.

Fuente: Elaboración propia.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

COMENTARIO:

El análisis comparativo de nuestra postura respecto a la tipificación del delito de Aborto Culposos con otras legislaciones demuestra que dicho tipo penal ya viene siendo aplicado en el Derecho Comparado que sí prevé mecanismos de protección a la vida del concebido.

Así podemos observar que países como Bolivia, España y el Estado de Aguas Calientes en México han considerado dentro de sus ordenamientos jurídico penales el tipo penal del Aborto Culposo, sancionando de esta forma las conductas que de forma culposa atentan contra la vida del Concebido, que al tener la condición de ser humano y en consonancia con lo establecido por el inciso 1 del artículo 2° del Código Penal merece protección por parte del Estado, razón por la que se ha elaborado una propuesta del tipo penal de Aborto Culposo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

TABLA N° 4

La protección jurídica del derecho a la salud del concebido – análisis comparativo de nuestra postura frente a otras legislaciones

Nuestra Postura	País	Legislación
ARTÍCULO 2°.- Modifíquese el artículo 124°-A del Código Penal, en los siguientes términos: Daños o lesiones al Concebido Art. 124°-A.- El que cause daño o lesiones en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de tres. En el caso que el sujeto activo que causa daño o lesiones en el cuerpo o en la salud del concebido, sea médico, obstetra o profesional de la salud, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años e inhabilitación para ejercer la profesión u oficio durante igual plazo. Si el daño o lesión inferida es grave o causa incapacidad permanente que genere un detrimento o disminución en el desarrollo de su vida futura será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni menor de seis años e inhabilitación para ejercer la profesión u oficio por el plazo de la condena.	**España**	**Código Penal** **Art. 158°.-** El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueron cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por período de seis meses a dos años.
	El Salvador	**Código Penal** **Art. 139°.-** El que culposamente ocasionare las lesiones descritas en el artículo anterior, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.
	Colombia	**Código Penal** **Art. 126°.-** Si la conducta descrita en el artículo anterior se realizaré por culpa, la pena será de uno (1) a dos (2) años. Si fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.

Fuente: Elaboración propia.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

COMENTARIO:

El cuadro muestra la comparación que realizamos respecto de nuestra propuesta de tipificación del delito de Lesiones Culposas al concebido con otras legislaciones, lo que evidencia que en el Derecho Comparado sí existen mecanismos de protección del derecho a la salud o integridad física del concebido.

En ese sentido, advertimos que países como España, El Salvador y Colombia tuvieron la preocupación común de tutelar la salud del nasciturus, por lo que incluyeron dentro de sus ordenamientos jurídico penales la figura legal de las lesiones culposas al concebido, situación que tampoco se encuentra prevista en nuestro Código Penal generando impunidad frente a la comisión de tales conductas, por lo que frente a ello se ha elaborado una propuesta del tipo penal de Lesiones Culposas al Concebido, únicamente modificando el artículo 124°-A del Código Penal.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CONCLUSIONES

PRIMERA: Si bien la Constitución Política del Perú, en el numeral 1 del artículo 2°, establece que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece y en consecuencia se entiende que sus derechos fundamentales a la vida y salud merecen ser objeto de tutela por parte del ordenamiento jurídico nacional. Empero del análisis de los diferentes ámbitos del derecho se advierte que no existen mecanismos de protección de los derechos a la vida y la salud del concebido frente a casos de negligencia médica, situación que generó una sensación de impunidad a los denunciantes, quienes consideran que al no existir una norma en el Código Penal que sancione dicha conducta no se está haciendo justicia, por lo que la hipótesis ha sido probada.

SEGUNDA: Respecto al inicio de la vida humana, si bien nuestra Carta Fundamental establece que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, aún persiste el debate respecto del momento en el que comienza la vida humana, hecho que al no haber sido dilucidado científicamente por la medicina trae como consecuencia serias dificultades en el ámbito jurídico para la eficaz protección de los derechos a la vida y salud del concebido. Por lo que consideramos de superlativa importancia a efectos de la presente investigación adoptar una postura sólida respecto al inicio de la protección de la vida humana. De tal forma que en atención a los principios pro homini, pro debilis, del interés superior del niño así como del pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional debemos adoptar la postura que represente una mayor protección de los derechos del concebido, razón por la que adoptamos la teoría de la fecundación como la teoría válida que explica el inicio de la vida.

TERCERA: Consideramos que el concebido ostenta el estatus jurídico de ser humano, el cual le hace digno de protección jurídica a pesar de encontrarse aún en el seno materno y que la negación de su calidad de persona no puede determinar la vulneración de sus derechos fundamentales; pues acogemos la postura que señalar que el ser persona pertenece al orden ontológico; por tanto, se es persona o no se es, dado que la posesión de un estatuto sustancial personal no se adquiere o se disminuye gradualmente sino que es un evento instantáneo y una condición radical; no se es más o menos persona, no se es pre-persona o post persona o sub-persona, sino que se es persona o no se es persona. Las características esenciales de la persona no están sujetas a cambio sino que están presentes desde el momento en que se forma la sustancia, concepción y se pierde cuando ella se disuelve.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CUARTA: La política criminal peruana ha realizado una protección parcial frente a los atentados culposos al concebido, aborto y lesiones, ya que sólo ha regulado la forma dolosa de acción, no tipificando las modalidades culposas de aborto ni lesiones lo que representa una deficiencia en el tratamiento legislativo que debería ser integral y que evidencia la ausencia de mecanismos de protección de los derechos a la vida y la salud del concebido frente a casos de negligencia médica y la ausencia de sanciones frente a ellos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

SUGERENCIAS

PRIMERA: En atención a las previsiones legales establecidas en los dos artículos de la Constitución peruana, que plantean la Defensa de la Persona Humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado y que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El ordenamiento jurídico nacional deberá promover la creación de mecanismos de protección de los Derechos a la Vida y a la Salud del Concebido frente a casos de Negligencia Médica.

SEGUNDA: En ese sentido, y para efectos de una adecuada tipificación en el aborto y en los casos de atentados contra la integridad del concebido, establecer con precisión, además del momento preciso del origen de la vida humana, el origen del merecimiento penal de protección. Por lo que asumiendo la teoría de la fecundación consideramos que el límite mínimo de protección jurídico penal, lo encontramos en el momento en el que se produce la fusión del óvulo con el espermatozoide, es decir en la fecundación.

TERCERA: Nuestro ordenamiento jurídico deberá discriminar entre la institución jurídica de la persona en el ámbito civil y el objeto de protección jurídico penal, que es el ser nonato, en el ámbito penal pues el hecho de no tener la calidad de persona o ser humano independiente no le quita a éste último la condición ser humano y los derechos que le competen como tal.

CUARTA: Sugerimos la incorporación del delito de Aborto Culposo y la modificación del artículo 124° del Código Penal, a fin de que se implemente en este último caso el delito de Lesiones Culposas al Concebido.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

PROPUESTA: PROYECTO DE LEY POR EL QUE SE INCORPORA EL DELITO DE ABORTO CULPOSO Y SE MODIFICA EL ARTÍCULO 124-A DEL CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 1°.- Incorpórese el artículo 118°-A al Código Penal, en los siguientes términos:

"Aborto Culposo

Artículo 118°A.- El que por culpa produzca un aborto, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta a noventa jornadas si el embarazo no era notorio o no le constare y de dos a cuatro años si aquél era notorio o le constare. La embarazada queda exenta de responsabilidad.

El médico, obstetra o profesional de la salud, que por negligencia, desidia, impericia, falta de precaución o de diligencia, descuido o imprudencia en el cumplimiento de sus funciones siendo notorio o constándole el embarazo, provoque el aborto de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación para ejercer la profesión u oficio durante igual plazo".

ARTÍCULO 2°.- Modifíquese el artículo 124°-A del Código Penal, en los siguientes términos:

"Daños o lesiones al Concebido

Artículo 124°-A.- El que cause daño o lesiones en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de tres.

En el caso que el sujeto activo que causa daño o lesiones en el cuerpo o en la salud del concebido, sea médico, obstetra o profesional de la salud, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años e inhabilitación para ejercer la profesión u oficio durante igual plazo. Si el daño o lesión inferida es grave o causa incapacidad permanente que genere un detrimento o disminución en el desarrollo de su vida futura será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni menor de seis años e inhabilitación para ejercer la profesión u oficio por el plazo de la condena."

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

BIBLIOGRAFÍA

6. AGUADO CORREA, T., DIEZ RIPOLLES, J., CABALLERO BRUN , F., FELDES, L., LOPEZ BARJA DE QUIROGA, N., TERRADILLOS BASOCO, J., y otros. (2012). *"Derecho Constitucional Penal".* LIMA: PRIMERA EDICION.

7. ALEGRE MARTINEZ , M. (1996). *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español.* ESPAÑA: UNIVERSIDAD DE LEON.

8. ALONSO DE ESCAMILLA, A. (1993). *La ejecución de la pena privativa de libertad.* MADRID: CDJ.

9. AMBROSIONI, C., & TABAK, H. (s.f.). *Lecciones de Derecho Romano.* BUENOS AIRE: ABACO DE RODOLFO DEPALMA.

10. ANDORO. (1997). *Bioética y Dignidad de la Persona.* MADRID: TECNOS.

11. ANTAVILLA , E. (1978). *La culpa. El delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico.* BOGOTA: TEMIS.

12. ANTONIO TERRAGNI, M. (s.f.). *El delito culposo.* SANTA FE: RUBINZAL CULZONI EDITORES.

13. ANTONIO TERRAGNI, M. (s.f.). *El delito culposo.* SANTA FE - ARGENTINA: SANTA FE.

14. ARMIN KAUFMANN. (s.f.). *El delito culposo, en Nuevo Pensamiento Penal.* BUENOS AIRES: DEPALMA.

15. BACIGLUPO, E. (1989). *Los delitos de homicidio.* BOGOTA: TEMIS.

16. BARROCO MARMOL, R. (2010). *Protección de la Vida e Igualdad Prenatal Hombre en la República Argentina.* ESTADOS UNIDOS: Xilibris Corporation.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

17. BEJAR QUISPE, J. (2002). *"Constitución Política del Perú y Derechos Humanos".* CUSCO.

18. BELLO JANEIRO , D. (2012). *"Responsabilidad Civil del Médico y de la Administración".* PERU: JURISTA EDITORES.

19. BEORLEGUI, C. (2004). *Antropología filosófica.* DEUSTO: UNIVERSIDAD DE DEUSTO.

20. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. (1996). *Sobre la evolución dogmática de la imprudencia.* BARCELONA: PRAXIS.

21. BIANCA, & MASSIMO. (1976). *II PROBLEMA EL ABORTO.*

22. BIDART CAMPOS, G. (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa.* BUENOS AIRES.

23. BINDING, KARL, HOCHE, & ALFRED. (2009). *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida.* BUENOS AIRES: EDIAR.

24. BIONDI. (1952). BIONDI II. En *DIRITTO ROMANO CRISTIANO VOL 2* (pág. 339). MILANO.

25. BOIX REIG, J. (1992). *La motivación de la individualización de la pena.* MADRID: CDJ.

26. BREGIA ARIAS, O. (2008). *Homicidio simple.* BUENOS AIRES: ASTREA.

27. BURSTEIN AUGUSTO, M. G. (2013). *Los Derechos del Embrión In Vitro frente a la Paternidad. Ilegitimidad de las Técnicas de Reproducción Asistida Extrauterinas. Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho.* LIMA: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU-ESCUELA DE POSTGRADO.

28. BUSNELLI, F. D. (2003). *"Bioética y derecho privado – Fragmentos de un diccionario".* EDITORA Y LIBRERIA JURIDICA GRIJLEY E.I.R.L.

29. BUSTAMANTE ALARCON, R. (2001). *Derechos Fundamentales y Derecho Justo.* LIMA: ARA EDITORES.

30. BUSTOS RAMIRES, J. (1991). *Juan. Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* BARCELONA.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

31. CABANELLAS DE TORRES, G. (1982). *DICCIONARIO JURIDICO.* BUENOS AIRES: HELIASTA.

32. CARLSON BRUCE, M. (1999). *Embriología humana y biología del desarrollo.* ESPAÑA: ELSIVIER.

33. CARRARA, F. (1958). *Programa de Derecho criminal. Parte especial", Volumen II.* BOGOTA: TEMIS.

34. CASTILLOALVA, J. (2008). *Derecho Penal. Parte Especial I.* LIMA: GRIJLEY.

35. CASTRO AVILES, E. (s.f.). *El interés superior del niño versus el derecho a la información de los medios de comunicación social.*

36. CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *DERECHO CIVIL.* MADRID : CIVITAS.

37. CHAMANE ORBE. (2015). *Lecciones de Derecho Constitucional.* LEX&LURIS.

38. CHAMORRO BERNAL, F. (1994). *La tutela judicial efectiva.* BARCELONA: BOSCH.

39. CHAUCA BERLANGA, W. O. (2011). *La Ponderación del Derecho a la Vida del Nasciturus frente al Derecho a la Libertad de Elección del Aborto de la madre.* AREQUIPA: ESCUELA DE POSTGRADO.

40. CHIRINOS SOTO, F. (s.f.). *Francisco. Código Penal.* LIMA: RHODAS.

41. CHOCLAN MONTALVO, J. (2001). *Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, 2° ed.* BOSCH.

42. CICCIONE, L. (2003). *Historia, principios, cuestiones, Palabra.* MADRID.

43. CILLERO BRUÑOL, M. (s.f.). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*.

44. CODIGO PENAL ESPAÑOL. (1996). BARCELONA: PRAXIS.

45. COLOMER, F., & PASTOR GARCA. (1998). *Genésis del término pre-embrión en la literatura científica actual, en Persona y Bioética.* CUNDINAMARCA: UNIVERSIDAD LA SABANA.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

46. DE RUGGIERO, R. (1944). *Instituciones del Derecho Civil, T. I, traducción de la 4° ed. Italiana.* MADRID: REUS.

47. DIAZ VARCARCEL, L. M. (1994). *Transmisión delictiva de enfermedades.* CDJ.

48. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. (1984). *Tomo II, 20° edición.* MADRID: ESPASA-CALPE S.A.

49. DIEZ PICAZO, L., & GUILLON , A. (s.f.). *Sistema de Derecho Civil, Vol, I, 4°.*

50. DIEZ RIPOLLES, J. (1997). *COMENTARIOS AL CODIGO PENAL.* VALENCIA.

51. DONNA , E. (2008). *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. 3° ed.* EDITORES.

52. EL NUEVO CODIGO PENAL PEUANO. (2011). . *Exposición de Motivos. Anteproyecto de Código Penal y estudios de Derecho Penal.* LIMA: CONGRESO DEL PERU.

53. ENNECCERUS, LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, & MARTIN. (s.f.). *Derecho Civil (Parte General).*

54. ERROL, R., NORWITZ M.D., PH, D., DANNY, J., SCHUST, M., SUSAN, J., y otros. (2001). *Implantation and the Survival of Early Pregnancy.* N ENGL J MED.

55. ESPINOZA ESPINOZA, J. (2001). *ESTUDIO DE DERECHOS DE LAS PERSONAS .* LIMA: HUALLAGA.

56. ESPINOZA ESPINOZA, J. (2012). *"Derecho de las Personas – Concebido y Personas Naturales".* LIMA: EDITORA Y LIBRERIA JURIDICA GRIJLEY E.I.R.L.

57. ETO CRUZ , G. (2011). *"Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional – Liber Amicorum Néstor Pedro Sagües".* ADRUS.

58. ETO CRUZ, G. (1991). *Los principios constitucionales y las Leyes de Desarrollo Constitucional, Instituto de Divulgación y Estudios Jurídico-Constitucionales.* TRUJILLO.

59. FABRA, J., & ORTEGA , S. (2012). *"Hacia una Nueva Teoría de la Responsabilidad Contractual".* LIMA: JURISTA EDITORES E.I.R.L. .

60. FELIP I SABORIT, D. (2006). *El aborto, en Lecciones de Derecho Penal. Parte especial.* BARCELONA: ATELIER.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

61. FELIX REINALDI, V. (2007). *Delitos contra la vida humana independiente", en Derecho penal. Parte especial 1.* CORDOVA: LERNER.

62. FELIX TASAYCO, G. (2014). *"El delito Imprudente en la Actividad Médica – Doctrina y Tendencia Jurisprudencial".* LIMA: EDITORA Y LIBRERIA JURIDICA GRIJLEY E.I.R.L.

63. FELLENI, Z. (2007). *Homicidio simple, en Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial. Vol. 3.* HAMMURABI.

64. FERNANDEZ ALBA, J. (2009). *"Obstetricia Clínica de Llaca - Fernández" Segunda edicion .* MEXICO: McGraw- Hill internacional EDITORES S.A. DE C.V.

65. FERNANDEZ CARRASQUILLA, J. (1998). *Derecho Penal Fundamental.* BOGOTA: TEMIS.

66. FERNANDEZ SASSAREGO, C. (1998). *DERECHO DE LAS PERSONAS.* LIMA: GRIJLEY E.I.R.L.

67. FERNANDEZ SESSAREGO, C. (2009). *"Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano".* LIMA: EDITORA Y LIBRERIA JURIDICA GRIJLEY E.I.R.L.

68. FERRAJOLI, L. (2011). *Principio iuris.* MADRID: TROTTA.

69. FORTAN BALESTRA, C. (1958). *La estructura de la teoría del delito.* BUENOS AIRES: ABELEDO PERROT.

70. FREYRE, P. C. (2011). *"Derecho Penal – Parte General". Tomo I. Tercera edición.* LIMA: IMPORTADORA Y DISTRIBUIDORA EDITORIAL MORENO S.A.

71. GARAY, O. E. (2003). *"Responsabilidad Profesional de los Médicos – Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal" Primera ediccion.* BUENOS AIRES: LA LEY S.A.

72. GARCIA DE DIEGO, V. (1694). *Diccionario Ilustrado Latino-Español.* BARCELONA: BIBLIOGRAFÍA.

73. GARCIA DE ENTERRARIA, E. (1985). *LA CONSTITUACION COMO NORMA Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.* MADRID: CIVITAS.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

74. GARCIA DE ENTERRARIA, E. L., ORTEGA, L. I., & SACHEZ MORON, M. (1983). *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos.* MADRID: CIVITAS.

75. GARCIA MAAÑON, B. (1990). *Aborto e Infanticidio, aspectos jurídicos y médico legales.* BUENOS AIRES: UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.

76. GARCIA VELUTINI, O. (1980). *SOBRE LOS DERECHOS PERSONALES Y LA DIGNIDAD HUMANA .* CARACAS: SUCRE.

77. GEVARERT, J. (2003). *El problema del hombre. Introducción a la antropología filosófica.* SALAMANCA: SIGUEME.

78. GIMENEZ SALINAS I COLOMER, E. (1993). *Penas alternativas de libertad y alternativas.* CDJ.

79. GOMEZ MONTORO, A. (2001). *Titularidad de Derechos Fundamentales.* MADRID.

80. GOMEZ PAVAJEAU, C., & URBANO MARTINEZ, J. (2004). *Delitos contra la vida e integridad personal, en Lecciones de derecho penal. Parte especial.* BOGOTA: COLOMBIA.

81. GONZALES MATILLA, G. (1996). *La consideración jurídica del embrión in vitro.*

82. GONZALES RUS, J. (1996). *DERECHO PENAL ESPAÑOL.* MADRID: EDICIONES JURIDICAS Y SOCIALES S.A.

83. GRACIA MARTIN, L. (1997). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I.* VALENCIA: TIRANT LO BLACH.

84. GRANADOS PEREZ . (1993). *Individualización de las penas: supuestos conflictivos.* MADRID: CDJ.

85. GUEVARA AGOSTINELLI, E. R. (2011). *Diferencias y Semejanzas entre el Concebido y la Persona Humana; según el Código Civil Peruano de 1984. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho.* AREQUIPA: UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARIA - ESCUELA DE POSTGRADO.

86. HAKANSSON NIETO, C. (2000). *LA POSICION COSNTITUCIONAL DE LOS PRINCIPIOS EN LA CARTA DE 1993.* PIURA: UNIVERSIDAD DE PIURA.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

87. HASSEMER , W., & MUÑOZ CONDE, F. (1995). *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal".* VALENCIA: TIRANT LO BLANCH.

88. HERNANDEZ SAMPIERI, R. (s.f.). *"Metodología de la Investigación".* MEXICO: MC GRAW - HILL/INTERNACIONAL EDITORES S.A. MEXICO.

89. HOOF, P. (1999). *BIOETICA Y DERECHOS HUMANOS.* BUENOS AIRES: DE PALMA.

90. JAVIER. (2004). *Derecho Civil. Sucesiones. De la Sucesión en General.* AREQUIPA: ADRUS.

91. JESCHECK, H., & WEIGEN, T. (2002). *Tratado de Derecho penal.* QUINTA EDICION.

92. JIMENEZ DE ASUA, L. (1992). *Tratado de Derecho Penal. Tomo V.* BUENOS AIRES: LOSADA S.A.

93. JIMENEZ DE ASUA, L. (1997). *Tratado de derecho penal.* BUENOS AIERES: LOZADA S.A.

94. JUAN PABLO II. (1980). *Discurso a la UNESCO" en Enseñanzas al pueblo de Dios.* PARIS: EDITRICE VATICANA.

95. JUAN PABLO II. (1995). *Evangelium Vitae.* BUENOS AIRES: SAN PABLO.

96. JURIDICA, G. (2005). *"La Constitución Comentada – Tomo I".* LIMA: PRIMERA EDICION.

97. JURISTAS, U. C. (1999). *La Protección de los Derechos Humanos. Segunda Edición.* BOGOTA: UNIVERSIDAD DEL ROSARIO.

98. KADAGAND LOVATON, R., & CABRERA DE KADAGAND, F. (2012). *"Responsabilidad Penal del Médico".* EDITORIAL RODHAS.

99. KEMERMAJER DE CARLUCCI, A. (1999). *El derecho de familia y los nuevos paradigmas.* BUENOS AIRES: T.II.

100. LABATUT, G. (1966). *II Derecho Penal, Parte Especial.* SANTIAGO: JURIDICA DE CHILE.

101. LANDA ARROYO, C. (2010). *"Los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: recopilación y sistematización de la Jurisprudencia del Tribunal*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Constitucional peruano que versa acerca de derechos fundamentales". Primera edición. LIMA: PALESTRA EDITORES.

102. LANDROVE DIAZ, V. (1980). *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal.* CPC N° 29.

103. LANGMAN. (1999). *Embriología Médica. Panamericana.*

104. LEAL ESQUIVEL, A. (2009). *Células Madre e inicio de la Vida.* ZARAGOZA.

105. LEJEUNE, J. (1999). *QUE ES EL EMBRION.* MADRID: INSTITUTO DE CIENCIAS PARA LA FAMILIA.

106. LETE DEL RIO, J. (1986). *DERECHO DE LA PERSONA .* MADRID.

107. LUCAS VERDU, P. (1985). *EL SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL.* MADRID: REUS.

108. MALDONADO, J., & DEL TORO, F. (1946). *LA CONDICCION JURIDICA DEL NASCITURUS.* MADRID: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS.

109. MANZANARES ZAMANIEGO, J. L. (1993). *Perspectiva de futuro: arresto de fin de semana y multas por cuotas.* MADRID: CDJ.

110. MARHENS, S. (2007). *Surrogate Motherhood and the politics of reproduction.* CALIFORNIA: NEW LIFE ECOBOOK.

111. MARIAS, J. (1995). *Introducción a la filosofía.* MADRID: ALIANZA EDITORIAL.

112. MARIN DE ESPINOZA CEBALLOS, E. (2011). *Derecho penal. Parte Especial. Un estudio a través del Sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra la persona, 3° ed.* VALENCIA: TIRANT LO BLANCH.

113. MARINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. (1993). *Los delitos de lesiones en el Código Penal español.* MADRID.

114. MARMOL, R. B. (2010). *Protección de la Vida e Igualdad Prenatal del Hombre en la República Argentina.* ESTADOS UNIDOS DE AMERICA: XILIBRIS CORPORATION.

115. MARTIN, L. G. (1997). *COMETARIOS AL CODIGO PENAL.* VALENCIA.

116. MARTINEZ CALCERRADA, L. (1986). *Derecho médico.* MADRID: TECNOS.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

117. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (s.f.). *LA PERSONA Y EL DERECHO DE LA PERSONA.*

118. MARTINEZMORAN, N. (s.f.). *El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho Comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia e eugenesia.*

119. MATA AMAYA, J. (1994). *Ejecución de penas restrictivas de libertad y no privativas de derecho.* MADRID: CDJ.

120. MELINA , L. (2002). *El embrión humano: Estatuto Biológico, Antropológico y Jurídico.* PAMPLONA: SUSANA.

121. MENDOZA ESCALANTE, M. (2000). *Los principios fundamentales del derecho constitucional peruano.* LIMA: GRAFICA BELLIDO.

122. MERCHAN PRICE, J. (2012). *"Ética médica, Abusos y atropellos – Eutanasia – Aborto – Pacientes al margen de la ley".* BOGOTA: EDICIONES DE LA U.

123. MILLAS MUR, J. (2004). *AOE, un eufemismo más.* LIMA: EL COMERCIO .

124. MIRA, & LOPEZ, E. (1954). *Manual de psicología jurídica.* BUENOS AIRES: ATENEO.

125. MONGE TALAVERA, L. (2003). *Comentario al artículo 1 C.C., Principio de la persona y de la vida humana, en Código Civil Comentado, T. i. Título Preliminar, Derecho de las Personas, Acto Jurídico, Gaceta Jurídica,.* LIMA.

126. MONGRUT STEANE, A. (2000). *"Tratado de Obstetricia Normal y Patológica" Cuarta edicion.*

127. MOORE KEITH, P. (2004). *Embriología clínica.* INTERAMERICANA.

128. MORILLAS CUEVAS, L. (1996). *Curso de Derecho Penal español. Parte General.* MADRID: MARCIAL PONS.

129. MOSQUERA VASQUEZ, C. (1997). *DERECHO Y GENOMA HUMANO.* LIMA: SAN MARCOS.

130. MOSSET ITURRASPE, J. (1983). *El valor de la vida humana.* SANTA FE.

131. MOSSET, I. (2002). *El valor de la vida humana. Cuarta edición.* BUENOS AIRES: RUBINZAL CULZONI.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

132. MUÑOZ CONDE, F. (1999). *DERECHO PENAL.* VALENCIA: TIRANT LO BLANCH.

133. MURUA BARBENZA, A., & A. (2003). *Error, complicaciones y negligencia médica en cirugía.* VALDIVIA: CUEDERNOS DE CIRUGIA.

134. MURUA BERBENZA, A. (s.f.). *Error, complicaciones y negligencia médica en cirugía.*

135. NEDELMAN, S. (1953). *El delito de Lesiones.* BUENOS AIRES: LIBRERIA EL ATENEO EDITORIAL.

136. NIZA, G. D., & SAN MAXINO CONFESOR. (s.f.). IDENTIDAD Y ESTATUTO DEL EMBRION HUMANO.

137. O´DONNELL, D. (1988). *Protección Internacional de los Derechos Humanos.* LIMA: CAJIDH.

138. OBANDO BLANCO, V. R. (2011). *Proceso Civil y el Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva – Base para un modelo. Primera Edición.* LIMA: ARA EDITORES E.I.R.L.

139. OLMEDO CARDENETE, & ARAUJO NETO. (2007). *LA MISION DEL DERECHO PENAL.* LIMA: ARA EDITORES.

140. ORDOQUI CASTILLA, G. (1984). *Código Civil, Esborgo, I, Ministerio de Justicia.* LIMA: MONTEVIDEO.

141. ORTECHO VILLENA, V. J. (2008). *"Los Derechos Fundamentales en el Perú".* LIMA: EDITORIAL RODHAS.

142. ORTEGA LLORCA, V. (1993). *Individualización y determinación de la pena (aspectos jurídicos).* MADRID: CDJ.

143. ORTS BERENGER, E., & GONZALES CUSSAC, J. (2008). *Compendio de Derecho Penal Parte General.* TIRANT LO BLANCH.

144. ORTS BERENGUER, E., & GONSALES CUSSAC, J. (2008). *Compendio de Derecho Penal Parte General.* VALENCIA: TIRANT LO BLANCH.

145. PACHECO OSORIO, P. (1978). *Derecho penal especial, T.III.* BOGOTA: TEMIS.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

146. PASTOR MIGUEL, L. (1997). *BIOÉTICA DE LA MANIPULACION EMBRIONARIA HUMANA.*

147. PEREZ KASPARIAN, S. (2006). . *El aborto en el derecho penal mexicano. Una visión bioética, en Estudio de derecho y bioética.* MEXICO: PORRUA.

148. PEREZ LUÑO, A. E. (2007). *"Los Derechos Fundamentales". Novena Edición.* MADRID: TECNOS.

149. PEREZ VARGAS, V. (1999). *Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona.* BUENOS AIRES : T. II.

150. PERIS RIERA , J. (1996). *LA REGULACION PENAL DE LA MANIPULACION GENETICA EN ESPAÑA.* MADRID.

151. PICO I JUNOY, J. (2012). *"Las Garantías Constitucionales del Proceso".* BARCELONA: LIBRERIA BOSCH S.L.

152. POLAINO NAVARRETE, M. (2010). *Lecciones de derecho penal. Parte Especial. Tomo I.* MADRID: TECNOS.

153. PORTOCARRERO HIDALGO, J. (2003). *Delitos de lesiones", 1° edición.* LIMA: LIBRERIA PORTOCARRERO S.R.L.

154. PRIETO MACIAS, C. (1993). *Reflexiones sobre algunos aspectos de la ejecución de penas privativas de libertad.* MADRID: CDJ.

155. PUIG PEÑA, F. (1946). *Derecho penal contemporáneo. Contestaciones a los programas de las posiciones a la judicatura y al Ministerio Fiscal", Tomo II.* BARCELONA: Imprenta Clarasó.

156. QUERALT JIMENEZ, J. (1996). *Derecho Penal Español.* BARCELONA.

157. QUISPE CORREA, A. (1995). *Temas Constitucionales.* LIMA: CISNEROS.

158. RAMOS SUYO, J. A. (2011). *Gradúese de Magíster y Doctor en Ciencias Jurídicas". Segunda edición.* LIMA: EDITORA Y LIBRERIA JURIDICA GRIJLEY E.I.R.L.

159. REQUEJO CONDE. (2008). *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal.* GRANADA: COMARES.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

160. RIVAS, P. (2005). *El Derecho a la Vida.* LIMA: UNIVERSIDAD DE PIURA.

161. RODRIGUEX VARCARCEL, L. (2001). *PROTECCION JURIDICA DEL NASCITUTUS.* BELGRANO: UNIVERSIDAD DE BELGRANO.

162. RODRIGUEZ DELGADO, J. (2013). *El Tipo Imprudente.* EDITORA Y LIBRERIA JURIDICA GRIJLEY E.I.R.L.

163. RODRIGUEZ DEVESA , J. M., & SERRANO GOMEZ , A. (1995). *Derecho Penal Español. Parte Especial. 18° ed.* MADRID: DYKINSON.

164. RODRIGUEZ, C. C. (1997). *ASPECTOS CIVILES DE LA PROTECCION DEL CONCEBIDO O NACIDO.* CIENCIAS JURIDICAS .

165. ROMEO CASABONA, C. (1994). *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana.* MADRID.

166. ROXIN. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual.* LIMA: GRIJLEY.

167. RUBIO CORREA , M. (s.f.). *El ser humano como persona natural.* LIMA: PUCP.

168. RUBIO CORREA, M. (1999). *Estudio de la Constitución de 1993.*

169. RUIZ MIGUEL, A. (1990). *El Aborto: Problemas Constitucionales. Cuadernos y Debates N° 25.* MADRID: Centro de Estudios Constitucionales.

170. SAIZ, V. H. (2007). *Delitos contra la persona. Delitos contra la vida humana independiente, en Derecho penal. Parte especial 1.* CORDOVA: LEMER.

171. SALINAS SICCHA, R. (2010). *Derecho Penal.* LIMA: EDITORIAL LUSTITIA S.A.C.

172. SANCHES BARRAGAN, R. (s.f.). *TRATAMIENTO JURIDICO DEL DERECHO A LA VIDA.*

173. SANCINETTI, M. (1991). *Teoría del delito y disvalor de la acción.* BUENOS AIRES: Hammurabi.

174. SANTILLAN SANTA CRUZ, R. (2014). *La situación jurídica del concebido en el derecho civil peruano: interpretación de la regulación vigente desde una perspectiva histórico-legislativa y teleológica". Primera edición.* LIMA: USAT MOLTIVENSA.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

175. SANTOS, T. J. (2011). *Tutela Judicial Efectiva del Nasciturus en el Proceso Civil.* BARCELONA: ATELIER LIBROS.

176. SCALA, J. (2007). *El aborto en preguntas y respuestas.* BUENOS: ENCUENTRO.

177. SCHELLER, M. (1938). *El puesto del hombre en el cosmos.* BUENOS AIRES: LOZADA S.A.

178. SCHUNEMANN, B. (2006). *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio.* LIMA: IDEMSA.

179. SCHWARCZ , R., FESCINA, R., & DUVERGES, C. (2005). *OBSTETRICIA DE SCHWARCZ.* ATENEO.

180. SCHWARCZ, R., FESCINA, R., & DUVERGES, C. (2005). EL ATENEO.

181. SENTENCIA ROL 740. (s.f.). Obtenido de http://constitución.wordpress.com

182. SILVA SANCHEZ, J. M. (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo.* BARCELONA: BOSCH.

183. SOLER, S. (1963). *Derecho penal argentino", Tomo III.* BUENOS AIRES: EDITORA ANGENTINA.

184. SUESCUN MELO, J. (2004). *Derecho privado.* BOGOTA: LEGIS.

185. TABOADA CORDOVA. (2001). *Lizardo. Elementos de la responsabilidad civil.* LIMA: GRIJLEY.

186. TABOADA CORDOVA, L. (2013). *Elementos de la Responsabilidad Civil.* LIMA: EDITORA Y LIBRERIA JURIDICA GRIJLEY E.I.R.L.

187. TAMAYO JARAMILLO, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil.* COLOMBIA: EDITORES S.A.

188. TERRAGNI, M. A. (2014). *El Delito Culposo en la Praxis Médica Segunda Edición.* Buenos Aires: Buenos Aires.

189. TEXEIRA DE FREITAS, A. (1983). *Código Civil, Esborgo, I, Ministerio de Justicia.* BRASILIA: IMPRESA NACIONAL.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

190. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ECUADOR. (2006). *Resolución de 23 de mayo de 2006, Considerando 10.*

191. URQUIZO OLAECHEA, J. (1998). *El bien jurídico.* LIMA: UNMSM.

192. VALENCIA ZEA, A. (1979). *Derecho Civil, T. i, Parte General y Personas, 8° ed.* BOGOTA: TEMIS LIBRERIA.

193. VALVERDE MORANTE, R. (2001). DERECHO GENETICO. LIMA: GRAFICA HORIZONTE S.A. .

194. VASQUEZ SHIMJUKO. (2002). *La vida humana independiente: contenido y límites de su protección jurídico-penal", en Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penales.* GRIJLEY.

195. VASQUEZ, C., & JOSE MARIA. (1994). *TRADICION JURIDICA SOBRE EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA.* ESPAÑA : UNIVERSIDAD SAN PABLO.

196. VIDE SAIZ, V. (2007). *Delitos contra la persona. Delitos contra la vida humana independiente, en Derecho penal. Parte especial 1.* CORDOBA: LERNER.

197. VILLANUEVA FLOREZ, R. (1996). *El Aborto: Un conflicto de Derechos Humanos" en AA.VV.: Derechos Humanos de las Mujeres.* LIMA: MANUELA RAMOS.

198. VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2014). *Derecho Penal – Parte Especial – Vol. I.* LIMA: EDITORA Y LIBRERIA GRIJLEY E.I.R.L.

199. VILLEGAS, G. (2008). *Responsabilidad civil extracontractual y delito. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho.* LIMA: UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN MARCOS, FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA - UNIDAD DE POSTGRADO.

200. YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual.* MADRID: DYKINSON.

201. ZAFFARONI, E. R. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte general.* BUENOS AIRES.

202. ZANNONI, E. (1978). *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina.* BUENOS AIRES: ASTREA.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

203. ZIELINSKI, D. (1990). *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito.* BUENOS AIRES: HAMMURABI.

204. ZUGALDIA ESPINAR, J., & MARIN DE ESPINOZA CEBALLOS, E. (2011). *Derecho penal. Parte Especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra la persona, 3° ed.* VALENCIA: TIRANT BLANCH.

205. ZUGALDIA ESPINAR, J., & MARIN DE ESPINOZA CEBALLOS, E. (2011). *Derecho Penal. Parte Especial". Un estudio a través del Sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra la persona. 3° ed.* VALENCIA: TIRANT LO BLANCH.

HEMEROGRAFÍA

1. GACETA PENAL & PROCESAL PENAL N° 63. (2009). LIMA: GACETA JURIDICA S.A. 740, S.R. (s.f.).
2. AGUADO LOPEZ, S. (1999). *La Ley: ACTUALIDAD PENAL.*
3. CHOCLAN MONTALVO, J. A. (1998). *Sobre la evolución dogmática de la imprudencia:* ACTUALIDAD PENAL.
4. COLECTIAVA, O. (2005). *La Constitución Comentada.* LIMA: GACETA JURIDICA.
5. CONSTITUCIONAL, G. (2012). *Gaceta Jurídica.* LIMA.
6. FERNANDEZ SEGADO, F. (1986). *El derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional (Consideraciones éticas y jurídicas en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1995).* REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.
7. GAMERO ESPARZA, C. (2002). *"Píldoras en su laberinto", en: REVISTA VIVAT, Año V.*
8. GARCIA TOMA, V. (1999). *Valores, fines y principios constitucionales.* LIMA: REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL.
9. GONZALES PEREZ, J. (1987). *Los principios generales del Derecho y la Constitución.* MADRID: REVISTA ADMINISTRACION PUBLICA.
10. LAZCANO, G. (2002). *Responsabilidad penal culposa del médico.* REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO MEDICO Y MEDICINA LEGAL.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

11. MARTINEZ MUÑOZ, J. A. (2010). *Vida y Derecho". En: Revista de Derechos Humanos.* PIURA: UNIVERSIDAD DE PIURA.

12. MUÑOZ SANCHEZ, R. (2011). *Polémica sobre los derechos patrimoniales del concebido.* LIMA: REVISTA JURIDICA DEL PERU.

13. NUÑEZ RAMOS, C. (2000). *Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento Primera edición.* GACETA JURIDICA.

14. PACCINI, R. (2010). *El efecto abortivo si puede ocurrir.* LIMA: EL DIARIO EL COMERCIO.

15. SAENZ DAVALOS, L. (2009). *La cláusula de los derechos no enumerados y sus elementos de concretización.* LIMA: GACETA JURIDICA.

16. SAENZ, D. L. (1992). *"Los límites materiales de una Reforma Constitucional", en. El jurista Revista Peruana de Derecho, Año II, N° 05.* LIMA.

17. TOBIAS, J. (2007). *"EL DERECHO A LA VIDA DE LA PERSONA POR NACER" EN LA LEY. AÑO LXXI N° 198.*

18. VARSI ROSPIGLIOSI, E. (2003). *Comentario al artículo 856º C.C., Suspensión de partición por heredero concebido en Código Civil Comentado, T. IV, Derecho de Sucesiones.* LIMA: GACETA JURIDICA.

19. VARSI ROSPIGLIOSI, E. (2014). *Tratado de Derecho de las Personas. Primera Edición.* LIMA: GACETA JURIDICA S.A.

20. ZAMBRANO, A. (2004). *Responsabilidad Médica.* URUGUAY: REVISTA MEDICA.

INFORMATOGRAFÍA

1. http://constitución.wordpress.com
2. www.usmp.edu.pe/derecho
3. www.iin.oea.org
4. http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/integridad.html.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

5. http://lema.rae.es/drae/?val=parto
6. http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/integridad.html.
7. http://constitución.wordpress.com
8. https://es.wikipedia.org
9. https://biblioteca.ucsm.edu.pe

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ANEXOS

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ANEXO N° 01
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS A LA VIDA Y LA SALUD DEL CONCEBIDO FRENTE A CASOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA, CUSCO 2012-2013

Proyecto de Tesis presentado por la Bachiller:

EVELYN FRESIA PAREDES MAMANI

Para optar el Grado Académico de:

MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Asesora:

DRA. SHIULI KUONG MORALES

AREQUIPA – PERÚ

2016

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

I. PREÁMBULO

La Constitución Política del Perú dispone en su artículo 1° que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado en tanto que en el numeral 1 del artículo 2° establece que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, ambos artículos expresan que la persona humana, considerada en sí misma, es el fin supremo de la sociedad y del Estado, de donde se deriva la obligación de la sociedad y del Estado de defenderla y respetarla.

En ese sentido, el Concebido a quien la doctrina considera como "vida humana dependiente" porque es una vida en formación dentro del claustro materno, tiene su derecho a la vida reconocido en el artículo 1° del Código Civil, que establece que la vida humana comienza con la concepción y que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece; en el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en el cual se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y señala que el Estado protege al concebido para todo lo que le favorece; así como en las disposiciones contenidas en el Código Penal respecto al delito de aborto y daños al concebido, en cuanto tutelan la vida y la integridad física de la vida humana dependiente, normas penales que reprimen conductas típicamente dolosas.

Sin embargo, en la gran mayoría de casos los atentados contra la vida y la salud del concebido se realizan a título culposo, provenientes de una mala praxis médica en la etapa gestacional a través de la ingesta de medicamentos o fármacos que son perjudiciales para el feto, por malos o errados procedimientos a la madre en alguna de las etapas de embarazo o en el momento del parto con las llamadas lesiones perinatales, los cuales en el peor de los casos pueden acarrear la muerte del producto de la concepción o pueden originar sobre éste: castración, mutilaciones (de órgano o miembro principal o no principal), causación de deformidad, entre otros, afectando el proyecto de vida que el sujeto pasivo detenta.
Si bien es cierto en las conductas antes descritas, no hay dolo porque el agente (profesional sanitario) no tiene la intención de dañar al feto o a la madre, su comportamiento imprudente, su impericia, negligencia o inobservancia de las normas y procedimientos, ocasiona el aborto causando grave perjuicio psicológico y moral a la gestante e incluso a su familia, quienes ven frustradas las expectativas generadas por el futuro nacimiento del nuevo miembro de la familia y que pese a constituir un atentado contra la vida y la salud del Concebido quedan impunes

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

debido a la inexistencia de mecanismos tuitivos ante la vulneración o atentado realizado de forma culposa (por negligencia médica) del Derecho a la Vida y la Salud del Concebido, vacío legal que comenzó a sentirse cada vez más intolerable en la medida en que las posibilidades de realizar conductas que afectan la vida y a la salud del feto han ido creciendo en forma paralela al desarrollo de la medicina en el ámbito del diagnóstico y la terapia prenatal.

II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Enunciado del Problema

La Protección de los Derechos a la Vida y la Salud del Concebido frente a casos de Negligencia Médica, Cusco 2012-2013.

1.2. Descripción del Problema

1.2.1. Campo y Línea de Investigación

Campo : Ciencias Jurídicas.
Área : Derecho Constitucional
Línea : Derecho a la Vida y la Salud del Concebido

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.2.2. Operacionalización de Variables

VARIABLES	INDICADORES	SUBINDICADORES
variable independiente **LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS A LA VIDA Y LA SALUD DEL CONCEBIDO** Garantizar a través de mecanismos legales los derechos a la vida y la integridad del niño por nacer	• Concepto del Derecho a la Vida • La Defensa de la Vida Humana • La Vida Humana Dependiente • Mecanismos de protección de la vida por nacer • La Dignidad Humana • Concepto del Derecho a la Salud • Clasificación Jurídica de las Lesiones • Valoración médica del daño causado en la salud del ser humano	• El Derecho a la Vida en la Legislación y Jurisprudencia Nacional • Legislación Supranacional sobre la defensa y derecho a la vida • Atentados contra el Derecho a la Vida del Concebido • El Derecho a la Salud en la Legislación y Jurisprudencia Nacional • El Delito de Lesiones como un atentado contra la Salud de la persona humana
variable dependiente **NEGLIGENCIA MÉDICA** Descuido de precauciones y atenciones en los que incurre un prestador de salud al prestar sus servicios	• Definición de Negligencia Médica • Definición de Mala Praxis • Concepto de Aborto • Concepto Legal de Lesión • La Culpa • El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva	• La Regulación de los Delitos Contra la Vida del Concebido en la Legislación Nacional • La Regulación de los Delitos de Lesiones contra el Concebido en la Legislación Nacional • Jurisprudencia Comparada que protege la vida del Concebido • Análisis de Carpetas Fiscales con casos de Aborto Culposo y Lesiones Culposas en agravio del Concebido

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.2.3. Interrogantes

a) ¿Existen mecanismos legales que protejan los derechos fundamentales a la Vida y la Salud del Concebido frente a casos de Negligencia Médica?

b) ¿Cuáles son los mecanismos de protección de los derechos a la Vida y la Salud del Concebido frente a casos de Negligencia Médica?

1.2.4. Tipo y Nivel de Investigación

- **Tipo:**
  - Por su finalidad : Aplicada
  - Por el tiempo : Transversal y Retrospectiva
  - Por el ámbito : Documental y de Campo
  - Por el diseño : No Experimental

- **Nivel de Investigación:**
  - Descriptiva - Explicativa

1.3. Justificación del Problema

Actualmente en el Perú las denuncias por negligencia médica se han convertido en un tema frecuente, debido a que médicos, enfermeras, obstetras, entre otros profesionales de salud cometen graves errores que ponen en riesgo la vida y la salud de muchas personas. Dentro de los casos de negligencia médica se ha logrado advertir con particular significancia el incremento de atentados contra la vida y la salud del Concebido, conductas que al haber sido realizadas de forma culposa no han sido objeto de ningún tipo de sanción y/o resarcimiento a los familiares creando una sensación de impunidad frente a aquellas conductas lesivas.

Es por ello que resulta **conveniente** y **necesario** investigar el presente tema a fin de determinar si existe algún mecanismo tuitivo que proteja los Derechos a la Vida y la Salud del Concebido frente a los casos de negligencia médica, puesto que en el ámbito de la regulación civil la responsabilidad extracontractual aparece con serias deficiencias en materia resarcitoria, lo cual indudablemente limita las posibilidades de alcanzar una solución satisfactoria, además que desde nuestro punto de vista los derechos a la vida y la salud del concebido no pueden ser parangonados con derechos de naturaleza patrimonial y por tanto ser objeto de negociación a fin de lograr una reparación. En el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ámbito penal encontramos dos situaciones cuestionables: la primera de ellas es el no reconocimiento de la posibilidad de un delito culposo en contra del cuerpo o la salud del concebido. La segunda consiste en que aunque la normativa penal admite la posibilidad del delito preterintencional con el resultado extinción de la vida del concebido, y sin embargo, al mismo tiempo, deja de lado el resultado de daño al cuerpo o salud del concebido, ¿ello no es igualmente factible para un daño al cuerpo o salud?.

El tema de Investigación tiene **relevancia jurídica** y **validez** social al pretender implementar, si fuera necesario, las normas que resulten pertinentes a fin de que éstas en concordancia con lo establecido por los artículos 1° y 2° inciso 1 de la Constitución Política del Perú, permitan la eficaz protección de los Derechos a la Vida y la Salud del Concebido frente a casos de negligencia médica que al ser cometidos de forma culposa no son objeto de sanción alguna.

Es **factible** de ser investigado pues se recurrirá al análisis de fuentes primarias de carácter documental como son las Carpetas Fiscales de las denuncias por negligencia médica que atentaron contra la vida o la salud del Concebido, presentadas en las Fiscalías de Wanchaq del Distrito Fiscal del Cusco correspondiente al período del año 2012 al 2013, así como al análisis del Derecho Comparado.

El problema de investigación del presente proyecto captó mi **atención** e **interés personal** debido a la naturaleza de los derechos que se encuentran en riesgo por causa de las conductas precedentemente descritas y a las cuales se pretende dar una solución a través de la implementación de mecanismos tuitivos que resulten idóneos.

2. MARCO CONCEPTUAL

2.1. El Concebido

Es un término jurídico que designa al ser humano desde el momento de su concepción hasta su nacimiento.

La vida humana comienza en el momento de la concepción o fertilización, es decir, con la unión del espermatozoide y el óvulo, está ampliamente admitido en la ciencia biológica

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

y médica. Esto, porque luego del contacto y la fusión de las membranas plasmáticas de ambos, se inicia un proceso de desarrollo continuo e interdependiente de un individuo genéticamente nuevo.

Se habla de desarrollo continuo porque siempre y cuando no exista una intervención externa, se pueden observar distintas etapas concatenadas unas con otras, cuyo orden no se puede variar ya que están predeterminadas genéticamente.

Este desarrollo es interdependiente porque en cada etapa se prenden o apagan distintos genes que determinan el progreso, inicio y fin de cada ciclo, es decir, a nivel genético, existe una interrelación entre cada etapa, lo que impide que el proceso sea discontinuo.

Lo trascendental de este tipo de desarrollo es que se refiere al de un sujeto genéticamente distinto de los padres. Si bien en el organismo de un ser humano maduro también encontramos un desarrollo celular continuo e interdependiente, por ejemplo, en tejidos como la piel o la sangre, pero, cada una de esas células tiene el mismo material genético que la persona que las posee, además de una diferenciación celular específica y restringida. La variabilidad genética se explica gracias a que el padre y la madre aportan igualmente la mitad material genético, por lo que la nueva persona es distinta a sus progenitores.

La nueva vida no sólo es diferente a sus padres, sino que también a cualquier otro ser humano, ya que todos los gametos (óvulo y espermatozoide) son distintos genéticamente, debido a una recombinación de los genes de los progenitores en el proceso de meiosis (mediante el cual se crean las células sexuales o gametos que son las únicas células haploides del organismo, o sea, con la mitad de los cromosomas).

Distintas fuentes de información científica, concuerdan siempre en lo mismo: La vida humana comienza en el momento de la fertilización.

1. El desarrollo de un individuo comienza con la fecundación, fenómeno por el cual el espermatozoide del varón y el ovocito de la mujer se unen para dar origen a un nuevo organismo, el cigoto[542].

[542] Langman (1999). *Embriología Médica*. Panamericana. pp. 3.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2. El embarazo humano comienza con la fusión de un huevo y un espermatozoide[543].
3. El desarrollo humano es un proceso continuo que se inicia cuando un ovocito de una mujer es fecundado por un espermatozoo del varón[544].

The New England Journal of Medicine publicó una revisión sobre la literatura médica. En este artículo, cuando se refiere al desarrollo embrionario temprano, se plantea: "La fertilización ocurre en la trompa de Falopio 24 a 48 horas después de la ovulación (…). La implantación ocurre aproximadamente seis o siete días después de la concepción (fertilización)[545].

2.2. El Derecho a la Vida

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 del 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. No se adquiere el derecho a la vida porque el Derecho positivo se lo atribuya a la persona, sino que se trata de un derecho natural que aquel solo debe reconocer y proteger. El derecho a la vida es el presupuesto indispensable de todos los demás derechos. Sin vida no cabe el goce y el disfrute de todos los derechos que son inherentes a la persona humana[546].

Tratándose de un derecho subjetivo, el ordenamiento jurídico protege a la persona de cualquier amenaza, agresión o atentado que ponga en peligro su vida y castiga, en su caso, a los homicidas. Es por ello que nadie puede ser privado de la arbitrariamente, salvo en los casos excepcionales fijados por ley.

---

[543] Carlson, Bruce M. (1999). *Embriología humana y biología del desarrollo*. Elsevier España. pp. 2.

[544] Moore, Keith L.; Persaud, T.V.N. (2004). *Embriología clínica*. Ed. Interamericana – Mc Graw-Hill. pp. 1.

[545] Errol, R.; Norwitz, M.D., Ph.D., Danny J. Schust, M.D., and Susan J. Fisher, Ph.D. (noviembre 2001). «Implantation and the Survival of Early Pregnancy». *N Engl J Med* (345): pp. 1400-1408.

[546] Jorge Mosset lturraspe, refiriéndose a la vida, manifiesta que "es un bien. Bien personal, bien común y don divino". Por su parte, las Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal celebradas en Junín, provincia de Buenos Aires, en 1984, adoptó un acuerdo, por unanimidad, sobre los alcances del derecho a la vida en los siguientes términos: "El derecho a la vida de]a persona consiste en su interés de seguir viviendo en la misma plenitud; o sea, que no se anticipe su deceso y que no se limiten o cercenen sus facultades vitales" (MOSSET ITURRASPE, Jorge. El valor de la vida humana. Cuarta edición. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2002, pp. 17 Y 19).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En cuanto deber, la persona está obligada a mantener y cuidar de su vida en tanto es un ente coexistencial destinado a convivir en sociedad, por lo que se debe a los demás que son los que contribuyen y permiten el cumplimiento de su destino personal, de su "proyecto de vida".

2.3. El Derecho a la Salud

Por su vinculación con el derecho a la vida e integridad, el derecho a la salud es uno de los más relevantes dentro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Consideramos que la definición más completa del derecho a la salud[547], es la que ha establecido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es decir, aquella que lo considera como el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, lo que implica condiciones de vida saludables y servicios de salud disponibles, accesibles, aceptables y de calidad.

Para la realización de este derecho es imprescindible que el Estado desarrolle acciones positivas, a través del diseño, elaboración e implementación de políticas públicas en materia de salud.

Por su parte, el Tribunal Constitucional[548] ha señalado que "el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener el estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional", señala además que el Estado debe garantizar el mismo de manera progresiva, mediante "la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud"[549].

2.4. Definición de Negligencia Médica

[547] La OMS en su documento de constitución, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio de 1946, define a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.
[548] Sobre el derecho a la salud y su desarrollo constitucional, vide: SSTC Exps. N°s 02945-2003-AA/TC, 02016-2003-AA/TC y 01956-2004-AA/TC.
[549] STC Exp. N° 03208-2004-AA/TC, f.j. 6.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Es el acto en que incurre un prestador de servicios de salud cuando al brindar sus servicios incurre en descuido de precauciones y atenciones calificados como necesarios en la actividad profesional médica, o sea que se puede configurar un defecto de la realización del acto o bien una omisión.

Será negligencia médica la de aquel médico que, poseyendo los conocimientos y la destreza suficiente, no la aplique para solucionar el problema de un enfermo o teniendo todos los medios para realizar un buen diagnóstico y tratamiento no los use.[550]

Podemos encontrar un gran número de posibilidades entre las que se incluyen todos los registros defectuosos en las historias clínicas, inobservancia de las Normas Oficiales y la Ley General de la Salud, la delegación del cuidado del paciente a personal no calificado o sin suficiente preparación; el abandono del paciente, o vigilancia deficiente del paciente de acuerdo a sus condiciones clínicas. Someter al paciente a tratamientos no sustentados en la Lex Artis o cuando no se pondera el riesgo benéfico.

2.5. La Vida Humana Dependiente

Es un hecho concluyente que el nasciturus requiere para su desarrollo del refugio y alimentación que le proporciona la madre. La interrogante es: ¿La dependencia física justifica la consideración de la vida del nasciturus como una vida dependiente?

Cuando en el ámbito jurídico se habla de “dependencia” estamos hablando de algo “accesorio”, esto es, un aditamento que sigue a lo principal y que por tanto, puede ser afectado por los mismos eventos o circunstancias que afectan al cuerpo que lo albergan. Sin embargo, la propia naturaleza se encarga de negar ello. Se han documentado múltiples casos en los cuales a pesar de comprobarse la muerte clínica de la madre, se ha logrado extraer de ella al ser que llevaba en el vientre, el cual ha sido así salvado. Por tanto, lo real es afirmar que el nasciturus es un huésped en el cuerpo de su madre, eso es, un ser independiente y distinto de ella.

[550] MURÚA BARBENZA, A. Error, complicaciones y negligencia médica en cirugía. Cuadernos de Cirugía (Valdivia) 17 (1) 9-10. Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/pdf/cuadcir/v17n1/art01.pdf.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Así, la dependencia fisiológica impuesta por la naturaleza como parte normal del desarrollo y generación de la vida no impide reconocer que el nasciturus puede reclamar un lugar propio, un reconocimiento pleno e independiente de la figura de la madre, con plena capacidad y vocación de reconocimiento por parte del ordenamiento: “Reconocer que el concebido es sujeto de derecho supone afirmar que la vida humana, como ininterrumpido proceso que se despliega en el tiempo, se inicia con la concepción y se extiende hasta el nacimiento o hasta su muerte, ya sea que ocurra durante el proceso de su gestación o en el acto mismo del nacimiento. De esta declaración se deriva que el concebido tiene capacidad jurídica genética, natural, inherente a su ser, de gozar, dentro de su situación y sin excepción, de todos sus derechos, como ser humano, a pesar que no puede ejercerlos por sí mismo”[551].

2.6. La Dignidad Humana

La dignidad humana, considerada como el principio biojurídico fundamental. En realidad, el principio de la dignidad humana constituye la referencia de toda la actividad biomédica, hasta el punto de que le revela su sentido último. Tomarse en serio la dignidad humana implica un compromiso social, político y jurídico, que va más allá de una mera fórmula retórica o política.

En la actualidad encontramos una fuerte tendencia a hacer depender la dignidad y el valor de la vida humana de un determinado grado de desarrollo, de unas perfectas condiciones psico-físicas, del pleno ejercicio de la autonomía de los progenitores, de la calidad de vida. Frente a estas visiones reduccionistas y excluyentes, la concepción ontológica de la dignidad sostiene que todo ser humano es valioso por lo que es, no por las capacidades o cualidades que tiene. La dignidad humana sólo se puede basar en la idea de que todo ser humano merece un respeto incondicionado. Se presume su valor inconmensurable que lo eleva (cuerpo y espíritu) por encima de los objetos.

[551][551] FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “El concebido en la doctrina y en la legislación peruana del siglo XX”. En: Bioética y Biojurídica. La unidad de la vida, p. 53.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2.7. Concepto de Aborto

Aborto es una palabra que proviene etimológicamente del latín abortus, participio del verbo aborior, palabra compuesta que significa: ab = privar; y orior = levantarse, salir, aparecer, nacer.

El aborto se define como la interrupción del embarazo con la consecuencia de muerte del producto de la concepción, sea este viable o no.

El aborto puede ser espontáneo o provocado. Es espontáneo cuando se produce por alguna patología del concebido o de algún progenitor, independiente de la voluntad de ellos o de terceros, por lo que no hay responsabilidad directa al respecto. Los abortos espontáneos suelen ser frecuentes.[552]

Una figura radicalmente distinta se presenta cuando nos enfrentamos al aborto provocado o voluntario, puesto que se trata de aquel resultante de maniobras destinadas directamente a provocar la muerte del aún no nacido.[553]

2.8. Concepto Legal de Lesión

Luzón Peña comentando el concepto de lesión de la Real Academia Española, señala que a la vista de la regulación legal, resulta insuficiente el concepto que de lesión ofrece el Diccionario de la Real Academia Español, como “daño causado por golpe, enfermedad o herida”, pudiendo a su juicio considerar como tal, cualquier perturbación de la salud física o psíquica de una persona, transitoria o permanente, o de su integridad corporal, ocasionada por cualquier medio, sin ánimo de producir su muerte.[554]

[552] Algunas causas que pueden llevar a un aborto espontáneo tienen que ver con alteraciones cromosómicas, endocrinas, de la anatomía del útero, con infecciones, o patologías de los anexos ovulares, etc.
[553] La Corte Suprema de la República de Chile, el 6 de junio de 1955 define el aborto como toda maniobra destinada a interrumpir el embarazo impidiendo que llegue a su término natural, independientemente de que el feto se haya o no desprendido del cuerpo de la madre, siendo lo esencial que se le haya privado de vida, aunque sea dentro del seno materno. Citado en Labatut G., II Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1966, 127.
[554] LUZÓN PEÑA, Enciclopedia Penal Básica. op. cit., pg. 883.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Otros autores sostienen que el concepto de lesión se identifica con el menoscabo de la integridad corporal o la salud física o mental de una persona y, en este sentido, equivale al resultado de la conducta.

2.9. La Culpa

La culpa o imprudencia es parte de la tipicidad subjetiva que supone la vulneración de la norma de cuidado. De las dos formas de imputación subjetiva, la culpa o imprudencia es la segunda y la de menor gravedad. Ocupa un lugar entre el dolo y el caso fortuito. La problemática se suscita cuando se trata de delimitar la culpa consciente con el dolo eventual; sin embargo, existen teorías que se orientan a dar solución a la determinación de los límites. Antonio Terragni anota que obra con dolo el que quiere de modo directo el hecho ilícito o asiente a su producción eventual. El obrar doloso supone un quebrantamiento intencional de la norma, de allí su mayor contenido de injusto que se refleja en la mayor severidad de las penas para los delitos dolosos que para los delitos culposos o imprudentes[555]. En la estructura de los delitos, la culpa es el límite mínimo de imputación, pues por debajo de esta no existe posibilidad de atribución de responsabilidad penal. Es decir, fuera de aquel límite mínimo de imputación se sitúa para el Derecho penal la figura del caso fortuito. Entonces, en orden al acontecer causal, estaremos ante un caso fortuito cuando el resultado se produce como consecuencia extraordinaria o excepcional de la acción. Aquí el autor no ha previsto la consecuencia lesiva previsible o habiéndolo previsto se confía que el resultado no se producirá, separa a la culpa del dolo; en cambio, el no haber podido prever un resultado lesivo imprevisible, separa el caso fortuito de la culpa.

Jiménez de Asúa lo explica del siguiente modo: la imprudencia es la segunda e inferior especie de la culpabilidad. No faltan autores que se limitan a decir que, dentro de esta la negligencia “es no dolo” y que la “primera exigencia para su comprobación es, pues, negativa: no debe existir intención”[556]. Sin embargo, como señala el autor, eso es solo

[555] ANTONIO TERRAGNI, Marco. El delito culposo, Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. Argentina, pg. 13.
[556] Cfr. JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. Editorial Losada S.A. 4° edición. Buenos Aires, 1992, pp. 674-675. Este autor, luego de afirmar que el problema de la culpa era uno de los más graves y peor resueltos, cita a KLEINSCHROD, quien a comienzos del siglo XIX acuña la frase: “Quien conozca la bibliografía del Derecho criminal sabe bien que no se tienen nociones claras y precisas en torno a la esencia y a la punición de los delitos culposos”. Apunta asimismo que fue BINDING el que en 1872 dijo: “También la ciencia tiene a sus hijastros que desatiende no porque le sean menos interesantes, sino más secos”. Ante la pregunta ¿Por qué hijastro? Carlos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

la primera exigencia a considerar en la definición de la culpa. La culpa o imprudencia se define conforme a las siguientes notas: a) ausencia de intención; b) infracción del deber subjetivo (personal) de cuidado, que incluye el examen sobre la previsibilidad del riesgo y del resultado (deber de advertir el peligro y de prevenir el resultado); y, c) el análisis de la evitabilidad de la producción si el sujeto hubiese obrado conforme al deber de cuidado. En resumen, el sujeto infringe un deber de cuidado, y como consecuencia ocasiona un resultado que debía y podía haberse previsto y evitado actuando conforme a Derecho.[557]

2.10. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva

El Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva es un Derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto sujeto de derechos, está facultada a exigirle al Estado tutela jurídica plena, y cuyo contenido básico comprende un "complejo de derechos": derecho de acceso a la justicia, Derecho al debido proceso, derecho a una resolución fundada en derecho y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consagrado en el inciso tercero del artículo 139° de la Constitución Política y el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, y cuya cualidad de "efectividad" se desprende de su interpretación, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, como es el caso del artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es un atributo subjetivo que responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. La efectividad de la tutela jurisdiccional sin duda constituye el rasgo esencial de este derecho, de forma tal que una…. Tutela que no fuera efectiva, por definición no sería tutela[558].

BINDING responde en 1920: "ningún hijo de carne y sangre ha sido tan despreciado por su madre, tan desdeñado sin conocerle, como el delito culposo lo ha sido, durante siglos, por las páginas a él consagradas".

[557] ORTS BERENGER, Enrique/GONZÁLES CUSSAC, José L. Compendio de Derecho Penal Parte General, Tirant Lo Blanch, 2008, pp.164-165.

[558] CHAMORRO BERNAL, Francisco. La tutela judicial efectiva. Bosch. Barcelona, 1994, pg. 276.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

3.1. Investigaciones en el Extranjero

Investigación acerca del Aborto Culposo

En la Universidad Francisco Gavidia, El Salvador (2004), realizaron un estudio con la finalidad de determinar cómo se define y protege el derecho a la vida en la legislación salvadoreña a través de la recolección de todo tipo de material jurisprudencial, doctrinario, legislativo y bibliográfico que tengan enfoques interdisciplinarios, para luego elaborar y profundizar en un estudio referido a la punibilidad del aborto culposo. Concluyendo, entre otros aspectos que la falta de un debido proceso legal por parte de las autoridades competentes en sancionar este tipo de delito, sea por falta de denuncia o por el vacío que existe en la ley al momento de regular este hecho y que la regulación del aborto culposo en su legislación no cuenta con un medio idóneo para su legal comprobación, es decir no cuenta con criterios que sirvan como parámetros para medir exactamente cuando en el hecho interviene dolo o culpa.

3.2. Investigaciones Nacionales

Investigación acerca del Concebido

En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Jesús Antonio Michue Huacache, realizó el estudio denominado “El delito de lesiones contra la vida humana dependiente: precisiones de dogmática penal y política criminal” (Lima, 2004) para optar el Título Profesional de Abogado, quien en una de sus conclusiones resaltó el vacío legal en nuestra legislación que provocaba las acciones lesivas al nasciturus, pues precisó que no se castigan penalmente las lesiones culposas causadas por conducta culposa o imprudente, exigiendo su pronta tipificación.

Eduardo Ronald Guevara Agostinelli, realizó el estudio denominado “Diferencias y Semejanzas entre el Concebido y la Persona Humana, según el Código Civil Peruano de 1984” para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho en la Universidad Católica de Santa María, (Arequipa, 2010) concluyendo genéricamente que existen diferencias y semejanzas entre el concebido y la persona humana en cuanto a derechos y obligaciones, siendo la principal la referida a la vida humana, pues a consideración del

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

autor es persona el nacido vivo al momento del parto, etapa final del embarazo, siendo la fecha de nacimiento de la persona humana inscrita en el Registro de Estado Civil generando la expedición de la partida de nacimiento, que acredita su existencia y su entroncamiento filial; la persona individual tiene vida a partir del nacimiento hasta antes de su muerte. Mientras que el concebido es vida humana genéticamente diferenciada desde la concepción (fecundación conforme al Tribunal Constitucional) hasta antes del nacimiento (muerte del concebido).

Por otro lado, Wilmer Oswaldo Chauca Berlanga llevó a cabo su Investigación denominada "La Ponderación del Derecho a la Vida del Nasciturus frente al Derecho a la Libertad de Elección del Aborto de la Madre, Arequipa 2008" para optar el grado académico de Magister en Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, arribando a la conclusión de que la penalización del aborto no disuade a la mujer de interrumpir su embarazo voluntariamente ya que lo hará de todos modos por múltiples razones, aún a riesgo de su salud y vida. En consecuencia, sin pretender la despenalización del aborto, la regla general para la interrupción del embarazo ha de ser el único medio para salvar la vida de la madre o evitar en su salud física o psíquica un mal grave y permanente puede excepcionalmente aceptarse el aborto en otros casos como los embarazos producto de una violación o inseminación artificial no consentida o malformaciones fetales recurriendo a la ponderación y examinando cada caso en forma concreta e individual.

Por tanto y tomando en consideración las investigaciones presentadas hasta el momento, nos atrevemos a considerar factible la realización de la presente Investigación.

4. OBJETIVOS

4.1 Determinar si existe algún mecanismo de protección de los derechos a la Vida y a la Salud del Concebido frente a casos de Negligencia Médica.

4.2. Determinar si existe alguna sanción frente a la vulneración de los derechos a la Vida y la Salud del Concebido por Negligencia Médica.

4.3. Comparar nuestra postura legal sobre la protección jurídica de los derechos a la Vida y la Salud del Concebido frente a casos de Negligencia Médica con otras legislaciones.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

5. HIPÓTESIS:

Teniendo en cuenta que: Ante la existencia de casos por Negligencia Médica en el tratamiento del Concebido. **Es probable que:** No existan mecanismos de protección de los derechos a la Vida y la Salud de aquél.

III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL:

1. Técnicas e Instrumentos de Verificación

1.1. Precisión

- **Técnicas : Observación documental; Entrevista**
- **Instrumentos : Ficha de Observación Documental; Cédula de Entrevista.**

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.2. Cuadro de coherencias

VARIABLES	INDICADORES	SUBINDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
variable independiente **LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS A LA VIDA Y LA SALUD DEL CONCEBIDO** Garantizar a través de mecanismos legales los derechos a la vida y la integridad del niño por nacer	• Concepto del Derecho a la Vida • La Defensa de la Vida Humana • La Vida Humana Dependiente • Mecanismos de protección de la vida por nacer • La Dignidad Humana • Concepto del Derecho a la Salud • Clasificación Jurídica de las Lesiones • Valoración médica del daño causado en la salud del ser humano	• El Derecho a la Vida en la Legislación y Jurisprudencia Nacional • Legislación Supranacional sobre la defensa y derecho a la vida • Atentados contra el Derecho a la Vida del Concebido • El Derecho a la Salud en la Legislación y Jurisprudencia Nacional • El Delito de Lesiones como un atentado contra la Salud de la persona humana	Fichas de Observación Documental
variable dependiente **NEGLIGENCIA MÉDICA** Descuido de precauciones y atenciones en los que incurre un prestador de salud al prestar sus servicios	• Definición de Negligencia Médica • Definición de Mala Praxis • Concepto de Aborto • Concepto Legal de Lesión • La Culpa • El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva	• La Regulación de los Delitos Contra la Vida del Concebido en la Legislación Nacional • La Regulación de los Delitos de Lesiones contra el Concebido en la Legislación Nacional • Jurisprudencia Comparada que protege la vida del Concebido • Análisis de Carpetas Fiscales con casos de Aborto Culposo y Lesiones Culposas en agravio del Concebido	Fichas de Observación Documental, Y Cédulas de Entrevista

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

1.3. Prototipo de Instrumentos

FICHAS DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL

Título :	**Referencias :**
Sumilla :	
Contexto : **Observación preliminar** **Indicador a Contrastar**	
Comentario :	
Lugar de ubicación de la denuncia: **Lugar de ubicación del expediente:**	**Fecha de Ubicación :**

FIRMA DE RESPONSABLE:……..

PREGUNTAS FORMULADAS

1. ¿Está denuncia está referida a algún atentado contra la vida y/o salud del concebido?
2. ¿Si el hecho que originó la denuncia se realizó por negligencia médica?
3. ¿Cuál es la diferencia entre vida humana dependiente y vida humana independiente?
4. ¿Si en el caso analizado existe algún mecanismo de protección del derecho a la vida, del concebido?
5. ¿Si en el caso analizado existe algún mecanismo de protección del derecho a la salud del concebido?

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

6. ¿Si en el caso analizado se sancionó la conducta imputada, de ser negativa la respuesta cuál fue la razón?
7. ¿Si en el caso analizado se respetó el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del concebido?
8. ¿Cuál fue la sensación de los denunciantes tras el archivo de su denuncia?

CÉDULA DE ENTREVISTA

La presente entrevista tiene por finalidad conocer de qué manera procedió el Ministerio Público ante las denuncias por atentados contra la vida y salud del concebido, esta información permitirá determinar si existen mecanismos de protección de los derechos a la vida y salud del concebido.

La información que nos brinda es anónima, agradezco su colaboración:

1) ¿Si durante su labor como Fiscal ha recibido denuncias sobre atentados contra los derechos a la vida y/o la salud del concebido?

2) Si dentro de aquellas denuncias referidas a atentados Contra la Vida y/o Salud del concebido, alguna de ellas fue por negligencia médica?

3) ¿De qué forma procedió usted ante las denuncias referidas a atentados contra la vida y/o salud del concebido cometidos por negligencia médica?

4) ¿Cuál cree usted que fue la impresión de las víctimas ante su decisión?

5) ¿De qué forma cree usted que debería procederse en estos casos?

6) Durante su experiencia como Fiscal. ¿Cuáles fueron los atentados Contra la Vida y/o Salud del concebido que con mayor frecuencia ha recibido, los de comisión dolosa o culposa?

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2. Campo de Verificación:

2.1. Ubicación Espacial.

Las denuncias recibidas e investigadas en la Primera y Segunda Fiscalías Provinciales Penales de Wanchaq del Distrito Fiscal del Cusco.

2.2. Ubicación Temporal.

La presente investigación abarca el período comprendido entre los años 2012 a 2013 y por su relevancia no se desvanece por el pasar del mismo.

2.3. Unidades de Estudio

Para la Investigación de Campo, consideramos como unidades de estudio las denuncias que fueron investigadas en la Primera y Segunda Fiscalías Provinciales Penales de Wanchaq durante los años 2012 a 2013 que ascienden a un número de 6 casos.

Universo

Está integrada por 6 denuncias por atentados contra la vida y la salud del concebido que fueron investigadas en la Primera y Segunda Fiscalías Provinciales Penales de Wanchaq durante el período 2012 -2013.

Muestra

Bajo un Muestreo No probabilístico y su estrecha relación con el logro de los objetivos específicos y la metodología de investigación plateada es que el universo será nuestra muestra representativa de acuerdo al análisis en el periodo signado es decir U=N; donde la N= 18, denuncias que fueron investigadas en la Primera y Segunda Fiscalías Provinciales Penales de Wanchaq durante el periodo 2012 – 2013.

2.4. Fuentes

Los dispositivos legales en materia constitucional, civil y penal que contemplan la protección de los derechos a la Vida y a la Salud del Concebido como son la Constitución, el Código Civil, el Código Penal y la Doctrina en general.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

3. Estrategia de Recolección de Datos:

La información que se requiere para la presente Investigación será recogida por el propio investigador y el apoyo de un colaborador estudiante del último año del programa de Derecho; en cuanto a la parte documental y material de la Investigación, se tomará información de las bibliotecas de la Universidad Católica de Santa María, de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, de la Universidad Andina del Cusco y otras bibliotecas especializadas, así como la que se obtenga vía Internet; en tanto que para la información de campo de las denuncias penales investigadas en la Primera y Segunda Fiscalía Provincial Penal de Wanchaq del Distrito Fiscal del Cusco, se emplearán las fichas bibliográficas y documentales y como instrumento de campo las Fichas de Revisión de Carpetas Fiscales.

3.1. Modo

- La búsqueda de la bibliografía pertinente será realizada, por la propia investigadora, en las bibliotecas especializadas de la ciudad del Cusco y en la Universidad Católica de Santa María a fin de conseguir la información teórica que serán consignadas en fichas bibliográficas y documentales.
- Los datos requeridos de las Carpetas Fiscales, serán recogidos con la ayuda de colaboradores en las Fiscalías de Wanchaq, que serán consignados en las Fichas de Revisión de Carpetas Fiscales.
- La investigadora revisará las fichas bibliográficas, documentales y de revisión de Carpetas Fiscales.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3.2. Presupuesto

PRESUPUESTO	
OBJETO DEL COSTO	**MONTO TOTAL S/.**
A. RECURSOS HUMANOS	S/. 300.00
B. BIENES	
a. Materiales de Escritorio	S/. 300.00
b. Materiales para procesamiento de datos	S/. 500.00
c. Materiales de impresión	S/. 200.00
d. Materiales de reproducción de documentos	S/. 400.00
e. Textos	S/. 1, 000.00
C. SERVICIOS	
a. Viáticos	S/. 1, 000.00
b. Movilidad local	S/. 500.00
c. Refrigerios	S/. 300.00
d. Impresiones Empastadas	S/. 200.00
TOTAL	S/. 5, 000.00

IV. CRONOGRAMA DE TRABAJO

Tiempo / Actividades	Marzo/Abril	Mayo	Junio	Julio
Preparación del Proyecto	XXXXXXXXXX			
Aprobación del Proyecto	XXXXX			
Recolección de Información		XXXXXXXXX		
Análisis de datos		XXXXXXXXX		
Conclusiones y Sugerencias			XXXXXXXX	
Preparación del Informe				XXXXXXXXX
Presentación del Informe				XXXXXXXXXX

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUADO CORREA, T., DIEZ RIPOLLES, J., CABALLERO BRUN , F., FELDES, L., LOPEZ BARJA DE QUIROGA, N., TERRADILLOS BASOCO, J., y otros. (2012). *"Derecho Constitucional Penal".* LIMA: PRIMERA EDICION.

2. ALEGRE MARTINEZ , M. (1996). *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español.* ESPAÑA: UNIVERSIDAD DE LEON.

3. ALONSO DE ESCAMILLA, A. (1993). *La ejecución de la pena privativa de libertad.* MADRID: CDJ.

4. AMBROSIONI, C., & TABAK, H. (s.f.). *Lecciones de Derecho Romano.* BUENOS AIRE: ABACO DE RODOLFO DEPALMA.

5. ANDORO. (1997). *Bioética y Dignidad de la Persona.* MADRID: TECNOS.

6. ANTAVILLA , E. (1978). *La culpa. El delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico.* BOGOTA: TEMIS.

7. ANTONIO TERRAGNI, M. (s.f.). *El delito culposo.* SANTA FE: RUBINZAL CULZONI EDITORES.

8. ANTONIO TERRAGNI, M. (s.f.). *El delito culposo.* SANTA FE - ARGENTINA: SANTA FE.

9. ARMIN KAUFMANN. (s.f.). *El delito culposo, en Nuevo Pensamiento Penal.* BUENOS AIRES: DEPALMA.

10. BACIGLUPO, E. (1989). *Los delitos de homicidio.* BOGOTA: TEMIS.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

11. BARROCO MARMOL, R. (2010). *Protección de la Vida e Igualdad Prenatal Hombre en la República Argentina.* ESTADOS UNIDOS: Xilibris Corporation.

12. BEJAR QUISPE, J. (2002). *"Constitución Política del Perú y Derechos Humanos".* CUSCO.

13. BELLO JANEIRO , D. (2012). *"Responsabilidad Civil del Médico y de la Administración".* PERU: JURISTA EDITORES.

14. BEORLEGUI, C. (2004). *Antropología filosófica.* DEUSTO: UNIVERSIDAD DE DEUSTO.

15. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. (1996). *Sobre la evolución dogmática de la imprudencia.* BARCELONA: PRAXIS.

16. BIANCA, & MASSIMO. (1976). *II PROBLEMA EL ABORTO.*

17. BIDART CAMPOS, G. (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa.* BUENOS AIRES.

18. BINDING, KARL, HOCHE, & ALFRED. (2009). *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida.* BUENOS AIRES: EDIAR.

19. BIONDI. (1952). BIONDI II. En *DIRITTO ROMANO CRISTIANO VOL 2* (pág. 339). MILANO.

20. BOIX REIG, J. (1992). *La motivación de la individualización de la pena.* MADRID: CDJ.

21. BREGIA ARIAS, O. (2008). *Homicidio simple.* BUENOS AIRES: ASTREA.

22. BURSTEIN AUGUSTO, M. G. (2013). *Los Derechos del Embrión In Vitro frente a la Paternidad. Ilegitimidad de las Técnicas de Reproducción Asistida Extrauterinas. Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho.* LIMA: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU-ESCUELA DE POSTGRADO.

23. BUSNELLI, F. D. (2003). *"Bioética y derecho privado – Fragmentos de un diccionario".* EDITORA Y LIBRERIA JURIDICA GRIJLEY E.I.R.L.

24. BUSTAMANTE ALARCON, R. (2001). *Derechos Fundamentales y Derecho Justo.* LIMA: ARA EDITORES.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

25. BUSTOS RAMIRES, J. (1991). *Juan. Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* BARCELONA.

26. CABANELLAS DE TORRES, G. (1982). *DICCIONARIO JURIDICO.* BUENOS AIRES: HELIASTA.

27. CARLSON BRUCE, M. (1999). *Embriología humana y biología del desarrollo.* ESPAÑA: ELSIVIER.

28. CARRARA, F. (1958). *Programa de Derecho criminal. Parte especial", Volumen II.* BOGOTA: TEMIS.

29. CASTILLOALVA, J. (2008). *Derecho Penal. Parte Especial I.* LIMA: GRIJLEY.

30. CASTRO AVILES, E. (s.f.). *El interés superior del niño versus el derecho a la información de los medios de comunicación social.*

31. CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *DERECHO CIVIL.* MADRID : CIVITAS.

32. CHAMANE ORBE. (2015). *Lecciones de Derecho Constitucional.* LEX&LURIS.

33. CHAMORRO BERNAL, F. (1994). *La tutela judicial efectiva.* BARCELONA: BOSCH.

34. CHAUCA BERLANGA, W. O. (2011). *La Ponderación del Derecho a la Vida del Nasciturus frente al Derecho a la Libertad de Elección del Aborto de la madre.* AREQUIPA: ESCUELA DE POSTGRADO.

35. CHIRINOS SOTO, F. (s.f.). *Francisco. Código Penal.* LIMA: RHODAS.

36. CHOCLAN MONTALVO, J. (2001). *Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, 2° ed.* BOSCH.

37. CICCIONE, L. (2003). *Historia, principios, cuestiones, Palabra.* MADRID.

38. CILLERO BRUÑOL, M. (s.f.). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*.

39. CODIGO PENAL ESPAÑOL. (1996). BARCELONA: PRAXIS.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

40. COLOMER, F., & PASTOR GARCA. (1998). *Genésis del término pre-embrión en la literatura científica actual, en Persona y Bioética.* CUNDINAMARCA: UNIVERSIDAD LA SABANA.

41. DE RUGGIERO, R. (1944). *Instituciones del Derecho Civil, T. I, traducción de la 4° ed. Italiana.* MADRID: REUS.

42. DIAZ VARCARCEL, L. M. (1994). *Transmisión delictiva de enfermedades.* CDJ.

43. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. (1984). *Tomo II, 20° edición.* MADRID: ESPASA-CALPE S.A.

44. DIEZ PICAZO, L., & GUILLON , A. (s.f.). *Sistema de Derecho Civil, Vol, I, 4°.*

45. DIEZ RIPOLLES, J. (1997). *COMENTARIOS AL CODIGO PENAL.* VALENCIA.

46. DONNA , E. (2008). *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. 3° ed.* EDITORES.

47. EL NUEVO CODIGO PENAL PEUANO. (2011). . *Exposición de Motivos. Anteproyecto de Código Penal y estudios de Derecho Penal.* LIMA: CONGRESO DEL PERU.

48. ENNECCERUS, LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, & MARTIN. (s.f.). *Derecho Civil (Parte General).*

49. ERROL, R., NORWITZ M.D., PH, D., DANNY, J., SCHUST, M., SUSAN, J., y otros. (2001). *Implantation and the Survival of Early Pregnancy.* N ENGL J MED.

50. ESPINOZA ESPINOZA, J. (2001). *ESTUDIO DE DERECHOS DE LAS PERSONAS .* LIMA: HUALLAGA.

51. ESPINOZA ESPINOZA, J. (2012). *"Derecho de las Personas – Concebido y Personas Naturales".* LIMA: EDITORA Y LIBRERIA JURIDICA GRIJLEY E.I.R.L.

52. ETO CRUZ , G. (2011). *"Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional – Liber Amicorum Néstor Pedro Sagües".* ADRUS.

53. ETO CRUZ, G. (1991). *Los principios constitucionales y las Leyes de Desarrollo Constitucional, Instituto de Divulgación y Estudios Jurídico-Constitucionales.* TRUJILLO.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

54. FABRA, J., & ORTEGA , S. (2012). *"Hacia una Nueva Teoría de la Responsabilidad Contractual".* LIMA: JURISTA EDITORES E.I.R.L. .

55. FELIP I SABORIT, D. (2006). *El aborto, en Lecciones de Derecho Penal. Parte especial.* BARCELONA: ATELIER.

56. FELIX REINALDI, V. (2007). *Delitos contra la vida humana independiente", en Derecho penal. Parte especial 1.* CORDOVA: LERNER.

57. FELIX TASAYCO, G. (2014). *"El delito Imprudente en la Actividad Médica – Doctrina y Tendencia Jurisprudencial".* LIMA: EDITORA Y LIBRERIA JURIDICA GRIJLEY E.I.R.L.

58. FELLENI, Z. (2007). *Homicidio simple, en Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial. Vol. 3.* HAMMURABI.

59. FERNANDEZ ALBA, J. (2009). *"Obstetricia Clínica de Llaca - Fernández" Segunda edicion .* MEXICO: McGraw- Hill internacional EDITORES S.A. DE C.V.

60. FERNANDEZ CARRASQUILLA, J. (1998). *Derecho Penal Fundamental.* BOGOTA: TEMIS.

61. FERNANDEZ SASSAREGO, C. (1998). *DERECHO DE LAS PERSONAS.* LIMA: GRIJLEY E.I.R.L.

62. FERNANDEZ SESSAREGO, C. (2009). *"Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano".* LIMA: EDITORA Y LIBRERIA JURIDICA GRIJLEY E.I.R.L.

63. FERRAJOLI, L. (2011). *Principio iuris.* MADRID: TROTTA.

64. FORTAN BALESTRA, C. (1958). *La estructura de la teoría del delito.* BUENOS AIRES: ABELEDO PERROT.

65. FREYRE, P. C. (2011). *"Derecho Penal – Parte General". Tomo I. Tercera edición.* LIMA: IMPORTADORA Y DISTRIBUIDORA EDITORIAL MORENO S.A.

66. GARAY, O. E. (2003). *"Responsabilidad Profesional de los Médicos – Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal" Primera ediccion.* BUENOS AIRES: LA LEY S.A.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

67. GARCIA DE DIEGO, V. (1694). *Diccionario Ilustrado Latino-Español.* BARCELONA: BIBLIOGRAFÍA.

68. GARCIA DE ENTERRARIA, E. (1985). *LA CONSTITUACION COMO NORMA Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.* MADRID: CIVITAS.

69. GARCIA DE ENTERRARIA, E. L., ORTEGA, L. I., & SACHEZ MORON, M. (1983). *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos.* MADRID: CIVITAS.

70. GARCIA MAAÑON, B. (1990). *Aborto e Infanticidio, aspectos jurídicos y médico legales.* BUENOS AIRES: UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.

71. GARCIA VELUTINI, O. (1980). *SOBRE LOS DERECHOS PERSONALES Y LA DIGNIDAD HUMANA .* CARACAS: SUCRE.

72. GEVARERT, J. (2003). *El problema del hombre. Introducción a la antropología filosófica.* SALAMANCA: SIGUEME.

73. GIMENEZ SALINAS I COLOMER, E. (1993). *Penas alternativas de libertad y alternativas.* CDJ.

74. GOMEZ MONTORO, A. (2001). *Titularidad de Derechos Fundamentales.* MADRID.

75. GOMEZ PAVAJEAU, C., & URBANO MARTINEZ, J. (2004). *Delitos contra la vida e integridad personal, en Lecciones de derecho penal. Parte especial.* BOGOTA: COLOMBIA.

76. GONZALES MATILLA, G. (1996). *La consideración jurídica del embrión in vitro.*

77. GONZALES RUS, J. (1996). *DERECHO PENAL ESPAÑOL.* MADRID: EDICIONES JURIDICAS Y SOCIALES S.A.

78. GRACIA MARTIN, L. (1997). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I.* VALENCIA: TIRANT LO BLACH.

79. GRANADOS PEREZ . (1993). *Individualización de las penas: supuestos conflictivos.* MADRID: CDJ.

80. GUEVARA AGOSTINELLI, E. R. (2011). *Diferencias y Semejanzas entre el Concebido y la Persona Humana; según el Código Civil Peruano de 1984. Tesis para optar el*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

grado académico de Doctor en Derecho. AREQUIPA: UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARIA - ESCUELA DE POSTGRADO.

81. HAKANSSON NIETO, C. (2000). *LA POSICION COSNTITUCIONAL DE LOS PRINCIPIOS EN LA CARTA DE 1993.* PIURA: UNIVERSIDAD DE PIURA.

82. HASSEMER , W., & MUÑOZ CONDE, F. (1995). *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal".* VALENCIA: TIRANT LO BLANCH.

83. HERNANDEZ SAMPIERI, R. (s.f.). *"Metodología de la Investigación".* MEXICO: MC GRAW - HILL/INTERNACIONAL EDITORES S.A. MEXICO.

84. HOOF, P. (1999). *BIOETICA Y DERECHOS HUMANOS.* BUENOS AIRES: DE PALMA.

85. JAVIER. (2004). *Derecho Civil. Sucesiones. De la Sucesión en General.* AREQUIPA: ADRUS.

86. JESCHECK, H., & WEIGEN, T. (2002). *Tratado de Derecho penal.* QUINTA EDICION.

87. JIMENEZ DE ASUA, L. (1992). *Tratado de Derecho Penal. Tomo V.* BUENOS AIRES: LOSADA S.A.

88. JIMENEZ DE ASUA, L. (1997). *Tratado de derecho penal.* BUENOS AIERES: LOZADA S.A.

89. JUAN PABLO II. (1980). *Discurso a la UNESCO" en Enseñanzas al pueblo de Dios.* PARIS: EDITRICE VATICANA.

90. JUAN PABLO II. (1995). *Evangelium Vitae.* BUENOS AIRES: SAN PABLO.

91. JURIDICA, G. (2005). *"La Constitución Comentada – Tomo I".* LIMA: PRIMERA EDICION.

92. JURISTAS, U. C. (1999). *La Protección de los Derechos Humanos. Segunda Edición.* BOGOTA: UNIVERSIDAD DEL ROSARIO.

93. KADAGAND LOVATON, R., & CABRERA DE KADAGAND, F. (2012). *"Responsabilidad Penal del Médico".* EDITORIAL RODHAS.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

94. KEMERMAJER DE CARLUCCI, A. (1999). *El derecho de familia y los nuevos paradigmas.* BUENOS AIRES: T.II.

95. LABATUT, G. (1966). *II Derecho Penal, Parte Especial.* SANTIAGO: JURIDICA DE CHILE.

96. LANDA ARROYO, C. (2010). *"Los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: recopilación y sistematización de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que versa acerca de derechos fundamentales". Primera edición.* LIMA: PALESTRA EDITORES.

97. LANDROVE DIAZ, V. (1980). *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal.* CPC N° 29.

98. LANGMAN. (1999). *Embriología Médica. Panamericana.*

99. LEAL ESQUIVEL, A. (2009). *Células Madre e inicio de la Vida.* ZARAGOZA.

100. LEJEUNE, J. (1999). *QUE ES EL EMBRION.* MADRID: INSTITUTO DE CIENCIAS PARA LA FAMILIA.

101. LUCAS VERDU, P. (1985). *EL SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL.* MADRID: REUS.

102. MALDONADO, J., & DEL TORO, F. (1946). *LA CONDICCION JURIDICA DEL NASCITURUS.* MADRID: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS.

103. MANZANARES ZAMANIEGO, J. L. (1993). *Perspectiva de futuro: arresto de fin de semana y multas por cuotas.* MADRID: CDJ.

104. MARHENS, S. (2007). *Surrogate Motherhood and the politics of reproduction.* CALIFORNIA: NEW LIFE ECOBOOK.

105. MARIAS, J. (1995). *Introducción a la filosofía.* MADRID: ALIANZA EDITORIAL.

106. MARIN DE ESPINOZA CEBALLOS, E. (2011). *Derecho penal. Parte Especial. Un estudio a través del Sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra la persona, 3° ed.* VALENCIA: TIRANT LO BLANCH.

107. MARINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. (1993). *Los delitos de lesiones en el Código Penal español.* MADRID.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

108. MARMOL, R. B. (2010). *Protección de la Vida e Igualdad Prenatal del Hombre en la República Argentina.* ESTADOS UNIDOS DE AMERICA: XILIBRIS CORPORATION.

109. MARTIN, L. G. (1997). *COMETARIOS AL CODIGO PENAL.* VALENCIA.

110. MARTINEZ CALCERRADA, L. (1986). *Derecho médico.* MADRID: TECNOS.

111. MARTINEZ CALCERRADA, L. (1986). *Derecho Médico.* MADRID: TECNOS.

112. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (s.f.). *LA PERSONA Y EL DERECHO DE LA PERSONA.*

113. MARTINEZMORAN, N. (s.f.). *El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho Comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia e eugenesia.*

114. MATA AMAYA, J. (1994). *Ejecución de penas restrictivas de libertad y no privativas de derecho.* MADRID: CDJ.

115. MELINA , L. (2002). *El embrión humano: Estatuto Biológico, Antropológico y Jurídico.* PAMPLONA: SUSANA.

116. MENDOZA ESCALANTE, M. (2000). *Los principios fundamentales del derecho constitucional peruano.* LIMA: GRAFICA BELLIDO.

117. MERCHAN PRICE, J. (2012). *"Ética médica, Abusos y atropellos – Eutanasia – Aborto – Pacientes al margen de la ley".* BOGOTA: EDICIONES DE LA U.

118. MILLAS MUR, J. (2004). *AOE, un eufemismo más.* LIMA: EL COMERCIO .

119. MIRA, & LOPEZ, E. (1954). *Manual de psicología jurídica.* BUENOS AIRES: ATENEO.

120. MONGE TALAVERA, L. (2003). *Comentario al artículo 1 C.C., Principio de la persona y de la vida humana, en Código Civil Comentado, T. i. Título Preliminar, Derecho de las Personas, Acto Jurídico, Gaceta Jurídica,.* LIMA.

121. MONGRUT STEANE, A. (2000). *"Tratado de Obstetricia Normal y Patológica" Cuarta edicion.*

122. MOORE KEITH, P. (2004). *Embriología clínica.* INTERAMERICANA.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

123. MORILLAS CUEVAS, L. (1996). *Curso de Derecho Penal español. Parte General.* MADRID: MARCIAL PONS.

124. MOSQUERA VASQUEZ, C. (1997). *DERECHO Y GENOMA HUMANO.* LIMA: SAN MARCOS.

125. MOSSET ITURRASPE, J. (1983). *El valor de la vida humana.* SANTA FE.

126. MOSSET, I. (2002). *El valor de la vida humana. Cuarta edición.* BUENOS AIRES: RUBINZAL CULZONI.

127. MUÑOZ CONDE, F. (1999). *DERECHO PENAL.* VALENCIA: TIRANT LO BLANCH.

128. MURUA BARBENZA, A., & A. (2003). *Error, complicaciones y negligencia médica en cirugía.* VALDIVIA: CUEDERNOS DE CIRUGIA.

129. MURUA BERBENZA, A. (s.f.). *Error, complicaciones y negligencia médica en cirugía.*

130. NEDELMAN, S. (1953). *El delito de Lesiones.* BUENOS AIRES: LIBRERIA EL ATENEO EDITORIAL.

131. O´DONNELL, D. (1988). *Protección Internacional de los Derechos Humanos.* LIMA: CAJIDH.

132. OBANDO BLANCO, V. R. (2011). *Proceso Civil y el Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva – Base para un modelo. Primera Edición.* LIMA: ARA EDITORES E.I.R.L.

133. OLMEDO CARDENETE, & ARAUJO NETO. (2007). *LA MISION DEL DERECHO PENAL.* LIMA: ARA EDITORES.

134. ORDOQUI CASTILLA, G. (1984). *Código Civil, Esborgo, I, Ministerio de Justicia.* LIMA: MONTEVIDEO.

135. ORREGO PUELLES. (2003). *Mal praxis médica.*

136. ORTECHO VILLENA, V. J. (2008). *"Los Derechos Fundamentales en el Perú".* LIMA: EDITORIAL RODHAS.

137. ORTEGA LLORCA, V. (1993). *Individualización y determinación de la pena (aspectos jurídicos).* MADRID: CDJ.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

138. ORTS BERENGER, E., & GONZALES CUSSAC, J. (2008). *Compendio de Derecho Penal Parte General.* TIRANT LO BLANCH.

139. ORTS BERENGUER, E., & GONSALES CUSSAC, J. (2008). *Compendio de Derecho Penal Parte General.* VALENCIA: TIRANT LO BLANCH.

140. PACHECO OSORIO, P. (1978). *Derecho penal especial, T.III.* BOGOTA: TEMIS.

141. PASTOR MIGUEL, L. (1997). *BIOÉTICA DE LA MANIPULACION EMBRIONARIA HUMANA.*

142. PEREZ KASPARIAN, S. (2006). . *El aborto en el derecho penal mexicano. Una visión bioética, en Estudio de derecho y bioética.* MEXICO: PORRUA.

143. PEREZ LUÑO, A. (1995). *DERECHOS HUMANOS .* MADRID: TECNOS.

144. PEREZ LUÑO, A. E. (2007). *"Los Derechos Fundamentales". Novena Edición.* MADRID: TECNOS.

145. PEREZ VARGAS, V. (1999). *Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona.* BUENOS AIRES : T. II.

146. PERIS RIERA , J. (1996). *LA REGULACION PENAL DE LA MANIPULACION GENETICA EN ESPAÑA.* MADRID.

147. PICO I JUNOY, J. (2012). *"Las Garantías Constitucionales del Proceso".* BARCELONA: LIBRERIA BOSCH S.L.

148. POLAINO NAVARRETE, M. (2010). *Lecciones de derecho penal. Parte Especial. Tomo I.* MADRID: TECNOS.

149. PORTOCARRERO HIDALGO, J. (2003). *Delitos de lesiones", 1° edición.* LIMA: LIBRERIA PORTOCARRERO S.R.L.

150. PRIETO MACIAS, C. (1993). *Reflexiones sobre algunos aspectos de la ejecución de penas privativas de libertad.* MADRID: CDJ.

151. PUIG PEÑA, F. (1946). *Derecho penal contemporáneo. Contestaciones a los programas de las posiciones a la judicatura y al Ministerio Fiscal", Tomo II.* BARCELONA: Imprenta Clarasó.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

152. QUERALT JIMENEZ, J. (1996). *Derecho Penal Español.* BARCELONA.

153. QUISPE CORREA, A. (1995). *Temas Constitucionales.* LIMA: CISNEROS.

154. RAMOS SUYO, J. A. (2011). *Gradúese de Magíster y Doctor en Ciencias Jurídicas". Segunda edición.* LIMA: EDITORA Y LIBRERIA JURIDICA GRIJLEY E.I.R.L.

155. REQUEJO CONDE. (2008). *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal.* GRANADA: COMARES.

156. RIVAS, P. (2005). *El Derecho a la Vida.* LIMA: UNIVERSIDAD DE PIURA.

157. RODRIGUEX VARCARCEL, L. (2001). *PROTECCION JURIDICA DEL NASCITUTUS.* BELGRANO: UNIVERSIDAD DE BELGRANO.

158. RODRIGUEZ DELGADO, J. (2013). *El Tipo Imprudente.* EDITORA Y LIBRERIA JURIDICA GRIJLEY E.I.R.L.

159. RODRIGUEZ DEVESA , J. M., & SERRANO GOMEZ , A. (1995). *Derecho Penal Español. Parte Especial. 18° ed.* MADRID: DYKINSON.

160. RODRIGUEZ, C. C. (1997). *ASPECTOS CIVILES DE LA PROTECCION DEL CONCEBIDO O NACIDO.* CIENCIAS JURIDICAS .

161. ROMEO CASABONA, C. (1994). *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana.* MADRID.

162. ROXIN. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual.* LIMA: GRIJLEY.

163. RUBIO CORREA , M. (s.f.). *El ser humano como persona natural.* LIMA: PUCP.

164. RUBIO CORREA, M. (1999). *Estudio de la Constitución de 1993.*

165. RUIZ MIGUEL, A. (1990). *El Aborto: Problemas Constitucionales. Cuadernos y Debates N° 25.* MADRID: Centro de Estudios Constitucionales.

166. SAIZ, V. H. (2007). *Delitos contra la persona. Delitos contra la vida humana independiente, en Derecho penal. Parte especial 1.* CORDOVA: LEMER.

167. SALINAS SICCHA, R. (2010). *Derecho Penal.* LIMA: EDITORIAL LUSTITIA S.A.C.

168. SAMALL ARAÑA , G. (s.f.). *Los beneficios penitenciarios en el Perú.* TRUJILLO: BGL.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

169. SANCHES BARRAGAN, R. (s.f.). *TRATAMIENTO JURIDICO DEL DERECHO A LA VIDA.*

170. SANCINETTI, M. (1991). *Teoría del delito y disvalor de la acción.* BUENOS AIRES: Hammurabi.

171. SANTILLAN SANTA CRUZ, R. (2014). *La situación jurídica del concebido en el derecho civil peruano: interpretación de la regulación vigente desde una perspectiva histórico-legislativa y teleológica". Primera edición.* LIMA: USAT MOLTIVENSA.

172. SANTOS, T. J. (2011). *Tutela Judicial Efectiva del Nasciturus en el Proceso Civil.* BARCELONA: ATELIER LIBROS.

173. SCALA, J. (2007). *El aborto en preguntas y respuestas.* BUENOS: ENCUENTRO.

174. SCHELLER, M. (1938). *El puesto del hombre en el cosmos.* BUENOS AIRES: LOZADA S.A.

175. SCHUNEMANN, B. (2006). *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio.* LIMA: IDEMSA.

176. SCHWARCZ , R., FESCINA, R., & DUVERGES, C. (2005). *OBSTETRICIA DE SCHWARCZ.* ATENEO.

177. SCHWARCZ, R., FESCINA, R., & DUVERGES, C. (2005). EL ATENEO.

178. SENTENCIA ROL 740. (s.f.). Obtenido de http://constitución.wordpress.com

179. SILVA SANCHEZ, J. M. (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo.* BARCELONA: BOSCH.

180. SOLER, S. (1963). *Derecho penal argentino", Tomo III.* BUENOS AIRES: EDITORA ANGENTINA.

181. TABOADA CORDOVA. (2001). *Lizardo. Elementos de la responsabilidad civil.* LIMA: GRIJLEY.

182. TABOADA CORDOVA, L. (2013). *Elementos de la Responsabilidad Civil.* LIMA: EDITORA Y LIBRERIA JURIDICA GRIJLEY E.I.R.L.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

183. TAMAYO JARAMILLO, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil.* COLOMBIA: EDITORES S.A.

184. TERRAGNI, M. A. (2014). *El Delito Culposo en la Praxis Médica Segunda Edición.* Buenos Aires: Buenos Aires.

185. TEXEIRA DE FREITAS, A. (1983). *Código Civil, Esborgo, I, Ministerio de Justicia.* BRASILIA: IMPRESA NACIONAL.

186. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ECUADOR. (2006). *Resolución de 23 de mayo de 2006, Considerando 10.*

187. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DERECHO A LA VIDA. (s.f.).

188. URQUIZO OLAECHEA, J. (1998). *El bien jurídico.* LIMA: UNMSM.

189. VALENCIA ZEA, A. (1979). *Derecho Civil, T. i, Parte General y Personas, 8° ed.* BOGOTA: TEMIS LIBRERIA.

190. VALVERDE MORANTE, R. (2001). DERECHO GENETICO. LIMA: GRAFICA HORIZONTE S.A. .

191. VASQUEZ SHIMJUKO. (2002). *La vida humana independiente: contenido y límites de su protección jurídico-penal", en Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penales.* GRIJLEY.

192. VASQUEZ, C., & JOSE MARIA. (1994). *TRADICION JURIDICA SOBRE EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA.* ESPAÑA : UNIVERSIDAD SAN PABLO.

193. VIDE SAIZ, V. (2007). *Delitos contra la persona. Delitos contra la vida humana independiente, en Derecho penal. Parte especial 1.* CORDOBA: LERNER.

194. VILLANUEVA FLOREZ, R. (1996). *El Aborto: Un conflicto de Derechos Humanos" en AA.VV.: Derechos Humanos de las Mujeres.* LIMA: MANUELA RAMOS.

195. VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2014). *Derecho Penal – Parte Especial – Vol. I.* LIMA: EDITORA Y LIBRERIA GRIJLEY E.I.R.L.

196. VILLEGAS, G. (2008). *Responsabilidad civil extracontractual y delito. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho.* LIMA: UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

MARCOS, FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA - UNIDAD DE POSTGRADO.

197. YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual.* MADRID: DYKINSON.

198. ZAFFARONI, E. R. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte general.* BUENOS AIRES.

199. ZANNONI, E. (1978). *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina.* BUENOS AIRES: ASTREA.

200. ZIELINSKI, D. (1990). *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito.* BUENOS AIRES: HAMMURABI.

201. ZUGALDIA ESPINAR, J., & MARIN DE ESPINOZA CEBALLOS, E. (2011). *Derecho penal. Parte Especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra la persona, 3° ed.* VALENCIA: TIRANT BLANCH.

202. ZUGALDIA ESPINAR, J., & MARIN DE ESPINOZA CEBALLOS, E. (2011). *Derecho Penal. Parte Especial". Un estudio a través del Sistema de casos resueltos. Tomo I. Delitos contra la persona. 3° ed.* VALENCIA: TIRANT LO BLANCH.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

ANEXO N° 02
MATRIZ DE TABULACIÓN

INDICADOR	CASO N° 110-2013		Caso N° 121-2009		CASO N° 191-2009		CASO N° 245-2012		CASO N° 357-2013		CASO N° 1039-2010		TOTAL	
	SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO
Concepto del Derecho a la Vida		1		1		1		1	1		1		2(33.3%)	4(66.7%)
La Defensa de la Vida Humana	1		1			1		1	1		1		4(66.7%)	2(33.3%)
La Vida Humana Dependiente		1		1		1		1		1		1	0(0.0%)	6(100%)
La Dignidad Humana		1		1		1		1		1		1	0(0.0%)	6(100%)
Concepto del Derecho a la Salud		1		1		1		1		1		1	0(0.0%)	6(100%)
Clasificación Jurídica de las Lesiones		1		1		1		1		1		1	0(0.0%)	6(100%)
Valoración médica del daño causado en la salud del ser humano		1		1		1		1		1		1	0(0.0%)	6(100%)
Definición de Negligencia Médica		1		1		1		1		1		1	0(0.0%)	6(100%)
Concepto de Aborto		1		1		1		1		1		1	0(0.0%)	6(100%)
La Culpa		1	1		1			1		1	1		3(50.0%)	3(50.0%)
El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva		1		1		1		1		1		1	0(0.0%)	6(100%)
Mecanismos de Protección de la Vida por Nacer		1		1		1		1		1		1	0(0.0%)	6(100%)

Fuente: Elaboración propia.

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

INTERPRETACIÓN:

La tabla anterior muestra los resultados obtenidos, luego de haber respondido cada una de las preguntas formuladas en la ficha de observación documental, en cada uno de los casos denunciados ante las Fiscalías de Wanchaq del distrito Fiscal Cusco por atentados contra la vida y la salud del concebido durante el período 2012-2013, la cual ha permitido comprobar la hipótesis planteada en la Investigación, es decir, que no existen mecanismos de protección de los derechos a la vida y salud del concebido frente a casos de negligencia médica; situación que contraviene lo previsto en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, que señala que: “Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (…)” y que evidencia el tratamiento discriminatorio que existe en nuestro ordenamiento jurídico, respecto de los derechos del concebido.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ANEXO N° 3
CUADRO RESUMEN DE LOS CASOS DENUNCIADOS ANTE LAS FISCALÍAS DE WANCHAQ – DISTRITO FISCAL CUSCO POR ATENTADOS CONTRA LA VIDA Y SALUD DEL CONCEBIDO EN EL PERÍODO 2012-2013

CASO O EXPEDIENTE	FUNDAMENTO
CARPETA FISCAL N° 1309-2010 **EXPEDIENTE N° 1242-2011**	**1) PRIMERA INSTANCIA:** Que en consecuencia, los hechos probados en juicio oral como se ha referido antes, se subsumen en la previsión normativa del artículo 111° segundo párrafo del Código Penal, en el sentido que en juicio se ha acreditado que los acusados Wilfredo Modesto Villamonte Calancha, Roger Bernardo Salinas Estrada y Olga Bernardina Torres de Morales son responsables del delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de Homicidio, sub tipo Homicidio Culposo. Primero se debe indicar que el bien jurídico protegido en el delito de Homicidio Culposo es la vida humana independiente, entendida desde la perspectiva natural y biológica. Esto es, se pretende proteger la vida de la persona, la misma que comprende según nuestra sistemática desde el momento del parto hasta la muerte de aquella. En la doctrina nacional, las opiniones están compartidas y no existe unanimidad con respecto a la determinación misma del momento del parto, coexistiendo tres grandes posiciones sobre el tema: En primer lugar, hallamos la opinión de Bramont-Arias/García Cantizano, quienes han sostenido que para la determinación del comienzo de la vida humana independiente debe adoptarse el criterio de la percepción visual, entendida ésta "como la posibilidad de apreciar en la fase de expulsión el feto, una vez que comienza a salir del claustro materno". Así, según opinión de estos autores, el parto se producirá con el comienzo de la expulsión y, por lo tanto, será constitutiva de homicidio la conducta de aquél que asfixia al infante que y ha sacado la cabeza por la cavidad vaginal, sin necesidad de que éste haya salido completamente (…); Otra posición elaborada respecto al momento de inicio de la vida humana independiente está representada por la opinión de Roy Freyre, quien afirma que la frase "durante el parto" debe entenderse como "durante el nacimiento", el mismo que comienza "cuando una parte del cuerpo del infante se asoma al exterior, terminando en el instante en que el niño ha sido totalmente expulsado del claustro materno". El texto codificado continúa no se resiente en manera alguna con esta clase de interpretación, por lo que, nos reafirmamos en señalar: el nacimiento es el momento más importante del parto" (….) Como puede advertirse, en la opinión de este autor, no es necesaria la posibilidad de apreciar visualmente al infante, sino que es suficiente que una parte de su cuerpo se asome al exterior; y una tercera opinión es la mantenida por Hurtado Pozo, quien afirma que la protección jurídico-penal de la vida humana independiente tiene lugar desde el momento del parto, el mismo que comienza "con las contracciones del útero que involuntarias y rítmicas, al inicio, se hacen más vigorosas, insistentes y frecuentes hasta la expulsión del nuevo ser". Este autor parte, pues, de un concepto elaborado por la ciencia médica en la que se distinguen hasta tres

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	períodos que comprenden el parto, etapa de dilatación del cuello uterino, etapa de expulsión o del nacimiento y período placentario o alumbramiento. Se observa, entonces, que en esta tesis el límite mínimo de la protección jurídico-penal de la vida humana independiente viene determinado por un concepto extraído de la Medicina (…), posición que es la más aceptada. Por su parte Ramiro Salinas Siccha indica que "en la ciencia médica, se entiende por parto a la función fisiológica natural mediante el cual el producto del embarazo es expulsado del vientre materno al mundo exterior. Ello significa que se inicia desde el momento que la gestante comienza a sentir intensos dolores que avisan el inminente nacimiento y finaliza cundo es totalmente expulsado al exterior el nuevo individuo". De todo esto se determina que en el presente caso nos estamos refiriendo a una vida humana independiente. Por otra parte, el autor Roy Freyre define el Homicidio Culposo como "la muerte producida por el agente al no haber previsto el posible resultado antijurídico de su conducta, siempre que debiera haberlo previsto y dicha previsión era posible (homicidio por culpa inconsciente), o habiéndole previsto confía sin fundamento en que no se producirá el resultado letal que el actor se representa (culpa consciente)". Asimismo, Salinas Siccha señala que, "El delito se perfecciona cuando el sujeto activo ocasiona la muerte del sujeto pasivo por haber obrado culposamente. El agente obra por culpa cuando produce un resultado dañoso al haber actuado con falta de previsión, prudencia o precaución, habiendo sido el resultado previsible o, previéndole, confía en poder evitarlo, con relación a este punto la muerte del Feto Tunquipa Espejo se encuentra corroborada con el Protocolo de Necropsia N° 329-2010 de fecha 24 de setiembre del 2010, en el que indica que el óbito murió de Asfixia por Aspiración y Edema Cerebral. Asimismo, entre las conclusiones del Protocolo de Necropsia indica que se encontró Acrocianosis Severa, Secreción Multiviceral, Luz Traqueal con contenido y signos de Edema Cerebral". Asimismo, para que se configure este tipo penal es necesario que las conductas de los agentes afecten el deber del objetivo de cuidado; el comportamiento de los agentes deben vulnerar el deber objetivo de cuidado (elemento fundamental en los delitos culposos, destacado por vez primera en 1930 por el alemán Engisch) que le exige la ley. Por "deber de cuidado" debe entenderse aquel que se exige al agente que renuncie a un comportamiento peligroso, con la finalidad de evitar poner en peligro o lesionar bienes jurídicos protegidos. Asimismo, en términos jurisprudenciales, "se entiende por deber objetivo de cuidado al conjunto de reglas que debe observar el agente mientras desarrolla una actividad concreta a título de profesión, ocupación o industria, por ser elemental y ostensible en cada caso como indicadores de pericia, destreza o prudencia (…)". A efectos de configurarse la infracción del deber objetivo de cuidado se requiere que el agente esté en posición de garante respecto de la víctima, en el presente caso, los acusados Wilfredo Modesto Villamonte Calancha, Roger Bernardo Salinas Estrada y Olga Bernardina Torres de Morales se encontraban en posición de garantes respecto de la paciente Flor de María Espejo Salazar y el Feto Tunquipa Espejo. Para mejor entendimiento este término es entendido "como deber de realizar acciones de salvamento y protección para evitar su lesión o puesta en peligro, por situarse el bien jurídico en una relación de dependencia respecto a quien ostente dicho deber";

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

entonces los acusados se encontraban en posición de garante respecto de la paciente y del Feto Tunquipa Espejo , debido a que atendieron en distintos momentos durante las casi 40 horas que está estuvo internada en el hospital antes de ser intervenida quirúrgicamente (cesárea) por el médico Cusirimay Quehuarucho, cuando el feto ya había fallecido, debiendo advertirse que los acusados tienen conocimiento por la labor que desarrollan, que el riesgo de muerte fetal aumenta de forma progresiva y constante día a día a partir de las 41 semanas; sin embargo, confiaron en que no se produciría la muerte del feto, generando con ello el incumplimiento de un deber de cuidado, siendo que por su profesión de médicos ginecólogos y obstetra, pudieron y debieron prever, tratándose la paciente Flor de María Espejo Salazar de una gestante con 41 ½ semanas, es decir de un "Embarazo en Vías de Prolongación", que es entendido como el incremento de la morbimortalidad perinatal de dos a siete veces para embarazos entre 41 a 42 semanas, y de la morbilidad materna, la cual está asociada a la necesidad de inducir el parto, a la realización de una cesárea o al trauma que pueda presentarse en el momento del parto. Asimismo, las complicaciones del embarazo en vía de prolongación son:

- Muerte Fetal: El riesgo de muerte fetal después del término de la gestación aumenta en la semana 41° (OR=1,48:IC95%, 13-1,95) y en la 42° semana (OR=1,77;IC95%=1,22-1,56) comparándose con la semana 40.
- Macrosomia Fetal: En gestaciones simples de bajo riesgo a término, se analizaron los resultados perinatales semana a semana desde las 37° a la 41°. En comparación con los nacidos a la 39° semana, el riesgo de macrosomia fetal fue mayor a la de 40° y 41 semanas.
- Lesión Traumática Neonatal (fractura de clavícula) asociada a la macrosomia a la 40° semana (OR=1,11; IC95%=1,91-2,35) y a la semana 41° (OR=1,27; IC95%=1,17-1,37).
- Síndrome de aspiración meconial: (SALAM) a la 40° (OR=1,55:IC95%=1,43-1,69-2,35) y 41° semanas (OR=2,12:IC95%=1,92-2,35) en comparación con los nacidos a las 39° semanas.

Asimismo, los principales cambios se relacionan con la placenta, el feto y el líquido amniótico, ya que éste último sufre una disminución desde la semana 37-38, cuando hay aproximadamente 1,000 cc., en el embarazo de 40 semanas hay 800cc, 480cc en la semana 42, 250 cc en la semana 43 y 160 cc en la semana 44 y se correlaciona con la disminución de los movimientos fetales y esto puede ser el primero y único indicio de un oligoamnios. A medida que el líquido amniótico disminuye se puede presentar desaceleraciones de la frecuencia cardiaca fetal y registros electrónicos no reactivos: en el caso en los cuales el líquido amniótico se conserva cerca a la normal, hay poco riesgo de afección fetal.

Por otra parte, Fontan Balestra indica que el deber de cuidado se origina de fuentes diversas como los reglamentos de tránsito, de deporte, de hospitales. En el caso concreto, el deber de cuidado se originó ante el incumplimiento de las Normas para la Atención del Paciente en los Servicios de Emergencia de Essalud Directiva N° 002-GG-Essañid-2001 y la Norma Técnica de Salud para la Gestión de la Historia Clínica NTS N° 022-MINSA/DGSP.V.02. Por consiguiente

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	los acusados Wilfredo Modesto Villamonte Calancha, Roger Bernardo Salinas Estrada y Olga Bernardina Torres de Morales violaron el deber objetivo de cuidado ya que incumplieron las normas antes mencionadas y producto de ello se dio un resultado típico imputable objetivamente a los autores por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante. De otro lado, con relación al elemento subjetivo, los acusados actuaron de forma culposa, debiendo entenderse ésta como la acción que realiza mediante negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de los reglamentos o deberes de cargo. En el presente caso los acusados actuaron en forma negligente, que significa "cuando el agente no toma las debidas precauciones y prudencia en su accionar. Obra negligentemente quien omite realizar un acto que la prudencia aconseja realizar. En la negligencia hay un defecto de acción y un defecto de la previsión del resultado". En el presente caso con relación al acusado Wilfredo Modesto Villamonte Calanche su actuar fue negligente debido a que en las dos ocasiones que atendió a la paciente, es decir el 21 y 23 de setiembre del 2010 cuando la paciente se encontraba hospitalizada y pese a que ésta presentaba desde el 20 de setiembre dinámica uterina (según el Informe de Auditoría) sólo dispuso la realización del monitoreo obstétrico fetal; sin tomar en cuenta que la paciente tenía un Embarazo en Vías de Prolongación, asimismo, el acusado no presentó durante la atención un plan de trabajo integral a seguir, ni la realización de otros exámenes de ayuda diagnóstica o interconsultas, ni dispuso la realización de otras pruebas de monitoreo fetal (perfil biofísico fetal, perfil biofísico fetal modificado, valoración ecográfica umbilicales) y tampoco consideró determinar la interrupción oportuna de la gestación por la edad gestacional de la paciente. La conducta negligente con relación al acusado Roger Bernardo Salinas Estrada fue cuando en fecha 22 de setiembre del 2010 a horas 07:57 cuando Flor de María Espejo Salazar se encontraba hospitalizada, dispuso únicamente se cumpla con la realización de monitoreo fetal (NST), por lo que se procedió a la realización del test no estresante (prueba considerada en el monitoreo fetal); la Norma Técnica de Salud para la Gestión de la Historia Clínica considera que el plan de trabajo debe incluir exámenes de ayuda diagnóstica, procedimientos de médico-quirúrgicos e interconsultas tampoco dispuso la realización de otras pruebas de monitoreo fetal (perfil biofísico fetal, perfil biofísico fetal modificado, valoración ecográfica del líquido amniótico, estimación de peso fetal o dopper de vasos umbilicales); además en aquel momento no se procedió con la interrupción oportuna de la gestación ni presentar un plan de trabajo integral a seguir pese a que Flor de María Espejo Salazar tenía 41 ½ de embarazo; asimismo en el Certificado Médico Legal N° 004651-PF-AR practicada a Flor de María Espejo Salazar en las conclusiones indica "No se realizó una atención médica ginecológica adecuada, oportuna y diligente pese a que la paciente estuvo hospitalizada por más de 40 horas antes de producirse la muerte fetal y teniendo factores de riesgo como período intergenésico y embarazo en vías de prolongación entre otros". Además indica, "llama la atención que estando la paciente hospitalizada en un Hospital Nivel III de Essalud, se haya tenido una actitud pasiva, sin realizar ningún procedimiento médico ginecológico para terminar la gestación sin causar daño al producto". La conducta negligente con relación a la acusada Olga Bernardina Torres de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	Morales se encuentra cuando atendió a la gestante el 23 de setiembre de 2010 a las 09:54 horas en el Centro Obstétrico; ocasión en la que se interpretó de manera inapropiada el test no estresante aplicado a Flor de María Espejo Salazar, en dicha ocasión fue calificada por la acusada con una puntuación de 7/10 como feto hipoactivo – hipo – reactivo, cuando no presentaba aceleraciones o variabilidad en el registro tocográfico, y que al haber sido observado ello en la pantalla del monitor por ésta, correspondía una puntuación menor, debiendo haber sido considerado como patrón no reactivo (anormal), lo que determinó que la acusada proceda a realizar sin sustento ni determinación médica alguna el test estresante que favoreció los acontecimientos del Feto Tunquipa Espejo, asimismo, se debe tener en cuenta que en el Certificado Médico Legal N° 004651-PF-AR practicado a Flor de María Espejo Salazar indica "no existe congruencia entre el informe dado por el personal de obstetricia y el informe médico en cuanto a que el 23 de setiembre a 10 horas los médicos indican que al observar en el monitor de la pantalla observan caída de latidos fetales; sin embargo el personal de obstetricia informa en esa misma fecha a horas 11.19 se comunica a médico: NO L FETALES", asimismo entre las conclusiones de éste mismo documento indica, "llama la atención que los signos fetales registrados no sean congruentes con los hallazgos del óbito compatibles con sufrimiento fetal agudo". Por todo lo anteriormente mencionado, se concluye que los acusados Wilfredo Modesto Villamonte Calancha, Roger Bernardo Salinas Estrada y Olga Bernardina Torres de Morales no tuvieron el cuidado suficiente como así les exige la función que desarrollan en un establecimiento de salud para propender al florecimiento de una vida, permitiendo que muera por negligencia, no tomando las precauciones que el caso requería. Es necesario hacer mención acerca del Informe de Auditoría Médica N° 07-CAM-DHNAGV-GRACU-ESSALUD-2011, debido a que dicho medio probatorio fue cuestionado por los acusados y el tercero civilmente responsable; sin embargo se debe tomar en cuenta que éste medio probatorio se encuentra admitido entre los medios probatorios documentales, asimismo, si bien es cierto que se quiso cuestionar su validez en sede administrativa con diversos documentos como la Carta N° 687-DHNAGV-GRACU-ESSALUD-2012 de fecha 14 de agosto de 2012 pero no existe una Resolución o documentos correspondientes que den respuesta al pedido de nulidad o la no validez emitida por el órgano competente, ya que solo existen documentos emitidos por diversos funcionarios que solicitan la nulidad o la no validez de dicho informe; además según el artículo 158° del Código Procesal Penal para la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, por otra parte con relación a la calidad de los emitentes del informe de auditoría, se trata de profesionales que cumplen con los requisitos exigidos para realizar dicha labor, entre ellos la experiencia mínima exigida así como la capacitación que deben tener, señalando además que para ser médico auditor no se requiere ser de la especialidad; finalmente se debe tener en cuenta que el contenido de este medio probatorio coincide con el Protocolo de Necropsia y el Certificado Médico Legal. Asimismo, con relación a la agravante cuando el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de profesión, ocupación o industria se debe

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	indicar que como se indicó líneas arriba los acusados Wilfredo Modesto Villamonte Calanche, Roger Bernardo Salinas Estrada y Olga Bernardina Torres de Morales incumplieron las Normas Técnicas de Salud para la Gestión de la Historia Clínica NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02; las Normas para la Atención del Paciente en los Servicios de Emergencia de EsSalud Directiva N° 002-GG-EsSalud-2001 y la Norma Técnica de Salud para la Gestión de la Historia Clínica NTS N° 022-MINSA/DGSP.V.02. Finalmente, confluyen los otros elementos del delito, así en lo que respecta a la antijuricidad, no concurren causas de justificación alguna contempladas por ley, y tampoco se ha invocado alguna; de otro lado no se ha invocado causal de inimputabilidad y por inmediación en el juicio oral, se ha apreciado que los acusados gozan de todas sus facultades psíquicas y mentales; por todo lo cual se concluye por la condena de los acusados Wilfredo Modesto Villamonte Calancha, Roger Bernardo Salinas Estrada y Olga Bernardina Torres de Morales.
	2) SEGUNDA INSTANCIA: Previo al análisis de fondo el Colegiado debe pronunciarse si el Informe de Auditoría Médica de Essalud N° 02 del Comité de Auditoría Médica de Essalud (folios 132 de la carpeta fiscal) y el informe de Auditoria Médica N° 07 del Comité de Auditoría Médica de Essalud (folios 397 de la carpeta fiscal) deben ser excluidos o no como medio de prueba. Al respecto: a) Los Informes de auditoría médica aludidos han sido analizados como medio de prueba por el Juez Unipersonal que emitió la sentencia, bajo el argumento de que no existía una Resolución que declare su invalidez. b) Se ha admitido en esta instancia como medio de prueba nueva la Resolución de Gerencia de la Red Asistencial Cusco sin número de fecha 04 de enero del 2013, que declara la nulidad de las auditorías médicas N° 02 y 07-CAM-DHNAGV-GRACU-ESSALUD-2011 y Dispone la elaboración de una nueva Auditoría del caso de la Historia Clínica de la paciente Flor de María Espejo Salazar, con el fundamento de que los informes aludidos no contaron con la aprobación de la Gerencia como lo dispone la Directiva de Auditoría Médica. c) El art. VIII del Título Preliminar y 155.2 del CPP, prevén la legitimidad de la prueba y su exclusión como prueba cuando no sean pertinentes y las prohibidas por ley; es más el art. 159° de la misma normativa prohíbe al juzgador utilizar directa o indirectamente los medios de prueba obtenidos con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. d) En el caso de autos las auditorías médicas han sido declaradas nulas sustentado en la finalidad de protección y defensa de la legalidad administrativa y los derechos subjetivos de los administrados, lo que significa que a la fecha las mencionadas auditorias no tendrían existencia ni vigencia, al haber sido anuladas y han sido eliminadas del tráfico jurídico en el procedimiento administrativo llevado a cabo por la Comisión de Auditoría Médica. Por tanto, al no existir legalmente dichas auditorías, no pueden ser analizadas como medio probatorio. Luego, para iniciar el análisis de fondo, es menester también dar cuenta de la aplicación del principio de correlación entre acusación y sencia, y en ese entender los cargos factuales atribuidos por el Ministerio Público a los imputados son los que van a ser materia de pronunciamiento por el órgano Judicial. Igualmente, es regla de deliberación lo previsto en el art. 425° del CPP,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	en tanto el órgano revisor no puede dar valor diferente a la prueba personal actuada en juicio oral; sin embargo si puede valorar la prueba actuada en audiencia de apelación; igualmente la prueba pericial y la prueba personal actuada en juicio oral pero no considerada en la sentencia. Dando inicio a la revisión del caso, también es necesario realizar algunos apuntes dogmáticos sobre los delitos culposos y en concreto el homicidio culposo. Así tenemos que: a) La configuración normativa de la culpa ha sido vista por la doctrina primero como una infracción del deber objetivo de cuidado que a través de un nexo de antijuricidad produce un resultado lesivo. Luego, al recepcionarse la teoría de la imputación objetiva surge la concepción de la infracción al deber objetivo de cuidado con los postulados de la teoría de la imputación objetiva surge la concepción de la infracción al deber objetivo de cuidado con los postulados de la teoría de la imputación objetiva. Por tanto, en la culpa lo que se imputa al autor es el conocimiento sobre la posible lesividad de la conducta y el criterio de evitabilidad de la lesión. Ahora bien, ¿cuál es el criterio para la determinación del conocimiento culposo?. Mayoritariamente la doctrina ha tomado como parámetro las capacidades individuales del autor en el momento de la conducta. El delito de homicidio culposo, está tipificado como la muerte que se ocasiona a una persona por culpa. En ese entender son elementos del tipo: una acción u omisión directa del agente; que la conducta sea por negligencia, impericia o imprudencia; que se produzca el resultado muerte de la persona, que entre la acción u omisión del agente y el resultado muerte existe un nexo causal. Así, la siguiente Ejecutoria Suprema nos dice: “En el homicidio culposo se requiere que la conducta del inculpado origine la muerte de la víctima, debiendo existir un nexo de causalidad entre la conducta culposa y la muerte. En caso de no existir dicho nexo corresponde absolver al inculpado”. Bajo este parámetro dogmático y normativo, pasamos a analizar el caso concreto y así tenemos que el Ministerio Público ha establecido como hechos que generan la responsabilidad médica de los imputados los siguientes: a) Que Flor de María Espejo Salazar ingresó al hospital Essalud del Cusco en buenas condiciones, habiéndose dispuesto su hospitalización, ya que en la historia clínica se determinó un tiempo de gestación de 41 ½ semanas. Para sustentar este hecho valora el examen pericial de la médico legista Leticia Hermoza. Ahora bien, revisado tanto el reconocimiento médico legal N° 004651 (folios 63 de la carpeta fiscal) y oído el examen de la perito en juicio oral advierte que lo señalado por ella es lo siguiente: que el feto se encontraba a término y era un embarazo con vías de prolongación con factores de riesgo porque de la Historia Clínica aparece 41 ½ semanas de gestación. Sin embargo, revisada la Historia Clínica conforme aparece a folios 18 la paciente al ingresar al Hospital ha dado cuenta de 41 semanas de gestación. Con esta información se comienza su atención. Por su parte, al prestar declaración el médico Wilfredo Villamonte ante esta instancia ha señalado que la edad gestacional es normal entre las 37-42 semanas. Esta misma afirmación la ha realizado también el médico Roger Salinas Estrada, señalando que un embarazo de 41 semanas de acuerdo a la doctrina no es de riesgo, sino a partir de las 42 semanas de gestación. Por su parte el testigo médico Edgar Cusirimay (quien hizo la intervención cesárea a

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	la paciente), refiere que no existía diagnóstico de embarazo prolongado el que se considera a más de 42 semanas, lo cual también es corroborado por la médico Tania Mercado. El Colegiado ha revisado algunas guías y doctrina médica al respecto en las que también se determina que el embarazo prolongado es el que se extiende más allá de 42 semanas de gestación. Por tanto, podemos concluir que en el caso de la paciente Flor de María Espejo al tener 41 semanas o 41 ½ semanas de gestación no se trataba de un embarazo prolongado, sino en vías de prolongación. El Fiscal señala que los médicos Wilfredo Villamonte Calanche y Roger Salinas Estrada, atendieron a la paciente Flor de María Espejo los días 21 de setiembre de 2010 y 22 de setiembre de 2010 , y no presentaron un plan de trabajo integral (como es la realización de pruebas de ayuda diagnóstica como perfil biofísico fetal, perfil biofísico fetal modificado, valoración ecográfica de líquido amniótico, estimación de peso fetal o doppler de vasos umbilicales), y tampoco una interconsulta; todo ello para determinar la interrupción de la gestación. Sustenta éste cargo en lo consignado por la médico legista Leticia Hermoza en el Certificado Médico Legal N° 4651 y lo expuesto en el examen pericial. Revisado el Certificado Médico Legal y oído el examen pericial en juicio oral, aparece que la médica legista señala que no se realizó ningún procedimiento de acuerdo al protocolo de atención de pacientes con diagnóstico de gestación de más de 40 semanas de embarazo y sin trabajo de parto. Afirma en el examen pericial que no hubo atención médica oportuna por los factores de riesgo del embarazo en vías de prolongación y que un diagnóstico adecuado con ecografía, antecedentes obstétricos, determinación de edad gestacional, evaluación de placenta, vitalidad fetal, hubieran permitido un mejor tratamiento; establece que en la historia clínica aparece un adecuado control de latidos y la madre con funciones adecuadas. Por su parte, sobre éste hecho los imputados han referido: Roger Salinas en el sentido de que el día 21 de setiembre del 2010 la paciente ingresó por emergencia y fue el médico Wilfredo Villamonte quien ordenó la hospitalización de la paciente y dispuso el monitoreo fetal del bebé porque no había trabajo de parto. Que él la revisó el 22 de setiembre al salir de su turno médico (07:30 horas) y la paciente no estaba en trabajo de parto y el monitoreo fetal ordenado revelaba condiciones normales del feto. Que durante el día 22 de setiembre al salir de su turno médico (07:30 horas) y la paciente no estaba en trabajo de parto y el monitoreo fetal ordenado revelaba condiciones normales del feto. Que durante el día 22 de setiembre no aparece atención médica alguna en la paciente por el médico de turno, lo cual no es normal, porque el médico debió evaluarla y se subió la paciente a hospitalización sin indicación médica. Por su parte Wilfredo Villamonte Calancha señala que atendió a la paciente el 21 de setiembre a las 20:00 horas y que dispuso lo que se hace todos los días en el hospital, esto es, que se hospitalice a la gestante para su evaluación constante y se haga el monitoreo cardíaco fetal, y que no dispuso el término de la gestación porque el bebé se encontraba bien; que eran las ocho de la noche y había otras pacientes. Que la interrupción del embarazo por cesárea se dispone cuando existe una situación que contraindique el parto. Que volvió

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	a ver a la paciente el día 23 de setiembre a las 08:30 de la mañana al ingresar a turno de hospitalización y dispuso la realización de un test no estresante, un test estresante e inducción de parto, lo cual se realiza en el centro obstétrico que está bajo la atención de un médico de guardia quien debe evaluar dichas pruebas. Ahora bien, en cuanto al imputado Villamonte, se tiene que conforme al auto de enjuiciamiento que transcribe los cargos, se le imputa únicamente como negligente su actuación del día 21 de setiembre; por lo que solamente es respecto de esta conducta que el Colegiado va a pronunciarse. Al prestar su declaración el médico Edgar Cusirimay ha señalado que los protocolos se han cumplido y que lo que hizo todo el personal fue correcto, y que se dan situaciones fortuitas, pero que no existía diagnóstico de embarazo prolongado. La testigo médica Tania Mercado ha indicado que el día 23 de setiembre se hizo el examen previo a la paciente que Wilfredo Villamonte controló latidos y no existía trabajo de parto y tampoco la paciente dijo que tenía contracciones. Que se dispuso el test no estresante y tampoco la paciente dijo que tenía contracciones. Que se dispuso el test no estresante y estresante y decidieron interrumpir el embarazo ese día porque no la vieron días antes. Que el médico vio en ese momento la ecografía de la paciente que señalaba 38 semanas de gestación y por ello no era necesario otra prueba; siendo la actuación del médico correcta. Acudiendo nuevamente al protocolo y guías médicas del Instituto Nacional Materno Infantil del Ministerio de Salud y la Guía de Práctica Clínica del Hospital Nacional Rebagliati de Essalud se puede advertir que frente a un diagnóstico de embarazo en vías de prolongación, como el caso de autos, se debe proceder a la hospitalización de la paciente para evaluar el bienestar fetal (añade incluso vigilancia fetal hasta las 42 semanas, esperando inicio de trabajo de parto y debe realizarse: toma de presión arterial, frecuencia cardíaca fetal, recuento de movimientos fetales, estimación cuantitativa de LA; test no estresante cada 24 horas si es reactivo y si es no reactivo repetir cada 12 horas y efectuar test estresante), y luego terminar la gestación por parto vaginal con inducción de parto o por cesárea si las pruebas de bienestar fetal indican compromiso fetal. Ahora bien, que es lo que realizaron los médicos imputados? Según la Historia Clínica de Flor de María Espejo Salazar, el médico Wilfredo Villamonte a las 20:00 horas del 21 de setiembre del 2010 consignó en la hoja de notas de evolución, según lo referido por la paciente, gestación de 41 semanas (folios 18) y dispuso la hospitalización de la misma y la realización del monitoreo obstétrico fetal. El médico Roger Salinas el 22 de setiembre en la mñana realiza ascultación de latidos cardio fetales (CML folios 63), retirándose de su guardia, por lo que la lógica no dice que correspondía al médico que ingresaba de guardia a las 08 horas del 22 de setiembre continuar con la evaluación de la paciente tomando en consideración los monitoreos que se realizaron durante el día, y definir si correspondía o no interrumpir el embarazo, lo que al parecer no se ha hecho, ya que en la historia clínica no aparece atención médica por el médico de turno a la paciente Flor de María Espejo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

	Son dos aspectos importantes que no se puede dejar de advertir y que se ha desprendido del debate en la audiencia: primero que el Hospital del Seguro Social Cusco tiene un régimen de atención al paciente de forma rotativa, es decir, que no es un solo médico que tiene a su cargo a la paciente, sino que se van alternando según turnos, plasmando en la historia clínica la labor realizada para ser analizado por el siguiente médico; y lo segundo es que la paciente Flor de María Espejo Salazar, pese a ser asegurada en Essalud no se hizo los controles de embarazo en dicho hospital, sino ante un médico particular, hasta el 13 de setiembre de 2010 en que acudió al Hospital, es decir, pocos días antes de ser hospitalizada, lo que obviamente no ha permitido tener a la vista dichos controles que resultaban importantes al momento de ser atendida y fue únicamente a través del criterio de última regla que se consideró el tiempo de gestación. Por tanto, la actuación de los médicos Salinas y Villamonte los días 21 y 22 de setiembre del 2010 se habría producido dentro de los marcos de lo comúnmente realizado en el Hospital y con lo mínimo necesario dispuesto en los protocolos médicos para evaluar un embarazo en vías de prolongación, considerando que la madre y el bebé no presentaban riesgo al momento de ser atendidos. Acusa el Fiscal a la obstetriz Olga Torres al haber atendido el día 23 de setiembre a la paciente Flor de María Espejo en el centro obstétrico y que habría interpretado de manera inapropiada el test no estresante, iniciando sin sustento ni determinación médica el test estresante, lo que favoreció el fallecimiento del feto Tunquipa Espejo. Respecto de la mencionada imputada, el Reconocimiento Médico Legal N° 4651 refiere no existe congruencia entre el informe dado por el personal de obstetricia y el informe médico en cuanto a que el 23-09-2010 los médicos indican que observaron en el monitor la caída de latidos fetales, sin embargo el personal de obstetricia informa en esa misma fecha a las 11:19 no latidos fetales. En su declaración en la audiencia de apelación la imputada ha señalado que la paciente llegó para que se realice un test no estresante, un test estresante e inducción a parto. El primer test lo hizo en 30 minutos y al hacer la lectura el feto se encontraba dentro del parámetro mínimo normal como hipoactivo e hiporeactivo; luego hizo la segundo prueba que duró hasta las 10:30 que llamó al médico para la evaluación del test, pero el médico Edgar Cusirimay estaba operando, por lo que se comunicó con la doctora Guerra en emergencia manifestándole un test estresante positivo, pero que no vino de inmediato; y a las 10:45 horas llegó el médico Cusirimay advirtiendo de la gravedad del caso disponiendo de inmediato una intervención por cesárea, retirando a la paciente hacia otro ambiente para prepararla para la intervención. Por su parte el médico Edgar Cusirimay, al declarar ha señalado que el 23 de setiembre se encontraba de turno en el centro obstétrico y que hasta las 10:45 se encontraba operando por lo que no recibió ninguna llamada de la obstetriz que al ingresar al centro obstétrico advirtió un test estresante positivo, lo que significa que la función placentaria era insuficiente y por ello decide hacer una cesárea porque la paciente no hacía trabajo de parto. Que hizo una junta médica con la Dra. Guerra. Que el centro quirúrgico estaba ocupado y otro

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

	centro debía abrirse. Refiere con relación a la obstetriz que actuó dentro de los protocolos. Es decir, en este caso concreto la perito Leticia Hermoza no ha referido ni en el reconocimiento médico legal, ni en el examen de peritos que haya existido una indebida interpretación del test no estresante por parte de la obstetriz Olga Torres, y contrariamente el médico a cargo del centro obstétrico el día 23 de setiembre refiere que la conducta de la imputada estuvo dentro del protocolo médico; por lo que no existe ninguna prueba que apoye la tesis incriminatoria del Fiscal. Es de señalar que tanto la agraviada como el Fiscal han referido que la obstetriz Olga Torres habría maltratado a la paciente Flor de María Espejo Salazar; sin embargo, esta conducta de haberse dado, por sí misma no puede llevar a concluir que se hubiera producido una errónea interpretación del test no estresante; sino en todo caso constituye una falta que no corresponde ser analizada en este proceso. Finalmente, la Fiscalía propone en su tesis acusatoria que producto de la mala atención médica de la paciente Flor de María Espejo se habría producido la muerte del feto Tunquipa Espejo. El Fiscal sustenta este cargo con lo expuesto en el protocolo de necropsia, el reconocimiento médico legal y el examen de la perito Leticia Hermoza. Ahora bien, el protocolo de necropsia ha encontrado en el feto acrocianosis severa, secreción sanguinolenta y verdosa en algunos segmentos anatómicos, congestión multivisceral, luz traqueal con contenido y signos de edema cerebral; señalado que la causa de la muerte del feto Tunquipa Espejo es una asfixia por aspiración y edema cerebral, siendo que los agentes causantes se encuentran en estudio. A la escucha del examen pericial de la médico legista ha explicado que la causa de la muerte es una hipoxia intra útero cuyas causas pueden ser problemas maternos, fetales o placentarios. Que el edema cerebral es una respuesta a procesos inflamatorios o mala respiración, que la asfixia se debe a no haber oxígeno adecuado en el feto, y podría ser porque la placenta ya no tiene reserva de oxígeno: que una placenta podría encontrarse envejecida por el tiempo prolongado del embarazo mayor de 40 semanas. Que respecto del feto hubo sufrimiento fetal. Revisada la Historia Clínica de Flor de María Espejo Salazar, se advierte a folios 20 la junta médica realizada el 23 de setiembre de 2010, a las 11:00 horas, de la que se desprende el diagnóstico de sufrimiento fetal agudo. En su momento, el médico Wilfredo Villamonte en su declaración ha señalado que el sufrimiento fetal agudo se produce en minutos. Por su parte el médico Edgar Cusirimay indica con relación al caso concreto que se da sufrimiento fetal agudo cuando el feto no recibe oxígeno y entra en deficiencia, lo cual se presenta en el momento y no como consecuencia de un proceso largo. Por su parte la médico Tania Mercado refiere que en el sufrimiento fetal agudo el feto carece de oxígeno y presenta insuficiencia cardíaca y no es posible advertirlo días u horas antes, por ser de un tiempo corto. Nuevamente nos remitimos a la ciencia médica y esta hace referencia a que el sufrimiento fetal agudo se detecta midiendo las alteraciones en la frecuencia cardíaca o con indicios como la disminución de movimientos del bebe o la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

	aparición de meconio en el líquido amniótico; por lo que la cesárea es obligada y urgente. En el presente caso, de las declaraciones testimoniales de los médicos se tiene que producido el reconocimiento médico a la gestante por el doctor Wilfredo Villamonte Calanche el día 23 de setiembre a las 8:30 horas, Flor de María Espejo Salazar no presentaba signos de alarma que pudieran hacer prever un posible sufrimiento fetal. Que ingresada al centro obstétrico se inica el test no estresante a las 9:30 (historia clínica de folios 26), resultando como lo refiere la obstetriz hipoactivo e hiporeactivo, y que al realizar el test estresante a partir de las 10:00 horas, puede darse cuenta que su resultado era positivo, es decir que se trataba de una emergencia. En similar forma señala el médico Edgar Cusirimay cuando indica que al ingresar al Centro Obstétrico a las 10:45 advirtió en el monitor caída de latidos fetales por lo que decide poner término a la gestación mediante cesárea (folios 20). Es decir, que a partir de las 10:20 o 10:30 de la mañana se produjo la emergencia médica en la gestante y a las 11:25 de la mañana. Entonces el sufrimiento fetal agudo una vez producido tuvo un lapso de tiempo de casi una hora; sin que se haya procedido en ese tiempo a la cesárea, por una causa no atribuible a los médicos tratantes, sino al parecer por el uso inadecuado de la sala de operaciones. Con todo lo expuesto y en conclusión nos preguntamos, ¿las acciones realizadas por los imputados llevaron bajo un nexo causal necesario a un sufrimiento fetal en el Feto Tunquipa Espejo? La respuesta para el Colegiado es No. Luego, nos preguntamos ¿La acción de los imputados está vinculada directamente con la muerte del feto Tunquipa Espejo? La respuesta es igualmente No, por lo que en el presente caso no nos encontramos ante conductas que bajo los términos abordados en la dogmática penal del tipo penal de homicidio culposo pueda dar lugar a la responsabilidad penal de los imputados. Finalmente, se debe señalar que la sentencia materia de apelación ha realizado una valoración parcial de las pruebas aportadas en el proceso; sin analizar mínimamente las declaraciones de los testigos médicos para contraponerlos con el dictamen pericial médico, para cumplir con las reglas de la deliberación que impone el art. 393 del Código Procesal Penal. Por estos fundamentos, el Colegiado de la Segunda Sala Penal de Apelaciones; Resuelve: 1. Declarar Fundado el recurso de apelación formulado por los imputados Wilfredo Modesto Calanche, Roger Bernardo Salinas Estrada y Olga Bernardina Torres de Morales. 2. Revocar la sentencia de primera instancia N° 08 de fecha 05 de noviembre del 2012 emitida por el Juez Unipersonal Manuel Percy Chihuantito Aragón que condena a Wilfredo Modesto Villamonte Calanche, Roger Bernardo Salinas Estrada y Olga Bernardina Torres de Morales, como autores del delito Contra la Vida, en la modalidad de Homicidio, sub tipo Homicidio Culposo en agravio del Feto Tunquipa Espejo: Les impone 03 años de pena privativa de libertad suspendida bajo reglas de conducta y fija en la suma de 5,000 nuevos soles el pago por Reparación Civil a favor de los herederos legales del feto Tunquipa Espejo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	3. Reformándola absolvieron de culpa y pena a los imputados Wilfredo Modesto Villamonte Calanche, Roger Bernardo Salinas Estrada y Olga Bernardina Torres de Morales, como autores del delito Contra la Vida, en la modalidad de Homicidio, sub tipo Homicidio Culposo en agravio del Feto Tunquipa Espejo. 4. Dispusieron la devolución del proceso al juzgado para el archivamiento de la causa. En el presente caso, se absolvió a los imputados de la muerte del feto Tunquipa, debido a que el caso se tipificó por el delito de Homicidio Culposo, por el cual se condenó a los responsables en primera instancia; sin embargo, tras haberse determinado que el fallecimiento del referido feto se produjo de forma culposa cuando aún éste se encontraba al interior del vientre de su madre. Al no encontrarse prevista dicha conducta dentro del ordenamiento jurídico penal, se determinó la atipicidad de la misma y en consecuencia se absolvió a los acusados, lo que comprueba la hipótesis planteada, es decir que no existen mecanismos de protección de los derechos a la vida y la salud del concebido frente a casos de negligencia médica.
CARPETA FISCAL N° 121-2009	Del decurso de las diligencias de investigación se tiene que la paciente Yessica Chahuillco Delgado, el día 17 de noviembre del 2009 ingresó por el servicio de Emergencia al Hospital Nacional Sur Este Adolfo Guevara Velasco al presentar dolores de parto, siendo atendida por presentar dolores de parto, siendo atendida por el médico ginecólogo Dr. Ezequiel Quispe Triveño, quien derivo a la paciente al servicio de obstetricia para la atención del parto (fojas 75 a 76), asimismo se ha determinado que los galenos que atendieron el parto el día de los hechos en el Centro Obstétrico fueron el Dr. Edgar Paredes Teran y la Obstetriz María de Fátima Pérez Gomez a quienes presumiblemente se le imputaría un actuar negligente. Que del Protocolo de Necropsia N° 453-2009 se tiene como causas de muerte: Aspiración Broncopulmonar, Hipoxia intrauterino-sufrimiento fetal, doble cordón umbilical, siendo esta última la causa de muerte determinante la misma que se define como: “La presencia de una o más vueltas de cordón alrededor del cuello producto antes o al momento de nacer, éstas aparecen y desaparecen a los movimientos del bebe. No cordón al nacer, y no tendrán ningún problema en la gran mayoría de los casos”, provocando las demás causas de muerte, consignadas en el referido Protocolo de Necropsia, aspecto que de lo antes analizado no se pudo prever aparentemente porque los latidos cardio fetales se encontraban dentro de los rangos normales de 120 a 160, así mismo no se presentaban riesgos para un parto normal (como se tiene de la declaración coincidente de los médicos Ezequiel Quispe Triveño de fojas 75 a 76, Doctor Edgar Paredes Teran de fojas 66 a 69 y Obstetriz María de Fátima Pérez Gómez), asimismo los controles prenatales se encontraban normales y la paciente no presentaba ningún riesgo que ameritara la práctica de una cesárea. Que los peritos del Instituto de Medicina Legal han proporcionado algunos alcances sobre el actuar de los médicos durante el monitoreo de la paciente, señalando que era recomendado realizar o continuar con el monitoreo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	electrónico, no obstante haberse realizado de manera mecánica, sin embargo conforme se tiene de la Declaración del perito médico que laboró las conclusiones del referido informe Dr. Alfredo Góngora Amat de fojas 180 a 181 ha señalado que con lo analizado anteriormente de acuerdo a la Historia Clínica, no se podía evidenciar la presencia del doble cordón umbilical, porque aparentemente no reflejaba alteraciones, asimismo cuando se hace referencia en las conclusiones cuarta, quinta y sexta del Certificado Médico N° 000220-PF-HC, referido a que no se investigó oportunamente el antecedente de la atención materna por signos de Hipoxia, así como no se manejó adecuadamente la hoja de partograma, estas atingencias no estarían relacionadas con la muerte del neonato, porque hay una suma de otros factores, asimismo refirió que la presencia del doble cordón hallado al momento del parto condicionó a que se dieran los demás diagnósticos fisiopatológicos como son la Hipoxia intrauterina, sufrimiento fetal y como causa terminal aspiración broncopulmonar, correlacionados con la historia clínica y los hallazgos en la necropsia de ley que lo confirman asimismo, al ser preguntado el perito por el fenómeno denominado doble cordón umbilical en el cuello señalo que a veces se presenta como la literatura menciona. Por su parte el perito médico Dr. Miguel Angel Nieto Muriel en su declaración de fojas 182 a 183, señaló al ser preguntado si las atingencias realizadas en las conclusiones, cuarta, quinta y sexta del Informe Médico que realizó juntamente que el Dr. Alfredo Góngora Amat, referidas a que no se investigó oportunamente el antecedente de la atención materna por signos de hipoxia, así como no se manejo adecuadamente la hoja de partograma, estarían relacionadas con la muerte del neonato, dijo que no propiamente, así mismo señaló que de acuerdo a la Historia Clínica no se pudo evidenciar la presencia del doble cordón umbilical. Que por su parte el médico ginecólogo que atendió el parto Dr. Edgar Paredes Teran, presentó a través de su abogado el informe final alcanzando detalles sobre la conducta desplegada por su patrocinado incidiendo en que ésta se desarrolló de manera correcta y que en suma la muerte del neonato, fue un hecho fortuito, imposible de prever, que la ciencia médica aún no puede evitar este tipo de resultados, y que su patrocinado realizó todas las medidas y previsiones del caso durante el desarrollo del parto, detallando entre otros aspectos que la paciente no presentaba riesgos para un parto normal conforme se tiene de la Historia Clínica. Que durante el decurso de las diligencias preliminares de investigación, el denunciante José Serrano Chahuillco, no cumplió con apersonarse al despacho pese a habérsele notificado en el domicilio real consignado en su denuncia, así como en el consignado en su ficha RENIEC, por lo que se dispuso la notificación mediante Edicto en el Diario de la localidad “Diario del Cusco”, asimismo no se pudo realizar la notificación de la denunciante Yessica Chahuillco Delgado por cuanto en la búsqueda de base de datos del Reniec, no figura como tal, de lo que se desprende que el denunciante se remitió a realizar la sindicación verbal el día de los hechos sin procurar a lo largo de la investigación proporcionar datos verídicos de su domicilio menos respeto a los hechos, prosiguiéndose la investigación por tratarse de bienes jurídicos no disponibles como la vida.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

	Que el delito de Homicidio Culposo previsto y sancionado en el artículo 111° primer y tercer párrafo del Código Penal, señala: "El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas". (…) "La pena privativa de la libertad será no menor de un año ni mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y no menor de un año ni mayor de seis años cuando sean varias las víctimas del mismo hecho". "Los delitos culposos pueden ser definidos como aquellos ilícitos producidos por el agente, al no haber previsto el posible resultado antijurídico, siempre que debiera haberlo previsto y dicha previsión fuera posible, o habiéndolo previsto, confía sin fundamento que no se producirá el resultado que presenta, actuando en consecuencia con negligencia, imprudencia e impericia", elementos subjetivos y objetivos que no concurren en el caso materia de análisis por cuanto los médicos Dr. Edgar Paredes Teran y la Obstetriz María de Fátima Pérez Gómez que atendieron el parto de la paciente Yessica Chahuillco Delgado, obraron conforme a su protocolo de atención de parto del Essalud, asimismo guiaron su actuar de acuerdo a lo que reflejaba el monitoreo fetal, asimismo el resultado muerte por la presencia del doble cordón umbilical no les puede ser atribuido a los galenos, por tratarse de una circunstancia imprevista o caso fortuito, no concurriendo por tanto impericia, imprudencia o negligencia que requieren los tipos penales culposos, consistente en la producción de un daño al sujeto pasivo como consecuencia de la violación de un deber objetivo de cuidado. Que de conformidad al artículo 334°, numeral 1 del Código Procesal Penal que prevé: "Si el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la Ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la Investigación Preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado. Esta Disposición se notificará al denunciante y al denunciado", y estando a los argumentos expuestos en los párrafos anteriores los hechos denunciados no constituyen delito, debiendo por tanto expedirse la disposición en ese sentido. Por las razones antes expuestas, de conformidad a lo establecido en el artículo 334° numeral 1 del Código Procesal Penal, las facultades conferidas por el Decreto Legislativo N° 052 Ley Orgánica del Ministerio Público en esta Segunda Fiscalía Provincial Penal de Wanchaq, Dispone: No Formalizar ni Continuar con la Investigación Preparatoria contra Edgar Lesmes Paredes Terán y María de Fátima Pérez Gomez y Los Que Resulten Responsables por el presunto delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de Homicidio Culposo previsto y sancionado en el Artículo 111°, primer párrafo en concordancia con el tercer párrafo del mismo Artículo del Código Penal en agravio de Los Herederos Legales de Q.E.V.F. Neonato José Serrano Chahuillco, ordenándose el Archivo Definitivo de los actuados, una vez consentida o recurrida que sea la presente. Notificándose al denunciante y al denunciado conforme a Ley. Tómese Razón y Hágase Saber.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	En este caso, pese a las conclusiones arribadas por el Instituto de Medicina Legal, en el que se evidenció la existencia de una conducta negligente por parte de los denunciados, la Fiscalía dispuso el archivo de la denuncia al no encontrarse previsto en el ordenamiento jurídico penal, el tipo penal de aborto culposo.
CARPETA FISCAL N° 191-2009	De la declaración del denunciante Arístides Lovon Fuentes se tiene que el día 01 de diciembre del año 2009 su esposa doña Jacqueline Calsin Achahui de 34 años de edad ingresó al Hospital Nacional Sur Este "Adolfo Guevara Velasco", por el servicio de emergencia para ser atendida en su trabajo de parto por haber sufrido la ruptura de la fuente, efectuando un chequeo previo, donde los médicos observaron que el feto se encontraba bien posicionado y sin complicaciones siendo transferida a la sala de observación, con la finalidad de realizarle un monitoreo por espacio de 2 a 3 horas, luego subió a piso quedando hospitalizada, siendo el caso que el día 02 de diciembre del 2009 a horas 7:50 le solicitó al Dr. Marco Salazar Zegarra que le realizara una cesárea, siendo rechazado por el referido galeno indicando que no era posible ya que esta operación solo lo realizaban en caso de riesgo de vida de alguno de los pacientes, siendo bajada al cabo de unos minutos a la sala de trabajo donde luego de un monitoreo le indicaron que su esposa y su hijo se encontraban bien, en el mismo sentido, el día 03 de diciembre del año 2009 a horas 17:30 el denunciante le solicitó al Dr. Gallegos para que induzca a su esposa a un parto; lo cual también fue rechazado por dicho médico, indicándole que no era posible ya que debía seguir el normal desarrollo del trabajo de parto, aún sabiendo que había ruptura de fuente desde el día 01 de diciembre indicándole que a su esposa le faltaban solo dos horas para que diera a luz, el caso que luego de 50 horas aproximadamente su esposa se encontraba en la sala de partos donde su esposa fue atendida por una obstetra y 03 enfermeras teniendo como resultado que su hijo nació muerto. Que el homicidio culposo, delito previsto y sancionado en el artículo 111° y modificado por la Ley N° 29439, publicada el 19 de noviembre de 2009, establece: "El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas (…) (…) La pena privativa de la libertad será no menor de un año ni mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y no menor de un año ni mayor de seis años cuando sean varias las víctimas del mismo hecho". El Homicidio Culposo debe ser definido como aquella muerte producida por el agente, al no haber previsto el posible resultado antijurídico, siempre que debiera haberlo previsto y dicha previsión fuera posible o habiéndolo previsto confía sin fundamento en que no se producirá el resultado que se representa. Asimismo en el delito de homicidio culposo el bien jurídico protegido es la vida humana en forma independiente, bajo el presupuesto que la acción u omisión directa del responsable es la que desencadena la muerte de una persona sea por descuido, impericia o imprudencia, dándose el nexo de causalidad entre el comportamiento culposo y el resultado muerte. Que en cuanto a los elementos del tipo objetivo del delito de homicidio culposo, se puede indicar que el bien jurídico tutelado es la vida humana, en

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	tanto el objeto material sobre el que recae directamente la acción en este delito es la vida físicamente considerada. Para efectos del delito de homicidio doloso o culposo se debe tomar en cuenta, que la vida humana se inicia desde el parto, y, por otro lado se considera como definitivamente muerta a una persona cuando se demuestra que la actividad cerebral ha terminado totalmente, tal como lo ha reconocido el artículo 5° de la ley N° 23415, modificado por el artículo 1° de la ley N° 24703 y el artículo 21° del Decreto Supremo N° 014-2005-SA "Reglamento de la Ley de donaciones de tejidos y órganos". Que de esta manera el derecho a la vida en el ordenamiento jurídico interno se encuentra reconocido y protegido en el artículo interno: Artículo 2°, inciso 1 de la Constitución Política del Perú, el artículo 1° del Código Civil, el artículo 1° del Título Preliminar y el Artículo 1° del Código de los Niños y Adolescentes, la Ley N° 26842, etc, así como también los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por el Perú y que, por lo tanto, forman parte del derecho nacional, tales como el Artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Artículo 6° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Que en este sentido se tiene que cualquier sujeto puede ser sujeto activo de este delito, asimismo cualquier persona desde que nace vivo hasta su fallecimiento, puede ser sujeto pasivo de este delito, la acción del sujeto activo en este ilícito debe ser siempre dirigirse contra otra persona, la acción típica consiste en matar culposamente a otra persona. En tal entender dentro del ordenamiento penal peruano está prohibida la analogía (artículo III del Título Preliminar del Código Penal), en tanto las leyes penales no pueden ser aplicadas a supuestos distintos de aquellos para los que están previstos, la analogía consiste en aplicar la ley a supuestos no contemplados en ella pero similares a los que la ley describe y no consiste en una forma de interpretación de la ley, sino de creación de la misma, la analogía trata de que una vez interpretada la ley –es decir una vez establecidos los supuestos que contiene- se extienden sus consecuencias a otros supuestos no contenidos, pero similares o análogos, en el caso materia de análisis nos encontramos ante un evento que más allá de las supuestas responsabilidades administrativas, penales o extracontractuales del imputado Marco Salazar Zegarra, el hecho denunciado no encuentra asidero legal en el Código Penal, por tanto mal haría este Despacho Fiscal en extender los alcances del Artículo 111° relativa a la figura de Homicidio Culposo o en su defecto el Artículo 124°-A referido a lesiones al feto lo mismo sucede con el delito de aborto preterintencional establecido en el Artículo 118° del Código Penal, por tanto, el legislador ha comprendido que la fórmula casuística empleada no ha podido prever todos los casos que se presentan en la realidad. Es garantía de un Debido Proceso que el Fiscal solo puede archivar una denuncia, por las causales expresamente habilitadas por la ley adjetiva penal y encontrándonos en el presente caso ante un hecho que no constituye delito, por cuanto el Código Adjetivo Penal, no nos dice cuando un hecho punible no es delito, y es que ello no es su propósito, sino tenemos que recurrir a la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	dogmática penal y la propia ley penal, para conocer cuando un hecho denunciado no constituye delito; autorizada doctrina sostiene que un hecho denunciado no constituye delito cuando: 1) la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente; es decir, un hecho denunciado no es delito, cuando es atípico, es decir, que la ley no lo ha previsto como delito (atipicidad absoluta); o 2) que el suceso no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal vigente invocada en la denuncia penal; en cuyo caso es un problema de subsunción normativa, en el cual los hechos no pueden ser subsumidos en el tipo penal denunciado (atipicidad relativa). También considera, que cuando se da la Teoría de los elementos negativos del tipo el hecho denunciado no es delito, y que en todo caso comprende todos los supuestos que descartan la antijuricidad penal del hecho objeto de imputación. Para el presente caso es aplicable el artículo 334°, inciso 1 del Código Procesal Penal prescribe: "Si el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente (…) declarará que no procede formalizar y continuar la Investigación Preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado (…)", por lo que: El Despacho de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Wanchaq, a cargo de la presente investigación, con las atribuciones conferidas por los artículos 334° inciso 4 del Código Procesal Penal, Dispone: Declarar Que No Procede Formalizar ni Continuar con la Investigación Preparatoria en contra de Marco Salazar Zegarra, como autor del delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de Homicidio Culposo en agravio de N.N. Lovón Calsin; en consecuencia archívese definitivamente los actuados en el modo y forma de Ley. Notifíquese a la parte denunciante. En el presente caso, pese a haberse acreditado el actuar imprudente por parte de los denunciados, la denuncia fue archivada debido a que nuestro ordenamiento jurídico penal no prevé la figura del aborto culposo.
CARPETA FISCAL N° 245-2012	Conforme se tiene de los actuados obrantes en la Carpeta Fiscal siendo las 11:45 horas del día 21 de marzo del 2012 la persona de Griselda Huillcahuamán Uraccahua de 34 años de edad proveniente de la ciudad de Sicuani habría ingresado al Hospital de Essalud de esta ciudad con el diagnóstico de gestación y óbito fetal, diagnóstico que fue corroborado por dicho nosocomio, razón por la que se solicitó la entrega del cadáver y posterior internamiento en la Morgue Central a efectos de que se le practique la Necropsia correspondiente. Que de la revisión de los actuados y de la imputación formulada los hechos podrían encasillar en el delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de Homicidio, sub tipo Homicidio Culposo, previsto en el segundo párrafo del Artículo 111° del Código Penal, que prescribe: "La pena privativa de la libertad será no menor de un año ni mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y no menor de un año ni mayor de seis años cuando sean varias las víctimas del mismo hechos". De las diligencias de investigación preliminar se tiene que fue el Seguro Social a través del Jefe de Servicio de Emergencia del referido nosocomio el que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	solicitó se practique la necropsia de ley al advertir que la paciente Gricelda Huillcahuamán Uracahua tenía el diagnóstico de gestación y óbito fetal (fojas 02), de lo que se tiene que la agraviada no realizó denuncia alguna sino que fue el Seguro Social que dio cuenta de esta situación al Despacho Fiscal por haber hallado en el vientre de la agraviada un óbito fetal (sin vida), ello corroborado con la declaración de la agraviada de fojas 09, por el cual precisa que estaba gestando con normalidad hasta que en el octavo mes le detectaron infección urinaria motivo por el cual se le adelantó el parto y que luego de su monitor el médico de servicio le indicó que su bebé estaba muerto, así también de la ampliación de su declaración refirió que no presentó ninguna denuncia por negligencia médica siendo que el médico que la atendió fue quien llamó a la Fiscalía, asimismo refirió que no tienen ninguna pretensión en la presente investigación y no se ratifica en la denuncia (fojas 10 y 73), a fojas 14 a 63 obra la Historia Clínica de la paciente Gricelda Huillcahuamán Uraccahua la misma que fue remitida al Instituto de Medicina Legal para el Informe correspondiente, teniendo como resultado el Pronunciamiento Tanatológico N° 226-2012, por el cual se concluye: 1.- Que el occiso de sexo masculino NN de 39 semanas de gestación por capurro. 2.- Occiso, nació muerto con prueba de Docimacia (pulmones se hunden en el agua). 3.- Al examen de biología de secreción pulmonar presenta cocos gram positivos (en racimo) en escasa cantidad. 4.- Al examen anatomopatológico los órganos: cerebro, pulmón, riñón y placenta presentaron congestión, ratificándose en la causa de fallecimiento de óbito fetal. 5.- En relación a la atención médica: No se realizó pronunciamiento en vista que de acuerdo a la Historia Clínica la última atención recibida fue en fecha 16 de marzo del 2012 con el diagnóstico de gestación de 37 semanas, no teniendo ninguna información sobre la atención de parto, lo que ha sido corroborado por la agraviada y la solicitud del Essalud por cuanto la paciente no tuvo trabajo de parto ya que el óbito fetal en su vientre ya no tenía vida. Estando al hecho denunciado y a las diligencias de investigación antes realizadas se advierte que no concurren los elementos subjetivos ni subjetivos del tipo penal de Homicidio Culposo, toda vez que del Pronunciamiento Tanatológico N° 226-2012, se tiene en una de sus conclusiones que: "2.- Occiso Nació Muerto con prueba de Docimacia (pulmones se hunden en el agua)", de lo que se advierte que no ha existido actuar negligente atribuible a persona alguna, tanto más que la denunciante en su ampliación de declaración manifestó que no dio cuenta de tal hecho a la Fiscalía y que mas bien lo hizo el Médico de Turno de Essalud, no teniendo ninguna pretensión en la presente investigación, por lo que no advirtiendo indicios de delito la presente debe archivarse. Que conforme a lo establecido en el Artículo 336° del Código Procesal Penal vigente, que indica lo siguiente: "Si de la denuncia, del Informe Policial o de las diligencias preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria". Y conforme al Artículo 334°.1 del Código Procesal Penal que establece: "Si el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción prevista en la Ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la Investigación Preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado". Por lo tanto, en concordancia con el inciso segundo del Artículo 12° del Decreto Legislativo N° 052 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, esta Segunda Fiscalía Provincial Penal de Wanchaq, Dispone: Declarar Que No Procede Formalizar ni Continuar con la Investigación Preparatoria seguida contra Los Que Resulten Responsables por la presunta comisión del delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de Homicidio, sub tipo Homicidio Culposo en agravio del Óbito Fetal NN representado por Griselda Huillcahuamán Uraccahua, ordenándose el Archivo Definitivo de lo actuado, una vez consentida y/o recurrida que sea la presente Disposición. En el presente caso, tampoco se dictó ninguna sanción en contra de los denunciados debido a que no existe el tipo penal del aborto culposo, lo que determinó el archivo de la denuncia.
CARPETA FISCAL N° 257-2012	Que de los actuados se tiene que con el Oficio N° 332-HNAGV-GRACU-ESSALUD-12 de fecha 30 de octubre del 2012, se pone en conocimiento a este Despacho Fiscal que en fecha 27 de octubre del 2012, la señora Nancy Cabrera García, ingresó por emergencia al Hospital Nacional Adolfo Guevara Velasco – Essalud, con diagnóstico óbito fetal, gestación de 39 semanas, por esta razón con el Oficio N° 3068-2012-FN-MP-2FPPW de fecha 30 de octubre del 2012 se solicitó el Internamiento y la Necropsia de Ley del Óbito Fetal NN cuya madre es Nancy Cabrera García, Óbito Fetal fallecido en fecha 27 de octubre del 2012. Que el Tribunal Constitucional ha señalado en relación al derecho a la vida que "Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos", por lo que para el presente caso, el tipo penal correspondiente a la misma es el de Homicidio Simple, tipificado en el Artículo 106° del Código Penal, el cual señala que: "El que, mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años". En ese entender: "Para la configuración del delito de homicidio simple, es preciso constatar en el agente una especial intencionalidad dirigida hacia la realización del resultado típico: dicha intencionalidad o animus necandi, importa en el sujeto activo un conocimiento actual de los elementos objetivos del tipo, conocimiento que está indisolublemente ligado al aspecto volitivo de la conducta, de modo que conciencia y voluntad, al ser los dos aspectos indesligables del dolo, deben concurrir necesariamente para la configuración del homicidio simple", además hay que tener en cuenta que "El delito de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	homicidio simple se configura cuando el agente dolosamente mata a otra persona, no mediando atenuantes ni agravantes típicas", siendo ello así en el presente caso y de todo lo investigado se desprende que el deceso de Q.E.V.F. Óbito Fetal NN representado por su progenitora Nancy Cabrera García, no se ha producido por intervención de mano ajena, por cuanto conforme se tiene del Informe Pericial de Necropsia N° 000380-2012, en el examen ectoscópico del feto reactivo para Hepatitis C en el examen de Toxicología Forense detallado en el considerando tercero de la presente tampoco se advirtió la presencia de sustancia tóxica que hagan presumir la presencia de elemento ajeno al organismo del occiso que hayan inducido o provocado su deceso o que hagan presumir su muerte con la intervención de mano ajena. Finalmente el artículo 334° inciso 1 del Código Procesal Penal, prescribe: "Si el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente (…) declarará que no procede formalizar y continuar la Investigación Preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado (…)". Por lo que estando a las diligencias de Investigación realizadas no advirtiendo el tipo penal de Homicidio, la presente debe archivarse. Por lo tanto, en concordancia con el Artículo 12° del Decreto Legislativo N° 052 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, está Segunda Fiscalía Provincial Penal de Wanchaq, Dispone: Declarar Que No Procede Formalizar ni Continuar con la Investigación Preparatoria contra Los Que Resulten Responsables por el presunto delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de Homicidio en agravio del Feto NN y sus Herederos Legales; ordenándose el Archivo Definitivo de lo Actuado, una vez consentida la presente Disposición. En el presente caso, se dispuso el archivo de la denuncia, debido a que de las conclusiones del Protocolo de Necropsia se concluyó que el deceso del feto se produjo sin que haya mediado mano ajena; empero de las circunstancias se desprende que éste pudo haberse debido a un comportamiento negligente del personal de salud, pero al no encontrarse prevista la conducta se dispuso el archivo de la misma.
CARPETA FISCAL N° 110-2013	De los hechos descritos se establece que en fecha 27 de enero de 2013, la gestante de 37 semanas Katia Góngora Quintanilla ingresó por el servicio de emergencia del Hospital Nacional Adolfo Guevara Velasco – Essalud, presentando rompimiento de fuente, siendo atendida de emergencia, recibiendo tratamiento para lograr madurar los pulmones del feto, así como evitar las contracciones y a insistencia de los familiares se le practico cesárea el día 02 de febrero del presente, dando a luz a una niña, trasladando a la recién nacida al Servicio de Neonatología – Unidad de Cuidados Intensivos, quien a decir de los denunciantes no habría recibido la atención médica debida ni oportuna, llegando a fallecer el día 15 de febrero del año en curso; frente a esta situación, los familiares se negaron a practicar la Necropsia de Ley a la menor occisa; por lo que se dispuso se practique un Examen Post Facto, signado como Certificado Médico Legal N° 006153-RM (folios 109/112), cuyas conclusiones señalan: 1.- La gestante fue atendida de manera apropiada siguiendo los parámetros correctos en el tratamiento médico estipulado. 2.- La patología que presentó la recién nacida fue debido a la prematuridad en su

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	edad gestacional. El tratamiento realizado tanto a la madre como para la recién nacida fue el adecuado dentro de los parámetros médicos estipulados. El deceso de la recién nacida se debió a agentes fisiológicos propios de la enfermedad y sus complicaciones. De la descripción del Certificado Médico Legal N° 006153-RM, se advierte DATA: Edad Gestacional por FUR al momento de su internación por emergencia: 33 semanas aproximadamente. Al Examen Médico presenta: (Revisión Bibliográfica). 1.- Ruptura Prematura de Membrana: El término se refiere a la rotura de amnios y el corión 1 hora o más antes del comienzo del parto. 2.- Si la edad gestacional estuviera entre 32 y 34 semanas, en los cuales se debe evaluar si hay o no maduración pulmonar fetal. Si hay maduración se puede interrumpir el embarazo, pero si no hay sigue indicado el manejo expectante. 3.- La terminación del embarazo se realiza entre las semanas 33-34 o ante la presencia de SIRS Materno-Fetal o trabajo de parto instaurado, debido a que una gran parte de los RPM con menos de 34 semanas tienen parto la semana siguiente (tiempo de latencia menor o igual a 7 días), es importante informar a la madre y acompañantes sobre el manejo expectante y las complicaciones que éste podría tener como enfermedad de membrana Hialina, Hemorragia Intreventricular, Leucomalacia Periventricular, Infección Neonatal y Enterocolitis Necrotizante (NEC). 4.- La NEC es un problema médico muy grave ocurre cuando una zona del intestino del bebé se daña, esta lesión se produce cuando una pequeña porción de los intestinos no recibe suficiente oxígeno, esto hace que el tejido muera (se vuelve necrótico), luego las bacterias que están en el intestino comienzan a destruir el tejido desde las capas más internas hacia afuera. La NEC es más común en los niños prematuros, ya que el intestino aún no está maduro. 5.- Al bebé con NEC primero se le hace una evaluación para ver si necesita cirugía de emergencia, el tratamiento puede consistir en tratamiento médico; se suspende la alimentación oral para dejar descansar el intestino, se alimenta al bebé por vía intravenosa, se usan antibióticos para evitar las infecciones y mayores daños, si el bebé muestra mejoría en dos días, la Cirugía puede ser el siguiente paso. Hecho el análisis respectivo concluye: 1.- La gestante fue atendida de manera apropiada, siguiendo los parámetros correctos en el tratamiento médico estipulado. 2.- La patología que presentó la recién nacida fue debido a la prematuridad en su edad gestacional. El tratamiento realizado tanto a la madre como para la recién nacida fue el adecuado dentro de los parámetros médicos estipulados. El deceso de la recién nacida se debió a agentes fisiológicos propios de la enfermedad y sus complicaciones. Que recabada la declaración testimonial de los médicos del Servicio de Neonatología que atendieron a la menor recién nacida, doctores Gabriela Patricia León Montoya, Gloria Yanet Yabar Galdos, Keyla Warton Sánchez, María Isabel Chávez Gonzales y Oscar Gustavo Gutierrez Bendezú de manera uniforme han señalado, el neonato se encontraba muy mal, se le diagnosticó sepsis tardía probable a descartar Enterocolitis Necrotizante, luego de practicados los exámenes respectivos se informa a los padres el consentimiento informado de la cirugía precisando un riesgo neonatal de 3 sobre 4 , lo que significa que tiene un riesgo de mortalidad. Asimismo se recabó la declaración testimonial del médico cirujano que intervino a la recién nacida

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

	Dr. Paolo Miguel Gomez Quiroga, quien manifestó que luego de evaluar la paciente le practicó una cirugía ya que de acuerdo a los síntomas que presentaba correspondía a una necrosis intestinal, programando la cirugía para el día 11 de febrero de 2013. Analizando los actuados preliminares y del contexto de los hechos se advierte que no existen indicios reveladores del delito investigado, conforme se advierte del Certificado Médico Legal N° 006153-RM, así como de las declaraciones recabadas de los médicos tratantes, por lo que se concluye que debido a la prematuridad de la recién nacida (34 semanas) de acuerdo al FUR ha presentado Enterocolitis Necrotizante y ha recibido el tratamiento médico estipulado; no existiendo por tanto suficientes elementos de convicción que indiquen que los hechos investigados constituyan delito. Que el artículo 334° inciso 1 del Código Procesal Penal vigente señala que: "Si el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la Ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la Investigación Preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado". Por las razones antes expuestas, la Primera Fiscalía Provincial Penal de Wanchaq, de conformidad a lo establecido en el inciso 1 del artículo 334° del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 12° así como el artículo 94° inciso 2 del Decreto Legislativo N° 052 del Decreto Legislativo – Ley Orgánica del Ministerio Público, Dispone: Declarar Que No Procede Formalizar la presente Investigación seguida contra Los Que Resulten Responsables por la presunta comisión del delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de Homicidio Culposo en agravio de la recién nacida Calvo Quintanilla, representada por su progenitora Katia Góngora Quintanilla, ordenándose el archivo definitivo de lo actuado, una vez consentida y/o recurrida que sea la presente disposición. En el presente caso, si bien se logró el nacimiento de NN. Calvo Quintanilla; sin embargo ésta falleció días después debido al actuar negligente del personal médico que atendió el parto. Empero al no encontrarse previsto el tipo penal de lesiones culposas al concebido, se dispuso el archivo de la denuncia.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis