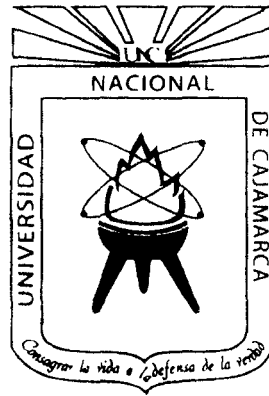


UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Escuela Académico Profesional de Dercho



**“LOS SUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE
CONCIENCIA FUNDAMENTADO EN LAS CREENCIAS ÉTICO-RELIGIOSAS Y
SU UTILIZACIÓN POR LOS MÉDICOS ESPECIALISTAS, EN EL PERÚ”**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADA

Presentada por la Bachiller en Derecho:

DIANA CAROLINA CERNA JAVE

ASESOR DE TESIS:

Mg. Jorge Luis Salazar Soplapuco

Cajamarca, Julio de 2013

A Dios, el ser más importante de mi vida,
por la infinidad de oportunidades que me da
día a día y por ser ese motor que me
impulsa a realizar cosas que jamás creí
poder hacer.

A mis padres Juan Y Elizabeth que con su
confianza me abren un mundo de
posibilidades y con su esfuerzo me
impulsan a no quedarme en lo que soy sino
superarme; por ayudarme, por creer en mí.

La conciencia es la presencia de Dios en el hombre. El hombre es una copia infinitamente pequeña de Dios. Bastante gloria es ésta para el hombre. A pesar de mi insignificancia, reconozco que Dios está en mí».

Víctor Hugo (1802-1885) Novelista francés.

AGRADECIMIENTOS:

Al Mg. Jorge Luis Salazar Soplapuco, por todo el apoyo brindado para la elaboración de la presente investigación, por su paciencia y consejos que avivaron en mí, el espíritu de análisis e investigación favoreciendo la elaboración de la presente Tesis.

A mis padres por su perseverancia y esfuerzo.

A mis hermanos Ljuvicsa, Amalia y Juan, por compartir alegremente cada logro en mi vida.

A Miguel que estuvo siempre conmigo brindándome el apoyo oportuno y alentándome a cada momento.

TABLA DE CONTENIDO

CAPITULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Tema.....	9
1.2. Título.....	9
1.3. Problemática a Investigar.....	9
1.4. Formulación Del Problema.....	14
1.5. Hipótesis.....	14
1.6. Objetivos.....	15
1.5.1. Objetivo General.....	15
1.5.2. Objetivos Específicos.....	15
1.7. Justificación.....	16
1.8. Delimitación de la Investigación.....	18
1.9. Limitaciones.....	18
1.10. Propósito de la Investigación.....	19
1.11. Definición del Método a emplear.....	19
1.11.1. Método Inductivo y Deductivo.....	19
1.11.2. Método Teleológico.....	20
1.11.3. Método Axiológico.....	20
1.11.4. Método Sistemático.....	21
1.11.5. La Argumentación Jurídica.....	21

CAPÍTULO II: EL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y

GENERALIDADES

2.1. Los Derechos Humanos en el Perú.....	22
---	----

2.1.1. Derechos Fundamentales respecto de la persona, reconocidos por la Constitución Política del Perú.....	30
2.1.2. Derecho a la Libertad de Conciencia y a la libertad religiosa.....	41
2.2. Derecho a la Objeción de Conciencia.....	44
2.2.1. Fundamentación y justificación del Derecho a la objeción de conciencia.....	52
2.2.2. Naturaleza Jurídica: Derecho Fundamental.....	69
2.2.3. Características de la Objeción de Conciencia..	73
2.2.4. Objeción de Conciencia y Desobediencia Civil..	77

**CAPITULO III: SUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO A LA
OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL MARCO DE LAS PRESTACIONES DE
SALUD EN EL PERU**

3.1. El profesional de la Salud y la Objeción de Conciencia.....	80
3.2. Características de la Objeción de Conciencia en el ámbito de la Salud.....	84
3.3. Algunos supuestos de objeción de conciencia en el ámbito de la salud peruana.....	86
3.2.1. Aborto.....	86
a. Situación actual del aborto en el Perú.....	89
b. Aborto Terapéutico.....	94

c.	Derecho de Objeción de Conciencia al aborto terapéutico.....	101
d.	Límites de la Objeción de conciencia al Aborto.....	109
3.2.2.	Trasfusiones de Sangre.....	110
a.	Las Trasfusiones de Sangre en el Perú.....	110
b.	Las Trasfusiones de sangre y el Derecho a la Objeción de Conciencia.....	112
c.	Las transfusiones de sangre en relación al Código Deontológico.....	119
d.	Límites del Objeción de Conciencia en los casos de transfusiones de Sangre.....	121
3.2.3.	Esterilización.....	126
a.	La Objeción de Conciencia del Médico Gineco - Obstetra ante la esterilización.....	129
3.2.4.	Reproducción Humana Asistida.....	131
a.	Reproducción Humana Asistida en el Perú.....	131
b.	Descripción de las Técnicas de Reproducción Asistida utilizadas en el Perú.....	133
c.	El ejercicio del Derecho de Objeción de conciencia del médico respecto de las Técnicas de Reproducción Asistida.....	135

3.2.5	Trasplantes de Órganos.....	143
a.	Trasplantes de órganos en el Perú.....	144
b.	Trasplante de Órganos y la Objeción de Conciencia.....	150
CAPITULO IV: CONCLUSIONES.....		157
LISTA DE REFERENCIAS.....		166

CAPITULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Tema

Derecho a la Objeción de Conciencia

1.2. Título:

"Los supuestos de aplicación del Derecho a la Objeción de Conciencia fundamentando en las creencias ético-religiosas y su utilización por los médicos especialistas, en el Perú"

1.3. Planteamiento del Problema

Desde siempre, la protección de los Derechos Humanos ha sido preocupación de los legisladores, no sólo en nuestro país sino a nivel de todo el mundo, por ello han tratado de incluir un vasto catálogo de Derechos a sus cuerpos constitucionales, con la idea de lograr un Estado más protector de la persona.

En el Perú la situación de los Derechos Humanos ha mejorado en los últimos años pero la violación de

los mismos sigue siendo un problema grave y permanente, debido a que no contamos con una propia técnica legislativa o principios propios, la mayor parte de legislación es una mera adaptación a ordenamientos jurídicos de otros países, lo que ha significado un perjuicio para una protección de Derechos adecuada a nuestra realidad.

No obstante a toda falencia alrededor de la protección de Derechos en nuestra realidad, la defensa al ser humano ha sido y sigue siendo uno de los puntos cardinales de nuestro sistema jurídico; sin embargo no podríamos hablar de protección del ser humano si no consideramos a éste en su integridad, tanto material como subjetiva. Es allí donde nace una disyuntiva en cuanto a la protección del núcleo central y básico de la personalidad del ser humano, entendiendo directamente a esto como conciencia, pues si bien existen Derechos plasmados en la Constitución, referentes a la defensa de la libertades del ser humano, no existe solidez al momento de su protección; lo que debería ser preocupación del Estado porque la conciencia estructura la conformación ética de la persona humana, posibilitando la integridad

moral del individuo y el libre desarrollo de su personalidad.

En nuestro sistema jurídico podemos encontrar que desde su génesis Constitucional se reconoció a la Libertad de Conciencia como uno de los Derechos fundamentales de todo ciudadano de la mano con la Libertad de Religión, a través del ejercicio de éstos dos Derechos se ha tratado de proteger las creencias y el sentir interno del ser humano, pero aún la protección resulta casi ineficaz en muchos casos. Si conforme a la libertad de conciencia uno tiene Derecho a formar su conciencia y determinarse según el sentir de la misma, la libertad de religión comporta el Derecho de la persona a formar parte de un religión y regirse bajo sus normas y creencias; el problema se suscita cuando la conciencia libremente formada y las creencias religiosas se contraponen a alguna norma.

Siendo más específicos y entrando al tema materia de presente investigación, uno de los dilemas más importantes frente al que se encuentran diversas personas en el ejercicio de sus profesión es el de conciliar sus creencias a las que tiene derecho de creer y los postulados emanados por las legislaciones

particulares y coyunturales de las sociedades. Nos encontramos en el fondo con el problema de resolver la relación entre el Derecho y la moral. De la adecuada resolución de esta singular relación, se seguirán acciones acertadas en relación al Derecho humano inalienable de seguir la conciencia.

En diversos países se ha venido desarrollando un instrumento normativo que ha posibilitado la protección de la conciencia bajo determinadas limitaciones que con el transcurrir del tiempo van en disminución, este es el Derecho a la Objeción de Conciencia que se presenta como una manifestación del sentir interno del ser humano como una negativa ante una norma contraria a su sentir interno, que bien conocemos como conciencia.

Si bien en el Perú a través de la primera Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional correspondiente al Expediente N° 895-2001-AA/TC, se ha ido reconociendo el Derecho a la Objeción de Conciencia, éste es aún ajeno a nuestro sistema jurídico y mucho más al común de las personas que en afán de cumplir con las determinaciones legales han ido en contra de sus propias convicciones y creencias.

Cada persona en sus decisiones aplica su bagaje profesional, atiende a la normativa jurídica vigente sobre su profesión, y adquiere una responsabilidad moral, por ello, en la realización de su labor a nivel profesional, pueden surgir conflictos de conciencia cuando una obligación jurídica le impone un comportamiento que no sea acorde con su convicción moral.

En el presente trabajo se intenta abordar esta problemática que atraviesan los médicos cirujanos especializados, y como es que entra a tallar el Derecho a la Objeción de Conciencia como una forma de resistencia hacia una norma, siempre que dicha reserva se produzca por la aparición de un conflicto entre las obligaciones éticas o religiosas de la persona y el cumplimiento de la norma legal. Asimismo, se especificarán las situaciones en la que los profesionales de la salud pueden utilizar el Derecho a la Objeción de Conciencia, con la finalidad de proteger sus creencias.

1.4. Formulación del problema

¿Cuáles son los supuestos en los que podría aplicarse el Derecho de Objeción de Conciencia a favor de los médicos especialistas, como medio de protección de sus creencias ético-religiosas, en el Perú?

1.5. Hipótesis

Los supuestos en los que podría aplicarse el Derecho de Objeción de Conciencia por parte de los médicos especialistas como medio de protección de algunas creencias ético- religiosas son:

- El aborto
- Transfusiones de Sangre
- Esterilización
- Reproducción Asistida
- Trasplantes de Órganos

1.6. Objetivos

1.6.1. General

Determinar los supuestos frente a los cuales los médicos especializados, del Perú podrían utilizar el Derecho a la Objeción de Conciencia en salvaguarda de sus convicciones ético-religiosas.

1.6.2. Específicos

- Determinar en la investigación la importancia del reconocimiento del Derecho a la Objeción de conciencia en el Perú.
- Analizar e interpretar la Norma Constitucional que protege la Objeción de Conciencia.
- Reconocer el pro y el contra de la aplicación del Derecho a la Objeción de Conciencia por los médicos especializados.

1.7. Justificación

Una sociedad democrática como la nuestra debe ser garantista del ejercicio real de la libertad, sin hacer su ejercicio imposible o heróico para ningún ciudadano, menos en su práctica laboral que tiene un tono más personalísimo pues el Derecho y el Estado no son otra cosa que instrumentos de garantía de los Derechos individuales. El actuar conforme a la conciencia es un Derecho que debe ser respetado, es aquí donde entra a tallar el Derecho a la Objeción de Conciencia como salvaguarda de las creencias del ser humano, siendo más específicos, del médico cirujano especializado, que en el ejercicio de su profesión, por desconocimiento, puede cumplir la norma aún en contra de lo que le dictaminan sus creencias, generando conflictos personales internos que le pueden perjudicar en su desarrollo.

Por esto resulta de vital importancia el conocimiento de los supuestos donde se puede aplicar el Derecho a la Objeción de Conciencia a fin de garantizar la protección sus creencias ético-religiosas, lo que le permitirá un mejor

desenvolvimiento al momento de poner en práctica no sólo sus conocimientos sino sus habilidades y destrezas.

Conviene señalar que es importante el reconocimiento del Derecho a la Objeción de Conciencia pues no tiene, tan sólo una vertiente negativa, sino también altamente positiva ya que no se limita a producir una contradicción a la normativa vigente en aras del respeto al hombre en su individualidad, sino que también, e incluso prioritariamente, produce un enriquecimiento positivo del ordenamiento jurídico: humaniza el Derecho, obliga al Estado a no imponer sus ideas, respetando al hombre como ser individual y no a las mayorías. El reconocimiento de la posibilidad de objetar en conciencia por parte del médico cirujano especializado no es de tipo absoluto y general, sino que debe hacerse efectivo en cada caso concreto, es esto lo que orienta la investigación pues la utilización del Derecho a la Objeción de Conciencia por los médicos cirujanos especializados es distinto en cada situación por lo que debe ser conocido no sólo por la sociedad objetora sino por el resto de la sociedad a fin de que

no se construya interpretaciones distintas a la esencia de este Derecho tan polémico.

La presente investigador puede beneficiar no sólo a los profesionales de la salud que deben ser conocedores del Derecho a la Objeción de Conciencia en el ejercicio de la praxis médica, sino que también puede beneficiar a los alumnos y profesiones del Derecho pues son los llamados al conocimiento de la Norma y la correspondiente evolución de la misma.

1.8. Delimitación de la Investigación

TEMPORAL : Análisis de la norma vigente: en la Constitución y en la Ley.

TERRITORIAL : Es una investigación sobre una norma que se aplica en el ámbito territorial del Perú.

1.9. Limitaciones

La principal limitación que hemos encontrado se ha dado en la adquisición de algunos libros, los cuales por ser inéditos o no encontrarse en el territorio han sido de imposible adquisición.

Ha sido imposible realizar la investigación basándonos de doctrina peruana pues no se han encontrado libros que desarrollen el tema del Derecho a la Objeción de Conciencia y mucho menos que determinen los supuestos en los que se pueda poner en ejercicio.

1.10. Propósito de la Investigación

El propósito de la presente investigación es plantear y analizar la posibilidad de que se pueda utilizar el Derecho a la Objeción de Conciencia frente a algunos supuestos que se presentan en el ejercicio de la praxis médica.

1.11. Definición del Método a emplear

1.11.1. Método Inductivo y Deductivo

Método inductivo, observación de fenómenos particulares con el propósito de llegar a conclusiones y premisas generales; Método Deductivo, observación de fenómenos generales con el propósito de señalar verdades

particulares contenidas explícitamente en la situación general.

La combinación de ambos métodos significará que aplicaremos la deducción en la elaboración de hipótesis, y la inducción en el hallazgo con el propósito de señalar las verdades particulares referentes a los supuestos de aplicación del Derecho a la Objeción de conciencia en el ámbito de la salud.

1.11.2. Método Teleológico

En cuanto a que se debe desentrañar el fin normativo, espíritu de la ley, el objetivo que persigue una disposición. De este modo se encontrar el fin del Derecho a la Objeción de conciencia y su aplicación como Derecho fundamental.

1.11.3. Método Axiológico

A través del análisis tanto de aquellos valores negativos como positivos, observando

sus primeros principios que son aquellos que permitirán determinar la valía o no de algo, para luego formular los fundamentos del juicio tanto en el caso de ser positivo como negativo. Este método será utilizado a fin de determinar la valía o no de la aplicación del Derecho a la Objeción de conciencia en los diferentes supuestos.

1.11.4. Método Sistemático

Por el cual el sentido de la ley es deducido de la posición en la que se sitúa la norma a interpretar en relación con el conjunto del sistema. En la investigación se tratará de situar el Derecho a la objeción de conciencia dentro del marco jurídico peruano.

1.11.5. La Argumentación Jurídica

Se van a utilizar la concepción del Derecho para la resolución de los problemas planteados y la comprobación de las hipótesis formuladas en esta investigación.

CAPITULO II

EL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y GENERALIDADES.

2.1 Los Derechos Humanos en el Perú.

Tal como lo define la Organización de las Naciones Unidas los Derechos Humanos son Derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición.¹

Jurídicamente, según la concepción que se tenga sobre el Derecho, la categoría conceptual "Derechos Humanos" puede ser definida como revelación divina, como observable en la naturaleza, como asequible a través de la razón, como determinada por los contextos en las muchas maneras que es posible entender la historia, como síntesis de ideas de éstas y otras posiciones ideológicas y filosóficas, o como un mero concepto inexistente y sin validez.

¹ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Derechos humanos [en línea]. <<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>> [Citado en 04 de enero del 2013]

Señala ROMERO MONTES² que los especialistas en Derechos Humanos no han logrado establecer un concepto claro y uniforme acerca del tema. La posibilidad de una definición y fundamentación únicas, se ve obstaculizada por la considerable expansión de los Derechos humanos que abarcan desde los denominados Derechos básicos, Derechos civiles y políticos, hasta los declarados con posterioridad, como son los Derechos económicos, sociales y culturales.

Los Derechos Humanos pueden definirse como aquellos atributos inherentes a todo ser humano, derivados de su propia naturaleza y de la necesidad de tener una existencia digna, por lo que deducimos que no nacen de alguna disposición estatal.

Si nos remontamos al origen de los Derechos Humanos podemos señalar que no se encuentra en alguna Constitución, sino que la idea de los mismos se puede ubicar en todas las culturas y religiones del mundo, por tratarse de Derechos

² ROMERO MONTES, Francisco. *Los Derechos Humanos y la Seguridad Social en el Perú*. En: *Vox Juris*. N°8, (1998). Pág. 111.

inseparables al ser humano.³ Si bien cuando hablamos del hombre es imposible desligarlo de sus Derechos innatos, el reconocimiento y respeto de tales, es producto de un proceso histórico cuyos orígenes se remontan a los primeros siglos de la humanidad, pero se formalizan en el siglo XX luego de las dos guerras mundiales, pues los países que estuvieron envueltos en estos conflictos tuvieron que ponerse de acuerdo en cuanto al respeto de ciertos Derechos respecto de las personas y de la sociedad; en este contexto algunos Derechos fueron reconocidos antes que otros, suscitándose la lucha de personas y organizaciones sociales.

En el marco del proceso histórico del reconocimiento de los Derechos Humanos, la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, (ONU), en 1948, marcó un

³ A manera de ejemplo podemos señalar que en el año 539 a. C., los ejércitos de Ciro el Grande, el primer rey de la Persia antigua, conquistaron la ciudad de Babilonia. Pero sus siguientes acciones fueron las que marcaron un avance significativo para el hombre. Liberó a los esclavos, declaró que todas las personas tenían el derecho a escoger su propia religión y estableció la igualdad racial. Éstos y otros decretos fueron grabados en un cilindro de barro cocido en lenguaje acadio con escritura cuneiforme. Conocido hoy como el Cilindro de Ciro, este documento antiguo ha sido reconocido en la actualidad como el primer documento de los derechos humanos en el mundo. Está traducido en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y sus disposiciones son análogas a los primeros cuatro artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

hito en la historia mundial, pues mediante ésta declaración se establecían estándares sobre las libertades y Derechos que las personas deberían disfrutar. La Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama que el respeto de los derechos humanos es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo.

Las primeras declaraciones de Derechos individuales con fuerza legal, fundadas sobre el reconocimiento de Derechos inherentes al ser humano las encontramos en las revoluciones de independencia norteamericana e iberoamericana, así como en la revolución francesa, que no sólo marcan el origen a declaraciones de los Derechos humanos del hombre y del ciudadano, sino que delimitan precedente importante en el proceso de reconocimiento de los Derechos civiles y políticos: el respeto a la persona, a su libertad e integridad personal, a la libertad de expresión, a la libertad de pensamiento, la separación de poderes, garantías jurídicas y procesales para los detenidos, etc.; pero esto no fue suficiente, y entonces fue necesario luchar por los Derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Así, en

México (1917) y Alemania (1919), se reconocen por primera vez estos derechos. El movimiento obrero cumplió un papel importante al reclamar por el reconocimiento del Derecho a las ocho horas de jornada laboral, el Derecho a la huelga, condiciones dignas de trabajo, vivienda, salud, educación. Es decir, todas aquellas condiciones necesarias para una vida digna.

Existe también otros grupos de Derechos igualmente importantes que se consiguieron, referidos a los Derechos colectivos: Derechos de los niños y niñas; Derechos de la mujer; Derechos de los pueblos indígenas; de la población con discapacidad; Derecho a la seguridad ciudadana; los Derechos sexuales y reproductivos; Derecho a la participación y vigilancia ciudadana; derecho a la identidad. Además están los derechos de los pueblos o de solidaridad: el Derecho a la paz, al desarme, a la libre determinación; al desarrollo. Todos ellos responden a las necesidades y requerimientos de los habitantes de los diferentes países del mundo.

Entre las principales normas internacionales referidas a Derechos Humanos tenemos:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴ del 10 de diciembre de 1948. Esta declaración tiene un valor ético de notable influencia en las legislaciones del mundo, pues garantiza la vigencia de los Derechos humanos para una vida digna. En el Perú fue reconocida en diciembre de 1959.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ de 1966. Tratado multilateral general que reconoce Derechos civiles y políticos y establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Fue adoptado al mismo tiempo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y se hace

⁴ NACIONES UNIDAS. Texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos [en línea]. < <http://www.un.org/es/documents/udhr/> > [citado el 04 de enero del 2013]

⁵ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [en línea]. < <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> > [citado el 04 de enero del 2013]

referencia a ambos con el nombre de Pactos Internacionales de Derechos Humanos o Pactos de Nueva York. A su vez, éstos, junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, comprenden lo que algunos han llamado Carta Internacional de Derechos Humanos. Fue adoptado al mismo tiempo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y se hace referencia a ambos con el nombre de Pactos Internacionales de Derechos Humanos o Pactos de Nueva York. A su vez, éstos, junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, comprenden lo que algunos han llamado Carta Internacional de Derechos Humanos.

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶ de 1966. Reconoce Derechos económicos, sociales y culturales Se compromete a las partes a trabajar para la concesión de los Derechos económicos, sociales y culturales de las personas, incluidos los Derechos laborales y

⁶ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales [en línea]. <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>> [citado el 04 de enero del 2013]

los Derechos a la salud, la educación y un nivel de vida adecuado.

Poco a poco las legislaciones de diferentes estados han ido incorporando mecanismos e instituciones para poner en ejercicio los Derechos humanos. En el Perú han sido reconocidos los Derechos humanos a través de la Constitución y de resoluciones legislativas, forman parte del Derecho nacional, y por lo tanto, son obligatorios y exigibles en instancias nacionales e internacionales.

No obstante a haberse incluido los Derechos Humanos en el Perú a través de nuestra Constitución Política la aplicación y el cumplimiento de las normas internacionales sobre Derechos humanos han encontrado serias barreras y dificultades. El gran reto en la actual coyuntura peruana de Derechos humanos está relacionado con su respeto y garantía.

Cabe recordar las palabras con la que el maestro NORBERTO BOBBIO culmina un pequeño ensayo denominado: "Presente y porvenir de los Derechos

Humanos": "A cualquiera que se proponga hacer un examen libre de prejuicios del desarrollo de los Derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial le aconsejaría este saludable ejercicio: leer la Declaración Universal de Derechos Humanos y, además, mirar alrededor. Estará obligado a reconocer que, a pesar de las anticipaciones iluminadas de los filósofos, de las audaces formulaciones de los juristas, de los esfuerzos de los políticos de buena voluntad, el camino por recorrer es todavía largo. Y le parecerá que la historia humana, aun cuando vieja en milenios, comparada con las enormes tareas que nos esperan quizá haya apenas comenzado"⁷.

2.1.1. Derechos Fundamentales respecto de la persona, reconocidos por la Constitución Política del Perú.

Es de vital importancia delimitar el concepto de Derechos Fundamentales en relación con otras categorías como los Derechos Humanos, por lo que los Derechos

⁷ BOBBIO CAVIGLIA, Norberto. *Presente y porvenir de los Derechos Humanos*. En: Anuario de Derechos HUMANOS. N°1 (1982), Universidad Complutense de Madrid / Instituto de Derechos Humanos y Facultad de Derecho, pág. 28.

fundamentales son aquellos Derechos Humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula de Derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales.

Existe un vínculo indisoluble entre dignidad de la persona humana⁸ y los Derechos fundamentales, pues estos Derechos en calidad de esenciales son inherentes a la dignidad, es decir cada uno de los Derechos fundamentales manifiesta un núcleo de existencia humana que se deriva de la dignidad que tiene innata la persona, por ello la dignidad se convierte en una fuente de todos los Derechos de la cual dimanarían todos y cada uno de los Derechos de la persona. Por ende los Derechos fundamentales operan como el fundamento último de toda comunidad humana, pues sin el reconocimiento

⁸ LANDA ARROYO, César. La Dignidad de la Persona Humana. *En: Cuestiones Constitucionales*. N°7, (julio-diciembre 2002); p. 123., Universidad Nacional Autónoma de México. México, nos dice respecto la dignidad humana: "(...) es un principio rector de la política constitucional (...) en la medida que dirige y orienta positivamente la acción legislativa, jurisprudencial y gubernamental del Estado. Positivamente, en la medida que todos los poderes y organismos públicos deben asegurar el desarrollo de la dignidad humana en los ámbitos del proceso legislativo, judicial y administrativo. Negativamente, en cuanto deben evitar afectar la dignidad humana a través de las leyes, resoluciones y actos administrativos que emitan; ya que todos los poderes públicos están vinculados directamente a la Constitución en un sentido formal y material".

de tales Derechos quedaría transgredido el valor supremo de la dignidad humana de la persona.

En la Asamblea Constituyente de 1978 se introdujo en la Constitución Política del Perú el contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos marcándose un hito trascendental para nuestra historia legal, desde ese momento y en base a lo establecido mantuvo el mismo razonamiento el congreso constituyente de 1993 teniendo en cuenta como señala su Artículo 1. "*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.*", al ser la persona el centro de motivación al momento de incluir los Derechos humanos, se piensa en éstos con finalidad protectora de parte del estado y los particulares esto como deber objetivo aunque en general son Derechos subjetivos. "*Cuando la Constitución proclama o reconoce los Derechos fundamentales, lo hace preferentemente o*

antes que nada pensando en la persona humana, esto es, en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades y, por tanto, es él quien primordialmente puede invocar su respeto y protección a título subjetivo”⁹.

No obstante al señalar las dos cartas magnas no queremos dejar de lado otras que hacen referencia a Derechos y garantías, como la Constitución de 1823 que determina Derechos y libertades, como el Derecho a la vida a la seguridad personal, la inviolabilidad del domicilio y el libre tránsito; en la Constitución de 1826 se habla de la libertad civil, seguridad individual y la igualdad ante la ley, con la constitución de 1839 se crea las garantías individuales, en el año 1897 se dictó el habeas corpus y en la constitución 1920 se crea las garantías

⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Jurisprudencia /STC 04972-2006-AA, FJ 4, 5 [en línea]. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04972-2006-AA.html>> [citado el 08 de enero del 2013]

sociales en materia de salud, trabajo, educación y propiedad.

Cabe mencionar que la Constitución de 1993 mantiene muchos de los Derechos que antes fueron reconocidos en la Constitución de 1979. Sin embargo, respondiendo a una ideología de tendencia neoliberal, ha recortado drásticamente todos aquellos que significaban prestaciones del Estado a las personas. En cuanto a dichos Derechos fundamentales la concepción asumida por la vigente Constitución es abierta pero podemos entenderlos como aquellos Derechos humanos positivizados en nuestra constitución y fundamentados como indicáramos líneas atrás en la dignidad humana no obstante su diversa naturaleza. Cesar Landa arroyo señala cinco categorías de Derechos Fundamentales a partir de la jurisprudencia del tribunal Constitucional:

1. Derechos de libertad.- integra los derechos a la vida, integridad personal, libertad y seguridad personales, igualdad,

libertad de conciencia y religión, libertad de información y expresión, identidad, libre desarrollo de la personalidad, privacidad, honor, buena reputación, intimidad, libertad de tránsito, participar en la vida política, derecho de reunión, identidad étnica y cultural, petición, a la nacionalidad y legítima defensa.

2. Derechos sociales y políticos.-

Comprende los derechos a la salud, educación, medio ambiente equilibrado, empleo y pensiones, que se fundan en la solidaridad y la igualdad ante la ley y no discriminación.

3. Derechos económicos.- entendidos como

Derechos de propiedad, libertad de contratación, libertad de empresa y Derecho a la protección de los consumidores.

4. Derechos de justicia.- Derecho a un

debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y garantías judiciales; todo lo cual supone el reconocimiento a un recurso efectivo y a una justicia imparcial, presunción de inocencia y Derecho de defensa, principio de legalidad y de la

proporcionalidad del delito y de la pena, Derecho a no ser juzgado o condenado nuevamente por los mismos hechos, entre otros.

5. Nuevos Derechos.- La creación jurisprudencial de Derechos ha establecido el derecho a la verdad, al reconocimiento y tutela de los Derechos de las personas jurídicas, Derecho a la personalidad jurídica, el Derecho al agua potable, el Derecho a la Objeción de Conciencia, Derecho al acceso al mercado, derecho a la autodeterminación reproductiva.

El Capítulo I de nuestra Carta Magna nos presenta el catálogo de Derechos Fundamentales respecto de la persona señalando en su primer articulado a la persona como el principal elemento del estado y de sociedad, colocándola como máximo valor por encima de cualquier otro bien jurídico protegido. Fernández Sessarego señala que el Artículo 1° *"es el eje sobre el cual gira la interpretación de las normas de este cuerpo legal*

*(Constitución), así como de todas aquellas otras que integran el ordenamiento jurídico del país. La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad constituyen la razón de ser del Derecho*¹⁰.

Peor si bien se propugna la protección de la persona humana, se debe tener en cuenta qué se entiende como tal, a fin de que se pueda llamar una verdadera defensa pues el estado y la sociedad sabrán que defender. La persona humana es una unidad psicosomática constituida por la parte material- cuerpo y la psique, ambas dirigidas hacia un proyecto de vida que tiene como base o punto de referencia a la libertad, es aquí que se entiende que la defensa será de todo este sistema que engloba a la persona humana.

En el Artículo 2° se redacta una lista de los llamados Derechos fundamentales de la persona, en un número

¹⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Comentario al artículo 1° del Código Civil Peruano. En: Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Tomo I. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pág.40.

de veinticuatro Derechos, dentro de los cuales tenemos el Derecho a la vida, identidad e integridad; el Derecho a la igualdad ante la ley, el Derecho a la libertad de conciencia y de religión, el Derecho de libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento desarrollándose dentro de este punto de manera extensiva los delitos de prensa, el Derecho a la información señalando a grandes rasgos el tema del Secreto bancario y la reserva tributaria, el Derecho a la Privacidad de la intimidad personal y familiar por parte de servicios informáticos, el Derecho al honor, buena reputación, intimidad personal y familiar, voz e imagen, el Derecho a la libertad y propiedad intelectual, artística, técnica y científica, el Derecho a la inviolabilidad de domicilio, Derecho determinar su lugar de residencia y al libre tránsito, el Derecho de reunión, el Derecho de asociación, el Derecho de contratar, el derecho de trabajar , el Derecho de propiedad y herencia; el Derecho de

participación, el Derecho reserva de convicción, el Derecho de identidad étnica y cultural, el Derecho petición, el Derecho a una nacionalidad, el Derecho de paz, tranquilidad, tiempo libre, descanso y ambiente equilibrado, el Derecho a la legítima defensa, el derecho a la libertad y seguridad personales. Si bien se puede enlistar los Derechos fundamentales tal y como son señalados en la Constitución Política del Perú, su contenido es mucho más amplio, pues dentro de cada derecho podemos encontrar a otros no estipulados literalmente.

Es relevante para ésta investigación mencionar el Derecho de libertad de conciencia y religión por el que los peruanos tenemos la prerrogativa de pensar como determinamos que es correcto, en este sentido nadie puede ser perseguido por cuestión de pensamiento o ideas, del mismo modo se presenta el derecho de creer en la religión que se desea o como lo señala la

Constitución en cualquiera de las confesiones teniendo como único limitante el no ofender la moral ni alterar el orden público. En el marco de este derecho sale a la luz uno que ha tomado un escenario importante en otras legislaciones como la española, estamos hablando del Derecho a la Objeción de Conciencia el mismo que es señalado por Landa Arroyo como nuevo Derecho¹¹ en alusión al Artículo 3° de nuestra Constitución, en el que se señala como *numerus apertus* la lista de Derechos fundamentales de la persona, siempre y cuando sean garantizados por la Constitución, es decir se habla de la protección de nuevos Derechos; y lo relacionó con el sí estipulado, Derecho a la Libertad de conciencia y de Religión pues entra a tallar el tema de ideas y creencias dentro del contenido del mencionado Derecho a la Objeción de conciencia, indiscutiblemente como los demás Derechos la cobertura de su contenido

¹¹ LANDA ARROYO, César. *Los derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 1999. Pág. 401-405

es amplia más, si se trata de la protección de los componentes subjetivos de la persona humana "la conciencia " .

2.1.2. Derecho a la Libertad de Conciencia y a la libertad religiosa.

La Defensa de la persona humana propugnada en nuestra Carta Magna no se agota con el simple respeto de sus libertades clásicas. El hombre es un ser más complejo dotado de ideas y creencias que forman parte de su mundo subjetivo, el mismo que también es pasible de protección en cuanto a que forma parte de la complejidad de la persona y si decimos que ésta goza de libertad también se está haciendo referencia a que su mundo subjetivo goza de dicha libertad.

Queremos hacer referencia directamente, dentro de la subjetividad de la persona, a la conciencia que es el núcleo central y básico de la personalidad del ser humano y dentro de ésta a las ideas y creencias.

⋮

Al hablar de los derechos a la libertad de conciencia y a la libertad de religión Landa Arroyo señala que: "(...) se pensaría que se está hablando casi de lo mismo ya que coinciden en algunos de sus postulados, pero a la realidad se trata de dos derechos totalmente distintos en cuanto a su contenido. El derecho a la libertad de conciencia supone el derecho de toda persona de formar libremente la propia conciencia, de manera tal que aquella formación se vea exenta de intromisiones de cualquier tipo".¹² Debemos entender esto en cuanto a que el hombre en todo su proceso de formación va adquiriendo determinados valores, criterios e ideas los cuales van formándolo en su vida.

Por otra parte, la libertad de religión, en palabras del maestro Fernández Sessarego, implica "la única posibilidad para que todos los hombres - sin excepción - puedan realizarse plenamente en una dimensión coexistencial"¹³, es decir uno de los singulares puntos para mantener una convivencia pacífica está referido a la libertad

¹² Ibid., pág. 81

¹³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 8^{va} Edición actualizada. Lima: Editorial Grijley, pág. 45

de religión que comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, indistintamente de cual sea, en el sentido de que cada religión cuenta con un dogma y una doctrina que deben ser manifestados de manera pública o privada. Como todo derecho de libertad, el derecho a la libertad religiosa tiene una vertiente negativa, que garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia que no desea tomar parte en actos de la naturaleza antes descrita.

El Tribunal Constitucional peruano indica que "*(L)a libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto.*"¹⁴, tal y como lo señaláramos líneas atrás, es este sentido es importante tomar en cuenta que no sólo se hace referencia al de tener propias creencias religiosas sino que se tiene el derecho de

¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Jurisprudencia /STC. N° 0895-2001-AA/TC, [en línea]. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.html>> [citado el 22 de enero del 2013]

expresarlas públicamente y colectivamente, esto último en función a la posibilidad de asociarse para constituir grupos religiosos.

En sentido estricto podría entenderse que la libertad de conciencia está referida a la libertad de ideas; mientras que la libertad de religión, a la libertad de creencias.

2.2 Derecho a la Objeción de Conciencia.

Si tratamos de remontarnos a los orígenes del Derecho a la objeción de conciencia es indispensable ubicarnos en el primer antecedente histórico de la lucha por los derechos humanos que encuentra en China entre los años 800 y 200 a.C con Confucio y Lao-Tsé en sus reflexiones sobre las injusticias sociales.

Posteriormente los griegos consideraban algunos derechos del individuo como inherentes por el simple hecho de ser humano, señalando que tales derechos eran otorgados "divinamente"¹⁵, en este

¹⁵ LÓPEZ NIEVES, Luis. *Antígona de Sófocles*. En: Ciudad Seva [en línea]. <<http://www.ciudadseva.com/textos/teatro/sofocles/antigona.htm>>. [Citado el 18 de febrero del 2013]. Podemos observar esta obra de Sófocles sobre

contexto podemos traer a colación episodios veterotestamentarios como el de los Macabeos que vendría a ser un ejemplo en el que queda patente la percepción de un valor moral por parte de la conciencia que, en conflicto con otro valor obligante, el de la ley positiva, rige el actuar determinado por el sentir de la obediencia a Dios antes que a los hombres.¹⁶

La figura jurídica y moral de la objeción de conciencia, si bien no se encuentra sus orígenes en mundo actual, es una cuestión surgida en el mundo contemporáneo; este fenómeno ha trascendido poderosamente el nivel de la actuación personal hacia la dimensión social y comunitaria del hombre.

Si hacemos un acercamiento, siquiera superficial, de ordenamientos jurídicos de algunos países, veremos que han sido reconocidas numerosas manifestaciones de la objeción de conciencia, por

Antífona le responde al Rey Creón, que contraviniendo su prohibición expresa, de dar sepultura al cadáver de su hermano, lo había enterrado actuando "de acuerdo a leyes no escritas e inmutables del cielo". Con esta idea se estaba aludiendo a la existencia de derechos no establecidos por el hombre, pero que igualmente le corresponden por su propia naturaleza, porque le son inherentes a su condición de ser humano.

¹⁶ SOCIEDAD BÍBLICA CATÓLICA INTERNACIONAL. *Biblia Latinoamericana: Hch. 5, 29.* 162^{va} Edición. España: Editorial Artes gráficas Carasa S.A, pág 261.

lo que deducimos que no se trata de un fenómeno nuevo ni poco frecuente.

A manera de enumerar ejemplos podemos indicar que en Estados Unidos hacia el año 1935 Billy y Lilian Gobitas¹⁷, dos niños testigos de Jehová, fueron expulsados de su escuela en Minersville (Pennsylvania) debido a negarse a saludar a la bandera de su país, ya que de acuerdo a sus creencias aquello constituía un acto de idolatría¹⁸. Después de una serie de juicios, en los cuales se falló a favor y luego en contra, finalmente la Suprema Corte de los Estados Unidos reconsideró dichos estudiantes estaban en su derecho de ejercer su libre expresión y libertad de culto amparados por la Primera Enmienda de la Constitución de su país al expresar sus convicciones religiosas, las cuales incluirían el negarse a cualquier forma de veneración a algún símbolo de unidad nacional. En 1964 el famoso boxeador Muhammad Ali se unió a la Nación del Islam

¹⁷ LIBRARY OF CONGRESS. *A Matter of Conscience* [en línea]. <<http://www.loc.gov/exhibits/treasures/trr006.html>> [citado el 18 de febrero del 2013]. Traducida al español por herramienta de Google

¹⁸ SOCIEDAD BÍBLICA CATÓLICA INTERNACIONAL. *Biblia Latinoamericana: Éxodo 20,3*. 162^{va} Edición. España: Editorial Artes gráficas Carasa S.A, pág 95.

y en 1967, 3 años después de haber sido uno de los Campeones del Mundo de Boxeo peso pesado, se vio envuelto en problemas por no querer alistarse en las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos basándose en sus creencias religiosas y su rechazo a la Guerra de Vietnam. Al declararse objetor de conciencia fue arrestado después de tres llamados. Por su evasión fue acusado de traición y condenado a pasar cinco años en prisión y a pagar una multa de \$ 10,000.00; también se le despojó del título de boxeo y su licencia para boxear fue suspendida. Después de ser hallado culpable y pasar por un Tribunal de apelación, Alí apeló su caso a la Corte Suprema de los Estados Unidos y finalmente ganó. Su caso fue conocido como Clay vs. United States¹⁹.

En nuestro ordenamiento, si nos referimos a supuestos de objeción, no han sido tan comunes tales supuestos como en el Derecho comparado, aunque sí ha habido un pronunciamiento importante del Tribunal Constitucional. A este respecto, debemos resaltar el caso de la objeción de

¹⁹ SCHLADWEILER, Kief. *Clay, aka Ali v. United States 1966-1971*. En: African-american involvement in the Vietnam war [en línea]. <http://www.aavw.org/protest/homepage_ali_alivus.html> [citado el 20 de febrero del 2013]. Traducida al español por herramienta de Google.

conciencia relativo a los "sabbatarian cases"²⁰, es decir, el caso de los trabajadores pertenecientes a la Iglesia Adventista del Séptimo Día que se niegan a trabajar los sábados por prohibírselo su religión²¹; sin embargo, fuera del supuesto anterior, han sido casi nula la aplicación del derecho a la Objeción de Conciencia en nuestro país.

Nuestra Carta Magna carece de un reconocimiento explícito del derecho de objeción de conciencia, es en este sentido que su Artículo 3^o²² cumple un propósito importante pues servirá para que derechos vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos Derechos Fundamentales y que si bien no

²⁰ DÍAZ MUÑOZ, Oscar. *Las objeciones de conciencia*. En: Blog Constitución y Derechos Humanos [en línea]. <<http://constitucion.wordpress.com/2007/11/03/las-objeciones-de-conciencia/>>. [citado el 20 de febrero del 2013]. Sabbatarian Cases Denominación norteamericana para referirse convencionalmente al conjunto de decisiones judiciales favorables a los objetores respecto a convicciones religiosas que le prohíben laboral el día sábado, considerado día de guardar.

²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Jurisprudencia /STC. N° 0895-2001-AA/TC, [en línea]. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.html>> [citado el 20 de febrero del 2013]

²² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos et al. *La Constitución Comentada: Análisis artículo por artículo*. Primera edición. Lima: Editorial Gaceta Jurídica S.A., 2005. Tomo I, pág. 330. En su artículo 3° la constitución Política del Perú señala: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

se encuentran explícitos juegan un rol importante en el escenario jurídico, es necesario tener en cuenta que éste artículo amplía la posibilidad de nuevos Derechos en cuanto a la aparición de necesidades o situaciones que pueden presentarse. Al habilitar una cláusula de "desarrollo de los derechos fundamentales", el propósito no es sólo prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente.

Tal y como lo señala el Tribunal Constitucional Peruano "(...) *la consideración de derechos no enumerados debe distinguirse de los "contenidos implícitos" de los "derechos viejos"*. En ocasiones, en efecto, es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquel, sin embargo, es pasible de ser configurado autónomamente.

Es dentro de éstos llamados Nuevos Derechos, que encontramos al Derecho a la Objeción de Conciencia que bien podría definirse como el

rechazo al cumplimiento de determinadas normas jurídicas por ser contrarias a las creencias éticas o religiosas de una persona. Puede plantearse ante cualquier tipo de mandato que derive del ordenamiento jurídico, sean normas médicas, estudiantiles u obligaciones tributarias, esto sirve incluso para la oposición (ya innecesaria en el Perú) hacia el servicio militar. Se puede entender al derecho a la Objeción de Conciencia como un derecho subjetivo para contravenir algún mandato jurídico cuando éste va precisamente contra algún principio emanado del Derecho natural.

Aunque hace décadas la objeción de conciencia era un fenómeno lejano a la realidad, en los últimos años se ha producido una multiplicación del número de supuestos y de la variedad de modalidades frente a las que podrían aplicarse este Derecho, gracias a que se han abierto las posibilidades secularizándose los motivos de utilización que primigeniamente se restringían a razones religiosas.

En nuestro país El Tribunal Constitucional mediante Exp. N° 0895-2001-AA/TC, acogió una

objección de conciencia en el ámbito laboral. Un médico de ESSALUD, perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, interpuso una demanda de amparo a fin de que no se le obligue a prestar servicios los días sábados, por ser para él día de descanso religioso. Alegó que desde que ingresó a laborar, en 1988, y hasta enero de 2001, no se le incluyó en la programación de los días sábados, puesto que sus jefes conocían su religión. ESSALUD respondió que la programación de los sábados se justificaba por necesidad institucional.

El Tribunal Constitucional, considerando no probada dicha necesidad de servicio, da la razón al demandante, en protección de su libertad religiosa, ordenando a ESSALUD no incluirlo en las jornadas laborales de los días sábados y permitirle tomar todas las medidas razonables que la ley autorice para compensar su inasistencia.

La objeción de conciencia representa, por lo tanto, una forma de disentimiento sin que medie violencia, manifestado en el rechazo externalizado de un individuo a una disposición legislativa en atención a motivos ético-religioso; si lo queremos ver desde un plano teológico podemos decir, que se fundamenta en la ley moral, que tenemos impresa en

la conciencia en virtud de nuestra naturaleza humana, y que nos determina el obrar recto hacia el bien, evitando el mal.

Es indiscutible que frente a la existencia de una norma no se presente una valoración de conciencia y un rechazo por parte de ésta, pero para entender el Derecho a la Objeción de conciencia no sólo basta saber que se trata de la negativa de un sujeto a la realización de un determinado deber u obligación, pues no todas las negativas dadas por el sujeto pueden estar englobadas en el concepto estricto de objeción de conciencia, sino que para que ello se necesita de determinados requisitos que son específicos en cada caso.

2.2.1 Fundamentos y justificación del Derecho a la Objeción de Conciencia.

Tan cierta es la validez de la objeción de conciencia que se encuentra justificada, no sólo desde puntos de vista jurídicos, sino también y con mayor propiedad, desde sólidas bases sociales, religiosas y éticas. De igual

modo y a pesar de lo genérico y amplio de la doctrina extranjera, cuenta también con una justificación a nivel filosófico.

A continuación señalaremos los elementos que justifican y fundamentan a la Objeción de conciencia:

- **Fundamentación doctrinal.**

Si se hace referencia a algunos teóricos de la doctrina extranjera, en el tema de la objeción de conciencia, se encontrará que cada uno la justifica de manera distinta.

Rawls²³ lo hace basándose en el principio de la justicia y de una sociedad ordenada, democrática y liberal. Para él, una sociedad así es compatible con el derecho a la Objeción de Conciencia, no por la autonomía del individuo como podría

²³ BORDLEY RAWLS, John. *Teoría de la Justicia* traducción de María Dolores González título original *A Theory of Justice*. Segunda Edición. México: Fondo de cultura económica, 1995. Pág. 24-28.

Rawls, desarrolla una Teoría de la Justicia en la que se argumenta heurísticamente en favor de una reconciliación de los principios de libertad e igualdad a través de la idea de la justicia como equidad. Para la consecución de este fin, es central su famoso acercamiento al aparentemente insuperable problema de la justicia distributiva.

sostener Kant, sino por la compatibilidad con los principios de justicia. Rawls entiende que una teoría de justicia debe incluir en sus principios formas legales para tratar a todos aquellos que disienten. El principio de esta idea de sociedad, es conservar y reforzar todas las instituciones de justicia; de ahí que la objeción de conciencia será o no aceptada en la medida que respete este principio.²⁴

Dworkin²⁵ parte de la idea de tomar los derechos "seriamente", por lo que defiende la objeción de conciencia basándose en esta pregunta: ¿Los ciudadanos tienen el derecho moral de desobedecer la ley?. Ante la respuesta afirmativa a esta pregunta, Dworkin ve una contradicción a nivel de

²⁴DIETERLEN STRUCK, Paulette. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNAM. *La Objeción de Conciencia* [en línea]. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/54/pr/pr24.pdf>> [citado el 03 de abril del 2013]

²⁵DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio* traducción de Marta Guastavino, título original *Taking Rights Seriously*. Primera Edición. España: Editorial Ariel S.A., 1984. Pág.279-285.

La crítica al positivismo jurídico fue un punto de referencia sustantivo en la edificación conceptual de Ronald Dworkin. En su obra "Los derechos en serio", rescata la necesaria relación entre el derecho y la moral, como perspectiva desde la cual es posible explicar el sentido de lo jurídico, por encima de las normas escritas producto de la voluntad del legislador.

Estado, pues aunque estos reconozcan en sus Constituciones que las personas tienen el derecho de actuar según su conciencia, por otro lado, se les prohíbe o regula ese mismo derecho.

Según su parecer, es ilógico que un Estado castigue o prohíba por actuar según un derecho.

Este mismo autor da un paso más al justificar la objeción de todo el que actúe conforme a sus principios, aun cuando se pudiera pensar que se trata de una conciencia equivocada.

La teoría Kantiana por su parte, aporta a la justificación de la objeción de conciencia desde muchos ámbitos.

Las mismas bases de la bioética se alzan, en cierta medida, en su teoría del ser humano como fin y nunca como un medio. A Kant se le encuentra además en su conocida idea de la moral basada en la razón y el

deber. Fundamental es también su principio de autonomía como camino de realización personal, conquista de la felicidad y la creación de un reino universal de fines.

La concepción humanista en la filosofía de Kant es el punto que más aporta a la justificación de la objeción de conciencia. La idea sobre la dignidad invaluable e innegociable de cada persona y su condición de fin supremo frente a las cosas y acciones está expresada muy bien en sus imperativos categóricos:

- 1. Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal.*
- 2. Obra como si la máxima de acción hubiera de convertirse por tu voluntad en ley universal de la naturaleza*
- 3. Obra de tal modo que trates a toda la humanidad, tanto en tu persona como en cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio.*

Esta investigación acoge y defiende que la dignidad de la persona es el fundamento moral y filosófico además de la base en la que, histórica y conceptualmente, se sustentan los derechos humanos; por ello, se toma partido en esta postura humanista de Kant. Esto no aleja de creer que su postura en otros aspectos y puntos se adentra también en cuestiones paradójicas con relación al tema de la Objeción de conciencia.

Una de ellas consiste en que si el ideal de Kant es una Constitución donde exista una mayor libertad humana, compatible con la libertad de todos, podría ser que la aplicación de objeción de conciencia, en vez de aumentar la libertad universal, afectara la libertad de particulares.

- **Fundamentación Ética.**

Lo primero que se ha de reconocer aquí es que, en lo relativo a la conciencia, el fundamento para la desobediencia al

Derecho está precisamente en la escisión entre legalidad y moralidad. Para la objeción de conciencia los motivos deben ser exclusivamente ético-morales y basados en la autonomía de la conciencia individual.

Como ya quedó expresado, este fundamento ético de la objeción sirve tanto para sistemas liberales, como para aquellos en los que las libertades y derechos individuales no priman sobre el poder de las leyes y el Estado. Evidentemente, la objeción alcanza mayor coherencia y razón en las sociedades regidas por tiranías o sistemas políticos que supediten a las normas estatales derechos fundamentales de las personas como son la libertad, dignidad y autonomía.

Es obvia la relación y dependencia ética de la Objeción de conciencia. El fin mismo de la objeción de conciencia (obligatoriedad moral y ética de responder a dictámenes de la conciencia individual antes que a normas jurídicas) da una idea clara de su fuerte base ético-moral.

La bioética, como disciplina, apoya y presenta un marco teórico profundo e interesante para encuadrar la fundamentación ética de la objeción de conciencia. Amparada en la sagrada tarea de avalar la vida como bien y derecho supremo de todo ser humano, presenta la Objeción d Conciencia como un medio para garantizar que nada ni nadie obligue a otro ser humano a realizar actos que atenten, directa o indirectamente, contra la vida y el planeta en que ésta se asienta.

- **Fundamentación Religiosa.**

La conciencia, su voz íntima y siempre presente, es expresión de dimensiones de la persona humana que escapan de la aprehensión total por parte de la ciencia y de las explicaciones concretas y demostrables. Vincularla con lo sobrenatural o divino es una respuesta dada por el ser humano de todos los tiempos.

Desde el punto de vista cristiano, es importante remitirse a los fundamentos

clásicos de la teología moral, en especial las que se refieren al origen divino del poder, a la obligación en conciencia de las leyes, al deber de obedecer a Dios antes que a los hombres, a la conciencia, que a su vez plantean las cuestiones relativas a la ley injusta: cuándo se debe o se puede resistir a ella, lo que ha llevado a algunos autores a distinguir entre objeciones de conciencia obligatorias y facultativas; cuándo se la debe o se la puede tolerar en vista de un bien mayor, etc.

Con todo, es indiscutible la base religiosa del Derecho a la Objeción de Conciencia y las fuertes connotaciones de fe que presenta la mayoría de casos, tanto en el pasado como en el presente. Incluso, no sería desatinado afirmar que, a pesar de la secularización profunda que vive el mundo occidental en estos momentos, muchas de las mismas objeciones exclusivamente morales y éticas tienden a tener en su origen un fundamento religioso.

Fundamento Constitucional.

En los distintos instrumentos internacionales se reconoce la libertad de conciencia, la libertad religiosa y la libertad de pensamiento, así el artículo 18° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: *"toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia"*. El artículo 18° del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos, refiere: *"1.-. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. Mediante el culto, la celebración*

de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2.- Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3.- La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública, o los derechos y libertades fundamentales de los demás".

Realizada una aproximación a la protección con la que cuenta el Derecho a la Libertad de Conciencia a nivel constitucional e internacional a través de los distintos tratados que el Perú ha ratificado, analizaremos como este derecho fundamental encuentra en el Derecho a la Objeción de Conciencia una manifestación del mismo.

Uno de los fenómenos más importantes que conoce el derecho moderno es el de la objeción de conciencia, hace solo dos décadas era casi inexistente y se circunscribía a unos cuantos supuestos, en

la actualidad la objeción de conciencia se ha extendido a todas las actividades del hombre en sociedad. Así podemos ver que en muchos países se ejerce el derecho de objeción de conciencia a: Realizar o recibir tratamientos médicos, a practicar la interrupción voluntaria de embarazos; a recibir transfusiones de sangre, a formar parte de un jurado o ser miembro de una mesa electoral, al cumplimiento de normas laborales incompatibles con creencias religiosas, lo que en Estados Unidos se encuentra bastante desarrollado a nivel jurisprudencial y a lo que se le ha denominado los *sabbatian cases* (no trabajar los días sábados, etc. Así podríamos continuar con el listado de los supuestos en los cuales se aplica el derecho a la Objeción de conciencia.

Podríamos decir que el ejercicio del derecho de objeción de conciencia se da en el seno de una sociedad democrática, en donde existe la libertad de disentir de otros grupos o colectivos sociales que

comparten otras creencias; y dando a conocer la apertura a la manifestación pluralista de la sociedad, que no es otra cosa que el ejercicio legítimo de un Derecho Fundamental.

Bajo estas sociedades democráticas subyace el modelo individualista para el cual tiene una gran importancia el concepto de libertad. Libertad por la cual se asume que los hombres son capaces de concebir, tener y asumir diferentes proyectos de vida de ahí que el hombre tenga esa autonomía para trazar sus propios planos y para tomar decisiones en los asuntos trascendentales y básicos de la vida. De esta manera la objeción de conciencia se establece como un derecho fundamental.

El Derecho a la Objeción de Conciencia no se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento constitucional de manera expresa, y mucho menos existe un desarrollo jurisprudencial a diferencia de otros países europeos, en los que sí se

reconoce expresamente este derecho y además cuentan con importante jurisprudencia. Si bien nuestro país no cuenta con jurisprudencia respecto a la materia, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este derecho, en la Sentencia N° 0895-2001-AA/TC[3] a propósito de un amparo interpuesto por un médico que laboraba en el Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo, con la finalidad de que no se le obligue a trabajar los días sábados por vulnerar sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia, a la libertad de religión y a no ser discriminado por motivos de religión. El demandante por pertenecer a la iglesia Adventista del Séptimo Día, tenía que observar el día sábado como día dedicado al culto. El demandante sostenía que no obstante que sus jefes inmediatos y la alta dirección del hospital conocían de sus pertenencia a la iglesia adventista, en el nuevo rol de trabajo se le programo para laborar los días sábados, con lo cual se le estaría obligando a incumplir sus preceptos

doctrinarios o a generar una serie de inasistencias injustificadas que podrían generar su despido. En dicha sentencia se señaló : " que , el derecho de objeción de conciencia no tenía un reconocimiento explícito, por lo que se plantea la interrogante de si dicho derecho sería un derecho constitucional y por tanto posible de ser tutelado por la vía del amparo" ; para despejar esa interrogante el Tribunal Constitucional utiliza la Teoría de los derechos no enumerados o derechos no escritos, según dicha teoría "(...) no sólo son derechos fundamentales, aquellos que se encuentran diseminados a lo largo del texto de la constitución, sino que también son derechos fundamentales, aquellos que se desprenden o se derivan de cualquiera de los cuatro principios esenciales recogidos en el art. 3 de la norma fundamental, es decir los que se desprenden del principio de dignidad de la persona, del principio de soberanía del pueblo, del principio de estado democrático de derecho y del principio de forma republicana de gobierno (...)" .

Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que en virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, por lo que no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la Libertad de Conciencia esté constituido, a su vez, por el Derecho a la Objeción de Conciencia, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia, reprimir dicho derecho puede acarrear una afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano. De allí que el Tribunal Constitucional considere, sin necesidad de acudir a la cláusula 3° de la Constitución, que el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera, dadas las particulares circunstancias del caso, que la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados planteada por el

demandante , encuentra fundamento en la medida en que la demandada no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral del accionante obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente, que, aunque excepcional, resulta plenamente aplicable, en tanto es un derecho fundamental.

Con lo resuelto en la citada sentencia, se han abierto nuevas luces y directrices para el futuro reconocimiento expreso en nuestra legislación, de la objeción de conciencia como un derecho fundamental, así como para asegurar la protección del mismo dentro del fuero jurisdiccional, conforme ya se produce en otros países, como expresión de todo estado de derecho.

2.2.2 Naturaleza Jurídica: Derecho Fundamental.

Una vez dada la concepción más factible, del Derecho a la Objeción de Conciencia consideramos que hemos dado el primer paso, ya que a continuación será preciso que realicemos la indagación en torno a la determinación de la naturaleza jurídica de dicha institución.

La aprehensión de la correcta naturaleza jurídica que posea la objeción de conciencia determinará las reglas por las que haya de guiarse la misma.

La doctrina y la jurisprudencia no han podido ponerse de acuerdo respecto a la Naturaleza Jurídica del Derecho a la Objeción de Conciencia pero nos inclinamos a concebir al Derecho a la Objeción de Conciencia como Derecho Fundamental.

Es indispensable señalar que los criterios empleados tradicionalmente para determinar si se está frente a un Derecho

Fundamental, resultan insuficientes²⁶ puesto que la fundamentalidad de una norma la va a determinar su conexión con la dignidad de la persona, de tal forma que un ataque a tal norma equivalga a un ataque a la dignidad misma del individuo.

Si nos remitimos a la casi inexistente jurisprudencial al respecto, veremos que el Tribunal Constitucional se inclina por la consideración de la objeción de conciencia como un Derecho de tipo fundamental, posición en la que se establece que la condición de derecho fundamental de la objeción de conciencia vendría determinada únicamente por la posibilidad de inclusión de la misma en otro derecho fundamental, pero ello deberá confrontarse con algo que ya adelantamos líneas atrás, y que no es otra cosa que el hecho de que la demostración última de que estamos en presencia de un derecho fundamental vendrá

²⁶ Con el pasar de los años se han señalados diversos criterios que han servido para calificar si se trata o no de un Derecho Fundamental, entre estos criterios podemos indicar: posición en una determinada parte de la Constitución; tener la estructura de un derecho fundamental; desarrollo mediante ley orgánica; protección a través del recurso de amparo, etc.

determinado por la afectación o no de la dignidad del sujeto en caso de incumplimiento o ataque contra dicho derecho. Por tanto, según lo anterior, para poder considerar en última instancia a la objeción de conciencia como un derecho fundamental hará falta que la dignidad del sujeto se viera afectada en caso de no reconocimiento de aquélla como tal categoría jurídica.

En definitiva, deberemos preguntarnos si el hecho de no poder considerar a la objeción de conciencia como un derecho fundamental puede suponer un ataque a la dignidad del sujeto. Para ello, debería haber un elemento cuya agresión determinara el menoscabo de la dignidad de aquél. Y este elemento podría ser la conciencia del sujeto. Sin lugar a dudas la conciencia del sujeto se ve menoscabada sin la protección de Derecho a la Objeción de conciencia pues si bien tenemos libertad de pensar o creer, ni no existe una protección de éstas, la parte subjetiva del ser humano, directamente

su conciencia, quedaría en un total desamparo, perjudicando la dignidad del sujeto.

Un ataque a la conciencia del sujeto, obligándole a realizar acciones que atenten contra aquélla, supondría una ofensa a la dignidad misma de aquél; es aquí donde entra a tallar el Derecho a la Objeción de Conciencia como instrumento que le permite defenderse de tales agresiones a su conciencia, dándole la posibilidad de negarse a la imposición de tales obligaciones; pues no sólo se tratar de dotar al sujeto de un instrumento de defensa ya que lo que se trata de defender no es cualquier cosa, sino aquello que le dota de singularidad como hombre. Por tanto, aquel instrumento deberá estar dotado del máximo rango, esto es, un derecho fundamental.

A manera de síntesis podemos señalar que el Derecho a la Objeción de Conciencia es un derecho fundamental, por dos circunstancias principalmente:

- En primer lugar, porque no es posible concebir la objeción de conciencia fuera de la libertad de conciencia.

- En segundo lugar, porque el no reconocimiento de la objeción de conciencia como derecho fundamental conllevaría la afectación de la dignidad del sujeto, ya que significaría la negación de aquello que dota al hombre de su cualidad de tal: la conciencia.

2.2.3 Características de la Objeción de Conciencia.

La doctrina extranjera nos presenta el desarrollo progresivo del Derecho a la Objeción de Conciencia dando a conocer los diversos supuestos en los que se debe poner en ejercicio el mismo, pero hay que tener en cuenta que la simple negativa de un sujeto, al cumplimiento de un deber u obligación no puede englobarse dentro de la concepción de Objeción de conciencia puesto que es importante que se presenten determinadas características.

La casuística acerca del derecho a la Objeción de Conciencia pone a relieve las notas características del mencionado derecho pero no debemos olvidar que cada supuesto presenta características singulares. Dentro de las notas características de forma general podemos señalar:

a) Presupone la existencia y valoración previa de una ley, regla o norma que determina actuar en un determinado sentido. La objeción surge cuando el análisis de fondo revela para él o la objetora lo dispuesto carece de sentido de justicia y vulnera su conciencia individual. Por ello, el objetor puede manifestar su oposición a tal precepto legal, en salvaguarda de su integridad personal.

b) La objeción de conciencia se fundamenta en razones religiosas, éticas, morales, axiológicas o de justicia. Este es el núcleo de la cuestión, teniendo un carácter secundario el hecho de que se incumpla la norma.

En la evolución histórica de la objeción de conciencia se pueden observar dos etapas diferenciadas. En la primera, la libertad de conciencia vendrá apoyada en argumentos exclusivamente religiosos. En la segunda, cualquier fundamento ético o de justicia se considera suficiente para avalar dicha libertad de conciencia. Por ello, en las últimas décadas se aprecia, en la legislación de los diversos países, una clara tendencia a la secularización por lo que ya no es exigible la adhesión a un cierto credo religioso o ideológico.

- c) El comportamiento que demanda el objetor tiene un carácter omisivo. Por ello, con la objeción de conciencia se pretende abstenerse de llevar a cabo una acción que provocaría un grave daño moral al sujeto o un perjuicio serio al bien común.

Por lo tanto, la objeción de conciencia nunca implica agresividad, por el

contrario, es un método pacífico y con absoluto respeto al proceso democrático.

d) Con la objeción de conciencia no se aspira a modificar ninguna norma. No se pretende obligar a la mayoría a revisar su decisión, obtener publicidad ni anular una norma. Por lo tanto, hay una ausencia de fin político. Sin embargo, es posible que, en un determinado momento, la actitud de un objetor trascienda a la opinión pública. Es lo que ha ocurrido en muchos países con las demandas de admisión del derecho a la objeción de conciencia por parte de los profesionales sanitarios. El apoyo y reconocimiento social de esta postura no cambia la naturaleza de la objeción.

e) La objeción de conciencia es un mecanismo que permite resolver, por vía de excepción, los conflictos entre mayorías y minorías existentes en toda sociedad democrática contemporánea.

El derecho a la Objeción de conciencia facilita una pacífica convivencia en las sociedades multiculturales. Lo cierto es que, desde los orígenes del Estado de Derecho, se ha entendido que el respeto a la conciencia es uno de los límites más importantes del poder político, ya que la dignidad y la libertad humana se encuentran por encima del propio Estado.

2.2.4 Objeción de Conciencia y Desobediencia Civil.

La Libertad con la que contamos, ratificada por nuestra Constitución Política nos lleva a asumir posturas que involucran a la objeción de conciencia y otras similares, aunque no exactamente equivalentes, como la desobediencia civil o la insumisión.

En cuanto a la objeción de conciencia se ha tratado de esgrimir de la doctrina la concepción que se tiene de este derecho además la referencia que hace el tribunal Constitucional del mismo. Por lo que se refiere a la desobediencia civil, nada dice

nuestra sobre ésta. No es extraño en tanto supone una transgresión pretendidamente justificada de todo o parte del ordenamiento jurídico. Si el respeto a la ley es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, no parece que ésta pueda justificar o amparar una conducta deliberadamente dirigida contra una o varias leyes.

La desobediencia civil, que reclama su justificación en motivos de tipo ideológico (religiosos, morales, filosóficos pero también políticos) en virtud de los cuales quienes la promueven sostienen que no están obligados a cumplir las leyes, ha sido presentada como una de las manifestaciones del derecho de resistencia y guarda relación con la objeción de conciencia que también se vincula a aquél por su fundamentación en las convicciones personales. No obstante, se conviene en precisar que las notas distintivas de la desobediencia civil la apartan de la objeción de conciencia. Así, más allá de su carácter pacífico, rasgo que

también la identifica, implica una acción colectiva, no individual, y persigue una finalidad política: provocar un cambio de las normas vigentes o de las actuaciones practicadas a partir de ellas, sea para incluir lo que falta, sea para suprimir lo que sobra en las primeras o para impedir o alterar el sentido de las segundas, todo esto mediante una manifestación pública del sentir colectivo, esta publicidad en función a que sea conocida su intención y se logre el cambio buscado.

En cambio, la objeción de conciencia, que sí encuentra reconocimiento jurídico expreso, se configura, tal como se ha visto, como un derecho individual que ampara una pretensión de exención de un determinado deber en razón de las convicciones profundas de quien lo ejerce. No incorpora, por sí mismo, aspiraciones al cambio de las leyes, ya que, en principio, el objetor busca una solución para su caso dentro del propio ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO III

SUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN LA PRAXIS MÉDICA

3.1 El Profesional de la Salud y la Objeción de Conciencia.

Existen una serie de condiciones o escenarios en las cuales, se puede poner en ejercicio el Derecho a la Objeción de Conciencia en razón a que este Derecho está dirigido a la protección de la parte subjetiva que siempre acompaña al ser humano y lo condiciona al momento de actuar; es por tanto innegable que el ámbito de la Salud es un escenario propicio para el ejercicio de este controversial Derecho.

En el campo de la salud, el derecho a la Objeción de Conciencia se traduce en la negativa de los profesionales de la salud a realizar una prestación obligatoria, o a colaborar en ella, por considerarla contraria a su conciencia, fundamentada en criterios éticos o religiosos o de cualquier otra índole; es bajo ésta premisa que se suscitan diversas actuaciones contrarias a la Ley que pueden justificarse con la aplicación de dicho Derecho.

En el Perú se considera como profesionales de la salud a aquellos que poseen conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención de salud, se organizan por medio de colegios profesionales oficialmente reconocidos por los poderes públicos y deben estar en posesión del correspondiente título oficial que habilite expresamente para ello, ya trabajen de forma pública o privada. La Ley N° 26842 "Ley General de la Salud del Perú"²⁷ reconoce el derecho al libre ejercicio de las profesiones de la salud, estableciendo para esto diversos requisitos, dentro de los cuales podemos determinar como uno de los principales, el que se obtenga el título profesional en los casos que la ley así lo establece, haber obtenido la colegiatura y la especialización si es que se ha optado por una de las áreas de la medicina²⁸, por cuanto al egresar de la carrera de Medicina en el Perú sólo obtienen la denominación de médico cirujano o lo que conocemos como médico general, que es la persona a

²⁷ MINISTERIO DE SALUD DEL PERÚ. *Ley General de la Salud* [en línea] < ftp://ftp.minsa.gob.pe/intranet/leyes/L-26842_LGS.pdf > [citada el 08 de mayo del 2013]. La Ley General de la Salud en su Título II desarrolla los deberes, restricciones y responsabilidades en consideración a la Salud de Terceros, dentro de éste título en el Capítulo I hace referencia al ejercicio de las profesiones médicas y afines y de las actividades Técnicas y auxiliares en el campo de la salud.

²⁸ Ibid., la Ley General de la Salud del Perú en su Artículo 22° estipula: "Para desempeñar actividades profesionales propias de la medicina, odontología, farmacia o cualquier otra relacionada con la atención de la salud, se requiere tener título profesional en los casos que la ley así lo establece y cumplir con los requisitos de colegiación, especialización, licenciamiento y demás que dispone la ley.

quien primero se acude para hacerse chequeos y abordar problemas de salud, pero pueden realizarse estudios posteriores a fin de obtener otra denominación específica como Dermatólogo, Endocrinólogo, Cardiólogo, Nefrólogo, etc.

Cabe mencionar que no sólo los médicos son considerados como profesionales de la salud sino que también lo son los obstetras, estomatólogos, enfermeras, farmacéuticos, nutricionistas, etc.

La actividad de los mencionados profesionales de la salud ha generado diversos problemas para el ámbito jurídico apareciendo dentro de éste escenario el Derecho a la Objeción de Conciencia, que si bien es trascendental en otros países, aun el nuestro no experimenta el desarrollo que debería tener. Es innegable que existan conflictos para los profesionales de la salud debido a dos principales factores: Primero el médico, o cualquier otro profesional de la salud se encuentra a menudo con decisiones que afectan al inicio o al fin de la vida y segundo se presentan diversos puntos de vista que salen a la luz, como pueden ser los del profesional de salud, los del paciente o familiares del paciente, en el tratamiento de estos dos factores

aparecen conflictos entre la Ley y la conciencia experimentándose un choque entre el deber moral de un profesional de seguir los dictados de su conciencia y el deber normativo que le exige a ese profesional al momento prestar una determinada asistencia.

Son diversos los supuestos que pueden suscitarse en el ámbito de la salud que ponen al profesional en conflicto con su conciencia, entre estos como uno de los más desarrollados a nivel mundial, tenemos al aborto, así mismo la dispensación de anticonceptivos; las transfusiones de sangre, la elaboración o suministro de preparados destinados al suicidio asistido, eutanasia o, en otros países, inyecciones letales para la ejecución de condenados a muerte, la investigación con material procedente de fetos y experimentación con embriones o con ciertos animales, la esterilización, y colaboración en algunas investigaciones genéticas, etc.

En la presente investigación nos referiremos directamente a los médicos especializados en función de los cuales desarrollaremos los diversos supuestos en los que estos pueden poner en ejercicio el Derecho a la Objeción de Conciencia.

3.2. Características de la Objeción de Conciencia en el ámbito de la salud

Cada supuesto en donde se puede poner en ejercicio el Derecho a la Objeción de Conciencia debe ser analizado en base a distintos criterios ya que se presenta en cada uno diversas características. En el ámbito de la salud muy aparte de las características generales que presenta toda objeción, existen características específicas como:

A. Interpretación restrictiva. La interpretación se da sobre el acto o acción específica que realiza o debía realizar el profesional de la salud objetor, pero no debe entenderse con posteriores actos como sería el caso de un médico gineco-obstetra que se opone a practicar un aborto, pero no puede oponerse al brindar atención posterior a la paciente.

B. Individualidad. La conciencia es una manifestación de la personalidad por lo que tiene un carácter eminentemente individual, no se podría entender de forma colectiva pues a cada uno le pertenece un pensamiento distinto, aun cuando terceros

experimenten las mismas circunstancias de quien objetó.

C. Permanente. Esto en referencia a que existan diferentes ámbitos en los que el profesional de la salud se desenvuelve, pues se entiende que quien objeta debe hacerlo igual en cualquier lugar respecto a la misma circunstancia sino estaría incurriendo en una falta a la ética.

D. No puede implicar el daño a terceros. La objeción de conciencia no es un acto anárquico ni revolucionario sino por el contrario totalmente pacifista por lo que no debe ser entendido como objeción cualquier acto de irresponsabilidad, incompetencia o impericia en los que incurra el profesional de la salud. Tampoco puede fundamentarse una objeción cuando exista de por medio una discriminación al paciente por cualquier razón.

E. Debe manifestarse y sustentarse. Es importante que cuando se va a objetar exista una manifestación clara de lo que se objeta y los fundamentos específicos por los cuales lo hace, la manifestación es importante en la medida que

permite proteger a los que posiblemente resulten afectados. En todos los casos de objeción de conciencia la carga de la prueba recae en el objetor.

F. No procede en casos de Urgencia. Cuando se encuentre en peligro inminente la vida de un paciente, no se puede proceder a poner en ejercicio el Derecho a la Objeción de Conciencia pues esto podría implicar la muerte y afectación de un tercero.

3.3. Algunos supuestos de Objeción de Conciencia en el ámbito de la salud peruana.

3.3.1 El Aborto.

Son muchos los conceptos que se esgrimen acerca de éste polémico tema; por ejemplo Cabanellas de Torres²⁹ señala que la palabra aborto proviene del Latín *abortus*, de *ab* privación y *ortus* nacimiento. Equivale a mal parto, parto anticipado, nacimiento antes de tiempo. Generalmente se dice de aquello que no ha

²⁹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Guatemala: Editorial Heliasta S.R.L. ,1993, pág. 6

podido llegar a su perfecta madurez y debido desarrollo. Siendo distinto el aborto según la causa que lo provoque, son diversas las definiciones que sobre el mismo pueden darse. Éstas son: a) aborto general: hay aborto siempre que el feto es expedito del útero antes de la época determinada por la naturaleza; b) aborto médico: la expulsión del huevo antes de que sea viable o la muerte del feto provocada dentro del cuerpo de la madre; c) aborto espontáneo: la expulsión del feto no viable por causas fisiológicas, aborto delictivo. Interrupción maliciosa del proceso de la concepción. Ossorio³⁰ maneja una concepción mucho más amplia respecto del aborto señalándolo como la acción de abortar, parir antes de que el feto pueda vivir. Ese hecho tiene dos significados muy diferentes: uno de ellos, de escaso o ningún interés jurídico, se produce cuando la expulsión anticipada del feto ocurre de manera natural; es decir, espontánea; porque entonces lo único que sucede es la desaparición de los derechos que hubieren podido corresponder a la persona por nacer. Cosa

³⁰ OSSORIO Y FLORIT, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. 1ra Edición Electrónica. Guatemala: Datascan, S.A., pág. 13-14.

distinta se presenta cuando la salida del feto del claustro materno se provoca de manera intencional mediante ingestión de drogas o ejecución de manipulaciones productoras de ese resultado o que lleven la intención de producirlo. En este último supuesto, el acto puede constituir delito o no. Será hecho delictivo cuando la provocación del aborto no esté justificada por ninguna razón suficiente. Por lo contrario, no será delito cuando se trate de un aborto terapéutico practicado por prescripción médica y por profesional médico, a fin de evitar el peligro para la vida o la salud de la madre.

Hurtado Pozo³¹ define de dos maneras el aborto, en general, el aborto. *"Según la primera, de origen francés, el aborto consiste en la comisión de maniobras culpables destinadas a causar la expulsión prematura del fruto de la concepción. Si no se produce la expulsión (absorción del embrión), se tratará a lo más de una tentativa de aborto. La segunda concepción es la germana. Sus partidarios afirman que el aborto*

³¹ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal Parte especial: El aborto*. Primera edición. Lima : Juris, 1994, pág. 45

es la interrupción del embarazo causando la muerte del fruto de la concepción. Este resultado es indispensable, sin importar si tiene lugar fuera o dentro del vientre materno”.

Si bien el aborto es un tema muy amplio y discutible, en el ámbito jurídico interesa conocer únicamente aquel que ha sido provocado intencionalmente utilizando alguna técnica quirúrgica o mediante la utilización de algún medicamento.

A. Situación actual del aborto en el Perú.

La declaración de independencia y la Constitución Política del Perú reconoce los derechos inalienables como el derecho a la vida, a la libertad y a la consecución de la felicidad. Sin duda, los dos últimos derechos carecen de significado si no se respeta el primero. El derecho a la vida es el más fundamental de los derechos de la persona humana por lo que la misma Constitución lo protege mediante el artículo 2 inciso 1,

respecto del mismo Fernández Sessarego³² señala: "El derecho-deber a la vida-o tal vez al vivir, como sería más pertinente expresarse 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. (...)El derecho a la vida es el presupuesto indispensable de todos los demás derechos".

Asumiendo lo dicho por Fernández Sessarego en cuanto a la protección del Derecho a la vida, se tendría claro que violar dicho derecho, destruyendo una vida, matando a un ser en cualquier etapa de su desarrollo o impidiendo el normal desarrollo del mismo, implicaría una violación al ordenamiento jurídico peruano.

³² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Comentario al artículo 1° del Código Civil Peruano. En: Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Tomo I. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pág.40.

Al hablar de vida debemos referirnos a la concepción o fecundación que es la etapa donde empieza a gestarse una vida, al unirse los cromosomas del padre y de la madre, forman una persona humana absolutamente única, que nunca se repetirá. En ese momento comienza la vida, tal como lo señala el Código Civil en tu artículo 1°.

En todos los ordenamientos jurídicos positivos se castiga el homicidio, así como se impide el suicidio imponiéndose para esto penas que, por lo general, se atribuyen a quienes instigan o ayudan a cometerlo; del mismo modo, se prohíbe el aborto aunque, excepcionalmente y en ciertos países, se le permite en determinadas situaciones y bajo ciertas precisas condiciones.

El artículo 114 ° y siguiente del Código Penal peruano reprime el aborto³³.

³³SITEMA PERUANO DE INFORMACIÓN JURÍDICA. Código Penal Peruano [en línea]. <<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>> [citado el 09 de mayo del 2013]. Los artículos 114° y siguientes del Código Penal Peruano estipula las penas correspondientes al aborto, para lo cual determina diversos tipos de aborto los mismos que reciben una pena distinta, entre estos tipos tenemos al autoaborto,

Tanto el homicidio como el aborto son moral y jurídicamente punibles en cuanto a que implica la privación de una vida ajena sobre la cual no existe derecho o facultad alguna por parte del agresor.

El Código Penal peruano desarrolla al tipo penal del aborto diferenciándolo en seis tipologías:

- a) Autoaborto: aquel que es causado por la propia gestante o cuando ésta consiente que otro se lo practique.
- b) Aborto consentido: aquel que implica el asentimiento de la gestante.
- c) Aborto sin consentimiento: producido sin el consentimiento de la gestante.
- d) Aborto preterintencional: este tipo de aborto ocurre cuando mediante la violencia se ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo.

aborto consentido, aborto sin consentimiento, aborto preterintencional, aborto terapéutico, aborto sentimental y eugenésico.

e) Aborto sentimental y eugenésico: este tipo de aborto se puede dar en dos situaciones, cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; la otra situación de aborto se genera cuando el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.

f) Aborto terapéutico: No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

Nos referiremos directamente a este último tipo de aborto a fin de plantear el

supuesto respecto del cual se podría poner en ejercicio el Derecho a la Objeción de Conciencia.

B. Aborto Terapéutico.

El aborto está penalizado en nuestro país, con excepción del que se practica por razones terapéuticas, que consiste en la interrupción del embarazo que se realiza cuando la mujer tiene riesgo de morir o por tener un mal grave a su salud.

En el Perú, desde el primer Código Penal de 1863 hasta el actual de 1991, pese a los cambios sociales y al desarrollo científico y tecnológico, no se ha producido ninguna modificación sustancial respecto al tratamiento del aborto. Ésta práctica se encuentra contemplada en nuestro Código Penal y está despenalizada desde el año 1924, y por esa razón su legalidad no está en discusión; sin embargo, la desproporción entre el número de abortos que se producen, aquellos que son denunciados y, los que terminan en procesos

judiciales, revela que si bien la práctica del aborto es ilegal, la sociedad, con su silencio, parece ampararla y de esa manera, tolerar la muerte de miles de mujeres por esa causa.

Al hablar de aborto terapéutico indiscutiblemente nos referimos a la interrupción voluntaria de un embarazo antes de la viabilidad fetal (23 semanas o menos de 500 gr) por razones de salud materna, al considerar que la gestación podría agravar o empeorar el pronóstico de una enfermedad de base o en otro extremo cuando se considera que el embarazo está causando un peligro para la vida de la madre.

El concepto de aborto terapéutico es muy amplio, ya que diferentes autores consideran como tal, sólo a los casos en que el embarazo esté poniendo en peligro la vida de la madre, cuando agrava el pronóstico materno en casos de alguna enfermedad, otros lo consideran a cualquier aborto provocado. Al

respecto Viel Vicuña³⁴ señala: "Si Salud para la OMS es la condición de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad. Ante tal definición me pregunto, ante una mujer que solicita aborto y que está físicamente sana, ¿está acaso mental o socialmente sana? Si no lo está tendría su salud alterada y si la tiene, la medicina debe ayudarla. Al aceptar tal definición todo aborto inducido es terapéutico". Otros más extremistas señalan al aborto terapéutico como cualquier aborto provocado por un médico, en función a que los médicos realizan terapias, por lo que cualquier aborto realizado por un médico sería terapéutico.

En ésta investigación no vamos a considerar las dos últimas definiciones, una por ser demasiado amplia y la otra porque evidentemente no todas las acciones de los médicos corresponden a terapias.

Creemos que el término "terapéutico" es de suyo impropio y confuso, pues una "terapia"

³⁴ VIEL VICUÑA, Benjamín. *El Aborto Inducido*. En: *Revista Anales de la Universidad de Chile*. Séptima Serie, N° 3, julio 2012.

incluye en la intervención médico-sanitaria una búsqueda directa de curar o eliminar una parte enferma del cuerpo. Pero, en el caso del aborto, no se actúa sobre ninguna parte enferma, sino sobre una sana (el feto) pretendiendo evitar, según lo dicho, un agravamiento o un peligro para la salud de la madre.

Con el aborto no se pasa de la enfermedad a la salud, sino que se efectúa una acción de supresión directa e intencionada sobre el feto sano con el fin de prevenir una enfermedad o el riesgo de muerte de la madre gestante. Se podría hablar -con cierta "propiedad"- de aborto terapéutico sólo en el caso de actuar directamente contra una enfermedad y cuya consecuencia no querida fuera la supresión del feto; como es el caso de la extirpación necesaria e inaplazable de un tumor maligno de útero.

El artículo 119° del Código Penal Peruano estipula que: *"No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento*

de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviera, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente".

El tipo penal del aborto señala como uno de sus elementos constitutivos que sea practicado por un médico, el artículo 21 del Código Sanitario -ahora derogado-, establecía que el aborto terapéutico tenía que ser practicado por un médico diplomado; contar con la opinión previa de dos médicos, además de la firma del jefe del servicio, que de acuerdo al reglamento interno del hospital debe autorizar todo tratamiento médico o quirúrgico que se realice.

Aclarando el dispositivo, el Colegio Médico del Perú se pronunció mediante Resolución CMP/CN-20, del 4 de noviembre de 1970: *"cada caso de aborto terapéutico que se plantee en el ejercicio de la profesión debe resolverse a criterio de una junta médica de no menos de tres especialistas en el problema que se trate. Si llega a concluirse en la junta médica que es procedente el aborto*

terapéutico, éste debe efectuarse en un hospital o clínica oficialmente reconocida".

Las normas mencionadas han sido derogadas por la Ley N° 26842, "Ley General de Salud". Si bien este nuevo cuerpo normativo no regula el procedimiento administrativo para acceder a un aborto terapéutico, sí resultan aplicables los derechos que como usuaria de los servicios de salud, establece la Ley General de Salud en su artículo 15°.

Debe quedar claro, que en el caso del aborto terapéutico, es la mujer gestante quien tiene la titularidad para decidir la interrupción del embarazo, ya que la vida y/o la salud que podrían afectarse de continuar con el proceso de gestación, son precisamente las de ella; es este otro de los elementos del tipo pues será quien decida el ejercicio o no de la práctica abortiva.

Por último otro de los elementos constitutivos del tipo penal es que se practique con la finalidad de salvar la vida

de la gestante o para evitar un mal grave y permanente en la salud de ésta.

Las mujeres embarazadas, cuya vida o salud están en riesgo, lamentablemente tienen acceso limitado a esta atención médica y muchas recurren a un aborto clandestino e inseguro, que pone doblemente en riesgo sus vidas. Un gran obstáculo, es la ausencia de una Guía Clínica Nacional (protocolo de atención) que oriente y brinde directrices a médicos para realizar la atención del aborto terapéutico con calidad y seguridad.

C. Derecho de objeción de conciencia al aborto terapéutico.

Dentro de los supuestos de objeción de Conciencia debemos prestar atención, en primer lugar, al supuesto de objeción de conciencia al aborto, respecto del cual se han suscitado divergencias en cuanto a la despenalización de éste como se pueden ver en diversos países. Si bien el aborto se trata de un tipo penal, como ya se dijera, hay un supuesto al que no le

concierno ninguna pena y es el Aborto Terapéutico.

Podemos directamente referir que el titular del derecho a la objeción de conciencia al aborto terapéutico vendría a ser el personal médico que presta sus servicios para cualquier institución de salud en cuanto a que éste podría negarse a practicar actos que se traduzcan en la no intervención en operaciones dirigidas a truncar el nacimiento del nasciturus (que es como se denomina en Derecho al concebido y no nacido).

Es evidente, la intervención de un médico en éste tipo de acto quirúrgico, por su especial cualificación en la materia; sin embargo, existen otros profesionales que se encuentran participando de forma directa en el acto abortivo y que no es personal médico propiamente dicho; sin embargo a fin de seguir los lineamientos de la presente investigación nos referiremos únicamente a los médicos gineco-obstetras como titulares del derecho a la Objeción de conciencia al aborto terapéutico.

En estas situaciones, el médico, a la luz de sus conocimientos y adecuada competencia, realiza un juicio de proporcionalidad de todos los efectos previsibles para la madre y el o los fetos, que le permita decidir una acción, como por ejemplo inducir el parto o realizar una operación cesárea, orientada al bienestar de sus dos o más pacientes. En estas condiciones nos hallamos frente a una acción claramente terapéutica, cuyo objetivo final es salvar las vidas que se encuentran o podrían encontrarse en peligro. Este fin se pretende alcanzar a través de una acción moralmente lícita que entra dentro de las decisiones que el médico habitualmente toma en estas circunstancias, pero el conflicto surge en aquellos casos en que por diversas causas el médico se ve obligado a tomar una decisión, en el sentido de realizar o no una intervención cuyo objetivo es terminar con la vida del no nacido.

Si bien los puntos en que se fundamenta el ejercicio de un aborto terapéutico son lo

suficiente razonables, no se puede negar el hecho de que surja una posición en contra de ésta práctica abortiva proveniente del médico que la llevaría a cabo, pues en función a lo que le dictamina su conciencia podría considerar negativa su actuación en ese aborto.

Aun cuando sea obligatoria la actuación del médico frente a una gestación que complique la vida de la madre o pueda causar daño en la salud de ésta, el médico puede negarse a efectuar un aborto terapéutico si considera contrario a sus creencias ético-religiosas fundamentando:

- **Consideraciones del *naciturus* y su Derecho a la Vida.**

Nuestra Constitución consagra tanto el derecho a la vida y a la integridad física de las personas, como la protección del que está por nacer, bajo este régimen, atentar en contra de la vida de un ser humano que se encuentre tanto dentro como fuera del seno materno no solo

es un ilícito penal, sino también constitucional.

El ser humano goza de este derecho, que le es inherente simplemente por ser tal, por el hecho de haber sido concebido; esta idea puede mover al médico para que decida no practicar el aborto terapéutico por considerar ir en contra el Derecho a la vida de un ser humano y mucho más si considera que interrumpe el cumplimiento de un destino personal, de un "proyecto de vida".

En este sentido puede el médico inclinarse a la protección del embrión en cuanto a que lo considera como un ser humano que se inicia y puede tener un valor indescriptible para la sociedad, respecto de la gestante que ya tuvo una oportunidad de desarrollo de vida.

- **Consideraciones del nasciturus como paciente.**

La relación entre un médico y otro ser humano surge habitualmente de una petición de ayuda, referida a una dolencia, de alguien que de alguna manera se siente enfermo y solicita que otra persona, a la cual considera calificada para ello, lo ayude, constituyéndose así la relación médico - paciente. La obligación que surge en este vínculo compromete al médico con su paciente incluso contra la posición de sus familiares, si el bien de esta persona a su cuidado así lo amerita.

Para muchos de los médicos es difícil reconocer en el embrión a una persona, constituido por una interioridad de naturaleza racional o inteligente, es decir humana; pero para otros el hecho de no ejercer las operaciones propiamente humanas por tenerlas en estado potencial, no determina que no exista un sujeto de naturaleza racional, sólo indica que las

operaciones más propias del hombre y que lo especifican como tal no se expresan por falta de desarrollo de los órganos corporales necesarios para su ejercicio. Es justamente esa naturaleza personal del embrión lo que funda la relación de paciente respecto del médico.

En este punto cualquier reflexión que haga el médico respecto del feto y del cuidado que se le debe prestar es que se trata de una persona; considerando en que se encuentra frente a dos pacientes (o más, si es un embarazo múltiple), aun cuando uno de ellos no pueda solicitar por sí mismo todavía su protección y cuidado.

Al calificar el médico al feto como uno de sus pacientes responde con una negativa ante la situación de extraerlo del vientre de su madre, aun cuando ésta peligre, pues al realizar la ponderación considera a los dos con la igualdad de pacientes.

- **Consideraciones del nacistirus en base a creencias religiosas.**

El médico, a la luz de la razón y del "ethos" propio de la medicina, puede reconocer el valor absoluto que representa la vida humana inocente y el respeto incondicional que le es debido. Este fundamento racional es iluminado y enriquecido por el reconocimiento de la esencial dignidad que posee el hombre en cuanto creado a imagen y semejanza de Dios. Es en este sentido que puede considerarse que no existe otro valor que pueda considerarse como superior al respeto de la vida de una persona.

Debemos tener en cuenta que para hablar de Objeción de conciencia no debe caer en la cuestión de abuso de derecho sino que el hecho de no practicar el aborto terapéutico a una gestante implica que se cuente con otro médico no objetor, esto vendría a ser congruente con lo que a

nivel internacional encontramos, podemos citar la Declaración de Oslo sobre el aborto terapéutico, de la XXIV Asamblea Médica Mundial de 1979, rectificada por la XXXV Asamblea Médica Mundial de 1983, que en su punto 5 señala que *"si un médico estima que sus convicciones no le permiten aconsejar o bilipracticar un aborto, él puede retirarse siempre que garantice que un colega cualificado continuará dando asistencia médica"*. También los Principios Europeos de Ética Médica, aprobados por la Conferencia Internacional de Órdenes Médicas celebrada en París en 1987, declaran conforme a la ética médica la conducta de negarse a intervenir en el proceso de reproducción o en el caso de interrupción del embarazo, invitando a los interesados a solicitar el consejo de otros compañeros.³⁵

³⁵ COLEGIO MÉDICO DEL PERÚ. Código Deontológico: artículo 18° [en línea] < http://www.cmp.org.pe/doc_norm/codigo_etica_cmp_OCT-2007.pdf > [citado el 22 de mayo del 2013]

D. Límites de la objeción de conciencia al aborto terapéutico.

Debe tenerse presente que lo dicho hasta ahora es aplicable a los casos de aborto que tengan lugar en circunstancias normales y siempre que se cuente con personal que pueda suplir al objetor; sin embargo, puede pensarse también en casos en que los abortos puedan presentarse súbitamente y sea precisa la atención inmediata a la embarazada y no se cuente con facultativos disponibles que estén dispuestos a practicarlos es decir no objetores.

¿Cuál es la solución en estos casos?. Aquí habría que ponderar los intereses jurídicos en conflicto, teniendo en cuenta siempre la necesidad de garantizar los derechos fundamentales básicos ajenos. Como hablamos únicamente de los casos de aborto legalmente reconocidos, estarían en juego la vida y la salud de la embarazada, la salud física o psíquica del feto, que son los bienes jurídicos afectados en los casos de aborto

terapéutico, pues es aquí donde se plantea la disyuntiva entre el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por el médico o la vida de la embarazada; sólo este caso puede ser reconocido como límite pues si incumple con la atención oportuna de la gestante en peligro puede incurrir no sólo en falta administrativa sino incluso penal por la omisión a la asistencia que requería la paciente.

3.2.2 Transfusiones de sangre.

A.Las Trasfusiones de Sangre en el Perú.

La transfusión sanguínea es un procedimiento médico terapéutico que tiene como objetivo corregir la deficiencia de un componente específico de la sangre, en lo que respecta a la capacidad de transporte de oxígeno (componente eritrocitario) o con relación a la función hemostática (plaquetas y/o factores de coagulación), procediéndose a trasfudir la sangre de un donante o componentes de esta necesarios para la estabilidad de un paciente.

Las transfusiones de sangre tienen mucho que ver ahora con la donación de sangre cuyo destino es cubrir una necesidad terapéutica frente a la deficiencia en algún componente sanguíneo. Se rige por una serie de principios médicos y éticos, plasmados en disposiciones legales, con el único fin de garantizar un producto sanguíneo seguro; por ello toda persona candidata a donante, antes de ser considerada como apta para donar, es evaluada previamente, identificándola, con una evaluación física completa y la entrevista personal, dirigidas a captar factores de riesgo tanto para el donante como para el receptor.

En el Perú desde el año 1995 mediante Ley N°26454 se creó el programa Nacional de Hemoterapia y bancos de Sangre, en cuanto a que se declaró de orden público e interés nacional la obtención, donación, conservación, transfusión y suministro de sangre humana; el Decreto Supremo 03-92-SA contiene el Reglamento de dicha ley, el mismo que define a las transfusiones como actos médicos que deben ser tratados con minuciosidad por quien está a cargo del tratamiento del

paciente. Posteriormente mediante Resolución Ministerial N°628-2006-MINSA de fecha 11 de julio del 2006 aprueba el documento técnico: "Lineamientos de Política del PRONAHEBAS", estableciéndose parámetros a seguir a fin de dar operatividad al funcionamiento de centros de hemoterapia y bancos de sangre, pero sobre todo para motivar a la población, a ser donante voluntario.

A la actualidad el PRONAHEBAS realiza diversas campañas motivacionales con el fin de concientizar a la gente para que realice una donación de sangre, y por otro lado se ha tratado de afianzar el cuidado y correcto funcionamiento de los Centros de Hemoterapia y Bancos de sangre, dirigiendo la mirada siempre al control del elemento sanguíneo, para que no existan problemas posteriores en el receptor.

B. Las Trasfusiones de Sangre y el Derecho a la Objeción de Conciencia

Se ha considerado entre los casos típicos de objeción de conciencia a aquél según el cual un

paciente, perteneciente a la confesión religiosa de los Testigos de Jehová, que necesita una transfusión de sangre para salir del estado de enfermedad en que se halla, se niega a la misma porque así se lo prohíbe su religión, es decir los miembros de este grupo consideran prohibición divina la trasfusión de sangre basada en una interpretación literal de ciertos pasajes de la Biblia que la mayor parte de la Doctrina ha situado en el siguiente literal: "*Si un israelita o un extranjero que habita entre vosotros come cualquier clase de sangre, yo me volveré contra él y lo extirparé de su pueblo*" (Levítico 17,10). Los Testigos de Jehová parten de la base en la que identifican la sangre con la vida, de tal forma que consideran que dar sangre es dar vida, suplantando de esta manera el papel de Dios como único señor capaz de dar y quitar vida³⁶.

Sin embargo, la consideración de la negativa de un Testigo de Jehová frente a la trasfusión

³⁶ SOCIEDAD BÍBLICA CATÓLICA INTERNACIONAL. *Biblia Latinoamericana*:. 162^{va} Edición. España: Editorial Artes gráficas Carasa S.A.

Otros de los fundamentos Bíblicos los encontramos, en Levítico 7, 26-27, Deuteronomio 12, 23-25; 15, 23 y Hechos de los Apóstoles, 15, 20; 28 y 29; 21, 25. En la misma argumentación se va a fundar la práctica de los Testigos de Jehová de desangrar a los animales que después se comerán.

de sangre, como caso típico de objeción de conciencia, ha generado diversas dudas ante las cuales se han planteado razonamientos, conllevando al problema de la ponderación de los derechos en juego: no podemos ceñir el análisis a la sola perspectiva de la libertad religiosa y de conciencia; entran en juego otros derechos de la persona como el derecho sobre el propio cuerpo, el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho deber que corresponde a los padres en relación con la vida, la salud y la educación de sus hijos; estos derechos además, colisionan, en los supuestos de objeción de conciencia, con el interés del Estado en preservar la vida y la salud de sus ciudadanos junto con el interés en mantener la integridad ética de la profesión médica, cuyo objeto es procurar la salud de quienes se confían a su cuidado; es decir, de la misma forma que hemos visto que un paciente Testigo de Jehová se puede negar a que se le practique una hemotransfusión, puede ocurrir que un médico perteneciente a la confesión religiosa de los Testigos de Jehová, se niegue a aplicar el tratamiento médico oportuno correspondiente a una trasfusión de

sangre, en base a los principios de dicha confesión.

En consecuencia, resulta casi obvio decir que estamos, de nuevo, ante un conflicto de intereses. Y es que no podemos perder de vista las circunstancias en las que nos encontramos, es decir, se trata de una persona cuyo estado de salud no es bueno y que necesita de una transfusión de sangre para que dicho estado mejore. Por tanto, está en juego el derecho a la protección de la salud del enfermo, reconocido constitucionalmente, frente al derecho a la Objeción de Conciencia del médico, cuya pertenencia a dicha confesión religiosa le va a impedir practicar la transfusión de sangre.

- **Fundamentos de los médicos Testigos de Jehová en contra de la realización de terapias de Transfusión de sangre.**

Los Testigos de Jehová, es el nombre con el que se hacen llamar los miembros de la Congregación Cristiana de los Testigos de Jehová, por lo que se le incluye en una de las

religiones más grandes del mundo, que es el Cristianismo; este grupo religioso existente en muchos países el mundo, afirma ser una restauración del cristianismo primitivo basada en la interpretación inspirada de la Biblia.

Si bien como cualquier otra agrupación cristiana, tienen su propia doctrina y dogmas, que para muchos resultan de por sí son ideas totalmente descabelladas e inhumanas, pero que por un Derecho Constitucional son amparadas por el Estado. Uno de los más grandes problemas se ha suscitado por animadversión de Un Testigo de Jehová a cualquier tratamiento a base de sangre o que tenga que ver con los componentes de esta.

Si bien el testigo de Jehová se opone a cualquier tratamiento de hemotrasfusión, debemos ponernos en el lugar del médico que debe realizar dicha terapia pero que por sus creencias se niega a hacerlo, pues de él, viene a depender una vida humana.

Los fundamentos de la negativa de un médico se basan en razones religiosas más que

médicas, señalando como una de las salidas la posibilidad de realizar operaciones complejas sin transfusiones sanguíneas. Hubo un tiempo en que los profesionales de la salud pensaban que la medicina sin sangre, era muy arriesgada y hasta tildaban de suicidas a los pacientes que la solicitaban. Pero ese punto de vista ha cambiado en los últimos años pues la cirugía sin sangre será en el futuro algo cotidiano y habitual, pues miles de médicos de todo el mundo están utilizando técnicas de ahorro de sangre para efectuar operaciones complejas sin transfusiones. Dichas alternativas se encuentran disponibles hasta en países de escasos recursos, y muchas personas que no son Testigos las solicitan.

- **Fundamentos éticos respecto de las trasfusiones de sangre.**

No sólo las cuestiones religiosas pueden entrar a tallar al momento de fundamentar una objeción de conciencia a un trasfusión de sangre, pues los fundamentos éticos resultan ser igual de importantes, pues el médico especializado puede considerar a razón de su

ética, que la trasfusión de sangre se trata de una técnica incierta creando una inquietud respecto de enfermedades que se transmiten por la sangre (por ejemplo, VIH, hepatitis). En nuestro país no hemos sido ajenos a los problemas suscitados por la trasfusión de sangre infectada, esto puede generar un trastoque en la conciencia del médico, mucho más si se considera las complicaciones que genera una trasfusión.

Por otro lado a la vanguardia de los avances tecnológicos puede considerar el médico objetor que se han descubierto elementos que se reemplazan a la sangre igual de efectivos que una trasfusión normal, optando por la cirugía y la medicina sin sangre con la finalidad de conservar y reinfundir la sangre del mismo paciente (en lugar de infundir sangre donada) o utiliza medicamentos que incrementen la producción de sangre del paciente³⁷.

³⁷ NYU. LANGONE MEDICAL CENTER. Cirugía sin sangre [en línea]. <<http://www.med.nyu.edu/content?ChunkIID=657685>>. [citado el 23 de mayo del 2013]

C. Las transfusiones de sangre en relación al Código Deontológico.

Debemos traer a colación el Código Deontológico de la profesión médica, que establece ciertas obligaciones del médico que podrían entrar en contradicción con el ejercicio de la práctica de las hemotrasfusiones. Así, el título I del Código de Ética y Deontología Médica, señala los principios éticos en la medicina declarando como uno de estos el rol de la medicina orientada en el respeto a la vida y el logro de la más alta calidad de la misma, este y los demás principios giran en torno a la idea de que la profesión médica está al servicio del hombre y de la sociedad, estableciéndose como deberes primordiales del médico el respeto de la vida humana, la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad.

Por otro lado, el médico debe lealtad absoluta a su paciente y la salud de éste ha de

anteponerse a cualquier otra conveniencia a fin de asegurar sus derechos³⁸.

En consecuencia, la negativa del médico a transfundir sangre de un donador a un paciente porque así se lo prohíbe su religión podría ir en contra de los mandatos de su Código Deontológico. Ahora bien, si hablamos de un Código deontológico del médico es innegable que éste, faculte la abstención a ciertas prácticas que vayan en contra de su conciencia, mucho más si cuenta con un instrumento legal en el que puede amparar su negativa cuando vea perjudicadas sus creencias.

La fundamentación del Derecho a la objeción de Conciencia debe estar fundamentada en la posibilidad de que sea otra la persona que realice la hemotrasfusión o transfusión de sangre o que se pueda utilizar un tratamiento alternativo, a fin de que no se perjudique a un tercero con la negativa del médico y exista una

³⁸ CÓDIGO DE ÉTICA Y DEONTOLOGÍA DEL COLEGIO MÉDICO DEL PERÚ. Artículo 63°. El respeto de los derechos del paciente: *"El médico debe respetar y buscar los medios más apropiados para asegurar el respeto de los derechos del paciente, o su restablecimiento en caso que éstos hayan sido vulnerados"*. En: http://www.cmp.org.pe/doc_norm/codigo_etica_cmp_OCT-2007.pdf [citado del 22 de mayo del 2013]

salida a la controversia, está demás decir que la Objeción de conciencia es un Derecho Fundamental de la persona y que su ejercicio debe ser garantizado por el Estado.

D. Límites de la Objeción de Conciencia en los casos de transfusiones de Sangre.

A fin de delimitar el ejercicio del Derecho a la Objeción de conciencia del médico frente a las terapias de hemotransfusión se debe tener en cuenta que hay casos en los que mediante una ponderación de derechos la conciencia del médico queda subrogada por el derecho a la Vida.

Y, salvo determinados casos, el médico podrá ejercer su negativa a practicar hemotransfusiones si ello va contra sus creencias religiosas

1. Pacientes sin necesidad "apremiante" de transfusión.

Existen casos en los que el paciente requiere una transfusión de sangre

es aquí donde se ponen en juego el derecho a la propia salud del paciente y el derecho a la objeción de conciencia del médico, no hacemos referencia al Derecho a la vida directamente porque queremos señalar primero los casos en los que el paciente tiene una pérdida de sangre pero aun su vida no está en peligro.

Por tanto, lo lógico a fin de que se pueda ejercitar el Derecho a la Objeción de Conciencia, será que tales prácticas sean hechas por otros médicos pertenecientes al mismo hospital y a los que se les dé informe completo de la situación del paciente, ya que la transfusión debe estar a cargo del médico tratante el mismo que ha tomado el papel de objetor, así mismo se le informará al paciente o en defecto a sus familiares de que será diferido a otro médico³⁹.

³⁹ En el Decreto Supremo N° 03-95-SA que contiene el reglamento a la Ley N° 26454, estipula en su Artículo 30° que: "La transfusión de sangre se efectuará bajo el control del personal médico que tenga a su cargo el tratamiento del paciente; por otro lado el Código deontológico en su Artículo 63 literal J, señala como uno de los derechos del paciente el "recibir una explicación completa en caso que haya de ser referido a otro médico o establecimiento de salud (...)". En:

Otra es la visión si se llegara al caso extremo de que no hubiera ningún médico en dicho centro dispuesto a practicarlas o que no hubiera otro médico más, este hecho no determina que el médico deba trasfundir al paciente de forma obligatoria, pues retomando lo de la no gravedad cabe la posibilidad de que el enfermo sea derivado a otros centros concertados con aquél donde le sería practicada dicha hemotransfusión sin problemas de esta clase, recalcando nuevamente que el paciente no se encuentra en un estado donde la hemotrasfusión signifique la vida o la muerte.

2. Pacientes graves en shock hipovolémico.

El shock (choque) hipovolémico es una afección de emergencia en la cual la pérdida grave de sangre y líquido hace que el corazón sea incapaz de bombear suficiente sangre al cuerpo. Este tipo de

<http://www.minsa.gob.pe/portada/Especiales/2010/donasangre/Archivos/bases/DS%20003-95-SA-%20Reglamento%20de%20ley%20%2026454.pdf> [citado el 24 de mayo del 2013]

choque puede hacer que muchos órganos dejen de funcionar, es aquí donde podemos señalar que un paciente se encuentra entre la vida y la muerte y que la hemotrasfusión significaría salvarlo.

Si hablamos de un Shock hipovolémico debemos tener en cuenta que existe una pérdida de aproximadamente una quinta parte o más del volumen normal de sangre en el cuerpo. El shock hipovolémico puede ser ocasionado por pérdida de sangre en: sangrado de las heridas, sangrado de otras lesiones, sangrado interno, etc. O por pérdida de otros líquidos corporales que hacen que disminuya la sangre circulante, lo cual puede suceder con: quemaduras, diarrea, transpiración excesiva, vómitos, etc.

Cuando hablamos de un shock hipovolémico nos encontramos frente a casos de gravedad o urgencia vital, en los cuales los bienes jurídicos en juego cambiarían respecto del supuesto anterior, ya que aunque seguiría estando presente el derecho a la objeción

de conciencia del médico, el bien jurídico relativo al paciente sufriría una transformación, porque dejaría de estar en juego el derecho a la salud del paciente, para ser el derecho a la vida el bien jurídico a proteger, y está claro que prevalecería el segundo, no cabiendo opción al médico de no actuar y no practicar la hemotransfusión por encontrarse en peligro la vida del paciente, aunque ello violente su conciencia. Por tanto, en este caso extremo, el derecho a la objeción de conciencia del médico decae a favor de la vida del paciente. Además, se debe tener en cuenta que la no actuación del médico, en caso de que el enfermo llegara a morir, podría traducirse en un delito de homicidio por omisión, y en el caso de que la muerte no tuviera lugar, la denegación de ayuda por parte del médico en circunstancias extremas para el enfermo daría lugar a un delito de omisión de socorro o de lesiones, si éstas efectivamente se producen.

3.2.5. Esterilización.

Nos introduciremos en el estudio de otra técnica médica que puede, en teoría, producir problemas de conciencia al médico que la va a llevar a cabo. La determinación final de la posibilidad de que un médico pueda ejercer su derecho a la Objeción de Conciencia ha de ir precedida del estudio de la técnica ante la cual presenta su negativa para aplicarla, es por esto necesario conocer a que nos estamos refiriendo con el término esterilización obviamente desde el punto de vista médico, ya que la esterilización puede tener diversos significados.

La esterilización puede entenderse desde dos puntos de vista. En primer lugar, como sinónimo de destrucción o eliminación total de gérmenes patógenos, tomando este concepto desde el punto bacteriológico, ya que el instrumental utilizado en cualquier intervención al paciente, debe ser liberado de cualquier germen que pueda transmitirse al momento de la práctica médica.

Por otro lado la esterilización puede tener otro significado, que, a la postre, será el que nos interese; refiriéndonos a esterilización como un término general que consiste en la acción dirigida a la eliminación o supresión de las posibilidades de reproducción de un ser vivo, es este último concepto el que interesa a la presente investigación indistintamente de la forma a través de la cual tenga lugar la esterilización que no va a ser la misma en todos los casos, pues existen diversos métodos que se utilizan como los quirúrgicos, químicos, hormonales o radiactivos. El método más comúnmente utilizado en la praxis médica es el quirúrgico, conocido como vasectomía en el caso de los hombres y ligadura de trompas en las mujeres, los mismos que dan lugar a la anulación de la capacidad para engendrar (*capacitas generandi*) permanente lo que no garantiza que sea definitiva, es este punto debemos diferenciarla de la castración que conlleva a la extirpación de los órganos genitales y la consecuente pérdida de la libido o capacidad para copular

En conclusión, y teniendo como base lo señalado, es posible definir la esterilización como

aquella intervención o procedimiento, generalmente quirúrgico, que ocasiona la pérdida de la capacidad para engendrar (*capacitas generandi*) en la persona que la sufre, sin extirpación o ablación de sus órganos sexuales, esto es, manteniendo incólume su capacidad para copular.

Mediante la Norma Técnica de Planificación Familiar aprobada por la Resolución Ministerial 536-2005/MINSA de fecha 14 de julio del 2005 se da a conocer como uno de los métodos anticonceptivos la Atención quirúrgica Voluntaria que tiene como finalidad directa la incapacitación del sujeto esterilizado para engendrar hijos. Hay que hacer notar que todos los tipos de esterilizaciones van a tener esta consecuencia. Sin embargo, en unos casos la capacidad para procrear se busca directamente (como es el caso de la esterilización anticonceptiva) y en otros es consecuencia de la intervención que se ha hecho por motivos de salud (esterilización terapéutica).

**A) La objeción de conciencia del médico gineco-
obstetra ante la esterilización.**

Una vez explorado el término esterilización, a grandes rasgos, lo que concierne es analizar si es posible el ejercicio del derecho de objeción de conciencia a la práctica de una esterilización.

El médico debe dirigir su praxis no sólo a salvar vidas sino a lograr calidad de vida y de salud de sus pacientes teniendo en cuenta que las conductas y comportamientos en la esfera sexual y de reproducción influyen de forma determinante, es necesaria por esto la información oportuna en lo concerniente a salud sexual y reproductiva, obviamente dentro de estos temas saldrá a la luz las conocidas anticoncepciones quirúrgicas voluntarias femeninas y masculinas (ligadura de trompas y vasectomía), las mismas que no están castigadas penalmente si se cumplen los lineamientos establecidos por el médico tratante.

En el ínterin de la práctica médica pueden aparecer pacientes que hayan decidido optar por la anticoncepción quirúrgica con el fin de no tener

más descendencia, pero también casos en los que sea indispensable este tipo de prácticas para no generar problemas en la madre o a futuro en el niño. Al respecto, hay que afirmar que la negativa del médico a practicar una esterilización con fundamento en su derecho a la objeción de conciencia ha de basarse en razones concretas, que han de tener que ver con sus creencias o convicciones, ya sean estas religiosas o éticas.

Para algunas sectas religiosas cualquier esterilización que por sí misma o por su naturaleza y condiciones propias, tiene por objeto inmediato que la facultad generativa quede incapacitada para la procreación, queda absolutamente prohibida, por lo que el médico objetor adepto a dicha creencia puede negarse a la práctica de dicha técnica.

Desde el punto de vista ético el médico puede considerar que la esterilización con la esterilización no se busca el bien integral rectamente entendido de la persona, salvo en el orden de las cosas y bienes, pues existen otros métodos igual de efectivos sin necesidad de que

exista una manipulación arbitraria e innecesaria del cuerpo humano.

El único Límite que se podría presentarse en la práctica de una esterilización es la referida a la esterilización indirecta que a diferencia de la directa no ataca a la reproducción, sino que se presenta cuando existe una necesidad apremiante de extirpar un órgano base para la procreación, por ejemplo la extirpación del matriz o útero por la presencia de cáncer, solo en esta situación resulta imposible objetar.

3.2.6. Reproducción Humana Asistida.

A. Reproducción Humana Asistida en el Perú.

Otro supuesto que merece la pena ser analizado en relación al hipotético ejercicio del derecho de objeción de conciencia por parte de los médicos, es el relativo a la reproducción humana asistida.

Actualmente en el Perú no existe una ley específica que regule las nuevas técnicas

de reproducción asistida ya son utilizadas por muchas mujeres que presentan problemas para procrear. La Ley General de Salud en su artículo 7° del Título I "De los derechos, deberes y responsabilidades concernientes a la salud individual", estipula que: "Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida (TRA) siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos". En el mencionado artículo se señala algo importante en cuanto a que la condición madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona, de acuerdo a esto quedan en desventaja aquellas mujeres que teniendo gametos sanos poseen una anomalía en su sistema reproductor que les impide albergar al feto es decir aquellas que por alguna enfermedad genética nacieron sin

ovarios o aquellas en las que los ovarios han sido extirpados por cáncer u otras enfermedades generales.

Por otro lado, la mencionada ley refiere que para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos limitando el derecho de algunas mujeres que han alcanzado una edad determinada pero que no cuentan con pareja estable.

Estos y otros indicadores nos hacen pensar que en el Perú aún existe cierto celo para regular las TRA debido a los diversos problemas jurídicos que acarrearía por ejemplo la utilización de gametos donados.

B. Descripción de las Técnicas de Reproducción Asistida utilizadas en el Perú.

Es necesario para describir a grandes rasgos las TRA utilizadas en nuestro país, técnica que consiste en el tratamiento de la

infertilidad o esterilidad a través de la manipulación de gametos.

En primer lugar mencionaremos a la Inseminación Artificial, que consiste en llevar el semen del marido o varón de la pareja o de un donante a la vagina o al útero de la mujer receptora, todo esto se deberá hacer en el momento adecuado, es decir, en el momento de la ovulación por parte de la mujer, para lo cual se ha de monitorizar dicha ovulación.

En segundo lugar, la fecundación in vitro será la que puede lograrse en el laboratorio y en las condiciones adecuadas cuando se ponen en contacto óvulos con espermatozoides, uno de los cuales lo fertiliza. Una vez conseguida la fecundación in vitro, se procede al traslado o "transferencia" de los embriones al interior del útero de la mujer.

En tercer lugar, la transferencia intratubárica de gametos, que consiste en poner los óvulos en contacto los espermatozoides en el interior de la trompa de Falopio, en el mismo acto de

obtención de los óvulos. Normalmente, esta técnica se utiliza cuando fracasa la Inseminación artificial.

C. El ejercicio del Derecho de Objeción de conciencia del médico respecto de las Técnicas de Reproducción Asistida humana.

Lo que hemos visto en el apartado anterior, son supuestos relacionados con las técnicas de reproducción asistida que pueden plantear sin lugar a dudas, problemas éticos. Ya hemos tenido ocasión de mencionar que no todos estos supuestos están permitidos por la legislación peruana. Por tanto, lo que ahora toca es el análisis en torno a la posibilidad de que, en los supuestos permitidos por la ley, pueda ejercerse la objeción de conciencia por parte de médicos gineco- obstetras.

De todas las posibles conductas analizadas como problemáticas en relación con estas técnicas, la ley va a prohibir la ovodonación, la gestación subrogada y la selección de sexo sin finalidad terapéutica.

Cuando hablamos de objeción de conciencia hay que partir de la base de que la negativa a la obediencia de determinadas obligaciones en que se traduce aquélla sólo puede predicarse respecto de conductas permitidas por la ley. El considerar la objeción como un derecho fundamental supone partir de un doble presupuesto, ya que por un lado La Constitución peruana tiene una eficacia directa su actuación no puede quedar limitada por la ley, y por otro lado, como derecho de todo ciudadano, debe gozar de una presunción de legitimidad constitucional, apreciando su validez *a priori*, debiendo demostrarse lo contrario.

La falta de regulación sobre el tema de la objeción de conciencia ha provocado una gran disyuntiva en otros países, pero en el nuestro un desconocimiento total del verdadero e importante ejercicio del mismo por lo que no es posible presentar un cuerpo doctrinal preciso sobre la objeción de conciencia en nuestro Derecho.

La objeción de conciencia a la reproducción asistida tiene muchas similitudes con la objeción de conciencia al aborto. En ambos supuestos se trata de una negativa por parte del personal médico a realizar una acción que deberían de realizar debido a su profesión, también se parece en la fundamentación básica ya que en ambas objeciones se da un doble vía, la vía deontológica o ético-moral y la vía de la moral religiosa.

La objeción de conciencia a la reproducción asistida podemos decir que se trata de una negación por parte del personal médico a realizar ciertas tareas o funciones correspondientes a su profesión como puede ser la oposición a la práctica de las técnicas de fertilización, a las técnicas de manipulación de embriones, a la realización de las pruebas pertinentes para emitir el "consejo genético", etc.

- **Fundamentación Ético- Moral.**

En cuanto a la fundamentación de la vía deontológica- médica La objeción de conciencia en general efectuada por el médico se está convirtiendo en un fenómeno cada vez más utilizado en el Perú, llevando esto a que surjan cada vez más dudas sobre su aplicación. El número de casos donde se presenta la objeción de conciencia son cada vez más numerosos.

Uno de los puntos donde empieza a existir disparidad de opiniones con el surgimiento de la técnica de reproducción asistida es cuando se hace referencia a la cuestión de cuándo se inicia la vida humana, cuestión también muy debatida que provoca una infinidad de opiniones contrapuestas, que hacen que lo que para algunos se encuentra dentro de la ética para otros conlleva a que se incumpla sus principios morales y éticos.

Para los objetores de conciencia la realización de ciertas prácticas del ámbito sanitario provoca una contraposición con sus principios éticos y morales, siendo defensores de la objeción de conciencia a la hora de oponerse a técnicas como la reproducción asistida, del aborto, etc.

La resistencia del médico a realizar determinados actos ordenados por la autoridad debido a motivos éticos o religiosos es una acción de gran dignidad ética, cuando estas razones sean argumentadas por motivos de gran seriedad, sinceridad y constancia, sobre todo este último motivo pues no se podrá argumentar Objeción de conciencia, solo en determinados casos. El médico objetor debe sentir una total oposición hacia ese acto, como es la práctica de la reproducción asistida, pues el cumplir esos actos se asemejaría a traicionar su propia identidad y conciencia.

Es importante que al momento de producirse esta situación el médico informe sin demora de las razones de su abstención, ofreciendo en su caso el tratamiento oportuno al problema por el que se le consultó. Siempre respetará la libertad de las personas interesadas en buscar la opinión de otros médicos tal como lo señala el Código Deontológico del Médico peruano⁴⁰.

Se debe defender al médico objetor frente a toda acción que disminuya su libertad o le discrimine; pues para muchos parecerá absurda la negativa del médico a realizar este tipo de prácticas. La objeción de conciencia no puede ser para los médicos objetores ni una ventaja ni una desventaja, pues no puede dar lugar ni a castigos por realizar la objeción, ni a beneficios que redujeran su carga de trabajo o lo excluyese de servicios molestos (librarse de la realización de la

⁴⁰ Código Deontológico en su artículo 75°: "Es deber del médico tratante informar al paciente que tiene derecho a solicitar una segunda opinión si lo considera conveniente".

práctica que objeta y no cambiarla por otra práctica, por ejemplo). El médico debe cumplir con la tarea que se le asigne para sustituir la abstención la práctica de la reproducción asistida humana por razón de conciencia.

- **Fundamentación Religiosa.**

En cuanto a la posición de la religión es indiscutible que de las cinco religiones existentes en el mundo la protección a cuestiones que tengan que ver con la vía son temas casi cerrados, en los que no cabe la posibilidad de admitir algún método para dar vida o para extinguirla, pero no todas las religiones son de por sí radicales en cuanto a la utilización de las TRA, por ejemplo la religión del islam si permite ciertas técnicas siempre y cuando no desvirtúen la esencia de la relación matrimonial, es decir que la intervención de terceros como donantes de gametos es de por sí inaceptable.

Las técnicas de reproducción asistida suscitan un gran debate entre las religiones pero sobre todo sobre en la religión cristiana que surgen dos puntos de vista uno por parte de la Iglesia católica y otro por la Iglesia protestante. Por un lado la Iglesia Católica se opone totalmente a esta técnica afirmando que: "la mujer y el hombre no dan la vida, sino que son depositarios de una voluntad divina", considerando, por tanto, que desde el momento de la fecundación el ser humano tiene plena autonomía y que el cuerpo de la mujer es un "mero instrumento divino", en conclusión, desde ese primer momento se considera ser humano ya que tiene "alma". Pero por otro La Iglesia no se opone totalmente, simplemente éstos se oponen a la producción de embriones por técnicas de reproducción asistida que no sea con la finalidad de llevar a término su gestación sin que haya excedentes que tengan luego que congelarse o destruirse, también se opone al uso o manipulación de dichos embriones con fines terapéuticos u otros

que no tengan por objeto el beneficio del propio embrión. Si eso sucediera se consideraría un atentado contra la dignidad o la vida de seres humanos inocentes.

Es por esto posible dar como fundamento religioso la pertenencia a una creencia religiosa de la que lleve práctica constante, es decir que no sólo tendría que argumentar la pertenencia a un tipo de religión sino que además debe de sustentar la práctica constante de los preceptos de dicha religión.

3.2.7. Trasplantes de Órganos y tejidos.

En la investigación de los casos concretos en los que puede plantearse la objeción de conciencia del personal sanitario, no podemos olvidar el estudio del supuesto de los trasplantes de órganos y tejidos.

A nadie se le escapa la bondad de la función que cumplen las técnicas de trasplantes de órganos y tejidos, a través de las cuales una

persona, alguno de cuyos órganos no funciona adecuadamente o en absoluto, puede llegar a obtener un órgano de otra persona, viva o muerta, a través de una donación. Por tanto, el planteamiento parece idílico, puesto que a través de los trasplantes puede llegar a conseguirse que una persona enferma, cuya supervivencia pasa por su conexión constante a una máquina pase a llevar una vida normal o casi normal.

Ahora bien, la práctica de los trasplantes ha planteado ciertas cuestiones de tipo técnico que no podemos soslayar pero a éstas deben añadirse cuestiones de tipo moral, que realmente son las que podrán interesarnos posteriormente en orden al planteamiento de una posible objeción de conciencia por parte del personal médico.

a. Trasplantes de órganos en el Perú

La Organización Mundial de la Salud, (OMS) señala principios rectores respecto de las técnicas de Trasplante de Órganos Humanos

y tejidos, teniendo como base la no obtención de lucro por las partes intervinientes en la técnica. La finalidad de los principios rectores es proporcionar un marco ordenado, ético y aceptable para la adquisición y trasplante de células, tejidos y órganos humanos con fines terapéuticos⁴¹.

Los principios rectores señalados por la OMS podemos resumirlos en los siguientes puntos:

- Podrán extraerse células, tejidos y órganos del cuerpo de personas fallecidas previo consentimiento legal, pero los médicos que determinen la muerte de un donante potencial no deberán participar en ninguna de las etapas del trasplante.
- Los adultos vivos podrán donar órganos de conformidad con la reglamentación nacional teniendo una relación con el receptor bajo un consentimiento informado y voluntario del donante.

⁴¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Principios Rectores de los trasplantes de órganos y tejidos* [en línea]. < http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22sp.pdf > [citado el 13 de junio del 2013]

- No deberán extraerse células, tejidos ni órganos del cuerpo de un menor vivo para fines de trasplante, salvo ocasiones determinadas por ley
- Toda donación se realizará a título gratuito impidiendo a todo profesional la realización de un trasplante bajo estas circunstancias.
- Se permitirá la promoción de la donación altruista de células, tejidos u órganos humanos mediante publicidad o llamamiento público, de conformidad con la reglamentación nacional.
- Los centros y profesionales de la salud que participen en procedimientos de obtención y trasplante de células, tejidos u órganos no deberán percibir una remuneración superior a los honorarios que estaría justificado recibir por los servicios prestados, lo que generará equidad en el trato a todos los posibles receptores y la adecuada seguridad en todo el procedimiento garantizando siempre la protección del anonimato personal y la privacidad de los donantes y receptores.

En el Perú nuestra legislación prevé la práctica de los trasplantes sin dejar de lado los principios rectores de la Organización Mundial de la Salud, sino que los encuadra en su legislación.

El Código Civil de 1984 regula los actos de disposición del cuerpo humano, así como de los órganos y/o tejidos que no se regeneran, sin perjuicio grave de la salud o que reduzcan, aunque sensiblemente, el tiempo de vida. Quedan prohibidos estos actos si forman una disminución permanente a la integridad física o cuando, de alguna u otra manera, sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres⁴². Los actos de cesión pueden ser hechos por el cedente en vida, el cedente puede revocar su decisión no dando lugar al ejercicio de ninguna acción.

Las actividades y procedimientos relacionados con la obtención y utilización de órganos y/o tejidos humanos con fines de

⁴² RIQUELME FLORES, Jarecca. *Comentarios al Código Civil*. Primera Edición. Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L. ,2007,pág 12-13

donación y trasplantes son regulados en nuestro país por la Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, Ley N° 28189; teniendo como finalidad encuadrar jurídicamente situaciones que se refieran, de una u otra manera, a la extracción de órganos y/o tejidos para ser injertados en seres humanos, la mencionada Ley contempla todo lo relacionado a los trasplantes de órganos, tanto de seres vivos como también extirpación de piezas anatómicas de cadáveres.

La Ley 18189 incorpora un párrafo al artículo 318° inciso 3 del Código Penal, estipulando una pena para quien sustrae un cadáver o una parte del mismo por fines de lucro; del mismo modo incorpora el artículo 318-A° referente al delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos⁴³.

⁴³ SISTEMA PERUANO DE INFORMACIÓN JURÍDICA. Código Penal Peruano [en línea].
<<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>> [citado el 21 de junio del 2013].

Mosquera Vásquez citando a Niceto Blásquez menciona las siguientes clases de trasplante de órganos⁴⁴:

- **Trasplante autoplástico:** llamado también autotrasplante o autoinjerto, se trata de trasplantes dentro del mismo cuerpo o traslado de tejidos de un lugar a otro dentro del mismo organismo.
- **Heteroplástico aloplástico:** llamado también xenotrasplante⁴⁵ se da cuando el donante es un animal y el receptor una persona.
- **Homoplástico de vivo a vivo:** es el trasplante de tejidos y órganos de un organismo humano vivo a otro organismo humano vivo.
- **Homoplástico de muerto a vivo:** es el trasplante de tejidos y órganos de un cadáver a un organismo humano vivo; aquí de lo que se trata es de usar el cadáver humano como material de repuesto biológico.

⁴⁴ Mosquera Vásquez, Clara. *Comentario al artículo 6° del Código Civil Peruano*. En: *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo I. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pág.127.

⁴⁵ MINISTERIO DE SALUD DEL PERÚ. *Reglamento de la Ley de donación de trasplante de órganos* [en línea]. <<http://www.minsa.gob.pe/premio/archivos/legal/Regl LeyDonac Transpl.pdf>> [citado el 21 de junio del 2013]. El Reglamento de la Ley de donación de trasplante de órganos en su artículo 2° incluye como uno de sus términos a los xenotrasplantes indicando que este tipo de trasplante se produce cuando donante y receptor son de distinta especie.

b. Trasplante de Órganos y la Objeción de Conciencia

La labor del médico especialista se basa en asistir al paciente y velar por su salud, sin embargo en este proceso los profesionales pueden enfrentarse a situaciones y procedimientos que, por razones científicas o éticas, juzgan inadecuada su realización, y es aquí cuando nos encontramos con el derecho de Objeción de Conciencia.

La objeción de conciencia debe ser reconocida entre los derechos de los profesionales de la salud en general pues resulta lógico que el médico cirujano especializado no sea obligado a actuar en contra de sus convicciones. La negación de este derecho afecta uno de los aspectos más íntimos de la persona humana y resulta un atentado contra la libertad.

Podemos señalar que la objeción de conciencia puede estar fundamentada en creencias religiosas de algunos grupos extremistas pero lo que más relevante es mirar hacia el aspecto ético donde el derecho a la objeción de

conciencia frente a los trasplantes de órganos o tejidos, puede tomar su principal fundamentación.

- **Problemas éticos derivados de los trasplantes de órganos**

La labor del equipo médico cirujano especializado se basa en asistir al paciente y velar por su salud de acuerdo a la rama de la medicina que ha escogido estudiar y profundizar, sin embargo en este proceso dichos profesionales pueden enfrentarse a situaciones y procedimientos que van en contra de su ética por lo que juzgan inadecuada su realización, y es aquí cuando entra a tallar con el derecho de Objeción de Conciencia.

- **El problema ético del trasplante homoplástico**

El problema ético de un trasplante homoplástico radica en la extracción de un órgano de un sujeto vivo y sano, a fin de

trasplantarlo a otro y de ese modo salvar su vida; pareciera esto un problema sin importancia pero el médico cirujano especializado apto para realizar esta práctica puede fundamentar su oposición a la en cuanto a la creencia de que su actuar puede provocar un mal en una persona en función de un bien futuro para ella misma o para otra, es decir su ética le impide llevar a cabo una situación que considera pone en riesgo importante a sujetos sanos en orden a prevenir un riesgo teóricamente mayor, pero en cualquier caso incierto. Pongamos el ejemplo de la extracción de un órgano vital como el riñón, por más que un ser humano cuenta con un par, puede suponer a futuro la lesión importante a un sujeto sano en orden a procurar un beneficio a otro u otros.

El médico cirujano especializado podría pensar que «el fin no justifica los medios» pues se estaría poniendo en riesgo a un ser humano en aras de la protección de otro que ha futuro puede presentar complicaciones.

- **El problema de la experimentación.**

Se puede pensar que al momento de realizarse un trasplante de órganos se utilice seres humanos como conejillos de indias, sin ningún tipo de reparos, aun cuando se tenga establecidos los requisitos éticos que se deben de cumplir los experimentos o ensayos con seres humanos.

Aquí sale a la luz uno de los principales problemas éticos planteados en relación con los trasplantes denominados xenotrasplantes, es decir, el trasplante de órganos o tejidos procedentes de otras especies animales distintas a la de la persona humana.

Desafortunadamente, en la actualidad el número de enfermos que necesitan un órgano es mucho mayor que el número de órganos disponibles para trasplantar, ello lleva a tener que buscar alternativas y soluciones al gravísimo problema de las personas que se encuentran en una lista esperando un órgano que les

permita vivir con el suficiente grado de dignidad, independencia y autonomía. Y una de las alternativas planteadas a este, como decimos, enorme problema ha sido el de los xenotrasplantes.

Sin embargo, este esquema aparentemente idílico es practicado en nuestro país a través del trasplante de piel de cerdos a personas que hayan sufrido quemaduras a fin de que exista una regeneración rápida de las células⁴⁶, lo que para muchos puede resultar una técnica innovadora, al momento de su aplicación puede generar problemas éticos para los médicos que tienen conocimiento de la ejecución de dichas prácticas, por el hecho de la implantación órgano o tejido extraño en el cuerpo de una persona puede generar un rechazo acompañado de perjuicios para la misma tales como enfermedades o infecciones.

⁴⁶ DIARIO LA PRIMERA. *Niños quemados tiene un ángel* [en línea]. <http://www.diariolaprimeraperu.com/online/informe-especial/ninos-quemados-tienen-su-angel_27628.html> [citado el 25 de junio del 2013]

Por otro lado es probable que el médico alegue que la implantación de un órgano animal en una persona puede plantear problemas de identidad en el receptor, porque con ellos se ultraja el cuerpo humano o se puede modificar la personalidad.

- **El problema de la distribución u organización**

Por más que la donación de cadáver permite ampliar de modo muy significativo la disponibilidad de órganos para trasplante, estaba claro que el número de órganos disponibles es menor que el de potenciales receptores. Frente a la escasez se piensa en una adecuada distribución o mejor dicho cómo seleccionar o clasificar a los pacientes, lo que en medicina se conoce con el nombre de "triage"⁴⁷. El problema que entonces se les plantea a los médicos es de saber a quién atender antes, a sabiendas de que los no seleccionados no

⁴⁷ PORTAL DEL MÉDICO CUBANO. *Diccionario Médico: significado de la palabra triaje* [en línea] <http://www.medicoscubanos.com/diccionario_medico.aspx?q=triage> [citado el 21 de junio del 2013]

podrán ser atendidos y muy probablemente morirán, es decir cuando un mismo órgano puede favorecer a la vez a dos personas, por ejemplo el paciente "A" se encuentra en la lista de espera antes que el paciente "B" pero el médico considera necesario que se realice el trasplante al paciente "B" determinando que la distribución resulta inadecuada; aun cuando le concierne realizar el trasplante su conciencia le dice todo lo contrario fundamentando la mala distribución.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

1. Si bien contamos con el Derecho a la libertad de conciencia y la libertad de religión, éstos están entendidos en cuanto a la construcción de ideas que puede formarse una persona y a la religión a la que puede optar; pero sale a la luz un Derecho que va más allá y que está orientado a la protección de la conciencia frente a posibles actuaciones que vayan en contra de ésta, este es el Derecho a la Objeción de Conciencia, que si bien no tiene una concepción unánime en la doctrina se puede entender como la negativa a llevar a cabo una acción reconocida en la ley, en función a la existencia de conflictos morales.
2. La protección de la conciencia que constituye a todo ser humano, también debe ser motivo de protección, como lo es la posibilidad de construirla, es por esto importante que el Derecho a la Objeción de Conciencia, goce de una presunción de legitimidad constitucional, es decir, debe despojarse de su trasfondo de ilegalidad más o menos consentida, presumiendo a priori su validez y debiendo demostrarse lo contrario, caso por caso, en el ámbito jurisdiccional.

El Derecho a la Objeción de Conciencia en el contexto de la actividad correspondiente al cuidado de la salud puede presentar diversas manifestaciones al significar para el médico, algunas prácticas que realiza, contrarias a sus creencias ético religiosas. Dentro de los supuestos en los que se puede poner en ejercicio el Derecho a la Objeción de Conciencia podemos señalar al aborto, las técnicas de reproducción asistida, la esterilización, las transfusiones de sangre, la donación de órganos, todas éstas porque de una u otra manera crean controversia al momento de relacionarlas con la ética que implica una construcción personalísima de creencias, es decir lo que para una persona puede resultar enmarcado dentro de la ética, para otras no se trataría más que de una idea descabellada; es por esto que cada supuesto necesita un análisis especial.

Como muchas de las objeciones en las que media la salud, significan para muchos una total locura pero si se reconoce como fundamental el Derecho a la Libertad de Religión, es decir el Derecho a integrar una determinada agrupación religiosa y adoptar su doctrina, se debe de tener en cuenta la necesidad de contar con un instrumento que proteja las creencias que ha asumido a raíz de su adhesión, este instrumento resulta ser el Derecho a la objeción de conciencia.

3. El supuesto del aborto, que es el más común en las legislaciones europeas, por tratarse de una práctica legalizada, no es lejano a nuestra realidad porque si bien no es legal el aborto en nuestro país, una de sus formas que es el aborto terapéutico está permitido y se efectúa en la mayoría de nosocomios cuando la salud de la madre se ve perjudicada por la gestación comprometiendo gravemente su vida.

Los profesionales directamente involucrados con un aborto terapéutico son los médicos gineco- obstetras quienes se pueden encontrar frente a una gestación que complique la vida de la madre o pueda causar daño en la salud de ésta, y aún en estas circunstancias puede mostrar su negativa fundamentada en las siguientes cuestiones ético-religiosas que impiden su actuar:

- El hecho de considerar preeminente el Derecho a la Vida del *naciturus* respecto del Derecho a la Vida de la madre.
- La consideración del *naciturus* como paciente que lo obliga al cuidado irrestricto del mismo.
- La consideración de la vida desde el punto de vista religioso.

Estos fundamentos deberán ser clara y oportunamente manifestados no sólo al paciente sino al órgano en el

cual realiza la práctica de su profesión a fin de que no existan perjuicios, teniendo en cuenta que el Derecho a la Objeción de Conciencia implica una práctica pacífica del mismo. Por otro lado el Derecho a la Objeción de Conciencia frente al aborto, no es un derecho absoluto, sino que tiene sus límites pues se pueden presentar circunstancias en las que un nosocomio cuente únicamente con un profesional para llevar a cabo dicha práctica, es por tanto necesario que no se perjudique a nadie con la negativa en este caso que se requiera a otro profesional para que efectúe lo que el objetor se negó a hacer.

4. El Derecho a la Objeción de conciencia a las técnicas reproducción asistida opera en torno a una fundamentación ética o religiosa con la que señala su contrariedad. A partir de lo que le señala su ética, el médico puede fundamentar que:

- Toda técnica antinatural puede generar riesgos en la salud de la paciente.
- La práctica de una actividad no reglamentada implicaría problemas jurídicos a futuro, no solo con la paciente sino con los seres nacidos a través del uso de una técnica de reproducción, e

incluso con el Estado como garantista de los Derechos.

- La posibilidad de una desintegración familiar por el uso de gametos provenientes de bancos, lo que generaría una confusión de paternidad o la negativa en el reconocimiento de Derechos del menor.

Son estos algunos de los fundamentos posibles pero cada médico argumentará según lo que le dictamine su conciencia, muy diferente es lo que sucede cuando se fundamenta por motivos religiosos ya que son los dogmas o creencias de una agrupación, los que motivan al médico a negarse ante cualquier práctica de reproducción asistida, estos fundamentos suelen estar referidos a la prohibición expedita de la utilización de cualquier método anticonceptivo o conceptivo que vaya en contra de lo natural, como orden divino.

No está demás aclarar que no todas las religiones están en contras de procedimientos médicos referentes a salud reproductiva o sexual.

5. A diferencia de cualquier otro supuesto, el de la esterilización presenta una forma más fácil de fundamentar la objeción pues no se encuentra en riesgo

el Derecho a la Vida que limitaría la posible objeción. El supuesto de la esterilización encuentra también las dos vías de fundamentación, la ética o la religiosa; sin embargo lo central de este supuesto radica en la oposición a efectuar una práctica quirúrgica que califican como innatural y que pone en riesgo sus pilares éticos o religiosos por el hecho de impedir la procreación.

6. El supuesto de la objeción a las transfusiones de sangre o de sus componentes, alcanza su mayor justificación en fundamentos religiosos pero también se puede fundamentar a través de cuestiones éticas.

La fundamentación religiosa debe estar respaldada por una práctica continua de un determinado dogma o creencia que se asume al integrar un grupo religioso, en este caso la única secta que prohíbe la práctica de la transfusión de sangre son los Testigos de Jehová, quienes identifican la sangre con la vida, de tal forma que consideran que dar sangre es dar vida, lo que significaría suplantar el papel de Dios como único señor capaz de dar y quitar vida; es éste fundamento que los obliga a objetar las transfusiones de sangre en la posición de paciente o de médico.

El médico especialista ante una transfusión de sangre tiene la posibilidad de fundamentar su oposición a la misma, por cuestiones éticas o religiosas que le dicte su conciencia, no sólo la cuestión religiosa es importante en este tipo de objeción sino que la ética puede ser la que fundamente dicha objeción, señalando la oposición ante este tipo de prácticas, por ser la posible inseguridad ante una transmisión de algún virus o enfermedad, así mismo se puede señalar como fundamento el hecho de ir a la vanguardia de la tecnología la misma que ya permite que se suplante las transfusiones de sangre por las cirugías o medicina sin sangre.

El Derecho a la Objeción de Conciencia en cualquier situación debe ser entendido como un escudo y no como espada por lo que una de sus características esenciales es que no cause perjuicio a terceros, es aquí donde éste Derecho encuentra su límite al presentarse la situación de pacientes en estado de shock hipovolémico, en este caso y a la falta de personal, el médico no puede ser objetor por estar en riesgo inminente la salud del paciente, una de las salidas a la situación sería la presencia de otro profesional encargado de

practicar la transfusión de sangre, salvo en este caso podrá el médico presentar su negativa.

7. En el supuesto de los trasplantes de órganos opera el Derecho a la Objeción de Conciencia aun cuando se considere a este tipo de prácticas como altruistas, en cuanto a que se pueden generar problemas éticos en función al Trasplante homoplástico, el médico especialista puede oponerse por la creencia de que al trasplantar el órgano al receptor en aras de buscarle un bien futuro, podría generar daños en éste y mucho más en el donante que trascurrido un tiempo puede presentar problemas físicos por la falta del órgano extraído; es al médico especialista, su ética le impide llevar a cabo una situación que considera pone en riesgo importante a sujetos sanos en orden a prevenir un riesgo teóricamente mayor, pero en cualquier caso incierto; considerando que el fin no justifica los medios.

Otro fundamento ético para la oposición recae en la posible experimentación que se tiene que realizar al momento de trasplantar órganos pues no existe una certeza de que se obtengan resultados positivos, por otro el caso de los xenotrasplantes es decir de los trasplantes de órganos de animales por el hecho de la

implantación órgano o tejido extraño en el cuerpo de una persona puede generar un rechazo acompañado de perjuicios para la misma tales como enfermedades o infecciones y no sólo eso sino que puede acarrear problemas de identidad en el receptor. Otro de los fundamentos vendría a recaer en la forma de distribución y organización pues para el médico que conoce a un paciente puede considerar que éste necesita con más urgencia un órgano que alguien que está primero en la lista en espera, esto sin dudas ataca a su conciencia impidiéndole efectuar el trasplante a otro paciente que no requiere el órgano con tanta urgencia; estos pueden ser fundamentos éticos que permitan el ejercicio del Derecho a la Objeción de Conciencia en los trasplantes de órganos.

LISTA DE REFERENCIAS

- ALZAMORA VALDEZ, Mario. Introducción a la Ciencia del Derecho. Lima: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.1987
- BOBBIO CAVIGLIA, Norberto. Presente y porvenir de los Derechos Humanos. En: Anuario de Derechos HUMANOS. N°1, Universidad Complutense de Madrid / Instituto de Derechos Humanos y Facultad de Derecho. 1982
- CALDERON, Grover. Constitución Política y Derechos Humanos, Décima Edición. Lima: A.F.A. Editores Importadores S.A. 1994.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho de las Personas, 8ª. Edición actualizada, Lima: Editorial Grijley, 2001.
- JAVIER VALLE RIESTRA, JORGE HERREROS PONS, FERNANDO ÁNGLES GONZALES. Manual de los Derechos Humanos. Lima: Ediciones Jurídicas. Lima 2008.
- LA CONSTITUCIÓN COMENTADA por los 100 mejores especialistas, análisis artículo por Artículo, obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del País. Tomo I. Lima Gaceta Jurídica S.A. 2010
- LANDA ARROYO, César. La Dignidad de la Persona Humana. En: Cuestiones Constitucionales. N°7.202
- LÓPEZ NIEVES, Luis. Antígona de Sófocles. En: Ciudad Seva <<http://www.ciudadseva.com/textos/teatro/sofocles/antigona.htm>>.

MANUEL OSSORIO, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. 1ra Edición Electrónica. Datascan, S.A. Guatemala.

NACIONES UNIDAS, Oficina del Alto Comisionado para los derechos Humanos
<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx.com>

RIQUELME FLORES, Jarecca. Comentarios al Código Civil. Primera Edición. Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L. 2007.

RUBIO CORREA, Marcial, "Para conocer la constitución de 1993", PUCP - Fondo Editorial. Lima 2010.

SITEMA PERUANO DE INFORMACIÓN JURÍDICA. Código Penal Peruano
<<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdmo>>

Bibliografía especializada:

ARCILA ARENAS, Darío. *Periódico El Pulso: Objeción de Conciencia y Aborto.*
<http://www.periodicoelpulso.com/html/0712dic/general/general-04.htm>

AVENDAÑO HUBNER, Jorge. "Los trasplantes de órganos", En: Derecho, N° 32, Lima, 1974.

BORDLEY RAWLS, John. Teoría de la Justicia traducción de María Dolores González. título original A Theory of Justice. Segunda Edición. México: Fondo de cultura económica, 1995.

DELGADO BACHMANN, "Aspectos Jurídicos del Trasplante de Órganos", En: La Justicia, T. 32, N° 521, México, 1973.

DIETERLEN STRUCK, Paulette. INTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNAM. La Objeción de Conciencia <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/54/pr/pr24.pdf>

DWORKIN, Ronald. Los Derechos en serio traducción de Marta Guastavino, título original Taking Rights Seriously. Primera Edición. España: Editorial Ariel S.A., 1984.

COLEGIO MÉDICO DEL PERÚ. Código Deontológico: artículo 18° http://www.cmp.org.pe/doc_norm/codigo_etica_cmp_OC_T-2007.pdf

DIARIO LA PRIMERA. Niños quemados tiene un ángel [en línea]. http://www.diariolaprimeraperu.com/online/informe-especial/ninos-quemados-tienen-su-angel_27628.html

DÍAZ MUÑOZ, Oscar. *Las objeciones de conciencia*. En: Blog Constitución y Derechos Humanos. <<http://constitucion.wordpress.com/2007/11/03/las-objeciones-de-conciencia/>>.

E- JORNAL REVISTAS DE ESPECIALIZADAS DE PRESTIGIO EN FORMATO ELECTRÓNICO <http://www.ejournal.unam.mx/rfm/no49-3/RFM49310.pdf>

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Aspectos Jurídicos de los Trasplantes de Organos y Tejidos", En: Cuadernos Agrarios, N° 1, Lima, 1977.

FUNDACIÓN BIOÉTICA (España)
[http://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion temas/objecionConciencia/La Objecion de Conciencia.pdf](http://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion%20temas/objecionConciencia/La%20Objecion%20de%20Conciencia.pdf)

HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal Parte especial: El aborto. Primera edición. Lima: Juris, 1994.

LANDA ARROYO, César, "Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del tribunal Constitucional". PALESTRA EDITORES S.A.C., Lima 2009.

"Los derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Lima: Palestra Editores, 1999

LIBRARY OF CONGRESS. *A Matter of Conscience*.
<<http://www.loc.gov/exhibits/treasures/trr006.html>>
Traducida al español por herramienta de Google

MINISTERIO DE SALUD DEL PERÚ. Ley General de la Salud
[ftp://ftp.minsa.gob.pe/intranet/leyes/L-26842 LGS.pdf](ftp://ftp.minsa.gob.pe/intranet/leyes/L-26842%20LGS.pdf)>

Reglamento de la Ley de donación de trasplante de órganos.

<[http://www.minsa.gob.pe/premio/archivos/legal/Regl LeyDonac Transpl.pdf](http://www.minsa.gob.pe/premio/archivos/legal/Regl%20LeyDonac%20Transpl.pdf)>

NACIONES UNIDAS. Texto de la Declaración Universal de los Derechos < <http://www.un.org/es/documents/udhr/>>

NYU. LANGONE MEDICAL CENTER. Cirugía sin sangre.
<<http://www.med.nyu.edu/content?ChunkIID=657685>>.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS
NACIONES UNIDAS. Derechos humanos.
<<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Principios Rectores de
los trasplantes de órganos y tejidos
<http://www.who.int/transplantation/GuidingPrinciplesTransplantationWHA63.22sp.pdf>

PALESTRA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Revista de Doctrina y
Jurisprudencia, "Derechos no enumerados y
contenido implícito de derechos reconocidos por
el TC" Núm. 3-2008, Marzo 2008.

PORTAL DEL MÉDICO CUBANO. Diccionario Médico.
http://www.medicoscubanos.com/diccionario_medico.aspx?q=triage.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina. Nuevas técnicas de reproducción
humana. El útero como objeto de contrato.
www.juridicas.unam.mx .

ROMERO MONTES, Francisco. Los Derechos Humanos y la
Seguridad Social en el Perú. En: Vox Juris. N°8,
(1998).
http://www.sociedadandaluzadebioetica.es/docs/objecion_conciencia GRANADA Paco Oliva.pdf

SOCIEDAD ANDALUZA DE MEDICINA FAMILIAR Y COMUNITARIA
<http://www.samfyc.es/pdf/GdTbio/201019.pdf>

SOCIEDAD BÍBLICA CATÓLICA INTERNACIONAL. Biblia
Latinoamericana. España: Editorial Artes gráficas
2007

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. JURISPRUDENCIAS
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.html>

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN MARCOS - BANCO DE REVISTAS
<http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/spmi/v21n2/pdf/a07v21n2.pdf>

VIEL VICUÑA, Benjamín. El Aborto Inducido. En: Revista Anales de la Universidad de Chile. Séptima Serie, N° 3, julio 2012.