

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

ESCUELA DE POSGRADO



TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL

La protección de la vida e integridad física del concebido frente a negligencias
médicas y sanitarias, en el Ordenamiento Jurídico Penal peruano

Área de Investigación:

Derecho Penal - Derecho

Autor:

Br. Rebaza Vargas, Edgar Alfredo

Jurado Evaluador:

Presidente: Neyra Barrantes, Julio Alberto.

Secretario: Carbajal Sánchez, Henry Armando.

Vocal: Espinola Ominiano, Diomedes Hernando.

Asesor:

Rebaza Martell, Alejandro Arturo

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1065-0755>

**TRUJILLO – PERÚ
2023**

Fecha de sustentación: 26-12-2022

**LA PROTECCIÓN DE LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA DEL CONCEBIDO
FRENTE A LAS NEGLIGENCIAS MÉDICAS Y SANITARIAS EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL PERUANO**

DEDICATORIA

A mis padres, por el ejemplo de vida y perseverancia que me brindan; a mi esposa, por su apoyo incondicional; y a mis hijos, por el inmenso amor que me inspiran.

PRESENTACIÓN

Señores Miembros del Jurado:

Conforme al Reglamento de grados y títulos de la Universidad Privada Antenor Orrego, someto a vuestra consideración la tesis titulada: **“LA PROTECCIÓN DE LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA DEL CONCEBIDO FRENTE A NEGLIGENCIAS MÉDICAS Y SANITARIAS, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL PERUANO”**, a fin de obtener el Grado de Maestro en Derecho con mención en Derecho Penal, por tanto, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación, esperando que reúna los méritos suficientes para su oportuna aceptación.

Aprovecho la oportunidad para expresar a ustedes las muestras de mi consideración y estima.

Atentamente,



.....
Bach. Edgar Alfredo Rebaza Vargas

RESUMEN

La tesis denominada “**LA PROTECCIÓN DE LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA DEL CONCEBIDO FRENTE A NEGLIGENCIAS MÉDICAS Y SANITARIAS, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL PERUANO**” tiene por finalidad determinar si la protección de estos bienes jurídicos del concebido frente a los actos negligentes o imprudentes de los profesionales de la salud, en el ordenamiento jurídico penal peruano, debería darse mediante la incorporación de los delitos de lesiones culposas al concebido y aborto culposo ocasionados por un médico u otro profesional de la salud, en el ejercicio de su labor.

En cuanto a los objetivos, nos propusimos, entre otros: Determinar cómo debería protegerse la vida e integridad física del concebido frente a negligencias médicas o sanitarias ocasionadas por los profesionales de la salud, en el ordenamiento penal peruano vigente; analizar la Política Criminal vigente respecto de la protección de la vida e integridad física del concebido; determinar la necesidad de protección de la vida e integridad física del concebido, mediante el análisis de casos reales, reportados por fuentes fiscales, judiciales y periodísticas; y establecer la utilidad de los delitos de infracción del deber, frente a la protección del concebido ante negligencias médicas o sanitarias.

En este sentido, el problema que nos hemos propuesto es el siguiente:

¿De qué manera debe protegerse la vida e integridad física del concebido frente a negligencias médicas y sanitarias, en el ordenamiento jurídico penal peruano?

Frente a esta interrogante, nos formulamos la siguiente hipótesis de investigación:

“La vida e integridad física del concebido frente a negligencias médicas y sanitarias, debe protegerse incorporando al ordenamiento jurídico penal peruano las figuras delictivas de lesiones culposas al concebido y aborto culposo, cometidos por médico u otro profesional de la salud en el ejercicio de su labor”.

En aplicación de los métodos lógicos y jurídicos, tales como el deductivo y analítico, entre otros y las técnicas correspondientes a cada uno de ellos, hemos llegado a las siguientes conclusiones: primera; la vida e integridad física del concebido frente a negligencias ocasionadas por los profesionales de la salud en el ordenamiento jurídico penal peruano vigente debería protegerse con la regulación de los delitos de aborto culposo y lesiones culposas al concebido, como delitos de infracción al deber. Segundo; la política criminal vigente respecto de la vida e integridad física del concebido frente a acciones culposas causadas por los profesionales de la salud y de manera general por un tercero, es escasa y poco clara. Tercero, es necesaria la protección de la vida e integridad física del concebido frente a acciones culposas por parte del profesional de la salud presentadas en la realidad, ya que, de no ser así cuando el profesional de la salud que por error o falta de pericia produce el aborto o causa lesiones al concebido, quedará impune o en el afán de no dejar impune tales conductas conllevaría a una mala práctica judicial. Por último, los delitos de infracción del deber, frente a la protección del concebido ante negligencias médicas o sanitarias (profesionales de la salud), son de gran utilidad, nos permiten sancionar a los profesionales de la salud basados en el deber especial que les asiste respecto de la vida del concebido, dejando de lado conductas culposas causadas por el entorno cercano de la víctima que por sus lazos afines a ella y sin contar con un deber especial, sufren más por la afectación causada al concebido que por la represión que se les podría dar penalmente. Es decir, se logró comprobar la hipótesis planteada al inicio de la presente investigación.

ABSTRACT

The thesis called "INCORPORATION OF THE CRIMES OF ABORTION AND INJURIES TO THE CONCEIVED CAUSED BY HEALTH PROFESSIONALS, IN THE PERUVIAN PENAL CODE" aims to determine if the protection of the life and integrity of the conceived against medical negligence, in the Peruvian criminal law of the year, should be done through the incorporation of the crimes of wrongful injury to the conceived and wrongful abortion caused by a doctor or other health professional, in the exercise of their work.

Regarding the objectives, we set ourselves, among others: To determine how the life and physical integrity of the conceived should be protected against medical negligence, in the Peruvian penal system; identify the current Criminal Policy regarding the protection of the life and physical integrity of the conceived; identify the need to protect the life and physical integrity of the conceived, through the analysis of real cases, reported by fiscal, judicial and journalistic sources; and establish the usefulness of crimes of breach of duty, compared to the protection of the conceived against medical or health negligence.

In this sense, the problem that we have proposed is the following:

HOW SHOULD THE LIFE AND INTEGRITY OF THE CONCEIVED BE PROTECTED AGAINST NEGLIGENCE CAUSED BY HEALTH PROFESSIONALS, IN THE PERUVIAN CRIMINAL LEGAL ORDER?

Faced with this question, we formulate the following research hypothesis:

“The protection of the life and physical integrity of the conceived against negligence caused by health professionals, in the Peruvian criminal legal system, should be done through the incorporation of the crimes of wrongful injury to the conceived and wrongful abortion caused by health professionals. health, in the exercise of their work”.

In application of the logical and legal methods, such as deductive and analysis, among others and the techniques corresponding to each one of them, we have reached the following conclusions: First; The life and physical integrity of the conceived against negligence caused by health professionals in the current Peruvian criminal legal system should be protected with the regulation of the crimes of wrongful abortion and wrongful injuries to the conceived, as crimes of infraction of duty. Second; The current criminal policy regarding the life and physical integrity of the conceived against negligent actions caused by health professionals and in general by a third party, is scarce and unclear. Third, it is necessary to protect the life and physical integrity of the conceived against wrongful actions by the health professional presented in reality, since, if this is not the case when the health professional who by mistake or lack of expertise produces the abortion or causes injuries to the conceived, would go unpunished or in an effort not to leave such behaviors unpunished would lead to judicial malpractice. Finally, the crimes of infraction of duty, against the protection of the conceived against medical or health negligence (health professionals), are very useful, they allow us to sanction health professionals based on the special duty that assists them Regarding the life of the conceived, leaving aside the guilty behaviors caused by the close environment of the victim who, due to their related ties to her and without having a special duty, suffer more from the affectation caused to the conceived than from the repression that is I could hit them criminally. That is, it was possible to verify the hypothesis raised at the beginning of this investigation.

TABLA DE CONTENIDOS

CARÁTULA	i
CONTRACARÁTULA	iii
DEDICATORIA.....	iv
PRESENTACIÓN	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT	viii
TABLA DE CONTENIDO.....	x

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	15
1.2.- ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	18
1.3.- OBJETIVOS	18
1.3.1.- GENERAL.....	18
1.3.2.- ESPECIFICOS	18
1.4.- HIPÓTESIS	19
1.5.- JUSTIFICACIÓN.	19
1.6.- ANTECEDENTES SOBRE EL TEMA A INVESTIGAR.....	21

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

SUBCAPÍTULO I: TEORÍA DEL DELITO Y LA PENA

1. Concepto e importancia de la teoría del delito.....	26
2. Concepto de delito.....	28
3. Niveles analíticos de la teoría del delito.....	29
3.1. Acción	30
3.2. Tipicidad	40
3.3. Antijuridicidad	78
3.4. Culpabilidad	93

3.5. Punibilidad.....	100
-----------------------	-----

SUBCAPÍTULO III: PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA

1. Teorías de la vida	115
2. Derecho Penal.....	119
3. Política Criminal... ..	128

SUBCAPÍTULO IV: ABORTO

1. Definición.....	133
2. Tratamiento en el ordenamiento jurídico peruano.....	135
3. Posturas... ..	139
4. Bien jurídico protegido.....	143
5. Tipos de aborto	146

SUBCAPÍTULO V: LESIONES AL CONCEBIDO

1. Tratamiento en el ordenamiento jurídico peruano.....	160
2. Tratamiento jurisprudencial.....	166

SUBCAPÍTULO VI: AUSENCIA DE PROTECCIÓN PENAL DEL CONCEBIDO FRENTE A ACCIONES CULPOSAS

1. Ausencia de protección penal del concebido frente a acciones culposas... ..	166
---	-----

SUBCAPÍTULO VII: DERECHO COMPARADO

1. España.....	171
2. Colombia	174

3.	Ecuador.....	175
4.	Nicaragua.....	176
5.	El Salvador.....	177

CAPÍTULO III
METODOLOGÍA

1.	Tipo de la investigación	182
2.	Métodos.....	183
	2.1.- Método generales de la ciencia... ..	183
	2.3.- Métodos específicos del derecho.....	184
3.	Técnicas e instrumentos de investigación	186

CAPÍTULO IV
DISCUSIÓN Y RESULTADOS

1.	Discusión	
1.1.	La falta de regulación de los delitos de aborto y lesiones culposas en el ordenamiento jurídico penal peruano.....	189
1.2.	La necesidad de sancionar las acciones culposas que afectan el bien jurídico vida en su forma dependiente, en virtud al principio de igualdad.....	192
1.3.	La mala aplicación de la ley penal a los casos presentados en la realidad, ante la ausencia del delito de aborto culposo y lesiones culposas y la política criminal frente a tal situación	195
1.4.	La regulación del delito de aborto culposo en el derecho comparado y	

la restricción a los profesionales de la salud como sujetos activos del mismo..... 197

2. Resultados.....202

CAPÍTULO V

PROPUESTA

1. Propuesta legislativa..... 210

CONCLUSIONES.....217

RECOMENDACIÓN..... 218

BIBLIOGRAFÍA..... 219

ANEXOS231

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

El servicio de salud, público o privado, debe cumplir la *lex artis*¹ o deber de cuidado para que logre sus fines de proteger la vida y la integridad física de las personas. La transgresión que afecte al ser humano, en cualquiera de estas dimensiones, puede configurar delitos a título de dolo o culpa contra la vida el cuerpo y la salud.

Sin embargo, muchas de esas negligencias afectan a la vida e integridad física del concebido; el cual, si bien no puede ser considerado persona, conforme a la Constitución Política y a la legislación civil, merece la misma protección que la persona nacida viva, con la única diferencia que sus derechos patrimoniales se condicionan a que nazca vivo.

Por otro lado, la realidad médica y los demás servicios alrededor de la madre gestante y del concebido dan cuenta de una serie de cuidados y consideraciones especiales ante el embarazo por los riesgos que muchos de ellos constituyen, no solo para la madre, sino también para el producto de esa concepción. Al respecto, existen numerosos deberes de cuidado en procedimientos médicos, tratamientos, e incluso medicinas, que resultan prohibidas o condicionadas a personas embarazadas o para algunos de sus estadíos, a fin de no afectar al *nasciturus*. Esto deviene en una serie de cuidados por parte de los médicos y demás profesionales de la salud, que van desde preguntar si la paciente está gestando, o descartarlo clínicamente, pasando por tener cuidados especiales o precauciones en caso de embarazadas. Claro está que de no tener en cuenta el embarazo éstos pueden afectar no solo a la madre, sino también a la vida o integridad física del concebido.

A fin de ejemplificar lo indicado previamente, conviene citar al El Tiempo (2019), que con fecha 18 de junio de 2019, publicó una noticia cuyo

¹ Término que hace referencia a los niveles mínimos de calidad exigibles a los profesionales de la salud.

encabezado establecía “Joven acusa a EsSalud de entregarle medicamento equivocado y provocarle aborto”, así pues, la noticia básicamente hacía referencia a la denuncia interpuesta por una joven de 22 años, quien recibió medicamentos por parte de la Farmacia del Hospital Naylamp de Essalud (Lambayeque), que le causaron el aborto; asimismo, en la noticia se indica que EsSalud ha negado los cargos, no obstante conviene realizar la siguiente pregunta ¿qué sucedería si efectivamente habría existido negligencia por parte del farmacéutico?

En atención a lo señalado previamente, corresponde establecer que en el ordenamiento jurídico penal peruano no se encuentra tipificado ni el aborto netamente culposo, ni las lesiones culposas al concebido. Sin embargo, sí se ha considerado como delito el aborto generado sin intención -que sería a título de culpa- pero ocasionado como producto de una agresión intencional a la madre; lo que constituye el aborto preterintencional previsto en el artículo 118 del Código Penal. Aunado a ello, Freyre, citado en Salinas Siccha (2015), afirma categóricamente que:

En nuestra dogmática penal no es sancionado, a título de autor del delito de aborto, el profesional sanitario que, por falta de pericia o por error, origina la muerte del producto de la concepción (intervención quirúrgica inoportuna, medicación contraindicada, etc.), pues no se prevé el aborto por culpa (p. 213).

Incluso, Bramont-Arias citado en Salinas Siccha (2015), considera que cuando el profesional de la salud por error produce el aborto, su acción no podrá encajar en ningún tipo penal, y consecuentemente, en atención al principio de legalidad, no podrá imponérsele sanción alguna, en tanto no se le puede imputar su acción a título de culpa.

Consecuentemente, se tiene que tal y como lo ha señalado Peña Cabrera Freyre (2015) tal vez sería necesario en el Perú la incorporación del aborto culposo como conducta reprimible por el ordenamiento jurídico penal,

reconociendo también, que la política criminal de nuestro país, debe analizar esta situación; afirmación que evidencia la falta de estudios en relación a la ausencia de penalización de los actos culposos en contra del feto, en particular de las negligencias médicas que permitan el replanteamiento de nuestra Política Criminal.

Todo ello, ha generado que dichos actos se tramiten como lesiones a la madre, al ser ella la destinataria de la acción, y no al feto que representa vida protegida conforme la Constitución Política del Estado. Lo que no permite una adecuada protección del concebido a nivel penal, ni civil.

Esto evidencia que no hay una Política Criminal clara orientada a proteger al concebido de las negligencias médicas que puedan afectarlo.

Por otro lado, cabe resaltar que existen investigaciones, dentro de las cuales se encuentran tesis de grado y de post grado, que determinan la necesidad de tipificar el aborto y lesiones culposas al concebido, de manera general; vale decir, que con la propuesta de tipificación que ahí se plantea, se sancionaría también la negligencia de cualquier persona que afecte al concebido, incluida la de un taxista, del hermano, del padre, e incluso de la propia madre, incluyendo también a los profesionales médicos que deben garantizar su bienestar y el éxito de su proceso de gestación hasta el nacimiento.

No obstante, lo que se pretende con la presente investigación es establecer que existen los delitos de infracción de deber, entendidos como aquellos donde el fundamento central de la sanción penal no es la acción penal o agresión al bien jurídico; sino el incumplimiento de un deber de garante en relación al bien jurídico protegido; lo que permitiría sancionar el incumplimiento de un deber de garante de su bienestar; siendo que en este caso, lo que se busca incorporar, es un tipo penal que sancione las negligencias médicas o sanitarias ocasionadas por cualquier profesional

de la salud que se encuentre en posición de garante respecto del bienestar del concebido.

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿De qué manera debe protegerse la vida e integridad física del concebido frente a negligencias médicas y sanitarias, en el ordenamiento jurídico penal peruano?

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar cómo debería protegerse la vida e integridad física del concebido frente a negligencias médicas o sanitarias ocasionadas por los profesionales de la salud, en el ordenamiento jurídico penal peruano vigente.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- A. Analizar la Política Criminal vigente respecto de la protección de la vida e integridad física del concebido.
- B. Determinar la necesidad de protección de la vida e integridad física del concebido, mediante el análisis de casos reales, reportados por fuentes fiscales, judiciales y periodísticas.
- C. Establecer la utilidad de los delitos de infracción del deber, para la protección del concebido ante negligencias médicas o sanitarias.

3.1. HIPÓTESIS

La vida e integridad física del concebido frente a negligencias médicas y sanitarias, debe protegerse incorporando al ordenamiento jurídico penal peruano las figuras delictivas de lesiones culposas al concebido y aborto culposo, cometidos por médico u otro profesional de la salud en el ejercicio de su labor.

3.1.1. VARIABLES

3.1.1.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

La protección de la vida e integridad física del concebido.

3.1.1.2. VARIABLE DEPENDIENTE

La incorporación de los delitos de lesiones culposas al concebido y aborto culposo ocasionados por médico u otro profesional de la salud, en el ejercicio de su labor.

3.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

3.2.1. Conveniencia

Si bien, se protege la vida humana en el ordenamiento jurídico peruano, es fundamental el conocimiento que ésta no solo implica la vida humana independiente, también implica la vida humana dependiente.

Por ello, es de suma importancia que se regule los delitos de aborto culposo y lesiones culposas al concebido, con los cuales se pretende otorgar protección a la vida humana dependiente, específicamente del concebido, que se ve afectada por el actuar negligente, imprudente o por impericia de un profesional de la salud.

Por lo tanto, la regulación de ambas conductas como delitos se vuelve prioritaria en nuestro ordenamiento jurídico penal, ante la impunidad de casos que se presentan en la realidad, en los que quedan al margen de la ley conductas que no se encuentran tipificadas, pero son merecedoras de una sanción penal, tales como causar el aborto o lesionar al concebido de manera culposa, por los profesionales de la salud.

3.2.2. Relevancia social

La presente investigación es relevante, en la medida que organiza, documenta y comparte conocimiento acerca del aborto culposo y las lesiones culposas al concebido, su necesidad y toda su implicancia, que a mediano y largo plazo facilitarán la labor de los legisladores encargados de la generación de normas penales en pro de la sociedad peruana.

3.2.3. Valor teórico

La presente investigación permitirá incrementar el conocimiento respecto al aborto en su forma culposa y las lesiones culposas al concebido, aportando a la teoría del actuar culposo, delitos de infracción del deber, protección al bien jurídico vida humana en sus dos aristas (dependiente e

independiente), en función a la existencia de conductas que afectan la vida del concebido por el actuar negligente e imprudente de los profesionales de salud.

Asimismo, porque al obtener los resultados de investigación se concretizará en fundamentos que serán útiles a los fiscales y jueces, facilitándoles y orientándoles en el mejoramiento de la administración de justicia.

3.2.4. Valor práctico

Ante la necesidad de regular el delito de aborto culposo en el ordenamiento jurídico penal peruano y así otorgar una eficiente protección al concebido, como resultado de la investigación se planteará una propuesta legislativa donde regule el supuesto mencionado, lo cual es idóneo para sancionar hechos que en nuestra sociedad son denunciados y se archivan por el vacío legal existente.

3.3. ANTECEDENTES SOBRE EL TEMA A INVESTIGAR

Luego de hacer la búsqueda en RENATI, se encontraron las siguientes tesis:

- 3.3.1. La tesis de pregrado titulada: “Tipificación en el código penal del aborto culposo en relación al derecho a la vida del concebido”, presentada en la Universidad César Vallejo, en la cual, entre sus conclusiones rescata la importancia de la tipificación del delito de aborto culposo en el Código Penal con la finalidad de brindar tutela al derecho a la vida del concebido en sus diferentes manifestaciones, tales como, la integridad

física y psíquica, en los casos que por culpa, ya sea del profesional de salud o de un tercero se origine el aborto, a razón de la alta incidencia de abortos en el Perú, derivándose de dicha conclusión, la siguiente: realizar una propuesta de lege ferenda coherente y lógica con el marco punitivo. Como última conclusión se rescata que se comprobó la afectación al derecho a la vida del concebido debido a la falta de tipificación del aborto culposo, ya que en la realidad existe gran número de casos donde se infringe el deber objetivo de cuidado por el profesional de salud, de un tercero o por la propia gestante, que por negligencia, impericia o inobservancia de normas, procedimientos o *lex artis* originan la muerte del feto.

3.3.2. La tesis de pregrado titulada “la tipificación del delito de aborto culposo en el Código Penal peruano”, presentada en la Universidad Nacional de Trujillo, llega a las siguientes conclusiones: es necesaria la tipificación del delito de aborto culposo porque protege la vida del feto señalado en la Constitución, que reconoce derechos al mismo en todo cuanto le favorece; existen conductas anómalas que atentan contra la vida dependiente, de las cuales solo se penaliza de manera culposa el aborto preterintencional; existe unanimidad en cuanto a la tipificación del aborto doloso, sin embargo son pocos los países que regulan el aborto culposo y en el nuestro se considera necesaria por los magistrados; finalmente, los autores consideran su tipificación para proteger la vida del feto y evitar conductas anómalas que atenten contra ella.

3.3.3. La tesis de posgrado titulada “el aborto culposo y las razones que justifican su incorporación en el ordenamiento jurídico peruano, a fin de evitar la impunidad en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud”, presentada en la Universidad

Nacional Mayor de San Marcos, la cual llega a las siguientes conclusiones: el tipo penal de aborto culposo protegerá al *nasciturus* considerado como vida humana dependiente; las conductas a penalizarse serán respecto de un tercero, el médico tratante y la propia madre gestante; el aborto culposo sin representación deberá ser reprochado penalmente, mas no la conducta culposa de la madre gestante; no es suficiente la regulación del aborto preterintencional para llenar los vacíos ante la comisión de un aborto en la forma culposa, por ello resulta necesaria la incorporación de este tipo penal.

3.3.4. La tesis de pregrado titulada “la tipificación de las lesiones o muerte culposa al concebido”, presentada en la Universidad César Vallejo, entre sus conclusiones se resalta que: la vida dependiente implica la unión del ser humano a la madre antes del inicio del proceso del parto, el cual está sujeto a la figura del aborto cuando se interrumpe el embarazo; es falaz que el artículo 124-A nos indica las lesiones dolosas al concebido y el artículo 124 sobre las lesiones culposas, pero a la salud del ser humano con vida humana independiente, por lo que no se condice con el anterior, ya que hace referencia a las lesiones al concebido con vida humana dependiente; finalmente se concluye que, se cumple con los fundamentos de la culpa para tipificar el aborto culposo, en razón a que se lesiona el bien jurídico vida dependiente, a través de la puesta en peligro del riesgo permitido o transgresión de la norma de cuidado, lo cual debe ser más severo en los profesionales de la salud.

3.3.5. La tesis de pregrado titulada “la igualdad de trato del bien jurídico vida humana como sustento para regularse el delito de aborto culposo en el Perú”, presentada en la Universidad César Vallejo, llega a las conclusiones siguientes: por la igualdad de

trato de la vida humana no habrá diferencia en su protección siendo amparada la punibilidad contra las acciones culposas; un delito es culposo solo si el legislador ha incorporado taxativamente el elemento subjetivo "culpa"; la misma que se fundamenta de manera subjetiva en el desconocimiento de la peligrosidad de su conducta, que debió y pudo advertirlo; la vida humana es un derecho inherente al ser humano por su propia naturaleza y a la vez es el que mayor protección recibe por parte del Estado e internacionalmente; el delito de aborto es de comisión dolosa por imperio del principio de legalidad de la forma culposa de tales delitos; el derecho penal no brinda un trato igualitario del derecho a la vida humana, ya que brinda mayor tutela a la vida humana independiente sancionada por comisión tanto dolosa como culposa y a la vida humana dependiente solo por comisión dolosa. En el derecho penal se pretende proteger de manera individual la vida de la madre y la vida dependiente del concebido; finalmente, el aborto culposo se debe introducir bajo el supuesto de la calidad del agente.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

SUBCAPÍTULO I:

TEORÍA DEL DELITO Y LA PENA

1. Concepto e importancia de la teoría del delito

La teoría del delito como parte de la ciencia del Derecho Penal, se encarga de explicar en qué consiste el delito de manera general, es decir, las características que debe tener determinada acción para ser considerada como delito.

En el ámbito internacional, autores como Bacigalupo (1999) define a la teoría del delito como aquel "...medio técnico jurídico para establecer a quién se deben imputar ciertos hechos y quién debe responder por ellos personalmente" (p. 199) y Zaffaroni (1998) la define como "...la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito" (p. 318).

En la misma línea, autores del ámbito nacional como Peña y Almanza (2010) conciben a la teoría del delito como un "sistema de hipótesis que exponen, ..., cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana" (p. 19); y, Villavicencio (2019) la concibe como aquella que "...se encarga de definir las características generales que debe tener una conducta para ser imputada como un hecho punible" (p. 223).

De ahí que, la teoría del delito es importante porque sirve para calificar una acción humana como delito, usada por los operadores jurídicos y estudiosos del derecho, a partir del análisis sistematizado de las distintas categorías que la componen, de las cuales cada una presupone la anterior y en conjunto tienen el objetivo de descartar o comprobar las causas para la aplicación de

una pena; resaltando -tal y como lo menciona González (2008)- su función de garantía, ya que permite el dictado de una resolución justa a partir de la correcta interpretación y aplicación de la misma, obligando a los operadores jurídicos a tener un manejo de los diversos aspectos que la conforman. Así también, su importancia, en su concepción clásica, recae en que "... permite inferir consecuencias lógicas que no estarían expresadas en la ley y posibilita un tratamiento igual de cuestiones iguales, y desigual de las desiguales" (Bacigalupo, 1996, p. 68).

Cabe mencionar que, para el estudio de la teoría del delito se recurre a la dogmática penal, en concreto se recurre al estudio de la ley penal, ya que, en derecho penal el dogma viene a ser la ley penal como fuente obligatoria en él. En líneas generales la dogmática jurídico penal es la ciencia encargada de interpretar, sistematizar y criticar las normas jurídico penales, así también, se encarga de establecer entre ellas grados de orden y coherencia para la aplicación clara, segura y racional de las mismas (Escuela Nacional de la Judicatura, 2007). De ello, se puede inferir que el operador jurídico en aplicación de la teoría del delito tomará una decisión cuya justificación se encuentra de manera expresa en la ley, para lo cual debemos tener claro que, al expresarse el pensamiento del legislador en la ley en un lenguaje natural y al ser tal no es inequívoco, la ley penal puede prestarse a más de una interpretación, explicación o entendimiento. Por lo tanto, de acuerdo con Bacigalupo (1996), "...el sistema de la teoría del delito no adquiere su legitimidad porque se lo "deduce" de la ley, sino del hecho de que permite una aplicación racional de la misma" (p. 68).

De manera resumida, de acuerdo con Villavicencio (2019), la teoría del delito constituye:

...un instrumento conceptual y práctico que permite precisar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico penal prevista en la ley...ofrece tanto al jurista como al operador del derecho un modelo de análisis que sirve para establecer si la realización de un

hecho concreto acarrea una responsabilidad penal para sus autores (Villavicencio, 2019, p. 225).

De lo mencionado en los párrafos precedentes, se tiene que la teoría del delito se encuentra conformada por categorías o niveles fundamentales, las cuales, a su vez, sirven para definir al delito como comportamiento típico, antijurídico, culpable y punible. Encontramos entonces: comportamiento humano, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad; categorías que serán analizadas posteriormente.

2. Concepto de delito

Las personas de nuestra sociedad al escuchar la palabra delito lo primero que se imaginan es la comisión de un hecho que está proscrito por ley, y por ende, pasible de un castigo: la pena privativa de libertad; concepción que no está alejada de la realidad, ya que, el delito sí viene a ser una conducta humana proscrita por ley; sin embargo, no toda conducta proscrita por nuestro ordenamiento jurídico es pasible de una sanción penal, ya que para ello es necesario que concurren ciertas características que la hagan pasible de ésta. En muchos casos ocurren ciertas circunstancias que eximen a una persona de responsabilidad penal, es por ello necesario evaluar cada conducta dentro de la teoría del delito para determinar la configuración o no de un delito, consecuentemente la aplicación de una sanción penal o no.

El delito desde una concepción formal o nominal es "...una conducta humana que se opone a lo que la ley manda o prohíbe bajo la amenaza de una pena" (Peña y Almanza, 2019, pp. 61-62), de ahí que, sea la ley que establece qué conductas se consideran delitos. Así también, desde una concepción substancial o material el delito es "...un acto humano típicamente antijurídico culpable y sancionado con una pena de carácter criminal" (Peña y Almanza, 2019, p. 62). Por último, desde una concepción jurídica el delito es "...todo acto humano voluntario que se adecúa al presupuesto jurídico de una ley penal" (Peña y Almanza, 2019, p. 62).

Así, podemos definir al delito como una conducta, típica, antijurídica, culpable y punible. Concepto que ha sido aceptado por la mayoría de juristas, discrepando algunos de ellos respecto a la calificación del delito como “punible”, ya que, no siempre una acción típica, antijurídica y culpable será punible. Mir Puig (2004) señala que la punibilidad es una característica muy discutible que agruparía ciertas condiciones positivas o negativas que en escasos casos la ley exige para que el hecho pueda castigarse. Sin embargo, en el Perú predomina el sistema funcionalista, donde en la construcción de los elementos generales del delito también implica abordar la punibilidad (Villavicencio, 2019). Además, nuestro Código Procesal Penal en su artículo 349, refiere que para que el fiscal acuse tiene que haber una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, y de acuerdo a su artículo 344 para sobreseer tienen que existir causales de atipicidad, concurre una causa de justificación, de no culpabilidad o no punibilidad; una razón más para considerar a la punibilidad como elemento en la teoría del delito.

3. Niveles analíticos de la teoría del delito

Tal y como ya se hizo referencia, los niveles o también denominados categorías del delito son: la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad. Son estos niveles ordenados sistemáticamente los que permiten calificar a una acción como delito, por ello también forman parte de la definición y estructura del mismo.

Cabe precisar -antes de iniciar con el desarrollo de cada uno de dichos niveles- que, para imputar el hecho, cuando concurren la tipicidad y antijuricidad se denomina injusto a la conducta, de ahí que, se conciba al injusto como una conducta típica y antijurídica. Así también, para imputar un delito es necesario que ese injusto sea atribuido a un sujeto, es decir, que exista un sujeto culpable que responda por el injusto y además que sea pasible de una sanción penal.

3.1. Acción

De acuerdo a una visión contemporánea, la acción no es considerada como el primer elemento del delito, si bien en su momento fue la piedra angular de la teoría del delito, hoy se prescinde la elaboración previa de un concepto de acción como parte de la teoría del delito, simplemente se hace referencia a ella para mayor entendimiento de la teoría del delito.

3.1.1. Teorías de la acción

Tenemos teorías que tratan de definir la acción, estas son:

3.1.1.1. Teoría de la acción causal o natural

El precursor de esta teoría es Franz von LISZT, quien a fines de siglo XIX fundamentó el concepto causal de acción. De acuerdo con esta teoría la acción es concebida como un suceso causal puro; es decir, el acto de comisión consiste en provocar (causar) un resultado (Villavicencio, 2019). También se afirma que:

Se trataría de un comportamiento corporal (fase externa, "objetiva de la acción"), producido por el dominio sobre el cuerpo; es decir, libertad de intervención muscular, "voluntariedad" fase interna "subjetiva" de la acción: un comportamiento corporal causado mediante la voluntad (Peña y Almanza, 2010, p. 91)

Para Mezger (1946) la acción "...exige, además del querer, un hacer corporal (movimiento corporal) del agente" (p. 216).

Al concebir a la acción como un movimiento corporal voluntario se deja fuera al actuar omisivo que en determinados casos se presenta y es proscrito por ley; es por ello que, esta teoría ha sido criticada duramente, lo cual ha motivado su modificación, así Baumann, uno de sus defensores, la concibe como “conducta humana guiada por la voluntad” (citado por Peña y Almanza, 2010, p. 91). No obstante, no soluciona el problema correspondiente a no incluir el comportamiento omisivo en su definición, ya que, “en las omisiones no se puede probar la tensión muscular o nerviosa necesaria para ello; pues como los nervios son motores no se ponen en movimiento por sí mismos” (Roxin, 2010, p. 238), deviniendo en insuficiente.

3.1.1.2. Teoría de la acción finalista

La teoría finalista de la acción, la concibe como el ejercicio de actividad final; bajo esta teoría el ser humano puede prever las consecuencias de su conducta, por tanto, puede dirigirla hacia determinados fines. Peña y Almanza (2010) en el desarrollo de esta teoría afirman que, “...la acción es un comportamiento humano sometido a la voluntad orientada hacia un resultado determinado” (p. 93). Es por ello que Welzel (1964) señala que la “... espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal” (pp. 25-26).

Teniendo en cuenta lo mencionado en el párrafo precedente, la dirección final de la acción se desarrolla en una fase interna y en una fase externa, donde la primera se lleva a cabo en el pensamiento del ser humano y la segunda en el exterior; de esa manera el agente realiza su acción en el mundo real, es decir, lo pensado se concretiza.

El concepto de acción que propone esta teoría sirve para:

...diferenciar reacciones directamente generadas por un estímulo del sistema nervioso (reflejos corporales) frente a las conductas condicionadas por la experiencia que aparecen como una respuesta 'personal' a la situación. (Stratenwerth, 1982, citado por Villavicencio, 2019, p. 281).

Ello, en razón a que las acciones en corto circuito y automatizadas pueden desnaturalizar el proceso de formación de la voluntad, ya que, son producto de comportamientos inconscientes, por tanto, se excluyen del concepto de acción brindado por la teoría bajo comento. Sin embargo, en determinadas ocasiones cuando -a pesar de la inconciencia- las acciones sean dirigidas de forma que resulten conscientes, deberían ser considerados dentro del concepto de acción (Villavicencio, 2019). Cabe mencionar, que en nuestro ordenamiento jurídico la teoría de la acción finalista ha alcanzado gran difusión.

3.1.1.3. Teoría de la acción social

La teoría de la acción social es considerada por sus adeptos como aquella que permite elaborar un concepto de acción que comprenda tanto el hacer como el no hacer (omitir), a partir de un criterio común referido al carácter socialmente relevante del comportamiento humano, entendido como la respuesta del mismo ante las exigencias sociales, consistente en una actividad dirigida a un fin o la no realización de un acto ordenado, así como en la producción de un resultado derivado de un suceso en su inicio controlable (Zaffaroni, Aliaga, y Slokar, 2005). Un comportamiento es socialmente relevante si "... atañe a la relación del individuo con el mundo que lo rodea y le afecta por sus consecuencias" (Jescheck, 1993, p. 202, citado por Villavicencio, 2019, p. 285).

Muñoz (1989) manifiesta que la teoría de la acción penal, puede ser aceptada en la medida en que:

... solo atendiendo al contenido de la voluntad del autor se puede determinar el sentido social de la acción. Pero a este concepto de relevancia social es excesivamente ambiguo y, en última instancia, es un dato prejurídico que no interesa directamente al jurista. Lo que a este le interesa es, en definitiva, la relevancia típica" (Muñoz, 1989, p. 27).

De ahí que, el comportamiento debe ser eficaz en el mundo exterior, ello está referido a la producción de los efectos de la acción en él. Así, de acuerdo con (Peña y Almanza, 2010), es "... suficiente, en

caso de omisión, la no producción de los efectos que hubiese ocasionado la acción esperada” (p. 99).

3.1.1.4. Teoría negativa de la acción

Esta teoría, de acuerdo a Villavicencio (2019), surge en el marco de la búsqueda de un concepto que ubique un denominador común entre la acción y la omisión. Dentro de esta teoría, sus partidarios dieron varias definiciones de acción, siendo estas las siguientes:

- a. Kahrs la define como “al autor se le imputa como un resultado si no lo ha evitado aunque podía evitarlo y el Derecho se lo exigía” (citado por Roxin, 2010, p. 247).
- b. Herzberg la define como “un no evitar lo evitable en posición de garante” (citado por Jackobs, 1995, p. 177).

Hurtado (2005) manifiesta que la acción consiste, teniendo en cuenta la teoría bajo referencia, en el hecho de no evitar lo que puede ser evitado, ello, cuando se está obligado a actuar de tal manera y se está en la posibilidad de hacerlo, lo cual concierne a los delitos de omisión y a los de comisión; en el segundo supuesto, consiste en evitar el peligro creado por la acción de comisión.

En ese sentido, el concepto de acción que brinda la teoría negativa de la acción, implica que el ser humano (actor) responsable de un actuar comisivo u omisivo, pudo evitar la producción del resultado típico dejando de realizar la conducta o realizándola, respectivamente.

3.1.1.5. Teoría funcional de la acción

El principal partidario de esta teoría fue Jakobs (1995), quien define a la acción como “la causación del resultado individualmente evitable” (p. 174), ello implica que no se conozca la regulación jurídica. Así Villavicencio (2019), refiere que la concepción de Jakobs consiste en la causación imputable que incluye tanto a la antijuridicidad como a la culpabilidad.

Esta teoría, en el Derecho Penal Peruano es apoyada por García (2003), quien afirma que “... el concepto jurídico penal de acción solamente puede configurarse si se tiene en cuenta el significado global del delito” (pp. 294-295). Sin embargo, también es criticada, incluso se ha indicado que debe ser rechazada porque constituye un concepto material del delito, es decir, dicha concepción es altamente normativa y compleja, que engloba el actuar doloso y el imprudente, donde la omisión presupone la evitabilidad.

3.1.1.6. Teoría de la acción personal

El concepto de acción formulado por esta teoría tiene su origen en la propuesta de Kaufmann (1966) que la concibe como la objetivización de la persona y Rudolphi (1987) con su teoría de la atribuibilidad personal, sin embargo es Roxin quien ha dado bajo esta teoría el concepto de acción como manifestación de la personalidad, la cual importa ciertos aspectos (fácticos y normativos) como expresiones de la misma, aunado a ello las valoraciones provenientes del contexto social donde se ejecuta la acción (citado por Villavicencio, 2019).

El concepto de acción como manifestación de la personalidad, de acuerdo con Roxin (1997) es idóneo como elemento básico para la teoría del delito, ya que abarca todas las formas de manifestación de la conducta delictiva y todo lo que en el campo prejurídico se puede calificar como acción. Así, las acciones dolosas e imprudentes son manifestaciones de personalidad al igual que las omisiones e incluso la omisión por imprudencia inconsciente, pudiéndose imputar tal al sujeto como infracción de la norma y contraria a la prohibición.

3.1.2. Concepto de acción

Es importante conceptualizar a la acción, ya que, a partir de la misma, se configura la imputación de un delito; de manera

que, sobre dicho término recae el estudio del tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad y en determinados casos la punibilidad (Jescheck y Weigend, 2002, p. 234).

El concepto de acción que debemos tener en cuenta, es aquel que comprende tanto a la forma comisiva como a la forma omisiva. En ese sentido. Ure (2010), conceptualiza a la acción como "... la conducta humana voluntaria, consistente en un hacer o en un no hacer" (p. 347).

Cabe mencionar que, en la doctrina y en la jurisprudencia penal nacional se utilizan una serie de términos como sinónimos de acción, tales como "hecho", "acto", "conducta", "comportamiento", entre otros; evidenciándose que los operadores jurídicos peruanos no se han puesto de acuerdo al respecto. Ello confirma lo mencionado por Velásquez (2002) que, el legislador latinoamericano no se decidió por elaborar un concepto jurídico-penal de acción.

Bramont-Arias (2002) refiere desde el punto de vista del Código Penal Peruano, que la acción es aquella que se manifiesta por el actuar y por la omisión, lo cual produce un cambio o alteración en la realidad; en consecuencia, la afectación de un bien jurídico protegido por el derecho peruano.

Se debe tener en cuenta que, solo la persona humana es capaz de realizar una acción penalmente relevante, es decir, no cualquier actividad puede estar sujeta a ser calificada como tal; por tanto, carecen de esta capacidad tanto los animales como las cosas, solo pueden constituir objetos de la

acción, también se encuentran excluidos los fenómenos de la naturaleza (Tavares, 2003, p. 207).

De ahí que, la acción -como tal- comprenda los siguientes elementos: comportamiento exterior, que sea comisivo (positivo) u omisivo (negativo), realizado por un humano, de manera voluntaria, y debe producir un resultado.

3.1.3. Ausencia de la acción

Existe ausencia de acción cuando la misma no depende de la voluntad del ser humano, consecuentemente, no habrá acción y por lo tanto delito cuando medien:

3.1.3.1. Fuerza física irresistible

Villavicencio (2019), señala que la fuerza física irresistible es "... aquel estímulo externo, extraño al agente, que le genera un movimiento involuntario" (p. 273). Bramont-Arias (2002), añade que la fuerza física irresistible puede provenir, ya sea de la naturaleza como de un tercero, ocasionando que el sujeto actúe sin capacidad para controlar el movimiento motriz de su cuerpo; cabe, precisar que, debe ser absoluta, lo cual implica que el sujeto no debe tener la posibilidad de actuar de otra forma, no tenga otra opción diferente.

De este modo, se puede establecer que, de ocurrir un hecho típico, antijurídico, culpable y penado por el derecho positivo, en el cual ha mediado la fuerza física irresistible, no se puede configurar una

acción, por tanto, tampoco puede calificar como típica, antijurídica, culpable y punible, solo la acción puede adquirir dichas características. Sin embargo, es penalmente responsable "... el sujeto que se coloca voluntariamente (de forma intencional o imprudente) al alcance de los efectos de una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza o de la fuerza de un tercero (actio libera in causa)" (Luzón, 1999, p. 278).

Por último, el Código Penal peruano regula esta figura en el inciso 6 del artículo 20, señalando que se excluye de responsabilidad al que obre por una fuerza física irresistible.

3.1.3.2. Estado de inconsciencia

El estado de inconsciencia excluye la acción, ya que -como sostiene Villavicencio (2019)- "... se presenta una total ausencia de las funciones mentales superiores del hombre. No hay presencia de la conciencia, su ausencia es plena" (p. 275). Peña y Almanza (2010) ratifican que "se trata de momentos en los que el sujeto que realiza la acción no es plenamente consciente de sus actos" (p. 107).

Dentro del estado de inconsciencia, se encuentran la epilepsia, la ebriedad alcohólica absoluta, el sueño, los sueños profundos causados por narcóticos, entre otros.

Lo mencionado anteriormente en este acápite lleva a deducir que, el ser humano que realice un hecho que pueda ser calificado como una acción, típica, antijurídica, culpable y punible, pero que lo hizo de forma inconsciente, no configuraría como delito, ya que como se mencionó el estado de inconsciencia excluye la acción y sin ella no puede configurarse un delito.

3.1.3.3. Actos reflejos

Para referirse a los actos reflejos Peña y Almanza (2010), sostienen que “no es factible impedir movimientos reflejos que provienen del automatismo del sistema nervioso. Estos reflejos condicionados no constituyen acción ya que dichos movimientos no son controlados —o producidos— por la voluntad de la persona” (p. 107).

La misma posición sostiene Muñoz (2002) cuando manifiesta que:

... el cuerpo de la persona reacciona al estímulo del exterior que recae sobre ésta, sin injerencia de la voluntad de aquel, puesto que es recibido por los centros sensores del cuerpo, lo que ocasiona que sean exteriorizados por los centros motores del cuerpo, sin transitar por los centros volitivos. (p. 219).

Por lo tanto, la conducta desplegada producto de los estímulos del exterior, por el mismo automatismo del sistema nervioso no puede ser

considerado como acción, al contrario, se excluye la misma, por ende, no se configura un delito.

3.2. Tipicidad

Una acción puede generar responsabilidad penal si está contenida en un tipo penal, es decir, en una "... descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido, o de la materia de la norma)" (Villavicencio, 2019, p. 295). Girón (2008) señala que la tipicidad es "... la característica o cualidad que tiene una conducta (acción u omisión) de encuadrar, subsumir o adecuarse a un tipo penal" (p. 47).

De ahí que, la tipicidad sea considerada como el primer adjetivo que se le da a la acción dentro de la teoría del delito. una vez afirmada una conducta como delictiva, cabe preguntarse si ésta se encuentra tipificada en un cuerpo normativo dentro de nuestro ordenamiento jurídico; si es así, vale decir que la conducta es típica. La discusión en todo proceso penal gira en torno a la realización de una conducta considerada delictiva y cómo es que ésta se enmarca dentro de un tipo penal (González, 2008).

Cabe mencionar que, la descripción del tipo penal en un cuerpo normativo emana del principio de legalidad, ya que, todo ciudadano debe conocer de manera previa las conductas prohibidas dentro del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la tipicidad es una característica o adjetivo de la acción de encuadrarse en un tipo penal, cabe aclarar a la acción en su forma comisiva u omisiva. De ahí que debemos distinguir lo que es un tipo penal y lo que es un juicio de tipicidad. El tipo penal viene a ser "... la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en

el supuesto de hecho de una norma penal” (Muñoz y García, 2000, p. 40); éste posee diferentes funciones, de acuerdo con Villavicencio (2019), tiene una función indiciaria, ello implica un conocimiento provisional de la realización del tipo que será complementado con la antijuridicidad, así mismo, tiene una función fundamentadora, ello implica que viene a ser el fundamento del delito, sin el cual la acción sería una mera conducta no pasible de responsabilidad penal; también tiene una función seleccionadora, ya que es a través del tipo penal que el legislador escoge aquellos comportamientos humanos relevantes penalmente, es decir, entre las posibles conductas antijurídicas las que afecten a bienes jurídicos de gran importancia; tiene una función garantizadora, ella implica la seguridad de los ciudadanos que solo se le atribuyan responsabilidad penal por acciones descritas en los tipos penales; cumple una función motivadora, ya que al conocer la conducta prohibida pasible de una sanción penal el ciudadano puede abstenerse de realizarla; por último cumple una función sistematizadora, al contener todos los elementos necesarios para el conocimiento de las conductas que son sancionadas por el ordenamiento jurídico penal.

Por otro lado, el juicio de tipicidad consiste en la actividad de los operadores jurídicos de encuadrar la conducta en un tipo penal, si se adecúa o no a través de un proceso intelectual (González, 2008). Es decir, es el proceso de subsunción de la conducta típica en el tipo penal, proceso que depende de los operadores de justicia ante un hecho con apariencia delictiva pasible de responsabilidad penal; “... de resultar afirmativo el juicio de tipicidad, dará lugar a que aquella conducta sea una conducta típica, contrario sensu, de ser negativo el juicio de tipicidad, resultará una conducta atípica, ante la ausencia de tipicidad” (Jescheck y Weigend, 2002, p. 262).

La tipicidad se considera como un indicio de la antijuridicidad de la acción, una presunción; con ello no se afirma que la acción enmarcada en un tipo penal es de plano antijurídica, ya que -tal como lo menciona Villavicencio, 2019- “la antijuridicidad de la conducta típica se deduce articulando normas prohibitivas y preceptos permisivos”. De ahí que, si bien la tipicidad es un indicio de la antijuridicidad, cada una son categorías independientes en la teoría del delito, y ambas constituyen el denominado “injusto penal”.

3.2.1. Estructura del tipo

La estructura del tipo penal a lo largo del tiempo ha sufrido varios cambios, desde sus inicios con Beling en 1906, Fischer en 1911, Mayer en 1916 hasta Welzel en la década de los treinta; es la estructura del último que se ha mantenido hasta la actualidad, manifestada en un aspecto objetivo y subjetivo. Los elementos del tipo objetivo están referidos a las características del obrar externo del agente y los elementos del tipo subjetivo están referidos al obrar interno del mismo.

3.2.1.1. Elementos objetivos del tipo

a. Sujetos

El sujeto activo o agente es quien realiza la acción típica o la conducta prohibida dentro del ordenamiento jurídico, y el sujeto pasivo es sobre quien recae tal acción prohibida, titular del bien jurídico protegido que ha sido puesto en peligro o se ha lesionado con ella.

Sobre el último, se debe precisar que puede ser tanto una persona física o jurídica; así también que, en ciertos casos habrá un sujeto pasivo de la acción y también del delito en sí mismo, por ejemplo, en un delito de robo una persona podrá ser el perjudicado patrimonial y otra quien sufra la violencia o amenaza para la sustracción del bien (Villavicencio, 2019).

De acuerdo con este elemento del tipo objetivo los tipos penales pueden ser comunes, si los comete cualquier persona (sin cualidad especial) o especiales, si los comete una persona con una cualidad especial exigida (delitos de infracción del deber).

b. Bien jurídico protegido

El Derecho penal moderno se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. Bacigalupo (1999) los concibe como intereses de una sociedad determinada, que el legislador busca proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena. Entre ellos tenemos, la vida, la libertad, el honor, la propiedad, entre otros que protege nuestro ordenamiento jurídico.

En base a este elemento del tipo penal objetivo, los tipos penales pueden ser de peligro o de lesión. Son de lesión si existe un menoscabo efectivo en el bien jurídico protegido y son de

peligro si solo se requiere la sola probabilidad de daño; sobre el último pueden ser de peligro abstracto si "... solo requiere la comprobación de la conducta prohibida" (Villavicencio, 2019, p. 312) o de peligro concreto si "... se requiere que la acción cause peligro real al bien jurídico" (Villavicencio, 2019, p. 312).

c. Conducta típica

La conducta típica viene a ser la descripción del comportamiento prohibido en el tipo penal, por lo general es el supuesto de hecho de la disposición jurídica prohibitiva compuesta por uno o más verbos rectores. Así teniendo en cuenta este elemento existen tipos penales de mera actividad y de resultado; los primeros se caracterizan porque existe la probabilidad que la simple ejecución de una conducta sea constitutiva de la realización del tipo (solo se limitan a describir una conducta prohibida y no se individualiza un resultado) y los segundos, se caracterizan porque la acción descrita causa una modificación en el mundo exterior, separado en tiempo y espacio (el resultado se encuentra individualizado) (Girón, 2008).

d. Medio empleado, objeto de la acción y relación de causalidad

El medio empleado es la manera cómo se va a ejecutar el delito, el objeto de la acción es sobre

el que se va a ejecutar el delito (concretar la vulneración del bien jurídico protegido) y la relación de causalidad es aquella conexión que debe existir entre la acción y el resultado para poder atribuirse a una persona.

3.2.1.2. Imputación objetiva

A efectos de la presente investigación, la imputación objetiva es un elemento más del tipo objetivo como parte de la teoría del delito. Se deja atrás el dogma causal, "... según el cual el tipo se reduce a una mera relación de causalidad entre la realización de comportamiento del autor y el resultado producido ..." (Vásquez, s.f., p. 1), pasando a lo que hoy conocemos como teoría de la imputación objetiva.

La imputación objetiva, de acuerdo con Cancio Meliá (2010):

Responde a dos raíces distintas: por un lado, se trata de determinar si las características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponden con la previsión del tipo. Por otro lado, en los delitos de resultado, se trata de comprobar -una vez afirmado el carácter típico de la conducta- si el resultado conectado causalmente a esa conducta puede reconducirse normativamente a esta, es decir, si también el resultado es típico (p. 186)

Lo anteriormente mencionado da lugar tanto a la imputación objetiva del comportamiento, como a la imputación objetiva del resultado; ambas como aplicación de la imputación objetiva a nivel de

tipicidad. Mir Puig (2004) manifiesta que la imputación objetiva es una exigencia general de la realización típica y no una simple teoría o correctivo de la causalidad.

Como dato importante debemos mencionar que la imputación objetiva del comportamiento es propuesta y desarrollada por Roxin y la imputación objetiva del resultado por Frisch y Jakobs (Vásquez, s.f.).

a. Imputación objetiva de la conducta

En este punto se comprueba que la conducta o acción cuestionada responda a los parámetros normativos generales del tipo, para ello se utilizan criterios, con la finalidad de verificar si se ha creado o no un riesgo jurídicamente desaprobado (Cancio Meliá, 2010). Estos son:

i. Riesgo permitido

El riesgo permitido consiste en aquel riesgo socialmente aceptado, adecuado a la convivencia. Este riesgo permitido se excluye de la imputación de la conducta, por lo que el riesgo creado por el sujeto activo debe ser típicamente relevante, “hay riesgos tolerables como permisibles debido a la utilidad social que ellos implican, pero de darse el caso que el individuo rebase más allá ... el resultado

ocasionado debe ser imputado al tipo objetivo” (Villavicencio, 2019, p. 324).

Así, el riesgo permitido dependerá del juicio de ponderación que se haga de determinados bienes jurídicos (Bacigalupo, 1998), ya que algunos riesgos permitidos se encuentran regulados y otros no. De ahí que, no toda creación de un riesgo sea objeto de una sanción penal.

De manera que, el riesgo jurídicamente relevante es determinado a través de un juicio *ex ante*, “... debe partirse de la perspectiva del observador inteligente situado en el momento anterior al hecho, teniendo en cuenta siempre los conocimientos especiales del autor ...” (Vásquez, s.f., p. 5).

ii. Prohibición de regreso

La prohibición de regreso se constituye como “... un criterio delimitador de la imputación de la conducta que de modo estereotipado es inicua, cotidiana, neutral o banal y no constituye participación en el delito cometido por un tercero” (Villavicencio, 2019, p. 328). Un ejemplo común en la doctrina es aquel comerciante que vende un arma blanca (cuchillo de cocina) a una persona que le menciona que lo usará para matar, no quebranta su rol. Así también, bajo este

supuesto los conocimientos especiales que pueda poseer el sujeto no serán tomados en cuenta; solo habrá responsabilidad de modo subsidiario en los casos que se favorezca una situación de peligro para un tercero o para la colectividad, a partir de la infracción de un deber de solidaridad mínima, que de acuerdo con la Ejecutoria Suprema R.N. 552-2004-Puno constituiría un delito de omisión de auxilio.

iii. Ámbito de responsabilidad de la víctima

Bajo este supuesto para que exista una imputación objetiva, la víctima con su comportamiento debe contribuir de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido; se conoce por ello como autopuesta en peligro del sujeto pasivo.

Para este criterio se debe reconocer el principio de autorresponsabilidad consistente en "... el reconocimiento de la libertad de organización, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes" (Cancio Meliá, 2010, p. 193). El Expediente 4288-97- Ancash es un ejemplo de ello:

Quien organiza un festival de rock con la autorización de la autoridad correspondiente, asumiendo al mismo tiempo las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que posiblemente

pueden derivar de la realización de dicho evento, porque de ese modo el autor se está comportando con diligencia y de acuerdo al deber de evitar la creación de riesgos; que, de otra parte, la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataforma bailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos de lesión; que, en consecuencia, en el caso de autos la conducta del agente de organizar un festival de rock, no creó ningún riesgo jurídicamente relevante que se haya realizado en el resultado, existiendo por el contrario una auto-puesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo. (Prado, 1999, p.95).

iv. Disminución del riesgo

Bacigalupo (1998) señala que en los supuestos donde el sujeto activo "... obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado mayor" (p. 190), se excluye la imputación de éste.

En ese sentido, cuando el agente disminuya el riesgo y mejore la situación del bien jurídico protegido se debe excluir la imputación de la conducta. Por ejemplo, el que busca desviar un objeto pesado que caerá en la cabeza de una persona, pero solo logra desviarlo a la pierna del mismo.

v. Riesgo insignificante

Bajo este supuesto se acogen aquellos casos donde el riesgo producido es insignificante o insuficiente, de ahí que cuando la afectación al bien jurídico protegido penalmente no sea significativa se excluiría la imputación del mismo. Cabe aclarar que:

la exclusión de la tipicidad penal no procede en caso de que no pueda establecerse la conexión necesaria entre una lesión penalmente relevante y la conducta de su autor, sino de la irrelevancia penal de la lesividad del hecho, por ser socialmente admitida o insignificante, atendido el contexto en que se produce (Mir Puig, 2005, p.16).

vi. Principio de confianza

Se excluye la imputación de la conducta de aquella persona que obra confiada en que las demás actuarán dentro del ámbito del riesgo permitido socialmente, "... quien realiza un comportamiento riesgoso, en general lícito, actúa confiada en que, quienes participan con él, van a actuar correctamente conforme a las reglas preexistentes" (Villavicencio, 2019, p. 327). Un ejemplo claro sería aquel supuesto donde el médico que va a operar actúa confiando en que el personal sanitario ha realizado la limpieza del material médico que utiliza.

b. Imputación objetiva del resultado

Al igual que existe criterios para la imputación de la conducta -ya mencionados anteriormente- también, existen criterios para imputar el resultado, luego que se haya afirmado que la conducta es típica. Estos criterios "... tratan de explicar el resultado que se ha producido y sólo podrá relacionarse el resultado con la conducta cuando ésta sea su factor causal determinante" (Villavicencio, 2019, p. 331). Los criterios son los siguientes:

i. Relación de riesgo

Para explicar este punto de la investigación, debemos partir de la idea que no es suficiente la sucesión de la imputación del resultado a la imputación de la conducta, sino que es necesaria que entre ellas medie una relación objetiva, tal y como lo menciona García (2003); ello implica que, el resultado causado sea producto de la realización del riesgo inherente a la conducta, es decir, no solo se exige la existencia de una relación de causalidad, sino también una relación de riesgo entre ambos (conducta y resultado).

En ese sentido, se niega la imputación objetiva del resultado cuando a pesar de que haya sido causado por una conducta que generó un riesgo prohibido, el resultado final

sea producto de otro riesgo ajeno al sujeto, denominado también riesgo concurrente; Roxin (1997) da un ejemplo claro de ello, el que dispara a matar a otro y sólo lo lesiona, pero producto de un incendio muere en el hospital, en ese caso se excluye o niega la imputación objetiva.

ii. Nexos causales desviados

Para este criterio, es necesario comprobar si el supuesto se desarrolló dentro de los márgenes del riesgo que objetivamente existían durante la realización del mismo en el resultado, no el que se haya imaginado el sujeto sobre las consecuencias de su conducta, de manera que, se excluye la imputación del resultado si sucede ello (falta de realización del peligro). Roxin (1997) manifiesta que si el resultado no se genera por la producción del peligro sino por un mero nexo de causalidad, se excluye o niega la imputación de éste.

Un ejemplo claro es aquel que nos ofrece Bacigalupo (1998), del sujeto que hace caer a otro al mar para que muera ahogado, pero el segundo al precipitarse se golpea la cabeza en una roca y fallece; existirá imputación objetiva respecto del resultado efectivamente ocasionado y no por la muerte por ahogamiento, como pretendía el sujeto

activo, ya que, por eso no fue la causa de la muerte.

iii. Interrupción del nexo causal

Teniendo en cuenta que la causalidad natural es aquella relación existente entre la acción y el resultado, y las modificaciones que se pueden dar en ella, cuando las mismas generen una intensificación del peligro, es decir, un aumento o situación que se presente de forma anticipada en el tiempo al resultado producido se consideran como supuestos de interrupción del nexo causal realizados por acciones humanas autónomas; “se produce en estos casos una desviación del curso causal que, en cuanto no quepa contar él ex ante, no puede imputarse a la conducta inicial, por mucho que éste entrañara un riesgo suficiente de causar la muerte de otro” (Mir Puig, 2004, pp. 257-258).

Un ejemplo de ello es, la persona herida mortalmente (víctima) que recibe un disparo de un tercero que causa su fallecimiento.

iv. Resultados producidos a largo plazo

El resultado de una acción delictiva en ciertos supuestos no es instantáneo, por eso es necesario identificar cuándo los resultados producidos tardíamente pueden atribuirse o

no a su autor. Los supuestos en los que los resultados se producen a largo plazo son:

- Casos de daños permanentes: "... en los que tras una primera lesión se produce un daño permanente que origina una consecuencia lesiva ulterior" (Villavicencio, 2019, p. 332), por ejemplo, quien causa una lesión grave a una persona inhabilitándola de caminar, a la cual años después asaltan en la vía pública y ante su imposibilidad de huir por dicha lesión es ejecutada.
- Casos de daños sobrevenidos: "... en los que el resultado está co-determinado por la persistencia de una lesión inicial no curada y un factor causal externo" (Villavicencio, 2019, p. 332); por ejemplo, una persona que ingresa a una clínica por una intoxicación originada por un error del farmacéutico que le vendió las vitaminas y fallece por el Covid contraído en dicho lugar.
- Casos de resultados tardíos: "... en los que la víctima sufre daños que acortan su expectativa de vida" (Villavicencio, 2019, p. 332); por ejemplo, personas víctimas de la transmisión de VIH.

De estos supuestos, en los dos primeros se excluye la imputación objetiva del resultado y

en el tercero se imputa el primer acto por tentativa o imprudencia, al respecto existe discrepancias, por ello la imputación de un resultado tardío debe depender de:

Si se trata de riesgo a la vida que afecta a la víctima o si ésta ha omitido adoptar medidas de protección (en cuyo caso asumirá el riesgo de daños posteriores), de si se trata de supuestos en los que la aparición de la consecuencia tardía no supone la posibilidad de adoptar dichas medidas o no sean exigibles a la víctima. (Villavicencio, 2019, p. 333).

v. Fin de protección de la norma penal

El resultado producto del peligro causado debe estar enmarcado dentro del tipo penal; en palabras de Muñoz Conde y García, 2002 “el resultado debe estar comprendido dentro del fin de protección de la norma penal donde se va a prever las conductas delictivas” (p. 231). En ese sentido, se excluye la imputación cuando el resultado no se encuentre identificado en el tipo penal. Ejemplo de ello es, el agente que mata a una persona y la madre de ésta muere de un paro cardiaco causado por la impresión de la noticia, ésta no será imputable al agente ya que la norma penal, en específico el delito de homicidio, protege la vida en una esfera de inmediatez.

Villavicencio (2019) manifiesta otros supuestos donde es aplicable este criterio; el primero implica que el riesgo no permitido no se realiza en el resultado cuando se produce por un riesgo general normal, por ejemplo, el lesionado gravemente por el agente, que muere a causa del incendio del hospital donde se encontraba. El segundo se da cuando el riesgo no permitido se produce más tarde en el sujeto pasivo que en el momento de la creación del riesgo no estaba amenazada por el mismo, por ejemplo, el que con anterioridad pasa una luz roja, pero a dos cuadras de distancia atropella a otro en el momento que ya conducía conforme al reglamento de tránsito.

vi. Imputación del resultado en el ámbito de responsabilidad por el producto

Este criterio se encuentra referido a la posibilidad de imputación del resultado en los supuestos de comercialización de productos que constituyen un peligro para la salud; donde se puede identificar dos momentos, el primero cuando el producto peligroso es ofrecido en el mercado y el segundo cuando el mismo ya es usado y como consecuencia de ello se ha causado lesiones o muertes dolosas o imprudentes (Villavicencio, 2019).

vii. Cumplimiento de deberes de función o de profesión

Se excluye la imputación objetiva cuando el sujeto activo haya desplegado su accionar bajo una obligación específica de su función o profesión, para ello, es necesario conocer el contenido de las regulaciones administrativas (dispositivos extrapenales) respecto a su función, atribuciones o competencia; debemos tener claro que, la usencia de imputación estará en relación a las reglas de cada profesión dentro de los márgenes del riesgo permitido (Villavicencio, 2019).

viii. Obrar por disposición de la ley

Este criterio excluye la imputación objetiva de aquel resultado que tiene como presupuesto la existencia de un deber jurídico impuesto por la ley, que su cumplimiento constituye una obligación para el sujeto dentro de los límites que la misma ley señala, de lo contrario constituiría un abuso por acto arbitrario. (Villavicencio, 2019).

ix. Consentimiento

Peña y Almanza (2010) refieren: “si concurre consentimiento no hay necesidad de intervención del derecho penal, quedan fuera del ámbito de protección de la norma y con

ello se excluye la imputación objetiva...” (pp. 160-161).

Cabe mencionar que, en la doctrina el consentimiento tiene una doble eficacia, tanto como excluyente de la antijuridicidad como excluyente de la tipicidad. Como excluyente de la antijuridicidad se denomina consentimiento propiamente dicho y se da en los casos “que el consentimiento de la víctima tiene lugar en hechos que atacan un bien jurídico del que puede disponer su titular, pero cuya lesión no desaparece por virtud del consentimiento” (Mir Puig, 1985, citado por Villavicencio, 2019, pp. 340-341), ello porque actúa como una causa de justificación. Como excluyente de la tipicidad se le denomina acuerdo y se da en los casos en que “... el tipo legal presupone un obrar contra o sin la voluntad del afectado” (Villavicencio, 2019, p. 341).

El consentimiento como excluyente de la imputación objetiva del resultado no tendrá eficacia en los delitos contra la colectividad, ya que, los bienes jurídicos protegidos no dependen de la voluntad de sujeto sobre el cual recae la acción.

3.2.1.3. Elementos descriptivos y normativos del tipo

Los elementos descriptivos son "...aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo por el juez ..." (Roxin, 2010, p. 306), en cambio, los elementos normativos son "... aquellos que requieren valoración por parte del intérprete o del juez que ha de aplicar la ley" (Plascencia, 2004, p. 103), para ello se usa conceptos jurídicos, conceptos referidos a valor y los conceptos referidos al sentido, por ejemplo en el delito de usurpación para entender la posesión a la cual hace referencia se va a tener en cuenta el derecho civil.

De esa manera, "la mayoría de los elementos del tipo son una mezcla de elementos normativos y descriptivos, en los que tan pronto predomina un factor como el otro" (Roxin, 2010, p. 307).

3.2.1.4. Elementos de la tipicidad subjetiva

Plascencia (2004) refiere que los elementos subjetivos son "... las especiales cualidades internas, intelectuales o intangibles que exige el tipo penal al sujeto activo ..." (p. 106), en el mismo sentido Peña y Almanza (2010) mencionan que "son características y actividades que dependen del fuero interno del agente" (p. 134).

De ahí que, la estructura subjetiva del tipo penal puede darse de dos formas; de forma dolosa y de

forma culposa; Issa y Chirino (1991) expresan que “... el dolo se presume en la descripción, no existe conducta, desde un punto de vista óptico, si no existe voluntad operante; en su caso, la culpa siempre es narrada por el legislador, de manera explícita” (citado por Gonzáles, 2008, p. 134). Ello se puede verificar con lo establecido en el art. 12 del Código Penal, que positiviza que la forma culposa debe estar expresamente establecida en la ley.

El dolo es “conocimiento (saber) y voluntad (querer) de realizar el tipo objetivo” (Girón, 2008, p. 34); de este concepto se distinguen dos elementos, cognoscitivo (conciencia y conocimiento de los elementos del tipo objetivo) y volitivo (voluntad de realizar los elementos objetivos conocidos). Por ello se dice que:

[...] el elemento nuclear y principalísimo del tipo subjetivo [...] constituye el querer el resultado típico. Con esto se está aludiendo a que el dolo significa una voluntad realizadora del tipo objetivo. De esta manera, el dolo supone conocimiento, pues no se puede tener voluntad de lo que no se conoce. En este sentido, si el dolo es el querer el resultado típico, el conocimiento del dolo es un conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Este conocimiento no puede ser potencial, es decir, una posibilidad de conocimiento; el conocimiento que requiere el dolo es un conocimiento efectivo. Dentro de este aspecto, el conocimiento del dolo puede ser actual o actualizable, esto último significa que si bien no se tiene el conocimiento focalizado, sí se conoce y se lo puede actualizar de inmediato. (Issa y Chirino, 1991, citado por Gonzáles, 2008, p. 137).

El dolo es clasificado en tres supuestos, de acuerdo a la intensidad con la que se presenta; encontramos al dolo directo, dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual. El primero se presenta cuando el resultado típico o la acción típica es el objetivo perseguido por el sujeto, por ejemplo si lo que se quiere es matar a otro y lo logra; el segundo se presenta cuando el sujeto activo advierte que además del resultado que quiere se van a producir otros vinculados necesariamente al principal, por ejemplo, cuando se quiere la muerte de cierta persona quien dispone de un chofer para su traslado, coloca una bomba en su vehículo, termina matando al chofer para lograr su objetivo principal; y el tercero se presenta cuando el sujeto activo sabe que posible o eventualmente se produzca el resultado típico, y no deja de actuar pese a ello (Villavicencio, 2019).

Por otro lado, la culpa implica la realización del supuesto de hecho del tipo penal sin quererlo, llega a producir un resultado producto de su obrar descuidado; ésta se presenta en dos formas, como culpa consciente y culpa inconsciente, que se producen por la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos (Girón, 2008). La culpa será tratada en el presente trabajo de investigación con mayor profundidad posteriormente.

3.2.2. Atipicidad

3.2.2.1. Objetiva

La atipicidad objetiva está referida a la ausencia de imputación objetiva, es decir, el desconocimiento de alguna de las características externas del tipo penal o denominados también elementos objetivos del tipo penal, tales como los sujetos, el bien jurídico, la conducta típica, entre otros.

3.2.2.2. Subjetiva

La atipicidad subjetiva por su parte, está referida a la ausencia de la imputación subjetiva, es decir, el desconocimiento del elemento subjetivo, tal como el dolo u otros elementos diferentes a éste.

Cabe mencionar que, la ausencia o exclusión del dolo se conoce como error de tipo, consiste en el desconocimiento de los elementos del tipo subjetivo, pudiendo recaer en elementos que agravan o atenúan la pena; de manera que, existe un error de tipo vencible y un error de tipo invencible, el segundo excluye totalmente la responsabilidad penal mientras que el primero será imputado a título de culpa (Villavicencio, 2019).

3.2.3. Estructura del tipo culposo

Con el surgimiento de la industrialización a fines del siglo XIX aumentaron las lesiones, muertes, daños a la propiedad, sin

embargo dada la necesidad del desarrollo de la sociedad se tuvo que permitir ciertas actividades que implicaban riesgos jurídicos aceptados por la misma, tales como manejar maquinaria o vehículos motorizados o intervenciones quirúrgicas, así como los deportes de boxeo y carreras de autos; en cada uno de ellos existe un riesgo implícito, reglamentado con la finalidad de no dañar los bienes jurídicos de los demás (Girón, 2008).

Como ya hemos mencionado, los delitos culposos se caracterizan porque "... la finalidad del autor no se dirige a la realización del tipo, pero éste se cumple como consecuencia de la negligencia, es decir, la falta de cuidado observada por el autor" (Bacigalupo, 1985, p. 129). Cabe precisar que, también se denomina delito imprudente, se prefiere tal denominación para evitar la confusión con la categoría de la culpabilidad.

Se evidencia que lo fundamental en del tipo de injusto del delito culposo o imprudente, no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción para ello, teniendo en cuenta la observancia del deber de cuidado y la diligencia debida (Rojas y Sánchez, S.f.).

En consecuencia, el delito culposo o imprudente implica la imputación de la realización de una conducta riesgosa aceptada socialmente, donde no se ha tenido el cuidado debido produciendo un resultado dañoso. Los tipos penales culposos constituyen un *numerus clausus* en nuestro ordenamiento jurídico, ya que deben estar expresamente descritos en la ley, conforme se evidencia en el art. 12 del Código penal; así también por principio de mínima intervención del derecho penal solo se sancionan de manera culposa aquellos

comportamientos imprudentes que afectan intereses o bienes jurídicos fundamentales, como la vida, la salud, la integridad física.

Los delitos imprudentes se estructuran de la siguiente manera:

3.2.3.1. Elementos objetivos

La parte objetiva, de acuerdo con Plascencia (2004), "... se traduce en la infracción de un deber de cuidado (desvalor de acción) y el resultado de la parte objetiva de un hecho previsto en un tipo doloso (desvalor de resultado)" (p. 124). Se destacan dos elementos:

- a. **Normativo:** implica la violación del deber de cuidado, el cual se refiere a "... la atención y el esfuerzo de evitar un daño y surge del ámbito jurídico de la relación" (Girón, 2008, p. 42); este, se desarrolla en normas jurídicas (penales, administrativas) y en reglamentos que regulan actividades (de tránsito, hospitalarias, industriales, entre otras). dicha violación es equivalente al desvalor de la acción, como la desaprobación por el ordenamiento jurídico de la conducta.
- b. **Descriptivo:** este elemento tiene como presupuesto la violación de la norma que regula el deber de cuidado, ya que consiste en el resultado o puesta en peligro del bien jurídico que se produce a partir de ella; dando lugar a

desvalor del resultado. Cabe mencionar que se conciben -de manera genérica- dentro de la imprudencia a la negligencia como a la impericia, en razón a que:

Hay ciertas actividades que requieren conocimientos especiales o una preparación técnica para realizarlas, de donde se deriva la obligación de omitir acciones peligrosas. Su inobservancia da lugar a la impericia profesional, siendo el ejemplo, la conducción de vehículos de transporte colectivo que solo está permitido a pilotos con licencia profesional clase "A". en la misma forma, la exigencia del deber de preparación e información previa, especialmente para los cirujanos, como consultar la historia clínica del paciente, o los cuidados que requiere un paciente inmediatamente después de la operación, cuando se viola el deber de cuidado se denomina negligencia médica. (Girón, 2008, p. 43).

3.2.3.2. Elemento subjetivo

De acuerdo con Plascencia (2004), la parte subjetiva "... requiere el elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ..., y el elemento negativo de no haber querido el autor el hecho resultante" (p. 125). Ello se desprende de que la estructura subjetiva del tipo penal -tal y como lo hemos mencionado anteriormente- puede asumir dos formas, una dolosa y otra culposa, encontrándonos específicamente ante la culpa como elemento subjetivo.

3.2.3.3. Clases de culpa

A. Culpa consciente

La culpa consciente se denomina también culpa con representación y se presenta cuando "... el sujeto se representó o previó el proceso que afectó al bien jurídico, el mismo que exigía un cuidado determinado" (Villavicencio, 2019, p. 404). Mir Puig (2004), manifiesta que en la culpa consciente "no se requiere causar la lesión, se advierte la posibilidad y, sin embargo se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no dará lugar al resultado lesivo" (p. 290).

Queda claro que en la culpa consciente se tiene conocimiento que el resultado típico puede sobrevenir como consecuencia de la creación de peligro generado por el autor; por ejemplo, aquella persona que conduce su vehículo y se emborracha sabiendo que tiene que hacerlo para ir a su casa, se representa la posibilidad de tener un accidente, pero confía que por su destreza no va a ocasionarlo, sin embargo, termina causando la muerte de un peatón.

B. Culpa inconsciente

La culpa inconsciente es denominada también como culpa sin representación y se presenta cuando "... el sujeto no se representó ni previó el proceso que afectó al bien jurídico que exigía un

cuidado especial y, que sin embargo, debió preverlo” (Villavicencio, 2019, p. 4014). Por su lado, Girón (2008) refiere que en la culpa inconsciente “... el autor no previó, ni siquiera imaginó el peligro que produjo el resultado dañoso, que es la consecuencia de la violación del deber de cuidado” (p. 44).

De lo anteriormente mencionado, podemos decir que en la culpa inconsciente el autor teniendo la posibilidad de representarse el resultado que puede producir no lo hace, por tanto, no tiene conciencia de la creación del riesgo.

3.2.3.4. Imputación

A. Objetiva

Para la imputación objetiva se debe partir de la causalidad entre la acción y el resultado, además de ella, se requiere también de la propia imputación objetiva de la conducta y del resultado que serán explicados a continuación.

i. Imputación objetiva de la conducta

Feijóo (2001) sostiene que al autor de un delito imprudente “... se le debe imputar a través de un juicio retrospectivo la infracción de la norma de conducta o la norma de cuidado, lo que es lo mismo, la creación de riesgo jurídico-penalmente

desaprobado” (p. 387). Cabe señalar que, el deber objetivo de cuidado se encuentra en el contexto en el que la acción se produce y presenta un concepto objetivo, ya que permite identificar el cuidado necesario requerido en la ejecución de la conducta durante la vida de relación social y un concepto normativo, ya que, permite reconocer cuáles son las conductas riesgosas mediante normas de cuidado y su contradicción con las mismas (Muñoz y García, 2002). De ahí que podamos concebir al deber objetivo de cuidado como una obligación de tener o prestar el debido cuidado con la finalidad de evitar la lesión o puesta en peligro de intereses o bienes jurídico; por tanto, no se puede exigir más allá de éste en un caso en concreto. Este se divide en deber de cuidado interno y deber de cuidado externo, el primero se refiere a “... la advertencia al ciudadano que debe tener ante la creación o presencia de peligros contra el bien jurídico resultado de su conducta ... tiene como presupuestos a la previsibilidad y el especial conocimiento del autor en concreto” (Villavicencio, 2019, p. 389); el segundo se refiere a “... la obligación de comportarse conforme a la norma de cuidado, con el objeto de evitar la producción del resultado típico” (Villavicencio, 2019, p. 390), el deber de

cuidado externo, de acuerdo con Villavicencio (2019), se manifiesta de la siguiente forma:

- Primero, deber de omitir acciones peligrosas: consiste en el evitamiento de acciones prohibidas.

- Segundo, el deber de precauciones e información previas: el cual debe darse antes de llevarse a cabo por una persona, una acción peligrosa.

- Tercero, el deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas: ello, con la finalidad de no sobrepasar el riesgo socialmente tolerado.

De ahí que, para su determinación se usa un criterio objetivo “hombre diligente”, no obstante, también es necesario evaluar la conducta desde la perspectiva del comportamiento específico del agente, teniendo en cuenta su experiencia, capacidades y conocimientos especiales.

Un criterio importante que debemos tener en cuenta para su determinación es el riesgo permitido, el cual es usado para

evaluar si existe o no una infracción al deber de cuidado; ello en razón a que, existen conductas que de por sí suponen peligro previsible, pero por ser necesarias para el desarrollo de la sociedad no son prohibidas, sino más bien están reguladas por normas basadas en la experiencia y la reflexión de dirigir el riesgo inevitable al mínimo, que pueden ser de índole legal o reglamentaria vigentes al momento de la comisión del hecho imprudente; además de las normas penales, se toma en cuenta fuentes sin valor normativo que hacen que las personas actúen excluyendo la creación de riesgos innecesarios o que actúen de manera riesgosa cuando es socialmente imprescindible, pero teniendo cautela para no ocasionar una lesión al bien jurídico.

Otro factor a tomar en cuenta, de acuerdo con Villavicencio (2019), es el principio de confianza, ya que la lesividad de algunas acciones dependerá tanto de quien las ejecuta como de otras personas, así, mediante este factor, se condiciona la realización de una conducta y el cuidado a las acciones que se espera de los demás; de ahí que se lo conciba como límite de naturaleza normativa de la previsibilidad, ya que, cuenta con la

función de delimitar el alcance y los límites del deber de cuidado en relación a la actuación de terceras personas en casos concretos.

Como consecuencia de lo referido anteriormente, se imputa la conducta riesgosa cuando estamos frente a la afectación del deber de cuidado, traspasando los límites del riesgo permitido y se excluye cuando el sujeto pasivo contribuye de manera decisiva con su comportamiento a la realización del riesgo no permitido.

ii. Imputación objetiva del resultado

Se parte de la idea que “no cualquier conducta que viole un deber de cuidado es un delito imprudente. Se requiere además un resultado típico previsto en nuestro Código Penal” (Villavicencio, 2019, p. 397). En ese sentido, no configurará un delito imprudente aquellas conductas que infringen un deber de cuidado, pero que no ocasionan un resultado previsto en nuestro ordenamiento jurídico penal, por ejemplo, aquel que conduce en sentido contrario, pero no genera un resultado típico (muerte) no podrá ser sancionado penalmente.

El resultado se genera por la creación de un riesgo que jurídicamente está desaprobado, el cual proviene de la infracción del deber de cuidado y debe estar dentro del ámbito de protección de la norma de cuidado que infringe el sujeto con su actuar imprudente; hay casos en los cuales concurre en el hecho que originó el resultado un riesgo relevante atribuible al autor a título de imprudencia y a la víctima, en este supuesto se debe disminuir el injusto al sujeto activo (Villavicencio, 2019). Además, Mir Puig (2004), manifiesta que el resultado debe ser previsible por el sujeto agente, de lo contrario no se le podrá imputar al mismo.

Se excluye la imputación del resultado en los supuestos donde existe consentimiento, concebido como acuerdo entre el autor y la víctima para realizar una actividad riesgosa, donde es previsible que se pueda causar una afectación a un bien jurídico; por ejemplo, el acuerdo de dos personas para realizar una carrera de autos, al hacerlo aceptan la posibilidad de sufrir un accidente.

B. Subjetiva

En este punto, se evalúa si el peligro causado pudo ser conocido por el sujeto; es así que como

contenido del tipo subjetivo imprudente tenemos a la cognoscibilidad y a la previsibilidad, las cuales tienen una relación estrecha, ya que, la previsibilidad de la realización típica es a la vez el contenido del conocimiento (Villavicencio, 2019).

La cognoscibilidad es la "... exigibilidad del conocimiento del peligro 'que se determinará en el caso en concreto atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, a los conocimientos actuales del autor y a su capacidad" (Villavicencio, 2019, p. 402); en el mismo sentido lo concibe como la "... previsibilidad con que debió actuar el agente previo a ejecutar la acción, faltando al deber objetivo de cuidado al que estaba obligado" (González, 2008, p. 192). Un ejemplo de ello es, el agente debe prever que es peligroso administrar un medicamento sin conocer las contraindicaciones del mismo.

La previsibilidad por su lado, se divide en objetiva y personal. La previsibilidad objetiva se entiende como "... la posibilidad de previsión de cualquier ciudadano prudente en la producción del resultado típico" (Villavicencio, 2019, p. 402) y la previsibilidad personal se entiende como "... las posibilidades concretas del agente en las circunstancias en que actuó en relación a sus experiencias y conocimientos especiales" (Villavicencio, 2019, p. 403).

3.2.3.5. Autoría y participación

Se debe tener claro respecto a los delitos culposos lo siguiente:

- a. Es autor es quien realiza la acción típica, es decir, “aquel que se encuentra en la posibilidad de realizar una acción peligrosa que está subordinada a un deber de cuidado que incide sobre la forma y modo de ejecución” (Villavicencio, 2019, p. 408).
- b. No se admite la autoría mediata ni la coautoría, así como tampoco se admite la participación.
- c. Es autor también aquel que realiza una contribución causal imprudente para la producción del resultado.
- d. No se admite la instigación y complicidad culposas, de acuerdo con Mazuelos (2003), son siempre dolosas, de ahí que sea posible la participación dolosa en un hecho imprudente.

3.2.4. Delitos de infracción del deber

Para referirse a los delitos de infracción del deber debemos tener en cuenta un elemento objetivo del tipo penal, el sujeto activo. El sujeto activo es quien realiza la conducta típica descrita en el tipo penal.

En función a dicho elemento objetivo se distinguen dos tipos de delitos, los delitos de dominio y los delitos de infracción del deber, donde los primeros son cometidos por cualquier persona, sin ninguna cualidad especial (no se exige para su configuración).

Los delitos de infracción del deber -a diferencia de los delitos de dominio- exigen que "... la conducta prohibida sólo pueda ser ejecutada por ciertas personas que poseen deberes especiales" (Villavicencio, 2019, p. 306). En este tipo de delitos se exige en el autor una cualidad especial, que generalmente es una posición de deber especial extrapenal. De ahí que, Roxin (1966) afirme que la sanción se fundamenta en el incumplimiento de prestaciones ligadas a un rol social especial determinado, se debe precisar que, no implica la infracción de deber general de respetar la norma, sino -específicamente- a la lesión de un deber extrapenal (citado por Sánchez, 2002).

En ese sentido, se llega a la definición de los delitos de infracción del deber como "... aquellos tipos penales, en los cuales únicamente puede ser autor aquel que lesiona un deber especial extrapenal que existía ya con anterioridad a la formulación del] tipo" (Roxin 1966, citado por Sánchez, 2002, p. 30).

Cabe precisar que, si bien sabemos que los seres humanos controlamos nuestro propio comportamiento, vale decir, dominamos nuestros movimientos corporales y razonamos respecto de su resultado; es ese dominio el punto del cual parte la teoría de la autoría directa o inmediata en nuestro Código Penal, según la cual, es el autor quien domina el evento delictivo (Salinas, 2014).

No obstante, cuando se trata de delitos de infracción de deber, el autor realiza la conducta, pero no infringe un simple deber de todo ciudadano, sino que infringe un deber de naturaleza especial, así pues, tal como señala Salinas Siccha (2014), “en estos delitos lo relevante no es -aunque lo haya- el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber específico que sólo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva estatal” (pp. 2-3).

Cabe indicar que, tal y como lo indica Schünemann (2018), este concepto si bien fue acuñado originalmente por Roxin, resulta ser obra de Jakobs; al respecto el autor nos refiere:

Mientras que Roxin quería originalmente determinar los delitos de infracción de deber mediante la lesión de un deber especial extrapenal, para Jakobs se trata de un deber penal en sí mismo, cuya concreta infracción sería idéntica al daño para la vigencia de la norma penal general (p. 100).

En conclusión, los delitos de infracción del deber, implican una conducta por la cual el agente, por no cumplir con su deber especial, lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido.

3.2.4.1. Clasificación

Los delitos de infracción del deber a la vez se dividen en delitos de infracción del deber propios y en delitos de infracción del deber impropios.

En los delitos de infracción del deber propios “... la lesión del deber fundamenta la punibilidad (v. gr. el juez, en el prevaricato artículo 418, Código Penal)”

(Villavicencio, 2019, 307). En los delitos de infracción del deber impropios sucede lo contrario, en estos "... la lesión del deber especial solo determina una agravación de la punibilidad (v. gr. interceptación telefónica realizada por funcionario, artículo 162, segundo párrafo; lesiones graves a menores, artículo 121-A, Código Penal)" (Villavicencio, 2019, p. 307).

Cabe mencionar que, sobre la división de los delitos de infracción mencionada existe discusión, ya que algunos autores consideran que la infracción del deber siempre va a fundamentar la punibilidad.

3.2.4.2. Autoría y participación

Es necesario referirse a la autoría en los delitos de infracción del deber, esta se encuentra "... limitada al círculo de los denominados autores cualificados expresados en el tipo penal" (Maurach, Gossel y Zipf, 1995, citado por Villavicencio, 2019, p. 490).

En la coautoría respecto a este tipo de delitos, Bacigalupo (2004) manifiesta que debe presentarse una afectación en común del deber especial de los sujetos activos, sea cual fuere su aporte en la realización del delito, de lo contrario no se podrá calificar como coautor del delito especial.

Respecto a la participación, de acuerdo con Roxin (1966), se presenta un problema en la subsunción del comportamiento del inductor o cómplice en la parte especial del tipo penal, teniendo en cuenta que "...

sólo cumple el tipo penal quien quebranta el deber y, a su vez, quien quebranta el deber, cumple siempre por ello con la descripción típica y es, por tanto, siempre, autor” (citado por Sánchez, 2002, p. 32). Por tanto, quien no cumple con la condición especial establecida en el tipo penal, nunca podrá ser autor, por no contar con el deber específico; y, solo será partícipe en los delitos de infracción del deber aquel que coopera en la realización del tipo penal sin lesionar el deber especial.

3.3. Antijuridicidad

De la misma denominación podemos decir que la antijuridicidad está referida a la conducta contraria al ordenamiento jurídico o derecho. Siendo más específicos, en el derecho penal se concibe a la antijuridicidad como aquella acción contraria a este, denominada conducta típica y regulada en un tipo penal, por eso a ella “... se accede una vez que se ha comprobado que el hecho acusado, efectivamente se subsume en el tipo penal” (González, 2008, p. 209).

Peña y Almanza (2010), conciben a la antijuridicidad como “... la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto” (p. 175). Así también, López (2004), expresa que “la antijuridicidad es el acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el Derecho” (p. 181).

De lo mencionado en el párrafo precedente, podemos advertir que la tipicidad se constituye como base para la antijuridicidad, por consiguiente -de acuerdo a Hurtado (2005)- la acción típica contraria al derecho es antijurídica, sin embargo, dicha acción puede ser

justificada y a pesar de ser típica no es antijurídica. Entonces una acción será antijurídica siempre que se enmarque en un tipo penal y no concurra causa de justificación alguna, de lo contrario será típica, pero no antijurídica.

Se puede distinguir una antijuridicidad formal de una antijuridicidad material, que serán desarrolladas a continuación.

3.3.1. Clases de antijuridicidad

3.3.1.1. Antijuridicidad formal

La antijuridicidad formal está referida a la contradicción que se presenta entre la conducta y el ordenamiento jurídico, Girón (2008) manifiesta que:

en las conductas prohibidas el autor realiza lo contrario a lo establecido por la norma, por ejemplo matar a una persona. En las conductas imperativas, el autor no realiza la acción a que está obligado, como la falta de pago de las pensiones alimenticias. (p. 53).

3.3.1.2. Antijuridicidad material

No solo es necesario que la conducta sea contraria al ordenamiento jurídico (antijuridicidad formal), sino también es necesario que se dé una lesión efectiva o puesta en peligro del interés o bien jurídico protegido (antijuridicidad material). En palabras de Girón (2008) la antijuridicidad material implica "... una lesión, daño efectivo, o puesta en peligro del bien jurídico" (p. 54). Villavicencio (2019) la concibe como "... la ofensa socialmente nociva a un bien

jurídico que la norma busca proteger ... puede ser una lesión o puesta en peligro” (p. 529).

Ambas distinciones forman parte de un concepto único de la antijuridicidad, que de acuerdo a Hurtado (2005) se deben concebir de manera integral.

3.3.2. Funciones de la antijuridicidad

De acuerdo con Girón (2008), la antijuridicidad cumple tres funciones importantes. Estas son:

- a. La determinación de la concurrencia o no de las causas de justificación (función del juicio de antijuridicidad).
- b. La modificación del injusto penal por la disminución de responsabilidad penal.
- c. La graduación de la responsabilidad penal de manera genérica en las atenuantes y agravantes contempladas en el Código Penal.

3.3.3. Efectos de la antijuridicidad

De acuerdo con Girón (2008), los efectos de la antijuridicidad son los siguientes:

- a. La contravención al ordenamiento jurídico penal.
- b. La existencia de una lesión efectiva o la puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

- c. El paso al análisis del siguiente nivel de la teoría del delito, la culpabilidad.

3.3.4. Causas de justificación

Las causas de justificación constituyen la parte negativa de la antijuridicidad, ya que la excluyen, es decir, convierten un hecho calificado como típico en lícito y conforme a derecho.

Girón (2008), las define como "... condiciones que justifican el actuar de la persona en una conducta inicialmente prohibida, pero que al concurrir situaciones justificantes su actuar es lícito ... prácticamente es un permiso del orden jurídico para obrar como lo hizo" (p. 59). Castillo (2004) las define como "... principios jurídicos que establecen permisiones bajo determinadas circunstancias; es decir que dejan sin efecto el tipo prohibitivo (que prohíbe o que manda algo), en tanto que cuando ellas existen el comportamiento típico no es antijurídico" (p. 173).

Se debe tener en cuenta que las causas de justificación no solo están reguladas taxativamente en el Código Penal (art. 20), sino también las encontramos en todo el ordenamiento jurídico (fuente), de ahí que se afirme que el catálogo de las causas de justificación es un catálogo abierto, constituyendo así un *numerus apertus* de causas de justificación. Por ello, Bacigalupo (1996) afirma que "es opinión generalizada en la teoría del delito que las causas o fundamentos de justificación se encuentran en todo el ordenamiento jurídico: es indiferente que la realización de una acción típica esté autorizada por el derecho civil, el derecho administrativo o por el derecho penal" (pp.117-118).

Cabe precisar que, las causas de justificación son distintas a las causas de inculpabilidad, ya que "... la justificación además de impedir la pena, convierte el hecho en lícito, lo que no ocurre con la de inculpabilidad que solo impide la pena" (Villavicencio, 2019, p. 531). Sin embargo, la mayor importancia recae en establecer si la exclusión de cada una corresponde a la valoración objetiva del hecho total o si se elimina solo el reproche personal, pese a la existencia del injusto (tipicidad más antijuridicidad). Tenemos las siguientes causas de justificación:

3.3.4.1. Legítima defensa

La legítima defensa, de acuerdo con Plascencia (2004), surge como un derecho, con el derecho romano, concebido como un derecho individual originario que se limitaba a la defensa del bien jurídico vida e integridad física de las personas, de ahí que su fundamento se encuentre en la defensa del derecho en el marco de bienes jurídicos individuales.

Gonzáles (2008), manifiesta que el fundamento de la legítima defensa se encuentra en el hecho que nadie está obligado a soportar una situación injusta (una agresión ilegítima), lo cual tiene importancia práctica ya que posibilita a las personas su utilización cuando medie una agresión ilegítima; de manera que, a través de ella se defiende derechos individuales (interés individual) y se ratifica la vigencia del ordenamiento jurídico (interés social).

Bacigalupo (1985) refiere que “la defensa necesaria o legítima defensa tiene su fundamento en la máxima, el derecho no necesita ceder ante lo ilícito” (pp. 64-65). Zaffaroni (2000) al respecto expresa que la legítima defensa le asiste a cualquier persona que está frente a una agresión ilegítima facultándola a lesionar bienes jurídicos en su favor o de un tercero agredido ilegítimamente.

En nuestro ordenamiento jurídico esta causa de justificación está prevista en el art. 2 inciso 23 de la Constitución Política, donde se establece que “toda persona tiene derecho: 2.23. A la legítima defensa”, y el numeral 3 del artículo 20 del Código Penal, el cual establece que:

El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a) Agresión ilegítima
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa.
- c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

De ello se desprende que la legítima defensa es un comportamiento dirigido a repeler una agresión, que para su configuración es necesario la concurrencia de ciertos requisitos (agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y la falta de provocación suficientes).

A. Requisitos

i. Agresión ilegítima

Dentro de este requisito se debe tener en cuenta:

- Agresión es conducta humana

La agresión es definida como "... conducta ilegítima que amenaza lesionar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico" (Roxin, 1999, citado por Villavicencio, 2019, p. 437), así también como "comportamiento que lesione o ponga en peligro un derecho, propio o ajeno" (Castillo, 2004, p. 125); por lo que se excluye la legítima defensa contra los ataques de animales o cosas, contra personas jurídicas y en los supuestos de ausencia de la acción.

- Actualidad de la agresión

La legítima defensa no puede constituir una venganza injustificada, por lo tanto, no puede ser pasada, ni futura sino actual. La actualidad de la agresión ocurre "... desde el momento en que la agresión es inminente y mientras se siga desarrollando (impedir o repeler la agresión)" (Villavicencio, 2019, p. 539).

Se entiende que, el sujeto puede realizar la defensa ante la agresión mientras ésta se desarrolla, ya que la agresión desaparece una vez agotado o consumado el delito.

- La ilegitimidad de la agresión

La ilegitimidad de la agresión, de acuerdo con Villavicencio (2019), está referida a que la misma afecte intereses o bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, no siendo necesario que sean típicas, es decir, que constituyan un delito; en ese sentido, no hay legítima defensa de las conductas conformes a derecho (legítima defensa de la legítima defensa o de un estado de necesidad justificante) y no se acepta la defensa de los bienes supraindividuales (orden público).

- Realidad de la agresión

La realidad de la agresión implica su manifestación en el mundo real. Muñoz y García (2002) refieren que no es suficiente que la agresión sea imaginaria en la persona que defiende, pues estaríamos en el supuesto de legítima

defensa putativa, al cual se debe tratar como error de prohibición.

ii. Necesidad de la defensa

Ante la agresión realizada por un sujeto, el agredido o un tercero está facultado a defenderse o defender. Dicha defensa solo puede recaer en los bienes jurídicos del agresor que sirvan para hacerla cesar.

Debemos tener en cuenta lo siguiente:

En los casos de utilización de la persona de un tercero, puede distinguirse dos situaciones: si se emplea la fuerza física irresistible sobre el tercero para que agrede a otro y si se utiliza la coacción sobre un tercero para que agrede a otro; en la primera situación el que se defiende actúa en estado de necesidad exculpante y en la segunda situación el que se defiende actúa en legítima defensa, ya que el tercero realiza un acto voluntario (Villavicencio, 2019).

La persona para repeler la agresión hace uso de la defensa; de acuerdo con Jescheck y Weigend (2002), ésta debe ser racional o adecuada e idónea para impedir dicha agresión y representar el medio menos perjudicial para el agresor en pro de impedir la referida agresión. Para ello, debe tenerse en cuenta tanto los datos personales, como las circunstancias que rodean al hecho (agresión y defensa), resumidos en: intensidad del ataque, peligrosidad del

agresor y de su actuar y los medios disponibles para su defensa.

En ese sentido, para la configuración de la legítima defensa se debe verificar si la agresión ilegítima pone en peligro al agredido y la necesidad del medio defensivo utilizado. Mir Puig (2004) las define como necesidad en abstracto y en concreto de la defensa.

iii. Falta de provocación suficiente

Este elemento o requisito está referido a que el sujeto que se va a defender de la agresión no la haya provocado, de lo contrario no podrá alegar que su defensa la realizó haciendo uso de la legítima defensa. Sin embargo, cuando un tercero es el que defiende al agredido que ha provocado intencionalmente la agresión, se considera que actuó en legítima defensa, ya que, "... no contribuyó a que la situación llegase a tal estado ni realizó acción ilícita alguna y más bien está evitando una agresión provocada que sin lugar a dudas es antijurídica" (Villavicencio, 2019, p. 546). En ese sentido, Plasencia (2004), afirma que "... si hubo provocación no se puede alegar defensa alguna, al haber sido promotor de la agresión" (p.144).

iv. Elemento subjetivo

Los requisitos de la legítima defensa tratados anteriormente constituyen elementos objetivos de esta, pero también es necesario para su configuración el elemento subjetivo, es decir, que el autor conozca que estaba repeliendo una agresión ilegítima y actúe con voluntad de defenderse (Muñoz, 2002).

Villavicencio (2019) afirma al respecto que “la acción defensiva debe responder a una voluntad de defensa (*animus defendendi*) y no puede estar acompañada de otro elemento subjetivo (venganza, odio, etc.)” (p. 546).

3.3.4.2. Estado de necesidad

Esta causa de justificación es definida como:

“... una situación de peligro que amenaza determinados bienes jurídicos a raíz de un peligro no causado por el agente, y en atención a un comportamiento lesivo a bienes jurídicos pertenecientes a un tercero que pudo haber creado esa situación de peligro.” (Plasencia, 2004, p. 147).

Jescheck y Weigend (2002) definen al estado de necesidad como “... un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos

ajenos y que no da lugar a la legítima defensa ni al ejercicio de un deber” (p. 379).

Entonces, el estado de necesidad es una situación donde una persona con la finalidad de proteger bienes jurídicos propios o de terceros puestos en peligro, afecta otros bienes jurídicos de menor valor. Zaffaroni (1998) refiere que se fundamenta en “... la necesidad de salvar un interés mayor, sacrificando al menor, en una situación no provocada de conflicto extremo” (p. 501). Villavicencio (2019) considera como fundamento el interés preponderante, que “... excluye la antijuridicidad por la necesidad de la lesión en relación a la menor importancia del bien que se sacrifica respecto del que se salva” (p. 550).

Debemos precisar que en la doctrina peruana se diferencia entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante. El primero se caracteriza por sacrificar un interés de menor valor al salvado (principio de interés preponderante) y el segundo se caracteriza porque el interés sacrificado es del mismo valor que el salvado (causa de exculpación). Para su configuración la legítima defensa tiene los siguientes requisitos o presupuestos:

A. Requisitos

i. La situación de peligro

Bacigalupo (1985) define a la situación de peligro como "... una colisión de intereses jurídicos, caracterizada por la inminencia de pérdida de uno de ellos y la posibilidad de salvación del de mayor valor sacrificando el de menor valor" (p. 70). De ahí que, también se exija que el peligro sea inminente y real, será inminente cuando la afectación al bien jurídico tenga una tasa de probabilidad alta o segura, será real si se lleva a cabo en el mundo real y no solo sea producto de la imaginación de la persona que hace uso de la legítima defensa.

ii. La acción necesaria

Este presupuesto implica que la acción de defensa deberá ser necesaria, al respecto Mir Puig (2004) expresa que "para que concurra un estado de necesidad es preciso que no haya un modo menos lesivo de evitar el mal que amenaza" (p. 455).

Ello significa que, ante un peligro inminente y real de bienes jurídicos propios o de un tercero sea la única opción el sacrificio de bienes jurídicos de menor valor para salvar bienes jurídicos de mayor valor; se evidencia

el uso de la ponderación de ambos bienes jurídicos para establecer su valor. Para reforzar lo mencionado González (2008) afirma que:

... solo se pueda argumentar la aplicación de este tipo permisivo, cuando no sea posible enfrentar la situación de otra manera o forma. Si es factible dar solución al problema utilizando otra vía diversa sin lesionar bienes jurídicos ajenos, tendrá que utilizarse esa otra posibilidad. (p. 287).

iii. Elemento subjetivo

Al igual que la legítima defensa el estado de necesidad también requiere un elemento subjetivo, en este caso sería el conocimiento de los elementos objetivos (situación de peligro y acción necesaria) tratados anteriormente y la voluntad de defensa con la finalidad de evitar el mal grave; cabe mencionar que, también puede ir acompañado de elementos adicionales, tales como intenciones o estados anímicos (Villavicencio, 2019).

3.3.4.3. Ejercicio legítimo de un derecho

El ejercicio de un derecho es una causa de justificación que consiste en:

“... la expresa autorización que existe para un sujeto de que realice una determinada conducta, no obstante que con ésta se lesione

o ponga en peligro un determinado bien jurídico, en tal circunstancia el sujeto ejerce un derecho reconocido en la propia ley y si al obrar realiza una conducta típica, ésta resulta plenamente justificada.” (Plascencia, 2004, p. 154).

De la definición dada se desprende que el ejercicio legítimo de un derecho tiene dos requisitos o presupuestos: la existencia de un derecho de parte de quien actúa y el reconocimiento del mismo por una norma jurídica. Esta causa de justificación encuentra su fundamento en el principio de reserva constitucional, regulado en el inciso a del numeral 24 del art. 2 de la Constitución Política, que prescribe que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe”, así también se fundamenta en el numeral 8 del art. 20 del Código Penal y en el principio de unidad del ordenamiento jurídico, en razón a que lo que está permitido en el ordenamiento jurídico no puede ser prohibido penalmente.

3.3.5. Justificación en los delitos imprudentes

Las causas de justificación contenidas en el Código Penal peruano, tratadas anteriormente, no solo se pueden aplicar a casos que requieren del dolo sino también se admiten en los delitos imprudentes, ya que no existe prohibición alguna para ello. Sin embargo, no todas las causales pueden ser aplicables, tal como expresan Jescheck y Weigend (2002):

“... habrá que negarlas en los supuestos en que una acción que objetivamente es por sí misma incorrecta resulte aprobada por el ordenamiento jurídico en atención

a la finalidad perseguida, pues aquí al autor se le exige como mínimo un examen concienzudo de la situación y que puede estar justificada una acción que desde un principio resulta contraria al cuidado debido.” (pp. 633-634).

De ahí que, las causas de justificación que se pueden argumentar en los supuestos imprudentes son la legítima defensa y el estado de necesidad.

En la legítima defensa, “... la defensa es imprudente y tendrá sentido en la medida que, conforme a la situación objetiva, también hubiera resultado justificada una defensa intencional” (Villavicencio, 2019, p. 558). Se evidencia que lo que importa es cómo reacciona el sujeto en relación al deber de cuidado.

En el estado de necesidad justificante se admite en los delitos imprudentes cuando se trata de evitar un mal grave inminente y al que el agente es extraño, para ello también se requiere la determinación de la proporcionalidad de los bienes a afectar o en conflicto, cabe precisar también que es importante indagar si la conducta descuidada es necesaria en relación a la previsibilidad del resultado y situación personal (Villavicencio, 2019).

3.4. Culpabilidad

Luego de haber analizado el injusto penal, comprendido por el nivel típico y antijurídico dentro de la teoría del delito, corresponde el análisis de la culpabilidad, ya que para declarar culpable al sujeto activo, no solo basta que la acción esté tipificada en un tipo penal y que sea contraria al ordenamiento jurídico (no medie causa de justificación alguna); también es necesario que el autor posea

condiciones mínimas mediante las cuales pueda comprender la antijuridicidad de su acción y la adecuación de la misma.

Desde una concepción normativa la culpabilidad viene a ser "... un juicio de reproche por la realización de una conducta típica y antijurídica, pudiendo actuar en forma distinta" (Girón, 2008, p. 73). Por su parte, desde una concepción psicológica se "... entiende la culpabilidad como la relación psicológica del autor con el hecho en su significación objetiva, es decir, en el reflejo anímico de la realidad (Beling)" (Bacigalupo, 1985).

Sobre las dos concepciones antes mencionadas, debemos tener en claro -de acuerdo con Gonzáles (2008)- lo siguiente:

"... la teoría psicológica se distingue, porque el agente es culpable, cuando está psicológicamente relacionado con el hecho cometido, lo que se presenta en dos modalidades: en forma dolosa, cuando tuvo el propósito de causar el resultado, y culposa, cuando infringe un deber de cuidado. Bajo estas circunstancias, el contenido de la culpabilidad se agota en el plano psicológico, es decir, en la esfera íntima y no visible del autor. En tanto que la teoría normativa, parte de señalar que la mera relación psicológica con el hecho cometido, no es lo que permite elaborar el concepto jurídico de culpabilidad, sino más bien el análisis de las circunstancias del hecho y la capacidad de imputación. Por ello se indica que una conducta culpable, es una conducta reprochable." (p. 305)

Entonces podemos concebir a la culpabilidad como un juicio de reproche cuando el sujeto tenga la capacidad de motivarse o determinarse, ya sea por la norma o la amenaza de la pena, y además tenga conocimiento de la antijuridicidad de la conducta realizada y por último, que el mismo haya tenido la exigencia de obrar de modo distinto, pero no lo hizo; de lo contrario no se le podrá imponer una pena. De tal definición se desprenden -como menciona Bacigalupo (1985)- los elementos que integran la capacidad en la que se funda la

culpabilidad, la capacidad de conocimiento de la desaprobación jurídico-penal del acto y la posibilidad de motivarse de acuerdo con ese conocimiento. Girón (2008) por su lado, menciona que los elementos de la culpabilidad son: la capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de la conducta.

3.4.1. Elementos

3.4.1.1. Capacidad de culpabilidad

Villavicencio (2019) denomina a este elemento como “capacidad de motivación”. Bacigalupo (1996) la define como “la capacidad de motivarse por el cumplimiento del deber. Esta capacidad requiere a) la capacidad de comprender la desaprobación jurídico penal, b) la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión” (p. 156). En palabras sencillas, este elemento consiste en que el sujeto realice el injusto penal en uso pleno de sus facultades mentales y que sea mayor de edad, para así poder imputarle una pena, de lo contrario se convertirá en un inimputable, al cual no se le puede exigir otra forma de actuación a la que realizó.

Es por ello que, nuestro Código Penal en el art. 20 numeral 1 expresa que está exento de responsabilidad penal “el que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la

facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”.

3.4.1.2. Conocimiento de la antijuridicidad

El conocimiento de la antijuridicidad implica que el autor del injusto penal para motivarse a no realizarlo, no ignore tanto el contenido de la norma penal como la ilicitud de su conducta; solo basta que conozca que la conducta se encuentra prohibida dentro del ordenamiento jurídico.

En este punto se debe hacer mención al error de prohibición, ya que, es el error sobre el conocimiento de la antijuridicidad, es decir, el desconocimiento de la prohibición hecha por una norma penal. Existen varias clases de error de prohibición, es directo cuando es invencible, por ende, exime de responsabilidad penal; y, es indirecto cuando se produce sobre la existencia de las causas de justificación, como consecuencia también exime la responsabilidad penal; asimismo, encontramos al estado de necesidad disculpante, cuando se trata de salvar a dos bienes jurídicos del mismo valor y, el error culturalmente condicionado, se da cuando el autor no comprende que su conducta se encuentra prohibida por su desconocimiento cultural o costumbres (Girón, 2008).

3.4.1.3. Exigibilidad de la conducta

Girón (2008) manifiesta que este elemento implica que le sea exigible al autor otra conducta, que en situaciones normales se pueda dirigir a no realizar una conducta antijurídica, de lo contrario no se le puede atribuir responsabilidad penal.

De acuerdo con Plascencia (2004), el fundamento de este requisito es la falta de normalidad y de libertad en el comportamiento del agente, ya que, si ello no fuera así el sujeto activo tendría la posibilidad de haber actuado de una manera diferente.

3.4.2. Causas de inimputabilidad

En nuestro ordenamiento jurídico penal, específicamente en el art. 20 se señalan como causas de inimputabilidad las siguientes:

3.4.2.1. Anomalía psíquica

Implica "... la presencia de procesos psíquicos patológicos corporales, producidos tanto en el ámbito emocional como intelectual, que escapan al marco de un contexto vivencial y responden a una lesión al cerebro" (Villavicencio, 2019, p. 599). Dentro de las anomalías psíquica encontramos a las psicosis traumáticas, infecciosas, tóxicamente condicionadas, entre otras.

Villa Stein (1998) afirma que el término “anomalía” es incorrecto porque comprende mayor cantidad de conductas de las que se refiere el Código Penal, de ahí que debemos tener claro que solo se consideran “aquellas que atacan indiscutiblemente la culpabilidad del mayor de edad (...) por la gravedad de sus manifestaciones patológicas en los ámbitos cognitivo, afectivo y conativo” (citado por Villavicencio, 2019, p. 600). Sin embargo, el uso de tal término por nuestro Código Penal se abarca las enfermedades mentales u otras perturbaciones psíquicas graves y las oligofrenias graves.

Como consecuencia, a las personas inimputables por concurrir esta causa de inimputabilidad le será aplicable una medida de seguridad, por ejemplo, la internación de la misma en un centro hospitalario (art. 74 del CP). También se puede aplicar un tratamiento ambulatorio si es un inimputable relativo (Villavicencio, 2019).

3.4.2.2. Grave alteración de la conciencia

Villavicencio (2019) define a la grave alteración de la conciencia como estados anormales pasajeros. Gonzales (2008) manifiesta que la misma está relacionada con “... aquellas circunstancias bajo las cuales, la persona pierde la noción de lo que acontece y, por ende, no tiene el dominio de sus propias acciones” (p. 323). En ésta se encuentran 3 tipos de alteraciones, de acuerdo con Camacho, Montero y Vargas:

- * Mnesias lacunares: afloran recuerdos del hecho con interrupciones de la continuidad del curso mnésico. Se trata de imágenes aisladas que adquieren la forma de flash que iluminan por instantes algunos fragmentos del suceso.
- * Obnubilación de la conciencia: es una forma menor de confusión mental, se debilita la función perceptiva, por lo que el medio circundante se forma difuminado, con total desconcierto y perplejidad de quien lo padece.
- * Conciencia crepuscular: La capacidad sensorial no es uniforme, ya que se percibe un punto o zona central quedando en la oscuridad el resto del campo perceptivo. (citado por Gonzáles, 2008, p. 322).

Las causas que producen una grave alteración de la conciencia las encontramos en el agotamiento, exceso de fatiga, sopor, acciones bajo hipnosis o post-hipnóticos y determinados estados pasionales o afectivos; los cuales carecen de un fondo patológico, por lo que deben tomarse en cuenta aquellos que no están dentro del estándar de lo normal.

Cabe precisar que, en ciertas ocasiones la alteración de la conciencia puede ser provocada, generando la posibilidad de sancionar al sujeto adoptando la idea de la *actio libera in causa*, la cual encuentra su fundamento en el abuso del derecho al ejercicio de su libertad individual, la misma puede ser dolosa o imprudente, la primera forma se presenta cuando es preordenada a la comisión del delito, en ese caso se sanciona como autoría mediata; la segunda forma

se presenta cuando el agente hubiera o debía prever la comisión del delito sin conocer y querer su producción (Villavicencio, 2019).

3.4.2.3. Grave alteración de la percepción

La grave alteración de la percepción -de acuerdo a la Casación N° 460-2019, Huánuco- está relacionada con “... *la pérdida permanente de origen patológico o accidental de la capacidad de captar por uno de los sentidos las imágenes, impresiones o sensaciones externas*”.

Esta causal de inimputabilidad se funda en la carencia de los sentidos, causado por una enfermedad o por un accidente, afectando la realidad gravemente por la no comprensión de la misma.

3.5. Punibilidad

La punibilidad en terminos generales se refiere a aquella conducta típica, antijurídica y culpable pasible de una consecuencia jurídico penal. Girón (2008), manifiesta que “la punibilidad se refiere a una serie de circunstancias necesarias para la imposición de una pena, o bien excluyen la sanción penal pese a tratarse de una conducta típica, antijurídica y culpable” (p. 91).

3.5.1. Circunstancias de la punibilidad

Las circunstancias o también denominadas situaciones de penalidad se pueden clasificar de la siguiente manera:

3.5.1.1. Condiciones objetivas de punibilidad

Las condiciones objetivas de punibilidad la constituyen aquellos requisitos que condicionan la imposición de la pena y/o persecución penal, pero, sin formar parte del tipo penal (Girón, 2008).

3.5.1.2. Excusas absolutorias

Las excusas absolutorias, a diferencia de las condiciones objetivas, son circunstancias personales que hacen innecesaria la imposición de una pena, estas se encuentran relacionadas con el parentesco o la función que realizan ciertas personas; con ellas se establecen límites al ius Puniendi (Girón, 2008).

3.5.2. Fines de la pena

La pena en sí misma y su aplicación forman parte del control social formal, ya que es considerada el medio de mayor severidad mediante la cual el Estado asegura la convivencia entre los individuos que lo conforman. Zaffaroni (1980) afirma que "... toda concepción de la pena es, necesariamente, una concepción del derecho penal, de su función y del modo de cumplir esa función" (citado por Villavicencio, 2006, p.45).

Cabe preguntarse ¿qué es la pena?: para ello es necesario partir de los criterios de legitimación de la pena. Estos son: "legitimación instrumental, vinculado a la efectividad empírica

de los fines asignados, y legitimación valorativa, referido a valores ético-políticos” (Alcácer, 1998, p. 378).

- a. Legitimación instrumental: bajo este criterio la pena viene a ser un mal impuesto por el Estado en virtud de su poder a un individuo, concibiendo un fundamento retributivo basado en el reproche por el hecho cometido, es decir, un mal por otro mal; cabe mencionar que, de acuerdo a este criterio no se busca la satisfacción futura. Por último, también concibe a la pena como un mal y la consiguiente exigencia de la producción de un bien mayor; así como, la exigencia de sanciones y prohibiciones derivadas de su carácter negativo (Alcácer, 1998).

- b. Legitimación valorativa: conforme a este criterio se debe justificar en función a valores determinados la satisfacción de los fines de la pena, las formas de concebirla y su aplicación (Alcácer, 1998).

De acuerdo con Alcácer (1998), ambos criterios en ciertas ocasiones pueden ser complementarios, no obstante, cuando la condición para satisfacer un fin determinado es la realización de una acción considerada incorrecta por la incompatibilidad con determinados valores, no es así.

Villavicencio (2006) define a la pena como “una consecuencia jurídica asignada a cualquier individuo que haya realizado un hecho punible contrario a la norma” (p. 46). De ahí que, sea la teoría de la pena la que se encargue tanto de identificar la finalidad de la misma, como las limitaciones del poder penal “*Ius Puniendi*”. Dentro de la teoría de la pena, se distinguen las teorías absolutas y relativas de los fines de la pena.

3.5.2.1. Teorías absolutas

Las teorías absolutas, se caracterizan por rechazar la búsqueda de fines fuera de la pena, ya que consideran que ésta se agota en sí misma al momento de imponerse como un mal en contra de la comisión de un hecho punible. Para las teorías absolutas los fines de la pena son:

A. Retribuir: implica que la pena “compensa por el delito cometido y es ajena a cualquier finalidad preventiva” (Meini, 2013, p.146), es decir, surge como una reacción al delito cometido, ya que el mal causado por ello no debe quedar sin un castigo para el sujeto que lo ocasionó, sino que el castigo será la pena a ser impuesta de forma proporcional al mal causado (Villavicencio, 2006).

B. Expiar: implica que la pena está dirigida a “conciliar al infractor consigo mismo y con la sociedad, y ayudarlo a alcanzar de nuevo la plena posesión de su dignidad” (Meini, 2013, p.144).

La expiación consiste –según Villavicencio (2006)- en una actividad de tipo anímica del sujeto activo, tales como el arrepentimiento y la aceptación de la pena por el mal que éste ha ocasionado, con tal de recuperar su libertad moral.

De lo mencionado en los párrafos precedentes se advierte que, la pena en su afán de retribuir o expiar no busca en realidad prevenir la comisión de delitos, desvinculándose de su efecto o utilidad social; razón

por la cual no son consideradas como fines de la pena en la doctrina actual.

3.5.2.2. Teorías relativas

Las teorías relativa son las que se centran exclusivamente a establecer el fin de la pena, asignándole una utilidad social de prevención de la comisión de un hecho delictivo, consistente en al protección de los intereses sociales. En estas teorías se tiene por regla general que:

...el fin con el cual justifican la pena es la prevención del delito, y dependiendo de a quiénes se dirige se distingue entre prevención especial, si se pretende evitar que el condenado vuelva a delinquir en el futuro, y prevención general, si se busca prevenir que terceros no delincan (Meini, 2013, p. 148).

De la cita anterior, se advierte y se afirma que el fin de la pena es la prevención del delito, y que éste a la vez, se subdivide dependiendo de a quiénes se direcciona o se dirige; así son:

A. Prevención especial: Si se dirige al autor. Von Lizst (citado por Meini, 2013) al respecto menciona que en este tipo de prevención del delito, se previene su comisión mediante la coacción al delincuente, con la finalidad de disuadirlo.

En ese sentido, Villavicencio (2006) refiere que esta prevención se direcciona a “evitar consecuencias ilícitas futuras mediante la

actuación sobre una persona determinada. No se dirige al hecho delictivo cometido sino al individuo mismo ... que no es cualquiera, sino es el autor del hecho ilícito” (62).

Von Liz (s.f) distingue tres manifestaciones de la prevención especial, las cuales son:

En primer lugar, para los delincuentes incorregibles propuso la inocuización o una pena de prisión por tiempo indeterminado, bajo el entendido de que la sociedad tiene derecho a defenderse de aquellos que, como los delincuentes por convicción, no desisten en su intento por delinquir; en segundo lugar, para los delincuentes habituales postuló la corrección, y en tercer lugar, la intimidación para los delincuentes ocasionales”. (citado en Meini, 2013, p. 148).

Entonces, para la prevención especial del delito el fin de la pena es evitar que el delincuente o sujeto activo de uno o varios delitos a lo largo de su vida, cometa nuevos delitos, mediante la neutralización, corrección y/o la reeducación. A la vez, la teoría de prevención especial se divide de la siguiente manera:

a. Prevención especial positiva

La prevención especial positiva también denominada ideológica, concibe como fines de la pena la reeducación, resocialización e integración del delincuente a la sociedad; por ello, de acuerdo con Villavicencio (2006), se debe tener un cuidado especial con el

tratamiento penitenciario, ya que es el primer paso para lograr que los fines mencionados se cumplan.

Como dato importante, se debe mencionar que, por los años sesenta la teoría bajo comento sufre una transformación, “se la define de una manera uniforme con el concepto de resocialización” (Villavicencio, 2006, p. 63), razón por la cual en la actualidad se la concibe bajo el concepto de la resocialización del delincuente.

b. Prevención especial negativa

En la prevención especial negativa la pena tiene como finalidad Inocuar al delincuente, es decir, mantenerlo alejado de las demás personas, y ello se logra a través de su internamiento dentro de un Centro penitenciario. Este apartamiento del delincuente busca que la sociedad esté fuera de peligro.

B. Prevención general: Si se dirige a terceros; mediante la cual la finalidad de la pena es intimidar a todos los individuos de la sociedad con la intención de que no cometan delitos.

La prevención general -conforme a Villavicencio, 2006- se halla en las tres etapas de la realización de la pena: la amenaza generalizada de la pena

(la conminación penal contenida en la ley), el dictado de la sentencia, y la ejecución de la pena (sufrimiento del delincuente).

La prevención general a su vez se subdivide en:

a. Prevención general positiva

Esta busca la afirmación del derecho en los individuos que forman parte de una sociedad, lo cual constituye un fin del derecho penal tratado en el apartado anterior, por lo cual nos vamos a limitar a su desarrollo más que tratar de ubicarse dentro del tema.

b. Prevención general negativa

La prevención general negativa implica la intimidación de forma psicológica de todas las personas que conforman la sociedad, ello, con la finalidad de evitar la comisión de delitos; esto sucede cuando "... cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho" (Feuerbach, 1989, p. 13, citado por Meini, 2013, p.151).

En pocas palabras, la prevención general negativa de acuerdo con Villavicencio (2006) busca "inhibir a las personas en la comisión del delito mediante la intimidación o disuasión

de éstas a través de la aplicación de la pena”
(p. 57).

3.5.3. Principios que sustentan la intervención penal

Debemos partir de la idea que el Estado posee como potestad el “*Ius Puniendi*”, la cual le permite identificar determinadas conductas como delitos y a la vez imponerles la sanción correspondiente a cada una de ellas. No obstante, dicha intervención penal para evitar ser calificada como abuso de derecho debe encontrarse sustentada en principios, que son los límites y garantías para el ejercicio del poder estatal tanto en la identificación de conductas o delitos, como en la imposición de las penas correspondientes. Los principios que fundamentan la intervención penal son los siguientes:

3.5.3.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad se encuentra reconocido por la Constitución Política del Perú, en su artículo 2 inciso 24 literal d) y por el Código Penal en su artículo II del Título Preliminar.

García (2012) expresa que para que una conducta sea calificada como delito y pueda imponérsele una sanción penal, ésta al igual que la sanción deben estar descritas previamente en la ley. De ahí que, este principio limite la intervención del Estado y su poder punitivo a “las acciones u omisiones previstas en la ley como infracciones punibles: *nullum crimen, nulla poena sine lege*” (Villavicencio, 2006, p. 90).

El principio de legalidad permite al ciudadano conocer las conductas que constituyen delito y se encuentran penadas, garantía mediante la cual puede hacer frente a los abusos del Estado en el ejercicio de su poder punitivo.

3.5.3.2. La prohibición de analogía

La prohibición de la analogía se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en dos dispositivos jurídicos: en el artículo 139 inciso 9 de nuestra Constitución y el artículo III del Título Preliminar del Código Penal.

La analogía, de acuerdo a Villavicencio (2006), representa un proceso por el cual se resuelven los casos que no se encuentran previstos por la ley a través de:

- a. Disposiciones previstas para casos semejantes: conocida como analogía legis.
- b. Deducciones de los principios generales del derecho: conocida como analogía juris.

En ese sentido, aplicar la prohibición de la analogía, a través de los supuestos mencionados anteriormente, se da solo en los casos que sea perjudicial para el sujeto activo; sin embargo en los casos que lo beneficie, sí se aplica a través de los procesos de interpretación de la ley penal.

3.5.3.3. Principio de irretroactividad

Si la retroactividad es la aplicación de la ley penal a casos producidos anteriores a su dación, mediante el principio principio de irretroactividad se prohíbe la aplicación de la Ley penal a casos anteriores cuando no va a favorecer al reo. se entiende que cuando sí favorece al mismo la aplicación de la ley penal a casos anteriores está permitida.

Teniendo en cuenta que tanto la determinación de la conducta y la determinación de la pena deben darse previa a la realización del hecho delictivo, las leyes penales no pueden ser aplicadas en ningún caso de manera retroactiva para castigar una conducta a la entrada en vigencia de una ley penal que no estaba prevista cuando se cometió el hecho delictivo (García, 2012).

3.5.3.4. Principio de necesidad o de mínima intervención

El principio de mínima intervención, implica que la protección de la sociedad es el límite de la intervención del derecho penal, por lo tanto, la pena debe ser impuesta siempre y cuando exista una extrema necesidad que pueda volver a un castigo violento en legítimo, que implique la afectación de la sociedad. Villavicencio (2006), menciona que es “un límite importante, porque permite evitar las tendencias autoritarias (...) las leyes penales (...) se justifican en la tutela de un valor que necesita de protección penal” (p.92).

El derecho penal –de acuerdo con García (2012)- es el último mecanismo a recurrir en el caso no funcionen las vías previas o los mecanismos alternativos a este, de manera que una vez agotados no se resuelve el conflicto, se acudirá al derecho penal. Este principio contiene al principio de subsidiaridad y al principio de fragmentariedad.

El primero concibe al derecho penal como “*ultima ratio*” y consiste en la aplicación del mismo cuando los demás mecanismos de control fallan, por “la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social” (Villavicencio, 2006, p. 93).

El segundo, consiste en el uso del Derecho penal para prohibir solo las conductas lesivas a los bienes jurídicos tutelados y no todas las conductas. La fragmentariedad del derecho penal se determina de la siguiente forma:

Primero, defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo además, determinadas circunstancias y elementos subjetivos. Segundo, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico. Tercero, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales (Villavicencio, 2006, p. 94)

3.5.3.5. Principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos

Este principio consiste -como su misma denominación lo advierte- en la protección de bienes jurídicos, de manera que, para que la conducta sea considerada ilícita o contraria al derecho, requiere además de su comisión, la puesta en peligro o lesión de un determinado bien jurídico. Ello implica la protección de los bienes jurídicos mediante los preceptos penales, la imposición de penas por parte del Estado que no afecten la libertad moral, política o religión del ciudadano, y la tutela de intereses sociales (Villavicencio, 2006).

Cabe aclarar, que la protección de bienes jurídicos – de acuerdo con García (2012)- se da cuando se evidencia la afectación o vulneración de los mismos, no se protegen bienes jurídicos como objetos materiales e inmateriales, aunado a ello se busca evitar un ataque entre ellos.

3.5.3.6. Principio de racionalidad y humanidad de las penas

Implica la imposición de penas acordes al hecho cometido, rechazando las imposiciones penales que brutalmente afecten a los sujetos. Se debe imponer , bajo este principio, una pena humanitaria, de ninguna manera una pena que implique sufrimientos innecesarios para los penados. Así, “toda consecuencia jurídica debe terminar en algún tiempo,

pero nunca debe rebasar más allá de la vida del penado ni ser perpetua” (Villavicencio, 2006, p. 107).

3.5.3.7. Principio de culpabilidad

Teniendo en cuenta que, el derecho penal –según Villavicencio (2006)- atribuye tres significados al termino culpabilidad: a. como fundamento de la pena (imposición de la pena al autor de un hecho típico y antijurídico), b. como elemento de la determinación o medición de la pena (su gravedad y su duración), y c. como lo contrario a la responsabilidad por el resultado (prohíbe la atribución de un resultado imprevisible).

El significado que toma el principio de culpabilidad es el tercero, en ese sentido este principio limita al Derecho penal a establecer la responsabilidad penal cuando el resultado no era previsible, para posibilitar la imposición de la pena al autor y excluir la misma.

3.5.3.8. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, denominado también principio de prohibición en exceso, consiste en que la pena debe ser proporcional a la afectación causada por el agente. En ese sentido implica “la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del Estado, la sociedad y el imputado” (Villavicencio, 2006, p. 115). Se encuentra regulado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

3.5.3.9. Principio del primado del derecho de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y los principios constitucionales y de subordinación de la ley penal sustantiva

Este principio consiste en la vigencia y prevalencia del derecho de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y los principios constitucionales y la subordinación de la ley penal sustantiva, frente al ejercicio del poder penal del Estado (Villavicencio, 2006).

3.5.3.10. Principio del respeto y protección a la diversidad cultural

Villavicencio (2006) manifiesta que este principio cumple una doble función “sujetos que son seleccionados y criminalizados por el sistema penal a quienes debe juzgárseles en consideraciones a su cultura y costumbres y, sujetos que son juzgados por sus propias comunidades” (p. 119). Por lo tanto, la criminalización de las conductas debe ser acorde a la identidad cultural que poseen los sujetos. En ese sentido constituye un límite del ejercicio del poder punitivo el respeto de los derechos de los individuos de los diversos grupos étnicos que existen en un país pluricultural como el nuestro (Villavicencio, 2006).

3.5.3.11. Principio de protección a la víctima

Como se mencionó el Estado posee el “*Ius Puniendi*”, por ello, frente al ejercicio de este poder penal, este principio garantiza la protección de la víctima, a través de un trato respetuoso de su dignidad y el reparo del daño causado; su condición en ningún caso debe volverse más desfavorable, o bien se mantiene o bien se mejora (Villavicencio, 2006).

SUBCAPÍTULO III:

PROTECCIÓN A LA VIDA HUMANA

1. Teorías de la vida

En este acápite se debe partir de la idea que la protección del derecho a la vida humana es uno de los vectores más importantes del estudio y protección que brinda el ordenamiento jurídico a partir de la Constitución; es así que, en los dos primeros artículos de la carta magna se plantea la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado. En ese sentido, toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, física y a su libre desarrollo y bienestar, todo ello regulado en dichos dispositivos, considerados como normas básicas fundamentales del ordenamiento jurídico peruano.

De la Fuente-Hontañón (2011), manifiesta que respecto a la protección de la vida existen problemas planteados a partir de los avances científicos en relación al inicio de la vida humana; por ello, se debe precisar a qué se denomina “embrión” para resolver los mismos, en opinión de De la Fuente-Hontañón (2011) el inicio de la vida del ser humano se da desde el momento de la fecundación, esto es desde el momento de la unión del óvulo y el

espermatozoide hasta los primeros meses de vida, concibiéndolo como un individuo de la especie humana diferente y dinámicamente autónomo respecto de la madre, cuyo desarrollo es un proceso continuo y ordenado de tres principios: a. la coordinación de acuerdo a la información contenida en el genoma, b. la continuidad y c. la gradualidad. Por su lado, el Código Civil, en su artículo 1° prescribe que: “(...) La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

Sin embargo, existe un amplio estudio doctrinal y científico que discute desde cuando se inicia la vida humana, del cual se han originado -al respecto- las siguientes teorías:

1.1. La teoría de la fecundación

La teoría de la fecundación sostiene que el inicio de la vida se da desde el primer momento en que el espermatozoide ingresa al óvulo. De manera que, el Tribunal Constitucional a través del Exp. N° 02005-2009-PA-TC sostiene que dicha teoría se basa en que la concepción y el inicio del proceso vital -vida- se origina en la fecundación, el cual constituye un proceso iniciado con la penetración del espermatozoide en el óvulo, concluyendo con la interacción bioquímica, es decir, con la formación del cigoto, que viene a ser la célula resultante de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino.

En el mismo expediente se manifiesta que dentro de esta teoría existen dos puntos opuestos entre sí, al concebir de manera distinta el inicio de la vida dentro del proceso de fecundación, estos son:

- a. Los “(...) i) que consideran que desde el inicio del proceso fecundatorio, ya nos encontramos ante la concepción pues una

vez que el óvulo ha sido fecundado por el espermatozoide se ha dado inicio al proceso vital irreversible” (Exp. N° 02005-2009-PA/TC, 2009).

- b. Los que consideran que la fecundación se da “... en el momento de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino (singamia), conjugándose los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos, surgiendo el cigoto como realidad nueva, ... con autonomía genética para presidir su propio desarrollo”. (Exp. N° 02005-2009-PA/TC, 2009).

Es conveniente aclarar que, la concepción no debe confundirse con la fecundación. La fecundación es el primer instante con el que se inicia el ciclo vital, que ocurre cuando el espermatozoide penetra el óvulo, por lo que la concepción vendría a ser el resultado de dicho primer momento dentro del proceso del inicio de la vida humana. Sin embargo, este primer momento fecundación-concepción es tan rápido que la fecundación implica la concepción instantánea (Morales Godo, 2005, citando a Varsi-Rospligliosi, 2001, p. 414).

Por su parte, Cunningham (2011), menciona que la concepción es parte del proceso biológico del desarrollo humano situado luego de la fecundación en forma inmediata y continua; ya que “la cronología de los sucesos en el desarrollo temprano humano se describe en días o semanas pos fecundación, esto es, posconcepcionales” (Gary Cunningham, 2011, p. 47), por ello, no deiferencia a la fecundación de la concepción, al ser corto el tiempo de transición entre ambos.

1.2. La teoría de la implantación en el útero o anidación

Dentro del desarrollo de la doctrina, existen muchas apreciaciones respecto de esta teoría; así, Chambi Condori, Hanco Capajaña, y

Bernal Espinel (2019), sostienen que el comienzo o inicio de la vida humana llega a originarse mediante la implantación del óvulo fecundado en el útero, que "... se produce recién a los catorce días del acto; recayendo en la posibilidad de que un grupo de células se divida y continúe un desarrollo independiente dando lugar a un nuevo embrión" (p. 12). En ese sentido Santillán (2011) afirma que, "a partir de la anidación y, de su producto, que vendría a ser el embrión es que se ha iniciado la gestación de la madre" (p. 12).

Al respecto la STC N° 2005-2009-PA/C sostiene que el inicio de la vida del ser humano se produce a partir de la anidación del óvulo fecundado -denominado cigoto- en la parte interior del útero de la madre. En ese sentido, refiere que la anidación es:

... un proceso que comienza aproximadamente al séptimo día de la fecundación, cuando el cigoto ya transformado en blastocisto empieza a adherirse al endometrio y con la hormona llamada gonadotropina coriónica humana (HCG) secretada por el blastocisto a través de la sangre, el cuerpo materno advierte que se está desarrollando un nuevo individuo, actuando entonces para impedir la ovulación. El proceso de anidación dura aproximadamente 7 días una vez iniciado y 14 desde la fecundación". (Fundamento 14, literal ii).

Aunado a ello, Morales Godo (2005), refiere que la vida humana recién puede considerarse a partir del momento en que el embrión se implanta en el útero de la madre, es decir, "... cuando se anida en él; este es un fenómeno que recién culmina a los 14 días de la relación sexual, cuando se produce la unión del espermatozoide masculino con el óvulo femenino" (p. 416). Por lo que, la idea predominante que se genera como consecuencia de la anidación es la individualización de la vida que se da a partir de los 14 días, finalizada la etapa de la anidación. Se puede tener la certeza no solo de la individualización, sino también del posterior desarrollo de la vida individualizada.

Sin embargo, Varsi-Rospigliosi (1995), sostiene que “a los catorce días de la concepción se produce la anidación (embrión), en la matriz endometrial a través de una serie de enzimas y de pequeñas prolongaciones tentaculares denominadas villi, que se insertan en el útero” (p. 47), con ello se inicia la vida, ya que el concebido pasa a ser una porción u órgano de la madre, pero no individualizado, sino dependiente de la misma.

En posición contraria a la teoría bajo referencia, Fernández Sessarego (2009), señala que la “implantación del embrión en el útero o anidación no es el inicio de la vida sino una fase del proceso continuo de la vida” (p. 45).

1.3. La teoría de la formación del sistema nervioso central

En los últimos años ha surgido una nueva teoría que trata de dar explicación al inicio de la vida humana; es la teoría de la formación del sistema nervioso central, la cual hace coincidir su inicio con la formación del sistema nervioso central, esto es, específicamente con la formación del cerebro. Es así que, Martínez (1994) refiere que luego que aparecen los rudimentos de lo que vendrá a ser la corteza cerebral, lo cual se produce con la aparición de la línea primitiva o también denominada suco neutral, “...estaríamos frente a un ser viviente que, más allá de su composición genética, tiene una pauta selectiva específicamente humana” (Morales, 2005, p. 417).

Fernández Sessarego (1990) cuestiona esta posición, señalando que:

(...) la afirmación que hace diferir la aparición de la vida humana hasta la producción de dicho fenómeno [se refiere a la formación del sistema nervioso central, el cerebro] carece de consistencia si es que , tal como lo hemos sostenido, la vida humana es un proceso continuo desde la fecundación, en que se da toda la información genética necesaria que lleva indefectiblemente a la

formación del ser, hasta la muerte, salvo que se presenten alteraciones de cualquier índole que interfieran dicho proceso. (p.68).

Esta teoría se basa en que el fin de la persona es “el estado irreversible de las funciones cerebrales (encefalograma chato, lineal o plano) entonces la vida humana se inicia con la actividad cerebral” (Varsi Rospigliosi E. , 1995, p. 34), lo cual constituye un fundamento deductivo lógico.

De lo mencionado anteriormente, se deduce que el inicio de la vida tiene diferentes aristas para considerarla como un criterio uniformizado; sin embargo, dichas teorías tienen algo en común que viene a ser la protección de la vida humana ya sea desde el inicio de la unión del espermatozoide con el óvulo, la implantación en el útero o la formación del sistema nervioso; sea cual sea lo que se pretende es que se le otorgue una protección jurídica al ser humano que se encuentra en dicho periodo de su existencia, reconociendo su realidad biológica.

2. Derecho Penal

En el derecho penal la vida humana se protege a partir de su concepción como bien jurídico; por su gran importancia e imprescindibilidad, ello se da a través de la regulación de distintos tipos penales. Lo cual se detallará posteriormente.

2.1. Bien jurídico protegido

Como bien se sabe, los bienes jurídicos protegidos son presupuestos indispensables para la vida en común, es decir el bien jurídico debe de ser entendido como la propia relación de disponibilidad que respecto de ciertos objetos, reconoce y garantiza el orden normativo. En ese sentido, Cerna (2015), refiere que “el bien jurídico tiene como presupuesto la relación de disponibilidad, sin embargo queda ver si la

vida entra también dentro de esa relación de disponibilidad o si por el contrario es indisponible”; por lo que, no existe un fundamento adecuado para hacer indispensable a la vida, máxime cuando estamos en un estado liberal, en el cual no puede inmiscuirse en las decisiones más íntimas de la persona.

En consecuencia, el bien jurídico vida en el derecho penal debe ser considerado como aquella esfera de libertad con la que cuenta el ser humano para decidir sobre su proyecto de vida y las actividades sociales que le ayudarán a satisfacer sus expectativas a lo largo de ella.

Para Retamozo (2015), la vida es un bien jurídico merecedor de protección, toda vez que posee un valor intrínseco, es decir, vale por sí mismo, al margen de cualquier otra o a derechos inherentes a la personalidad. Respecto de la vida humana, la doctrina generalizada ha sostenido que viene a ser un bien de altísimo valor, por lo tanto merecedor de protección en toda su extensión por parte de los Estados; sin embargo, en las diversas legislaciones se le ha dado un valor distinto a la vida, notándose la diferencia entre el tratamiento a la protección de la vida humana después del nacimiento y la vida humana iniciada antes del nacimiento.

En otros términos, la vida constituye el bien jurídico de mayor importancia, no solo porque el atentado contra ella es irreparable, sino porque es también la condición absolutamente necesaria e indispensable para que los demás bienes jurídicos o derechos se le otorguen al ser humano por su condición de tal. La vida humana es el bien jurídico principal en nuestra sociedad, al que toda persona tiene derecho, de esta forma es proclamado por nuestra Constitución en el inciso 1 del artículo 2, la vida se protege de modo absoluto, no obstante, conforme a nuestra Constitución existen excepciones a esta

regla general: así el artículo 140° de la Constitución donde se prevé a la pena de muerte para los delitos de traición a la patria en caso de guerra y terrorismo.

Cabe precisar que, en la doctrina se distinguen dos tipos de vida para una mayor sistematicidad del derecho, estos dos tipos son: la vida humana dependiente y la vida humana independiente (considerada como persona). Por lo que, a propósito de la segunda distinción, toda persona natural tiene derecho a gozarla, a disfrutarla libremente y como bien le parezca, con la única condición de no entrar en conflicto con el desenvolvimiento del grupo social, el cual viene a ser su protector y por ende garantía de permanencia en el tiempo.

2.2. Vida humana

La vida humana se concibe desde dos aristas, éstas son:

2.2.1. Vida humana dependiente

Se considera como vida humana dependiente a aquella que para su subsistencia está ligada a otra persona, en este caso a la madre, con la esperanza que en algún momento dicha vida se convierta en independiente de la misma, concibiéndose a ella como persona.

De ahí que, existen delitos cuyo objeto es la protección de la vida humana dentro del cual hay que considerar tanto la vida del embrión o del feto como la vida de la persona, no se puede colocar en duda que tanto el feto como el embrión disfrutan también de vida humana dependiente, pero al fin y al cabo vida.

Para Retamozo Eguía (2015); refiere que “el bien jurídico protegido es la vida del feto, lo que se protege es una vida que, aunque se desarrolla en las entrañas y a expensas de la madre, merece una protección independiente de la vida misma de ésta, pero no de su salud” (p. 62).

2.2.2. Vida humana independiente

Teniendo en cuenta lo mencionado en el punto precedente, la vida humana independiente en términos simples es aquella que ya no se encuentra ligada a la madre para su subsistencia, por tanto, se encuentra individualizada de ella.

Una cuestión aparte es el establecimiento de su inicio, es decir, de cuándo termina la vida humana dependiente y comienza la vida humana independiente; para ello, es necesario hacer mención a lo dispuesto en el artículo 110° del Código Penal, respecto al infanticidio, delito que protege la vida humana independiente. En dicho precepto se incluye la expresión "durante el parto"; razón por la cual se considera que, es el momento del parto el punto de partida de la vida humana independiente. Sin embargo, el parto no se define por un momento único sino que éste es un proceso desarrollado en diferentes fases, siendo la primera la de dilatación, culminando con la expulsión de la placenta.

Esta circunstancia nos obliga a aclarar a partir de qué momento específico dentro de todo el proceso del parto puede entenderse que comienza la vida humana independiente. La doctrina asimila este concepto al de "recién nacido", no obstante, existen diferentes posturas entre las que destacan las siguientes:

- a. Se requiere que el feto viva 24 horas desprendido del claustro materno.
- b. Se requiere el desprendimiento de la madre.
- c. Se requiere percepción visual, opinión sustentada sobre la idea de "reprochabilidad" en la medida en que resulta más reprochable matar a lo que se ve que lo que no se ve.
- d. El corte del cordón umbilical.
- e. La respiración pulmonar.
- f. Desde el momento que el sujeto funcionalmente actúa de forma autónoma de la madre, se considera que ha nacido, se halle o no desprendido totalmente, se haya o no cortado el cordón umbilical.
- g. El criterio del parto, entendido a partir del momento en que comienza la fase de dilatación del útero

Ante esta diversidad de opiniones, es preciso poner de manifiesto que dentro de los tres periodos en los que se divide el parto, esto es, dilatación, expulsión y alumbramiento, se considera más acertado el criterio de la percepción visual como límite mínimo de la vida humana independiente, entendiéndose como tal, la posibilidad de apreciar en la fase de expulsión el feto, una vez que comienza a salir del claustro materno (Retamozo, 2015).

La diferenciación entre vida humana dependiente e independiente no es un simple capricho, al contrario, es sumamente importante porque cuando se acabe con la vida humana independiente estaremos ante un delito de homicidio, parricidio, asesinato, infanticidio u homicidio por piedad, según corresponda; mientras que si se entiende lesionada una vida humana dependiente, estaremos ante un delito de aborto. En conclusión, los criterios arriba señalados nos sirven para marcar cuándo estamos ante un delito de aborto y cuándo ante un delito contra la vida humana independiente.

2.3. Tipos penales

Dentro del desarrollo de los tipos penales en el Código Penal peruano existen diferentes figuras jurídicas denominadas también delitos, las cuales tienen como bien jurídico protegido a la vida humana, de ahí que, se tiene mayor ahínco por el cuidado, bienestar y protección de la misma. Dentro de ellos, se pueden clasificar en dos grupos: aquellos que atentan contra la vida independiente (homicidio, parricidio, asesinato, entre otros), y aquel que atenta contra la vida dependiente (el aborto).

2.3.1. Tipos penales que protegen la vida humana independiente

Los tipos penales que protegen a la vida humana independiente son los siguientes:

2.3.1.1. Homicidio

Dentro de este grupo tenemos los siguientes tipos penales:

- a. Artículo 106: Homicidio Simple.
- b. Artículo 107: Parricidio.
- c. Artículo 108: Homicidio Calificado.
- d. Artículo 108-A: Homicidio Calificado por la condición de la víctima.
- e. Artículo 108-B: Femicidio.
- f. Artículo 108-C: Sicariato.
- g. Artículo 109: Homicidio por emoción violenta.
- h. Artículo 110: Infanticidio.
- i. Artículo 111: Homicidio culposo.
- j. Artículo 112: Homicidio piadoso.
- k. Artículo 113: Instigación o ayuda al suicidio.

2.3.1.2. Lesiones

Dentro de este grupo encontramos los siguientes tipos penales:

- a. Artículo 121: Lesiones graves.
- b. Artículo 121-A: Formas agravadas. Lesiones graves cuando la víctima es menor de edad, de la tercera edad o persona con discapacidad.

- c. Artículo 121-B: Lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar.
- d. Artículo 122: Lesiones leves.
- e. Artículo 122-A: Formas agravadas. Lesiones leves cuando la víctima es un menor.
- f. Artículo 122-B: Agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar.
- g. Artículo 123: Lesiones preterintencionales con resultado fortuito.
- h. Artículo 124: Lesiones Culposas.
- i. Artículo 124-A: Daños al Concebido.
- j. Artículo 124-B: Del daño psíquico y la afectación psicológica, cognitiva o conductual.

2.3.1.3. Exposición al peligro o abandono de personas en peligro

Dentro de este grupo encontramos los siguientes tipos penales:

- a. Artículo 125: Exposición o abandono peligrosos.

- b. Artículo 126: Omisión de socorro y exposición a peligro.
- c. Artículo 127: Omisión de auxilio o aviso a la autoridad.
- d. Artículo 128: Exposición a peligro de persona dependiente.

2.3.2. Tipos penales que protegen la vida humana dependiente

Dentro de los tipos penales que protegen la vida humana dependiente encontramos a los siguientes:

- a. Artículo 114: Autoaborto.
- b. Artículo 115: Aborto consentido.
- c. Artículo 116: Aborto sin consentimiento.
- d. Artículo 117: Agravación de la pena por la calidad del sujeto.
- e. Artículo 118: Aborto preterintencional.
- f. Artículo 119: Aborto terapéutico no punible.
- g. Artículo 120: Aborto sentimental y eugenésico.

Para fines de la presente investigación, se desarrollará el aborto como tal posteriormente en un apartado específico.

3. Política Criminal

La actividad del Estado dirigida a enfrentar las acciones delictuosas que amenazan la congruencia y el desenvolvimiento armónico de la sociedad se denomina política criminal. Retamozo (2015) refiere que “cuando más evolucionada es la sociedad, ésta deviene una estrategia elaborada a partir de los datos y enseñanzas aportados por la observación objetiva” (p. 55), en ese sentido la política criminal se ve encaminada a describir la reacción social contra la delincuencia, así como, a determinar los lineamientos que deben seguirse para lograr una mayor eficacia.

Para Sack Ramos (2012), dentro del análisis de la política criminal en el país refiere que, en los últimos años ha ido evolucionando desde una perspectiva crítica como expansión del derecho penal; por lo que, dentro del desarrollo del campo jurídico penal manifiesta que:

La política criminal es muy cambiante, existe un primer plano en el que se pretende la reintegración a la sociedad del autor, por otro lado se pretende hacer frente con firmeza. De momento se extiende esta segunda tendencia como para poder dar una buena impresión en los políticos, a través de la sociedad. (Sack Ramos, 2012, p. 1).

Cuando se habla de la política criminal como disciplina práctica se debe entender como un conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad, de ahí que, cada ordenamiento jurídico responda a una determinada orientación político criminal. En cambio, a la política criminal como disciplina teórica se la define como aquella rama del saber que es producto de la interdisciplinariedad entre las Ciencias Políticas y el Derecho Penal, cuyo objeto de estudio es la política criminal que sigue el Derecho Penal o que éste debería expresar.

Cabe precisar que, con los postulados de la política criminal se constituye un sistema de conceptos de la dogmática penal y que, por lo tanto, cada programa de política criminal tiene su sistema dogmático que funciona como

instrumento adecuado para su realización; por tanto, se establece que la política criminal sirve de puente eficaz en el derecho penal y la criminología también, entre la dogmática penal y la criminología. En ese sentido, Retamozo (2015), en palabras de Jescheck refiere que la política criminal:

(...) está vinculada a las causas del delito, intenta comprobar el efecto de las sanciones que aplica el derecho penal, considera los límites hasta los que éste puede ser ampliado por el legislador para poder luchar eficazmente contra la delincuencia, y explica cómo deben redactarse las normas penales para adaptarse a la realidad del delito". (p. 57).

Consecuentemente, la política criminal se constituye en el vértice de toda la investigación respecto al fenómeno de la delincuencia, limitada sólo por la idea de la justicia y de la seguridad jurídica.

3.1. En los delitos contra la vida el cuerpo y la salud

Como ya se mencionó en líneas precedentes la política criminal en los últimos años ha seguido la suerte de una redefinición en cuanto a los objetivos del derecho penal, esto es, se ha producido un desplazamiento de los bienes jurídicos personalísimos (la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, etc), a intereses jurídicos que recogen una protección colectiva.

Ahora bien, esta política criminal, no tiene una justificación autónoma, como se podría pensar, en el sentido, de que la aparición de estos intereses colectivos se relacionan con los bienes jurídicos privativos o personalísimos de la persona. Como resultado de lo antes mencionado, el legislador en las últimas décadas ha venido incorporando nuevos tipos penales, así mismo, ha introducido nuevas circunstancias agravantes y ha establecido marcos penales; produciendo de esta forma un desquebrajamiento del principio de jerarquización de los bienes jurídicos a tutelar, pues resulta ahora, que

la libertad personal, la intangibilidad sexual y el patrimonio, son más importantes que la "vida humana" (Retamozo, 2015).

Se evidencia que, si bien existe una política criminal dirigida a la protección de la vida, esta hoy en día centra sus fuerzas en una protección de intereses colectivos.

3.2. En los delitos de aborto

Al hablar de política criminal se puede establecer que este persigue un objetivo en común, que viene a ser la penalización del delito; pero que, para que tenga validez jurídica necesita correlacionarse con otros factores y objetivos totalmente independientes, como la situación económica, social, familiar o psicológica; en este sentido, debemos tener en cuenta que el derecho al ser uno solo, engloba un ejercicio sistémico de aplicación; es decir, un todo compuesto por partes y partes compuestas por un todo (Sarango Ochoa, 2015).

Al existir una correlación entre el derecho y otros aspectos en la política criminal, se puede decir que es de ahí donde nace la necesidad de establecer una política criminal respetuosa con el ser humano; que en el caso del delito de aborto sería la vida del no nacido; lo cual, además de encontrarse reconocido en nuestro ordenamiento jurídico tiene una base en el Derecho Internacional.

Por lo tanto, podemos decir que la política criminal comprende el conjunto de decisiones desglosadas de los instrumentos, estrategias, y objetivos que sigue la materia penal, en base a la realidad social que atraviesa el ser humano respecto del delito de aborto en sus diferentes dimensiones.

En este sentido, de manera específica, la política criminal del delito de aborto está basada en dos ejes; el primero corresponde a un fenómeno social, ya que nace a partir de un acto ilegal que debe ser sancionado conforme a derecho porque viola, restringe o elimina otros derechos; en razón a que, no está permitido por la Constitución Política, así lo dispone el artículo 2, numeral 1 sobre los derechos que ampara este cuerpo normativo, tales como el derecho a la vida; de igual forma nuestro Código Civil vigente garantiza este derecho desde la concepción, y en base a estas disposiciones es que nuestro Código Penal, establece pena privativa de libertad para aquellas mujeres que incurran en este ilícito.

Por lo tanto, al hablar de la política criminal como fenómeno social, es preciso mencionar que "... no cabe duda que el fenómeno social que hemos presenciado en estas jornadas de violencia constituyen un desafío al Estado en toda regla" (Sarango Ochoa, 2015, citando a Díaz, 2013, p.23).

En ese sentido, si realizamos un análisis minucioso de lo que abarca el fenómeno social en la política criminal, debemos puntualizar en un antes y un después; al referirnos al antes del fenómeno social en los delitos de aborto, debemos tomar como fuente principal a familia, tal como lo prescribe el Art. 6° de la Constitución Política del Perú, que establece que "la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables" que en la actualidad no es posible visualizarla de una forma adecuada; ya que los valores éticos y morales se van deteriorando, por la falta de concientización social; y es por ello que cada vez encontramos, hogares disfuncionales a consecuencia de divorcios, que no permiten que los padres de familia garanticen de la mejor manera los derechos de sus hijos; y es a raíz de estos problemas también que se producen

los embarazos no deseados, que muchas de las veces terminan con la destrucción de feto produciéndose así un aborto provocado.

Por otra parte dentro del análisis de la política criminal en el delito del aborto, se puede verificar un segundo eje. el cual:

“... corresponde a la política criminal en sí misma; que vendría a ser la juridicidad que se centra en tres aspectos; el primero concerniente a los distintos modelos que mantiene la política criminal, que vendrían a ser las nuevas modalidades delictivas que deben estar tipificadas en materia penal; y que requieren que la legislación penal, tome énfasis en la prevención del cometimiento del tipo penal, mediante su tipificación, eliminando la impunidad en el delito; mientras que el segundo se basa en el conocimiento o técnicas que utiliza la política criminal, dentro del cual podemos mencionar que el primer conocimiento es la investigación, para lo cual se utiliza técnicas como la observación directa, que permite evidenciar más a fondo la realidad del problema o fenómeno social, que debe ser saneado conforme a derecho; las cuales son importantes en el proceso penal, ya que permiten al administrador de justicia evidenciar actos relevantes que merezcan ser sancionados, ...; mientras que el tercer aspecto se refiere a las escuelas o doctrinas de la política criminal; lo cual desde mi punto de vista ayuda al legislador a tipificar un ilícito penal, tomando en cuenta las disposiciones de la Norma Suprema que así lo permita o lo restrinja, en base al fenómeno social, a partir de la cual se originaría todo lo establecido anteriormente. (Sarango Ochoa, 2015).

La política criminal ha servido para la tipificación del delito de aborto a partir de un análisis aparente minucioso, que con el pasar del tiempo no ha terminado.

SUBCAPÍTULO III:

ABORTO

1. Definición

La expresión aborto deriva del latín “aburtus”, participio del verbo *aborior*, palabra compuesta por ab = de (indica separación) y oiror = levantarse, salir, nacer (Neira, 2016). En ese sentido, se debe entender al aborto como la interrupción del embarazo antes de la viabilidad fetal.

Cabe preguntarse, *¿en qué consiste la viabilidad fetal?*; para el Dr. Neira (2016), es un concepto que involucra tanto aspectos epidemiológicos antropométricos como clínicos, considerando la edad gestacional de 22 semanas, el peso fetal de 500 gr (OMS), longitud céfalo nalgas de 25 cm” (p. 2); sin embargo, el mismo hace mención a qué es lo que se entiende por viabilidad clínica:

La viabilidad clínica es un concepto más amplio que involucra la capacidad de la medicina actual de prestar asistencia contra la prematuridad extrema, y está determinada por la madurez anatómico funcional del pulmón, o sea la capacidad de intercambio gaseoso pulmonar, que ocurre aproximadamente entre las 24 a 26 semanas de gestación. (Neira, 2016, p.2).

La Real Academia Española concibe al aborto como: “1. m. Acción y efecto de abortar; 2. m. Interrupción del embarazo por causas naturales o provocadas (...)”, de lo que se colige que es un accionar con miras a interrumpir o frustrar el desarrollo de un plan o proceso. En ese sentido el término “abortar” en definición de la RAE es “1. intr. Dicho de una mujer o de un animal hembra: Interrumpir de forma natural o provocada, el desarrollo del feto durante el embarazo (...)”.

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) define el aborto como un procedimiento que sirve para finalizar un embarazo no deseado realizado por personas que carecen de la capacidad necesaria para ello o que se lleva a cabo en un entorno donde se carece de un estándar médico mínimo.

De lo mencionado se evidencia que, en lo que todos concuerdan es que el aborto es la acción de poner fin a un embarazo, prohibir o restringir el crecimiento del feto.

Para el ginecólogo Manuel Fernández (2020), el aborto es la pérdida del embarazo en un momento en el que el feto o embrión no es viable, es decir, que no es capaz de sobrevivir fuera del útero materno; la pérdida de la gestación de un embrión o feto se da cuando tenga menos de medio kilo o 500 gramos o hasta la semana 22. Cabe precisar que, en el supuesto que sea otra semana más avanzada a la mencionada u otro peso pero totalmente incompatible con la vida también se consideraría aborto, el cual se puede producir tanto de forma espontánea como inducida. Queda claro que, el aborto se da con la expulsión del feto a través del canal vaginal.

Existen muchas definiciones acerca del aborto, la gran mayoría marcadas por el área del conocimiento que estudia este hecho, la medicina; sin embargo, la presente investigación se centra en un estudio jurídico de este hecho social; por lo que, el aborto se concibe desde un punto de vista jurídico, claro está sin apartarse de la ciencia especializada en su estudio. De acuerdo con Donna (2011) el aborto es aquel delito que atenta contra la vida, ocasionando la muerte del feto, con la expulsión del seno materno o sin ella. Así pues, “su esencia reside, desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del proceso de gestación mediante la muerte del fruto” (Donna, 2011, p. 180). En la doctrina nacional, Salinas Siccha (2015) ha señalado que el delito de aborto consiste en la puesta en peligro o lesión de la vida humana en formación, vale decir que, se lesiona la esperanza de que ésta llegue a convertirse en una vida humana independiente.

Como ya se ha mencionado, el delito de aborto en todas sus modalidades protege el bien jurídico vida dependiente; es decir la vida del concebido, que aunque no es persona, representa vida y merece protección conforme al ordenamiento constitucional, civil, y evidentemente penal.

2. Tratamiento en el ordenamiento jurídico peruano

Dentro del ordenamiento jurídico peruano no hay una solución unánime respecto al tratamiento que se le debe otorgar al aborto, existiendo aún hoy en día conflictos sociales que a la larga se convierten en proyectos de ley que buscan la legalización del aborto y todas sus formas. No obstante, la doctrina ha establecido ciertas fórmulas adoptadas a lo largo del tiempo, las cuales son: la de indicación y la de plazo.

2.1. Sistema de indicaciones

El sistema de indicaciones sostiene que debe legalizarse la interrupción del estado de gestación, en el caso que concurren circunstancias determinadas que evidencian que el aborto aparece indicado. Existen cuatro supuestos de indicación del aborto: la indicación terapéutica o médica, la indicación ética, la indicación eugenésica y la indicación social. Retamozo Eguía, (2015) citando a Bramont Arias & García Cantizano (1997), refiere que las principales indicaciones que se contemplan son:

2.1.1. Indicación Terapéutica: Se permite el aborto cuando la vida de la gestante está en peligro o corre peligro su salud, y éste es el medio para evitar posibles daños. En la mayoría de las legislaciones se requiere que la gestante preste su consentimiento, y que el aborto sea realizado por un médico. Cabe mencionar que, son varios los países que se acogen a este sistema, entre ellos encontramos a: Argentina, Alemania, Noruega, Suecia, Gran Bretaña, EEUU, España, Francia e Italia.

2.1.2. Indicación Eugenésica: Se permite el aborto para evitar el nacimiento de seres con taras degenerativas. La finalidad de esta indicación es prevenir que nazcan niños con graves problemas físicos o psíquicos. Los países que adoptan la indicación bajo comento son: Dinamarca, Suecia, Finlandia Alemania, Gran Bretaña, España, Francia e Italia.

2.1.3. Indicación Ética: También conocida como indicación sentimental humanitaria, jurídica o criminológica. Ésta indicación permite el aborto cuando el embarazo ha sido consecuencia de algún delito sexual, como el de violación sexual; con ella se toma en cuenta evidentemente la libertad de la mujer para decidir si quiere o no tener un hijo producto de una violación sexual a su persona. Entre los países partidarios de la indicación ética tenemos: Argentina, Uruguay, México, Brasil, Suecia, EE.UU., Grecia, Polonia, Alemania, España, Francia e Italia.

2.1.4. Indicación Social: Se permite el aborto cuando por razones sociales o económicas, no le es posible a la mujer -futura madre- mantener con la suficiente atención social y económica al menor que viene en camino. Su fundamento radica en la necesidad de que todo niño tenga los medios necesarios para subsistir, de ahí que, adquiere importancia la existencia de una información suficiente sobre la planificación familiar para decidir conscientemente tener o no un hijo. Ésta indicación es acogida por países como: Polonia. Gran Bretaña, Islandia, Finlandia, Dinamarca e Italia.

Entonces, podemos advertir que con el sistema de indicaciones no se está solucionando el problema real del aborto, sino que mediante el mismo se entra simplemente a considerar situaciones extremas que no deberían ofrecer nunca dudas para la permisión del aborto, desde

la perspectiva del estado de necesidad de la madre y de las condiciones de vida del concebido.

2.2. Sistema de plazos

Este modelo, un tanto exagerado, sostiene que debe descriminalizarse el aborto cuando es practicado al comienzo de la gestación (generalmente durante las primeras doce semanas) y por un especialista en la medicina. Se fija aquel límite por la circunstancia de que al ser practicado con posterioridad puede traer graves consecuencias para la salud o vida de la embarazada. Por tanto, en el sistema de plazos la libertad de la mujer durante los tres primeros meses de gestación prima en relación a la vida del feto.

Retamozo (2015), refiere que transcurrido este plazo se considera que la libertad de la mujer no es suficiente porque ya entra en peligro su vida y su salud, por eso es necesario la concurrencia de una indicación precisa donde se ponga de manifiesto que el mal que se provoca es menor que el mal que se trata de evitar.

En ese sentido, la limitación de la impunidad del aborto a los tres primeros meses se debe a dos circunstancias determinantes: primera, porque a partir de aquel tiempo el producto del embarazo comienza a adquirir una forma semejante a la humana, antes, hasta carece de actividad cerebral; y, segunda, por el hecho concreto que su práctica, sea siempre por un especialista en la ciencia médica, el cual de modo alguno pone en peligro la salud y la vida de la abortante pasado dicho tiempo.

En definitiva con el sistema de plazos no hay un desconocimiento del bien jurídico sino que se ofrece una solución a una determinada situación de conflicto.

2.3. Sistema adoptado por el Código Penal peruano

El Código penal peruano adopta un sistema de incriminación del aborto, pero a la vez introduce el sistema de indicaciones de una manera encubierta, aceptando una indicación terapéutica al aludir al aborto terapéutico como único caso no punible (artículo 119 del Código Penal) y una indicación ética, reprimiendo el aborto cuando la mujer resulta embarazada como consecuencia de una violación (artículo 120 inciso 1 del Código Penal), y la indicación eugenésica cuando es probable que el niño salga con graves taras físicas o psíquicas (artículo 120 inciso 2 del Código Penal).

Aunado a ello, cabe mencionar que en nuestro país, la ex congresista Yván Quispe Apaza en el ejercicio de iniciativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú propuso un proyecto de ley denominado “Ley que reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida”, presentado el nueve de marzo del año dos mil veintiuno, el cual tenía el propósito de regular el derecho a la maternidad libremente decidida, por ende, la interrupción voluntaria del embarazo y la atención sanitaria pre y post aborto en los servicios del sistema de salud. El fundamento de la proposición legislativa radicaba principalmente en: concretar el principio de igualdad y no discriminación al reconocer a todas las mujeres derechos fundamentales como el derecho a la maternidad libremente decidida y su derecho a interrumpir el embarazo coadyuvando a que la sociedad peruana y en particular las mujeres alcancen mayores niveles de libertad contribuyendo de esta manera a fortalecer el modelo de convivencia democrática al reconocer derechos que son específicos de las mujeres.

Ahora bien, desde la perspectiva jurídica tenemos que la actual regulación penal del aborto resulta contraria a la Constitución, ya que

una de las manifestaciones del principio de igualdad y no discriminación es la igualdad como valoración de las diferencias. Esta manifestación del principio de igualdad y no discriminación es el fundamento constitucional para el reconocimiento de derechos fundamentales específicos de las mujeres. Teniendo en cuenta esto, la penalización del aborto regulado en el Código Penal, no tiene encaje constitucional. Así mismo, cabe señalar que el tratamiento del aborto desde el derecho penal también responde a una perspectiva androcéntrica, que ha determinado a lo largo del tiempo conductas prohibidas por la ley, sin considerar las necesidades y libertades de las mujeres; de ello subyacen estereotipos de género que imponen a las mujeres la maternidad como un destino que deben asumir, sin importar el origen de la gestación o si ésta no fue planificada por ausencia de información o acceso a servicios de planificación familiar.

Sin embargo, cabe resaltar que se excluye dicho pensamiento o postura en el caso que la mujer decida tener al concebido y sea otra persona quién cause su muerte, entre ellos terceros o personal médico.

3. Posturas

La doctrina mayoritaria es de la posición que el aborto se produce por la pérdida espontánea de un feto antes de la semana veinte del embarazo, denominando de esa manera como un aborto espontáneo al suceso que ocurre naturalmente a diferencia de los abortos médicos o abortos quirúrgicos, los cuales son inducidos (Medline Plus, 2022).

En un sentido similar al concepto anterior, la publicación de Redacción Médica también apunta a que el aborto es la interrupción espontánea o provocada de un embarazo menor de 20 a 22 semanas, contando desde el primer día de la última menstruación normal o la pérdida de un embrión o un

feto con un peso menor de 500 gr., o de cualquier producto de gestación de cualquier peso o edad gestacional absolutamente no viable (huevo no embrionado, mola hidatidiforme, etc.). Así mismo, un aborto es espontáneo cuando el embarazo termina de forma natural antes de cumplirse la semana 20 del mismo (un embarazo normal dura 40 semanas), denominándose parto prematuro cuando el embarazo termina a partir de ese momento. Cabe mencionar que un cincuenta por ciento de los embarazos terminan en abortos espontáneos, la mayoría son tan prematuros que la mujer no llega a tener un periodo sin menstruación y no se entera de que ha tenido un aborto.

Dentro de la revisión realizada en las publicaciones se pudo encontrar diferentes posturas de cuándo se produce un aborto, considerando de esta manera diferentes tipos de aborto.

Según el momento en que se produce el aborto se puede dividir en:

- a. Aborto precoz: es el que se produce antes de las 12 semanas de gestación.
- b. Aborto tardío: es el que tiene lugar con 12 o más semanas de gestación.

Otra forma de clasificarlo es:

- a. Aborto retenido: cuando el embrión o feto muere dentro del útero, quedando retenido durante un periodo prolongado de tiempo.
- b. Aborto incompleto: cuando no se eliminan todos los productos de la gestación.
- c. Aborto completo: cuando se eliminan todos los productos de la gestación.

Por otro lado, en la publicación de Blandón MSc (2016), que lleva por título “El Aborto un derecho para salvar vidas de mujeres”, refiere que el aborto se produce por la interrupción del embarazo (expulsión o extracción del embrión/feto), clasificando al aborto de la siguiente manera:

- a. Aborto espontáneo: es la terminación de un embarazo antes de la viabilidad fetal (22 semanas de gestación) sin una intervención deliberada. Las fases de un aborto espontáneo pueden incluir: amenaza de aborto (el embarazo podría continuar), aborto inevitable (el embarazo no va a continuar), aborto incompleto (productos de la concepción son parcialmente expulsados), aborto completo (productos de la concepción son totalmente expulsados).
- b. Aborto legal: Es la interrupción del embarazo en condiciones permitidas por las leyes locales.
- c. Aborto terapéutico: El aborto inducido para preservar la salud de la madre; es decir, es aquel que se practica por indicación facultativa cuando la vida o la salud de la mujer se ve amenazada por la continuación del embarazo, o cuando la salud del feto está en peligro a causa de factores congénitos o genéticos.
- d. Aborto inducido (provocado): Puede definirse como la interrupción de un embarazo por medio de una intervención quirúrgica o con medicamentos, después de la implantación y antes de que el producto sea viable.
- e. Aborto inseguro: Se llama de tal manera a cualquier procedimiento aplicado para poner fin a un embarazo, realizado por personas carentes de la competencia necesaria, o en un entorno falto de las condiciones médicas mínimas.

Un aborto se considera no seguro, cuando se realiza bajo condiciones en las cuales se incrementa el riesgo de morbilidad o mortalidad, más allá de lo que ocurriría si se realizara bajo condiciones óptimas, es decir, bajo condiciones de asepsia y con aptitudes y equipos técnicos no adecuados.

- f. Aborto por medicamentos: Aborto inducido con fármacos.
- g. Aborto séptico: Un aborto complicado por infección. La sepsis puede resultar de infección de organismos del tracto genital después de un aborto espontáneo o inseguro.
- h. Aborto incompleto: Las mujeres que necesitan un tratamiento de emergencia a causa de las consecuencias de un aborto, tanto espontáneo como provocado, suelen incluirse bajo el diagnóstico «aborto incompleto». Esta designación, así como la expresión «productos retenidos de la concepción», indica que el embarazo ha dejado de ser viable a causa de la expulsión de ciertos tejidos, pese a que en el interior del útero sigue habiendo algunos productos del embarazo. Por consiguiente, habrá que evacuar el tejido intrauterino restante, a fin de reducir las probabilidades de infección u otras complicaciones graves.
- i. Aborto eugenésico: Es aquel que pretende la eliminación de un feto cuando se puede predecir con probabilidad o certeza que nacerá con un defecto o enfermedad. Se refiere al aborto que se realiza por causa de malformaciones en el feto.

4. Bien jurídico protegido

En este punto, primero debemos establecer qué se entiende por bien jurídico protegido y cuál es su relevancia en el derecho penal; como ya habíamos

referido podemos entenderlo como “un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente” (Wezel, 2010, citado por Pavez Cortéz, 2020, p. 49)

Así, Garrido Montt (2010) señala que “el legislador penal entonces no es libre para sancionar cualquiera conducta, sólo puede reprimir aquella que en alguna forma lesiona o pone en peligro uno de esos intereses sociales o individuales apreciados como fundamentales” (citado por Pavez Cortéz, 2020, p.49), como por ejemplo los bienes jurídicos protegidos vida, salud y/o integridad físicapsíquica, el patrimonio, la fe pública, el interés colectivo, la libertad o indemnidad sexual, el medio ambiente, entre otros.

De lo anterior tenemos que, la función del derecho penal es proteger dichos bienes jurídicos, otorgándosele la legitimidad necesaria para imponer sanciones, represiones o castigos por infringir la norma penal y lesionar el bien jurídico tutelado por la misma.

Es así que existe un gran dilema respecto del bien jurídico protegido en el delito de aborto, que va desde la vida del feto, hasta la vida de la persona humana, es así que, García Ishuiza & Vargas Chávez (2017) citando a Donna refieren que:

El bien jurídico protegido es la vida del feto, lo que se protege es una vida que, aunque se desarrolla en las entrañas y a expensas de la madre, merece una protección independiente de la vida misma de ésta, pero no de su salud. (p. 63).

Entonces, el bien jurídico del delito de aborto corresponde al derecho a la vida del no nacido, en este sentido se puede determinar que la acción típica, antijurídica y dolosa que comete la mujer embarazada, terceros o profesionales de la salud es la de causar la muerte del feto que lleva en su vientre, ya sea mediante la utilización de medios físicos, mecánicos o químicos.

La doctrina nacional de forma unánime apoya dicha postura al sostener que, la razón por la que el delito de aborto se encuentra tipificado en el Código Penal, entiéndase en su forma dolosa, es porque se busca proteger el bien jurídico vida humana en su vertiente dependiente, lo que evidentemente lo diferencia del delito de homicidio, regulado en el art. 106, capítulo I del segundo libro del Código sustantivo, ya que, protege el bien jurídico vida humana en su vertiente independiente. Al respecto cabe hacer referencia que, a lo largo del desarrollo doctrinario existen variedad de posturas doctrinarias y jurisprudenciales dirigidas a determinar cuál o cuáles son los bienes jurídicos protegidos o tutelado por el delito de aborto.

Sin perjuicio de ello, se concibe y compatibiliza en la posición que ambos delitos buscan la protección de la vida humana, aunque en distintas fases biológicas del desarrollo del ser humano; distinguiéndose así la protección en una fase prenatal y una fase postnatal. En ese sentido, Pavez (2020) refiere que el bien jurídico se desprende de un reconocimiento efectuado por el legislador respecto del valor jurídico de la vida humana, razón por la cual se protege la vida casi en la totalidad de fases de su desarrollo, siendo una situación especial y diferente la relativa a la vida preimplantacional.

Sarango (2015) por su lado manifiesta que el causar la muerte del naciurus mediante una conducta penalmente relevante, debe necesariamente recaer sobre la consumación de la misma, ya que, el Código Penal no consagra la intención o las lesiones que se produzcan al feto con el fin de lograr un aborto. cabe precisar que existieron muchos tratadistas que mencionaban que el bien jurídico protegido era la vida, pero que la observan desde diversas perspectivas: la primera corresponde a que el aborto se consumaba como delito desde el momento propio de la concepción, tal como lo establece la legislación peruana, mientras que otros sostenían que el aborto podía producirse mediante la utilización de métodos anticonceptivos, pues no permitían el proceso de fecundación en la mujer.

Para Hurtado Pozo (1994) citando a Bramont Arias (1988), el bien jurídico protegido fundamentalmente es la vida del nuevo ser durante el embarazo, sin embargo este criterio rector, aun cuando en segundo plano se encuentren otros bienes como la salud o la vida de la madre, existen casos de colisión de distintos bienes jurídicos. En ese sentido, se respeta a la vida como bien jurídico constitucional y, teniendo en cuenta las diversas etapas de su desarrollo, se matiza dicha protección en consideración a ciertos criterios axiológicos y determinadas circunstancias que hacen necesaria una reacción proporcionada del Estado (*ultima ratio*).

En la sentencia C-355 de 2006 y los presupuestos para que una solicitud de interrupción de embarazo deba ser atendida en forma oportuna, manifiesta en su fundamento 3.2 que:

3.2. Al respecto la Corte consideró, que el legislador, mediante las normas demandadas, decidió proteger la vida en gestación tipificando como delito el aborto, medida que la Corte no encuentra desproporcionada. Sin embargo, encontró que la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional. (Hurtado, 1994, p. 17).

En ese sentido, se puede verificar que el bien jurídico protegido en el aborto viene a ser la vida humana dependiente (en este caso del feto o embrión); por lo que resulta desproporcionado solo sancionar penalmente el aborto en aquellos casos en los cuales está amenazada la vida y la salud, física y mental, de la mujer gestante. Es así que, el derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad como la de todos los derechos, está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esa condición; por lo que, la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales.

5. Tipos de aborto

Para el desarrollo de este punto, se debe precisar que la acción delictiva, hasta ahora descrita, puede ser obra de la propia mujer embarazada (art. 114) o de un tercero. En este último caso, el tercero puede haber actuado sin el consentimiento de la mujer (art. 116, pf. 1) o con su consentimiento (art. 115, pf. 2). En el supuesto, se habla de aborto cometido por la madre misma; y respecto a los otros, de aborto no consentido y consentido respectivamente. Mencionado ello, se debe hacer referencia a cada uno de los tipos de aborto que regula nuestro Código Penal.

5.1. Autoaborto

La figura delictiva que aparece en nuestro Código Penal como primera conducta típica de aborto, es la denominada Autoaborto o aborto propio, la misma que ha sido redactada de la siguiente manera:

“Artículo 114.- Autoaborto

La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas”

De la lectura del tipo penal se puede llegar a evidenciar que encierra o describe dos conductas delictivas, pasibles de realización por la gestante:

- a. Cuando la propia gestante se ocasiona el aborto: en la doctrina se le conoce con el nombre de aborto activo; aparece cuando la propia mujer en estado de preñez se practica la interrupción de su embarazo por diversas razones y valiéndose de cualquier medio. La conducta puede ser por acción u omisión, se verifica

una conducta omisiva cuando la mujer que ha decidido interrumpir su embarazo no toma los medicamentos prescritos por el profesional médico para impedir el aborto.

- b. Cuando la gestante presta su consentimiento para que otro le practique el aborto: en la doctrina se le conoce como aborto pasivo, se verifica cuando la mujer embarazada consciente que un tercero le interrumpa su gestación, o cuando la propia gestante instiga a un tercero a provocarle el aborto.

Aunado a ello, para la comisión del delito de autoaborto se requiere una actuación dolosa, vale decir que la gestante tenga conocimiento y voluntad de que con su acción u omisión van a lesionar la vida del concebido.

5.2. Aborto consentido

Este delito se encuentra debidamente tipificado en el artículo 115° del Código Penal, donde prescribe:

“Artículo 115.- Aborto consentido

El que causa el aborto con el consentimiento de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años”.

El legislador, aplicando de manera coherente los conceptos y categorías del derecho punitivo moderno ha proscrito en el presente artículo la conducta delictiva de causar el aborto con el consentimiento de la mujer embarazada, dejando de lado la acción de "prestar asistencia" prevista como una hipótesis del art. 25 del

Código Penal referente a la complicidad de acuerdo al grado de cooperación del tercero.

Debemos tener en claro que, el consentimiento prestado por parte de la madre debe ser legal, voluntario y espontáneo, sin ningún vicio que lo invalide; por lo que debe ser emitido por mujer mayor de 18 años, sin mediar ningún tipo de violencia ni coacciones, caso contrario, nos encontraríamos frente a la figura delictiva del aborto no consentido. Ello, porque el consentimiento de una menor de edad no tiene validez en nuestro ordenamiento jurídico, de igual manera sucede con el consentimiento prestado por una enajenada o débil mental.

El consentimiento puede darse en sus dos formas, es decir, puede ser expreso o tácito; la importancia recae en que provenga de una mujer que tenga la suficiente capacidad para otorgarlo, ello implica como ya se mencionó, que sea mayor de 18 años y tenga el pleno goce de sus facultades físicas y mentales.

Así también, el agente debe actuar con conocimiento y voluntad de practicar el aborto y con pleno consentimiento de la abortante, como elemento subjetivo del presente delito; por tanto, es un acto eminentemente doloso que implica que el tercero debe tener la intención de practicar el aborto, ya que, si se determina que el tercero solo participó para acelerar el parto y a consecuencia de una deficiente maniobra ocasionó el aborto, su conducta será impune, al no estar regulada en el derecho penal.

Queda claro entonces, que en este delito el sujeto agente no puede ser la gestante, sino que se tratará de un tercero que actúa con el consentimiento válido de la misma; así pues, al igual que en el delito previo, que sanciona a la gestante, se requiere que dicho

consentimiento sea expreso o tácito, sin que exista posibilidad de presumirlo.

Es así que, tal y como la ha indicado Reátegui Sánchez (2016) este artículo a su vez consagra un tipo de delito cualificado por el resultado; ello en la medida que se ha establecido la posibilidad de que la gestante fallezca configurando una agravante del delito; siempre que esta consecuencia hubiera podido ser prevista por el autor.

5.3. Aborto sin consentimiento

El aborto sin consentimiento o también conocido como aborto sufrido, se regula en el artículo 116° del Código sustantivo en los siguientes términos:

“Artículo 116.- Aborto sin consentimiento

El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años”.

(Pasión por el Derecho, 2022)

El tipo penal bajo comento se configura cuando el agente (cualquier persona, sin importar su profesión en la ciencia médica), practica el aborto a una mujer en estado de gestación sin contar con su consentimiento o, lo hace en contra de su voluntad. Evidentemente, la acción típica es realizada por un tercero en contra de la voluntad de la madre que bien pudo haber ignorado las intenciones del sujeto activo o de conocerlas haber manifestado su desacuerdo.

La Resolución Superior del 21 de agosto de 1998 emitida por la Corte Superior del departamento de Ancash, presenta un caso real de aborto no consentido, es el siguiente:

... según se desprende de la denuncia de parte de fojas uno y dos la agraviada sostiene que ha mantenido relaciones convivenciales con el acusado MRN desde octubre de mil novecientos novecuatro, resultando embarazada en diciembre de mil novecientos novecuatro, que como este no deseaba el nacimiento del niño en muchas ocasiones le insinuó que se practicara el aborto, pero como se negó, el acusado tomó actitudes negativas contra ella, es así que en el mes de abril de mil novecientos noventa y cinco, cuando tenía aproximadamente cuatro meses de gestación, la golpeó en diversas partes del cuerpo sobre todo recibió patadas y puñetes en el vientre dejándola lesionada completamente y posteriormente llegó a abortar.

Como podemos verificar, es un elemento esencial para la configuración del delito de aborto sin consentimiento el consentimiento de la mujer en gestación para ser o no sometida a prácticas abortivas, sin ser necesario para ello que la negativa sea expresa, solo basta que esta no manifieste su acuerdo de manera expresa o tácita. La conducta ilícita puede verificarse por acción o por omisión, siendo irrelevantes los medios empleados por el agente para vencer la resistencia (potencial o activa) de la gestante.

Al hablar de consentimiento, como se mencionó, debe ser realizado por una persona con capacidad jurídica, por lo tanto, si es prestado por persona que no tiene capacidad suficiente para emitir un consentimiento jurídicamente válido (menor de 18 años de edad) carece de validez, consecuentemente el autor del aborto practicado por el consentimiento inválido, será responsable del delito de aborto no consentido.

La forma de redacción del tipo penal exige la presencia del dolo en la conducta del agente para su configuración, lo que exige que el sujeto activo tenga el conocimiento que la gestante no ha prestado su consentimiento, pero, voluntariamente la somete a maniobras abortivas, con la finalidad de acabar con la vida del embrión.

Entonces, se tiene que en el tipo objetivo de este delito el sujeto activo puede ser cualquier persona que practique un aborto a una gestante sin contar con su consentimiento. Así mismo, la referida conducta deberá realizarse a título de dolo, habiéndose establecido un supuesto agravado cuando el agente ocasiona por culpa la muerte de la gestante; es decir que, tal y como señala Salinas Siccha (2015), el agente será responsable penamente por la muerte de la gestante, cuando el resultado letal haya sido previsible y, en consecuencia evitado si hubiese actuado con el debido cuidado y prudencia.

5.4. Agravación de la pena por la calidad del sujeto

En este tipo penal, se tipifica la conducta delictiva de aborto abusivo, conducta agravada por la calidad o condición del sujeto activo. Prescribe que:

*“Artículo 117.- Agravación de la pena por la calidad del sujeto
El médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia o arte para causar el aborto, será reprimido con la pena de los artículos 115 y 116 e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4 y 8”.*

De la lectura del contenido del artículo 117 se advierte que, el legislador solo pretende poner énfasis en el sentido que se impondrá pena limitativa de derechos, denominada inhabilitación a aquellos autores del aborto que tengan el título de médico, obstetra,

farmacéutico o cualquier profesional de la salud, es decir, el artículo 117 regula una agravante fundamentada en la condición del autor. De la misma posición es Peña (2015) al manifestar que el fundamento de esta agravante reside en "... el abuso que hace el autor de la ciencia o arte, en cuanto a servirse de sus especiales conocimientos médicos para la realización de conductas que de forma esencial, son contrarias a las normas y principios que guían dicha actuación" (p.277).

Con esta forma se ha dado cabida para hablar de un aborto abusivo, el mismo que se configura cuando el agente con condición especial (profesional de la medicina) abusando de sus conocimientos somete a prácticas o proceso abortivo a una gestante, ya sea contando con su consentimiento o sin él.

Para García y Vargas (2017), resulta una figura delictiva agravada por la condición especial que posee el autor; ya que, se deposita en este la confianza, el cuidado de la vida y la salud de las personas, por lo que, al actuar en contra de ello, provoca mayor alarma social y, por ende, mayor reproche social. Además, este tiene conocimiento de la prohibición de la práctica del aborto en nuestro país.

Al ser un tipo penal doloso, se requiere que el profesional médico o sanitario actúe con conocimiento y voluntad de practicar el aborto sin ninguna finalidad terapéutica, estando éste prohibido, es decir, el profesional de la medicina sabe que practicar el aborto está prohibido, no obstante, lo realiza voluntariamente, cuestión diferente es hacer uso o abuso del conocimiento médico. Esta última circunstancia solo sirve para agravar la conducta dolosa del sujeto activo.

En nuestro ordenamiento no es punible, a título de autor del delito de aborto, el profesional sanitario que por falta de pericia o por error causa la muerte o lesiones al concebido.

5.5. Aborto preterintencional

Este tipo de aborto se encuentra regulado en el artículo 118° del código sustantivo, el cual prescribe lo siguiente:

“Artículo 118.- Aborto preterintencional

El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas”.

Se debe precisar que, aún cuando en la doctrina no existe unanimidad para categorizar esta modalidad de aborto, en el Perú se ha decidido aceptar como *nomen iuris* más adecuado para este tipo penal, el de “aborto preterintencional” debido a que la tipicidad subjetiva se constituye de una mixtura entre dolo en la acción inicial y culpa en la consecuencia o acción final.

Pavez Cortéz (2020) refiere que el presupuesto delictivo se configura cuando el agente, mediante el uso de la violencia, ocasiona el aborto sin haber tenido el propósito de causarlo; en la misma línea Mir Puig (2001) señala que “la preterintencionalidad se da cuando el autor quiere realizar un tipo doloso de distinta significación penal al que resulta” (p.287). De ahí que, el sujeto activo dirige una energía física sobre la mujer que le consta que está gestando porque conoce de ello o es evidente y le ocasiona el aborto sin habérselo propuesto.

El sujeto activo, haciendo uso de la violencia actúa dolosamente al querer lesionar la integridad física de la gestante, infringiendo el deber objetivo de cuidado ocasionando la muerte del concebido, ya que toda persona sabe y es consciente que infligir violencia sobre la mujer gestante puede ocasionar consecuencias graves como el aborto.

Finalmente, para configurarse simplemente el aborto bajo comento, Pavez Cortés (2020) sostiene que las lesiones producidas por el empleo de la violencia que ocasionó lamentablemente la interrupción del embarazo, deberán ser de escasa gravedad, caso contrario, de haberse producido lesiones de cierta gravedad en la integridad física de la gestante, configurará un concurso real de delitos entre el aborto preterintencional y el delito de lesiones leves o graves, según sea el caso.

De ahí que, se sancione el hecho de que se produce un primer resultado de manera intencional o dolosa, el cual es la lesión violenta a la gestante; sin embargo adicional a ese resultado se produce otro, el cual es la pérdida del concebido, que no es intencional, pero siendo que el autor sabía o le constaba el embarazo, podía evitarlos. Por tal motivo, la mayoría de la doctrina reconoce que el segundo resultado, adicional al intencional, se lo ocasiona a título de culpa.

5.6. Aborto terapéutico

Dentro del análisis que se viene desarrollando, la única figura del aborto impune que el legislador ha previsto en nuestro sistema jurídico penal, se encuentra regulado en el tipo penal del artículo 119° del Código sustantivo el cual prescribe:

“Artículo 119.- 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”.

Se denomina aborto terapéutico a la destrucción del producto de la gestación efectuado por un profesional de la medicina con el consentimiento de la gestante cuyo fin es el de evitar un mal grave y permanente en su salud. En este caso, Neira Miranda (2016) interpretando esta situación gestacional así como el contenido del artículo 21° del Código Sanitario de 1981, que establece taxativamente los requisitos para practicar en forma eficaz el aborto necesario, conceptualiza al aborto terapéutico como la interrupción artificial del embarazo que realiza un médico, con el consentimiento de la gestante o su representante y con previa opinión favorable de dos médicos que trataron el caso en consulta, con la finalidad de salvaguardar la vida de la gestante o evitarle en su salud un mal grave y permanente.

Dentro del desarrollo y análisis del presente artículo, Ramiro Salinas Siccha (2016), hace referencia a que para calificar un caso concreto como aborto terapéutico resulta necesario constatar la concurrencia de cuatro circunstancias insalvables, como son:

- a. *Consentimiento de la gestante o de su representante legal si lo tuviere:* El consentimiento debe ser expreso y dado por una mayor de edad con capacidad, de lo contrario el consentimiento deberá expresarlo su representante legal.

En ese sentido, Roy Freyre señala que no le falta razón cuando enseña que al requerirse el previo consentimiento de la mujer

grávida o su representante, indirectamente se está reconociendo el derecho del producto de la gestación a la vida extrauterina, y el respeto a los sentimientos de la gestante (citado por Salinas, 2016).

- b. *El aborto debe presentarse como la única alternativa para salvar la vida de la embarazada o en todo caso, evitarle un mal grave y permanente en su salud:* Aquí aparecen dos supuestos claramente diferenciables: *primero*, cuando el continuar con el embarazo ponga en peligro concreto la vida de la gestante, dándose preferencia por la vida de esta; por ejemplo, puede ocurrir que una gestante cardíaca corra el riesgo de perder la vida si continúa con su embarazo; y, *segundo*, cuando de continuar con el embarazo, represente para la futura madre un riesgo concreto de ocasionar un mal grave y permanente (físico o psíquico) en su salud, determinado expresamente por los especialistas; si es temporal, no se admitirá la práctica del aborto necesario.
- c. También en el caso concreto *debe acreditarse un previo diagnóstico médico efectuado por dos o más especialistas que aconsejan realizar el aborto:* es una forma usada por el legislador para evitar cualquier posible error médico.
- d. Finalmente, el aborto *debe ser practicado por un médico*, excluyéndose a cualquier otra persona.

Las circunstancias descritas devienen en una condición *sine qua non* para la configuración del delito de aborto necesario, de faltar alguno de ellos se convertirá en punible. Cabe señalar que, de presentarse el caso, donde sea urgente la practica del aborto sin contar con todos aquellos requisitos, el médico luego de una

evaluación, al convencerse de la necesidad del aborto para preservar la vida o la salud de la embarazada puede practicarlo, conducta que estaría amparada por la justificante del cumplimiento de un deber de profesión, debidamente establecido en nuestro código sustantivo en el artículo 30 inciso 8.

El fundamento para declarar la impunidad de este tipo de aborto, lo constituye el salvar la vida de la gestante o de ser el caso evitarle un mal grave y permanente en su salud, cuando exista el peligro inminente que ello puede suceder de no sacrificarse el producto de su embarazo, es decir, siempre que medie fines terapéuticos exclusivamente.

Se evidencia la presencia de un conflicto de intereses o bienes jurídicos, la vida independiente de la gestante, y la vida dependiente e incierta del producto de la gestación, de un ser en quien recién comienza la vida humana, que objetivamente no pueden ser considerados de la misma magnitud, que ha sido considerado al regular el tipo penal bajo desarrollo.

5.7. Aborto sentimental y eugenésico

El aborto sentimental y eugenésico se encuentra regulado en el artículo 120° del Código Penal, el cual prescribe lo siguiente:

“Artículo 120.- Aborto sentimental y eugenésico

El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o

2. *Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico” (Pasión por el Derecho, 2022)*

Para el análisis de este tipo de aborto se describirán inciso por inciso los aspectos relevantes de cada uno de ellos:

- a. El inciso 1 describe al aborto sentimental, para Salinas (2016), consiste en aquel practicado a una mujer por haber resultado embarazada a consecuencia de haber sufrido el delito de violación sexual o una inseminación artificial no consentida y producida fuera del matrimonio. En el último supuesto se toman en cuenta los avances científicos en el campo de la medicina.

Es importante mencionar que, un sector de la doctrina es partidario de que esta clase de aborto debe ser impune, fundamentando dicha idea en que toda mujer tiene derecho a una maternidad libre y consciente, por lo que, si le hubiere sido impuesta la maternidad mediando violencia física, grave amenaza o mediante inseminación artificial, sin su consentimiento, debe reconocérsele a la mujer el derecho de abortar, dando prevalencia al derecho a la dignidad y al honor de la mujer, reconocido constitucional e internacionalmente.

En el aborto sentimental se exige que el agente obre con conocimiento y voluntad de poner fin a la vida del concebido producto de una violación sexual o inseminación artificial sin el consentimiento de la gestante, debe conocer además tales circunstancias, caso contrario su conducta se subsumirá en otro tipo penal. Salinas Siccha (2016) citando a Javier Villa Stein señala que el dolo debe estar acompañado de la motivación del

agente, consistente en actuar para mitigar los estragos de un parto derivado de un hecho violento.

- b. El inciso 2 describe al aborto eugenésico: al respecto Salinas (2016) señalada que este supuesto se configura cuando el sujeto activo somete a práctica abortiva a una gestante al tener diagnóstico médico que el producto del embarazo nacerá con graves taras físicas o psíquicas, de ahí que sea evidente que la propuesta de impunidad de la figura del aborto eugenésico tiene por objeto evitar el nacimiento de seres humanos que sufrirán toda su vida por las graves taras de las que son portadores; para ello, el agente debe actuar después de conocer el diagnóstico médico que indica la sólida probabilidad del nacimiento de un ser defectuoso.

El diagnóstico médico es un elemento constitutivo de trascendencia del aborto eugenésico, además que las graves taras descubiertas en el concebido deben ser permanentes (imposibilidad de curación), de lo contrario, de ser aliviadas con tratamiento médico, la práctica del aborto se subsumirá a una figura mucho más grave.

El sujeto activo entonces, debe tener conocimiento y voluntad de poner fin a la vida del feto, consciente de la existencia de un diagnóstico que indica la probabilidad que sufre graves taras físicas o psíquicas, imposible de ser curadas con algún tratamiento médico. Si el agente actúa dolosamente sin conocer la existencia del diagnóstico médico que exige el tipo penal o sin efectuarlo o que indique que el defecto es curable después de producido su nacimiento, su conducta se adecuará a otro tipo de aborto mas no al eugenésico.

En resumen, el indicado artículo contempla dos supuestos, el primero de ellos referido al aborto sentimental, cuya tipicidad objetiva exige la concurrencia de al menos dos condiciones, en primer lugar que la mujer esté efectivamente embarazada y que dicho embarazo haya resultado de una violación sexual fuera del matrimonio o de una inseminación artificial no consentida; mientras que, en segundo lugar, se exige que los hechos hayan sido debidamente denunciados, o en su defecto investigados, cuando menos a nivel policial, Asimismo en cuanto a la tipicidad subjetiva de este delito se exige que la conducta se haya realizado a título de dolo. El segundo supuesto contenido en la ley, hace referencia al aborto eugenésico, como una figura atenuante del delito de aborto, que consiste en la interrupción de la gestación o embarazo cuando existe un diagnóstico médico de acuerdo al cual haya probabilidades de que al nacer el concebido presente graves taras físicas o psíquicas. Así mismo Reátegui Sánchez (2016) indica que la conducta debe ser realizada a título de dolo, debiendo existir conocimiento y voluntad de la posibilidad que el concebido presente graves taras físicas o psíquicas y el conocimiento efectivo del diagnóstico médico.

SUBCAPÍTULO IV:

LESIONES AL CONCEBIDO

1. Tratamiento en el ordenamiento jurídico peruano

Respecto del análisis y tratamiento de las lesiones al concebido dentro del delito del aborto, el Código Penal conforme a la dación de la Ley N° 27716 de fecha ocho de mayo del año dos mil dos, incorpora el artículo 124-A, el cual regula las lesiones dolosas contra la vida humana dependiente, y si bien para la fecha de dación de la ley, su puesta en vigencia fue novedosa, al no

dejar impunes conductas producidas en la realidad, situando de esta manera al feto como sujeto pasivo del ilícito. Sin embargo, a la fecha con los diversos avances médicos y científicos, dicha norma no abarca todas las circunstancias en las que puede ser lesionado el nacidurus, siendo imperiosa la necesidad de ampliar los alcances de la norma sustantiva.

En ese sentido, el presente estudio se proyecta a la protección del concebido en el ámbito jurídico penal, y de manera específica ante el delito de lesiones culposas, puesto que en la realidad se verifica la presencia de casos en los que una persona determinada lesiona de manera culposa a una mujer en estado de gestación, sin embargo, dicha lesión que afecta también al concebido, no es investigada ni procesada por delito alguno, al verificarse que su conducta se realizó a título de culpa, aún más siendo personal médico o sanitario.

1.1. Antecedentes

El ordenamiento jurídico peruano de manera integral, proclama en su artículo 1 de la Constitución Política la defensa de la persona humana, respetando su dignidad, como fin supremo de la sociedad y el Estado, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de la carta magna, toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física, a su libre desarrollo y bienestar. Siendo el concebido sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

En esta misma línea de protección, el artículo 1 del Código Civil ha precisado que la vida humana comienza con la concepción; considerándolo como sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. Se aprecia que no se ha establecido de manera concreta el momento exacto en que se produce la concepción, sino que la misma se limita a establecer la condición del concebido para el ordenamiento jurídico, así como lo referente a los derechos patrimoniales del mismo, los

cuales se encuentran sujetos a su nacimiento con vida; vacío que la doctrina ha tratado de llenar.

Salinas Siccha (2015) refiere que el concebido es el "... producto de la gestación en el período comprendido entre la anidación hasta antes que comience el parto" (p. 186); asimismo, indica que se trata de una vida humana en proceso de formación, y por consiguiente, una vida que depende de la madre; y que "se inicia con la anidación del óvulo fecundado en el útero de la futura madre y concluye con las contracciones uterinas que avisan el inminente nacimiento" (p. 186).

Consecuentemente, es posible hablar de vida en formación únicamente desde que se produce la anidación del óvulo fecundado en el útero de la madre. Idéntica opinión comparte Peña Cabrera Freyre (2015), quien sostiene que el nasciturus debe ser considerado como tal, desde el momento en que se produce la anidación del óvulo fecundado en la pared uterina, hasta que se produce el parto; ello en la medida que una vez producido el parto, el concebido deja de ser un dependiente, para convertirse en un ser independiente de la madre; por lo que, cualquier afectación que pueda producirse una vez fuera del claustro materno, ya no sería factible de protección desde un punto de vista de concebido, sino de infante.

Antes de la dación de la Ley N° 27716 que incorpora en la norma penal el artículo 124-A, no se hacía referencia a la problemática de ubicar a feto como sujeto pasivo de lesiones, quedando tal circunstancia atípica, y ante la urgencia de un debate se llenó este vacío con la dación de la ley en referencia, sin embargo no incluye a la forma culposa de tal conducta.

1.2. El delito de lesiones dolosas al feto

El tipo penal de lesiones al feto se encuentra debidamente tipificado en el artículo 124°-A del Código Penal vigente, el cual establece lo siguiente: *“el que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres”*.

Salinas Siccha (2010) comenta que, al inicio de la interpretación de los delitos contra la vida, ya hemos referido que en la ciencia penal existe la polémica nada pacífica sobre la interrogante de establecer cuándo se inicia la vida para ser protegida penalmente. Para un sector, la vida comienza con el fenómeno de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (teoría de la fecundación o concepción) en tanto que para otro sector mayoritario, el inicio de la vida se produce desde la implantación del óvulo ya fecundado en el útero de la mujer (teoría de la anidación).

En la doctrina penal peruana actual hay diferentes posturas al respecto, están los que consideran que la vida se inicia desde el momento de la anidación del óvulo fecundado por el espermatozoide, en el útero de la mujer. No obstante, otras posiciones distan sobre las razones para considerar a la anidación como inicio de la vida con trascendencia punitiva. Siendo que, algunos lo hacen por fines pragmáticos y otros lo hacen para resolver problemas que ha generado el derecho genético (Salinas Siccha, 2010, pp. 235-236).

Sin embargo, el legislador al momento de redactar el delito de lesiones a la salud del nasciturus, en lugar de referirse al feto como lo hace, por ejemplo, el Código Penal español, se ha referido al concebido dando a entender de esa forma que el derecho penal protege la vida y salud del ser humano desde la fecundación o

concepción. Es decir, el legislador nacional, desconociendo los avances de la doctrina en esta materia, ha vuelto a la concepción tradicional ampliamente superada, poniendo en el tapete nuevamente una discusión bizantina. La explicación de tal retroceso se debe al hecho que en la redacción del tipo penal del artículo 124-A al parecer han intervenido especialistas en derecho civil y no los iniciados en derecho penal que muy bien pudieron informar a los legisladores sobre los avances de la doctrina y legislación en esta materia (Salinas Siccha, 2010, p. 236).

No obstante, no se debe regresar a la discusión bizantina y superada, reafirmando que para el derecho penal la vida humana se inicia realmente desde que el óvulo es fecundado por el espermatozoide, llega y se implanta en el útero de la mujer. En consecuencia, para efectos de hacer hermenéutica jurídica del artículo 124-A del catálogo penal, no queda otra alternativa que sostener que la salud e integridad física del concebido o feto se protege desde la anidación del óvulo fecundado en el útero. Incluso, para fines prácticos, antes de aquel momento, pese a lo avanzado de la ciencia y tecnología médica, resulta imposible detectar o determinar algún daño al feto; y, finaliza la protección de la integridad física y salud del feto en el momento trascendente de inicio del parto. Después de aquel momento, los bienes jurídicos denominados "integridad física y salud" del ser humano es protegido por las figuras delictivas de lesiones a la persona ya analizadas. (Salinas Siccha, 2010, p. 236)

Con fines exclusivamente ilustrativos, es de señalar que en nuestro sistema jurídico penal el feto (vida dependiente) es protegido penalmente por las conductas punibles de aborto cuando se refiere a su vida, y lesiones al feto, cuando se trata de su integridad física y salud, en tanto que la persona (vida humana independiente) es protegida penalmente por las figuras delictivas de homicidio cuando

se refiere a su vida y, lesiones a la persona cuando se trata su integridad física o salud física o mental (Chinchay Pizarro, 2019, citando a Salinas Siccha, 2010, p. 5).

Aquí también es pertinente precisar que resulta extraño el haberse regulado el delito de carácter doloso de daños al feto como un apéndice del delito de lesiones culposas previstas en el artículo 124. Esto es, el legislador nacional sin siquiera recoger el supuesto de lesiones culposas al concebido, como lo hace la legislación comparada, ha regulado un delito doloso como anexo de un delito culposo. De ahí que, de lege ferenda se exige una corrección inmediata ya que no se puede tolerar que un delito doloso dependa de un culposo haciendo excepción a la regla general, ni menos, que un delito de lesiones al feto sea apéndice de un delito de lesiones a la persona, porque realmente se trata de dos bienes jurídicos diferentes; en el artículo en comentario se protege a la salud del feto –vida dependiente-, y en el artículo 124° se protege a la salud de la persona –vida independiente-; ello exige que la lesión al feto sea contemplado en un capítulo especial, independiente, considerando no solo a la lesión dolosa sino también a la culposa, que es la conducta más recurrente, sobre todo, en nuestro medio.

El delito de lesiones al concebido, se configura “cuando el agente o autor desarrolla o efectúa, haciendo uso de cualquier otro medio, una conducta orientada a causar u ocasionar daños o lesiones en la integridad física o salud del concebido” (Salinas Siccha, 2015, p. 296). De otro lado, el sujeto agente del delito puede ser cualquier persona, en la medida que no se trata de un delito con sujeto agente determinado o especial. Por último, en cuanto a la tipicidad subjetiva, se tiene que el delito debe ser cometido de manera intencional o dolosa, ya que como señala el autor antes citado, no cabe que el mismo se configure por culpa o imprudencia.

2. Tratamiento jurisprudencial

Siendo el Tribunal Constitucional el máximo intérprete de las normas constitucionales que no pueden ser vulneradas por el Estado, ni por las personas que lo conforman, al contrario, tienen como finalidad el respeto de las mismas, a nivel jurisprudencial, es preciso citar a la Sentencia recaída en el Expediente N° 02005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009, sobre el caso “Píldora del día siguiente o Anticonceptivo Oral de Emergencia”; cuya controversia estaba referida a considerarla o no abortiva.

En dicha sentencia el Tribunal Constitucional sienta posición estableciendo que el momento de la concepción se produce desde “la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2009). De ahí que, que la pastilla del día siguiente tenga efecto abortivo, por tanto su consumo y distribución atentarían contra el derecho a la vida protegido por la Constitución.

Así pues, este nuevo ser, es un ser que se encuentra en camino a una vida independiente, siempre que su proceso vital no sea interrumpido; consecuentemente, la anidación del óvulo fecundado, si bien forma parte del proceso vital, este no constituye necesariamente el inicio de la vida del concebido.

Por otro lado, la referida sentencia ha dejado claro que si bien puede existir un vínculo evidente entre el concebido y la madre, es innegable que son sujetos diferentes e individualizados, en la medida que “es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición de concebido” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2009).

SUBCAPÍTULO V:

AUSENCIA DE PROTECCIÓN PENAL DEL CONCEBIDO FRENTE A ACCIONES CULPOSAS

1. Ausencia de protección penal del concebido frente a acciones culposas

El ordenamiento jurídico peruano protege a la persona a través de la Constitución Política del Perú y los distintos dispositivos normativos existentes. Al respecto Chinchay (2019) señala que por estas razones se respeta la dignidad de la persona, como fin supremo de la Sociedad y el Estado, por lo cual, toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física, a su libre desarrollo y bienestar y el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, por tanto, merecedor de protección en todos los ámbitos del derecho peruano.

Razón por la cual, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra penalizado el aborto, en virtud de lo estipulado en el Título I, Capítulo II - Parte General del Código Penal Peruano que regula lo concerniente al aborto y dentro del cual se llega a tipificar tanto el aborto premeditado, realizado por otras personas e incluso el aborto preterintencional; resaltando que no es una regulación de aborto culposo.

Cabe mencionar que, también encontramos tipificados los daños causados al concebido, ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 124-A del Código Penal, el cual señala: "Daños al Concebido. - El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres."

Ahora bien, respecto a la característica del tipo culposo Chinchay, L. citando a Zaffaroni, E. (2002) señala:

(...) finca en su peculiar forma de individualización de la acción prohibida: a diferencia del tipo doloso activo, en que ésta se individualiza mediante su descripción, en el tipo culposo permanece prima facie indefinida y sólo es posible particularizar en cada caso, luego de determinar la conducta que origina el resultado que tiene relevancia penal. (p.9)

En este sentido ya entendido el tipo culposo, cabe señalar que la legislación peruana no encuentra regulación alguna sobre el aborto culposo, García, M. y Vargas, B. citando a Hurtado (1994) respecto al tema en análisis menciona lo siguiente:

La Ley no reprime el aborto culposo, la producción de la muerte del feto por una imprevisión culpable, debido a la falta de precauciones impuestas por las circunstancias de hecho o las personales, no es sancionada. Caso diferente es el del denominado aborto preterintencional, previsto en el artículo 118, es incorrecto afirmar, como lo hace la Corte Suprema, que el artículo 164 del Código de 1924 (semejante en su parte dispositiva al artículo 118 del Código vigente de 1991) prevé el aborto culposo. (p.18)

Por otro lado, se pone de manifiesto la dificultad que se encuentra en distinguir entre un aborto culposo y uno doloso, lo cual se ve reflejado en un claro ejemplo en el cual la mujer embarazada intenta suicidarse teniendo conocimiento de su embarazo, al intentar morir la mujer acepta que también morirá el fruto de la concepción. En este caso el autor señala que llegar a probar si la madre obró con dolo o culpa para destruir al feto es bastante difícil.

Sin embargo, las posiciones a nivel doctrinal son contrarias, lo cual hace necesario mencionar lo señalado por Chinchay, L. quien cita a Castro, N. (2012) y respecto al tema indica:

Presentado así el supuesto de hecho de la norma penal en comento, estamos frente a un comportamiento típicamente doloso; sin embargo,

en la gran mayoría de casos el daño al concebido, se realiza a título culposo proveniente de una mala praxis médica ocasionada tanto al momento de nacer con las llamadas lesiones perinatales o bien en la etapa gestacional a través de la ingesta de medicamentos o fármacos que son perjudiciales para el feto, así como, por malos y errados procedimientos a la madre en alguna de las etapas del embarazo y de esto ¿quién responde?.

Al respecto Chinchay, L. citando a Castro (2012) señala que el delito de lesiones al feto en su forma dolosa llega a sustentar su pertinencia culposa de la siguiente manera:

- a. El artículo 1º de la Constitución Política del Perú prescribe que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Así, conforme al artículo 2º del mismo cuerpo normativo, “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”.
- b. El artículo 1 del Código Civil señala que “el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”, además, precisa que la vida humana comienza con la concepción.
- c. Que la praxis jurisprudencial denota situaciones que por diversas circunstancias, como por ejemplo en una intervención quirúrgica, se termina dañando la integridad física del feto, no siendo ello constitutivo de delito de aborto ya que, éste se consumaría con su muerte y en las situación descrita solo se ha dañado la integridad, lo que no ha originado el deceso.
- d. No se configura el delito de lesiones, puesto que se regula sobre sujetos que ya han nacido; porque, el concepto de lesión que se ha tomado en cuenta es que el daño injusto se produce en el cuerpo humano (entendido en sentido estricto), es decir, que no destruye la vida ni está encaminado a hacerlo.

- e. El tratamiento jurídico penal peruano genera impunidad ante conductas culposas que han ocasionado afectación en la integridad física del feto generando indefensión del concebido, por ello, se convierte en necesaria y consiguientemente se torna en urgente la tipificación de dicha conducta, claro está que el bien jurídico protegido es la incolumidad, entendida como el estado o calidad de incólume -sano, sin lesión ni menoscabo- del concebido.
- f. El feto por un tratamiento quirúrgico indebido en la gestante o la ingestión incorrecta de medicamentos, etc. cuya finalidad no es la muerte del concebido, puede originar sobre el mismo consecuencias como: la castración, mutilaciones (de órgano o miembro principal o no principal), deformidades, entre otras consecuencias adversas, afectando el proyecto de vida que el sujeto pasivo -concebido- tiene.
- g. El daño causado, no puede ser diferenciado de manera cuantitativa, tanto en lesiones graves como en lesiones leves, sino que, por la indefensión del sujeto pasivo y por las consecuencias que puede darse en él, como sujeto pasivo de la acción, es que se debe considerar como lesiones de naturaleza grave, donde solo cabría diferenciar entre una conducta dolosa y una conducta culposa.

En este punto es necesario precisar que en el año 2014 se presentó un proyecto de ley al Congreso de la República mediante el cual se puso en debate la incorporación del aborto culposo en el código penal, dicha figura llegaría a sancionar con privación de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de 52 a 104 jornadas a toda aquella persona que por culpa interrumpa el embarazo de una mujer. Implica que, el sujeto tenga conocimiento que el riesgo de sus acciones puede provocar la interrupción del embarazo, pero este las realiza sin voluntad de que se produzca.

Sin embargo, dicho proyecto no llegó a ser aprobado, por ello, en la actualidad este tipo de delito no se encuentra tipificado en el Código Penal; esta ausencia de protección que debe tener el concebido genera impunidad en diversas situaciones. Así, teniendo en cuenta que nuestro sistema equipara el valor del feto con el de la persona, por tal razón, el aborto culposo también debe ser penado, ya que se estaría de igual manera atentando contra una vida humana.

En ese sentido, Bacilio (2015) señala que existen dos sistemas: el criminalizador y el descriminalizador; es así que el primero equipara el valor del feto o embrión al de la persona, por lo que desconoce la trascendencia y significado del nacimiento, bajo el cual el aborto debe ser penado en ambas formas (doloso y culposo) y el sistema descriminalizador que deja abierta la impunidad en este tipo de acciones, dando mayor valor al bien jurídico de la madre.

SUBCAPÍTULO VI:

DERECHO COMPARADO

1. España

En España se pena el aborto doloso sin consentimiento de la madre, también el que se da con el consentimiento de la mujer gestante salvo en los casos que la ley lo permita. Así está estipulado en los artículos 144, 145 y 145 bis, del Código Penal español.

Al respecto Blanco (2016) realiza un análisis de los artículos señalados, para lo cual menciona que el Código Penal español tipifica el delito de aborto en su Título Segundo, basando su régimen en las modificaciones introducidas tanto por la Ley 2/2010 y teniendo en cuenta la Propuesta de Anteproyecto

de Ley presentada por el Grupo Popular en la Mesa del Congreso de los Diputados en el año 2015.

En este sentido, respecto al artículo 144 el cual penaliza el aborto que es llevado por un tercero sin que la mujer embarazada haya dado su consentimiento la pena privativa es de cuatro a ocho años e inhabilitación especial de carácter facultativo por un periodo de tres a diez años. Esta modalidad es una de las más graves del aborto dentro de la legislación española ya que el comportamiento delictivo posee un carácter pluriofensivo ya que se atenta en contra de la vida prenatal y, además, se está lesionando la libertad de la mujer embarazada ya que ella no ha llegado a consentir dicho aborto (Blanco (2016).

En la misma línea el autor realiza un análisis del artículo 145, señalando lo siguiente:

(...) está compuesto por tres apartados: el primero referido al tercero que practica el aborto con el consentimiento de la mujer; el segundo va dirigido a penalización de la conducta de la mujer cuando ésta se produce su propio aborto o consiente su ejecución fuera de los casos previstos por la ley; y el tercer apartado, es un agravante que aumenta las penas establecidas para los dos apartados anteriores en su mitad superior, cuando la realización del aborto haya sido llevada a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación. (Blanco, A. , 2016, p.51)

Respecto al artículo 145 bis se menciona que este fue introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, el cual se encuentra formado por tres apartados:

Los dos primeros dirigidos al personal facultativo, siendo el segundo complementario del primero, y el tercero únicamente se basa en despenalizar la conducta de la embarazada puesto que se trata de un tipo especial, el cual solo afecta al personal facultativo que describe. (Blanco, A. , 2016, p.56)

Finalmente, en el artículo 146 del código español se estipula:

El que por imprudencia grave ocasione un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

En dicho artículo se llega a sancionar lo siguiente:

(...) al aborto causado por imprudencia de carácter grave, cuando es llevado a cabo por un tercero, con la pena de prisión de tres a cinco meses o la multa de seis a diez meses. Sin embargo, cuando la imprudencia reviste un carácter profesional, además de la pena señalada, se impondrá la pena de inhabilitación especial por un periodo de uno a tres años. Se deja despenalizado el aborto que se deriva de la imprudencia de la propia mujer embarazada tal y como se limita a señalar el tercer párrafo del precepto. (Blanco, A. , 2016, p.58) .

Cabe resaltar que, este artículo regula el aborto culposo, Blanco (2016) señala que dicho artículo también regula la imprudencia grave realizada por un tercero, entendiéndose a ésta como “aquella inobservancia de los parámetros básicos, sin haber tomado las precauciones o cuidado mínimo” (p. 58). Se evidencia entonces que, en la legislación española la imprudencia leve no es sancionada penalmente, sin embargo, cabe la posibilidad de hacerlo vía civil, como responsabilidad civil.

Por otro lado, se sanciona aquella imprudencia grave ocasionada por un profesional, dicho apartado recoge una novedad en la legislación española ya que, además de sancionar al profesional sanitario, también se llega a sancionar a cualquier otro tipo de profesión, colocando el autor un claro ejemplo de dicha situación, el cual lo relata de la siguiente manera:

Un ejemplo de ello sería la aplicación de este supuesto al empresario que provoca el aborto a una empleada por condiciones de trabajo que pueden hacer peligrar el embarazo. No obstante, en este punto es requisito que se demuestre la relación de causalidad entre la acción

imprudente y el aborto que se produce. Por último, el artículo establece una excusa absolutoria para la mujer, despenalizando el aborto provocado por su propia imprudencia. En este punto conviene tener presente la diferencia entre la situación de autopuesta en peligro de la embarazada y la puesta en peligro que ésta consiente, así como analizar si es irrelevante o no la cooperación en la autopuesta en peligro o si podría ser calificada como autoría imprudente. (p.59)

Ahora bien, respecto al tema en cuestión es preciso resaltar lo mencionado por García, M. y Vargas, B. (2017) quienes mencionan que la legislación española tal como ya lo señalamos en líneas anteriores sí regula el aborto culposo, ello en virtud de lo señalado por el artículo 146 del código penal español.

Por otro lado, Yaipén, R. (2020) acota que en el país europeo el 23 de noviembre de 1995 entró en vigencia la Ley Orgánica N° 10-1995, que incorporaba en el código penal el delito de lesiones al feto por imprudencia, ello a través del artículo 158, el cual señala:

El que, por imprudencia grave, comete los hechos señalados en el artículo anterior (referido a las lesiones al feto), será castigado con pena de arresto de 07 a 24 fines de semana; asimismo establece que, si el hecho es cometido por un profesional de la salud, será castigado con inhabilitación por el periodo de 06 meses hasta 02 años. (pp. 59-60)

2. Colombia

La legislación colombiana no regula el aborto culposo, tan solo penaliza el aborto doloso o el que se da sin conocimiento de la mujer gestante. (García, M. y Vargas, B., 2017, p.82). Sin embargo, sí se llega a regular tanto la modalidad dolosa como culposa de las lesiones generadas al feto. El artículo 125 del código penal colombiano señala:

Artículo 125. Lesiones al feto

El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, será reprimido con prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses.

Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.

Por otro lado, el artículo 126 del mismo cuerpo normativo estipula:

Artículo 126. Lesiones culposas al feto

Si la conducta descrita en el artículo anterior se realizare por culpa, la pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

Si fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.

Alarcón y Carrera (2018) al respecto señalan que la Sala Penal de la Corte de justicia de Colombia estableció en el caso de la señora María Inés vs la ginecóloga Sandra Núñez respecto a la modalidad culposa de las lesiones causadas al feto, lo siguiente:

... es necesario que el daño ocasionado al feto en el cuerpo o en la salud sea producto de la violación del deber objetivo por parte del agente, derivado de una conducta imprudente, negligente, imperita, inexperta o violatoria de los reglamentos. (p.74).

En cambio, para el caso de la modalidad dolosa se establece que se debe tener en cuenta los siguiente:

... se requiere que el autor conozca los hechos constitutivos de la infracción penal, quiera y realice el comportamiento lesivo (dolo directo), o bien, que prevea como probable el resultado dañino y deje su ocurrencia librada al azar (dolo eventual). (p.75) .

3. Ecuador

El código penal ecuatoriano tampoco regula el aborto culposo, sin embargo en dicho cuerpo normativo encontramos una variedad de delitos relacionados con el aborto. Al respecto Sarango, J. (2015) señala que en

Ecuador el código penal vigente regula cuatro tipos de abortos, dentro de los cuales encontramos:

... el primero tipificado en el Art. 147 como aborto con muerte, en él podemos establecer dos perspectivas: la primera, cuando existe una tercera persona interesada en que la mujer aborte, y en cometimiento del ilícito hace que la mujer muera, a consecuencia de esa provocación delictiva; mientras que la segunda, tiene lugar cuando el aborto ha sido consentido por la mujer y que el Aborto seguido de muerte (...) La tercera clase de aborto que trae nuestra legislación corresponde al Aborto no consentido que nuestro Código Orgánico Integral Penal al igual que la doctrina establecen que se lleva a cabo sin la voluntad y conciencia de la mujer (...) El cuarto tipo de aborto que tipifica nuestra legislación es el aborto consentido, dentro del cual ya interviene la mujer como actor directo de la infracción penal, actuando con dolo o permitiendo que otra persona lo realice por su voluntad, aspecto que evidentemente en la actualidad, se lleva a cabo en centros clandestinos que ponen en riesgo la vida de la mujer. (pp.30-31)

Por otro lado, al igual que en la legislación peruana se llega a establecer un caso en el cual el aborto no es punible, nos referimos al aborto terapéutico, sin embargo es curioso poder observar que en Ecuador otra manera de punibilidad viene a ser cuando el embarazo es producto de una violación. Como se puede observar, si bien es cierto la legislación ecuatoriana llega a regular una variedad de tipificaciones referidas al aborto y además de casos en los cuales estos quedan impunes, no llega a establecer tipología alguna sobre el aborto culposos.

4. Nicaragua

Alarcón y Carrera (2018) citando a La Gaceta (2008), al respecto señalan que en el año 2008 se publicó en Nicaragua la Ley N° 841, la cual aprobó el nuevo Código Penal, el cual contempla en su capítulo II el aborto, manipulaciones genéticas y lesiones al no nacido. En este sentido el artículo 148 de dicho dispositivo normativo señala:

Artículo 148. De las lesiones en el que está por nacer

El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave y permanente lesión física o psíquica, será castigado con pena de prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

Por otro lado, el artículo 149 del código penal de la República de Nicaragua señala:

Artículo 149. Lesiones imprudentes en el que está por nacer
Quien por imprudencia temeraria ocasione en el no nacido las lesiones descritas en el artículo anterior, será sancionado con pena de uno o dos años de prisión e inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer cualquier profesión médica o sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos públicos o privados, por tiempo de uno a cinco años.

De lo señalado se puede observar que en la república de Nicaragua se tipifica la imprudencia realizada por parte de aquel profesional médico, u otro análogo, las cuales llegan a causar lesiones en el feto. Ahora bien, Cerón, M. (2018) respecto al aborto señala que este no se encuentra permitido en ninguna de sus formas en tal sentido el artículo 145 del Código penal de la República de Nicaragua señala:

Quien por imprudencia temeraria ocasione aborto a una mujer, será castigado con pena de seis meses a un año de prisión; si el hecho se produce con ocasión del ejercicio de la profesión de la salud, se impondrá además la pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años. La embarazada no será penada al tenor de este precepto. (p.19)

5. El Salvador

Cerón, M. (2018) señala que el Salvador tiene una perspectiva muy conservadora en lo que se refiere al aborto, ya que a diferencia de nuestra legislación éste no permite el aborto en ningún caso, ni el aborto terapéutico;

el cual se da con la finalidad de proteger la vida de la mujer gestante, al ser un país muy conservador incluso se encuentra penalizado los casos de abortos espontáneos siendo considerado como un homicidio agravado.

Ahora bien, respecto al aborto culposo la legislación de este país sí la tipifica, precisamente en el artículo 137 de su Código penal, el cual establece:

El que culposamente provocare un aborto, será sancionado con prisión de seis meses a dos años. El aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada, y la tentativa de ésta para causar su aborto no serán punibles. (pp. 18-19).

CAPÍTULO III

Metodología

1. Tipo de investigación

1.1.1. De acuerdo al fin que persigue

1.1.1.1. Básica

Este tipo de investigación “se origina en un marco teórico y permanece en él. El objetivo es incrementar los conocimientos científicos, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico” (Muntané Relat, 2010, p. 221); esta investigación es básica porque se origina en un marco teórico referente a la protección del derecho a la vida, centrando su análisis en el aborto culposo y las lesiones culposas al concebido como consecuencia de faltar a un deber especial de cuidado, propio de los profesionales de la salud; a partir de ello, surge la necesidad de sancionar tales acciones, planteándose mediante la incorporación de los delitos de aborto culposo y lesiones culposas al concebido dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal.

1.1.2. De acuerdo al diseño de investigación

1.1.2.1. Descriptiva

La presente investigación es descriptiva porque “busca especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis. Vale decir se selecciona una serie de cuestiones que luego se miden por separado” (Elgueta y Palma, s.f. p. 152), ya que a partir de la identificación de la existencia de un problema como lo es la manera cómo debería protegerse la vida e integridad física del concebido

y al resolverlo, es decir, determinar la manera de hacerlo, identifica una serie de elementos necesarios y los diferencia, logrando así un análisis profundo de lo que rodea y constituye al problema central.

1.1.2.2. Propositiva

La presente investigación es propositiva ya que luego de determinar la manera cómo se debe proteger la vida e integridad física del concebido frente a negligencias producidas por profesionales de la salud, se elaboró una propuesta legislativa consistente en la incorporación de los tipos penales de aborto culposo y lesiones culposas al concebido.

1.1.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

1.1.3.1. Cualitativa

Teniendo en cuenta que, la investigación cualitativa es aquella que “se nutre epistemológicamente de la hermenéutica, la fenomenología y el interaccionismo simbólico” (Monje Álvarez, 2011, p. 12), la presente investigación es de dicho tipo ya que no hace uso de datos estadísticos, al contrario, hace uso para su desarrollo de métodos, como el método hermenéutico, el método dogmático, el método literal, el método de la *ratio legis*, el método analítico y el método inductivo.

2. Métodos

2.1. Métodos generales de la ciencia

2.1.1. Analítico

El método analítico se usa en la presente investigación porque se “(...) trata de descubrir y construir los objetos de conocimiento dividiendo la realidad en sus partes más elementales. Se parcializa y segmenta el objeto de investigación de lo más simple a lo más complejo” (Witker, 1996, p. 6); es decir, a partir de la indagación, estudio y análisis de cada supuesto establecido en el marco teórico se ha determinado la manera cómo se debe proteger al concebido frente a conductas culposas de los profesionales de la salud que atentan contra su vida e integridad física.

2.1.2. Deductivo

En la presente investigación se aplica el método bajo referencia en tanto llegamos al estudio y calificación de casos concretos partiendo de las descripciones o tipificaciones generales de cada ilícito penal, vale decir que para determinar el encuadre de una conducta específica, deducimos sus características partiendo de uno o más supuestos generales hacia la acción específica. Partimos de lo general al caso individual, del enunciado abstracto hacia la aplicación de la ley a la conducta concreta.

2.2. Métodos específicos del derecho

2.2.1. Dogmático

El método dogmático se usa en la presente investigación, en razón a que se hace mención y se describe al conjunto de normas relacionadas a la investigación, tales como el artículo 2

inciso 1 y 140 de la Constitución referidos al derecho a la vida y a los límites de la misma, respectivamente; los artículos comprendidos entre el 106 y 128 del Código Penal referidos a las acciones que atentan contra la vida y salud del concebido y la persona, entre otros.

Este método trabaja en base a un alto grado de abstracción y “(...) en dichas abstracciones el investigador puede cuestionar las normas jurídicas anticipándose a posibles supuestos, proponiendo la dación, modificación o supresión de tales normas” (Tantaleán Odar, 2016, p. 5). Es así que, a partir de ello se logra plantear los supuestos normativos que permiten la tutela de la vida del concebido e integridad física del mismo frente a acciones culposas realizadas por los profesionales de la salud.

2.2.2. Hermenéutico

El método hermenéutico consiste en:

una actividad interpretativa que permite la captación plena del sentido de los textos en los diferentes contextos por los que ha atravesado la humanidad. Interpretar una obra es descubrir el mundo al que ella se refiere en virtud de su disposición, de su género y de su estilo (Ricoeur, citado en Arráez, Calles, y Moreno de Tovar, 2006, p. 174).

Se usa en la investigación para interpretar y comprender de manera sistematizada en un contexto determinado las previsiones normativas vinculadas a la tutela de la vida e

integridad física del concebido como son la Constitución, el Código Procesal Penal y el Código Penal.

2.2.3. Sistemático

El método bajo referencia “(...) estudia las formas en que se ordenan en un todo, una serie de conocimientos, de manera que resulten claras las relaciones y dependencias recíprocas de las partes componentes del todo” (Ponce, 1996, p. 68). En ese sentido, se usa en la presente investigación, para ubicar dentro de un sistema jurídico las instituciones que involucran el estudio y análisis de las variables investigadas, de manera que permitan llegar a la solución del problema planteado.

2.2.4. Ratio legis

El método de la *ratio legis* “(...) trata de otorgar a las disposiciones legales, el significado que resulte de desentrañar la finalidad de su existencia, basándonos en el texto del dispositivo interpretado o en el de los dispositivos vinculados a éste, con ocasión del caso concretamente analizado” (Canales, 2009, p. 1). Por lo que, se usa para identificar la razón lógica de la normativa referente al tema de investigación, como: el derecho a la vida y su protección en el ordenamiento jurídico peruano.

3. Técnicas e instrumentos de investigación

3.1. Fichaje

La técnica del fichaje se usa para el acopio de información, así como para su almacenamiento respecto del tema de investigación referido a la manera de proteger al concebido frente a acciones culposas

ocasionada por los profesionales de la salud; para ello, se usa el instrumento denominado ficha, que dependerá de la fuente de dónde se recolectará la información, la cual puede ser un libro, una revista, un espacio virtual, etc.

3.2. Análisis documental

Esta técnica sirve para recolectar información o datos de fuentes no principales o denominadas también fuentes secundarias, como por ejemplo expedientes, revistas y libros que se utilizan para el desarrollo de los presupuestos establecidos en el marco teórico de la presente investigación. Para ello, se usa el instrumento conocido como ficha de registro de datos.

3.3. Encuesta

Esta técnica se usa para recopilar información mediante cuestionarios previamente diseñados acerca del tema, ámbito de estudio o área científica que se investiga. Nos ha permitido recoger opiniones, posiciones o recomendaciones sobre el problema de investigación y luego interpretar los resultados organizados en tabulaciones concretas que a su vez han permitido el análisis estadístico correspondiente.

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN Y RESULTADOS

1. DISCUSIÓN

1.1. La falta de regulación de los delitos de aborto y lesiones culposas en el ordenamiento jurídico penal peruano

Sabemos que, el derecho surge como medio para regular la conducta de los ciudadanos con la finalidad de alcanzar el bien común, es decir como medio de control social; dentro de él se distingue el derecho penal, considerado de *última ratio*, el cual regula las acciones de las personas que no son conformes a derecho y se aplica cuando los otros medios de control social no funcionan.

En nuestro ordenamiento jurídico penal se protegen diversos bienes jurídicos, considerados relevantes para el funcionamiento de una sociedad, en este caso la sociedad peruana, bienes jurídicos como: el patrimonio, la integridad física, la vida, la administración pública, entre otros. Uno de los bienes jurídicos protegidos en el ordenamiento jurídico peruano -como se mencionó- por no decir el más importante, considerado de gran valor, ya que, es la condición necesaria e indispensable para que se construyan y se le otorge al ser humano los derechos que le corresponden; por tanto, se debe proteger, en ese sentido de acuerdo con Villavicencio (2012) “el derecho a la vida es indiscutible e incuestionable, con independencia de su status, pre o post natal, de su capacidad o incapacidad de vida o de la mayor o menor calidad de vida” (p.68). Surge entonces una interrogante ¿desde cuándo inicia la vida humana?

Antes de referirnos a las tres posiciones sentadas sobre el inicio de la vida humana cabe mencionar que la Constitución Política del Perú en su artículo 2 inciso 1 tutela el derecho a la vida humana de la persona expresando que “toda persona tiene derecho a la vida”, por su parte el derecho civil peruano en su artículo 1 del Código Sustantivo deja establecido que la vida humana inicia desde la concepción y reconoce a

la persona como sujeto de derecho desde que esta nace; en cambio el derecho penal peruano en su contenido no ha determinado cuando inicia la vida humana. Consecuentemente, ante tal incertidumbre surgieron tres posiciones importantes, la primera sostiene que la vida humana inicia desde la fecundación, es decir, desde el momento en que el espermatozoide ingresa al óvulo; la segunda teoría sostiene que el inicio de la vida se da desde la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno; y, por último, la tercera teoría sostiene que la vida inicia desde la formación del sistema nervioso central. Es la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02005-2009-PA/TC la que aclara y responde a tal interrogante, dejando sentado que el inicio de la vida se da con la fusión de la células materna y paterna (fecundación), queda claro entonces que la concepción se da desde la fecundación.

De ahí que, la protección de la vida dentro del Estado peruano tenga su base en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política, así como que se la conciba como bien jurídico y se regulen tipos penales que la protejan ante determinadas acciones consideradas como afectaciones a la misma y a su poseedor.

La vida humana a través del ejercicio del *Ius Puniendi*, se tutela mediante la regulación de conductas consideradas típicas, antijurídicas, culpables y punibles, consagradas en el dispositivo jurídico denominado Código Penal, que contiene los siguientes tipos penales: homicidio simple (art. 106), parricidio (art.107), homicido calificado (art. 108), homicidio calificado por la condición de la víctima (art. 108-A), feminicidio (art. 108-B), sicariato (108-C), homicidio por emoción violenta (art. 109), infanticidio (art. 110), homicidio culposo (art. 111), homicidio piadoso (art. 112), instigación o ayuda al suicidio (art. 113), autoaborto (art. 114), aborto consentido (art. 115), aborto sin consentimiento (art. 116), agravación de la pena por la calidad del sujeto (art. 117), aborto preterintencional (art.

118), aborto sentimental y eugenésico (art. 120), lesiones graves (art. 121), formas agravadas (art. 121-A), lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar (art. 121-B), lesiones leves (art. 122), formas agravadas, lesiones leves cuando la víctima es un menor (art. 122-A), agresiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar (art. 122-B), lesiones preterintencionales con resultado fortuito (art. 123), lesiones culposas (art. 124), daños al concebido (art. 124-A), y daño psíquico y afectación psicológica, cognitiva o conductual (art. 124-B), exposición o abandono peligrosos (art. 125), omisión de socorro y exposición a peligro (art. 126), omisión de auxilio o aviso a la autoridad (art. 127) y exposición a peligro de persona dependiente (art. 128).

De los mencionados tipos penales podemos advertir que se sancionan acciones en su forma dolosa como culposa que afectan a la vida humana, un ejemplo de ello es el homicidio culposo y el homicidio simple. Sin embargo, también se puede advertir que se sanciona al aborto en su forma dolosa, más no en su forma culposa, a pesar que acciones de ese tipo violan y restringen el derecho a la vida. Teniendo en cuenta la política criminal se deben sancionar actos que restringen, violan y eliminan derechos, y siendo que el derecho a la vida se garantiza desde la concepción, no se debe dejar las puertas abiertas para su afectación, que al fin y al cabo constituyen vacíos legales que generan impunidad.

El aborto consiste es la pérdida del embarazo, con la expulsión del concebido del seno materno, el cual puede ser causado por la madre, terceros e incluso por profesional médico, ya sea con dolo, es decir con conocimiento y voluntad, o con culpa, es decir, por impericia, negligencia o imprudencia.

El primer supuesto se encuentra tipificado en nuestro código penal, de acuerdo a la Ley N° 27716 de fecha ocho de mayo del año dos mil dos, incorporado mediante el artículo 124-A, el cual regula las lesiones dolosas

contra la vida humana dependiente, resultando su vigencia novedosa, al no dejar supuestamente impunes conductas producidas en la realidad; no obstante, en la actualidad con los diversos avances de la ciencia y con ella de la medicina, tal norma no abarca todas las circunstancias en las que puede ser lesionado el nacidurus.

El segundo supuesto; a pesar de tener como fundamento la protección de la vida humana en la fase prenatal no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico. De igual manera no se contemplan las lesiones culposas causadas al concebido. En ese sentido, teniendo como sustento la protección del concebido en el ámbito jurídico-penal, y de manera específica ante el aborto culposo y las lesiones culposas al mismo, deberían regularse como delitos.

1.2. La necesidad de sancionar las acciones culposas que afectan el bien jurídico vida en su forma dependiente, en virtud del principio de igualdad

En el ordenamiento jurídico peruano se protege el derecho a la vida humana; la cual, posee dos aristas: la vida humana independiente y la vida humana dependiente. teniendo en cuenta ello, la vida humana dependiente es aquella que para su subsistencia está ligada a otra persona, la madre, viene ligada a la esperanza que en algún momento se convierta en independiente, la cual es es aquella que ya no se encuentra ligada a la madre para su subsistencia.

Cabe precisar que la diferenciación entre ambas no es caprichosa, por el contrario, es de suma importancia, ya que nos permitirá tener claro que, cuando se acabe con la vida humana independiente estaremos ante un delito de homicidio, parricidio, asesinato, infanticidio, homicidio por piedad, entre otros, según corresponda; mientras que si se lesiona una

vida humana dependiente, estaremos ante un delito de aborto, si se realiza alguna de las modalidades prescritas.

Es por ello que en nuestro Código Penal también se puede clasificar los delitos que protegen la vida humana en: delitos que protegen la vida humana independiente y los delitos que protegen la vida humana dependiente, que al fin y al cabo protegen la vida humana en general.

Para hablar de la protección de la vida humana dependiente es necesario referirse al aborto, el cual dentro de nuestro ordenamiento jurídico es concebido como la interrupción del proceso natural del embarazo en cualquier momento, y a las lesiones del concebido. En ese sentido, el delito de aborto en todas sus modalidades pretende proteger el bien jurídico vida dependiente; es decir la vida del concebido, que aunque no es persona, representa vida y merece protección conforme el ordenamiento constitucional, civil, y evidentemente penal. De manera que, la vida humana dependiente, aunque se desarrolla en las entrañas y a expensas de la madre, merece una protección independiente, individualizada de la protección de la vida de la madre. Sin embargo, dentro de dichas figuras delictivas no encontramos a alguna que sancione el actuar culposos que atenta contra la vida e integridad física del concebido.

Para un mejor entendimiento se debe traer a colación a la teoría del delito y sus elementos, consistente en la acción típica, antijurídica, culpable y punible, centrándonos para efectos de la presente investigación en la tipicidad, dividida a la vez en objetiva y subjetiva. En la tipicidad objetiva encontramos elementos como la conducta típica, el sujeto activo y pasivo; mientras que en la tipicidad subjetiva entramos al dolo y la culpa, el dolo definido como el conocimiento y voluntad de realizar la acción típica, y la culpa como una acción que constituye un peligro, iniciada sin intención de afectar un bien jurídico, que termina lesionándolo por falta de cuidado.

Así, el Código Penal peruano señala en su artículo 11 que las acciones culposas o dolosas constituyen delitos y faltas penadas por ley, además aclara en su artículo 12 que las acciones culposas solo se sancionan en los casos establecidos por ley. La culpa se diferencia en consciente e inconsciente, en la primera “no se requiere causar la lesión, se advierte la posibilidad y, sin embargo, se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no dará lugar al resultado lesivo” (Mir Puig, 2004, p. 290) y en la segunda “... el autor no previó, ni siquiera imaginó el peligro que produjo el resultado dañoso, que es la consecuencia de la violación del deber de cuidado” (Girón, 2008, p. 44).

Dentro de la culpa, encontramos a las acciones culposas cometidas por los profesionales de la salud, en especial por los médicos; para dilucidar su actuar es preciso referirse a la imputación objetiva, no sin antes mencionar que para adecuar correctamente el resultado en una conducta tipificada existen variedad de teorías, tales como el causalismo, de equivalencia, el finalismo y la teoría de la imputación objetiva. Teniendo en cuenta la última teoría, y de acuerdo con Amaya (2016), no se genera responsabilidad alguna si el actuar médico que causó un resultado consistente en la afectación de la vida o integridad física de un ser humano, se da en aplicación de las normas y/o protocolos establecidos por *lex artis* o es producto de un caso fortuito o fuerza mayor ajeno a su actuar, ya que en el ámbito en el cual se desarrollan implica la asunción de riesgos.

Lo que genera la responsabilidad penal de los profesionales de la salud por mala práctica profesional es la inobservancia del debido cuidado, la producción del resultado muerte o lesión del sujeto pasivo de la acción culposa y la relación causal entre ambos, que conforme con Lledo, Morillas y Monje (2012) constituyen elementos del delito imprudente.

Por ello, en virtud del principio de igualdad que rige en nuestro ordenamiento jurídico se debe tutelar en igualdad de condiciones tanto a la vida humana dependiente como a la vida humana independiente, ello implica su tutela frente a acciones tanto dolosas como culposas que de no tener en cuenta el embarazo éstas pueden afectar no solo a la madre, sino también a la vida o integridad física del concebido.

En las acciones dolosas se tiene en cuenta el conocimiento y la voluntad de ocasionar la muerte o lesiones al concebido, por ello en el Código Penal se regula el aborto en sus diferentes modalidades dolosas y los daños al concebido; no obstante, frente a acciones como las realizadas por el profesional de salud que por error o falta de pericia (negligencia) causan la muerte o lesionan al concebido, es decir acciones culposas donde se tiene en cuenta la falta de voluntad en querer lograr el resultado, no encontramos un tipo penal donde se puedan subsumir las acciones descritas.

Ello, nos lleva a pensar que nos encontramos frente a un vacío legal que a mediano y largo plazo ocasiona una aplicación incorrecta de la ley penal al tratar de subsumir tales acciones en algún tipo penal, e incluso genera impunidad, ya que, al no encontrarse un tipo penal en el que se puedan subsumir, en aplicación del principio de legalidad "*nullun crimen, nulla poena, sine lege*", quedan impunes.

Es evidente la desigualdad dentro de nuestro ordenamiento jurídico en el tratamiento que se le otorga a la protección de la vida humana independiente -el cual es mayor- y el tratamiento que se le otorga a la protección de la vida humana dependiente, en el cual solo se protege las acciones dolosas ante su afectación, más no acciones culposas, a pesar de darse en la realidad social.

1.3. La mala aplicación de la ley penal a los casos presentados en la realidad, ante la ausencia del delito de aborto culposo y lesiones culposas y la política criminal frente a tal situación

En la realidad peruana se han venido presentando casos, donde se causa lesiones e incluso la muerte del concebido por negligencia de los profesionales de salud. Ejemplo de ello son los siguientes casos:

1.3.1. Embarazada fallece por negligencia médica: Inés Chambe Mamani de 32 años de edad es internada en el Centro Materno Infantil Juan Pablo II por un dolor abdominal, sin tener alguna complicación seria con su salud. Lugar donde se le aplica el medicamento Plidan Compuesto Intramuscular y otros medicamentos, la operan y como resultado fallece tanto la madre como el bebé (El comercio, 2014).

1.3.2. Padres denuncian muerte de mellizas por negligencia médica: Wenly Sánchez indica que su esposa recibió una inyección y cápsulas para inducir el parto y fue enviada a su hogar, luego de dos días regresaron al hospital Guillermo Almenara para su control, donde les informaron que sus bebés estaba muertas. El deceso de sus mellizas se debió a los medicamentos suministrados, ya que un día antes de su administración a la gestante, las bebés se encontraban en buen estado de salud.

1.3.3. Joven acusa a EsSalud de entregarle medicamento equivocado y provocarle aborto: joven de 22 años recibió medicamentos por parte de la Farmacia del Hospital Naylamp de Essalud (Lambayeque), que le causaron el aborto, ya que los días anteriores a la ingesta de los medicamentos se encontraba en perfecto estado de salud.

Casos en los que los hechos pueden ser enmarcados y procesados en tipos penales como lesiones culposas a la madre, al ser ella la destinataria

de la acción, y no al feto que representa vida protegida conforme la Constitución Política del Estado; o como aborto generado sin intención - que sería a título de culpa- pero ocasionado como producto de una agresión intencional a la madre; lo que constituye el aborto preterintencional previsto en el artículo 118 del Código Penal.

Inclusive, dichas acciones quedarían impunes por no encajar en ningún tipo penal; así lo confirman autores como Salinas Siccha, Bramont-arias y Peña Cabrera; consecuentemente, en aplicación al principio de legalidad, no podrá imponérsele sanción alguna, en tanto no se le puede imputar su acción a título de culpa al no encontrarse regulado en el ordenamiento jurídico.

Ello, no permite una adecuada protección del concebido, lo cual evidencia que a pesar que la política criminal es la encargada de analizar tal situación a través de estudios minuciosos sobre la ausencia de penalización de los actos culposos en contra del feto, en particular de las negligencias médicas que permitan su replanteamiento, no hay una Política Criminal clara orientada a proteger al concebido de las negligencias médicas que puedan afectarlo.

Debemos mencionar que, en apoyo a la postura de la presente investigación, los autores mencionados en este acápite consideran que cuando el profesional de la salud por error o falta de pericia produce el aborto, sería necesario en el Perú la incorporación del aborto culposo como conducta reprimible por el ordenamiento penal, reconociendo también, que la política criminal de nuestro país, debe analizar esta situación.

1.4. La regulación del delito de aborto culposo en el derecho comparado y la restricción a los profesionales de la salud como sujetos activos del mismo

A través del desarrollo de la doctrina en la presente investigación, se advierte la necesidad de regular los tipos penales de aborto culposo y consecuentemente las lesiones culposas al concebido, ya que evidentemente existe un vacío legal en nuestro ordenamiento jurídico penal, puesto que el legislador no lo previó, de tal manera que hasta la actualidad viene generando impunidad en la política criminal de los profesionales de la salud. Por tal razón, se considera que se debe impulsar la aplicación de los tipos penales referidos, ya que hasta el día de hoy los profesionales de la salud no son sancionados por su actuar negligente, imprudente o sin pericia, disfrazándose en la voluntad de la madre para someterla a tales acciones; sin embargo lo que se busca es la sanción de ese actuar culposo, ya que como profesionales de la salud deben prever el resultado que pueden ocasionar, de lo contrario lesionan el bien jurídico vida dependiente e integridad física del concebido.

También en el desarrollo del derecho comparado se advierte que si bien existen países cuyas posturas están dirigidas a la despenalización del aborto, la mayoría de dichos países tienen la postura de penalizar el supuesto de aborto culposo y lesiones culposas al concebido, y así lo hacen, países como España y El Salvador regulan el aborto culposo dentro de su ordenamiento jurídico penal. El ordenamiento jurídico español regula al aborto culposo en el art. 146 de su Código Penal, en el cual señala como acciones típicas “el que por imprudencia grave ocasione un aborto...”, además “... el aborto fuere cometido por imprudencia profesional ...”. Por su lado, el ordenamiento jurídico salvadoreño regula el aborto culposo en el artículo 137 de su Código Penal, en el cual se señala como acciones típicas a “el que culposamente provocare un aborto ...”, además a “el aborto culposo por la propia mujer embarazada ...”.

De ahí que, podemos advertir que en dichos ordenamientos jurídico se sanciona las acciones de aquellas personas que actúan culposamente, es decir, sin la intención de causar el resultado, aborto o lesiones al concebido. El ordenamiento jurídico español por su parte tiene como sujeto activo a cualquier persona, especificando que la imprudencia que ocasione debe ser grave; también, considera como conducta agravante a al aborto cometido por un profesional; en el mismo sentido, el ordenamiento jurídico salvadoreño tiene como sujeto activo a cualquier persona, especificando que aquel que sea causado por la madre no es punible, siendo este el único caso de aborto no punible.

El ordenamiento jurídico nicaraguense al igual que el ordenamiento jurídico de España y El Salvador regula en el art. 145 de su Código Penal el aborto culposo señalando “quien por imprudencia temeraria ocasione aborto a la mujer”, agregando además, como una agravante, “si el hecho se produce con ocasión del ejercicio de la profesión de la salud”. Claro está que se sanciona a aquellas conductas culposas cometidas por cualquier persona y se agrava cuando son cometidas por profesionales de la salud.

Las regulaciones del aborto culposo en los ordenamientos jurídicos antes mencionados apoyan la postura que se pretende demostrar con esta investigación. Aún más si consideran como autor a los profesionales de la salud, teniendo en cuenta que la realidad médica y los demás servicios alrededor de la madre gestante y del concebido dan cuenta de una serie de cuidados especiales ante el embarazo por el riesgo que constituye, tanto para la madre como para el producto de la concepción. Por ello, existen numerosos deberes de cuidado en procedimientos médicos, tratamientos médicos, e incluso en la administración de medicinas por parte de los mismos, que resultan prohibidas a mujeres en estado de

gestación o condicionadas a alguno de sus estadíos, con la finalidad de no afectar al *nasciturus*.

Esto deviene en una serie de cuidados especiales por parte de los profesionales de la salud, cuidados que van desde preguntar si la paciente está gestando, o descartarlo clínicamente, de manera que les permita aplicar posteriormente el tratamiento correcto y la correcta administración de medicamentos; de lo contrario, estos pueden afectar no solo a la madre, sino también a la vida o integridad física del concebido.

De lo cual se puede verificar que existen precedentes en el derecho comparado según los cuales las acciones culposas, causadas en específico por los profesionales de la salud, que producen la interrupción del desarrollo normal del embarazo son consideradas como punibles.

Si bien encontramos como antecedentes, investigaciones, o tesis de grado y de post grado que -de igual forma- determinan la necesidad de tipificar el aborto y lesiones culposas al concebido de manera general; no obstante, con tal propuesta de tipificación planteada en dichas tesis se sancionaría, no solo a los profesionales de la salud que deben garantizar su bienestar y el éxito de su proceso de concepción hasta el nacimiento, sino también la negligencia de cualquier persona que lo afecte, incluyendo así a la negligencia de un taxista, del hermano, del padre, e incluso de la propia madre.

Del desarrollo de la presente investigación se advierte que, el fundamento central de la sanción penal en los casos mencionados -producidos en la realidad social- no es la acción penal o agresión al bien jurídico; sino el incumplimiento de un deber de garante en relación al bien jurídico protegido; constituyendo así delitos de infracción de deber, permitiendo de esa manera sancionar el incumplimiento de un deber especial ante las

negligencias médicas o sanitarias ocasionadas por los profesionales del ramo, respecto al bienestar del concebido.

Otra razón es que, en el ámbito donde se desenvuelve el profesional de la salud donde se dan con frecuencia tales acciones reprimibles, de manera que si se amplía la responsabilidad a cualquier persona se termina sancionando a la madre que se resbala, al padre que sin querer ocasiona un accidente a la gestante, a la empleada que se olvidó un jabón en el piso, a todos los que por su accionar causan lesiones al concebido o un aborto; es decir termina sancionando al entorno cercano de la madre, que sin querer afectan al concebido, los cuales sufren más por las afectaciones causadas a éste que por la represión de su conducta. Por ello, se debe cerrar la regulación del aborto culposo y las lesiones culposas al concebido a los profesionales de la salud que, teniendo conocimiento de tal estado, y por tanto un deber especial frente a las posibles afectaciones que pueden ocasionar.

En nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo afirma Peña (2015) y como lo hemos podido verificar en el desarrollo de la presente investigación el aborto solo es punible en su forma dolosa, la forma culposa no se encuentra regulada dentro del mismo y como ya hemos mencionado las acciones culposas deben encontrarse establecidas taxativamente para ser punibles, evidenciándose el principio de legalidad; si se produce la muerte del concebido o las lesiones de éste a consecuencia de un actuar imprudente, tales actuaciones que escapan al riesgo permitido deberían ser enmarcadas en el respectivo tipo penal, lo que resultaría satisfactorio desde el punto de vista político criminal.

La finalidad de la regulación del aborto culposo y las lesiones culposas al concebido causadas por los profesionales y la aplicación correspondiente de una pena, no solo es el castigar a quienes lesionan la vida dependiente de un ser humano, protegida constitucional e internacionalmente, sino

también se pretende evitar que los profesionales de la salud, quienes tienen un deber especial, asuman un mayor cuidado cuando se trata de la vida e integridad física de un ser en desarrollo, es decir que actúen con diligencia, pericia y en rigurosa observancia de normas y procedimientos de su *lex artis*. Se cumple así con el fin preventivo de la pena, dentro de las teorías relativas; cuya regla es que "... el fin con el cual justifican la pena es la prevención del delito..." (Meini, 2013, p. 148), se busca que el sujeto activo de un hecho en concreto no vuelva a delinquir en el futuro (prevención especial) y que otros individuos ajenos al hecho se alejen de toda conducta delictiva (prevención general).

2. RESULTADOS

Para que el tema tratado tenga mayor sustento, se aplicó la encuesta a una muestra debidamente seleccionada de jueces (16.67%), fiscales (16.67%) y abogados especialistas en materia penal (66.66%); de acuerdo con la naturaleza de la investigación, la misma que ha permitido elaborar los cuadros y gráficos estadísticos sistematizando las opiniones o posiciones de los informantes encuestados, en relación con el problema, objetivos e hipótesis planteados en el presente trabajo, los que figuran a continuación:

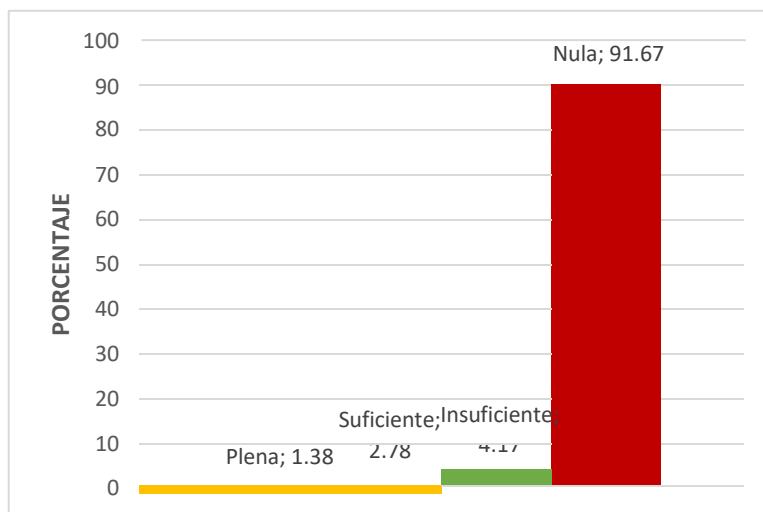
2.1. Protección actual del concebido

2.1.1. ¿Cuál es el grado de protección que actualmente le brinda el ordenamiento jurídico penal peruano a la vida e integridad física del concebido, frente a las negligencias médicas y sanitarias?

CUADRO N° 1

ALTERNATIVAS	Fi	%
Plena	01	1.38
Suficiente	02	2.78
Insuficiente	03	4.17
Nula	66	91.67
TOTAL	72	100.00

GRÁFICO N° 1



INTERPRETACIÓN

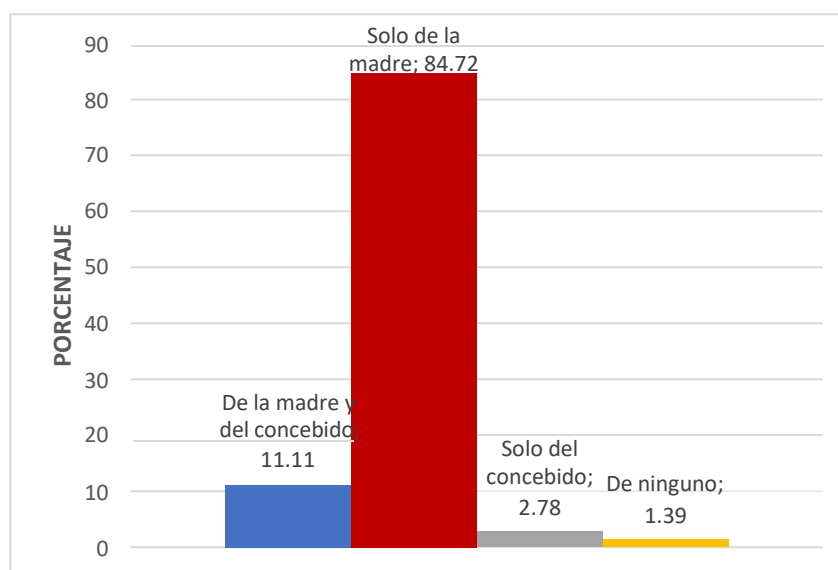
La protección que actualmente le brinda el ordenamiento jurídico penal a la vida e integridad física del concebido frente a las negligencias médicas y sanitarias es nula según el 91.67% de los encuestados, seguida del 4.17% que responde insuficiente.

2.1.2. ¿Cuál es la orientación actual del ordenamiento jurídico penal peruano, en relación a la protección de la vida e integridad física de la madre y/o del concebido, frente a las negligencias médicas y sanitarias?

CUADRO N° 2

ALTERNATIVAS	Fi	%
De la madre y del concebido	08	11.11
Solo de la madre	61	84.72
Solo del concebido	02	2.78
De ninguno	01	1.39
TOTAL	72	100.00

GRÁFICO N° 2



INTERPRETACIÓN

El ordenamiento jurídico penal peruano actualmente protege la vida e integridad física solo de la madre contra las negligencias médicas y sanitarias según el 84.72% de los encuestados, seguido del 11.11% que considera a la madre y al concebido.

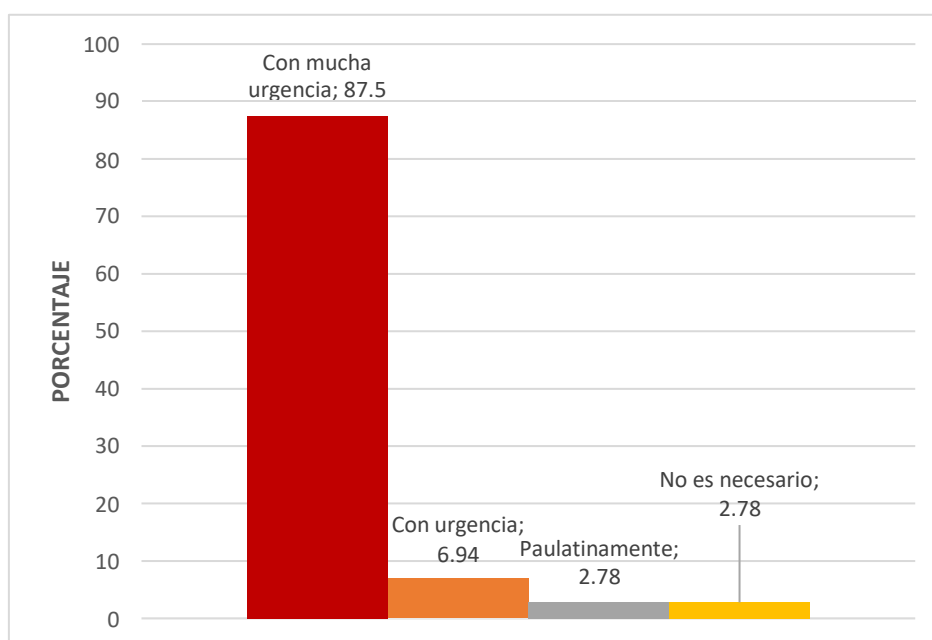
2.2. Protección propuesta en el ordenamiento jurídico penal peruano

2.2.1. ¿Considera que debe incorporarse al ordenamiento jurídico penal peruano la figura delictiva de lesiones culposas al concebido provocadas por negligencia médica o sanitaria?

CUADRO N° 3

ALTERNATIVAS	Fi	%
Con mucha urgencia	63	87.50
Con urgencia	05	6.94
Paulatinamente	02	2.78
No es necesario	02	2.78
TOTAL	72	100.00

GRÁFICO N° 3



INTERPRETACIÓN

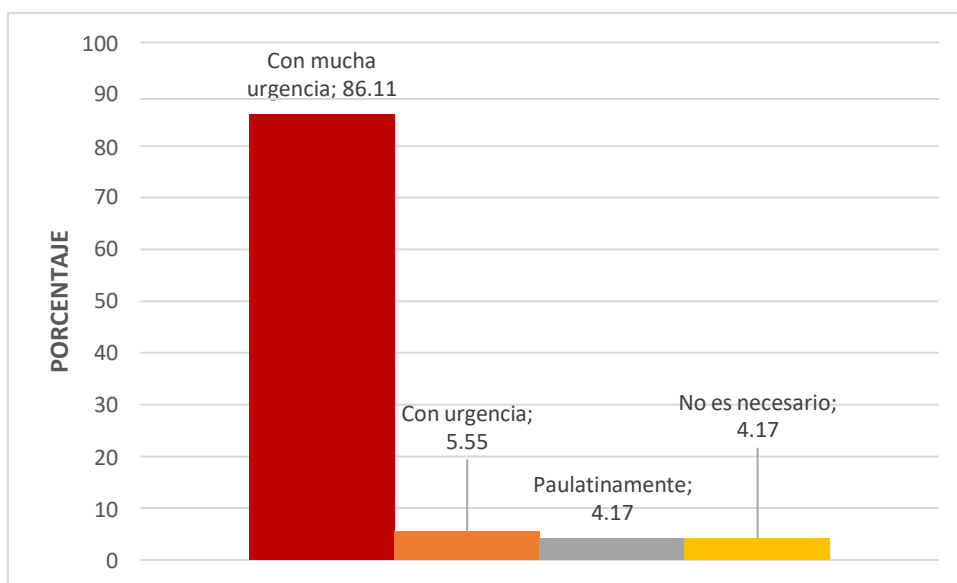
La figura delictiva de lesiones culposas al concebido debe incorporarse al ordenamiento jurídico peruano con mucha urgencia, según el 87.50% de los encuestados, seguido del 6,94% que considera solo con urgencia.

2.2.2. ¿Considera que debe incorporarse al ordenamiento jurídico penal peruano la figura delictiva de aborto culposo, provocado por negligencia médica o sanitaria?

CUADRO N° 4

ALTERNATIVAS	Fi	%
Con mucha urgencia	62	86.11
Con urgencia	04	5.55
Paulatinamente	03	4.17
No es necesario	03	4.17
TOTAL	72	100.00

GRÁFICO N° 4



INTERPRETACIÓN

La figura delictiva de aborto culposo provocado por negligencia médica o sanitaria debe incorporarse al ordenamiento jurídico penal peruano con mucha urgencia, según el 86.11% de los encuestados, seguida del 5.55% de encuestados que responden “Con urgencia” mientras que solo el 4.17% opina “Paulatinamente” y el otro 4.17% señala que no es necesario.

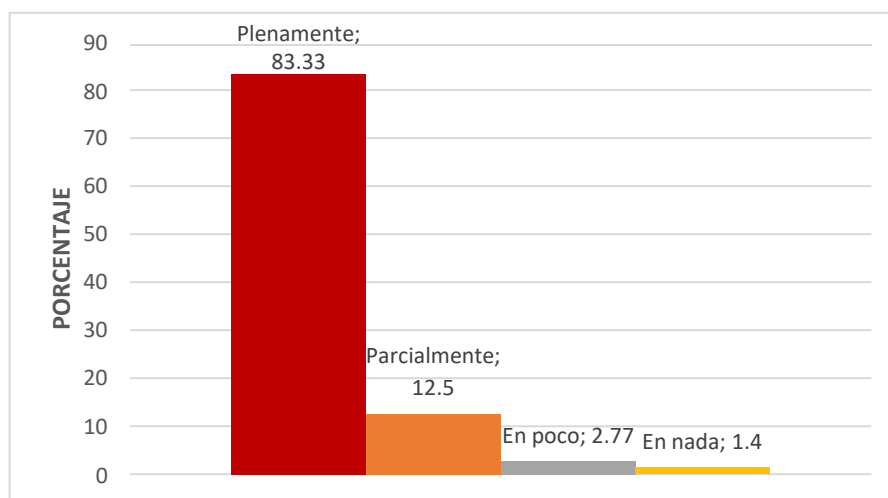
2.3. Efectos previstos ante la ejecución de la propuesta.

2.3.1. ¿La incorporación de las figuras delictivas de **lesiones culposas al concebido** y de **aborto culposo** en el ordenamiento jurídico penal peruano garantizaría la protección legal de la vida e integridad física del concebido frente a las negligencias médicas y sanitarias?

CUADRO N° 5

ALTERNATIVAS	Fi	%
Plenamente	60	83.33
Parcialmente	09	12.50
En poco	02	2.77
En nada	01	1.40
TOTAL	72	100.00

GRÁFICO N° 5



INTERPRETACIÓN

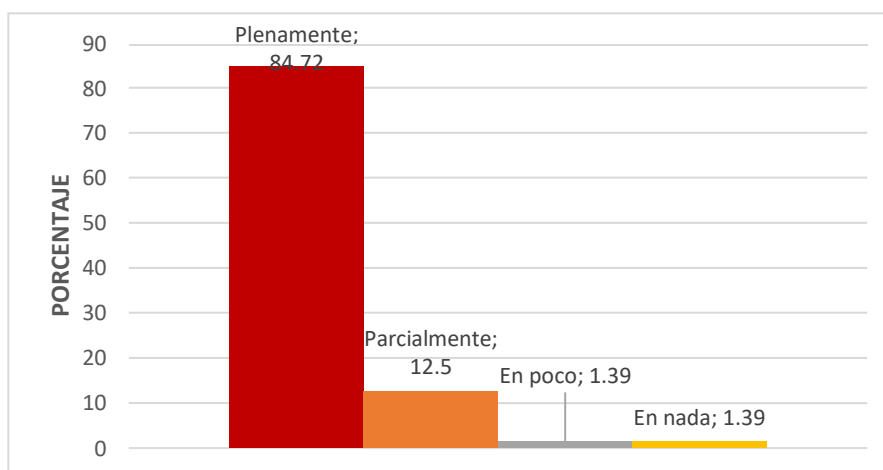
La incorporación de las figuras delictivas de lesiones culposas al concebido y de **aborto culposo**, en el ordenamiento jurídico penal peruano, garantizaría plenamente la protección legal de la vida e integridad física del concebido, según el 83.33% de encuestados, seguido del 12.50% que considera una garantía parcial y solo el 1.40% opina que no habría ninguna garantía.

2.3.2. ¿Considera que la incorporación al ordenamiento jurídico penal peruano de las figuras delictivas de **lesiones culposas al concebido** y **aborto culposo** provocados por negligencia, contribuirá al cumplimiento óptimo de los deberes de cuidado por parte del personal médico y sanitario?

CUADRO N° 6

ALTERNATIVAS	Fi	%
Plenamente	61	84.72
Parcialmente	09	12.50
En poco	01	1.39
En nada	01	1.39
TOTAL	72	100.00

GRÁFICO N° 6



INTERPRETACIÓN

La incorporación al ordenamiento jurídico penal peruano de las figuras delictivas de **lesiones culposas al concebido** y **aborto culposo** provocados por negligencia, contribuirá al cumplimiento óptimo de los deberes de cuidado por parte del personal médico y sanitario: plenamente según la posición del 84.72% de los encuestados, parcialmente según la opinión del 12.50% y, en poco o en nada, tan solo el 1.39%.

CAPÍTULO V

PROPUESTA

1. PROPUESTA LEGISLATIVA:

Proyecto de Ley que incorpora al Código Penal los artículos 118-A y 124-C a fin de garantizar el derecho a la vida y a la integridad física del concebido.

Los congresistas del Grupo Parlamentario (...) que suscriben, conforme a sus atribuciones y en ejercicio del derecho a la iniciativa legislativa prevista en el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, concordante con los artículos 22 inciso c), 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente Proyecto de Ley:

PROYECTO DE LEY

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE INCORPORA LOS ARTÍCULOS 118-A y 124-C AL CÓDIGO PENAL REFERIDOS A LOS DELITOS DE ABORTO CULPOSO Y LESIONES CULPOSAS AL CONCEBIDO CON EL OBJETO DE GARANTIZAR EL DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA DEL CONCEBIDO

Artículo 1°. Incorporación del artículo 118-A a fin de garantizar el derecho a la vida del concebido

Incorpórese el delito de aborto culposo con el objeto de garantizar el derecho a la vida del mismo, ante la infracción de deberes especiales propios de los profesionales de salud, en los siguientes términos:

“Artículo 118-A. Aborto Culposo

El profesional de la salud que, por culpa, provoca un aborto incumpliendo los deberes de su profesión, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años e inhabilitación para el ejercicio de la profesión, por el mismo plazo.”

Artículo 2° Incorporación del artículo 124-C a fin de garantizar el derecho a la integridad física del concebido

Incorpórese el delito de lesiones culposas al concebido con el objeto de garantizar a la integridad física del mismo, ante la infracción de deberes especiales propios de los profesionales de salud en los siguientes términos:

“Artículo 124-C. Lesiones culposas al concebido

El profesional de la salud que, por culpa, provoca lesiones al concebido incumpliendo los deberes de su profesión, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años e inhabilitación para el ejercicio de la profesión, por el mismo plazo.”

Exposición de motivos

I. Realidad Problemática

El servicio de salud, público o privado, debe cumplir la *lex artis*² o deber de cuidado para que logre sus fines de proteger la vida y la integridad física de las personas. La transgresión que afecte al ser humano, en cualquiera de estas dimensiones, puede configurar delitos a título de dolo o culpa en contra de la persona.

² Término que hace referencia a los niveles mínimos de calidad exigibles a los profesionales de la salud.

Sin embargo, muchas de esas negligencias afectan a la vida e integridad física del concebido; el cual, si bien no puede ser considerado persona, conforme a la Constitución Política y a la legislación civil, merece la misma protección que la persona nacida viva, con la única diferencia que sus derechos patrimoniales se condicionan a que nazca vivo.

Por otro lado, la realidad médica y los demás servicios alrededor de la madre gestante y del concebido dan cuenta de una serie de cuidados y consideraciones especiales ante el embarazo por los riesgos que muchos de ellos constituyen, no solo para la madre, sino también para el producto de esa concepción. Al respecto, existen numerosos deberes de cuidado en procedimientos médicos, tratamientos, e incluso medicinas, que resultan prohibidas o condicionadas a personas embarazadas o para algunos de sus estadíos, a fin de no afectar al nasciturus. Esto deviene en una serie de cuidados por parte de los médicos y demás profesionales de la salud, que van desde preguntar si la paciente está gestando, o descartarlo clínicamente, pasando por tener cuidados especiales o precauciones en caso de embarazadas. Claro está que de no tener en cuenta el embarazo éstos pueden afectar no solo a la madre, sino también a la vida o integridad física del concebido.

A fin de ejemplificar lo indicado, conviene citar al El Tiempo (2019), que con fecha 18 de junio de 2019, publicó una noticia cuyo encabezado establecía “Joven acusa a EsSalud de entregarle medicamento equivocado y provocarle aborto”, así pues, la noticia básicamente hacía referencia a la denuncia interpuesta por una joven de 22 años, quien recibió medicamentos por parte de la Farmacia del Hospital Naylamp de Essalud (Lambayeque), que le causaron el aborto; asimismo, en la noticia se indica que EsSalud ha negado los cargos, no obstante conviene realizar la siguiente pregunta ¿qué sucedería si efectivamente habría existido negligencia por parte del farmacéutico?

En atención a lo señalado previamente, corresponde establecer que en el ordenamiento penal peruano no se encuentra tipificado ni el aborto netamente culposo, ni las lesiones culposas al concebido. Sin embargo, sí se ha considerado como delito el aborto generado sin intención -que sería a título de culpa- pero ocasionado producto de una agresión intencional a la madre; lo que constituye el aborto preterintencional previsto en el artículo 118 del Código Penal. Aunado a ello, Freyre, citado en Salinas Siccha (2015), afirma categóricamente que:

En nuestra dogmática penal no es responsable, a título de autor del delito de aborto, el profesional sanitario que, por falta de pericia o por error, origina la muerte del producto de la concepción (intervención quirúrgica inoportuna, medicación contraindicada, etc.), pues no se prevé el aborto por culpa (p. 213).

Incluso, Bramont-Arias citado en Salinas Siccha (2015), considera que cuando el profesional de la salud por error produce el aborto, su acción no podrá encajar en ningún tipo penal, y consecuentemente, en atención al principio de legalidad, no podrá imponérsele sanción alguna, en tanto no se le puede imputar su acción a título de culpa.

Consecuentemente, se tiene que tal y como lo ha señalado Peña Cabrera Freyre (2015) tal vez sería necesario en el Perú la incorporación del aborto culposo como conducta reprimible por el ordenamiento penal, reconociendo también, que la política criminal de nuestro país, debe analizar esta situación; afirmación que evidencia la falta de estudios en relación a la ausencia de penalización de los actos culposos en contra del feto, en particular de las negligencias médicas que permitan el replanteamiento de nuestra Política Criminal.

Todo ello, ha generado que dichos actos se tramiten como lesiones a la madre, al ser ella la destinataria de la acción, y no al feto que representa

vida protegida conforme la Constitución Política del Estado. Lo que no permite una adecuada protección del concebido a nivel penal, ni civil.

Esto evidencia que no hay una Política Criminal clara orientada a proteger al concebido de las negligencias médicas que puedan afectarlo.

Por otro lado, cabe resaltar que existen investigaciones, dentro de las cuales se encuentran tesis de grado y de post grado, que determinan la necesidad de tipificar el aborto y lesiones culposas al concebido de manera general; vale decir, que con la propuesta de tipificación que ahí se plantea, se sancionaría también la negligencia de cualquier persona que afecte al concebido, incluida la de un taxista, del hermano, del padre, e incluso de la propia madre, incluyendo con especial énfasis a los profesionales médicos que deben garantizar su bienestar y el éxito de su proceso de concepción hasta el nacimiento.

No obstante, lo que se pretende con la presente proposición legislativa es establecer que existen los delitos de infracción de deber, entendidos como aquellos donde el fundamento central de la sanción penal no es la acción penal o agresión al bien jurídico; sino el incumplimiento de un deber de garante en relación al bien jurídico protegido; lo que permitiría sancionar el incumplimiento de un deber de garante de su bienestar; siendo que en este caso, lo que se busca incorporar, es un tipo penal que sancione las negligencias médicas o sanitarias ocasionadas por cualquier profesional de la salud que se encuentre en posición de garante respecto del bienestar del concebido.

II. Antecedentes

- 2.1. La Constitución Política del Perú que en el numeral 1 del artículo 2,** reconoce al concebido como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

- 2.2. El Código Penal en sus artículos 118 y 124-A,** respecto al reconocimiento del aborto preterintencional y lesiones dolosas al concebido, respectivamente.

III. Conclusiones

Es necesaria la incorporación de los artículos 118-A y 124-C en el Código Penal Peruano, respecto a los delitos de aborto culposo y lesiones culposas al concebido, de manera que se proteja la vida e integridad física del concebido frente a acciones culposas por parte del profesional de la salud presentadas en la realidad, ya que, de no ser así cuando el profesional de la salud, por error o falta de pericia produce el aborto o causa lesiones al concebido, quedaría impune en virtud del principio de legalidad al no encontrarse su conducta tipificada en nuestro ordenamiento jurídico penal, o en el afán de no dejar impune tales conductas conllevaría a una mala práctica judicial, al intentar subsumir tales conductas en otros tipos penales como las lesiones culposas a la madre o el aborto preterintencional.

IV. Análisis costo-beneficio

De por sí, la incorporación de los artículos 118-A y 124-C, referidos al aborto culposo y las lesiones culposas al concebido no genera de forma directa algún costo económico para el Estado, que pueda afectar al Tesoro Público Nacional; por el contrario, tiene un impacto positivo dentro del mismo, al no dejar impunes casos que se presentan en la realidad, obligando igualmente a los profesionales de la salud a realizar sus labores con diligencia, pericia y en observancia de sus deberes correspondientes, brindando una mejor calidad de atención a las mujeres en estado de gestación, con respeto a la vida e integridad física del concebido.

V. Efectos de la norma en la legislación vigente

La iniciativa legislativa propuesta permitirá garantizar la vida e integridad física del concebido en un estado constitucional de derecho. La misma, no colisiona con el contenido de la Constitución, ni con el Código Penal o Procesal Penal, o algún otro dispositivo normativo del ordenamiento jurídico penal vigente, al contrario, guarda relación con los artículos 1 y 2 de la Constitución y el artículo 118 del Código Penal peruano.

Conforme a lo señalado, de ser aprobada la presente iniciativa, empezará a regir desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

CONCLUSIONES

1. El código penal vigente del Estado peruano no contiene ningún tipo penal culposo en contra de la vida e integridad física del concebido, en consecuencia la negligencia, la imprudencia y la impericia del personal médico y sanitario que afectan o ponen en peligro el bien jurídico vida dependiente, que de acuerdo al principio de legalidad devienen impunes por la atipicidad de las mismas.
2. Es urgente y viable la incorporación de las figuras delictivas de lesiones culposas al concebido y aborto culposo, en el ordenamiento jurídico penal peruano para proteger la vida y la integridad física del natus; tal como está establecido en algunos países, conforme al derecho comparado.
3. La incorporación de las figuras delictivas de lesiones culposas al concebido y aborto culposo en el Libro II - Parte Especial del Código Penal Peruano confirmarán las teorías relativas de la pena mediante la prevención general del delito que se ha de traducir en el cumplimiento riguroso de los deberes de cuidado que debe observar el personal médico y sanitario en pro de la vida e integridad física del ser humano que tiene vida dependiente y por tanto necesita protección.

RECOMENDACIÓN:

Se recomienda que el Congreso de la República impulse el trámite legal y constitucional de la proposición legislativa (proyecto de ley) formulada en el presente trabajo de investigación a fin de que se incorporen los artículos 118-A y 124-C sobre aborto culposo y lesiones culposas al concebido en el catálogo de figuras delictivas del Código Penal vigente.

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón, M. y Carrera, M. (2018). *La necesidad de la tipificación de las lesiones culposas al feto cometidas por profesionales de la salud en el código penal peruano*. (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Trujillo.

Alcácer, R. (1998). *Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*. ADPCP, LL, 365 – 587. Recuperado de: <file:///C:/Users/saga/Downloads/Dialnet-LosFinesDelDerechoPenal-234093.pdf>

Amaya, J. (marzo, 2018). *Responsabilidad penal por el ejercicio de la profesión médica en Colombia*. Revista de la Universidad Católica de Colombia. (55). Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15899/1/Responsabilidad%20m%C3%A9dica.pdf>

Bacigalupo, E. (1985). *Lineamientos de la Teoría del Delito*, 2ª ed. San José: Editorial Juricentro.

Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi.

Bacigalupo, E. (1998). *Principios del Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed. Madrid: Akal.

Bacigalupo, E. (2004). *Derecho Penal. Parte general. Presentación y anotaciones de Percy García Caverro*. Lima: Ara.

Bacilio, M. (2015). *El aborto sentimental en el código penal peruano*. (tesis de pregrado). Universidad Privada Antenor Orrego.

Blanco, A. (2016). *El delito de aborto historia, estudio de la última reforma por lo 11/2015 y derecho comparado*. Universidad de Alcalá- España.

Bramont-Arias, L. (2002). *Manual de Derecho penal. Parte general, 2ª ed.* Lima: Eddili.

Canales Porras, O. (2009). *La interpretación de la ley conforme a las normas constitucionales*, 1-8.

Cancio, M. (2010). *Estudios de Derecho Penal*. Lima: Editorial Palestra Editores.

Sala Penal Permanente (2019). *Casación N° 460-2019*, Huánuco.

Castillo, F. (2004). *Legítima Defensa*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Catillo, M. (2021). *Tipificación en el código penal del aborto culposo en relación al derecho a la vida del concebido* (Tesis para obtener el título profesional). Lima – Perú.

Cerón, M. (2018). *Falta de tipificación del aborto culposo. Principio de legalidad*. (tesis de pregrado). Universidad Central del Ecuador.

Chambi Condori, A., Hanco Capajaña, F., & Bernal Espinel, G. (2019). *Tratamiento y Anexión del Aborto culposo en el Código Penal Peruano. Tratamiento y Anexión del Aborto culposo en el Código Penal Peruano*. Azángaro, Perú: file:///C:/Users/usser/Downloads/informe%20final%20(1).pdf.

Chinchay Pizarro, L. K. (agosto de 2019). *Protección al concebido frente a las lesiones culposas: Aspecto jurídico-penal*. Obtenido de Protección al concebido frente a las lesiones culposas: Aspecto jurídico-penal: https://fiscalesdelperu.com/wp-content/uploads/2019/08/ARTICULO_LADY-CHINCHAY-01.pdf

De la Fuente-Hontañón, R. (16 de noviembre de 2011). *La protección de la vida y la dignidad de la persona humana en el derecho peruano*. Obtenido de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1632/Proteccion_de_la_vida_y_dignidad_de_la_persona_humana.pdf

Diestra, D. (2019). *La igualdad de trato del bien jurídico vida humana como sustento para regularse el delito de aborto culposo en el Perú* (Tesis para obtener el título profesional). Chiclayo – Perú.

Corte Suprema de Justicia. (2004). *Ejecutoria Suprema R.N. 552-2004-Puno*, constituiría un delito de omisión de auxilio.

Elgueta, M. F., y Palma, E. E. (2010). *La investigación en ciencias sociales y jurídicas*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

Escuela Nacional de la Judicatura. (2007). *Teoría del delito*. República Dominicana: Depósito legal.

Tribunal Constitucional. (2009). Exp. N° 02005-2009-PA/TC, Exp. N° 02005-2009-PA/TC.

Feijoo, B. (2001). *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*. Barcelona: Bosch.

Fernández Sessarego, C. (2009). *Derecho de las Personas*. Lima: Grijley.

García Ishuiza, M., & Vargas Chávez, B. (2017). *La tipificación del delito de aborto culposo en el Código Penal Peruano*. Obtenido de La tipificación del delito de aborto culposo en el Código Penal Peruano: file:///C:/Users/usser/Downloads/garcia%20ishuiza-vargas%20chavez%20(tesis)%20(1).pdf

García, M. y Vargas, B. (2017). *La tipificación del delito de aborto culposo en el Código Penal Peruano* (Tesis para obtener el título profesional). Trujillo - Perú.

García, P. (2003). *Derecho Penal Económico*. Parte General. Lima: Ara.

García, P. (2003). *El actuar en lugar de otro en el derecho penal peruano*. Lima: Ara.

García, P. (2012). *Derecho Penal – Parte General*. Lima: Jurista Editores.

Gary Cunningham, F., Kenneth J., L., Steven L., B., John C., H., Dwight J., R., & Catherine Y., S. (2011). *Obstetricia*. Mcgraw-Hill Interamericana.

Girón, G. (2008). *Teoría del Delito*. Guatemala: Instituto de la Defensa Pública Penal.

González, J. (2008). *Teoría del delito*. Poder Judicial: Costa Rica.

Hurtado Pozo, J. (1994). *Manuel de Derecho Penal - Parte Especial 2 - Aborto*. Lima.
Obtenido de
https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_14.pdf

Hurtado, J. (2005). *Manual de derecho penal*. Parte general, 3ª ed. Lima: Grijley.

Jacobs, G. (1995). *Derecho Penal, fundamentos y Teoría de la imputación*, trd. de Cuello, J. y Serrano, J. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas.

Jescheck, H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., trad. por Olmedo, M. Granada: Comare.

López, J. (2004). *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*. Lima: Gaceta Jurídica.

Luzón, D. (1999). *Curso de derecho penal parte general I*. Madrid: Universitas.

Lledo, F., Morillas, L., & Monje, O. (2012). *Responsabilidad Medica civil y penal por presunta mala práctica profesional (2ªed)*. España: REBIUN.

Mazuelos, J. (2003). El delito imprudente en el Código Penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la posibilidad individual. *Anuario de Derecho Penal*, pp. 1-22.

Medline Plus. (04 de febrero de 2022). *Aborto Espontáneo*. Obtenido de Medline Plus: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001488.htm>

Meini, I. (2013). *La pena: función y presupuestos*. *Derecho PUCP*, (71), 141-167. Recuperado de: [file:///C:/Users/saga/Downloads/8900-Texto%20del%20art%C3%ADculo-35267-1-10-20140321%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/saga/Downloads/8900-Texto%20del%20art%C3%ADculo-35267-1-10-20140321%20(2).pdf)

Mezger, E. (1946). *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Mir, S. (2004). *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed. Buenos Aires: Editorial B de f.

Mir, S. (octubre de 2005). *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. *Ciencia Penal y Criminología*, 01 (06). pp. 1-17. <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>.

Monje Álvarez, C. A. (2011). *Metodología de la Investigación Cuantitativa y Cualitativa*. Guía didáctica. Neiva: Universidad Surcolombiana.

Morales Godo, J. (2005). *El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida*. *Derecho PUCP*, 409-432.

Muñoz, F. (1989). *Teoría General del Delito*. Bogotá: Temis.

Muñoz, F. (2002). *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Muñoz, F. y García, M. (2002). *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. Barcelona: Editorial Tirant Lo Blanch.

Muntané Relat, J. (2010). *Introducción a la investigación básica*. Revisiones temáticas, 221-227.

Neira Miranda, J. (2016). *Aborto, aspectos clínicos y epidemiológicos*. ARS MEDICA Revista de Ciencias Médicas, 2-7.

Poder Ejecutivo. (18 de enero de 2022). *Código Penal Peruano*. Obtenido de Código Penal Peruano: <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>

Pavez Cortéz, B. N. (2020). *El delito de aborto: Concepto y límites de la protección jurídico-penal del bien jurídico tutelado*. Obtenido de El delito de aborto: Concepto y límites de la protección jurídico-penal del bien jurídico tutelado: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/182122/El-delito-de-aborto-concepto-y-limites-de-la-proteccion-juridico-penal-del-bien-juridico-tutelado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Peña, A. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial* (Tercera ed., Vol. I). Lima: Editorial Moreno S.A.

Peña, O., y Almanza, F. (2010). *Teoría del delito - Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Lima: Nomos & Thesis.

Plascencia, R. (2004). *Teoría del delito*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Poder Ejecutivo. (08 de mayo de 2002). *Ley N° 27716*. Obtenido de Ley N° 27716: <http://badaj.org/wp-content/uploads/2014/07/agregar%2027716.pdf>

Ponce de León Armenta, L. (1996). *Metodología de la investigación científica del derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de México, 61-83.

Prado, V. (1999). *Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia*. Lima: Palestra Editores.

Real Academia de la Lengua Española. (2022). *Real Academia Española*. Obtenido de Real Academia Española: <https://www.rae.es/>

Redacción Médica. (2020). *Aborto Espontáneo*. Obtenido de Aborto Espontáneo: <https://www.redaccionmedica.com/recursos-salud/diccionario-enfermedades/aborto-espontaneo>

Retamozo Eguía, R. (2015). *El aborto culposo y las razones que justifican su incorporación en el ordenamiento jurídico peruano, a fin de evitar la impunidad en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud* (tesis para optar el grado académico de magister). Lima – Perú.

Rojas, J y Sánchez, C. (S.f.). *Teoría del delito, aspectos teóricos y prácticos*, T. II. Costa Rica: Ministerio Público.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*, T. I, 2ª ed. Trad. por Luzón, D., Días, M. y García C. Madrid: Civitas.

Roxin, C. (2010). *Derecho Penal. Parte general*, T. 1, 5 a ed. Madrid: Civitas.

Sack Ramos, S. (marzo de 2012). *La política criminal hoy en día en nuestro país*. Obtenido de La política criminal hoy en día en nuestro país: https://derecho.usmp.edu.pe/taest_Articulos_Estudiantiles/03-2012_LA%20POLITICA%20CRIMINAL%20HOY%20EN%20DIA%20EN%20NUESTRO%20PAIS.pdf

Salinas Siccha, R. (2010). *Derecho Penal Parte Especial* (Vol. I). (4. edición, Ed.) Lima: Estudio dogmático integral del Código Penal Peruano.

Salinas Siccha, R. (2014). *La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios*. Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBER1-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d#:~:text=a%20los%20delitos%20de%20infracci%C3%B3n,t%C3%ADpica>

Salinas Siccha, R. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial* (Sexta ed., Vol. I). Lima: Editorial Iustitia S.A.C.

Salinas, R. (mayo de 2016). *Derecho Peruano. Análisis del Derecho*. Obtenido de Artículo 119: Aborto Terapéutico: <http://cursoderechoperuano.blogspot.com/2016/05/articulo-119-aborto-terapeutico.html#more>

Salinas, R. (mayo de 2016). *Derecho Peruano. Análisis del derecho*. Obtenido de Artículo 120° inciso 1 y 2 - Aborto sentimental y eugenésico: <http://cursoderechoperuano.blogspot.com/search?q=art%C3%ADculo+120>

Sánchez, J. (2002). *Delito de infracción del deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A.

Santillán Santa Cruz, R. (2011). La protección jurídica desde el principio de la vida humana: Apropósito del reconicimiento de la "concepción" en la legislación peruana. *Revista de Investigación Jurídica*, 1-16.

Sarango Ochoa, J. (noviembre de 2015). *Política criminal del delito de aborto, y el derecho al desarrollo integral de la mujer; enfoque jurídico, psicológico y social, del cantón de Quito durante el año 2014*. Obtenido de Política criminal del delito de aborto, y el derecho al desarrollo integral de la mujer; enfoque jurídico, psicológico y social, del cantón de Quito durante el año 2014: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/5889/1/T-UCE-0013-Ab-061.pdf>

Schünemann, B. (2018). *Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales*. *Derecho PUCP* (81), 93-111.

Tantálean Odar, M. R. (2016). *Tipología de las investigaciones jurídicas*. Derecho y cambio social, 1-37.

Tavares, J. (2003). *Algunas reflexiones sobre el concepto comunicativo de conducta*. En Manuel Jaén (Dir.), *Sistemas penales iberoamericanos: Libro homenaje al profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*. Lima: Ara.

Ure, E. (2010). *La omisión en el Derecho Penal*. La Ley, t.2, vol. 1, pp. 347-358.

Varsi-Rospigliosi, E. (1995). *Derecho Genético Principios Generales*. Lima: Normas Legales.

Vásquez, S. (s.f.). *Resultados tardíos y dimensión temporal de la imputación objetiva*, pp. 1-25.

Velásquez, F. (2002). *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis.

Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal - Parte General*. Grijley, Lima – Perú.

Villavicencio, F. (2019). *Derecho penal - Parte general*, 8 a ed. Lima: Grijley.

Welzel, H. (1964). *El nuevo sistema del derecho, versión castellana de Cerezo, J.* Barcelona: Ariel.

Yaipén, R. (2020). *La incorporación del delito de lesiones culposas al feto en el código penal peruano*. (tesis pregrado). Universidad señor de Sipán.

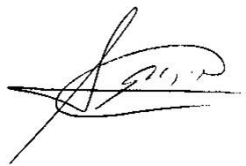
Yépez, V. (2017). *La tipificación de las lesiones o muerte culposa al concebido* (Tesis para obtener el título profesional). Piura – Perú.

Zaffaroni, E. (1998). *Manual de Derecho Penal, Parte general*. Buenos Aires: Sociedad Editora.

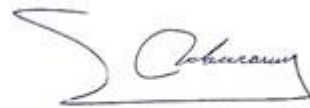
Zaffaroni, E. (2000). *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E., Aliaga, A., & Slokar, A. (2005). *Manual de derecho penal - Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

Witker, J. (1996). *Técnicas de investigación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
<http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/biblioteca/Textos/TECNICAS%20DE%20INVESTIGACION%20JURIDICA%20-%20JORGE%20WITKER.pdf>



BACH. EDGAR A. REBAZA VARGAS



V° B° ASESOR

ANEXOS

ANEXO N°01 ENCUESTA

1. ¿Cuál es el grado de protección que actualmente le brinda el ordenamiento jurídico penal peruano a la vida e integridad física del concebido, frente a las negligencias médicas y sanitarias?

Plena Suficiente Insuficiente Nula

2. ¿Cuál es la orientación actual del ordenamiento jurídico penal peruano, en relación a la protección de la vida e integridad física de la madre y/o del concebido, frente a las negligencias médicas y sanitarias?

Madre y concebido Solo Madre Solo concebido Ninguno

3. ¿Considera que debe incorporarse al ordenamiento jurídico penal peruano la figura delictiva de lesiones culposas al concebido provocadas por negligencia médica o sanitaria?

Con mucha urgencia Con urgencia Paulatinamente No es necesario

4. ¿Considera que debe incorporarse al ordenamiento jurídico penal peruano la figura delictiva de aborto culposo, provocado por negligencia médica o sanitaria?

Con mucha urgencia Con urgencia Paulatinamente No es necesario

5. ¿La incorporación de las figuras delictivas de lesiones culposas al concebido y de aborto culposo en el ordenamiento jurídico penal peruano garantizaría la protección legal de la vida e integridad física del concebido frente a las negligencias médicas y sanitarias?

Plenamente Parcialmente En poco En Nada

6. ¿Considera que la incorporación al ordenamiento jurídico penal peruano de las figuras delictivas de lesiones culposas al concebido y aborto culposo provocados por negligencia, contribuirá al cumplimiento óptimo de los deberes de cuidado por parte del personal médico y sanitario?

Plenamente Parcialmente En poco En Nada