

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



“EL ABORTO SENTIMENTAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO”

TESIS PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE

ABOGADA.

AUTOR: Bach. María de Fátima Bacilio Escobedo.

ASESOR: Dr. Carlos Castañeda Cubas.



Trujillo – Perú

2015.

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO.



“EL ABORTO SENTIMENTAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO”

TESIS PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE
ABOGADA.

AUTOR: Bach. María de Fátima Bacilio Escobedo

ASESOR: Dr. Carlos Castañeda Cubas



Trujillo – Perú.

2015.

PRESENTACIÓN

**SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA
ANTENOR ORREGO:**

María de Fátima Bacilio Escobedo, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, cumpliendo con los lineamientos establecidos por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, presento ante ustedes el trabajo de investigación titulado: **“EL ABORTO SENTIMENTAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO”**; el mismo, que espero, reúna los méritos suficientes para su oportuna aceptación.

Por tanto, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación de este trabajo de investigación.

Agradezco, de antemano la atención que se le brinde al presente trabajo, aprovechando la oportunidad para expresar a Uds. las muestras de mi consideración y estima.

Cordialmente,

.....
María de Fátima Bacilio Escobedo

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por guiarme y darme las fuerzas para seguir adelante.

A mis profesores de mi alma mater UPAO, por su invaluable paciencia y apoyo para lograr mi superación profesional.

Al Dr. Carlos Castañeda Cuba; por su apoyo incondicional en la elaboración de la presente tesis.

DEDICATORIA

Con mucho amor a mis padres, porque gracias a ellos he logrado ser una persona con altos valores, los cuales son mi guía en mi quehacer laboral diario.

A mi esposo, por su apoyo incondicional, día a día; siempre impulsándome a enfrentar nuevos retos y ha lograr los sueños.

A mis hijos, mis bebés, quiénes con sus miradas de ternura me impulsan día a día a dar un paso más por los intrincados vericuetos del destino, viviendo en cada paso una felicidad.

A mis hermanos, por su cariño y consideración desde que eramos unos niños, siempre los llevó en mi corazón.

A la familia Escobedo Julca, Bacilio Santillan y Castañeda Suárez.

RESUMEN

La tesis realizada, **“El aborto sentimental en el Código Penal peruano”**, responde a la existencia de un vacío legal en el artículo 120 *ab initio* del Código Penal al referirse solo a la violación fuera del matrimonio, excluyendo la realizada dentro de este. Esta diferenciación infringe los principios de igualdad, proporcionalidad y racionalidad de la pena en el derecho penal.

Por ello, se realizó un análisis jurídico exhaustivo del referido vacío legal, evidenciándose que la esposa víctima de violación sexual, resultara embarazada; y está, ejerciendo su libertad de maternidad, decidiera abortar no le alcanza el tipo privilegiado de aborto “sentimental” sin embargo es acreedora del delito de aborto consentido.

Por tal motivo, se propone: si se decide mantener el aborto “sentimental” en nuestro Código Penal como infracción punible, debería realizarse una modificación legal, con el fin de no diferenciar entre el aborto producido por una violación sexual dentro ó fuera del matrimonio.

ABSTRACT

The thesis written, "The sentimental abortion in the Peruvian Penal Code," answered the existence of a legal vacuum in Article 120 ab initio of the Penal Code referring only to the rape outside marriage, excluding realized within it. This differentiation violates the principles of equality, proportionality and reasonableness of the sentence in penal law.

Therefore, a thorough legal analysis of the legal vacuum referral was made, showing that the wife victim of sexual violation will result pregnant; and is exercising his freedom of motherhood, abortion will decide misses the privileged kind of "sentimental" abortion but is entitled to the crime of abortion consent.

In conclusion, it's proposed: If it's decide to keep ethical abortion in our Penal Code as a punishable offense, a legal amendment should be made, in order not to differentiate between abortion produced by a sexual rape within or outside marriage.

INDICE

I.	CARATULA	2
II.	PRESENTACIÓN	3
III.	AGRADECIMIENTO	4
IV.	DEDICATORIA	5
V.	RESUMEN.....	6
VI.	ABSTRACT	7
VII.	ÍNDICE	8

1. CAPITULO I: EL PROBLEMA

1.1.	Realidad problemática.....	12
1.2.	Enunciado del problema.....	14
1.3.	Hipótesis	14
1.4.	Objetivos	14
1.4.1.	General	14
1.4.2.	Específicos.....	14
1.5.	Justificación.....	15

2. CAPÍTULO II: LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

2.1.	Fundamentos del origen de la libertad sexual como bien jurídico en los delitos sexuales	18
2.2.	La libertad sexual como bien jurídico protegido en los delitos sexuales	20
2.3.	Orientación del Código Penal de 1991	23
2.4.	Orientación de las modificaciones posteriores	25
2.5.	Bien Jurídico protegido en los delitos sexuales.....	28
2.6.	Tipo objetivo del delito de violación sexual	31
2.7.	Penalidad	34
2.8.	Tipo Objetivo	35

2.9. Tipo Subjetivo	35
2.10. Conclusión	36

**3. CAPITULO III:
CRIMINALIZACIÓN Y DISCRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO**

3.1. El aborto: Generalidades.....	38
3.2. El aborto en la historia.....	39
3.3. El aborto en la doctrina	42
3.3.1. Aborto consentido	42
3.3.2. Aborto no consentido	42
3.4. Problemática del aborto	43
3.4.1. Sistema criminalizador	43
3.4.2. Sistema discriminatorio	44
3.4.2.1. Sistema del plazo	44
3.4.2.2. Sistema de las indicaciones	45
3.5. El aborto en el Código Penal peruano.....	47
3.5.1. Figuras punibles.....	48
3.5.2. Figuras agravantes	60
3.5.3. Figura justificada.....	61
3.5.4. Modalidad atenuada	62
3.6. El aborto en la jurisprudencia.....	64
3.7. Conclusión	75

**4. CAPÍTULO IV:
EL ABORTO SENTIMENTAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO PENAL**

4.1. El Aborto	77
4.2. El Aborto y su regulación en el Perú	77
4.3. El Aborto por Violación Sexual o “Sentimental”	78
4.4. Posturas en contra y a favor de la despenalización del aborto sentimental o por Violación Sexual	78
4.5. Conclusión	83

5. CAPITULO V: METODOLOGÍA

5.1. Tipo de la investigación.....	85
5.2. Métodos	85
5.2.1. Método científico.....	85
5.2.2. Métodos lógicos	86
5.2.3. Métodos jurídicos.....	87
5.3. Técnicas e instrumentos de investigación.....	87
5.4. Tácticas de recolección de información	88
5.5. Diseño de presentación del informe	89
6. CAPITULO VI:PROPUESTA LEGISLATIVA.....	91
7. CAPITULO VII: CONCLUSIONES.....	93
8. CAPITULO VIII: BIBLIOGRAFÍA.....	96

1. CAPÍTULO

EL PROBLEMA

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

En el Perú y el resto del mundo, pocos temas son tan controversiales como el aborto. En los países euro-asiáticos como: Rusia, China; Norteamérica y países latinoamericanos como: Brasil, Argentina y Uruguay, mantienen una posición liberal respecto al tema. Por el contrario, nuestro código penal prohíbe el aborto, salvo cuando la vida de la madre corre peligro.

En nuestro país la figura jurídica del aborto, es considerado a nivel del derecho penal como delito, esta debe ser en forma sistémica, es decir, no solamente a nivel legal, sino tomando en cuenta principalmente la realidad de nuestra sociedad; ya que el derecho no puede ser desligado de la misma, como también con la política demográfica, la planificación familiar, el estado y la familia.

Sin embargo nuestra legislación peruana al respecto (Código Penal de 1991) estipula que se penaliza todas las formas de aborto con excepción del terapéutico, e incluye como figuras atenuantes el aborto ético o sentimental y el aborto eugenésico.

Recientemente se aprobó a nivel de la Comisión Especial Revisora del Código Penal peruano del Congreso, un proyecto para despenalizar el aborto en casos de violaciones o de graves anomalías en el feto, lo que se conoce como aborto eugenésico, añadiéndose así al terapéutico. Como era de esperarse la Iglesia Católica se opuso a esta medida, generando opiniones divididas entre los miembros del gabinete ministerial, sin embargo, el debate está lejos de acabar aún fuera del rango ministerial. Las voces de protesta de un sector de la población obligó al legislador a cambiar su planteamiento tipificando como aborto privilegiado o atenuado estas dos modalidades, tal como aparece en la redacción del artículo 120 del Código Penal⁽¹⁾.

(1) JURISTA EDITORES. Código Penal. Edición actualizada. Lima: Jurista Editores E.I.R.L, 2013.

No obstante, en este numeral aparece un vacío legal en lo que respecta al aborto sentimental, que consiste en interrumpir la maternidad cuando el embarazo es producto de una violación sexual. En efecto, la parte inicial del artículo 120 del Código Penal⁽¹⁾ que contiene la figura denominada aborto ético o sentimental; solo privilegia o atenúa el aborto de una mujer violada cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio.

Lo anterior se puede interpretar: que el aborto practicado por la esposa cuyo embarazo proviene de una violación sexual de su esposo esta fuera de la atenuación. Lo cuál nos plantea la siguiente interrogante: ¿Es que la esposa no puede ser víctima de violación por parte de su esposo?.

Al respecto la doctrina no es unánime con respecto a esta situación. Un sector afirma que la conducta del esposo que emplea violencia y hace uso de su derecho al *cóncubito* no comete delito o atentado sexual; en tanto que otro sector señala que la literalidad de la ley no impone distingo alguno, ya que frente a la negativa de la mujer a cumplir con el débito conyugal, el marido será responsable del delito de violación sexual si para la ejecución del acto utiliza la fuerza contra la voluntad de la víctima, o sea, su esposa.

De la lectura del artículo 120⁽¹⁾, se aprecia que la ley hace referencia a que el acto sexual debe hacerse en contra de la voluntad de la víctima; por lo que desde una interpretación teleológica, la esposa sí puede ser vulnerada en su libertad sexual si es accedida por su esposo en contra de su voluntad, porque esta voluntad está por encima del acto matrimonial.

Desde esta perspectiva; el artículo 120 contiene una lamentable laguna jurídica, al no considerar a la esposa dentro del privilegio señalado en el artículo mencionado, laguna que me impulsa a realizar el presente trabajo de investigación para proponer la ampliación de la norma legal citada.

Esto ha motivado que la doctrina plante su discriminalización mediante los sistemas del plazo y de las indicaciones, criterio que viene siendo observado por un número considerable de legislaciones, y en América del Sur se debe resaltar que el único país que ha dispuesto su legislación es Uruguay.

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿Existe un vacío legal en el art. 120 ab initio del código penal al no haber considerado dentro de su estructura típica el aborto practicado por la esposa que ha sido víctima de una violación sexual por parte de su cónyuge?

1.3. HIPÓTESIS

“Sí existe un vacío legal en el Art. 120 ab initio del Código Penal, al no considerar dentro de su estructura típica el aborto practicado por la esposa víctima de una violación sexual dentro del matrimonio; haciéndose necesario la ampliación de la norma legal”.

1.4. OBJETIVO

1.4.1. GENERAL

- ✓ Determinar si existe un vacío legal en el art. 120 ab initio del Código Penal, al no haber considerado dentro de su estructura típica el aborto practicado por la esposa que ha sido víctima de una violación sexual por parte de su cónyuge.

1.4.2.- ESPECIFICOS

- ✓ Analizar la hipótesis normativa del artículo 120 del Código Penal referente a la violación sexual y determinar si la esposa puede ser sujeto paciente del delito como víctima de su esposo.

- ✓ Estudiar los sistemas criminalizantes y discriminatorios del delito de aborto en la doctrina y en la legislación comparada.
- ✓ Analizar la figura del aborto sentimental en la doctrina y en la ley penal peruana y establecer la existencia de un vacío legal.

1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El tema que se ha desarrollado en la presente investigación tiene como principal importancia solucionar el vacío legal normativo, a través de una propuesta legislativa que contribuya a no vulnerar los principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad a través de la eliminación del privilegio y atenuación que contiene en la parte inicial del artículo 120.

El principal fundamento que se emplea para ello es la institución del matrimonio, el cual trae consigo entre otros: el deber de cohabitación; por el cual los cónyuges tienen la obligación de tener ayuntamiento carnal, no pudiendo configurarse en consecuencia el delito de violación sexual.

No obstante, debemos manifestar que la institución del matrimonio, si bien trae consigo un deber de cohabitación, éste no puede otorgar facultades a cualquiera de los cónyuges (comúnmente el marido) para obligar al otro (mediando violencia o amenaza) a la práctica del acto sexual.

El aceptar que uno de los cónyuges puede obligar al otro a practicar el acto sexual, sería justificar que con la institución del matrimonio, se pasa de un estado en el cual se es titular de derechos y deberes, a un estado, en el que sólo se tiene deberes, más no derechos.

Con la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, se elimina la expresión "fuera del matrimonio" al describirse el tipo penal de violación sexual. Así, actualmente se prescribe en el artículo 170: "El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de la libertad no

menor de cuatro ni mayor de ocho años. Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos, la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años".

Al eliminarse la frase "fuera de matrimonio", el legislador ha manifestado su intención de tipificar como delito de violación sexual entre consortes, protegiéndose el bien jurídico libertad sexual del cónyuge, separándose del derecho básico y fundamental como es la libertad personal.

Como se puede apreciar, el legislador utiliza la expresión "violación sexual fuera de matrimonio", en el artículo 120 del Código Penal, con lo que tácitamente reconoce la posibilidad de la existencia de violación sexual dentro del matrimonio.

Una de las consecuencias de la tipificación del aborto denominado ético o Sentimental, es que a los abortos provocados por la madre, cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual dentro de matrimonio, les será aplicable el artículo 114 del Código Penal, más no el artículo 120 que solo privilegia o atenúa el aborto de una mujer violada cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio, significando esto que el aborto practicado por la esposa cuyo embarazo proviene de una violación sexual de su esposo esta fuera de la atenuación.

2. CAPÍTULO

LOS DELITOS CONTRA LA
LIBERTAD SEXUAL

2.1. Fundamentos del origen de la libertad sexual como bien jurídico en los delitos sexuales

El tema que vamos analizar es la libertad sexual como bienpreciado por el ordenamiento penal, sus diferentes fases y perspectivas actuales.

Como es conocido, por largo tiempo, la religión, la moral, las costumbres y las convenciones sociales tuvieron un importante poder regulador de las conductas humanas en la sociedad y, en cierto modo, podían por sí solas mantenerlas unidas o vinculadas. Sin embargo, aquellos factores culturales, con el transcurso del tiempo y conforme al avance del conocimiento científico, perdieron fuerza social. El pluralismo y fragmentación de las modernas concepciones sobre los valores que el individuo llegó a concebir, ayudaron a que las costumbres, la religión y la moral perdieran poder regulador vinculante. No obstante, todas las funciones de aquellos factores las asumió el Derecho, factor cultural que actualmente es el único en prescribir de modo vinculante lo que el individuo tiene que hacer o dejar de hacer en determinada sociedad ⁽²⁾.

Se puede afirmar que aproximadamente hasta la década de 1960 era dominante la concepción que el derecho penal debía garantizar un minimum ético social, constituyéndose en su finalidad prevalente, generando con ello enormes situaciones de discriminación ⁽²⁾. De ese modo, por ejemplo, en el Código de Maúrtua de 1924 era tangible su afán moralizador desde la rúbrica utilizada, pues reguló los llamados "delitos contra la libertad y el honor sexuales" en la sección tercera del Libro Segundo que sancionaba los "Delitos contra las buenas costumbres".

Esta realidad legislativa y jurisprudencial implicó una situación evidente de discriminación social que vulneró en forma constante el principio de igualdad en razón de sexo. Sin embargo, con el transcurso del tiempo y la mejor sistematización del conocimiento jurídico, los entendidos fueron advirtiendo, que en la realidad las normas penales con rasgos

(2) SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal: parte especial. Edición 3ª. Lima: Lustita Editores, 2008.

moralizantes, como las del orden sexual, no eran acatadas por grandes e importantes sectores de la comunidad, constituyéndose el derecho penal en el ámbito sexual, en un simple medio simbólico toda vez que no otorgaba real protección a las expectativas de las víctimas.

En la actualidad, el derecho penal no puede perder de vista su misión protectora de bienes jurídicos concretos, dejando de lado su función simbólica que la mayoría de las veces encubre formas de desigualdad y discriminación, constituyendo, de ese modo, la sexualidad uno de los ámbitos esenciales del desarrollo de la personalidad o de autorrealización personal de los individuos. Una sociedad pluralista como la que subyace a un Estado social y democrático de derecho, demanda el reconocimiento de diversas opciones de autorrealización personal ⁽²⁾.

Teniendo en cuenta tales planteamientos teóricos, el legislador del Código Penal de 1991, pese a que en los proyectos de setiembre y noviembre de 1984, agosto de 1985, abril de 1986, julio de 1990 y enero de 1991 mantuvo al "honor sexual" y las "buenas costumbres" como bienes jurídicos protegidos preponderantes en los delitos sexuales, recogió a la libertad sexual en forma genérica como el único y exclusivo bien jurídico protegido ^(1,2).

Hoy con la existencia y aceptación de un mayor pluralismo, el fomento de una mayor tolerancia social y el resquebrajamiento de los patrones morales que inspiraban al derecho penal de antaño, a raíz de la vigencia del principio de intervención mínima y en especial, del subprincipio de fragmentariedad. Se ha dejado de lado y se ha renunciado a cualquier referencia que tenga que ver con atisbos o resabios morales dentro de los delitos sexuales. Ya no se protege ni se cautela la honestidad, la moralidad o la irreprochabilidad de las mujeres, sino uno de los valores sociales más importantes sobre los que descansa un Estado democrático de derecho y el pluralismo político: la libertad del ser humano sin distinguir el género al que pertenece, ni su condición social, económica o ideológica.

2.2. La libertad sexual como bien jurídico protegido en los delitos sexuales

Inspirado en las ideas precedentes, el legislador del Código Penal⁽¹⁾ vigente recogió a la libertad sexual como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales. Con ello, se pretende proteger el derecho más relevante de la libertad, es decir, la libertad sexual, pues al ser puesta en peligro o lesionada trasciende los ámbitos físicos para repercutir en la esfera psicológica del individuo, alcanzando el núcleo más íntimo de su personalidad.

En consecuencia, la libertad sexual no se debe enfocar desde un concepto puramente positivo. Es decir entenderse como la facultad que permita a las personas a tener relaciones sexuales con todos, sino debe entenderse en un sentido negativo, por el cual no puede obligarse a nadie a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad.

La libertad sexual, es la capacidad que tiene la persona de elegir libremente, el lugar, el tiempo, el contexto y la otra persona para relacionarse sexualmente. En ese sentido, Roy Freyre⁽³⁾; la define como la voluntad de cada persona de disponer espontáneamente de su vida sexual, sin desmedro de la convivencia y del interés colectivo.

Definido así el bien jurídico "libertad sexual" es indudable que solo quienes gocen plenamente del conocimiento necesario del alcance y significado del aspecto sexual de las relaciones sociales y puedan decidirse con total libertad al respecto podrá ser considerado titulares de dicho bien jurídico, por cuanto son sujetos que pueden autodeterminarse en el plano sexual⁽²⁾. En suma, se lesiona la libertad sexual en sentido estricto con las conductas recogidas en los tipos penales de los artículos 170, 171, 174, 175 y 176 del Código Penal^(1,2).

(3) ROY FREYRE, Luis. Derecho penal peruano, parte especial. Lima: Instituto Peruano Ciencias Penales, 1974.

2.2.1. La sexualidad como expresión de la libertad

La libertad de querer o de voluntad es autodeterminación, la misma que no es otra cosa que la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros. En tanto que la libertad de obrar supone realizar u omitir el comportamiento que se tiene voluntad de efectuar o de omitir, sin que un tercero no autorizado interfiera en dicha realización u omisión.

En el campo de los delitos sexuales, según Díez Ripollés⁽⁴⁾; el concepto de libertad sexual tiene dos aspectos: uno positivo y otro negativo. En su aspecto positivo, la libertad sexual significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social. En su aspecto negativo, la libertad sexual se contempla en un sentido defensivo y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual.

La libertad sexual no se enfoca desde un concepto puramente positivo. No se entiende como la facultad que permita a las personas a tener relaciones sexuales con todos, sino debe entenderse a la vez en un sentido negativo, por el cual no puede obligarse a una persona a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad, haciendo uso de coacciones, abusos o engaños.

En suma, la libertad sexual es la facultad de la persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, facultad que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a su voluntad, seguir en cada momento una u otra tendencia sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las no deseadas. De modo que se afecta la libertad sexual

(4) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Derecho penal español: parte general en esquemas. Edición 2°. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2009.

de un individuo cuando otro, no autorizado por el primero, interfiere en el proceso de formación de su voluntad o en su capacidad de obrar relativa a la sexualidad.

2.2.2. La indemnidad sexual como bien jurídico

En el caso de los menores o incapaces, de modo alguno puede alegarse que se les protege su libertad o autodeterminación sexual en los delitos sexuales, pues por definición aquellos carecen de tal facultad. De ahí que, para estos casos, se considere que el bien jurídico protegido vendría definido por los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexual, los cuales proceden en principio de la doctrina italiana, y fueron recogidos en la doctrina española a finales de los años setenta y principios de los ochenta.

La doctrina española lleva al Perú los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexual, y en tal sentido, muy bien apuntan Bramont-Arias Torres y García Cantizano⁽⁵⁾, que hay comportamientos dentro de la categoría de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida en que la víctima carezca de esa libertad o, aun si la tuviera tacitamente, ha sido considerada por el legislador como irrelevante. De esa forma, en los tipos penales en los cuales el legislador no reconoce eficacia a la libertad sexual del sujeto pasivo como, por ejemplo, en los supuestos de hecho recogidos en los artículos 172, 173 y 176-A del Código Penal ⁽¹⁾, el interés que se pretende proteger es la indemnidad o intangibilidad sexual entendida como seguridad o desarrollo físico o psíquico normal de las personas para de ser posible en el futuro ejercer su libertad sexual.

(5) BRAMONT-ARIAS, Luis; GARCÍA CANTIZANO, María. Manual de derecho penal: parte especial. Edición 4. Lima: Editorial San Marcos, 1998.

Caro Coria⁽⁶⁾, por su parte, amparado en argumentos de penalistas españoles, afirma que en los tipos penales antes citados, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual, sino la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en "libertad", las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar quien esté afectado por una situación de incapacidad transitoria, o, como sucede con los enajenados y retardados mentales.

Se concluye que la indemnidad o intangibilidad sexual es el verdadero bien jurídico que se tutela con las conductas delictivas previstas en los tipos penales antes referidos. Al Estado le interesa proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderla al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual. Circunstancia que posibilita el actuar delictivo del agente.

La idea de "indemnidad sexual" se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente, para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual.

2.3. Orientación del Código Penal de 1991

En materia de delitos sexuales el Código Penal de 1991⁽⁷⁾ introdujo importantes avances doctrinarios, recogiendo en buena parte los aportes de las organizaciones de mujeres del país y de la legislación comparada. Sin embargo, dichos avances no han incorporado todos los cambios que a nivel normativo debieron producirse.

(6) CARO CORIA, Dino; SAN MARTÍN CASTRO, César. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: Aspectos penales y procesales. Edición 2ª. Lima: Editorial Grijley, 2000.

El Código Penal de 1924, consideraba las agresiones sexuales como atentados contra “la libertad y el honor sexuales”, el actual Código Penal ⁽¹⁾ operó un cambio significativo a la tipificación de estos delitos al reconocerlos como actos que vulneran sólo la “libertad sexual” de las personas. El término “honor sexual”, fuertemente asociado con la doncellez y virginidad femenina, determinaba que sólo las mujeres que gozaban de este estado podían ser sujetos pasivos de los delitos sexuales. Esta concepción del honor sexual se sustentaba en dogmas religiosos bajo los cuales la actividad sexual de la mujer, se vinculada al pecado si se realizaba en libertad⁽⁷⁾.

El abandono de los criterios morales subsistentes en la legislación derogada se evidencia pues, en primer lugar, en la substitución del título que hacía referencia a las buenas costumbres por otro designando únicamente al bien jurídico protegido: ... “la libertad sexual”. En segundo lugar, tanto en la mención del acto análogo junto al acto sexual y en la descripción de todos los casos de violación, como en la supresión del requisito de la “conducta irreprochable” en el tipo legal del delito de seducción (Artículo 175).

Con el Código Penal de 1991⁽¹⁾ se aclara la situación, pues lo que se trata de proteger es una de las manifestaciones más relevantes de la libertad, es decir, la libertad sexual, cuyos ataques trascienden los ámbitos fisiológicos para repercutir en la esfera psicológica, alcanzando a lo más íntimo de la personalidad.

Más allá de los significativos cambios del Código Penal de 1991 en materia de delitos sexuales, en la doctrina nacional se advirtieron también vacíos e incongruencias.

(7)HERNÁNDEZ CAJO, Teresa. Legislación nacional en materia de delitos sexuales: situación actual y propuestas de reforma. En: Comentarios Jurídicos. Los derechos de la Mujer. Tomo II. Primera Edición. Lima: Editorial DEMUS, Noviembre de 1998. Pág. 47.

Se ha señalado que la denominación “violación de la libertad sexual” empleada en el Código Penal⁽¹⁾ resulta insuficiente, porque en el referido Capítulo IX del Libro Segundo, también se regulan ilícitos que atentan contra la “indemnidad” o “intangibilidad sexual” de menores de edad. Asimismo, se señala que la expresión “violación” comulga con una concepción de la agresión sexual limitada a la genitalidad, es decir, la penetración vaginal o anal y, en estricto mediante el uso de violencia o amenaza, lo que excluye relevancia a la sanción de conductas como el acto bucal o la coacción para que la víctima realice un determinado comportamiento sexual. También se indica que el Código Penal el 91 mantiene referencias morales como el de “acto contrario al pudor” (Artículos 176 y 176-A)⁽⁸⁾.

También se ha cuestionado la inexistencia en el Código Penal de 1991 de una norma que penalice el acoso u hostigamiento sexual, considerándose que es una forma de coacción y sometimiento, que se ubica, por tanto, dentro de las modalidades intimidatorias de violencia sexual, aun cuando suponga ausencia de contacto físico ⁽⁹⁾.

2.4. Orientación de las modificaciones posteriores

La regulación originaria de los delitos sexuales en el Código Penal ha sufrido diversas modificaciones, tanto en la descripción típica como en lo que corresponde a las penas previstas para dichos delitos.

La tendencia ha sido el incremento de las penas, incidiendo en criterios preventivo generales como orientación político criminal.

(8)HURTADO POZO, José. Delitos sexuales y Derechos de la Mujer. En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Problemas Actuales de la Administración de Justicia en los Delitos Sexuales.Lima: Editorial Defensoria del Pueblo, 2000. Pág. 38.

(9)VILLANUEVA FLORES Rocío. La Violencia Sexual: un problema de seguridad ciudadana. En: VILLANUEVA FLORES Rocío. Las voces de las víctimas, Serie Informes DefensorialesVol No. 21. Lima: Editorial Defensoria del Pueblo, 2000.

Al respecto, en febrero de 1994 se emitía la Ley N°. 26293 ⁽¹⁰⁾ incrementando las penas de los tipos de los artículos 170 al 174, 176 y 177, y ampliando la regulación penal sexual mediante los artículos 173-A, 176-A y 178-A. Con estas modificaciones se introduce la cadena perpetua en el supuesto agravado de la violación sexual.

Esta tendencia sobrepenalizadora se consolida con la modificación introducida por el Decreto Legislativo No. 896 (Ley contra los delitos agravados), que forma parte del paquete de la Legislación sobre seguridad nacional. El referido Decreto Legislativo 896, en su artículo primero, modifica los artículos 173 y 173-A, que contemplan los delitos de violación sexual contra menores de 14 años de edad. Se elevan sustancialmente las penas en el caso de agresión sexual de niños/as mayores de 7 y menores de 14 años. Se establece la cadena perpetua en los casos que se produzca la muerte o lesión grave del menor como consecuencia del ataque sexual. Y también se castiga con cadena perpetua la violación sexual contra menores de 7 años. Como se ha señalado en la doctrina está “claro que esta legislación especial está imbuida del espíritu represivo que concibe la sanción drástica como respuesta fundamental a la violencia sexual”. Si bien mediante la Ley N° 27472⁽¹¹⁾ se reducen las penas para los delitos de violación sexual contra menores de 14 años, las referidas penas elevadas se restablecen mediante la Ley N° 27507 ⁽¹²⁾.

Estas reformas penales en materia de delitos sexuales demuestran una clara huida hacia el Derecho penal, incidiendo en su uso simbólico.

Pero este uso simbólico de la ley penal puede generar una doble distorsión en la percepción social, por un lado la creencia no fundada de

(10)Elperuano.com.pe [Internet]. Lima: El Peruano; 1994 [actualizado 11 Feb 1994; citado 4 abr 2014]. Disponible en: <http://docs.peru.justia.com/federales/leyes/26293-feb-11-1994.pdf>

(11)Elperuano.com.pe [Internet]. Lima: El Peruano; 2001 [actualizado 12Jul2006; citado 16 abr 2014]. Disponible en: <http://docs.peru.justia.com/federales/leyes/27472-jun-4-2001.pdf>

(12)Elperuano.com.pe [Internet]. Lima: El Peruano; 1994 [actualizado 12Jul2001; citado 4 abr 2014]. Disponible en: <http://docs.peru.justia.com/federales/leyes/27507-jul-12-2001.pdf>

que el Estado persigue con firmeza la criminalidad sexual, cuando ya es bastante conocido que el éxito de la prevención general depende sobre todo del reforzamiento de los mecanismos que incrementan la certeza de la sanción y no el recurso a sanciones drásticas cuya imposición es casi improbable. Por otra parte, el establecimiento de sanciones más graves que la del homicidio (Artículo 106) en determinados delitos sexuales, conduce a una inversión de la escala de valores en la sociedad.

Alejándose de esta orientación político criminal represivo, la modificatoria que se puede considerar positiva es la referida a la modificación de lo dispuesto en el artículo 178 del Código Penal⁽¹⁾. En su versión original esta disposición contemplaba la exención de pena para el agente que contraía matrimonio con la ofendida, extendiéndose además la exención a los coautores. Luego de una intensa campaña sostenida por las organizaciones feministas, esta disposición fue modificada mediante la Ley No. 26770, del 15 de abril de 1997, reservándose la exención sólo en el supuesto del delito de seducción y circunscrita al agente que contrae matrimonio. Posteriormente, mediante la Ley No. 27115 ⁽¹³⁾ del 17 de mayo de 1999 se elimina por completo la exención en los delitos sexuales.

La última reforma introducida a estos delitos es la incorporada por la Ley N° 28251⁽¹⁴⁾, publicada el 8 de junio del 2004, la cual realiza cambios significativos en la descripción típica de los referidos delitos, así la conducta prohibida no sólo hace referencia a “practicar el acto sexual u otro análogo” sino se hace referencia “al tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”. Con esta modificación se incorpora el sexo oral como un supuesto de violación sexual, tema que era debatido en la doctrina nacional, asimismo se incluyen los supuestos de introducción de objetos o partes del cuerpo por

(13) Elperuano.com.pe [Internet]. Lima: El Peruano; 1999 [actualizado 18Jul2005; citado 10 abr 2014]. Disponible en: <http://docs.peru.justia.com/federales/leyes/27115-may-15-1999.pdf>

(14) (Congreso de la República, 2004)

la vía vaginal o anal, acogiendo en parte la legislación española sobre la materia.

Otra de las reformas establecidas por la Ley N° 28251⁽¹²⁾ es la incorporación de nuevos supuestos agravados en el delito de violación sexual: abusar de cargo que dé particular autoridad sobre la víctima; el que el agente sea miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, serenazgo, policía municipal o vigilancia privada; si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años; y, si el autor fuere portador de enfermedad de transmisión sexual grave.

Finalmente, la Ley N° 28251⁽¹²⁾ incorpora como nuevos tipos penales los de usuario-cliente (artículo 179-A), turismo sexual infantil (artículo 181- A) y publicación en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual a menores (artículo 182-A).

2.5. Bien Jurídico protegido en los delitos sexuales

Con el Código Penal de 1924 era inaceptable concebir la violación sexual entre cónyuges, encontrándose como errada justificación el “deber de cohabitación”. En el Código Penal actual, en cambio, es posible la violación sexual entre cónyuges, es decir, la esposa puede ser sujeto pasivo en un delito de violación sexual perpetrado por su marido. El fundamento de tal punición es el derecho a la libertad, específicamente a la libertad sexual, y a la dignidad de la persona.

El incumplimiento conyugal en que pueda incurrir la mujer realmente puede tildarse de contrario a los fines del matrimonio (al deber de cohabitación), pero la respuesta adecuada a ese incumplimiento debe recogerse del campo del Derecho Civil, apelando a instituciones como el divorcio y la separación de cuerpos. Por lo demás, todo derecho tiene modos de ejercicio posibles y legítimos, entre los que no se halla el uso de violencia o grave amenaza. Se trataría de un abuso del derecho al débito conyugal. No olvidemos que el artículo II del

Titulo preliminar del Código Civil así como la propia Constitución del Estado han proscrito todo abuso del derecho. El derecho del esposo de hacer efectiva la cohabitación tiene su límite en el derecho a la libertad sexual de la cónyuge, si bien la esposa no quiere sostener relaciones sexuales con su cónyuge infringe los deberes derivados del matrimonio, esto no justifica que aquel pueda obligarla a tener relaciones sexuales. Esta conducta es antijurídica (contraria al Derecho) y reprochable.

Como hemos señalado anteriormente el Código Penal de 1991, buscando alejarse de la concepción moralizante del Código Penal de 1924, precisa como bien jurídico protegido la libertad sexual, dejando de lado el concepto de honor sexual.

La doctrina nacional acogió con beneplácito este cambio, considerándose que sólo deben ser reprimidas aquellas conductas que violentan el ámbito de la autodeterminación en la vida sexual de las personas.

Es así que el bien jurídico tutelado, es la libertad sexual de la persona en general, tanto de la mujer como la del varón, entendiéndose que esta ampliación se ajusta a un Estado de Derecho, al que es consustancial la igualdad de todos ante la ley, y también para reflejar debidamente la realidad en que la mujer no es un mero “sujeto pasivo” en el orden sexual. Contemporáneamente, la libertad sexual es reconocida como el derecho a decidir y elegir el ejercicio de la sexualidad, y disfrutarla como medio de afirmación y de desarrollo personal. Ella constituye una manifestación concreta y específica de la libertad individual⁽¹⁵⁾.

La libertad sexual es “entendida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante sí y frente a los demás integrantes de la comunidad de su propio sexo con libertad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que se produzcan en la esfera de su sexualidad. Su esencia se cifra en la

(15) VALENCIA M., Jorge Enrique. Estudios de Derecho Penal Especial. Edición 2°. Medellín: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1990; p. 296.

facultad de decidir, soberanamente, la realización o tolerancia de sus funciones venereas conforme a sus propias y personalísimas valoraciones y en la de rechazar actos de injerencia ajena o supuestos de fuerza o intimidación o cualquier otra pretensión externa en donde se comprometan sus instintos, atributos y potencialidades sexuales y se coloque en entredicho el libre ejercicio de su autonomía individual y su propia capacidad de decisión.

Se preserva pues la autonomía sexual, es decir, “el que el sujeto, hombre o mujer, puede establecer sin trabas en sus relaciones con otros sujetos mayores de edad las líneas de sus actuaciones en el terreno de la sexualidad y de la efectividad. Ello comporta que, entre adultos, rijan el principio de las prácticas sexuales, sean éstas las que fueren, sin imposiciones que coarten el designio de los partícipes.

Por ello, la ley sigue pensando que, fuera de los supuestos de teórica madurez de la personalidad –y, por tanto, de la sexualidad-, es decir, en el campo de las relaciones interpersonales en las que pueden encontrarse menores o incapaces, esta libertad de intercambio ha de ser, cuando menos, aun sin mediar injerencias violentas ni intimidatorias, sometido a control.

Como ocurre con otros delitos afectos al área de la libertad, el bien jurídico protegido no suele ser único, sino que se dan protecciones conjuntas y simultáneas de otros, es decir, estamos en presencia de delitos pluriofensivos, por ejemplo, con la integridad física y psíquica de la víctima. Pero el bien jurídico principal sobre el que pivota la punición de los delitos sexuales reside en la capacidad de la persona madura –o medianamente madura- de decidir las prácticas sexuales que desea.

Es de advertir que en nuestra normatividad penal en materia de delitos sexuales hay un conjunto de conductas que constituyen atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, como cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la

conciencia o retardo mental o por su minoría de edad, en cuyos casos lo protegido, se indica en la doctrina, no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual, sino la llamada “intangibilidad” o “indemnidad” sexual⁽¹⁶⁾.

Es así que lo que se sanciona es la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, pues lo protegido son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en “libertad”, las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar quien esté afectado por una situación de incapacidad transitoria o, como sucede con los enajenados y retardados mentales.

2.6. Tipo objetivo del delito de violación sexual

El sujeto activo puede serlo cualquier persona, tanto un hombre como una mujer. Nos encontramos ante un delito común. Pero algunos tratadistas opinan que la mujer no puede ser sujeto activo porque es incapaz de imponer la cópula por medio de violencia, dada su naturaleza. Así, se dice que si una mujer tratara de forzar a un hombre a copular con ella, el varón, ante la intimidación, no podría presentar erección y, por tanto, sería imposible la cópula. Este hecho obviamente no ha sido recogido en el tipo penal.

El sujeto pasivo, al emplearse en el tipo penal el término “persona”, se posibilita que pueda ser víctima del delito tanto un hombre como una mujer, aunque en la realidad criminológica son las mujeres las principales víctimas de este delito. Lo que sí se requiere es que la persona esté viva y que sea mayor de 14 años, pues si se trata de un cadáver nos encontraremos en un supuesto de necrofilia tipificada en el artículo 318° inciso 1 del Código Penal, y si es una persona menor de 14 años nos

(16) CASTILLO ALVA, José Luis. Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En: Gaceta Jurídica. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2002; p. 19.

encontraremos ante un delito de violación de menores (Artículo 173° del Código Penal)^(1,2,8).

Es irrelevante la condición social o jurídica de la víctima, por tanto no existe inconveniente en considerar que una prostituta pueda ser víctima de este delito.

En cuanto a la conducta prohibida ésta ha variado con la modificación introducida por la Ley N° 28251⁽¹²⁾, de forma tal que tenemos ahora dos supuestos típicos claramente diferenciables:

Acceso carnal, que debemos interpretar como el acoplamiento sexual de dos personas, una que tendría que ser necesariamente hombre, con penetración de su órgano genital por alguna de las vías previstas por el legislador: vaginal, anal o bucal. De esta forma serán típicas la relación entre dos hombres o entre un hombre y una mujer, pero no se admitiría el supuesto de relación entre dos mujeres. Un avance es que expresamente se hace referencia al sexo oral, en la modalidad de fellatio in ore (penetración del pene en la cavidad bucal de una persona). Sin embargo al emplearse la noción de acceso carnal, el legislador nos estaría acercando a la noción de genitalidad, por lo que no se abarcaría los supuestos de sexo oral entre mujeres. La penetración del pene puede ser total o parcial, siendo irrelevante la eyaculación⁽¹⁷⁾.

Realizar otros actos análogos, introduciendo objetos o partes del cuerpo por la vagina o el ano. El enunciado “acto análogo” utilizado por el Código Penal ⁽¹⁾ es una cláusula general que permite una interpretación analógica, lo que implica extender la tipicidad a todo acto que, por atacar o poner en riesgo el bien jurídico, es susceptible de una desvaloración equivalente. Entre los supuestos de acto análogo el legislador precisa los casos de introducción de objetos, así como la de partes del cuerpo sea por la vagina o sea por el ano. Esto constituye un

(17) AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Derecho Penal. Ciudad de México: Editorial HARLA, 1993; p. 299.

cambio significativo respecto a la tradicional regulación de la violación sexual en la legislación peruana.

De esta manera se da una mayor protección al bien jurídico libertad sexual. De acuerdo a lo señalado en la doctrina debe entenderse por objeto toda cosa corpórea e inanimada que, respondiendo al designio lujurioso del sujeto activo, venga a sustituir de alguna manera al pene, a ser una especie de sucedáneo de éste, con independencia de la contundencia del mismo, que de producir también resultados lesivos a la integridad física de la víctima originaría un concurso ideal de delitos con el correspondiente tipo de lesiones. Por ejemplo, la utilización de prótesis en forma de pene.

Los medios para la perpetración del delito son:

- **La violencia entendida como la violencia física** que se ejerce sobre la víctima a fin de doblegar su voluntad. Se vulnera la voluntad de la persona mediante el empleo de actos de fuerza material que sobrepasan o vencen su resistencia. Ejemplo: golpear a la víctima con un objeto contundente. La fuerza empleada no es necesario que sea de carácter irresistible, bastando que sea suficiente para anular la resistencia y obtener el acceso carnal. Es suficiente la fuerza que el agente ejerce sobre la víctima de manera seria y continuada. La violencia debe estar orientada a doblegar la negativa al yacimiento carnal de la víctima, por lo que no tienen relevancia penal los casos de sadomasoquismo –Ejemplo: quien para lograr una satisfacción sexual plena pide a su pareja que lo flagele.
- **La grave amenaza.** Hace referencia a la violencia moral o psicológica que puede traer graves consecuencia en la persona de la víctima o a intereses vinculados a ésta que producen en el ánimo de la víctima un miedo que venza su resistencia. El mal que se anuncia debe ser inminente o próximo, no remoto, y también la amenaza debe ser

determinada. Ejemplo: quien con un arma de fuego obliga otra a realizar el acto sexual, pues de lo contrario le va a disparar en la cabeza.

La realidad criminológica de nuestro país demuestra, que generalmente la violencia física se emplea cuando la víctima es una persona desconocida, mientras que la amenaza o violencia moral se usa cuando se trata de personas conocidas o ligadas por algún vínculo de parentesco. En este último caso se hallan los casos del esposo -o viceversa- que amenaza a su cónyuge con causarle un mal determinado si no accede a copular con él, o del padrastro sobre su hijastra, entre otros casos.

2.7. Penalidad

La sanción prevista es privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años. En este delito se admite la tentativa.

La sanción se incrementa a privativa de libertad no menor de 8 ni mayor de 15 años e inhabilitación según corresponda, cuando concurren los supuestos agravados establecidos por el legislador.

Los supuestos agravados son:

Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más personas. En este supuesto los agentes deben emplear un instrumento destinado para la ofensa para superar la resistencia de la víctima. Dentro del concepto de arma se incluyen el arma de fuego, instrumentos cortantes, punzo cortantes, contundentes, etc. Deben participar dos o más sujetos, esto es que en el momento de ejecución del delito intervienen dos o más agentes, no requiriéndose que los intervinientes sean parte de una banda u organización delictiva.

Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima.

2.8. Tipo Objetivo

El sujeto activo del delito lo puede ser tanto un varón como una mujer, siendo un delito común. En cuanto a la conducta prohibida se exige el realizar el acceso carnal u otros actos análogos. Al respecto reproducimos los comentarios que realizamos en el ítem de violación sexual.

Pero es conveniente reiterar que es indiferente para la tipificación el delito si se realizó el acto sin que el menor opusiera resistencia.

Son indiferente los medios utilizados por el autor para la realización del delito: violencia física, amenaza, engaño, etc. El empleo de la violencia o amenaza podrá ser tomado en cuenta por el juzgador para la graduación de la pena en aplicación de lo dispuesto en el artículo 46 del Código Penal⁽¹⁾.

El tipo penal adicionalmente hace una distinción tomando en cuenta la edad de la víctima, llegando incluso a la cadena perpetua.

2.9. Tipo Subjetivo

Nos encontramos ante un delito doloso, exigiéndose que el agente actúe con conocimiento y voluntad. Sin embargo, hay que destacar que uno de los aspectos más significativos en este caso es lo referente al conocimiento de la edad de la víctima. Para configurar el delito el agente debe saber que la víctima es menor de 14 años, si ello no es así nos encontraremos ante un error de tipo.

Según lo dispuesto en el artículo 12 del Código penal⁽¹⁾, si dicho error es invencible entonces excluye la responsabilidad del agente y si es vencible

entonces la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley, y en el caso de violación de menor no está prevista una fórmula culposa.

Ello determina que en cualquiera de las dos formas del error de tipo, el agente no será sancionado. Esto determina una gran trascendencia al error de tipo en relación a la edad de la víctima en este delito, tomando en cuenta las elevadas penas del mismo.

2.10. Conclusión.

Existe una contradicción entre el inciso 1 del artículo 120 del Código Penal, que tipifica el delito de aborto “sentimental”, y el artículo 170, el cual establece que el delito de violación sexual puede realizarse tanto fuera como dentro del matrimonio; por consiguiente si el tipo base del delito de violaciones se produce dentro del matrimonio, el aborto sentimental está limitado en su tipicación; debido a que abarca sólo fuera del matrimonio.

3. CAPÍTULO

CRIMINALIZACIÓN Y DISCRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO

3.1. El aborto: Generalidades

La organización mundial de la Salud (OMS)⁽¹⁸⁾ define como aborto a la terminación espontánea o provocada de un embarazo antes de la vigésima semana de gestación, contadas a partir del primer día de la última menstruación normal.

En algunos textos americanos, la palabra “aborto” indica el procedimiento médico o quirúrgico que se realiza para terminar un embarazo, y el término “aborto espontáneo” hace referencia a la pérdida del feto de tipo natura o no inducida.

El aborto importa la acción u omisión lesiva (dolosa) que recae sobre la vida humana en formación, generando su eliminación, sea por vías físicas, psíquicas, mecánicas y artificiales, propiciando en todo caso la interrupción de la gestación, la muerte del feto (vida pre-natal). Por lo que la acción dolosa no puede incidir sobre el feto muerto (imposibilidad del objeto), y tampoco cuando se ejecuta con anterioridad a la fecundación, antes de la anidación (métodos anticonceptivos). El tiempo del embarazo no interesa, así como los medios que han de emplearse para la realización de la acción abortiva, solo interesa a efectos de una mayor pena, la calidad del agente.

Lo esencial es que represente un medio que haya producido esa muerte o aborto, con arreglo general de la casualidad material, en nuestras consideraciones se deduce que la acción debe ser ejecutada sobre un sujeto que no puede ser aun calificada sobre un sujeto que no puede ser aun calificado como sujeto pasivo posible de homicidio, condición, que según sabemos, comienza del parto.

(18) PAHO.org [Internet]. Oficina regional de la organización mundial de la salud; 2012 [actualizado 09Mar2012; citado 14 abr 2014]. Disponible en: <http://www.paho.org/blogs/chile/?p=87>

Para que podamos hablar de un aborto, debe producirse necesariamente la muerte del feto, se trata, entonces, de un delito resultado. Se requiere no solo de un feto que tuvo viabilidad existencia, sino también que haya estado vivo al momento de haberse efectuado la modalidad típica. Es indiferente si presenta anomalías físicas o fisiológicas.

Tampoco puede ser objeto de aborto el producto del desarrollo completamente anormal del huevo (Mola) tampoco la destrucción de óvulos fecundados invitro que no llega a implementarse. Por consiguiente, son presupuestos materiales indefectibles del aborto: la existencia de un embarazo, la vida del feto y su muerte a raíz de los medios abortivos utilizando al efecto.

Se considera aborto la expulsión provocada del feto, siempre y cuando su muerte se haya producido antes del inicio del parto, después de dicha etapa, la acción será constitutiva de homicidio.

Si hablamos de una acción lesiva dolosa ello importa que la gente materialice ciertos actos conducentes a la obtención del resultado - reprimido por la ley- quedan fuera del ámbito de protección de las normas aquellas interrupciones de embarazo producto de deficiencias orgánicas de la madre, de una concepción no bien llevado en el claustro materno⁽¹⁹⁾.

Tampoco recalcan en la radio de acción del tipo penal, aquellos abortos que acaecen debido a la injerencia de ciertas sustancias, fármacos, medicina, etc.; por parte de la madre que obedecen más bien a una conducta a veces negligente por parte de la gestante. El delito del aborto no es reprimible en su vertiente culposa.

3.2. El aborto en la historia

El Problema del castigo o de la sanción del aborto no es cosa reciente ni sencilla de resolver. A través de la historia podemos ver que razones de

(19) BRAMONT ARIAS,Luis; GARCIA CANTIZANO, Maria. "Manual de Derecho Penal - Parte Especial". 4° Edición Aumentada y actualizada. Editorial San Marcos. Lima – Perú 2009, p. 222.

variada índole, como religiosas, morales, demográficas, médicas y de política criminal, intervienen en cada caso y en cada tiempo y lugar, para circunscribir al aborto dentro de una esfera de punibilidad, o en su defecto, impunidad.

A decir de Bramont Arias⁽¹⁷⁾, el aborto se ha practicado en todos los tiempos, pero no siempre ha sido delito. “Para la antigüedad fue un hecho indiferente cuando no acarreaba un daño en la salud o la muerte de la gestante”.

En el Derecho romano, el aborto (*procuratio abortus*) fue impune durante la época republicana. Ni la ley de las XII tablas, ni las leyes de la República previnieron el aborto. “El feto fue considerado como “pars ventris”, como parte de la madre (*portio viscerum matris*), por lo cual, al abortar, la madre no hacía más que disponer de su propio cuerpo”. Las primeras manifestaciones de reprobación estatal, se dieron durante el reinado del emperador Septimio Severo y de su hijo Caracalla, alrededor del año 200 D.C, dictándose recién las primeras medidas punitivas contra el aborto, basadas en la indignidad que suponía para el hombre la pérdida del hijo, pues lo defraudaban así en sus esperanzas de ser padre.

Durante el Imperio incaico, la represión del aborto fue muy severa. Según Valcárcel el responsable del aborto era castigado con la pena de muerte o el apedreamiento. La misma pena se aplicaba a la mujer embarazada que tomaba algo para abortar. El castigo del aborto se basó en la protección del orden familiar y los intereses tributarios del Estado Inca.

En la Edad Media, tan influenciada por las ideas aristotélicas y cristiano-tomistas, la prohibición del aborto se confunde con la del homicidio. Tomás de Aquino asume la teoría de animación retardada de Aristóteles. Sólo a partir de fines del siglo XVIII, comienza a imponerse progresivamente la idea que desde la concepción el alma habita el nuevo ser.

El aborto en Grecia, fue corriente hasta que Licurgo y Solón lo prohibieron; pero a pesar de ello, Aristóteles, en el libro séptimo de su “Política”, aconsejaba el aborto en caso de ser excesivo el número de ciudadanos, a fin de mantener el equilibrio entre la población y los medios de subsistencia; por otro lado, Platón preconizaba el aborto en relación a la mujer que hubiere concebido después de los cuarenta años.

El Cristianismo consolidó la reprobación social del aborto, y, basados en sus dogmas, lo asimilaron el delito de homicidio. La Iglesia Católica, en un primer momento, adoptó la teoría de la animación retardada. De esta manera, la iglesia seguía un criterio semejante al de los plazos en cuanto tenía en cuenta la creencia que el alma se incorporaba en el feto posteriormente a la concepción. La conquista Española significa la adopción del derecho europeo en formación (derecho romano Justiniano y derecho canónico) para las colonias bajo dominación de la corona hispana. El derecho Castellano se impone.

En las Siete Partidas se sancionó a la mujer con la pena de muerte si mataba a una criatura aún sin alma (no animada). El derecho canónico estableció la diferencia entre criatura animada e inanimada. La pena prevista para la mujer se aplicaba, igualmente, al hombre que causaba el aborto a su mujer mediante maltrato.

En la actualidad se estima que cada año 46 millones de mujeres alrededor del mundo recurren al aborto inducido para terminar con un embarazo no deseado. El tratamiento legislativo que se le ha dado al aborto varía enormemente de un país a otro, observándose una tendencia hacia la adopción de leyes más liberales.

3.3. El aborto en la doctrina.

3.3.1. Aborto consentido.

En nuestro sistema punitivo se hace una distinción entre el aborto consentido y el aborto sin consentimiento. Así, tenemos el artículo 115 CP que sanciona el aborto consentido. En este caso el sujeto activo o autor del delito es el tercero que practica el aborto con el consentimiento de la mujer, al cual el legislador le asigna una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Según Muñoz Conde, se trata de un caso de coautoría entre el tercero y la embarazada. La conducta de aquel no es de mera participación sino de auténtica autoría, lo mismo ocurre con la conducta de la embarazada que consiente ⁽²⁰⁾.

3.3.2. Aborto no consentido.

La doctrina penal estima que en el aborto no consentido son dos los bienes jurídicos protegidos: la vida del concebido y la libertad de la madre. Si bien normalmente en el aborto existe un conflicto de intereses entre la autonomía y libertad de la madre y la vida del feto, en el aborto no consentido ambos bienes se encuentran en una franca compatibilidad, de tal modo que dicha congruencia es atacada por el comportamiento criminal. Según la afirmación de González Rus: aquí está en presencia de un delito complejo integrado por el aborto por una parte y coacción por el otro en el que junto al ataque a la vida en formación lesiona la libertad de determinación de la mujer.

Son acertadas las afirmaciones de Villa Stein quien sostiene que el sujeto activo puede serlo cualquier persona con excepción de la madre, quien, conjuntamente con el embrión, terminan siendo más bien sujetos pasivos del injusto.

(20) CARLOS PARMA, Rubén. El homicidio y el aborto en la Legislación Peruana. 2010.

3.4. Problemática del aborto.

3.4.1. Sistema criminalizador.

3.4.1.1. El aborto como asesinato.

La iglesia ha mantenido siempre la necesidad de castigar todo aborto, sea cual sea la razón por la que éste se produzca, pues lo califica como asesinato. Está presente siempre la idea de alevosía, en la medida en que dicha agravante siempre concurriría por tratarse de un desvalido⁽²¹⁾.

Este planteamiento descansa sobre el principio de la inmoralidad absoluta del aborto. Este principio, por su antigüedad y su universalidad, debe ser asumido por toda conciencia como un principio absoluto.

Se añade a estos razonamientos que el feto o embrión es ya una vida humana, y como tal, es sujeto de auténticos derechos que le deben ser reconocidos por la sociedad y por la ley.

La sexualidad humana tiene su objetivo primordial en la fecundidad. Como mediante la realización del acto sexual, resulta fecundada la mujer, este proceso no debe ser jamás interrumpido, ya que sería una intervención “contra la naturaleza”. Los inconvenientes o males que puedan traer un nuevo nacimiento no deben imputarse al niño, sino a la sociedad en general, o a determinadas personas concretas, quienes originan esa serie de males.

Este planteamiento equipara el valor del feto o embrión al de la persona, por lo que desconoce la trascendencia y significado del nacimiento. Desde este punto de vista, la misma relevancia tiene la vida de una persona, entre ellas la de la madre, que la del embrión o feto. Por otra parte, desconoce que la protección jurídica no es

(21) SÁNCHEZ PÉREZ, Jorge. Análisis del Aborto Derivados de Casos de Violencia Sexual dentro del Modelo Jurídico Vigente en el Perú. PUCP, Lima, 2011, p. 76.

nunca de carácter absoluto y que siempre es necesario reconocer zonas de conflicto, que obligan a establecer determinados límites.

3.4.1.2. El aborto y conflicto de intereses.

Se parte de la tesis que la protección del Derecho penal no es absoluta y, por tanto, ha de reconocerse la existencia de ciertas zonas de conflicto. A pesar de la existencia de una rigurosa incriminación del delito de aborto, la cifra de abortos clandestinos es bastante elevada, frente a los escasos procesos penales que tienen por objeto su práctica; de ahí que las disposiciones sobre el delito de aborto aparezcan como puramente simbólicas⁽²²⁾.

En esta zona de conflictos, donde se encuentra, de un lado, la vida del embrión o feto y de otro la vida, salud y libertad de la madre, hay que admitir la preponderancia de la posición de la mujer, tanto porque ella es una “persona”, como porque la vida del embrión o está dependiendo de su vida, ello obliga a tener en cuenta como bien jurídico preponderantemente la vida de la madre.

Este planteamiento es el que actualmente sostiene la mayoría de la doctrina y más acorde a la realidad del problema: se protege la vida del embrión o feto, pero cuando surge un conflicto entre la vida del embrión o feto y la vida de la madre, goza de un valor preponderante el de esta última.

3.4.2. Sistema discriminatorio.

3.4.2.1. Sistema del plazo.

Este modelo, evidentemente 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

(22) ROY FREYRE, Luis. Derecho Penal Peruano. Parte Especial. Tomo I. Lima, Perú. Edito. San Marcos. 2da. Edición, 1996, p. 178.

circunstancia de que al ser practicado con posterioridad puede traer graves consecuencias para la salud o vida de la embarazada.

En este sistema, la libertad de la mujer durante los tres primeros meses de gestación prima sobre la vida del producto de la concepción. Transcurrido este plazo, la libertad de la mujer no es suficiente, puesto que se pone en peligro bienes jurídicos de trascendencia como su salud o vida, por ello es necesario la concurrencia de una indicación precisa, donde se ponga de manifiesto que el mal a provocar es menor que aquel que se trata de evitar.

La limitación de la impunidad del aborto a los tres primeros meses se debe hasta dos circunstancias determinantes. Primero, 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. La segunda, por el hecho concreto que su práctica, siempre por un especialista en la ciencia médica, de modo alguno pone en peligro la salud y menos la vida de la abortante.

Se afirma que de producirse la despenalización del aborto practicado en las primeras semanas para todas las mujeres sin importar la condición social a la que pertenecen, se evitará los innumerables abortos clandestinos con sus consiguientes riesgos para la integridad física y hasta la vida de las madres que decidan someterse a la práctica abortiva.

3.4.2.2. Sistema de las indicaciones.

Este modelo sostiene que debe legalizarse la interrupción del estado de gestación, solo cuando concurren circunstancias determinadas que evidencian que el aborto aparece indicado.

Existen cuatro supuestos: la indicación terapéutica o médica, la indicación ética, indicación eugenésica y la indicación social⁽²³⁾.

3.4.2.2.1. La indicación terapéutica.

Consiste en legalizar el aborto cuando el continuar con el embarazo pone en peligro la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave o permanente.

Circunstancias que solo pueden determinarse por los profesionales de la medicina. Para efectuarse necesariamente se requiere el consentimiento de la gestante y ser practicado por un titulado en medicina. Recogen este tipo de indicación las legislaciones de los países de Perú, España, Argentina, Alemania, etc.

3.4.2.2.2. La indicación ética, sentimental, jurídica o humanitaria.

Consiste en permitir el aborto cuando la gestación es producto del delito de violación sexual y, ahora con el avance del derecho genético, también es lícito el aborto cuando el embarazo es producto de una inseminación artificial no consentida. En este tipo de indicación se valora en su real sentido la libertad de la mujer de decidir o no tener el hijo procreado por medio de un abuso sexual violento o por inseminación no que lida. Recogen esta indicación las legislaciones de los países de Argentina, México, España, Uruguay, Brasil, etc.

3.4.2.2.3. La indicación eugenésica.

Consiste en autorizar el aborto cuando se determina que el producto de la gestación nacerá con graves taras físicas o psíquicas de continuarse con él. No hay duda que la

(23) Bettiol, Guiseppe. Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1995, p. 56.

finalidad de esta indicación es prevenir el nacimiento de seres con graves taras degenerativas. Entre los países que recogen, en sus respectivas legislaciones, esta indicación encontramos a España, Alemania, Francia, Italia, etc.

3.4.2.2.4. La indicación social

Consiste en legalizar la interrupción del embarazo cuando por las mismas circunstancias económicas apremiante en que vive la gestante, se concluye que de continuarse con la gestación se producirá una situación de angustiosa necesidad económica para la madre y el infausto niño. Los países europeos que recogen en sus legislaciones esta indicación son Polonia, Dinamarca, Italia, etc.

3.5. El aborto en el Código Penal Peruano

El Código Penal peruano adopta, a priori, un sistema de incriminación el aborto. Pero, a la vez, introduce el sistema de indicaciones de una manera subrepticia, al aludir al aborto terapéutico como único caso no punible. (Artículo 119 - Código Penal)⁽²⁴⁾.

De otro lado, se contempla la indicación ética, cuando la mujer resulta embarazada como consecuencia de una violación (Artículo 120 inciso 1 del Código Penal)^(1,22), y la indicación eugenésica, cuando es probable que el niño salga con graves taras físicas o psíquicas (Artículo 120 inciso 2 del Código Penal)^(1,22), en ambos casos se establece una pena privativa de libertad no mayor de tres meses, lo que en la práctica se traduce en la impunidad de estos hechos, ya que, como bien se sabe, la duración de investigación por parte de la fiscalía es difícil que pueda concluirse en ese periodo de tiempo, teniendo en cuenta que a los cuatro meses y medio prescribe la acción penal.

(24) SANDOVAL PAREDES, José. El Aborto: Análisis de la situación. Lima, Perú. Edit. Soc. Peruana de Obstetricia y Ginecología. 2005, p. 65.

3.5.1. Figuras punibles

3.5.1.1. Autoaborto.

En primera línea de estos injustos, identificamos el tipo penal de auto- aborto, contemplado normativamente en el artículo 114° del C.P. Consiste como la propia norma lo define, en el aborto causado por la propia madre, es decir, la gestante provoca de propia mano la interrupción de la gestación. Sin embargo, la misma tipicidad objetiva hace alusión también, al aborto consentido, que es cometido por un tercero pero asentado por la madre.

Art. 114.- "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".

3.5.1.1.1. Tipo objetivo

La modalidad típica hace alusión al aborto, que se produce como obra generadora de la propia gestante, que a partir de una conducta que se dirige de forma unívoca a dar muerte a su propio hijo. El tipo penal en cuestión no define expresamente la forma de que como ha de realizarse el aborto, por lo que puede ser utilizado cualquier medio, siempre y cuando éste fuese útil e idóneo, para que se pueda perfeccionar la voluntad criminal.

Se habla de que el auto-aborto requiere de una conducta comisiva por parte de la autora del crimen, por lo que se diría que no resulta factible su realización típica mediante una comisión por omisión, según los alcances normativos del artículo 13° del C.P.

3.5.1.1.2. Autoría y participación

Sólo puede ser autor de este injusto, la madre que da muerte a su hijo, mediante actos dirigidos a tal propósito, pues ella tiene el dominio del hecho; cualquier error que haya de presentarse en este caso, puede dar lugar a un aborto no consentido. Son coautores, todos aquellos que se ponen de acuerdo para cometer un delito, determinándose un co-dominio funcional del hecho, que se manifiesta en el reparto de roles; cuando la madre acuerda con un tercero, en virtud de un pago, la ejecución de la práctica abortiva, podría conducir a dicha conclusión, sin embargo, el legislador optó por normar una tipificación penal autónoma (art. 115° del C.P.) para la represión del tercero, de todos modos haciendo alusión a dicha participación en el artículo 114°.

3.5.1.1.3. Tipo subjetivo y formas imperfectas

Sólo es reprimible esta figura a título de dolo, conciencia y voluntad de la gestante de provocar por ella misma la muerte del feto, donde la cognición debe cubrir todos los elementos constitutivos del tipo penal: saber que esta embarazada y que los medios empleados son eficaces para producir la eliminación del nasciturus.

La consumación de esta figura delictiva se alcanza con la muerte del fruto de la concepción, como se sostuvo se trata de un delito de resultado. Será calificada como una tentativa, aquellos actos que se encaminaron a logradicho resultado lesivo, pero que por una serie de circunstancias no logro perfeccionarse; v.gr., la sala de operación lista, para ser sometida a la práctica abortiva la gestante, iniciada ésta, justo se produce una intervención policial; no confundamos el inicio

de la ejecución típica con los actos meramente preparatorios, no resulta punible cuando la madre acude a una farmacia a comprar la sustancia abortiva o cuando acude al centro médico para concertar la cita.

3.5.1.2. Aborto consentido.

La descripción típica de este injusto debe ser entendido de común idea con el articulado antes analizado, en el sentido de que ya el artículo 114° del C.P., hace alusión en su estructuración típica a la conducta del tercero que causa el aborto con asentimiento de la gestante.

“Art. 115.- 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”.

3.5.1.2.1. Tipicidad objetiva

Sujeto activo: Será todo aquel, que realiza la acción típica, menos la madre, pues su intervención será penalizada conforme el tipo penal de autoaborto (art. 114). En principio no se exige una cualidad especial en la persona del agente, pues si éste es un médico, galeno u otro, la conducta será desplazada al artículo 117° (in fine), en vista de la circunstancia agravante que recoge dicha tipificación.

Sujeto pasivo: Es el feto, el fruto de la concepción desde la anidación del óvulo fecundado, hasta antes de iniciarse el proceso del parto. Se requiere que el nasciturus, tenga viabilidad de vida, sin interesar el tiempo de la gestación.

Acción típica: Bajo esta hipótesis delictiva, el agente dirige su plan criminal, a provocar la muerte del feto, mediando acto unívocamente demostrativo a dicha finalidad (factor final), no la encauza entonces, a lesionar a la gestante, pues si así sucede sería un caso de aborto preterintencional. La referencia que hace la ley con la palabra "causa", nos indica que la conducta puede asumir las más variadas manifestaciones, pero siempre destinadas a provocar el aborto.

La declaración de voluntad ha de ser expresa, por lo que no resulta admisible una presunción de asentimiento, a fin de resguardar la univocidad de dicha manifestación. Para Peña Cabrera, el consentimiento también puede ser tácito, pero exteriorizada de manera inequívoca; por ello descartamos la posibilidad de que se identifique lo tácito con lo presunto.

3.5.1.2.2. Autoría y participación

Autores serán todos aquellos que tuvieron el dominio del hecho, en cuanto a la efectiva realización típica, quienes propiciaron de forma directa la interrupción del embarazo. Coautores podrán ser los dos agentes, que de forma concertada, y en franca división del trabajo realizaron las maniobras abortivas, no alcanzando esta previsión legal a los galenos. Quienes únicamente brindaron una contribución, sobretudo a nivel preparatorio, v.gr., quien consiguió cierto material, imprescindible para que el autor pueda ejecutar la actividad típica, serán calificados como cómplices (primarios y/o secundarios); pero si dicha contribución se la facilitan a la madre, para que ella cause su aborto, la complicidad se dará también, en cuanto al artículo 114°.

En el caso de la madre, será penalizada como autora del delito contemplado en el tipo penal de autoaborto, no obstante ser considerada una instigadora de la figura delictiva in comento, pero por razones de política criminal amento una tipificación penal autonómica.

En cuanto al padre, si es que su conducta se dirige a convencer a la madre, será instigador del artículo 114°, a menos que sea él quien realice el aborto, por lo que será autor del artículo 115°, y si se limita a dar el dinero, será considerado como un cómplice primario.

3.5.1.2.3. Circunstancia agravante (preterintencional)

Según los principios que rigen la estructura general de la teoría del delito, que fueron recogidos por el legislador en el Título Preliminar, destaca el principio de culpabilidad, según el cual el autor sólo puede responder por aquellos resultados lesivos y/o puestas en peligro de un bien jurídico, cuando ha de revelarse en él una vinculación anímica -dolo o culpa-, que funge de vinculación subjetiva entre el agente y el injusto penal. Por ello, el agente sólo puede responder penalmente por aquellos resultados que eran cognoscibles, evitables, dominables y/o evitables, por lo que quedan fuera del ámbito de punición, aquellos frutos de la causalidad, del azar, del destino, que por imprevisibles no pueden fundar la atribución de responsabilidad.

En el caso del aborto, la muerte de la mujer debe ser consecuencia directa de la maniobra abortiva, ejecutada por el agente, pero ésta le debió ser previsible, de que los medios empleados eran idóneos para propiciar el deceso de la gestante. Aquello implica que el autor no era en realidad

consciente de que dichos medios, podrían producir el resultado alcanzado, pues de ser así, la muerte de la embarazada sería abarcada a título de dolo eventual, dando lugar a un concurso ideal de un aborto consentido con un homicidio simple (art. 106° del C.P.); quiere decir esto, que si los medios empleados implicaban de por sí un riesgo para la vida de la madre (conciencia del riesgo típico), será un homicidio doloso. Habiéndose producido el aborto, el autor decide matar a la madre, para ocultar su ilícito accionar, será el tipo penal de asesinato para ocultar otro delito, pero a mi entender, en concurso real con aborto consentido.

A fin de poder establecer la imputación de la muerte de la mujer, por vía de la preterintencionalidad, debe descartarse que dicho resultado, fue ocasionado por factores que no podían ser conocidos por el autor; v.gr., cierta enfermedad de la gestante o que estaba consumiendo determinados fármacos, etc.

3.5.1.3. Aborto no consentido.

El artículo 115° del C.P., hace alusión a un aborto consentido, lo que a efectos de penalidad da lugar a una atenuación de la pena, lo que no puede hacer pensar que la madre sea el titular del bien jurídico tutelado, pues el nasciturus es quien recibe la tutela penal en todas estas descripciones típicas, la madre en el caso de las figuras que comprenden el resultado sobrevenido muerte.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, a distinción de la figura anterior, se produce la muerte del feto, pero sin el consentimiento de la mujer gestante, en contra de su voluntad de interrumpe el proceso del embarazo. Mayor disvalor del injusto típico que el legislador ha considerado para efectos de agravar la pena, lo cual es consistente según el principio de culpabilidad.

3.5.1.3.1. Tipicidad objetiva

Sujeto activo: Podrá serlo cualquier persona, menos la madre, pues la tipicidad penal señala que el aborto se comete sin su asentimiento. Debemos descartar también a los médicos, facultativos, farmacéutico, obstetra, pues aquéllos en vista de la cualidad profesional que los asisten son reprimidos según el tipo legal previsto en el artículo 117° del C.P.

Sujeto pasivo: Al igual que las otras tipificaciones penales, lo es el nasciturus, pero en este caso podríamos decir, que de forma inmediata también la madre, quien es objeto de una maniobra abortiva en contra de su voluntad, siendo la ofendida, que duda cabe.

Acción típica: En este caso, el agente realiza la modalidad del tipo penal, dirigiéndola no sólo a la eliminación del feto, mediando maniobras abortivas, sino que previamente ha de procurar que la madre no impida dicha realización, por lo que ésta debe mostrarse renuente a que se de muerte a la vida humana en formación.

Particularidad del tipo penal es la ausencia de consentimiento de la gestante, lo que ha de incidir en ciertos medios que puedan incidir en una voluntad viciada o, dígame en error. Si la negativa se da a posteriori, cuando ya había prestado con anterioridad su asentimiento, deberá tipificarse un aborto consentido, pues no se pueden confundir retractación con arrepentimiento.

3.5.1.3.2. Autoría y participación

Autor será todo aquel que posea el dominio del hecho, que en sus manos haya estado la perpetración y/o frustración del hecho punible. Podrá darse una coautoría, en cuanto a la actividad concertada de dos agentes, uno que se dedica a neutralizar los mecanismos de defensa de la gestante, y por otro, el que se encarga de realizar la práctica abortiva, debiendo concurrir en ambos, el elemento subjetivo exigido en el tipo penal.

Se puede admitir formas de participación, cuando un tercero, colabora con aquel material que será empleado en la realización típica, siempre y cuando, el cómplice conozca que la modalidad típica supone atentar contra el consentimiento de la mujer, pues de no ser así, si éste cree de forma equivocada, que se cuenta con el consentimiento de la embarazada, se le deberá penalizar conforme el artículo 115° del C.P. La pareja de la embarazada, podría estar incurso en este tipo penal, como autor o como partícipe (instigador o cómplice).

3.5.1.3.3. Circunstancia agravante (preterintencionalidad)

Dadas las condiciones en que se ejecuta el aborto en este caso, de hecho que hay una mayor probabilidad de que se produzca la muerte de la gestante, en vista de que ella no presta su consentimiento al mismo, por lo que generalmente supondrá el despliegue de una fuerza suficientemente intensa, para que sobrevenga la muerte de aquella.

De igual forma como se sostuvo en el artículo 115°, el resultado más grave "no querido", para que pueda ser imputado al agente, debe ser sometido al factor

"previsibilidad", es decir, el autor pudo haber evitado el resultado lesivo acaecido, si que hubiese sido más diligente al momento de realizar la acción que desencadenó la muerte de la mujer. Por lo que se dice, que importa una acción dolosa dirigida a causar la muerte del feto, con la muerte de la gestante a título de culpa, lo que en realidad supone un concurso ideal de delitos.

El autor no debe haber medido el alcance nocivo de la conducta que realiza, ora para dar muerte al nasciturus, ora para eliminar la resistencia de la gestante, para conseguir su consentimiento (viciado); no olvidemos que el tipo penal del artículo 116°, puede concurrir con las figuras típicas de lesiones.

Es indiferente que la muerte de la gestante derive de la naturaleza de los medios empleados, de la impericia del agente, del procedimiento abortivo o de las consecuencias posibles de la interrupción del proceso fisiológico del embarazo. Siempre y cuando todas éstas (causas) le hayan sido previsibles al autor, pues si no fuese así sería una responsabilidad objetiva por el resultado.

3.5.1.4. Aborto preterintencional.

Las conductas típicas antes analizadas, constituyen modalidades dolosas de comisión (omisión), en cuanto el autor dirige su conducta (riesgo no permitido) a la causación del resultado penalmente antijurídico, esto es, la muerte del feto; no obstante puede que en algunos casos, la acción ilícita no se dirija directamente a causar la muerte del feto, sino que habiéndose inferido una violencia significativa en el cuerpo de la gestante, puede provocar también la interrupción del embarazo.

“Art. 118.- 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”.

Nuestra legislación penal a diferencia de otras codificaciones, no ha previsto el aborto culposo, que tal vez sería necesario en nuestro país, en virtud de las impericias médicas y de la propia madre, que en muchas oportunidades pueden causar la eliminación del feto. Cuestión de política criminal que habría que analizarse de forma pormenorizada. Lo cierto y concreto es que sólo el factor final del autor (dolo), puede dar lugar a la criminalización propuesta en estos articulados.

Las fórmulas normativas de la preterintencionalidad en los artículos 115° y 116°, en las cuales se reprime un resultado no querido por el autor, la muerte de la gestante; adquiere una estructuración distinta en este caso, si queremos decirlo al revés, pues en este caso, el agente no impulsa fisiológicamente su conducta a la muerte del nasciturus, directamente a provocar su deceso, sino que la acción lesiva es encauzada, hacia la madre, sea mediando una intención de lesionarla o también, porque no de asesinarla. Punto de la cuestión, que tomo en cuenta el legislador, sabiendo que la violencia que se ejerce el agente sobre el cuerpo, el organismo de la madre, puede también -fácilmente-, repercutir en el embrión, causándole su muerte.

3.5.1.4.1. Violencia

Se trata de una violencia suficientemente intensa, para poder desplegar los efectos que de la norma se espera, la muerte del feto. La violencia, en principio, importa el despliegue de una fuerza física, que el autor da impulso en su conducta corporal o mediante objetos, que han de recalar sobre la integridad fisiológica de la embarazada. Pueden ser golpes, lesiones, toda aquella fuerza que recae sobre la mujer embarazada, una leve bofetada no puede aparejar dicha connotación

Tanto implica una violencia golpear a la mujer como utilizar en su contra vías de hecho que no la toquen.

La acepción de violencia debe ser entendida de forma amplia, no podemos restringirla a la fuerza física, puede también exteriorizarse a través de actos de coacción, de amenaza grave (vis compulsiva), que haya generar tal pánico y angustia a la gestante, ocasionándole un estado de crisis, que ha de desencadenar el aborto; (...) son acciones agresivas idóneas (...); así también ha de comprenderse el uso de ciertas sustancias, barbitúricos, fármacos, etc.; que por sus efectos nocivos puedan provocar la muerte del nasciturus, es acá donde el error del agente puede jugar un rol fundamental, no perdamos de vista que el resultado debió haber sido previsible y no toda circunstancia lo es.

3.5.1.4.2. Embarazo notorio

La esfera cognitiva del agente debe de abarcar plenamente el estado de gravidez de la mujer, sobre la cual infiere la violencia de propia mano o a través de otra (autoría

mediata). Esto quiere decir, que deben subyacer ciertos factores que hayan de incidir en dicha afirmación.

Primer dato a saber es el nivel del proceso de gestación, por lo general a partir del tercer mes el bulto en el vientre de la mujer, se hace más notorio, aunque no siempre es así; mas vale precisar que en mujeres obesas, ello puede traer complicaciones de valoración perceptiva. Es preciso que las formas significativas del embarazo aparezcan patentes ante el autor en el momento del hecho.

Según dato a saber, es que se podrá tomar conocimiento del embarazo, a partir de ciertos elementos de juicio, que puedan hacer constar el autor el estado de gravidez de la mujer. Se dijo que el embarazo se hace notorio a partir del tercer mes, pero antes de ello, puedan aparecer otros factores que puedan hacer constar el mismo. Con ello, ciertas personas pueden manejar ciertas informaciones que hagan advertir dicho estado, nos referimos a quienes ostentan una proximidad de parentela con la embarazada; en primera línea, el padre del embrión, quien es por lo general, el primer enterado de la noticia, quien la acompaña al médico, etc., así cualquier otro pariente que haya tomado conocimiento del embarazo. Lo que deberá acreditarse con las pruebas que se ventilen en el proceso penal.

3.5.1.4.3. Concurso de delitos

El tipo penal in comento, tiene como núcleo rector, el empleo de violencia, que debe causar la muerte del feto; empero, dicha fuerza (física y/o psicológica), también puede propinar lesiones graves, hasta la muerte de la gestante.

Un conflicto aparente de normas penales aparece cuando dos tipificaciones penales, por compartir elementos comunes en el contenido del injusto, pueden resultar siendo aplicables ambas. Con tal motivo, se utilizan ciertos criterios delimitadores, que permiten hacer desplazar una figura delictiva, optando por la otra, por adecuarse con mayor precisión a los hechos materia de valoración. De ahí se habla de los principios de consunción, subsidiariedad y de especialidad.

En este caso, la violencia debe ser interpretada como el medio comisivo, que da lugar a la producción del resultado, mas no puede ser entendida como aquella que ha de incidir también en la gestante. Dicho así: la aplicación del tipo penal del artículo 118°, no puede llevar en algunos casos, a consumir por entero, aquellas otras afectaciones lesivas, que deben ser reputadas como lesiones o, inclusive un homicidio de la embarazada, siempre y cuando se cumplan con las exigencias normativas que se contemplan en cada una de estas descripciones típicas.

Si las lesiones no llegan a causar mayor afectación a la mujer, no ajustables al artículo 122°, se deberá penalizar sólo por el artículo 118°, dejando de lado la posibilidad de ser reprimidas a título de falta contra las personas.

3.5.2. Figuras agravantes

Agravante común

En los dos extremos de los arts. 115 y 116 del C.P. peruano en el último párrafo se prevé un incremento de la pena privativa de la libertad, en el primer caso: aborto consentido (de no menor ni mayor de cinco años); en el segundo caso: aborto no consentido (la pena será no menor de cinco y mayor de diez años).

En ambos casos está referido a la circunstancia de “si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever el resultado.

La agravante es de aplicación al autor del aborto doloso, consumado o tentativo, por su sola vinculación causal directa de las maniobras desplegadas por aquél con el resultado letal. Desde luego que se descarta el dolo homicida pues si el tercero hubiese querido matar a la mujer el hecho se encasillaría en el homicidio doloso.

Conforme con el art. 117 del Código Penal, si la persona que realiza el aborto resulta un profesional sanitario, será sancionado además de la pena que le corresponde con la de la inhabilitación prevista en el artículo 36 incisos 4 y 8 del referido Código.

Se descarta la agravante si la muerte se produce con posterioridad a la práctica abortiva, pero por causas que no tengan vinculación con aquellas.

3.5.3. Figura justificada

El aborto terapéutico es la interrupción del embarazo por razones preventivas y/o curativas que se realiza cuando la vida y la salud de una mujer están en riesgo. En el Perú está permitido por ley. Conforme a lo establecido en el artículo citado, no es punible el aborto cuándo es:

En este sentido, el Art. 119 de nuestro ordenamiento penal señala: “No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviera, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”.

- ✓ Practicado por un médico;
- ✓ Con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviera.
- ✓ Cuándo es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

Conforme a lo establecido por los protocolos médicos, estos son sólo algunos de los casos por los que se puede solicitar la interrupción del embarazo por razones terapéuticas:

- ✓ Insuficiencia respiratoria, demostrada por la existencia de una presión parcial de oxígeno menor de 50 mm de mercurio y saturación de oxígeno en sangre menor de 85%.
- ✓ Insuficiencia cardíaca provocada por cardiopatía congénita o adquirida, hipertensión arterial o cardiopatía isquémica.
- ✓ Epilepsia rebelde al tratamiento.
- ✓ Insuficiencia renal crónica.
- ✓ Cáncer invasivo de cuello.
- ✓ Anencefalia.
- ✓ Mujeres en diálisis.
- ✓ Embarazo ectópico no roto.
- ✓ Neoplasia maligna del aparato gastrointestinal que requiera. Tratamiento quirúrgico, radio y quimioterápico.
- ✓ Síndrome de hiperestimulación ovárica refractario al tratamiento.

Conviene señalar que a pesar que no está reglamentado este tipo de aborto, de acuerdo a la Ley General de Salud, ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento o el de la persona legalmente llamada a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo, con excepción de las intervenciones de emergencia. El Código Penal por tanto, exceptúa la penalidad de este tipo de aborto, en la medida que tutela la vida de la madre.

3.5.4. Modalidad atenuada

En el artículo 120 del Código Penal se están planteando dos supuestos: la indicación ética (art.120, 1º) y la indicación eugenésica (art. 120, 2º).

Ambas indicaciones en muchas legislaciones no son punibles; nuestro Código Penal las castiga con una pena irrisoria: ambos supuestos los reprime con pena privativa no mayor de tres meses. En la práctica, la

duración de la investigación policia y la instrucción superan ampliamente estos tres meses, con lo cual consideramos que, de seguirse un proceso, en estos casos nunca se va a condenar a nadie, porque no habrá inconveniente en plantear una excepción de prescripción, ya que prescribiría la acción penal a los cuatro meses y medio, de conformidad con los arts. 83, in fine, y 80, 1°.

Se castiga en el art.120 CP tanto a la mujer embarazada como a los partícipes que intervengan en el aborto, por ejemplo, el médico.

3.5.4.1. Aborto ético (Art. 120, 1 CP)

Consiste en realizar el aborto cuando el embarazo ha sido consecuencia de violación o inseminación artificial no consentida. Su fundamento estriba en la libertad de la mujer para abortar cuando se ha quedado embarazada en contra de su voluntad.

Se requiere violación o inseminación artificial fuera del matrimonio, lo cual de por sí ya es discutible. El delito de violación (art. 120 del CP) puede realizarse tanto fuera como dentro del matrimonio, entonces ¿por qué este supuesto ha de darse fuera del matrimonio?, en otras palabras, ¿por qué, si el tipo base del delito de violación se admite dentro del matrimonio, el aborto ético está limitado?

Asimismo se exige que los hechos hayan sido denunciados, lo cual no concuerda con nuestra realidad, dado que hay resistencia a denunciar tales hechos, sobre todo en el caso de menores; además se debe entender que la denuncia tiene que realizarse en un momento próximo al hecho, si bien nuestro Código Penal no dice nada al respecto. En caso contrario, la mujer podría interponer la denuncia, inmediatamente antes del aborto, por ejemplo a los ocho meses de la violación o inseminación artificial. De otro lado, se exige que los hechos hayan sido investigados cuando menos policialmente

para que la mujer pueda acogerse a este inciso. Con estos requisitos se da una cierta seguridad respecto al efectivo cumplimiento de esta disposición. En la práctica se procede simplemente a la realización de un previo examen médico, con la finalidad de probar la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 120, 1° CP.

3.5.4.2. Aborto eugenésico (Art. 120, 2 CP).

Este tendrá lugar cuando hay una malformación del feto que le ocasione graves taras físicas o psíquicas. El legislador ha dejado abierto este supuesto al no especificar qué se entiende por afección grave física o psíquica. Tampoco ha señalado si esta afección ha de ser perenne, porque plantearía duda la aplicación de este precepto a aquellos casos en los que tales malformaciones sean curables.

Se requiere que exista un diagnóstico médico con la finalidad de dar un pronóstico que tenga cierto grado de seguridad respecto a la afección que padece al feto.

3.5.4.3. La pena.

Ambos supuestos se castigan con la pena privativa de libertad no mayor de tres meses.

3.6. El aborto en la jurisprudencia

A nivel jurisprudencial, debemos reconocer que nuestro tema de investigación no se encuentra muy desarrollado como sí ocurre en otras figuras penales, acaso por una serie de factores que tiene que ver con la idiosincracia social o con los reparos de los juzgadores al momento de castigar este tipo de conductas.

Como se ha visto en los puntos anteriores, el aborto está penalizado en nuestro país, con excepción del que se practica por razones terapéuticas.

Sin embargo, la desproporción entre el número de abortos que se producen, aquellos que son denunciados y, los que terminan en procesos judiciales, revela que si bien la práctica del aborto es ilegal, la sociedad, con su silencio, parece ampararla y de esa manera, tolerar la muerte de miles de mujeres por esa causa.

Desde el Derecho Penal y los estudios de criminología se puede afirmar que las leyes penalizadoras no han cumplido con su finalidad de prevención específica ni general, es decir, la amenaza de una posible sanción no ha logrado inhibir la práctica del aborto, sino más bien, se ha convertido en una forma de ejercer violencia contra las mujeres en múltiples planos. Ello se manifiesta en el incremento de las muertes maternas y en los altos costos que la atención de abortos incompletos y de los problemas derivados de su práctica clandestina representan para los servicios de salud.

En el Perú, desde el primer Código Penal de 1863 hasta el actual de 1991, pese a los cambios sociales y al desarrollo científico y tecnológico, no se ha producido ninguna modificación sustancial respecto al tratamiento del aborto.

El Código Penal de 1924, penalizó todas las figuras de aborto, con excepción del terapéutico. Actualmente el aborto está penalizado con la única excepción del aborto terapéutico, el que se da cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

Esta decisión tiene como marco una posición de tendencia controlista, moralista y represiva del Estado a lo largo de la vida republicana, tendencia que ha invisibilizado durante casi siglo y medio las necesidades y los derechos de las mujeres.

El Código de 1991 reconoce la licitud del aborto terapéutico y recoge como figuras atenuantes los abortos en los que el embarazo es consecuencia de

violación sexual fuera del matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio (abortos éticos), o cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico (aborto eugenésico).

Pese a la opción represiva del Estado, la práctica del aborto está difundida entre las mujeres de todas las clases sociales, y en todo tipo de condiciones, desde la terminación del embarazo efectuada en clínicas por personal calificado, hasta el uso de procedimientos peligrosos aplicados por personal no calificado, y los intentos de las propias mujeres por terminar su embarazo con métodos tradicionales como hierbas abortivas, el exceso de actividad física y la violencia.

La penalización del aborto no ha determinado la disminución de esta práctica en nuestro país, por el contrario ésta ha aumentado; por ejemplo en 1994 se estimó que 271,000 mujeres al año se sometieron a un aborto, en el año 2000 la cifra aumentó a 352,000, y en el año 2003 ascendió a 410,000. Según la investigación realizada en el año 2002, el 5.2% de las mujeres peruanas de 15 a 49 años se provocan un aborto. ¿Qué pasa con las mujeres que llegan a ser procesadas? Poco se sabe de la actuación concreta del sistema de justicia frente a la penalización del aborto, menos de lo que ocurre con las mujeres que llegan a ser procesadas, pues no hay estudios fiables al respecto.

En los juicios revisados donde se declara que las procesadas son responsables de cometer el delito de aborto, ninguna va literalmente a la cárcel, solo se presentan condenas suspendidas o reserva del fallo condenatorio. Por tanto es ínfimo el número de mujeres que llegan a ser procesadas y sentenciadas por abortar. La incidencia de la penalización del aborto está más en el terreno de lo simbólico – cultural que en el terreno de la justicia propiamente dicha. Las mujeres procesadas y sentenciadas son mujeres con escasos recursos y que se sometieron a abortos inseguros. Las complicaciones a las que llegan por haber abortado

en malas condiciones constituyen una prueba fundamental de la ocurrencia del delito.

Como parte culminante de este apartado, hemos creído conveniente reseñar un tópico estrechamente vinculado a nuestro tema de estudio, que es un debate sostenido entre dos autores respecto a la despenalización del aborto sentimental o mal llamado también “aborto ético”, que los últimos años está dando mucho para el debate. Son muchas las razones que se pueden esgrimir en favor de una u otra posición en torno a la despenalización del aborto y las consecuencias jurídicas en la vida de los involucrados, especialmente en la madre.

A nivel de nuestro país, el debate ha continuado incluyendo algunos matices morales o políticos, que hay que reconocer que muchas veces influyen decisivamente en la política persecutoria del Estado. Nos referimos al cruce de opiniones entre los especialistas **Eduardo Oré Sosa**, abogado, Doctor por la Universidad de Salamanca, España, profesor en la Universidad de Lima y Miembro Alternativo de la Comisión Especial Revisora del Código Penal en representación de los colegios de abogados; y la **Dra. Rosa Mavila León**, profesora de criminología y Derecho Procesal en la UNMSM, ambos personajes con posiciones antagónicas en el debate.

El profesor Oré señala en primera instancia que la propuesta de la Dra. Mavila para despenalizar el autoaborto y el aborto consentido —así, de manera libre, sin indicación o plazo de ningún tipo— ha sufrido una serie de cambios que no se condicen con su postura investigativa, pues han variado desde un fundamentalismo pro aborto, hasta una posición media en consonancia con el profesor Prado Saldarriaga.

Los fundamentos del profesor Eduardo Oré los podemos resumir en los siguientes tópicos:

- Enfocar la punición del aborto como un problema de género (desigualdad entre hombres y mujeres) y de justicia social (un lío

entre pobres y ricos) no hace sino poner en evidencia el total desprecio hacia la vida humana que se va gestando en el vientre materno. Se le ignora por completo, de pronto se convierte en un objeto incómodo y desechable, pues “sólo la mujer puede decidir sobre un asunto que concierne directamente a su cuerpo”.

- La amenaza de pena va dirigida a una conducta desvalorada socialmente por constituir una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico digno de protección. En el delito de aborto, el bien jurídico protegido es la vida humana. Que duda cabe de que estamos ante un bien jurídico de gran importancia. El derecho a la vida encuentra reconocimiento —fíjese que no decimos fundamento— en nuestra Constitución y en diversas normas internas e internacionales, las mismas que reconocen el derecho a la vida desde el momento de la concepción.
- Ciertamente es que el consentimiento tiene por virtud eliminar el injusto típico, mas para que ello ocurra se exige una cuestión fundamental: que el autor obre “con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición” (artículo 20 inc. 10 CP). Y es el caso que la madre gestante no es titular del derecho a la vida del concebido, ella no puede disponer libremente de esa vida que lleva en sus entrañas.
- ¡No hay derechos absolutos! Desde el punto de vista jurídico-penal eso no se discute, está sumamente claro. Basta citar la legítima defensa y el estado de necesidad exculpante (este último con el clásico ejemplo de la Tabla de Carneades, donde un naufrago mata a otro con el fin de hacerse de la tabla que sólo puede soportar el peso de uno, para así salvarse) como supuestos donde ese acto de matar no genera responsabilidad penal.

Entendemos que cuando el comisionado Prado Saldarriaga propone despenalizar el aborto eugenésico y el aborto por violación no niega el

desvalor de la conducta (hay merecimiento de pena), pero seguro considera que desde el punto de vista político criminal no hay necesidad de pena, pues, siempre especulando, no se afectaría los fines preventivos del derecho penal.

Finalmente, el autor no está ante la consideración de un método anticonceptivo, sino ante la intención de despenalizar prácticas abortivas, es decir, la muerte de seres humanos. Existen varias páginas de Internet en la que aparecen imágenes de niños que fueron víctimas de un aborto. Resulta realmente difícil ver estas imágenes por su extrema crudeza, pero quizás sea necesario hacerlo para que de una vez por todas se entienda por qué el aborto es un delito y por qué debe seguir siendo sancionado.

A su turno, la doctora Rosa Mávila, quien participó en el debate en su calidad de feminista y defensora de los derechos de la mujer a decidir sobre su sexualidad y derecho a abortar señaló que el Perú tiene la tasa más alta de denuncias por violación en la región de Sud América. El 34% de niñas y adolescentes víctimas de una violación sexual resultan embarazadas. El 38,9% de las mujeres alguna vez unida, fue víctima de violencia física y sexual por parte de su esposo o compañero.

Finalmente, consideramos conveniente para ilustrar nuestro trabajo citar algunos argumentos que en la doctrina se conoce como “tópicos abortistas”, los cuales pasamos a resumir⁽²⁵⁾.

a) La mujer es dueña de su cuerpo

La realidad es que el óvulo fecundado o cigoto posee, reunidos en parejas, 23 cromosomas de la madre y 23 del padre. El ser fecundado es un individuo irrepetible, dotado de una estructura genética única, programada por el ADN, distinta a la de la madre.

(25) Provida.es [Internet]. Federación Española De Asociaciones Provida; 2009 [actualizado 09Ene2009; citado 4 abr 2014]. Disponible en: <http://www.provida.es/valencia/indice%20de%20temas.htm>

Nadie se ha dado a sí mismo ni el cuerpo ni ningún componente de su ser. El padre y la madre son dueños del acto sexual, pero no del fruto de ese acto. Aunque jurídicamente la mujer sea dueña de su cuerpo, éste también es un núcleo de responsabilidades sociales, por ser el lugar en el que ha comenzado una nueva vida. Y esta vida nueva plantea derechos y responsabilidades. La responsabilidad que contraen la mujer y el hombre al engendrar no conlleva un derecho de condenar a muerte al hijo. El nuevo ser depende de condiciones externas, ambientales y maternas; pero eso no añade nada a su ser sustancial, ni lo define como parte del organismo materno.

b) El embrión es una masa sin actividad ni personalidad

El embrión muestra una enérgica individualidad en su funcionamiento. Al sexto día, con sólo milímetro y medio de longitud, comienza a estimular, con un mensaje químico, el cuerpo amarillo del ovario materno para suspender el ciclo menstrual y no ser expulsado. Es una primera afirmación de autonomía. Al decimoctavo día de vida (cuatro después de la falta de la regla) empieza a formarse el cerebro. Su minúsculo corazón late desde el día 21. A los 45 días después de la falta de la regla, el embrión mide 17 milímetros de largo. Tiene manos, pies, cabeza, órganos y cerebro, pudiéndose registrar ondulaciones en el electroencefalograma.

¿El embrión es sólo humano si tiene actividad eléctrica cerebral? Es cierto que el cerebro es el sustrato biológico necesario de toda actividad intelectual humana. Cuando la actividad cerebral falta, se obtiene un electroencefalograma plano. Puesto que el electroencefalograma de un embrión es plano hasta la octava semana del embarazo, ¿significa eso que no es vida humana?

Aparecen aquí dos nuevas cuestiones: en primer lugar, el problema decisivo de saber si lo que otorga carácter humano al embrión es primariamente el funcionamiento del cerebro. En segundo lugar, si

pueden equipararse las dos situaciones aludidas de no funcionamiento del cerebro: la actividad que no ha aparecido todavía y la que ya ha desaparecido.

Si el criterio diferenciador de la vida humana fuese la existencia y funcionamiento, más o menos perfectos, del cerebro, entonces ni el recién nacido estaría en situación de ser considerado como pleno ser humano. Negar al embrión sin actividad cerebral la condición de hombre es tan falaz como negar la condición humana al adolescente porque todavía no es adulto.

¿Puede decirse que el feto no tiene ni alma ni personalidad? No puede decirse que la inteligencia racional aparezca en el niño una vez acaecido el nacimiento. Los psicólogos explican que las funciones específicas de la inteligencia, como intuir, razonar y abstraer, llegan a su plenitud en la adolescencia: ni siquiera están acabadas en la infancia.

c) Una cosa es el 'aborto' y otra la 'interrupción voluntaria del embarazo'

El tópico supone que la falta de regla en la mujer por causa de embarazo puede considerarse como algo anormal que ha de atajarse en cualquier momento; por ejemplo, impidiendo enseguida la anidación del óvulo fecundado, mediante los llamados anticonceptivos orales, muchos de los cuales tienen efectos abortivos sobre el óvulo fecundado, efectos que son suavizados con expresiones como “control de la ovulación, reposo ovárico, regulador del ciclo”, etc.

De hecho estos anticonceptivos orales actúan primero sobre el hipotálamo, por cuyo mecanismo bloquean la ovulación; después sobre las trompas: bien con estrógenos que, al aumentar la movilidad, hacen que el óvulo fecundado llegue al útero antes de

estar preparado para la anidación; bien con gestágenos que, al disminuir la movilidad, hacen que el óvulo llegue tarde al útero, cuando ya ha muerto por falta de nutrición. Asimismo el anticonceptivo actúa sobre la mucosa del útero, impidiendo que el endometrio quede dispuesto para recibir y anidar el óvulo fecundado.

La interrupción del embarazo, por contraceptivos orales en su primera fase, o por métodos más violentos en fases avanzadas, es siempre un aborto; o sea, un atentado que pone fin a una vida humana inocente. Al contrario de las cosas que se interrumpen, no hay modo de volverla a poner en marcha.

d) Legalizar no es aprobar el aborto

Los abortistas confunden realidad con situación de hecho. Esta última es la opresión de un hombre en un campo de concentración, en una explotación minera antihumana, en un aborto provocado. Realidad, en cambio, es el ser del hombre, cuyo desarrollo hay que favorecer. Y la ley no está para mantener situaciones de hecho, sino para lograr que el hombre alcance lo que potencialmente es, protegiéndolo y estimulándolo.

Si la función de la ley fuese consagrar las situaciones de hecho, tendría que ser así en todos los casos, y no sólo en el del aborto. Es cierto que la despenalización (y legalización) no convierte la acción criminal en buena. Pero las estadísticas muestran que, en la práctica, la despenalización del aborto ha implicado su aumento.

Este tópico se mezcla en los siguientes argumentos:

- ✓ Bien está que la criatura nazca cuando es querida previamente por sus progenitores, pero si no la desean o no la han planificado, es una amenaza al equilibrio amoroso de la pareja. Este argumento responde a un enfoque individualista, propio de

capitalistas y liberales. El mayor número de abortos se produce motivado por la afirmación de la libertad sin responsabilidades, o sea, por razones de conveniencia y bienestar.

- ✓ El individualismo ignora que el verdadero ámbito interpersonal es la unión moral de sujetos que realizan un fin conocido y querido por ellos: su bien común. En un ámbito interpersonal con unidad de fin y unidad de voluntades, las relaciones entre personas no están determinadas puramente por los individuos sino por el bien común. Aquí se cumple el adagio: el todo es más que la suma de sus partes. Y es así porque nosotros no nos hemos hecho sexualmente complementarios; ni físicamente aptos para procrear. Asumimos el proyecto de fecundidad en el hijo. Los esposos no son rivales, ni hace cada uno su negocio.

e) **La ley que penaliza el aborto es represiva, en cambio la que lo liberaliza es democrática**

De ningún modo es aceptable que la mayoría pueda decidir acerca de lo que es o no conforme con el bien natural del hombre. En tal caso desembocaríamos una vez más en la tiranía de la mayoría. En el aborto, nadie ha pedido su opinión al que está por nacer a propósito de si quiere o no nacer, ni se le podría pedir. Lo único que aquí cuenta es la naturaleza del embrión, cuya tendencia fundamental es a seguir siendo. No se trata de una materia opinable, sino del hecho cierto, atestiguado por la ciencia, de una vida humana, que no espera para ser real el acuerdo en las opiniones de los mayores.

Quien debe ser respetada es toda persona, no toda opinión, puesto que hay opiniones falsas como la que sostuviera la licitud del aborto. No se puede invocar la libertad de opinión y la democracia para atentar contra los derechos de los demás, especialmente contra el derecho a la vida de un inocente.

El t3pico olvida que an3logamente a como la libertad cuenta con condicionamientos naturales, tambi3n tiene en la conformidad con la ley moral su meta: se trata de un v3nculo que no es establecido por la propia libertad. Y el verdadero progreso est3 en que la actividad del hombre y las leyes sociales se conformen cada vez m3s a esa meta moral.

f) Soluci3n en casos de violaci3n

Seg3n este t3pico, el aborto habr3a que permitirlo cuando el embarazo haya sido consecuencia de una violaci3n, para evitar que una muchacha indefensa quede marcada por el horror y la verg3enza ante la sociedad.

Una vez m3s, hay que respetar los derechos del viviente humano, sin que ello pueda ser modificado por las circunstancias anormales en que se produjo el embarazo. Tales circunstancias aten3an la gravedad de la acci3n, pero no la modifican sustancialmente. Con el aborto s3lo a3ade una nueva culpa a la anterior.

El injusto agresor de la mujer no es el ni3o, sino el violador. ¿Por qu3 no matar al violador? ¿Por qu3 el delito cometido por el padre ha de ser pagado con la vida por el hijo inocente? ¿D3nde hay en el mundo una legislaci3n que sentencie a muerte al hijo de un criminal?

Conviene aclarar que el embarazo por violaci3n es raro. Los Willke indican que un estudio llevado a cabo en St. Paul de Minneapolis sobre 3.500 casos de violaci3n, durante un per3odo de diez a3os, no pudo registrar un solo caso de embarazo. La circunstancia anormal en que una violaci3n se produce impide la concepci3n. En Espa3a, los casos declarados en que se ha abortado bajo este supuesto han pasado de uno por cada 5.000 en 1996 a uno por cada 11.214 en 2007.

3.7. Conclusión.

El delito de aborto existe en el plano jurídico cuando de manera intencional se provoca la interrupción del embarazo, causando con ello la muerte del embrión o feto en el vientre materno o logrando su expulsión antes de tiempo. Frente a ello, el Derecho penal ha concebido una serie de mecanismos con el fin de salvaguardar el bien jurídico protegido, distinguiéndose el sistema de plazos e indicaciones. Por tanto existen posiciones encontradas entre los que consideran que el aborto debe ser reprimido penalmente en todas sus formas, y otros que consideran que el aborto debe ser impune en todas sus modalidades y otros, que sostienen la impunidad en ciertas circunstancias indicadas (ponderación de bienes). Nuestro ordenamiento penal de 1991, pese a haber dispuesto la impunidad del aborto terapéutico, se adhiere a la primera posición, pues reprime todas las demás conductas abortivas. De ese modo, y tal como aparece en nuestro sistema jurídico penal, a la vida humana se le protege de manera rigurosa; pero ello no significa que se le proteja de manera absoluta, pues los derechos absolutos no existen.

4. CAPÍTULO

EL ABORTO SENTIMENTAL EN
NUESTRO ORDENAMIENTO PENAL

4.1. El Aborto.

Cuando nos referimos a la palabra “aborto”, se puede entender la misma, en su sentido etimológico, el cual se podrá encontrar en sus raíces latinas. Empezaremos indicando que “Ab” es un prefijo usado en el latín para indicar negación o privación de algo, mientras que “Ortus” significa origen o nacimiento o el proceso de salida del sol de oriente a occidente, por obvias razones nos referiremos a “Ortus” en su primera connotación.

Entonces tendremos que la palabra “Abortus” será entendida como privación del nacimiento. Entonces por la palabra aborto se puede entender como la privación del nacimiento o una situación en la cual un parto ha sido negado. El sentido que comúnmente se le da a esta palabra -y el cual tomaremos en la presente investigación-será el Aborto como interrupción de un embarazo en función de impedir un correcto parto.

4.2. El aborto y su regulación en el Perú.

A la luz de los conceptos desarrollados en la presente tesis, procederemos a analizar el supuesto denominado como Aborto sentimental (aborto de un embarazo a consecuencia de una violación sexual), en tanto este sería aquel que comprendería dentro de sí, una situación límite al sistema jurídico tal y como lo conocemos y bajo el cual nos encontramos enmarcados.

En el siglo XX, el Código Penal de 1924 desarrolla el supuesto del aborto en su artículo 159, el mismo que indicaba: **...La mujer que por cualquier medio adoptado por ella, o por otro con su consentimiento, causare su propio aborto, sufrirá prisión no mayor de cuatro años....** En este caso, desde el artículo 159 al 164, se indicaban los tipos de aborto sancionables penalmente y no cabían situaciones de atenuaciones de la pena.

Sin embargo, en 1969, se promulgo el Código Sanitario, el cual básicamente replicaba en el artículo 20º la represión del aborto. A diferencia del articulado del código de 1924, este presentaba una excepción al indicar

que el aborto podría darse de presentarse un peligro para la salud o la vida de la madre, es decir, se hablaba de un aborto terapéutico no sancionado. Seguidamente, en 1981 se emite el decreto legislativo N°121, el mismo que indicaba de forma expresa que se permitía el aborto de tipo terapéutico de no haber otro medio para salvar la vida de la madre o si el llevar a cabo el embarazo generará un daño en su salud grave y permanente⁽²⁶⁾.

Actualmente el Código Penal que se encuentra en vigencia es el comúnmente denominado “Código de 1991”, el mismo que en su artículo 120° trata el aborto sentimental y eugenésico de la siguiente manera:...***El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses. 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; cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico....***

4.3. El aborto por violación sexual o “sentimental”

En la actualidad existe un debate constante sobre la viabilidad de la sanción penal del aborto. Tal debate nos presenta con argumentos tanto a favor como en contra, en ese sentido presentaremos ambas posturas sobre el aborto, para posteriormente presentar la toma de postura final de nuestra parte.

4.4. Posturas en contra y a favor de la despenalización del aborto sentimental o por violación sexual.

Con respecto a este conjunto de posturas, consideramos que es viable

(26) GARCÍA DEL RIO, Flavio. Manual de Derecho Penal. Lima: Editorial Ediciones Legales Iberoamericana, 2004.

resumirla en dos grupos, las posturas de carácter jurídico esbozadas por académicos en el Perú y las posturas de carácter ético-religioso esbozadas comúnmente por grupos religiosos y grupos civiles conocidos como “Provida”⁽²⁷⁾.

4.4.1. Posturas en contra de la despenalización del aborto por violación sexual.

Con respecto a los académicos que se han manifestado claramente contra el aborto, deberemos decir que las posturas más contemporáneas en el marco nacional pueden a su vez ser representadas por un lado por el profesor Eduardo Oré Sosa y por el otro el profesor José Antonio Caro John.

a) El derecho debe satisfacer las expectativas normativas de la sociedad en materia de aborto.

El profesor Caro empieza su desarrollo teórico indicando con respecto a los argumentos propuestos para despenalizar el aborto en determinados supuestos (eugenésico y sentimental) por la comisión revisora del código penal^(1,25), que los mismos *—...no reflejan la identidad normativa de la sociedad de nuestra época ni captan el tratamiento normativo del arraigado espíritu del aborto en los ordenamientos jurídico contemporáneos.*

Así, conforme se puede desprender del texto, no cabría alegar la despenalización del aborto en tanto la sanción del mismo refleja las expectativas normativas de la población y estas expectativas con respecto a la vida del feto *son su indiscutida protección.* Tales expectativas, a su vez, responden a un proceso histórico social de evolución.

b) El bien jurídico “Vida del Concebido” debe ser tutelado penalmente de forma indiscutida.

(27) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Aborto y Exposición o Abandono en Peligro. Edición 1°. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero, 2004; p 45.

El profesor Oré enfoca su crítica a la despenalización del aborto desde la postura de la tutela de los bienes jurídicos como fin del derecho penal: *atentan contra un bien jurídico de máxima importancia en cualquier sociedad regida bajo los cánones de un Estado democrático de Derecho: el derecho a la vida. Sin el respeto del derecho a la vida(...) los demás derechos pierden sentido...*

Así, el bien jurídico a tutelar dentro de la lógica planteada por el profesor Oré, no será otro más que la vida del feto. Así siendo que el feto, desde la lógica del citado profesor, constituye vida humana por su mera existencia y por ende merece toda la protección que el Estado por medio del derecho penal pueda ofrecerle.

En ese sentido podemos apreciar su texto cuando hace el cuestionamiento a la falta de necesidad de la pena en algunos supuestos: *...Entendemos que cuando el Dr. Víctor Prado propone despenalizar el aborto eugenésico y el aborto por violación no niega el desvalor de la conducta (hay merecimiento de pena), pero seguro considera que desde el punto de vista político criminal no hay necesidad de pena. Como los casos arriba señalados de los hurtos entre padres e hijos, o los delitos de bagatela, donde se estima innecesaria la intervención del derecho penal.*

Podemos concluir que en tanto el feto constituye de por sí, en cualquier momento de su existencia, una vida humana y la vida humana merece toda la protección del derecho penal, el bien jurídico a tutelar será la vida.

4.4.2. Posturas a favor de la despenalización del aborto por violación sexual.

Siguiendo el orden planteado previamente, tal y como dentro de las posturas en contra de la despenalización del aborto presentamos dos argumentos que nos parecían lo suficientemente claros para ser expuestos

como un marco de discusión del tema central del presente capítulo, corresponde realizar lo mismo con respecto a los argumentos planteados a favor del aborto.

a) La libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo.

Uno de los argumentos más comunes que se esgrime para postular la despenalización del aborto es el hecho de que la mujer como ser humano autónomo, tiene derecho a ejercer la autonomía con todas las libertades civiles que le correspondan, de tal manera podrá realizar su plan de vida buscado⁽²⁸⁾. Así, en tanto el feto constituye **una existencia dentro del cuerpo de la mujer**, esta estaría en capacidad de disponer de él, en ejercicio del derecho a la libertad de autodeterminación sobre el propio cuerpo.

En tanto la mujer considere que no desea tener al feto dentro de ella y menos, llegar al parto, debido a cualquier consideración que ella considere pertinente, cualquier norma que la obligue a llevar tal **carga** consigo, será considerada como vulneradora de su derecho constitucionalmente reconocido a la libertad. Asimismo, Ibáñez y García-Velazco indica sobre esta libertad enfocada a la maternidad: *—...Derecho este, de libre maternidad, que es facultad y opción de la mujer, nunca obligación; expresión de su libertad y exponente de su personalidad, y como se ha dicho recientemente, la expresión de la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida.*

En tanto se alega un derecho de carácter constitucional a la libertad, consideramos este argumento de carácter jurídico y por ende lo colocamos al mismo nivel que los argumentos planteados

(28) PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Política Criminal Peruana. Lima, Perú. Cultural Cuzco S.A., Editores, 1985, p. 45.

desde la lógica penal por los autores citados en el punto previo. De tal forma procederemos ahora a presentar el segundo argumento a favor del aborto que se presenta de forma más recurrente en los debates con respecto a la despenalización del mismo⁽²⁹⁾.

b) El número de abortos ilegales en el Perú como referencia de inutilidad de la sanción penal

En el año 2006 se desarrollo en el Perú un estudio muy interesante que refleja el nivel de abortos en el Perú, en ese sentido, las conclusiones de tal estudio fueron las siguientes: ... *De acuerdo a la ENDES 2004-2005, el 57% de nacimientos ocurridos en los últimos cinco años se produjeron sin que sus padres los hubieran deseado.*⁽³⁰⁾ *Esta cifra en caja con estadísticas sobre exposición al riesgo de embarazo. En el país de 3.8 millones de mujeres sexualmente activas, alrededor del 30% o sea 1.4 millones está en riesgo de salir embarazada sin desearlo.*⁽³¹⁾ *Frente a esta contingencia algunas optan por tener un hijo no deseado y otras por interrumpir el embarazo. En este sentido cada año se producirían 376 mil abortos clandestinos en el país y aproximadamente 1.8 millones de nacimientos no deseados.*⁽³²⁾

A raíz de las cifras derivadas en la citada investigación, se apela al alto número de abortos ocurridos en el país para proponer que su despenalización sea el reflejo de un comportamiento que se viene dando desde hace largo tiempo dentro del estado peruano. En ese sentido, se propone que en base a la información obtenida acerca de la cantidad de personas (mujeres) que incumplen con la

(29) FIGARI Rubén – PARMA Carlos. El Homicidio y Aborto en la legislación peruana. Lima: Editora Jurídica Motivensa, 2010.

(30) HUGO VIZCARDO, Silfredo. Delitos contra la vida el cuerpo y la salud. Primera Edición. Lima: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

(31) ARCE GALLEGOS, Miguel. El Delito de Violación Sexual. Lima: Editorial Adrus, 2010.

(32) CASTILLO ALVA, José Luis El Delito de Aborto. Lima: Ara Editores 2009.

normatividad vigente y llevan a cabo un aborto, se expresa en políticas que permitan eliminar las desigualdades sociales y beneficiar a las mujeres que se ven obligadas a llevar a cabo el aborto.

Como argumento adyacente al previamente presentado, también se indica que en realidad, la norma penal únicamente genera un perjuicio contra aquellas ciudadanas que no tienen los medios económicos para pagar por el secreto profesional de médicos y personal capacitado, ya que es *voxpopuli* que un aborto en el Perú puede realizarse de forma higiénica y segura detener los medios económicos necesarios.

4.5. Conclusión

Lo que concluimos de este capítulo de nuestra investigación es que como regla general, en la norma peruana el aborto es punible, descriminalizándose únicamente el aborto terapéutico, según tipifica el artículo 119° del Código Penal. En cuanto al aborto sentimental y el eugenésico, regulados en el artículo 120, se sancionan de manera atenuada, por lo cual se les denomina “delitos de aborto privilegiado”. Como se puede apreciar, en nuestro país solo un tipo de aborto está permitido: aquel que se practica cuando es “el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”, según el artículo 119 del Código Penal⁽¹⁾. Frente a la violación sexual que sufre una mujer, el concebido que eventualmente se produzca de dicho acto cae dentro de la esfera de protección jurídica que el Derecho penal le asigna a este tipo de ilícitos, por sobre la voluntad de la mujer y de las propias circunstancias que rodean al acto.

5. CAPÍTULO

METODOLOGÍA

5.1. Tipo de la investigación

5.1.1. Por su Profundidad: Descriptiva- Explicativa

La presente investigación por su profundidad tiene carácter **descriptiva**, por cuanto la intención de nuestro trabajo es determinar si existe una laguna jurídica en la redacción del Art. 120 del Código Penal, en el sentido de considerar la punibilidad del aborto de la mujer que ha sido víctima de una violación sexual dentro del matrimonio, y es **explicativa** pues en el presente trabajo explicaremos la problemática jurídica que esta situación supone, a la vez que proponemos una solución acorde con los principios de las ciencias jurídico penales, tales como el de proporcionalidad y razonabilidad.

5.1.2. Por su Finalidad: Básica

Consideramos que nuestra investigación es de carácter **básico** pues se ha recurrido a las fuentes jurídicas y la realidad, con el objeto de acrecentar los conocimientos jurídicos sobre el tema del “aborto sentimental” entre los operadores del derecho, con el objeto de salvar las situaciones que se presenten bajo esta laguna jurídica del Art. 120, que muchas veces genera confusión entre los justiciables y los mismos juzgadores.

5.2. Metodos.

5.2.1. Método científico.

El **método científico**, se refiere a la serie de etapas que hay que recorrer para obtener un conocimiento válido desde el punto de vista científico, utilizando para esto instrumentos que resulten fiables. Lo que hace este método es minimizar la influencia de la **subjetividad** del científico en su trabajo, lo cual ha sido aplicado a nuestra investigación sobre el aborto sentimental y su problemática jurídica vinculada al Art. 120 *ab initio*.

5.2.2. Métodos lógicos.

5.2.2.1. Método Inductivo

Este método se caracteriza porque sus inferencias van de lo particular a lo general, o de los hechos a la teoría. También puede decirse que es el razonamiento que, partiendo de casos particulares, se eleva a conocimientos generales. En nuestro caso este método ha sido utilizado tanto en la recolección de la información, así como en la elaboración del marco teórico al establecerse las categorías jurídicas desde lo general a lo particular.

5.2.2.2. Método Deductivo

A contrario del método anterior, el método deductivo va de lo general a lo particular, y se obtiene el juicio de una sola premisa, es decir que se llega a una conclusión directa sin intermediarios. El método deductivo lo hemos aplicado al tema de nuestro trabajo a partir de los aportes doctrinarios para arribar a conclusiones que tengan que ver con los criterios jurídicos para determinar que existe una laguna jurídica en lo dispuesto en el Art. 120 referido al aspecto punible de un aborto de un embarazo producto de una violación sexual.

5.2.2.3. Método Analítico

Este método se apoya en que para conocer un fenómeno es necesario descomponerlo en sus partes, pues el término 'análisis' tiene una raíz griega que significa 'descomposición'. En nuestro trabajo ha sido fundamental en la elaboración de la dispersión del marco teórico, pues hemos propuesto una desagregación temática del delito de violación sexual y el delito de aborto, sus principales características y sanciones, así como la regulación jurídica que nuestro ordenamiento penal prevee para estos delitos.

5.2.2.4. Método Histórico

El método histórico está vinculado evidentemente al conocimiento de las distintas etapas de los objetos en su sucesión cronológica, esto es, su historia particular, las etapas principales de su desenvolvimiento y sus conexiones históricas fundamentales. Este método nos permitió tener una visión amplia de la regulación del delito de aborto en nuestro país, desde sus primeras manifestaciones legales y su incorporación en los diversos códigos penales hasta la regulación que se tiene hoy en día.

5.2.3. Métodos jurídicos.

5.2.3.1. Método Doctrinario

Utilizado para seleccionar información con bases doctrinarias, extrayendo las distintas posturas sobre el tema a investigar tanto de autores nacionales como internacionales sobre la temática del aborto, las mismas que fueron plasmados en los diversos capítulos de nuestro marco teórico.

5.2.3.2. Método Interpretativo

Empleado esencialmente para lograr procesar la información, delimitar conceptos y obtener soluciones, de acuerdo a lo planteado en los objetivos generales y específicos de nuestra investigación.

5.3. Técnicas e instrumentos de investigación

Las técnicas y los instrumentos utilizados en la presente investigación han sido:

5.3.1. De la recopilación documental

Técnica aplicada mediante la referencia a la doctrina de diferentes juristas tanto nacional como extranjeros, así como a la legislación comparada sobre el tema materia de nuestro estudio.

5.3.2. Del fotocopiado

Técnica que mediante el instrumento fotocopia, nos permitió utilizar el avance de la tecnología para contar con reproducciones de los libros y revistas que me sirvieron de soporte bibliográfico en el desarrollo del tema y procesamiento de la información relacionada a ello, analizarlas una y otra vez hasta poder entenderlas y comprenderlas en su verdadera dimensión.

5.3.3. Del internet.

Técnica por la cual logramos acceder a páginas webs para complementar nuestro marco teórico, especialmente al momento de cotejar el contexto histórico y el derecho comparado con nuestra legislación.

5.4. Tecnicas de recolección de información.

5.4.1. 1º Paso:

Se visitó las bibliotecas a fin de encontrar, recabar información necesaria de libros, y en ello la aplicación de la técnica de observación. Se visitó las bibliotecas locales, entre ellas: La universidad Privada Antenor Orrego, Universidad Nacional de Trujillo y se fotocopió la información correspondiente relacionada a la elaboración del marco teórico, asimismo se utilizó la técnica del internet con su instrumento de páginas web.

5.4.2. 2º Paso:

Construcción de instrumentos, como las diversas carpetas digitales para el almacenamiento de materiales útiles para nuestra investigación, casos específicos y aproximaciones del Derecho comparado.

5.4.3. 3º Paso:

Visita a diversas instituciones que podrían tener relación con el desarrollo de nuestro trabajo teórico y práctico: Universidades, Estudios jurídicos privados, de donde se pudo recabar valiosísima información

respecto al tema de nuestra investigación sobre la regulación del aborto y la laguna jurídica existente a nivel del Art. 120 del Código Penal.

5.4.4. 4º Paso:

Análisis y depuración de los datos documentales y doctrina conseguidos, con el fin de seleccionar los materiales más concurrentes que nos ilustren sobre el tema que estamos desarrollando.

5.4.5. 5º Paso:

Redacción del informe final de nuestra tesina, teniendo en cuenta todo lo recolectado en los pasos anteriores, así como las observaciones realizadas en el desarrollo del mismo.

5.5. Diseño de presentación del informe

Esta investigación ha sido realizada en los siguientes capítulos.

El Capítulo I contiene el Planteamiento del Problema, el enunciado de la hipótesis, variables, objetivos y la respectiva justificación de la investigación.

El Capítulo II está referido al análisis de los delitos de violación sexual en nuestro ordenamiento penal, tocando temas tales como la orientación del Código Penal de 1991, Bien Jurídico protegido en los delitos sexuales, Penalidad, Tipo Objetivo, Tipo Subjetivo.

El Capítulo III está referido a la Criminalización y Discriminización del aborto, donde se incluyen temas como el aborto en la historia y en la doctrina, Problemática del aborto, Sistema criminalizador, Sistema discriminizador, así como las figuras reguladas en nuestro vigente Código Penal.

El Capítulo IV está referido al análisis a la metodología empleada para esta investigación, esto es, el tipo de investigación, los diversos métodos lógicos y

jurídicos, así como las tácticas en la recolección de la información y el diseño de presentación de este informe.

El Capítulo V se encuentra referido al diseño de la investigación de la presenta tesis.

Después, se encuentran las conclusiones, referencias bibliográficas, se incluirán las conclusiones de nuestro estudio, la propuesta legislativa y las referencias bibliográficas.

6. CAPÍTULO

PROPUESTA LEGISLATIVA

6.1. REDACCIÓN ACTUAL DEL ART. 120 AB INITIO:

“Artículo 120.- 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;...”

DEBERÍA DECIR:

“Artículo 120.- El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

*1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual **tanto dentro** como fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida...”*

FUNDAMENTO:

El fundamento importante para proponer una propuesta legislativa es eliminar el vacío legal, a través de una ampliación normativa, es decir incluyendo la expresión **“tanto dentro como fuera del matrimonio”** en la parte inicial del artículo 120 del Código Penal; pues de esta forma nos aseguramos que la voluntad de la mujer, independientemente de su situación marital no sea vulnerada, como se podría colegir del texto actual del Art. 120 ab initio. Además, siendo que el tipo base del delito de violación sexual admite la comisión dentro del matrimonio, el aborto sentimental está siendo limitado en su tipicidad como en su penalidad, pues se podría colegir que solamente está sancionado severamente el delito de violación que se comete fuera del matrimonio, más no el que se comete dentro, para lo cual la pena es reducida a no mayor de tres meses.

7. CAPÍTULO

CONCLUSIONES

1. **PRIMERA:** En esta investigación se ha logrado determinar la existencia de un vacío legal a nivel del art. 120 ab initio del Código Penal al no haber considerado dentro de su estructura típica el aborto practicado por la esposa que ha sido víctima de una violación sexual por parte de su cónyuge, por lo que dicho artículo contiene una lamentable laguna jurídica al no considerar a la esposa dentro del privilegio señalado en dicho dispositivo, dando lugar a que el juzgador pueda tener una interpretación errada al momento de su aplicación.

2. **SEGUNDA:** El Derecho ha tenido desde sus orígenes una preocupación particular por los comportamientos sexuales de los individuos, en el entendido que su libertad sexual es un bien jurídico que debe ser tutelado. Las diversas normas que se han dado en nuestro ordenamiento penal han ido variando conforme el cambio de los tiempos, desde una protección moralizante hasta el reconocimiento pleno de la autonomía de la voluntad para la disposición de las relaciones sexuales, incluyendo una serie de nuevas conductas que involucran la intimidad, indemnidad sexual, obscenidades, entre otros tópicos abordado en el Código Penal peruano.

3. **TERCERA:** El Derecho penal ha concebido una serie de mecanismos con el fin de salvaguardar el bien jurídico protegido en los delitos de aborto, distinguiéndose el sistema de plazos e indicaciones. Por tanto existen posiciones encontradas entre los que consideran que el aborto debe ser reprimido penalmente en todas sus formas, y otros que consideran que el aborto debe ser impune en todas sus modalidades y otros, que sostienen la impunidad en ciertas circunstancias indicadas (ponderación de bienes).

4. **CUARTA:** Nuestro ordenamiento penal de 1991, pese a haber dispuesto la impunidad del aborto terapéutico, se adhiere a la posición sancionadora, pues reprime todas las demás conductas abortivas. De ese modo, y tal como aparece en nuestro sistema jurídico penal, a la vida humana se protege de manera rigurosa; pero ello no significa que

se la proteja de manera absoluta, pues los derechos absolutos no existen, de ahí que el mismo código haya dispuesto una serie de atenuantes y agravantes en torno al delito de aborto.

5. **QUINTA:** En nuestro país solo un tipo de aborto está permitido: aquel que se practica cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente. Frente a la violación sexual que sufre una mujer, el concebido que eventualmente se produzca de dicho acto cae dentro de la esfera de protección jurídica que el Derecho penal le asigna a este tipo de ilícitos, por sobre la voluntad de la mujer y de las propias circunstancias que rodean al acto.

8. CAPÍTULO

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. JURISTA EDITORES.

Código Penal. Edición actualizada. Lima: Jurista Editores E.I.R.L, 2013.

2. SALINAS SICCHA, Ramiro.

Derecho Penal: parte especial. Edición 3°. Lima: Lustita Editores, 2008.

3. ROY FREYRE, Luis.

Derecho penal peruano, parte especial. Lima: Instituto Peruano Ciencias Penales, 1974.

4. DÍEZ RIPOLLÉS, José.

Derecho penal español: parte general en esquemas. Edición 2°. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2009.

5. BRAMONT-ARIAS, Luis; GARCÍA CANTIZANO, María.

Manual de derecho penal: parte especial. Edición 4. Lima: Editorial San Marcos, 1998.

6. CARO CORIA, Dino; SAN MARTÍN CASTRO, César.

Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: Aspectos penales y procesales. Edición 2°. Lima: Editorial Grijley, 2000.

7. HERNÁNDEZ CAJO, Teresa.

Legislación nacional en materia de delitos sexuales: situación actual y propuestas de reforma. En: Comentarios Jurídicos. Los derechos de la Mujer. Tomo II. Primera Edición. Lima: Editorial DEMUS, Noviembre de 1998. Pág. 47.

8. HURTADO POZO, José.

Delitos sexuales y Derechos de la Mujer. En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Problemas Actuales de la Administración de Justicia en los Delitos Sexuales. Lima: Editorial Defensoria del Pueblo, 2000. Pág. 38.

9. VILLANUEVA FLORES, Rocío.

La Violencia Sexual: un problema de seguridad ciudadana. En: VILLANUEVA FLORES Rocío. Las voces de las víctimas, Serie Informes Defensoriales Vol No. 21. Lima: Editorial Defensoria del Pueblo, 2000.

10. ELPERUANO.COM.PE [Internet].

Lima: El Peruano; 1994 [actualizado 11 Feb 1994; citado 4 abr 2014]. Disponible en: <http://docs.peru.justia.com/federales/leyes/26293-feb-11-1994.pdf>

11. ELPERUANO.COM.PE [INTERNET].

Lima: El Peruano; 2001 [actualizado 12 Jul 2006; citado 16 abr 2014] Disponible en: <http://docs.peru.justia.com/federales/leyes/27472-jun-4-2001.pdf>

12. ELPERUANO.COM.PE [Internet].

Lima: El Peruano; 1994 [actualizado 12 Jul 2001; citado 4 abr 2014]. Disponible en: <http://docs.peru.justia.com/federales/leyes/27507-jul-12-2001.pdf>

13. ELPERUANO.COM.PE [INTERNET].

Lima: El Peruano; 1999 [actualizado 18 Jul 2005; citado 10 abr 2014]. Disponible en: <http://docs.peru.justia.com/federales/leyes/27115-may-15-1999.pdf>

14. VALENCIA M., Jorge Enrique.

Estudios de derecho penal especial. Edición 2°. Medellín: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1990; p. 296.

15. CASTILLO ALVA, José Luis.

Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2002; p. 19.

16. AMUCHATEGUI REQUENA, IRMA.

Derecho Penal. Ciudad de México: Editorial HARLA, 1993; p. 299.

17. PAHO.org[Internet].

Oficina regional de la organización mundial de la salud; 2012 [actualizado 09Mar2012; citado 14 abr 2014]. Disponible en: <http://www.paho.org/blogs/chile/?p=87>

18. ARIAS TORRES, Luis; GARCIA CANTIZANO, Maria.

Manual de Derecho Penal - Parte Especial. 4° Edición Aumentada y actualizada. Lima: Editorial San Marcos, 2009; p. 222.

19. CARLOS PARMA, Rubén.

El homicidio y el aborto en la Legislación Peruana. 2010.

20. SÁNCHEZ PÉREZ, Jorge.

Análisis del aborto derivados de casos de violencia sexual dentro del modelo jurídico vigente en el Perú. Primera Edición. Lima: Editorial PUCP, 2011; p. 76.

21. ROY FREYRE, Luis.

Derecho penal peruano: Parte especial. Tomo I. 2da. Edición. Lima: Editorial San Marcos, 1996; p. 178.

22. BETTIOL, Guiseppe.

Derecho Penal: Parte General. Bogotá – Colombia: Editorial Temis, 1995;p. 56.

23. SANDOVAL PAREDES, José.

El Aborto: Análisis de la situación. Lima, Perú. Edit. Soc. Peruana de Obstetricia y Ginecología. 2005, p. 65.

24. PROVIDA.ES [Internet].

Federación Española de Asociaciones Provida; 2009 [actualizado 09 Ene 2009; citado 4 abr 2014]. Disponible en:
<http://www.provida.es/valencia/indice%20de%20temas.htm>

25. GARCÍA DEL RIO, Flavio

Manual de Derecho Penal. Lima: Editorial Ediciones Legales Iberoamericana, 2004.

26. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan

Aborto y Exposición o Abandono en Peligro. Edición 1º., Lima: Editorial Jurídica Portocarrero, 2004; p 45.

27. PRADO SALDARRIAGA, Víctor.

Política Criminal Peruana. Lima, Perú. Cultural Cuzco S.A., Editores, 1985, p. 45.

28. FIGARI Rubén – PARMACarlos

El Homicidio y Aborto en la legislación peruana. Lima: Editora Jurídica Motivensa, 2010.

29. HUGO VIZCARDO, Silfredo.

Delitos contra la vida el cuerpo y la salud. Primera Edición. Lima: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

30. CASTILLO ALVA, José Luis

El Delito de Aborto. Lima: Ara Editores 2009.

31. ARCE GALLEGOS, Miguel

El Delito de Violación Sexual. Lima: Editorial Adrus,
2010.