

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



“LA PROHIBICIÓN DEL ABORTO SENTIMENTAL POR VIOLACIÓN  
SEXUAL Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LA MUJER EN EL PERÚ  
- 2019”

---

**TÉSIS PARA OBTENER EL**  
**TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

---

**AUTOR:**

Br. Rosa Elizabeth Guerra Mariños

**ASESOR:**

Dr. Raúl Lozano Peralta

Trujillo – Perú

2020

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



“LA PROHIBICIÓN DEL ABORTO SENTIMENTAL POR VIOLACIÓN  
SEXUAL Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LA MUJER EN EL PERÚ  
- 2019”

---

**TESIS PARA OPTAR POR EL  
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

---

**AUTOR:**

Br. Rosa Elizabeth Guerra Mariños.

**ASESOR:**

Dr. Raúl Lozano Peralta.

Trujillo – Perú

2020

## **DEDICATORIA**

A mis queridos padres José y Carmen, quienes, con su paciencia, orientación y apoyo económico, han permitido que se concretice mi formación académica como abogado en ésta prestigiosa universidad.

## **AGRADECIMIENTO.**

Agradecimiento especial a los profesores que contribuyeron en mi formación académica para mi futura vida profesional, a mis amigos que estuvieron siempre en momentos difíciles, y a las personas que colaboraron en el desarrollo de la tesis.

## RESUMEN

El presente informe de tesis tuvo como objetivo general el determinar de qué manera la prohibición del aborto sentimental por violación sexual prescrito en el código penal, se expresa en los derechos constitucionales que se le reconoce a la mujer.

En la etapa de recopilación de datos para la elaboración de los capítulos del marco teórico se utilizó las fuentes de consulta como son libros, revistas jurídicas, legislación nacional y comparada, jurisprudencia, empleando como instrumento de acopio de información las fichas de registro y de investigación.

En cuanto a los resultados de la investigación desarrollados en los capítulos del marco teórico se obtuvo que la penalidad del aborto sentimental por violación sexual hacen inviable que una persona sea sancionada por este delito porque prescribiría de manera inmediata en pleno proceso judicial, que los derechos constitucionales vulnerados son la dignidad humana, el libre desarrollo de su personalidad, el derecho de salud reproductiva, entre otros, y que el control difuso se aplica en Colombia y Argentina, mientras que su despenalización lo ubicamos en países como España, Argentina, Chile, México, Bolivia y en el Protocolo de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos de los Pueblos en materia de Derechos Humanos de las Mujeres de África.

La conclusión principal del trabajo de investigación es que, la prohibición del aborto sentimental por violación sexual se expresa de manera inconstitucional al vulnerar los derechos constitucionales que se le reconoce a la mujer, como dignidad humana (artículo 1), el libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 inciso 1) y salud reproductiva (artículo 7), por lo que se recomienda el ejercicio del control difuso y la ulterior despenalización por indicaciones y plazos del aborto sentimental por violación sexual.

Palabras claves: Aborto sentimental, violación sexual, dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y salud reproductiva.

## **ABSTRACT**

The purpose of this thesis report was to determine how the prohibition of sentimental abortion due to sexual violation prescribed in the penal code is expressed in the constitutional rights that are recognized for women.

In the data collection stage for the elaboration of the chapters of the theoretical framework, the sources of consultation were used, such as books, legal journals, national and comparative legislation, jurisprudence, using the information and registration forms as an instrument for gathering information.

Regarding the results of the research developed in the chapters of the theoretical framework, it was obtained that the penalty of sentimental abortion due to sexual violation makes it unfeasible for a person to be sanctioned for this crime because it would immediately prescribe in the legal process that constitutional rights Violated are human dignity, the free development of his personality, the right to reproductive health, among others, and that diffuse control is applied in Colombia and Argentina, while his decriminalization is located in countries such as Spain, Argentina, Chile, Mexico, Bolivia and the Protocol to the African Charter on the Human Rights of Peoples in the Human Rights of Women in Africa.

The main conclusion of the research work is that, the prohibition of sentimental abortion for sexual violation is unconstitutionally expressed by violating the constitutional rights that are recognized for women, as human dignity (article 1), the free development of personality (Article 2, subsection 1) and reproductive health (Article 7), therefore the exercise of diffuse control and subsequent decriminalization for indications and terms of sentimental abortion for sexual violation is recommended.

**Keywords:** Sentimental abortion, rape, human dignity, the free development of personality and reproductive health.

## ÍNDICE

<b>DEDICATORIA.....</b>	<b>iii</b>
<b>AGRADECIMIENTO. ....</b>	<b>iv</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>v</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>vi</b>
<b>ÍNDICE .....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>10</b>
<b>1.1. El problema. ....</b>	<b>11</b>
<b>1.1.1. Planteamiento del problema.....</b>	<b>11</b>
<b>1.1.2. Enunciado .....</b>	<b>16</b>
<b>1.2. Hipótesis. ....</b>	<b>16</b>
<b>1.3. Objetivos.....</b>	<b>17</b>
<b>1.3.1. Objetivo General.....</b>	<b>17</b>
<b>1.3.2. Objetivos Específicos .....</b>	<b>17</b>
<b>1.4. Justificación.....</b>	<b>17</b>
<b>1.5. Antecedentes.....</b>	<b>18</b>
<b>1.6. Marco conceptual.....</b>	<b>21</b>
<b>CAPÍTULO II: EL DELITO DE ABORTO SENTIMENTAL POR VIOLACIÓN SEXUAL EN LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN NACIONAL .....</b>	<b>22</b>
<b>2.1. Aspectos generales del delito de aborto. ....</b>	<b>23</b>
<b>2.2. El aborto ético o sentimental por violación sexual.....</b>	<b>35</b>
<b>2.2.1. Descripción típica.....</b>	<b>35</b>

2.2.2. Fundamento político criminal. ....	35
2.2.3. Tipicidad objetiva. ....	37
2.2.4. Tipicidad subjetiva.....	42
2.2.5. Consumación.....	43
2.2.6. Penalidad.....	44
<b>CAPÍTULO III: DERECHOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS POR LA PROHIBICIÓN DEL ABORTO SENTIMENTAL POR VIOLACIÓN SEXUAL ....</b>	<b>46</b>
3.1. Aspectos generales sobre derechos fundamentales de la persona. ....	47
3.2. Derechos constitucionales vulnerados por el aborto sentimental por violación sexual. ....	50
3.2.1. Dignidad de la persona humana.....	51
3.2.2. El libre desarrollo de la personalidad. ....	54
3.2.3. La salud reproductiva.....	58
<b>CAPITULO IV: FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA INAPLICACIÓN Y ULTERIOR DEROGACIÓN DEL ABORTO SENTIMENTAL POR VIOLACIÓN SEXUAL .....</b>	<b>64</b>
4.1. Contexto socio jurídico. ....	65
4.2. Propuesta de inaplicación y derogación del aborto sentimental por violación sexual. ....	65
4.2.1. Inaplicación vía control difuso (corto plazo).....	65
4.2.2. Despenalización del aborto sentimental (largo plazo). ....	68
<b>CAPITULO V: METODOLOGIA.....</b>	<b>73</b>
5.1. Tipo de investigación.....	74
5.2. Diseño de investigación. ....	74
5.3. Material y procedimientos .....	75



<b>5.3.1. Fuentes de consulta .....</b>	<b>75</b>
<b>5.3.2. Métodos, Técnicas e instrumentos.....</b>	<b>75</b>
<b>5.3.3. Procedimiento .....</b>	<b>77</b>
<b>5.3.4. Presentación de los datos .....</b>	<b>78</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>79</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>80</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS. ....</b>	<b>81</b>

# **CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN**

## **1.1. El problema.**

### **1.1.1. Planteamiento del problema**

Dentro de la jerarquía de las leyes en un Estado social y democrático de derecho se tiene que después de la Carta Magna, se ubican los códigos sustantivos que legitiman su importancia en relación a que sus normas deben guardar coherencia con la constitución; en ese contexto el código penal, se presenta como el conjunto de normas sistematizadas que representan el ius puniendi del Estado y que deben aplicarse con plena observancia de los derechos fundamentales, este escenario se conoce en la doctrina como Constitucionalización del proceso penal.

En el caso de la represión del delito de aborto, se observa que éste control penal que se aplica como ultima ratio, no brinda una protección absoluta al concebido, ya que el código penal en su artículo 119 regula el aborto terapéutico, por el cual no se sanciona cuando es realizado por un médico con la venia de la gestante o el de su representante legal, si lo tuviere, cuando es la única vía para salvar su o para evitar en su salud un mal grave y permanente; es decir, se admite que por una decisión voluntaria, la vida del nasciturus sea extinguida, y la norma jurídica, en tal supuesto no castiga dicha conducta delictiva porque prioriza la vida de la madre frente al concebido; en ese sentido Momethiano, Javier (2003) acota que en el aborto terapéutico al estar en riesgo la vida de la madre es viable aceptar una maniobra abortiva por ser persona humana, mientras que el feto es vida humana, al señalar:

*“En el caso del aborto terapéutico; la ley penal tiene en consideración la vida según el grado de desarrollo; la mujer embarazada es considerada como un ser humano completo y el feto es nada más que vida humana”.*

Pero existe otro escenario que se suscita con respecto a este delito, que es el aborto sentimental, que en su artículo 120 inciso 1 del acotado cuerpo sustantivo señala:

*“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...”*

En este caso, igualmente existe un ser humano completo al igual que en el aborto terapéutico, pero la diferencia estriba en que no está en peligro la vida de la embarazada, pero sí su desarrollo psicosomático, ya que el acto de abuso sexual trastoca su ser causando un grave impacto que pone en grave riesgo derechos constitucionales como el principio de la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud reproductiva, que se ven vulnerados por la ley penal que al sancionarlo como delito desconoce derechos que la propia Carta Magna e instrumentos internacionales le reconoce a la mujer, en esa línea Caro, Raúl (2017) pone de relieve que la vida de la víctima de violación no puede poner en peligro su dignidad, libertad, intimidad y

derecho al desarrollo de su proyecto como consecuencia de obligarla a asumir su rol de madre que se le ha sido impuesta por un acto violento y en contra de su voluntad, resaltando que la protección al concebido no puede estar por encima de los derechos que le asisten y pongan en riesgo su proyecto de vida, máxime si la víctima embarazada es menor de edad, al señalar:

*“El que eventualmente la vida de la víctima de violación no se encuentre amenazada no justifica que se la despoje de su dignidad, libertad, intimidad y derecho al desarrollo de su proyecto de vida mediante el uso de la represión penal para obligarla a asumir un rol de maternidad”.*

Asimismo, Carpizo, Jorge y Valadés, Diego (2010) refieren que la vida humana que está en gestación como secuela de un acto de violación sexual, no es absoluta ya que cuando existe un conflicto entre la vida del concebido y la integridad biosicosocial de la gestante, se debe ponderar ambos bienes jurídicos acorde con los derechos, principios y los valores contenidos en los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, lo cual permitiría realizar a la víctima de violación, un aborto sentimental si se cumple con determinados presupuestos; al señalar:

*“De la apreciación de las normas del Derecho Internacional sobre Derechos Humanos no existe un deber de protección absoluta e incondicional a la vida en gestación, sino que hay que ponderar su protección con otros derechos, principios y valores contenidos en los instrumentos internacionales”.*

En lo que atañe al análisis de los derechos constitucionales que se le reconoce a la mujer, se tiene a Landa Arroyo, César (2006) quien al comentar el principio de dignidad humana prescrito en el artículo 1 de la Carta Magna resalta que la pretensión de enajenar de la persona sus derechos es intolerable en términos morales y jurídicos en un Estado social y democrático de derecho por cuanto es inherente a su dignidad como persona humana, razón por la cual el artículo in comento enfatiza que constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado, y por tanto el Estado y la comunidad tienen el deber de defender y promoverlo de manera permanente, al expresar:

*“Es por la dignidad humana que la pretensión de enajenar de la persona sus derechos o desconocerlos es intolerable en términos morales y jurídicos, pues le niega como titular de derechos en aquello que le es consustancial e inherente”.*

Carpio Marcos, Edgar (2006) acota que el reconocimiento de derechos es consecuencia de la dignidad humana, que es un valor teológico y axiológico inherente a la persona, siendo irrelevante su condición jurídica en que se encuentre, por ende, la dignidad no es derecho en sí mismo, sino el basamento sobre el cual se edifican los demás derechos que se le reconocen con libertad y autonomía para decidir lo mejor para ella, al expresar:

*“Desde la perspectiva constitucional, la decisión que adopte la víctima de violación que ha quedado embarazada respecto a continuar o interrumpir el embarazo es legítima y aceptable”.*

En lo que respecta al contenido esencial del derecho del libre desarrollo de la personalidad prescrito en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución, Mesía, Carlos (2004) refiere que el libre desarrollo es un medio de realización personal, que consiste en la libertad que le asiste a cada persona de poder realizarse en todos los aspectos de su personalidad acorde al plan de vida que ha diseñado, sin que se le imponga restricciones a su libre albedrio salvo las estrictamente necesarias para mantener el statu quo, al señalar:

*“El libre desarrollo de la persona implica la independencia radical del ser humano para obrar sin ser interferido en la elección de su plan de vida. Es decir, desarrollar libremente la personalidad con el mínimo posible de restricciones”.*

Por su parte Caro, Raúl (2017) resalta la incoherencia que existe en sancionar por un lado al que comete el delito de violación sexual y por otro lado lejos de darle una salida a la víctima, también se le sanciona a ella si se somete a un aborto como consecuencia de esa violación, en mérito al artículo 2 inciso 1 de la Carta Magna, queda claro que no se le puede imponer a la víctima de abuso sexual que queda embarazada, el asumir un rol de maternidad que se le ha sido impuesto en contra de su voluntad frustrando con ello su perspectiva de vida y su libre desarrollo de la personalidad, al acotar:

*“Es incomprensible que se use el Derecho Penal para castigar la vulneración de la autonomía de la mujer en el ámbito de su sexualidad, y también se haga uso de la norma penal para*

*imponerle a la víctima de violación una decisión que es ajena a su autonomía y plan de vida”.*

Finalmente, con respecto al derecho a la salud reproductiva que se encuentra regulado en el artículo 7 de la constitución León, Felipe (2014) refiere que el derecho a la salud en el proceso de reproducción humana implica incorporar medidas preventivas contra prácticas perniciosas que afectan la integridad de la gestante, el artículo 7 de la constitución política contempla el derecho a la salud reproductiva que implica brindar las facilidades médicas y asistenciales, para que la víctima de violación sexual que ha sido embarazada, se pueda someter por propia decisión y con el aval del Estado, a un aborto sentimental, que no ponga en riesgo su salud reproductiva, al expresar:

*“El hacer uso de la represión penal para impedir que la víctima de violación pueda acceder a los servicios de salud para efectuarse el aborto, vulnera su derecho a la salud reproductiva e incrementa su sufrimiento; se demanda la desaparición de la represión penal cuando recurre al aborto”.*

### **1.1.2. Enunciado**

¿De qué manera la prohibición del aborto sentimental por violación sexual se expresa en los derechos constitucionales que se le reconoce a la mujer en el Perú en el 2019?

### **1.2. Hipótesis.**

La prohibición del aborto sentimental por violación sexual se expresa de manera inconstitucional al vulnerar los derechos constitucionales que se le reconoce a la



mujer, como dignidad humana (artículo 1), el libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 inciso 1) y salud reproductiva (artículo 7).

### **1.3. Objetivos.**

#### **1.3.1. Objetivo General**

Determinar de qué manera la prohibición del aborto sentimental por violación sexual prescrito en el código penal, se expresa en los derechos constitucionales que se le reconoce a la mujer en el Perú en el 2019.

#### **1.3.2. Objetivos Específicos**

- Analizar el aborto sentimental por violación sexual en la doctrina y legislación nacional.
- Identificar los derechos constitucionales que han sido vulnerados por la punibilidad del aborto sentimental por violación sexual.
- Establecer los fundamentos jurídicos para la inaplicación vía control difuso y la ulterior derogación del aborto sentimental por violación sexual.

### **1.4. Justificación.**

La investigación parte de que el acceso a la justicia de ser en igualdad de condiciones en los justiciables, con el respeto irrestricto de su dignidad humana, en ese contexto la presente tesis, se enfoca en la población femenina del Perú que padece los estragos de una normatividad injusta e indolente cuando sufre una violación sexual seguida del embarazo, por cuanto les obliga a llevar a término el proceso de gestación, ya que el optar por el aborto como remedio les está prohibido, al ser considerado una conducta delictual; por ende el Estado, lejos de darle una salida a la víctima, se la sanciona si se somete a un aborto como consecuencia de esa violación; la mujer que es violada y vejada

sexualmente debe soportar la marginación social a través de una pena impuesta por el poder coercitivo del estado, haciéndola pasar vergüenzas innecesarias al citarla para las diligencias judiciales, hasta el acto de la lectura de la sentencia, lo cual se conoce en criminología contemporánea como segunda victimización.

La importancia de la investigación estriba, en proponer a corto plazo la inaplicación vía control difuso del artículo 120 inciso 1 del código penal, por contravenir los principios constitucionales de dignidad de la mujer gestante, el libre desarrollo de su personalidad para alcanzar su perspectiva de vida y el derecho a la salud reproductiva tal como existe en países como Colombia y Argentina; y a largo plazo la derogación del acotado artículo y la modificación del artículo 119 del código penal en donde se incluya que el aborto sentimental por violación sexual no es merecedor de reproche penal.

### **1.5. Antecedentes**

Bacilio, M. (2015), con su investigación titulada “El aborto sentimental en el código penal peruano”. Tesis para optar el título profesional de abogada. Trujillo-Perú. Estudio de tipo descriptivo simple y explicativo, se utilizó los métodos jurídicos doctrinario e interpretativo, las técnicas de recopilación de datos fueron de recopilación documental, fotocopiado e internet, entre sus conclusiones señala, que existe un vacío legal en el artículo 120 ab initio del Código Penal al no haber considerado dentro de su tipicidad objetiva, el aborto practicado por la esposa que ha sido víctima de una violación sexual por parte de su cónyuge, y se resalta que en el supuesto de violación sexual, el concebido que se produzca de dicho acto es pasible de protección jurídica por el Derecho penal al reprimir el aborto sentimental.

Mendoza, F. (2008), con su investigación titulada “Penalización por aborto por violación sexual y sus contradicciones”. Tesis para optar el grado de magister en derecho penal. Puno-Perú. Estudio de tipo descriptivo analítico, se utilizó los métodos cuantitativo-explicativo y el analítico, la técnica de recopilación de datos fue la ficha documental y la entrevista aplicada a una población de 50 abogados y 20 estudiantes, entre sus conclusiones señala, que su tipificación como delito obedece a la influencia de la iglesia católica en el poder Legislativo, en otros países como España, Francia, Suecia, EEUU, Holanda e Italia, no se le sanciona porque se respeta el derecho a la libre determinación de la mujer y el derecho a su desarrollo personal y social.

Cáceres, A. y Gorbeña, N. (2017), con su investigación titulada “La interrupción del embarazo en caso de violación sexual en el Perú”. Tesis para optar el título profesional de abogada. Arequipa-Perú. Diseño de investigación interpretativo y argumentativo, la técnica de recopilación de datos fue la entrevista aplicada a 06 profesionales de la salud y una encuesta aplicada a 24 abogados, 24 religiosos y 30 mujeres, entre sus conclusiones señala que es necesario despenalizar el aborto cuando es producto de la violación sexual, puesto que tiene un impacto negativo en las mujeres, y las obliga a convivir con la prueba directa de que han sido violentadas sexualmente, además, las lleva a un sufrimiento y dolor psíquico mucho mayor, afectando aún más la autopercepción que tienen de sí mismas, así como sus vínculos con los demás.

Galván, A. (2017), con su investigación titulada “Influencia de la despenalización del aborto en el embarazo no deseado por causa de violación

sexual en Huancayo-2017”. Tesis para optar el título profesional de abogada. Huancayo-Perú. El diseño de investigación es descriptivo, correlacional y transversal, los métodos utilizados fueron el de análisis-síntesis y el inductivo-deductivo, la técnica de recopilación de datos fue la encuesta de opinión y el instrumento fue el cuestionario que se aplicó a 10 mujeres víctimas de violación sexual para conocer si están de acuerdo con el aborto, entre sus conclusiones señala que la despenalización del aborto influye significativamente en el embarazo no deseado por causa de violación sexual en la provincia de Huancayo, se han registrados 10 casos de violencia sexual incestuosa en la provincia de Huancayo, y existe mecanismos internacionales de protección al derecho al aborto como derecho humano de la mujer en la provincia de Huancayo.

Fernández, N. (2020), con su investigación titulada “La despenalización del aborto sentimental y la violencia psicológica de la mujer en el distrito judicial de lima norte en el año 2018”. Tesis para optar el grado académico de maestría en derecho penal. Lima-Perú. El tipo de investigación fue descriptiva de alcance correlacional y según su enfoque mixta (cualitativa-cuantitativa), el método utilizado fue el lógico, Hipotético-Deductivo, la técnica de recopilación de datos fue la ficha documental y la encuesta aplicado a 80 profesionales especializados en Violencia Contra La Mujer e Integrantes del Grupo Familiar, entre sus conclusiones señala, que el número de delitos por aborto sentimental están siendo cada vez más crecientes, y por ende se está elevando no sólo la carga procesal, sino las secuelas ocasionadas en la salud de las personas quienes por voluntad propia o desconocimiento fueron inducidas a someterse a un aborto

clandestino, y que existe legislación en otros países que están despenalizando el aborto gradualmente atendiendo a necesidades específicas como es el de atender normativamente con nueva legislación el aborto sentimental, y que nos pondría a nivel de países más desarrollados.

## **1.6. Marco conceptual**

- **Aborto sentimental**

Es la interrupción de la gestación que realiza una mujer que ha sido víctima de un abuso sexual de manera voluntaria provocando la muerte del embrión dentro o fuera del útero.

- **Dignidad humana**

Principio fundamental sobre el cual se erige los derechos fundamentales de la persona reconocidos en la constitución para su plena observancia y garantía.

- **Libre desarrollo de la personalidad**

Implica autonomía personal para poder desenvolverse en la sociedad sin que exista restricciones a su plan de vida, siempre que se adecue a los ideales de una convivencia pacífica.

- **Salud reproductiva**

Derecho por el cual el Estado y sus instituciones deben garantizar la salud de la gestante y sus derechos reproductivos, a través de medidas preventivas promocionales y correctivas.

- **Violación sexual**

Es el acto por el cual se obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, empleado violencia o grave amenaza para su consumación.

**CAPÍTULO II: EL DELITO DE ABORTO  
SENTIMENTAL POR VIOLACIÓN SEXUAL  
EN LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN  
NACIONAL**

## **2.1. Aspectos generales del delito de aborto.**

### **2.1.1. Etimología e inicio de la vida como bien jurídico protegido.**

Existe acuerdo doctrinario en precisar que el término jurídico aborto deviene de la locución latina abortus, la cual comprende el sufijo “Ab” que significa partícula privativa o mal formado y “Ortus” que significa nacer o nacimiento, ello equivale a decir mal nacimiento o no nacimiento.

El aborto está vinculado íntimamente con el derecho a la vida, el cual es un hecho natural bio-fisiológico que se revierte de criterios valorativos como es la dignidad humana a través de la protección jurídica que se establece en el artículo 2 inciso 1 de la Carta Magna, y en los instrumentos internacionales como el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, entre otros; al respecto Peña Cabrera , Alonso (2017) refiere:

*“La vida humana es el pilar de todo el constructo jurídico normativo más importante de la persona, de acuerdo al listado de valores establecidos en la Carta Magna, a tal efecto, los códigos penales protegen este valor fundamental, en sus primeras articulaciones, penalizando el delito de homicidio como base y sus figuras agravadas, y otros como el aborto”.*

Sobre el origen de la vida humana, existen varias teorías en la doctrina, sin embargo, la discusión se ha centrado entre la teoría de la fecundación, que toma en consideración la concepción que se produce entre el

espermatozoide y el ovulo; y la teoría de la anidación que se presenta cuando el embrión se inserta en el útero, en ese sentido Salinas Siccha, Ramiro (2015) expresa:

*“El inicio del proceso fisiológico de la gestación se produce con la anidación del óvulo fecundado en el útero materno, a partir de ese hecho puede aseverarse con cierto grado de exactitud el comienzo de la vida; contrario sensu, mientras no se produzca la fijación del huevo fecundado en el útero, no se puede afirmar, la existencia de un embarazo cuya interrupción sea abortiva”.*

Villavicencio Terreros, Felipe. (2014) resalta que la teoría de la anidación del óvulo fecundado es actualmente la más aceptada por los juristas nacionales, al comentar:

*“En el derecho penal peruano es dominante la teoría de la anidación como límite mínimo de protección de la vida humana dependiente, en base a las pruebas científicas de la biomedicina que acreditan que la vida humana comienza con la implantación del embrión en el claustro materno, que se presenta a los 14 días de la fecundación, adquiérela con ello, la individualización como fenómeno genético”.*

Habiéndose demostrado que el derecho a la vida es la piedra angular del ordenamiento jurídico, y que su inicio se presenta con la anidación del embrión en el útero, se pasa a establecer los límites de su objeto de protección, al respecto Villavicencio Terreros, Felipe. (2014), señala que



es la política criminal la que establece desde cuando se inicia la protección y en qué términos, al expresar:

*“En el delito de aborto se protege la vida humana dependiente, esto es desde el momento de la anidación, la política criminal no determina cuando se inicia la vida humana dependiente, pero si establece desde cuándo y hasta qué momento corresponde la protección jurídica de la vida humana dependiente, teniendo en cuenta el grado de certeza de su existencia”.*

Si bien es el derecho penal o la política criminal, el que establece los límites de protección de la vida humana dependiente, se considera que se toma en cuenta igualmente, los aportes de la ciencia médica o biomédica, ello se infiere de conceptualización esbozada por Salinas Siccha, Ramiro (2015) cuando expresa:

*“El bien jurídico protegido, lo constituye la vida humana en formación, la que se inicia con la anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer y termina cuando presenta las contracciones uterinas que dan aviso del nacimiento”.*

Como punto discrepante se debe señalar que, en la actualidad, se opta por proteger tanto al embrión y la gestante, ello debido a que existe una vinculación fisiológica entre ambos, debido a que muchas veces la práctica abortiva pone también en riesgo la vida o salud de la mujer embarazada, en esa línea de expresión Muñoz conde, Francisco (2015) acota:

*“En la discusión sobre cuál de los dos sujetos debe ser objeto de una debida protección, en la actualidad, se ha optado por una postura electica que mantenga un equilibrio basándose en la proporcionalidad de intereses y derechos que pueden verse afectados tanto en el nasciturus como en la gestante”.*

### **2.1.2. Definición.**

Para explicar la definición del delito de aborto, se ha agrupado en dos bloques, en el primer bloque se tiene a los que mayoritariamente ponen de relevancia su aspecto cualitativo, es decir describen el acto mismo sin poner un límite temporal, así tenemos a García Valdez, Carlos et al. (2015) que expresa:

*“El aborto es la interrupción de la gestación, no solo provocando la expulsión prematura del feto, sino también la destrucción directa del mismo en el seno materno, o indirecta, dando muerte a la madre”.*

Por su parte Peña Cabrera, Alonso (2017) refiere:

*“El aborto es la acción u omisión dolosa que recae sobre la vida humana dependiente, generando la interrupción de la gestación por vías físicas, psíquicas, mecánicas, artificiales, que provocan la eliminación o muerte del feto”.*

En el segundo bloque se tiene a aquellos autores que, aunado a su descripción de la conducta dolosa, han establecido un límite temporal, así se tiene a Salinas Siccha, Ramiro (2015) quien, si bien establece un límite temporal, a mi criterio es muy genérico al expresar:

*“El aborto es el aniquilamiento del producto de la gestación en el periodo comprendido entre la anidación hasta antes que comience el parto, ya sea provocando su expulsión violenta de manera prematura o por su destrucción en el mismo útero de la gestante”.*

En este mismo bloque se puede citar a Villavicencio Terreros, Felipe. (2014) quien elabora un concepto más preciso tomando en consideración para ello la definición dada por la OMS que señala como parámetros, la vigésima semana a partir del primer día de la última menstruación y el peso del feto de aproximadamente quinientos gramos, al definirlo:

*“El aborto es la interrupción del embarazo sea intencional o espontánea antes de las 20 semanas de amenorrea, o cuando el peso del producto sea menor a los 500 gramos”.*

Relacionando los dos criterios tanto el cualitativo como el cuantitativo, se propone como definición del delito de aborto a la interrupción del embarazo producida de manera espontánea o provocada hasta antes de las 20 semanas de amenorrea, produciendo la expulsión violenta y prematura del nasciturus o su destrucción en el útero ya sea de manera directa (solo al feto) o indirecta (con muerte de la madre).

### **2.1.3. Política criminal del aborto.**

La política criminal, es el conjunto de lineamientos jurídicos que se asumen para combatir la criminalidad, en ese sentido en el delito de aborto se identifican tres sistemas o formas de regulación, que se han esbozado, partiendo de aquellos partidarios en que en el delito de aborto debe ser merecedor de una sanción penal en todas sus modalidades

(criminalización absoluta); existen otro grupo diametralmente opuesto que se inclina por considerar al aborto como un acto impune sin reproche penal; y un tercer grupo que opta por un criterio mixto, impunidad para determinadas modalidades y sanción penal para otras:

#### **2.1.3.1. Sistema de criminalización absoluta.**

Este sistema político criminal tiene como pilar, la necesidad de proteger la vida humana sin restricciones, ya que para ellos la vida humana es la misma desde el embarazo hasta la muerte, (persona humana), en consecuencia, se hace inviable distinguir cuando se comete un homicidio, un aborto, un infanticidio, ya que pone al mismo nivel, la vida del feto que el de la gestante, Salinas Siccha, Ramiro (2015) refiere que este sistema penal lo profesan los católicos, al expresar:

*“Este sistema es propio de tratadistas católicos. quienes profesan que debe reprimirse todo atentado contra la vida, sus planteamientos se sustentan en los lineamientos de la Encíclica Humana Vitae, la cual tiene como pilar fundamental, el que el hombre y la sociedad están sometidos a los mandamientos de Dios: No matar”.*

En esa misma línea de comentario Villavicencio Terreros, Felipe. (2014) resalta que este sistema tiene una ideología teológico-moral, al señalar:

*“Protege la vida humana en estado de gestación de manera incondicional sobre la base de una idea antiabortista que tiene sus raíces en una ideología teológico-moral o fundamentalista que equipara vida embrionaria con vida plenamente realizada; siendo un bien sagrado que requiere una protección hasta el grado de exigir el sacrificio de otros valores igualmente esenciales”.*

### **2.1.3.2. Sistema de despenalización absoluta.**

Este sistema en contraposición al anterior, considera que el aborto debe ser legal o impune en todas sus modalidades, sus fundamentos han mutado con el transcurrir del tiempo, pasando por la teoría de portio mulieris del Derecho romano (el feto es parte de la gestante); la teoría de res null (el feto es una cosa), la teoría de la dependencia (el feto está subordinado frente a la vida de la gestante), la teoría de la libertad absoluta (la gestante decide la suerte del feto), en ese sentido Salinas Siccha, Ramiro (2015) expresa:

*“Se basa en los movimientos libertarios de las mujeres para exigir que les asiste el derecho a decidir sobre su cuerpo y que pueden optar por la maternidad en cualquier momento; también consideran que sus derechos como gestante son un escalafón superior al nasciturus o feto; otra acotación que hacen es que la realidad económica*

*de ser un criterio a valorar por los legisladores para legalizar el aborto, ya que la calidad de vida no solo debe estar asociada al nacimiento sino también a crianza y educación de los hijos”.*

Pareciera un contrasentido el señalar que, a pesar de estar legalizado el aborto en este sistema, se tendría que sancionar cuando es provocado en contra de su voluntad, así lo precisa Villavicencio Terreros, Felipe. (2014) al acotar:

*“Es de precisar que incluso en este modelo de impunidad del aborto, se tendrían que mantener algunas figuras sancionadas como, por ejemplo. el aborto practicado contra la voluntad de la gestante y el aborto imprudente ocasionado especialmente por profesionales de la salud”.*

### **2.1.3.3. Sistema de criminalización relativa.**

El sistema de criminalización relativa constituye un sistema ecléctico que mantiene sanciona en términos generales el delito de aborto, pero que establece la impunidad para ciertos casos, como es en el sistema de indicaciones (terapéutico eugenésico, ético y social) o la impunidad se establece para un determinado periodo del embarazo (sistema de plazos).

#### **A. Sistema de indicaciones.**

Sistema basado en una regla, que es el reproche penal a cualquier atentado contra la vida humana en formación, y una excepción, que lo constituyen las indicaciones

establecidas taxativamente en la ley penal, al respecto Peña Cabrera, Alonso (2017) manifiesta que las indicaciones se basan en la ponderación de bienes jurídicos entre la vida del feto y los derechos de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, al expresar:

*“El sistema de indicaciones es una exoneración de pena, en aquellos casos donde se advierte un real conflicto de bienes jurídicos, la distinción escriba únicamente en considerar en interés preponderante la vida en formación en todo momento, salvo que concurra alguna concreta razón que permita otorgar mayor relevancia a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de la personalidad”.*

En lo que atañe a los casos específicos que son amparados en las indicaciones, la doctrina de forma mayoritaria considera a las indicaciones de carácter terapéutico, sentimental, eugenésico y social, tal como explican Villavicencio Terreros, Felipe (2014) y Salinas Siccha, Ramiro (2015) respectivamente:

*“Este modelo identifica taxativamente los supuestos en los que procede legalmente el aborto, sin considerar tiempo de gestación, en el indicativo terapéutico, su impunidad se sustenta en proteger la vida o salud de la gestante al estar en peligro; el*

*indicativo eugenésico, es cuando el embrión conlleva el nacimiento de un ser enfermo, dañado, monstruoso; indicativo sentimental, cuando existe de por medio un delito contra la mujer o producto de actos no consentidos; indicativo socioeconómico, debido a la situación precaria de la gestante”.*

*“La indicación terapéutica, se sustenta en que continuar con el embarazo pone en peligro la vida o la salud de la gestante; indicación ética, jurídica o humanitaria, cuando la gestación es producto del delito de violación sexual o inseminación artificial no consentida; indicación eugenésica, cuando el producto de la gestación nacerá con graves taras físicas o psíquicas; indicación social, cuando el continuar con la gestación ocasiona una clara necesidad económica para la madre y el niño”.*

## **B. Sistema de plazos.**

Este modelo parte de la premisa de que la voluntad de la gestante es la que debe primar; por ende, el aborto es permitido sin restricciones, en ese sentido Peña Cabrera, Alonso (2017) explica:

*“Este sistema conlleva una mayor tolerancia y liberalidad, siendo importante la decisión que elige la madre, lo cual implica dar valor a su*



*decisión frente a la tutela del embrión, es decir debe primar el libre albedrío de la embarazada respecto a proseguir o no con su gestación, siempre y cuando ello no implique, poner en riesgo su propia vida”.*

Esta decisión de liberalidad para continuar o no con su embarazo tiene un límite temporal equivalente a tres meses o doce semanas de gestación, al respecto Salinas Siccha, Ramiro (2015) refiere:

*“En este sistema, la libertad de la mujer durante los tres primeros meses de gestación prima sobre la vida del embrión, con posterioridad a ese plazo se ponen en peligro bienes jurídicos de trascendencia como su salud o vida, ya que el producto del embarazo comienza a adquirir una forma humana y actividad cerebral”.*

Por su parte Villavicencio Terreros, Felipe (2014), resalta que para que este sistema tenga eficacia es imprescindible que el Estado cuente con red hospitalaria de calidad, que garantice la vida y salud de la gestante, al comentar:

*“Este modelo permite la práctica legal del aborto e implica contar con procedimientos de control y asistencia médica, con la infraestructura hospitalaria y un seguro para cubrir gastos. El galeno tiene el libre albedrío de decidir si quiere o*

*no participar en una práctica abortivas, ello en consonancia con el juramento hipocrático que hacen al momento de graduarse como médico”.*

#### **2.1.3.4. Sistema asumido por el código penal de 1991.**

Analizando los sistemas de política criminal que existen en torno al delito de aborto, se puede señalar, que el Perú por ser un país laico, ha optado tradicionalmente por la criminalización absoluta como regla ya que en el código penal se castigan todas las modalidades con penas atenuadas (eugenésico, ético), con excepción del aborto terapéutico en donde al ponderar los bienes jurídicos de la vida de la gestante y del feto, se prefiere la vida de la madre, en ese mismo sentido Salinas Siccha, Ramiro (2015) opina:

*“El codificador penal del Código sustantivo de 1991, al igual que el código penal de 1924, han seguido la línea de adherirse a la teoría de la criminalización plena, al sancionar todas las conductas abortivas como hechos punibles, a pesar de haber dispuesto la impunidad del aborto terapéutico”.*

Se debe aclarar que en la doctrina existen autores como Bramont Arias Torres, Peña Cabrera, García Cantizano que consideran que el legislador nacional ha optado por el sistema o modelo de despenalización relativa (sistema de indicaciones), lo cual no es correcto, por cuanto si bien se menciona tres de esos indicativos en el código penal, su esencia es que sean impunes; sin

embargo, solamente se cumple con el terapéutico, en consecuencia no es exacto encuadrarlo dentro de ese sistema, en cambio sí partimos de que todas las modalidades son reprimidas como regla general, nos remitimos a la criminalización absoluta, y como excepción se puede hacer hincapié de que no es merecedor del reproche penal, el indicativo terapéutico.

## **2.2. El aborto ético o sentimental por violación sexual.**

### **2.2.1. Descripción típica.**

#### **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.”

### **2.2.2. Fundamento político criminal.**

En la perspectiva de la política criminal, el delito de aborto denota claramente su sistema de criminalización absoluta, disfrazada de una aparente criminalización relativa al establecer determinados indicativos despenalizadores (terapéutico, ético y eugenésico), pero solamente el indicativo terapéutico no tiene reproche penal; esta tendencia punitiva no es ajena al aborto sentimental, en la cual se constata claramente los arraigos laicos y moralistas que se enfrascan en proteger de forma absoluta el derecho a la vida del embrión, sin considerar la ponderación de los bienes jurídicos como es el derecho a la vida de la gestante, su

dignidad humana, su salud reproductiva, su libre desarrollo de la personalidad, su libertad sexual entre otros, al respecto Peña Cabrera, Alonso (2017) refiere:

*“En la doctrina y legislación comparada el aborto ético o sentimental, es la unión de dos bienes jurídicos, se tiene, por un lado, la violación de una mujer, que trae como consecuencia no deseada, su embarazo; y del otro lado se tiene, la interrupción voluntaria del embarazo por parte de la gestante”.*

Esta represión del aborto sentimental, deja evidenciado una contradicción, ya que el Estado reprime severamente a las personas que abusan sexualmente de una mujer sea esta menor o mayor de edad, por las graves secuelas físicas y sobre todo psicológicas que dejan en las víctimas; sin embargo, por otro lado, les conmina a llevar a término el embarazo so castigo de ser pasible de una sanción penal, razón por la cual en la doctrina es muy cuestionada su represión, en ese sentido Salinas Siccha, Ramiro (2015) expresa:

*“Importante sector de la doctrina sostiene que esta clase de aborto debe ser impune, pues toda mujer tiene derecho a tener una maternidad libre y consciente, prevaleciendo el derecho a la propia dignidad y el derecho al honor de la mujer, reconocido a nivel constitucional y en normas internacionales”.*

Otros autores como Villavicencio Terreros, Felipe (2014), acotan que el fundamento político criminal para su no punición se basa en su dignidad y su libertad para abortar, al señalar:

*“El legislador debió haber previsto la exención de pena para el aborto ético o sentimental fundamentado en el derecho a la libertad de la mujer para abortar cuando ha sido embarazada contra su voluntad y su dignidad personal”.*

Finalmente, Arbulú Martínez, Víctor (2018), pone e hincapié en que los movimientos liberadores de la mujer, llevan actualmente la bandera de su libertad sexual materializada en su derecho a abortar cuando su gestación es secuela de acto de abuso sexual:

*“Esta conducta no es punible en varios países de Latinoamérica como México y Brasil, aunque debe seguirse un procedimiento previo. Es una aspiración de los movimientos de derechos de la mujer que se llegue a la no punibilidad de esta acción en nuestro país”.*

### **2.2.3. Tipicidad objetiva.**

#### **A. Bien jurídico tutelado**

En el delito de aborto a priori se puede decir que el bien jurídico tutelado es el feto, embrión o como Salinas Siccha, Ramiro (2015) expresa tajantemente:

*“La vida dependiente producto del embarazo”.*

Desde mi posición soy de la opinión, que la protección al feto o nasciturus, es el bien jurídico por esencia en el delito de aborto; sin embargo, existen supuestos en donde puede peligrar la vida de la

gestante, máxime si su concepción es producto de una violación sexual, que es traumática y puede generar secuelas graves en la siquis de la futura madre; por ende, en este caso del aborto sentimental considero que también debería incluirse como objeto de protección jurídica a la gestante, postura que es compartida a modo de reflexión por Peña Cabrera, Alonso (2017) al expresar:

*“Se ha sostenido que, en los delitos de aborto, el bien jurídico tutelado es la vida del feto o embrión, acorde con las normas del derecho constitucional. Pero ha de verse que el proceso de gestación, con ello la viabilidad de una vida, repercute de forma significativa en la madre, que ha de llevar el embarazo. Máxime, cuando se trata de un embarazo no deseado, con mayor énfasis cuando es producto de una violación sexual”.*

## **B. Acción típica**

Si se parte de su definición se colige que la acción o conducta típica recae en el acto de provocar la muerte del embrión dentro o fuera (expulsión) del útero, en una mujer que ha sido víctima de un abuso sexual, en ese sentido Villavicencio Terreros, Felipe (2014), refiere:

*“La conducta típica consiste en realizar un aborto a una mujer causando la muerte del embrión en circunstancias que la gestación fue consecuencia de una violación sexual que corresponde a los supuestos del artículo 170 del código penal”.*

Otros autores al definir la conducta típica optan por no utilizar el término feto o embrión y lo explican de manera general el objeto material, así Peña Cabrera, Alonso (2017) explica:

*“La acción debe producir la muerte o aborto con arreglo de la causalidad material, y ser ejecutada sobre un sujeto que no puede ser aún calificado como sujeto pasivo posible de homicidio, lo cual se adquiere con el inicio del parto”.*

Este autor señala que la acción típica consiste en causar la muerte sobre el sujeto que no es sujeto pasivo del delito de homicidio, lo cual en mi entender es incorrecto, porque existen otras figuras en el código penal como el infanticidio, lo cual bajo la lógica del autor citado sería un aborto ya que no es homicidio.

Pero la misma norma nos establece dos presupuestos para su configuración, uno de ellos es que la violación sexual que le produjo el embarazo haya sucedido fuera del matrimonio, al respecto Salinas Siccha, Ramiro (2015) nos aclara:

*“Se configura el delito de aborto ético cuando se practica maniobras abortivas sobre una mujer que resultó embarazada por un acto sexual realizado en contra de su voluntad por persona diferente a su cónyuge; por violación sexual se engloba a todos los delitos que lesionan los bienes jurídicos de libertad e indemnidad sexual a excepción de la seducción”.*

Una crítica a este presupuesto es que no se entiende porque se obvia la violación sexual dentro del matrimonio, si dicho acto sexual es sancionado también en el artículo 170 ya que el acto lesivo de violación sexual es igual de denigrante sea cometido por un extraño o por el esposo.

El otro presupuesto, es que los hechos suscitados hayan sido denunciados cuando menos ante la autoridad policial, ya que ello permitirá que exista un acta de ocurrencia en donde consten los hechos narrados por la víctima y constituya un medio de prueba de la existencia del delito, para otros autores como Villavicencio Terreros, Felipe (2014) este presupuesto constituye un requisito de procedibilidad, al expresar:

*“La ley exige que los hechos sean denunciados o investigados al menos policialmente, debe existir una proximidad de la denuncia en relación al hecho punible realizado. Se trata en realidad de un requisito de procedibilidad”.*

### **C. Sujeto activo**

El agente en este ilícito de aborto sentimental, a decir de Villavicencio Terreros, Felipe (2014) recae:

*“El sujeto activo puede ser cualquiera. Se trata de un tipo penal que permite la imputación no sólo del médico, sino de cualquier otra persona, sin indicar ni el plazo en el que el aborto podría realizarse ni el consentimiento de la gestante”.*



Estamos de acuerdo en que la norma no menciona ninguna calidad especial del sujeto agente, por lo que puede recaer en cualquier persona, tampoco se señala algún plazo o periodo de gestación, pero se establece que debe ser hasta la semana doce por recomendación de la OMS, pero no se comparte la expresión “no se debe indicar el consentimiento de la gestante”, ya que, si no se constata esta autorización, no se configuraría el aborto sentimental, igualmente debió resaltarse que la gestante puede ser sujeto activo tal como lo refiere Arbulú Martínez, Víctor (2018) al señalar:

*“A tenor de la redacción del tipo penal, se tiene como sujeto activo a la mujer gestante y el tercero que realiza la acción abortiva”.*

Se resalta que el agente puede ser cualquier persona, no necesariamente un profesional de la salud, que realice la acción típica, siempre que exista el asentimiento de la mujer embarazada; pero también puede ser sujeto activo, la misma gestante, si es ella misma la que se lo provoca, en ese sentido de manera más explícita Salinas Siccha, Ramiro (2015) explica:

*“Cualquier persona puede practicar el aborto ético siempre y cuando cuente con el consentimiento de la gestante. No se exige la concurrencia de alguna condición especial en el agente. Por su parte, la gestante que prestó su consentimiento o se provocó el aborto, también se constituye en sujeto activo y será sancionada en su calidad de coautora”.*

#### **D. Sujeto pasivo**

El sujeto pasivo recae en el producto de la concepción, embarazo o gestación, ya que su naturaleza es proteger la vida dependiente (feto) que está en proceso de formación, en consecuencia, el nasciturus, es el sujeto pasivo.

Algunos autores refieren que la gestante no puede ser sujeto pasivo, ya que, si bien en ella puede recaer también algún daño, ello es consecuencia directa del ataque al feto, para otros autores la gestante no puede ser sujeto pasivo ya que también ella misma puede ser indistintamente sujeto activo del delito al provocarse el aborto; Peña Cabrera, Alonso (2017) explica también porque el Estado y la sociedad no pueden ser considerados sujetos pasivos, al comentar:

*“El Estado, porque a este no le incumbe la vida prenatal de forma directa, solo está obligado a proteger dicho interés jurídico; y la sociedad, no lo es porque la vida en formación recalca en un ámbito personalista del individuo y no trasciende para poder adquirir naturaleza colectiva”.*

#### **2.2.4. Tipicidad subjetiva.**

La tipicidad subjetiva implica que los actos que comete el sujeto agente o activo deben ser con conciencia de que lo que está haciendo constituye un delito, voluntad de querer cometer el acto punible (causar el aborto ético), en ese sentido Salinas Siccha, Ramiro (2015) explica:

*“El agente debe obrar con conocimiento y voluntad de poner fin a la vida del feto que es producto de una violación sexual,*

*el conocer estas circunstancias, es indispensable para subsumirlo en el tipo penal, de lo contrario, su conducta ilícita encuadraría en otra figura penal”.*

Si el sujeto agente está determinado a realizar el acto punible, debe agenciarse de contar con todos los medios idóneos para concretar su comisión; contrario sensu de no existir voluntad para su comisión, el acto sería culposo y no pasible de sanción penal, al respecto Peña Cabrera, Alonso (2017) comenta:

*“El acto para ser punible requiere una acción lesiva dolosa, para lo cual el agente debe tener los medios necesarios conducentes a la obtención del resultado reprimido por la ley. El delito de aborto sentimental no es sancionable en su vertiente culposa, por cuanto no tiene intencionalidad de cometer el ilícito penal”.*

#### **2.2.5. Consumación.**

El delito de aborto sentimental o ético se consuma con la muerte del nasciturus, en el cual pueden participar varias personas como es la gestante que se provoca la maniobra abortiva y el tercero que le practica el acto ilícito o lo perfecciona (coautoría), en ese sentido Salinas Siccha, Ramiro (2015) refiere:

*“El delito de aborto sentimental se perfecciona en el mismo momento en que se constata efectivamente la muerte del feto o producto de la gestación que no ha deseado. La participación criminal puede presentarse en cualquiera de sus formas, al igual que la tentativa”*

La tentativa efectivamente puede presentarse, ya que es un delito de resultado, esto es que para que se sancione por el delito de aborto, necesariamente se tiene que dar muerte al feto; por lo que la tentativa punible puede deberse a que la gestante cambie de opinión estando en la camilla ginecológica, el médico que estaba realizando la maniobra sufre un paro cardíaco en pleno acto ejecutivo, entre otros ejemplos, sobre este punto Peña Cabrera, Alonso (2017) señala:

*“Un aborto existe cuando se produce necesariamente la muerte del feto; se trata, entonces, de un delito de resultado. Se requiere no solo de un feto que tuvo viabilidad existencial, sino también que haya estado vivo al momento de ejecutarse la acción típica”.*

#### **2.2.6. Penalidad.**

El artículo 120 del código penal prescribe como pena al sujeto agente del delito de aborto sentimental (gestante y el tercero que lo practica), una sanción no mayor de tres meses, la cual solo se agrava por la calidad del agente, así lo expresa Peña Cabrera, Alonso (2017):

*“El tiempo de embarazo que tenga la mujer gestante, así como los medios o instrumentos que han de ser empleados para la realización de la acción abortiva, no tiene interés alguno para efectos de agravación de la pena, solo interesará a efectos de una mayor pena, la calidad del sujeto agente”.*

Analizando la pena básica, esta puede oscilar entre dos días a tres meses, lo cual teniendo en cuenta la realidad judicial y los plazos de la

investigación, hacen inviable que una persona sea sancionada por este delito, es decir la pena es literal, simbólica, y prescribiría de manera inmediata en pleno proceso judicial razón por la cual Arbulú Martínez, Víctor (2018) expresa:

*“La conducta del agente que hace o consiente abortar es sancionada con pena privativa de libertad no mayor de tres meses, la sanción es lo bastante leve para que este delito prescriba rápidamente por lo que en la eventualidad de que se inicie un proceso judicial en la práctica no habría sanción penal”.*

En esa misma línea de comentario Salinas Siccha, Ramiro (2015) también hace referencia a que no existiría condena por cuanto operaría la prescripción de la acción penal:

*“El agente será pasible de pena privativa de libertad que oscile entre dos días a tres meses, situación que, conociendo nuestra administración de justicia, parece imposible que a alguna persona se le pueda condenar por este delito, debido a que antes que se agote la investigación judicial, cuando no la policial, ya habrá operado la figura de prescripción de la acción penal”.*

**CAPÍTULO III: DERECHOS  
CONSTITUCIONALES VULNERADOS POR  
LA PROHIBICIÓN DEL ABORTO  
SENTIMENTAL POR VIOLACIÓN SEXUAL**

### **3.1. Aspectos generales sobre derechos fundamentales de la persona.**

En un Estado constitucional de derecho, el statu quo, debe encontrarse garantizado con la dación de una Carta magna, en donde se reconozca una serie de derechos en favor de la persona, pero debe de ser de tal trascendencia que su positivización implica darles categoría de derechos fundamentales, lo cual solo es dable dentro de la Constitución; pero estos derechos deben ser tutelados por la autoridad competente que sancione y exija su cumplimiento, razón por la cual la Constitución, debe también establecer los órganos del Estado que se encarguen de viabilizar su debida tutela, y ello es factible dentro de una estructuración del Estado, en donde se defina que órganos son los competentes para ejercer esa función, en ese predicamento Mesía Ramírez, Carlos (2018), expone:

*“La carta magna como norma jurídica, es ley fundamental que garantiza a los integrantes de una sociedad el preservar sus derechos y libertades que se reconocen frente a una amenaza de arbitrariedad; como norma política, tienen por finalidad la organización del Estado encargado de ese cumplimiento, con ello se evidencia una supremacía del poder sobre la persona humana”.*

Su denominación, tiene dos posturas en la doctrina, para un sector, el origen del término lo ubican en la Constitución Alemana de 1848 que incorporó una sección titulado “Los Derechos Fundamentales del Pueblo Alemán”; otros son partidarios de ubicarlo en el Derecho Francés a través de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; en lo que existe acuerdo es que en el derecho nacional, la expresión “Derechos fundamentales” se ubica

originariamente en la Constitución de 1979, que tiene como antecedente al derecho español según Mesía Ramírez, Carlos (2018), al señalar:

*“Esta expresión aparece con la Constitución de 1979, tomada de la Constitución española de 1978, que a su vez la recogió de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, lo cual es un nuevo nomen iuris de los derechos que hasta la Constitución de 1933 se le titulaban como garantías individuales”.*

Para esbozar una definición de derechos fundamentales es pertinente tener en consideración sus presupuestos éticos que son necesarios para la convivencia social y desarrollo de sus facultades, los cuales tienen que estar materializados en norma jurídica con reconocimiento constitucional o también pueden estar consignados en tratados que han sido ratificados por los estados como fuentes formales, en se sentido Hernández, Rubén (2006), comenta:

*“Los derechos fundamentales pueden conceptuarse como aquellos reconocidos y organizados por el Estado, por medio de los cuales el hombre, en los diversos dominios de la vida social, escoge y realiza él mismo su propio comportamiento, dentro de los límites establecidos por el propio ordenamiento jurídico”.*

Estos derechos son facultades que la Carta Magna le reconoce a toda persona para ejercitarlos de acuerdo a ley, pero ese ejercicio no es absoluto, presenta limitaciones propias de su esencia como tal (limitaciones intrínsecas) y en otros casos la misma ley le impone (limitaciones extrínsecas), con el objetivo de garantizar la paz social, en esa línea de expresión Eto cruz, Gerardo (2017) explica:



*“La doctrina suele distinguir dos tipos de límites: intrínsecos que devienen del carácter y naturaleza de cada derecho y de su función social que se realice al ser ejercido por su titular; y los extrínsecos, que devienen de esa existencia vinculada con el respeto y convivencia con otros derechos y que son por la Constitución o la ley”.*

Ya establecidos estos derechos en el ordenamiento jurídico, muchos autores como Alexy, Robert (2003) han identificado plenamente sus características, que se relacionan con su alta jerarquía que ocupan en el escalafón normativo y ello obliga a las autoridades y organismos su deber de tutelarlos frente a alguna vulneración, en ese sentido explica:

*“Máximo rango; porque se encuentran consignados en textos constitucionales que rigen como normas superiores sobre el resto de disposiciones; Máxima fuerza jurídica; porque los organismos del Estado deben tutelarlos y promoverlos; Máxima importancia del objeto; porque regulan elementos estructurales de la sociedad y el hombre; y Máximo grado de indeterminación; la norma se describe de manera general o abstracta para adaptarse a todo tiempo y circunstancia”.*

Frente a una violación flagrante, el Estado tiene que activar una serie de mecanismos jurídicos como son los procesos constitucionales regulados en el código procesal constitucional, sobre este punto Beaumont Callirgos, Ricardo (2007) sostiene:

*“Los fines de los procesos constitucionales, según el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es*

*garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. Entre estos procesos, el hábeas corpus se encamina sin más al respeto o la promoción de derechos fundamentales, siendo de iure el garantizador de estos y ha influenciado con la positivización de una buena mayoría de ellos”.*

### **3.2. Derechos constitucionales vulnerados por el aborto sentimental por violación sexual.**

En la doctrina se ha explicado, el conflicto jurídico que se ha suscitado por décadas ente los derechos que proclama la mujer como parte de su autonomía como persona y libertad sexual, y los derechos de los que defienden la vida a ultranza del nasciturus; partiendo de que, en doctrina y jurisprudencia se viene reconociendo la necesidad de despenalizar el aborto ético o sentimental como secuela de un abuso sexual, es que se ha identificado derechos constitucionales que alcanzan la categoría de derechos fundamentales, que se vulneran con su actual criminalización atenuada o simbólica, entre estos derechos se tiene el derecho a la vida, el derecho a la integridad física-psicológica y moral, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la no discriminación, el derecho a la igualdad ante la ley; sin embargo existe consenso en la doctrina en que los derechos que son más vulnerados son el derecho a la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud reproductiva.

### **3.2.1. Dignidad de la persona humana.**

#### **A. Descripción legal**

Artículo 1.-

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

#### **B. Postulados doctrinarios**

Landa arroyo, César. (2006).

*“La dignidad es reconocido como el principio rector de la actividad estatal, en tanto dirige y orienta la acción legislativa, jurisprudencial y gubernamental del Estado; presenta una dimensión positiva, exige a los organismos públicos medidas idóneas para su preservación; y una dimensión negativa, impide su afectación mediante leyes, resoluciones y actos administrativos”.*

Eto cruz, Gerardo (2017)

*“La dignidad supone su reconocimiento como principio fundamental, y sustento básico para el amparo de los demás derechos fundamentales, estableciéndose como límite de arbitrariedad frente a la conducta estatal relacionada al trato de este tipo de derechos, de allí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, y de la sociedad, en general”.*

Mesía Ramírez, Carlos (2018), afirma:

*“La dignidad es el presupuesto esencial de la consagración del sistema de derechos y garantías*

*contemplado en la Constitución. Se proyecta sobre el ordenamiento normativo como pilar esencial, a partir del cual, los demás derechos reconocidos en la ácrata magna adquieren eficacia jurídica en cada caso en concreto”.*

Caro Magni, Raúl (2017)

*“La dignidad humana es inicio del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, es un valor espiritual y moral que pertenece a la persona, independientemente de su estatus o la situación jurídica en que se encuentre, por tanto, no es solo un derecho, sino el fundamento jurídico, de todos los demás derechos”.*

### **C. Jurisprudencia**

La dignidad humana, necesariamente constituye, el mínimo invulnerable de los derechos fundamentales (Exp. N° 00020-2012-PI/TC)

*“La dignidad humana es cualidad inherente en la persona en cuanto ser humano, su reconocimiento en la constitución implica que es el prius lógico y axiológico de todo el sistema constitucional, por ende, se erige como el fundamento ontológico de los derechos fundamentales de la persona”.*

La dignidad y su eficacia horizontal sobre los derechos fundamentales (Exp. N° 00228-2009-PA/TC)

*“La eficacia horizontal de derechos fundamentales se sustenta en la dignidad humana, cuyo valor impone que*

*proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada”.*

#### **D. Comentario**

Es por la dignidad que la principal consideración respecto a la persona humana la constituye ella misma, lo cual descarta la posibilidad de vulnerar su órbita de autonomía para imponerle una consecuencia contraria a su valor personal. Asumir que alguna demanda social o actividad normativa o cualquier otro interés ajeno se encuentre en condiciones de exigir a la mujer violada y embarazada, el deber u obligación de llevar a término su gestación u embarazo y posteriormente asumir un rol de maternidad, es contrario y vulneratorio de la dignidad de la víctima de violación que a consecuencia de dicho ataque ha quedado embarazada; en consecuencia, ningún sujeto de derecho público o privado está en condiciones de sobrepasar el límite de la dignidad, para obligar a la persona a tolerar un acto contrario a su autonomía y libertad como es el embarazo producido por un ataque sexual, en ese sentido Caro Magni, Raúl (2017) afirma:

*“De acuerdo con la esencia y postulados de la dignidad humana, no puede sostenerse que la obra legislativa o jurídica que emana del Estado pueda estar en condiciones de vulnerar la autonomía y libertad de la mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación sexual”.*

En esa línea de expresión, García burguillos citado por Peña Cabrera, Alonso (2017) refiere:

*“Cuando el Estado y la sociedad obligan a la mujer gestante a continuar con un embarazo no deseado como consecuencia de una violación sexual, lo que hace es desconocer su inherente dignidad como la autonomía de su libertad; que sustenta todo el modelo social instaurado”.*

### **3.2.2. El libre desarrollo de la personalidad.**

#### **A. Descripción legal**

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

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

#### **B. Postulados doctrinarios**

Madrid-malo, Mario (2007)

*“El libre desarrollo de la personalidad no es otra cosa que la autonomía personal: la independencia radical de todo ser humano para obrar sin ser interferido al elegir su propio plan de vida y al adherirse a sus ideales de existencia. Desarrollar libremente la personalidad consiste en ejercer, con el mínimo posible de restricciones, la llamada libertad general de actuación”.*

Bernales Ballesteros, Enrique et al (2010)

*“El libre desarrollo consiste en la libertad de poder realizarse en todos los aspectos que comprende su personalidad, lo cual implica que cada persona puede decidir sobre sus planes, como arquitecta de su destino y sobre ella recae la responsabilidad de como decida desarrollar todas sus capacidades y elecciones”.*

Villavicencio Terreros, Felipe. (2014)

*“Este principio prescribe que siendo valiosa la elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humano, el Estado y los demás individuos, no pueden interferir en esa elección, por contravenir el principio de autonomía, y excepcionalmente el Estado puede intervenir para proteger a terceros”.*

Caro Magni, Raúl (2017)

*“El derecho a la libertad recibe de la Constitución una dimensión filosófica, por la que corresponde a la potestad espiritual del ser humano decidir su propio destino, lo cual se vincula con el derecho al desarrollo de la personalidad, y en su dimensión formal, no se establece restricciones legales, salvo la ley previa, en base a estas dos dimensiones la persona humana puede alcanzar el desarrollo y su bienestar general”.*

### **C. Jurisprudencia**

El derecho al libre desarrollo de la personalidad y su contenido constitucional (Exp. N° 00002-2010-CC/TC)

*“Este Tribunal ha sostenido que se garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de su desarrollo de la personalidad; es decir a aquellas consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido reconocimiento legal de disposiciones de derechos fundamentales”.*

El derecho al libre desarrollo de la personalidad y su libertad sexual como parte de su contenido (Exp. N° 00008-2012-PI/TC)

*“Evidentemente, uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es la libertad sexual, cuyo contenido constitucional, presenta una dimensión negativa vinculada con la exigencia hacia al Estado o cualquier persona de no interferir en el libre desarrollo de la actividad sexual de un ser humano, y una dimensión positiva dada por la libertad de decidir con quién, cómo y en qué momento se puede realizar el acto sexual”.*

El derecho al libre desarrollo de la personalidad y su decisión como mujer de traer al mundo a un nuevo ser (Exp. N° 01151-2010-PA/TC)

*“La decisión de una mujer de traer al mundo a un nuevo ser, se encuentra protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la cual no debe ser objeto*



*de injerencia de ninguna autoridad pública o por particular alguno. En consecuencia, todas aquellas medidas cuyo propósito sea impedir o hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital. Resultan inconstitucionales”.*

#### **D. Comentario**

Acorde a los postulados y la jurisprudencia, se entiende que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, confirma que la vida no es solo la existencia de la persona, sino que incluye la perspectiva de vida que la mujer se traza como perspectiva para sentirse realizada, en consecuencia, el libre desarrollo de la personalidad le otorga sentido y dirección a la vida de la persona; contrario sensu, impedirle a la víctima, acceder a un aborto, significa emplear el poder represivo del estado para legitimar que la voluntad de un tercero al violentar y abusar sexualmente de la mujer, quede perennizado con la gestación y alumbramiento del niño; la reflexión que se obtiene con la regulación actual del aborto sentimental por violación sexual es que el derecho penal castiga al sujeto que atenta contra la esfera jurídica de la mujer en el ámbito de su sexualidad e integridad física y psicológica, pero también lo castiga a ella, ya que le sanciona si trata de abortar, con lo cual se atenta contra su decisión de plan de vida, porque es el Estado el que asume esa decisión y le dice cómo será en adelante ese plan de vida, al respecto Caro Magni, Raúl (2017) señala:

*“Al despojarla de toda iniciativa respecto de su vida futura, determina la cosificación de la mujer violada que*

*debe aceptar, la imposición del violador en su vida y la imposición estatal que mediante represión penal lo vincula a una gestación y maternidad que es ajena a su plan de vida; la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-355, del 10 de mayo de 2006, destacó que las mujeres no son un instrumento reproductivo para la raza humana, sino que hay que garantizarles respeto como seres independientes de su propio destino”.*

### **3.2.3. La salud reproductiva.**

#### **A. Descripción legal**

Artículo 7.-

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

#### **B. Postulados doctrinarios**

Caro Magni, Raúl (2017)

*“La dimensión del derecho a la salud se entiende como una exigencia a la actuación estatal con vistas a garantizar la normalidad y funcionalidad del organismo físico de la persona. De acuerdo con ello, el Estado tiene el deber de hacer todo cuanto esté en sus manos para preservar el estado de normalidad orgánico-funcional de*

*la persona y en caso de alguna afectación, de hacer lo posible por remediarlo”.*

León Florián, Felipe. (2014)

*“El derecho a la salud en relación a los derechos de la mujer implica, incorporación de la perspectiva de género en la protección de su salud, lo cual se traduce en medidas preventivas, promocionales y correctivas contra el aborto y normas jurídicas que afectan la salud de la gestante y sus derechos reproductivos, en ese sentido debe desaparecer la sanción penal en contra de ella por su decisión de recurrir al aborto”.*

### **C. Jurisprudencia**

El derecho a la salud como derecho fundamental (Exp. N° 03425-2010-PHC/TC)

*“Si bien es cierto que el derecho a la salud no se encuentra contenido como derecho fundamental en la Constitución, también es cierto que su inherente conexión con los derechos a la vida, integridad personal y el principio de dignidad humana lo configura como un derecho fundamental innegable y necesario para el propio ejercicio del derecho a la vida toda vez que constituye, una condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo”.*

El derecho a la salud y su desarrollo legal (Exp. N° 03599-2007-PA/TC)

*“El derecho a la salud a tenor del artículo 7 de la Carta Magna es un derecho fundamental porque está ligado al derecho a la vida por el principio de conexidad. Son elementos esenciales del derecho a la salud: a) Su definición; debe ser entendido como un indiscutible derecho fundamental. b) Beneficiarios; debe ser reconocido para toda persona humana. c) Acceso al servicio; debe garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al servicio de la salud y d) La calidad de servicio; debe garantizar un obrar adecuado y un estándar mínimo en la actuación de las entidades prestadores del servicio de salud”.*

Derecho a la salud y su conceptualización (Exp. N° 00008-2012-PI/TC)

*“El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental y de restablecerse cuando presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; tratando que todas las personas, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en*

*modernización de todas las instituciones de la prestación del servicio de salud”.*

El derecho a la Salud y su actividad sexual (Exp. N° 00008-2012-PI/TC)

*“Una de las más importantes manifestaciones del derecho a la salud se relaciona con el ámbito sexual y reproductivo, entre otras, que permitan al hombre y a la mujer el ejercicio normal de su actividad sexual, la protección de su integridad física y psíquica, la autodeterminación en cuanto a las posibilidades de reproducción, la atención médica prenatal y posnatal (atenciones de salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos), y otros derechos como de información y de educación, acceso rápido y eficaz a información y educación sexual”.*

El derecho a la salud y sus acciones estatales para promover acceso a la salud (Exp. N° 00033-2010-PI/TC)

*“La salud, como derecho fundamental impone al Estado el deber de realizar las acciones necesarias para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud, en condiciones de equidad, pues como ha afirmado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”.*

#### **D. Comentario**

Su represión conlleva grave daño a la salud de la gestante, la realidad fáctica permite sostener que su salud corporal es afectada gravemente y que la recurrencia de los síntomas repercute gravemente en su salud mental; si a ello agregamos que como secuela del abuso sexual, queda embarazada, tenemos a una mujer que se ha vulnerado su salud mental y reproductiva dos veces, la primera ocasionada con la violación sexual lo cual genera un cuadro de sufrimiento continuo, en la medida en que la víctima experimenta en su cuerpo las consecuencias de la violación que le recuerdan en cada instante la traumática experiencia; y de otro lado se tiene que al someterse a un aborto, corre un grave riesgo en su salud y posiblemente su vida, porque será el poder económico que detente el que determina su futuro, al respecto Ramiro Salinas, Siccha. (2015) aporta:

*“Su incriminación afecta la salud reproductiva de la mujer, por cuanto genera en la praxis un trato discriminatorio, pues, la gestante de recursos económicos podrá acceder rápidamente a inescrupulosos profesionales de la salud, que lucran con su proceder ilegal, sin poner en peligro su salud; en cambio, si es una gestante de bajos recursos económicos, se encuentra limitada en su acceso, por lo que terminara en manos de personas que sin ningún conocimiento médico le realzaran una maniobra abortiva, poniendo en riesgo su salud y su vida”.*

El uso de la represión penal para impedir que la víctima de violación pueda acceder a los servicios de salud garantizados por el Estado para efectuar un aborto en óptimas condiciones, constituye un atentado contra la salud de la víctima de violación que ha quedado embarazada, incrementa su real sufrimiento, ese sufrimiento se traduce según Rodríguez Collao citado por Urquizo Olaechea, José. (2007) en:

*“Con respecto al estado de conmoción que sufre la víctima durante la realización del hecho delictivo, se ha logrado determinar que los síntomas más recurrentes son el miedo que puede llegar a ser terror, la confusión, el sentimiento de indefensión, la rabia, la vergüenza y la humillación; en tanto que los síntomas psicofisiológicos que aparecen con mayor frecuencia son: temblores, taquicardia, dolor muscular, dificultad respiratoria, entre otros”.*

**CAPITULO IV: FUNDAMENTOS JURÍDICOS  
PARA LA INAPLICACIÓN Y ULTERIOR  
DEROGACIÓN DEL ABORTO  
SENTIMENTAL POR VIOLACIÓN SEXUAL**



#### **4.1. Contexto socio jurídico.**

La represión penal del delito de aborto sentimental, implica que se está ante un embrión, feto, vida dependiente o nasciturus, en la que no está en riesgo la vida de la gestante, pero sí su desarrollo psicosomático, ya que el acto de abuso sexual trastoca su ser causando un grave impacto que pone en grave riesgo derechos constitucionales, como el principio de dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud reproductiva, que se ven vulnerados por la ley penal que al sancionarlo como delito, le conmina a asumir su rol de madre que se le ha sido impuesta por un acto violento y en contra de su voluntad, resaltando que la protección al concebido no puede estar por encima de los derechos que le asisten, y pongan en riesgo el proyecto de vida de la víctima de violación, máxime si la víctima embarazada puede ser una menor de edad.

#### **4.2. Propuesta de inaplicación y derogación del aborto sentimental por violación sexual.**

##### **4.2.1. Inaplicación vía control difuso (corto plazo).**

###### **A. Descripción legal**

Artículo 51.-

“La Constitución prevalece sobre la norma legal; la ley, sobre normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente...”

Artículo 138.-

“... ”

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

## **B. Casuística en el derecho comparado**

La Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006, destaco que en aplicación de la dignidad la mujer y demás derechos conexos, no puede ser obligada por el Estado a asumir un rol de maternidad, pues ello implica una cosificación, convertirla en objeto.

Sostiene que el artículo 122 del código penal conmina a la mujer a llevar a término una gestación del sujeto que abuso, que, al penalizar este delito, se lo legitima de manera tacita en beneficio del sujeto agente; por ende, el Estado puede brindar protección al nasciturus, pero se debe realizar en consonancia con los derechos de la mujer, como el derecho a la vida, la salud reproductiva, igualdad ante la ley, desarrollo de su libre personalidad, etc.

La Suprema Corte de Argentina en su sentencia, del 13 de marzo del 2012, establece que los principios pro homine o en favor de la persona, obligan al A quo asumir una interpretación extensiva del artículo 86, inciso 2, del Código Penal que regula, que no es punible el aborto realizado cuando se trata gestación secuela de un abuso sexual, sobre víctimas que adolecen de retraso mental o situación que les impide la comprensión de la realidad. En consecuencia, para evitar un trato de discriminación, se debe permitir que las otras víctimas que también han quedado embarazadas, puedan acceder al aborto

## **C. Aspectos doctrinarios**

Caro Magni, Raúl (2017)

*“La actividad del juez en la aplicación de la ley no se reduce a la identificación del supuesto de hecho normativo para subsumir al caso puesto a su consideración, por el contrario la labor de cualquier órgano judicial es también el hacer uso del poder inherente a la jurisdicción, por ende, el juez penal, se encuentra facultado para ejercer el control difuso de la norma, cuando existe conflicto puesto a su consideración, para identificar si la aplicación de la norma penal conlleva o no consecuencias que contravienen a la constitución”.*

#### **D. Comentario**

En el supuesto de ser puesto a consideración del juez penal un caso de aborto sentimental por violación sexual prescrito en el artículo 120 inciso 1 del Código Penal, el juez debe de constatar primero que se encuentra frente a un caso de una mujer gestante que es secuela de un abuso sexual, luego estos hechos deben ser ponderarlos con los otros derechos fundamentales de la víctima, como dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, salud reproductiva, entre otros.

Realizada esta ponderación de la norma penal con preceptos constitucionales, el juez se encuentra en condiciones de emitir un fallo de inaplicación del artículo 120 inciso 1 del Código Penal vía control difuso, por cuanto el juez está cumpliendo con el mandato constitucional que ordena colocar la dignidad humana y sus derechos conexos por encima de las normas y leyes de menor jerarquía.

#### **4.2.2. Despenalización del aborto sentimental (largo plazo).**

##### **A. Fundamentos doctrinarios**

Carpizo, Jorge y Valadés, Diego (2010)

*“De la apreciación de las normas del Derecho Internacional sobre Derechos Humanos no existe un deber de protección absoluta e incondicional a la vida en gestación, sino que hay que ponderar su protección con otros derechos, principios y valores contenidos en los instrumentos internacionales”.*

Romero contreras citado por Peña Cabrera, Alonso (2017)

*“La posibilidad de interrumpir una gestación sin consecuencias legales obedece al status social al que pertenecen, pues las mujeres más pobres, son vulnerables al poner en riesgo su vida cuando se someten a abortos clandestinos, mientras que las mujeres adineradas pueden acceder a un aborto en clínicas privadas; en aras del principio de igualdad, la no discriminación y la justicia social, se debe despenalizar el aborto sentimental para dejar de lado una persecución penal absurda y a todas luces injusta”.*

Muñoz conde, Francisco (2015)

*“En la actualidad el Derecho Penal solo debe ser relevante para sancionar el supuesto de aborto realizado sin asentimiento, o este tiene un vicio que le resta eficacia a la voluntad de la mujer, el que es ejecutado bajo*

*condiciones antihigiénicas o es realizado por sujetos incompetentes, en aras de dar seguridad a la mujer, trato digno y un respeto a su libertad en una decisión que solo a ella le incumbe”.*

Villavicencio Terreros, Felipe. (2014)

*“En estos últimos años, se ha reconocido en los diversos instrumentos jurídicos internacionales los derechos sexuales y reproductivos de la mujer como parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la mujer. Como consecuencia de este reconocimiento se ha sostenido que una legislación penal que permita la intervención en la decisión de la mujer para no interrumpir un embarazo no deseado, no resulta legitimada”.*

Caro Magni, Raúl (2017)

*“El que eventualmente la vida de la víctima de violación no se encuentre amenazada no justifica que se despoje de su dignidad, libertad, intimidad y derecho al desarrollo de su proyecto de vida mediante el uso de represión penal, para obligarla a asumir un rol de maternidad”.*

Peña Cabrera, Alonso (2017)

*“La despenalización del aborto ético, es dable si se establecen ciertos requisitos como una especie de protocolo, en donde su fundamentación no es ética sino jurídica, al estar amparada en los derechos de dignidad,*

*libre desarrollo de su personalidad y la salud reproductiva que se ven trastocados con la maternidad no deseada e impuesta por el Estado”.*

## **B. Legislación comparada**

Se tiene el Protocolo de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos de los Pueblos en materia de Derechos Humanos de las Mujeres de África, convenio acordado por la Unión Africana en el 2003, a través del cual se exhorta a los Estados el deber de implementar los mecanismos y estrategias que sean necesarias para brindar protección a los derechos de salud reproductiva, siendo uno de esos medios el permitir el aborto realizado por galenos cuando la gestación sea secuela de un abuso o violación sexual, etc.

En Chile, el Código Sanitario, Ley N° 725, en su artículo 119 prescribe que, existiendo asentimiento, es viable interrumpir la gestación por un galeno, cuando sea secuela de un abuso sexual, dentro de las doce semanas de embarazo y de catorce semanas cuando la mujer es menor de 14 años.

En Argentina, el artículo 86.2 del código penal prescribe que la maniobra abortiva realizada por galeno con asentimiento de la gestante, no es merecedor de pena si proviene de una violación sexual en donde la gestante es una mujer idiota o demente.

En España el artículo 417.1 del código penal prescribe que no merece sanción la maniobra abortiva realizada por galeno, en un centro o establecimiento sanitario, siempre que exista el asentimiento de la

gestante y sea secuela de un delito de violación contemplado en el artículo 429 y se ejecute en el periodo de las doce primeras semanas.

En Bolivia el artículo 266 del código penal prescribe que el aborto es impune cuando es secuela de un abuso sexual, siempre que sea realizado por un galeno y con el expreso asentimiento de la gestante.

En México el artículo 333 del código penal prescribe que no es punible el delito de aborto entre otros casos, cuando la gestación sea producto del delito de violación sexual.

### **C. Modificación normativa.**

Teniendo en cuenta que, en la ponderación de bienes jurídicos en el conflicto del aborto sentimental, dado por la vida del fruto de la concepción y la violación de la libertad sexual de la mujer, priman los derechos constitucionales de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la salud reproductiva, es que se propone la despenalización relativa de indicaciones y plazo del aborto sentimental, ético o humanitario, para lo cual debe modificarse el artículo 119 del código penal, cuya redacción es la siguiente:

Artículo 119. - El aborto no es punible

1. Cuando el aborto es practicado por un médico con el consentimiento de mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente,

*2. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual siempre que los hechos hubieren sido denunciados cuando menos policialmente, y que se practique dentro de las doce semanas de*

*gestación, y de catorce semanas cuando la víctima es menor de 14 años.*



## **CAPITULO V: METODOLOGIA**

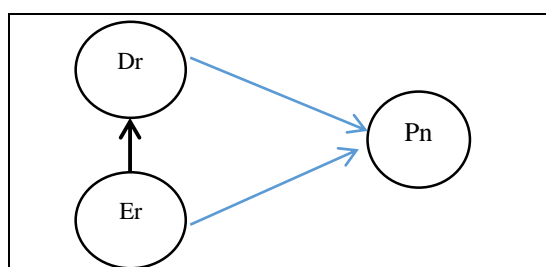
### 5.1. Tipo de investigación.

La investigación realizada fue de tipo básica, por cuanto tuvo como propósito identificar, describir y explicar las características de la realidad problemática, teniendo como base el estudio de gabinete o de escritorio sobre la doctrina, legislación y jurisprudencia, para incrementar el conocimiento científico sobre las instituciones jurídicas materia de estudio, Hernández, R. Et al. (2014).

### 5.2. Diseño de investigación.

En la investigación realizada se aplicó el diseño descriptivo propositivo, a través del cual una vez identificado las características relevantes de la realidad en estudio (doctrina, legislación y jurisprudencia), se procedió a identificar las falencias, vacíos o lagunas legales, para plantear una propuesta normativa como medida de solución a la temática investigada, Giler, J. (2015).

### Esquema



### Dónde:

**Er:** Estudios realizados sobre el aborto sentimental por violación sexual y los derechos constitucionales que se reconoce a la mujer.

**Dr:** Diagnóstico de la realidad sobre como la prohibición del aborto sentimental por violación sexual influye en la observancia de los derechos constitucionales que se reconoce a la mujer.

**Pn:** Propuesta normativa de aplicación del control difuso y derogación del artículo 120 inciso 1 del código penal.

### **5.3. Material y procedimientos**

#### **5.3.1. Fuentes de consulta**

- Libros de doctrina nacional y extranjera.
- Revistas especializadas en derecho constitucional y penal.
- Carta Magna de 1993.
- Código Penal de 1991.
- Normatividad internacional.
- Jurisprudencia nacional.
- Artículos científicos.
- Páginas, blogs y links de internet.

#### **5.3.2. Métodos, Técnicas e instrumentos**

##### **A. Métodos**

- **Exegético**

Método que permitió conocer el origen, las fuentes y evolución del delito de aborto sentimental por violación sexual en el código penal peruano y en el derecho comparado.

- **Interpretación auténtica**

Método jurídico que permitió la interpretación y la concordancia normativa sobre el aborto sentimental por violación sexual y los derechos constitucionales conculcados en la legislación (Carta Magna y tratados internacionales ratificados por el Estado peruano).

- **Dogmático**

Método que permitió la elaboración de la dispersión temática y ulterior redacción de los capítulos que comprendió el marco teórico, a través del estudio y análisis doctrinario tanto de autores nacionales como extranjeros, poniendo especial relevancia en el aborto sentimental de violación sexual y los derechos constitucionales vulnerados.

## **B. Técnicas**

- **Fichaje**

La información cualitativa obtenida de legislación y doctrina nacional y comparada especializada sobre delito de aborto sentimental por violación sexual y derechos constitucionales vulnerados, se realizó con el empleo de la técnica del fichaje que permitió el acopio de los datos teóricos que fueron materializados en la dispersión temática del trabajo de investigación.

## **C. Instrumentos**

- **Fichas**

Instrumento que facilitó el acopio cualitativo de información teórica plasmadas en libros, revistas y leyes, en un primer

momento se registraron sus datos para individualizar a los autores, para luego vaciar todos los datos en las fichas de escritorio o contenido que permitieron la elaboración del marco teórico.

### **5.3.3. Procedimiento**

Al ser la investigación cualitativa o de gabinete, el procedimiento en la recolección y procesamiento de datos se realizó de la siguiente manera:

**PRIMER PASO:** Se recopiló información doctrinaria de libros, revistas y manuales que se encuentren en las bibliotecas físicas y virtuales sobre el tema de investigación, empleando para ello la técnica del fichaje.

**SEGUNDO PASO:** Se redactó la dispersión temática sobre el contenido de los capítulos del marco teórico respecto al aborto sentimental por violación sexual y los derechos constitucionales vulnerados.

**TERCER PASO:** Se procedió a analizar la regulación vigente del aborto sentimental o por violación sexual y derechos vulnerados en la Constitución Política del Perú y el Código Penal.

**CUARTO PASO:** Se redactaron los capítulos del marco teórico respecto al aborto sentimental por violación sexual y los derechos constitucionales vulnerados.

**QUINTO PASO:** Se redactaron de manera clara y objetiva las conclusiones y recomendaciones arribadas por cada capítulo que guardan coherencia con los objetivos de la investigación.

**SEXTO PASO:** Se culminó con la redacción del borrador de tesis para su revisión general cuidando que cumplan con las formalidades establecidas por la universidad como es márgenes, tipo de letra, espacio, estilo de las citas en APA, etc.

#### **5.3.4. Presentación de los datos**

La investigación desarrollada se enmarca en el tipo cualitativo, con indicadores nominales por enfocarse en teorías (doctrina, legislación nacional y comparada, y la jurisprudencia relevante sobre las variables de estudio) sobre la prohibición del aborto sentimental por violación sexual y los derechos constitucionales vulnerados, dentro del marco de la constitución política y los instrumentos internacionales.

## CONCLUSIONES.

1. El aborto sentimental por violación sexual en la doctrina se adscribe a la teoría de la criminalización absoluta con excepción de indicador atenuado, reconoce al nasciturus como bien jurídico protegido, la gestante puede ser sujeto activo, constituye un delito de resultado y se admite la tentativa; en la legislación lo ubicamos prescrito en el Artículo 120 inciso 1 del código penal, su comisión fuera del matrimonio y la existencia de denuncia policial son presupuestos para su aplicación y su pena es no mayor de tres meses.
2. Los derechos constitucionales vulnerados en el delito de aborto sentimental por violación sexual tienen la categoría de derechos fundamentales, y se destaca a la dignidad que evita su cosificación, al libre desarrollo de su personalidad que evita que se destruya su plan de vida y el derecho de salud reproductiva que evita que acceda a maniobras clandestinas poniendo en riesgo su salud y vida.
3. Los fundamentos para la inaplicación vía control difuso y ulterior derogación lo tenemos en el artículo 138 de la Constitución, en la jurisprudencia de Colombia en la sentencia C-355 del 2006 y de Argentina en la sentencia F-259. XLVI del 2012; en su corriente despenalizadora de la legislación comparada, artículo 86.2 del código penal argentino, el artículo 417.1 del código español, el artículo 266 del código boliviano, el artículo 333 del código mexicano y el artículo 119 del código sanitario chileno; y en los postulados doctrinarios que otorgan primacía a los derechos constitucionales de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y derecho de salud reproductiva.

## **RECOMENDACIONES.**

1. Al presidente de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, la realización de acuerdo plenario regional, con el fin de establecer las directrices que deben seguir los jueces penales para el ejercicio del control difuso prescrito en el artículo 138 de la Constitución Política, con la finalidad de inaplicar el artículo 120, inciso 1 del Código Penal que sanciona el aborto ético por violación sexual, por contravenir los principios constitucionales de dignidad de la mujer gestante, el libre desarrollo de su personalidad para alcanzar su perspectiva de vida y el derecho a la salud reproductiva, siempre que se compruebe el estado de gestación y la denuncia policial.
2. Al poder legislativo, la presentación de un anteproyecto de ley, para optar por la despenalización relativa de indicaciones y plazos en el aborto sentimental por violación sexual, para lo cual debe derogarse el artículo 120 y modificarse el artículo 119 del código penal en donde se incluya que esa conducta no es merecedor de reproche penal cuando la gestación sea secuela de una violación sexual y se cumplan con los presupuestos de denuncia previa y haya sido realizado dentro de las doce semanas de embarazo y de catorce semanas cuando la gestante es menor de 14 años.



## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

- Alexy, R. (2003). Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arbulú, V. (2018). Derecho penal parte especial. Comentarios de los delitos contra la vida, el cuerpo, la salud, el honor y la familia. Lima: Instituto Pacífico.
- Bacilio, M. (2015). El aborto sentimental en el código penal peruano. Tesis para optar el título profesional de abogada. Trujillo: Universidad privada Antenor Orrego.
- Beaumont, R.A. (2007) Los procesos constitucionales en el Código Procesal Constitucional, Particular énfasis en el Título Preliminar. En gaceta constitucional y procesal constitucional, tomo 113, Lima: Gaceta jurídica.
- Bernales, E. et al (2010). Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos inicuos 1,2 y 3 de la Constitución. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cáceres, A. et al. (2017). La interrupción del embarazo en caso de violación sexual en el Perú. Tesis para optar el título profesional de abogada. Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín.
- Caro, R. (2017). Aborto por violación: una perspectiva de análisis desde el Derecho Constitucional y Comparado. En revista de gaceta constitucional y procesal constitucional, tomo 114, Lima: Gaceta jurídica.
- Carplzo, J. y Valadés, D. (2010). Derechos humanos, aborto y eutanasia. Madrid: Dykinson.
- Carpio, E. (2006). Los derechos no enumerados. En La Constitución comentada. Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica.
- Fernández, N. (2020). La despenalización del aborto sentimental y la violencia psicológica de la mujer en el distrito judicial de lima norte en el año 2018. Tesis para optar el grado académico de maestría en derecho penal. Lima: Universidad Nacional Federico Villarreal.
- Galván, A. (2017). Influencia de la despenalización del aborto en el embarazo no deseado por causa de violación sexual en Huancayo-2017. Tesis para optar el título profesional de abogada. Huancayo: Universidad Peruana los Andes.
- García, C. et al. (2015). Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Madrid: Edisofer.
- Giler, J. (2015). Investigación diagnostica o propositiva. Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/256338347/Investigacion-Diagnostica-o-Propositiva>.

- Hernández, R. (2006), Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional. Lima: Jurista Editores.
- Hernández, R. Et al. (2006). Metodología de la investigación. México: Mc Graw Hill.
- Landa, C. (2006). Constitución y fuentes del Derecho. Lima: Palestra.
- León, F. (2014). El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. En revista de pensamiento constitucional, N° 19, Lima. PUCP.
- Madrid-Malo, M. (2007). Derechos fundamentales. Santa fe de Bogotá: Temis.
- Mendoza, F. (2008). Penalización por aborto por violación sexual y sus contradicciones. Tesis para optar el grado de magister en derecho penal. Puno: Universidad Nacional del Altiplano.
- Mesía, C. (2004). Derechos de la persona. Dogmática constitucional. Lima: Fondo Editorial Congreso de la República.
- Momethiano, J. (2003). Código Penal exegético. Lima: San Marcos.
- Muñoz, F. (2015). Derecho Penal. Parte Especial, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Peña Cabrera, A. (2017). Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Lima. Gaceta jurídica.
- Rodríguez, L. (2007). Bases criminológicas para el análisis jurídico-penal del comportamiento sexual abusivo. En: URQUIZO OLAECHEA, José. Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Lima: Idemsa.
- Salinas, R. (2015). Derecho penal parte especial. Lima: Iustitia.
- Villavicencio, F. (2014). Derecho penal parte especial Tomo I. Lima: Grijley.