

UNIVERSIDAD NACIONAL DANIEL ALCIDES CARRIÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

El delito de aborto por violación sexual en el derecho penal peruano
2018

Para optar por el título profesional de:
Abogado

Autor: Bach. Frank Gabriel CASTILLO QUESADA

Asesor: Dr. Rubén Jaime TORRES CORTEZ

Cerro de Pasco - Perú – 2019

UNIVERSIDAD NACIONAL DANIEL ALCIDES CARRIĆ
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍMICAS
ESCUELA DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

El delito de aborto por violación sexual en el derecho penal peruano
2018

Sustentada y aprobada ante los miembros del jurado:

Dr. Yino Pelé YAURI RAMON

PRESIDENTE

Mg. Wilfredo TORRES ALFARO

MIEMBRO

Mg. Eleazar MEJIA OLIVAS

MIEMBRO

DEDICATORIA

Quiero dedicar el presente trabajo investigativo principalmente a mis padres, por su amor, trabajo y sacrificio en todos estos años, gracias a ustedes he logrado llegar hasta aquí y convertirme en lo que soy. Es un orgullo y el privilegio ser su hijo, son los mejores padres.

A mis hermanos por estar siempre presentes, acompañándome y por el apoyo moral, que me brindaron a lo largo de esta etapa mi vida.

A todas las personas que me han apoyado y han hecho que el trabajo se realice con éxito en especial a aquellos que me abrieron las puertas y compartieron sus conocimientos y sobre todo sus buenos deseos.

RECONOCIMIENTO

A mi familia, por haberme dado la oportunidad de formarme en esta prestigiosa universidad y haber sido mi apoyo durante todo este tiempo.

De manera especial a mi tutor de tesis, por haberme guiado, no solo en la elaboración de este trabajo de titulación, sino a lo largo de mi carrera universitaria y haberme brindado el apoyo para desarrollarme profesionalmente y seguir cultivando mis valores.

RESUMEN

Se llevó a cabo una investigación cuyo objetivo fue establecer si es posible incorporar en la legislación nacional el reconocimiento al derecho de aborto en casos de violación sexual como derecho fundamental de las mujeres, para tal modificar la Constitución política del Perú. Con este fin se elaboró un cuestionario para evaluar este tema, el cual fue debidamente validado por criterio de jueces y cuya confiabilidad fue determinada por el Coeficiente Alpha de Cronbach. El cuestionario se aplicó a una muestra de 67 personas conformada por Jueces Civiles de Pasco: Secretarios de Juzgado; Abogados civiles y laborales de Pasco; Estudiantes de la Facultad de Derecho UNDAC; Especialistas varios. El tipo de investigación fue la investigación aplicada, el nivel de la investigación fue el explicativo causal, el diseño fue el no experimental y el diseño estadístico fue el de comparación de frecuencias con la Razón Chi Cuadrado, el método fue el cuantitativo aplicando los procedimientos analíticos y sintéticos. El procesamiento estadístico fue realizado con el programa estadístico SPSS versión 20 y se recurrió a la Razón Chi Cuadrado a fin de determinar cuál era la opinión predominante en cada pregunta y esta manera obtener un panorama general y detallado sobre el problema analizado. Se revisó el marco teórico referido al delito de violación sexual, el aborto por violación sexual y los derechos humanos, así como las consideraciones en pro y en contra de este tipo de aborto.

Palabras Clave: Violación Sexual, Aborto por Violación Sexual, Derecho a la Vida.

ABSTRACT

An investigation was carried out whose objective was to establish if it is possible to incorporate into the national legislation the recognition of the right of abortion in cases of rape as a fundamental right of women, for such a modification of the Political Constitution of Peru. To this end, a questionnaire was developed to evaluate this topic, which was duly validated by the judges' criteria and whose reliability was determined by Cronbach's Alpha Coefficient. The questionnaire was applied to a sample of 67 people composed of Pasco Civil Judges; Court Secretaries; Civil and labor lawyers of Pasco; Students of the UNDAC Law School; Various specialists. The type of research was applied research, the level of the research was the causal explanatory, the design was the non-experimental and the statistical design was the comparison of frequencies with the Chi-square Reason, the method was the quantitative one applying the analytical procedures and synthetic. The statistical processing was carried out with the SPSS statistical program version 20 and the Chi Square Reason was used to determine which was the predominant opinion in each question and this way obtain a general and detailed panorama about the problem analyzed. The theoretical framework referred to the crime of rape, abortion for rape and human rights, as well as considerations for and against this type of abortion, was reviewed. The conclusions of the case were established regarding the existence of international mechanisms to protect the "right to abortion" in case of rape, as well as the mechanisms to guarantee and safeguard the human rights of women in case they wish to resort to abortion for rape and, Finally, a legislative proposal was proposed to decriminalize abortion in the case of rape. The respective recommendations were formulated.

Keywords: Sexual Violation, Abortion for Sexual Violation, Live Right.

INTRODUCCIÓN

Para entender el panorama que implica tratar el tema del aborto se tiene que entender específicamente de que se trata el aborto.

Teniendo en cuenta que el consenso científico dice que la vida inicia cuando se da la concepción, es decir la unión de un ovulo con un espermatozoide tenemos que sustentar que el aborto como tal se da después de la concepción, puesto que antes de dicha concepción no tendría sentido utilizar el término en sí.

Ahora bien, en palabras de Nicolas Marquez, abogado argentino y coautor del Libro Negro de la Nueva Izquierda *“utilizar la palabra interrupción del embarazo sería un despropósito puesto que la interrupción es el cese temporal de un proceso para su posterior reanudación”*. Sin embargo, el aborto es la finalización de la vida del feto causada por agentes externos.

En Perú como en el resto de países el tema del aborto continúa siendo altamente controversial. El código penal peruano prohíbe expresamente el aborto salvo cuando la vida de la madre corre peligro. Otros países de Europa, Rusia, China, Norteamérica y algunos países latinoamericanos como Brasil, Argentina y Uruguay asumen respecto al tema una posición más liberal.

En América Latina; el aborto es ilegal a excepción de Cuba y Puerto Rico. La tasa de aborto en el mundo es de 13 por mil mujeres en edad fértil; en América Latina es de 37 y en el Perú es de 55 por mil, esto por supuesto no incluye la estadística de abortos en caso de violación sexual sino que es en general, teniendo en cuenta que no todos los abortos son a causa de eso sino más bien de la incapacidad de responder a la responsabilidad de asumir la llegada al mundo de un nuevo ser humano tanto por parte de madres y padres que al verse incapaces recurren a este delito.

En América Latina la práctica del aborto está regulada jurídicamente. Mayoritariamente (salvo la muy reciente legislación argentina del 2018, la cual finalmente no permitió legalizar el aborto) se señala que el aborto es punitivo, salvo que sea autorizado por la concurrencia de determinadas indicaciones. Estas indicaciones son terapéuticas o médicas por riesgo para la vida de la mujer (en Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Haití, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela); por enfermedad fetal grave o incurable (en Panamá, Trinidad y Tobago, Uruguay); por violación sexual (en Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, México, Uruguay); por precaria situación familiar (en Uruguay).

En el Perú se produce aproximadamente un millón de embarazos al año (la mayoría no son resultado de violación sexual sino más bien de las relaciones ordinarias de adultos y adolescentes), de los cuales, se calcula, que un tercio termina en aborto clandestino. En eventos internacionales se ha concluido que el Perú es el país latinoamericano con el mayor número de abortos, seguido de Brasil y Argentina. Por cada mujer que muere por aborto hay 10 ó 15 mujeres que quedan incapacitadas para procrear o sufren de procesos crónicos dolorosos y hay que indicar que en ningún país la legalización del aborto redujo el riesgo que corre la mujer que se somete a este procedimiento; más aún la tasa de abortos aumento conjuntamente con la mortalidad de las mujeres que se someten a ello. Con relación al aborto existen dos enfoques radicalmente contrapuestos: en un extremo están quienes creen que el embrión o el feto tienen prioridad absoluta sobre las decisiones personales de la mujer. El extremo opuesto apoya decididamente los derechos de la mujer a decidir por sí misma, ya sea la continuación o la interrupción del embarazo (entiéndase la muerte o el asesinato del feto, causada por agentes externos), y parece hacer caso omiso de cualquier valor posible del embrión o feto que tiene calidad de ser humano desde su concepción.

El Código Penal de 1991, en los artículos 114 al 120, establece sanciones contra las mujeres que se practican el aborto y contra las personas que lo realizan. La Constitución del Perú del año 1993 ratificó la prohibición del aborto en el Artículo 2, inciso 1, cuando señala: “El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” Igualmente la Ley General de Salud (N° 26842) establece en su artículo 30°, la obligación de que los establecimientos de salud y los médicos tratantes, informen a la autoridad policial sobre los casos en los que exista sospecha de aborto provocado.

Sin embargo, en el artículo 119 del Código Penal dice: “No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio de salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”

Medicamente se entiende por aborto toda expulsión del feto, natural o provocada, en el período viable de su vida intrauterino. Si esa expulsión del feto se realiza en período viable pero antes del término del embarazo, se denomina parto prematuro, tanto si el feto sobrevive como si muere. En el lenguaje corriente, aborto es la muerte del feto por su expulsión, natural o provocada, en cualquier momento de su vida intrauterino.

El aborto por violación ha generado posiciones contrapuestas en el Perú. Así, una encuesta realizada por la Universidad de Lima (2009)¹ arrojó un empate técnico cuando la pregunta es si se debe permitir el aborto por violación. Sin embargo, hay una marcada diferencia de opinión entre los estratos sociales. Según la encuesta, el sector con ingresos económicos más altos muestra un claro respaldo a la despenalización del aborto por violación: un 61,5% está a favor. Otro es el resultado en el sector con los ingresos más bajos. Aquí, solamente el 22% de los encuestados aprueba la despenalización mientras

¹ Universidad de Lima (2009) Encuesta sobre el aborto por violación. Lima. Universidad de Lima.

que un 73% se muestra en contra de cambiar la ley. La encuesta también planteó el aborto por malformación del feto. En este caso, un 60% de los encuestados con los ingresos más altos se muestra a favor de esta posibilidad, mientras que en el sector con menos ingresos el respaldo solamente alcanza el 39%.

Es importante señalar que los estudios sobre el tema llevados a cabo por la Universidad de Lima vienen planteando ambas preguntas desde el año 2002. Desde entonces, el respaldo general a la despenalización del aborto en casos de violación y de malformación se ha incrementado notablemente: En el primer caso, de 38,1% (2002) a 47,5% (2009) y, en el segundo, de 33,4% (2002) a 51,5% (2009). También es interesante notar que el porcentaje de hombres y mujeres a favor y en contra del aborto no varía de forma significativa.

La evolución de las denuncias por aborto del Distrito Judicial de Lima del Ministerio Público en los últimos 12 años, prácticamente no se ha modificado. Mientras las denuncias de la Fiscalía se han mantenido en un bajo número, los abortos realizados se han incrementado en 52% en 10 años. Consideramos así, que el aborto es uno de los delitos más cometido y menos sancionado legalmente en el Perú. Al hallarse una denuncia del Ministerio Público por 1,080 abortos inducidos, existe una tácita aceptación del hecho. En este caso es funcional el criterio que dice que, cuando un delito no es sancionado muchas veces, podría no ser problema del delito mismo sino de la norma.

En este sentido es importante conocer que hay desinformación de los ginecólogos respecto a la situación legal del aborto, así 1 de cada 4 especialistas piensan que está prohibido el aborto en todos los casos, 1 de cada 2 ginecólogos piensa que un embarazo con feto anencefálico se puede terminar legalmente. Aun así, el 23% de especialistas opinan que debe estar despenalizado el aborto en todos los casos, y el 75% cree que

debería ser legal en algunos casos. La mitad opina que la despenalización disminuiría las muertes maternas y casi un tercio piensa que disminuiría el número de abortos.

En el año 2009 la Comisión Revisora del Código Penal propuso la despenalización del aborto para los casos de aborto eugenésico y por violación sexual. Al respecto surgieron voces discrepantes que sustentaban su oposición en los siguientes argumentos:

1. La vida humana en cualquier fase o condición debe ser respetada y protegida de manera absoluta desde la concepción. Es decir, desde el primer momento de su existencia, el ser humano debe ver reconocidos sus derechos de persona entre los cuales está el carácter sagrado e inviolable de todo ser inocente a la vida. Se señala que la Comisión Revisora del Código Penal ha obrado mal porque el derecho de todo individuo humano inocente a la vida no está subordinado ni a los individuos ni a los padres y tampoco es una concesión de la sociedad o del Estado porque este derecho pertenece a la naturaleza humana y es inherente a la persona.
2. Sobre el aborto eugenésico, se indicó que este aborto se basa en el falso postulado de que sólo "los lindos y sanos" son quienes deben establecer el criterio de valor de cuándo una vida vale o no. Con ese criterio, tendríamos motivo suficiente para matar a los minusválidos.
3. En cuanto al aborto por violación sexual, éste no va a quitar a la mujer violada ningún dolor físico o psicológico producido por este repudiable acto. Al contrario, le va a agregar las complicaciones físicas y psíquicas que el aborto ya tiene de por sí. Por otro lado, el fruto de este acto violento es un niño inocente, que no carga para nada con la brutal decisión de su padre genético.
4. No es posible que vía una reforma del Código Penal se pretenda despenalizar el aborto en el Perú cuando la Constitución protege al concebido no nacido desde la concepción. Esa reforma sería anticonstitucional y por tanto ilegal.

La mejora del Código Penal aprobada por la Comisión Revisora sostenía lo siguiente: No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal en los casos siguientes:

- Cuando constituye el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave o permanente.
- Cuando es probable que el ser en formación obedezca o desarrolle graves malformaciones o tareas físicas o psíquicas, siempre que exista al respecto el diagnóstico médico especializado.
- Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual, siempre que los hechos hubiesen sido denunciados penalmente, así como de la inseminación artificial o transferencia de un óvulo fecundado no consentidas.

Posteriormente, en el año 2015, el Congreso peruano comenzó el debate sobre el proyecto de ley Nro. 3839-2014-IC que planteaba la despenalización del aborto en caso de violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentida, presentado por organizaciones feministas con un respaldo de 80.000 firmas de la ciudadanía, número de adhesiones superior al mínimo establecido por la Ley de Derechos de Participación y Control Ciudadanos.

Actualmente, en el país, el aborto es no punible solo en los casos en los que la vida de la mujer embarazada corre peligro. La norma que lo sustenta logró contar con una guía de atención para atención de aborto terapéutico en servicios de salud, tras nueve décadas de demandas de mujeres y de organizaciones, y frente a las dificultades presentadas por los vacíos al momento de la práctica médica.

Este proyecto se sustentó en los siguientes argumentos a favor de la despenalización del aborto:

1. Despenalizar el aborto es dejar de considerar delito la interrupción de un embarazo cuando se realiza por libre decisión de la mujer y, por ende, dejar de perseguir penal o judicialmente a mujeres y/o a profesionales que realizan el procedimiento.
2. Significa respetar la decisión de las mujeres respecto a la maternidad, sin considerar la maternidad una obligación, y dejar de impulsar a más mujeres a prácticas clandestinas de aborto en condiciones inseguras que ponen en riesgo su integridad, su salud y su vida.
3. En América Latina y el Caribe se producen alrededor de 4.4 millones de abortos, de los cuales el 95% son inseguros y muchas mujeres se auto inducen el aborto o acuden a proveedores que aplican técnicas inseguras o que no están adecuadamente capacitados. En los países de América Latina y el Caribe, el aborto está penalizado en la mayoría de casos y en siete países de la región está totalmente prohibido.
4. En el caso de Perú, el 8,4% de mujeres alguna vez unidas refiere haber sufrido violencia sexual. Si bien se reconocen subregistros, según cifras del Ministerio Público (2013) en promedio se registran 49 denuncias diarias de violación sexual. Más del 90% de las víctimas de delitos contra la libertad sexual son mujeres y las edades más vulnerables en casos de violación sexual están entre 14 y 17 años de edad (Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer (PNCVHM 2009-2015). A estos datos se suman que 90 de cada 100 embarazos de niñas son consecuencia de actos incestuosos, y 34 de cada 100 adolescentes embarazadas como consecuencia de una violación sexual, se suicidaron.

En referencia específica al aborto por violación hay que precisar que la violación sexual es un hecho sumamente traumático para la víctima. Eso es indudable. Pero un enfoque

victimológico, reiteradamente invocado por los defensores del aborto por violación también se debe tener en cuenta a esa otra víctima inocente que es el concebido. A esa vida en gestación no se le puede despojar de su condición humana para, a continuación, tratarlo como un objeto desechable. Más aún si el aborto en sí no sólo no ayuda a la recuperación de la víctima de violación, sino que le añade el trauma de la práctica abortiva. Es decir, al trauma de la violación se le añaden dos males: la muerte de una vida inocente y el trauma del aborto.

En efecto, es comúnmente aceptado que el aborto genera trastornos fisiológicos (dolores de cabeza, molestias abdominales, fatiga); trastornos del sueño (pesadillas, insomnio); trastornos de tipo depresivo (angustia, ansiedad, vacío interior, ideas suicidas); trastornos emocionales (disminución de la autoestima, inestabilidad emocional, dependencia afectiva mórbida) y otros (incapacidad para mantener relaciones de pareja duraderas, deterioro de las relaciones familiares, disminución o pérdida del deseo sexual, indecisión, disminución de la concentración, etc.), como señala Mendoza de Chávez (2012)².

Añadido a ello el propósito es establecer que el aborto no es en ningún modo una salida fácil para la mujer cualquiera sea la situación en la que quedó embarazada, más aun teniendo en cuenta que no existe aborto seguro, no existe aborto gratuito y caer en esa salida no solamente causara más víctimas (entendiendo a la vida concebida) sino que también aumentara el trauma de la mujer que fue violada debido a las secuelas que este procedimiento inevitablemente deja en todas aquellas que se lo practican, tal como estableceremos.

²Mendoza de Chávez, Neldy (2012) Cuestionario de Diagnóstico del SPA – Ficha N° 3 del Acompañamiento. Departamento de Investigación del Instituto para el Matrimonio y la Familia. UCSP.

INDICE

DEDICATORIA

RECONOCIMIENTO

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

INDICE

CAPITULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACION

1.1. IDENTIFICACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA.....	1
1.2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	5
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	12
1.3.1. Problema principal.....	14
1.3.2. Problemas Específicos	14
1.4. FORMULACIÓN DE OBJETIVOS	14
1.4.1. Objetivo General.....	14
1.4.2. Objetivos Específicos	14
1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACION.....	15
1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.....	16

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE ESTUDIO	18
El aborto en el Perú:	25
2.2. BASES TEÓRICAS - CIENTÍFICAS.....	33

2.2.1. Cuando se da el inicio de la vida según los parámetros científicos y legales de la actualidad	33
El Inicio de la vida humana según los parámetros científicos actuales.....	33
El Inicio de la vida humana dentro del marco de la jurídico nacional e internacional actuales	37
2.2.2. Concepto de Aborto; Procedimiento y Riesgos; Consecuencias Físicas y Psicológicas tanto en la gestante como en el niño por nacer	44
a) Concepto del aborto	44
Concepto Etimológico	44
Concepto Médico.....	44
Concepto Jurídico	44
b) Procedimiento clínico del aborto	46
Abortos realizados con productos químicos. Tenemos.....	47
Riesgos Contemplados en abortos realizados por agentes químicos hasta la novena semana del embarazo.	48
Abortos realizados mediante intervención quirúrgica. Tenemos:	50
Riesgos Contemplados en abortos realizados por Intervención quirúrgica.....	52
Consecuencias Físicas y Psicológicas tanto en la gestante como en el niño por nacer.	54
2.2.3. ¿Es el aborto un derecho?	57
2.2.4. Mecanismos internacionales que le atribuyen protección al aborto como derecho	65
2.2.5. Funcionamiento de los tratados internacionales con respecto a los derechos humanos.....	67
2.2.6. El aborto en la legislación comparada.....	72

2.2.7. El Problema de la Violencia Sexual desde el punto de vista jurídico y su tratamiento legal	76
2.2.8. Aborto y tipos penales	82
2.2.9. Planteamientos a favor y en contra del Aborto por Violación Sexual	98
a) Posturas a favor de la despenalización del aborto por violación sexual	98
Postura de carácter jurídico.	98
Postura de carácter Científico.	100
Postura de carácter Social.	104
b) Posturas en contra de la despenalización del aborto por violación sexual.....	106
Posturas de carácter jurídico	106
Posturas de Carácter Científico.....	112
Posturas de Carácter Social	117
2.2.10. Propuestas recientes	119
Argumentos por los cuales estos proyectos fueron rechazados	126
Sistema de plazos	127
CONCLUSIÓN DEL PREDICTAMEN	142
2.3. DEFINICION DE TÉRMINOS BÁSICOS	142
2.4. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS	146
2.4.1. Hipótesis General.....	146
2.4.2. Hipótesis Específicas	146
2.5. IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES.....	147
2.5.1. Variable independiente	147
2.5.2. Variable dependiente	147

2.6. DEFINICIÓN OPERACIONAL DE VARIABLES E INDICADORES	147
2.6.1. Definición conceptual.....	147
2.6.2. Definición operacional	148

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	149
3.1.1. Tipo de Investigación	149
3.1.2. Nivel de Investigación	149
3.2. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	150
3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	150
3.4. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	150
3.4.1. Población	150
3.4.2. Muestra.....	151
3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	152
3.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS.....	153
3.7. TRATAMIENTO ESTADÍSTICO.....	153
3.9. ORIENTACIÓN ÉTICA	155

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO	156
4.2. PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	160
4.3. PRUEBA DE HIPÓTESIS	162
4.4. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	167

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

INSTRUMENTO DE RECOLECCION DE DATOS

CAPITULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACION

1.1. IDENTIFICACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

En nuestro país el debate acerca del aborto por violación sexual no es nuevo y de hecho ya se ha planteado este tema ante nuestro congreso. El 4 de noviembre de 2014, la comisión de constitución del Congreso debate la despenalización del aborto por violación.⁹ El 26 de mayo de 2015, la comisión de justicia del Congreso decidió archivar con 4 votos a favor, 1 en contra y 2 abstenciones.

El aborto es definido por la OMS (2015)³ como la pérdida de un feto hasta las 22 semanas de embarazo o un peso hasta 500 g. Durante el año 2015 se produjeron a nivel mundial 53,8 millones de abortos, obteniéndose una tasa de 28/1 000 mujeres

³ World Health Organization. Health. Definitions and indicators in family planning, maternal and child health and reproductive health. WHO Regional Strategy on Sexual and Reproductive. Geneva: World Health Organization, 2011.

en edad fértil (entre 15 y 44 años). El 49,3% de estos abortos fueron inseguros, pero en los países en desarrollo este porcentaje aumentó hasta 56% (Sedgh: 2014)⁴. La alta frecuencia de esta complicación del embarazo merece implementar medidas urgentes de salud pública que incluya el respeto a los derechos humanos (Grimes: 2011)⁵.

El aborto es definido por la OMS (2015)⁶ como la pérdida de un feto hasta las 22 semanas de embarazo o un peso hasta 500 g. Durante el año 2015 se produjeron a nivel mundial 53,8 millones de abortos, obteniéndose una tasa de 28/1 000 mujeres en edad fértil (entre 15 y 44 años). El 49,3% de estos abortos fueron inseguros, pero en los países en desarrollo este porcentaje aumentó hasta 56% (Sedgh: 2014)⁷. La alta frecuencia de esta complicación del embarazo merece implementar medidas urgentes de salud pública que incluya el respeto a los derechos humanos (Grimes: 2011)⁸.

De acuerdo a la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES: 2013)⁹, el 23% de nacimientos ocurridos en los últimos cinco años fue no deseado por sus padres en el momento de la concepción. Si se agrega aquellos embarazos que prefirieron haber

4 Sedgh G, Singh S, Shah IH, Ahman E, Henshaw SK, Bankole A. Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008. *Lancet*. 2014 Feb 18;379(9816):625-32. doi: 10.1016/S0140-6736(11)61786-8.

5 Grimes D, Benson J, Singh S, Romero M, Ganatra B, Okonofua FE, et al. Unsafe abortion: the preventable pandemic. *Lancet*. 2011;368:1908-19.

6 World Health Organization. Health. Definitions and indicators in family planning, maternal and child health and reproductive health. WHO Regional Strategy on Sexual and Reproductive. Geneva: World Health Organization, 2011.

7 Sedgh G, Singh S, Shah IH, Ahman E, Henshaw SK, Bankole A. Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008. *Lancet*. 2014 Feb 18;379(9816):625-32. doi: 10.1016/S0140-6736(11)61786-8.

8 Grimes D, Benson J, Singh S, Romero M, Ganatra B, Okonofua FE, et al. Unsafe abortion: the preventable pandemic. *Lancet*. 2011;368:1908-19.

9 Instituto Nacional de Estadística e Informática. Encuesta Demográfica y de Salud Familiar, ENDES 2012, Lima, Perú. INEI; 2013. Disponible en: <http://proyectos.inei.gob.pe/endes/2012/Libro.pdf>.

sido diferidos, este porcentaje se eleva a 54,8% (Ferrando: 2006)¹⁰. Según Ferrando, de 3,8 millones de mujeres sexualmente activas en el Perú, aproximadamente 30% o 1,4 millones están en riesgo de salir embarazada sin desearlo, produciéndose 376 mil abortos clandestinos en el país por año. Pero por supuesto la promiscuidad y la educación sexual no son predominantes en esta tesis sino la situación con las que se pretende justificar un aborto en caso de violación sexual.

Los abortos inseguros y sus complicaciones constituyeron en el periodo 2002-2015 la tercera causa (9,8%) de mortalidad materna en el Perú (MINSa: 2014)¹¹

y en el periodo 2012-2013 fue la primera causa de hospitalización en el Perú (MINSa: 2015)¹². Ferrando encontró (2006) que la probabilidad de hospitalización fue más elevada si la mujer era pobre, pero cabría preguntar: ¿existen los abortos seguros? Solo por dar un ejemplo el índice de mujeres que se practicaron abortos en EEUU desde la despenalización en los años 70 en ese país aumentaron considerablemente. En EE UU en 2016 tuvo 650000 abortos y 1200 muertes al año. Se legalizó el aborto en el año 1973 por el fallo White vs Rode¹³, había menos de 1000 abortos al año.

En el Perú, el aborto inducido es ilegal y está penalizado, a excepción del aborto por razones riesgo de salud materna. La penalización del aborto hace que las mujeres recurran a prácticas clandestinas para interrumpir un embarazo no deseado.

10 Ferrando D. El Aborto Clandestino En El Perú: Hechos y Cifras. Lima. Centro de la Mujer Peruana, Flora Tristán – 2006. Disponible en: <http://www.inppares.org/sites/default/files/Aborto%20clandestino%20Peru.pdf>.

11 Dirección General de Epidemiología. Mortalidad materna en el Perú 2002-2011. Lima Perú 2014. Disponible en: <http://www.unfpa.org.pe/publicaciones/publicacionesperu/MINSa-Mortalidad-Materna-Peru.pdf>.

12 Ministerio de Salud [<http://www.minsa.gob.pe/>]. Perú: Oficina General de Estadística e Informática [actualizada en 2015]. Disponible en: <http://www.minsa.gob.pe/estadisticas/estadisticas/Morbilidad/HSMacros.asp?00>.

13 https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Roe_contra_Wade

Ferrando (2006) obtuvo una lista de varios métodos usados para interrumpir un embarazo no deseado, algunos de los cuales son bastante inseguros.

El método más usado fue la introducción vaginal de medicamentos, sustancias u objetos, destacando el uso intravaginal y/u oral del análogo sintético de la prostaglandina E1 (misoprostol). Un porcentaje de los abortos inducidos sin adecuada supervisión médica termina en los hospitales, mayormente por sangrado vaginal. Con datos de la ENDES (ENDES: 2013) se construyó un indicador de hospitalización, encontrándose que, por cada mujer hospitalizada por aborto, 7 no lo estuvieron.

Un pequeño número de mujeres que llegan por aborto inducido a los hospitales públicos son reportadas a la policía por los médicos que las atienden. Estas ‘denuncias’ obedecen al cumplimiento del artículo 30° de la Ley General de Salud N° 26842, la cual establece:

“El médico que brinda atención médica a una persona por herida de arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando existan indicios de aborto criminal, está obligado a informar del hecho a la autoridad competente”.

La regulación de los delitos de aborto obedece a razones de muy diversa índole, siendo la principal la preservación del derecho a la vida, por ello el ordenamiento positivo busca proteger la esperanza de vida o lo que algunos autores han dado en denominar la vida humana dependiente. Partiendo de este enfoque consideramos que el delito de aborto debe ser abordado desde una perspectiva psicosocial y dogmático jurídica, aspecto este último que requiere abordar el delito de aborto tomando en

cuenta la legislación comparada y los elementos configurativos del ilícito penal que comprende los diversos atentados contra la vida humana dependiente.

Es importante analizar también los aspectos sociales, económicos y morales del aborto pues ello coadyuva a establecer las razones a favor de la descriminalización o en su caso, de la penalización de dicho delito, lo que cobra mayor importancia si tomamos en cuenta que el aborto constituye un caso social que la humanidad a través de la mayoría de las legislaciones, afronta con un criterio antiabortista, lo que sin embargo no nos debe impedir considerar las apreciaciones de carácter legal, moral o religioso relacionados al tema en cuestión.

En el presente milenio las discusiones respecto al aborto están orientadas mayormente a la liberación, pretendiendo superarse posiciones dogmáticas y dejar de calificarlo como un grave pecado o delito; al respecto, y sin lugar a dudas, lo polémico que resulta asumir una posición sobre el aborto trae como consecuencia innumerables argumentos para condenarlo o aprobarlo, ya sean éstos de connotación reprochable o tolerable.

1.2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Para tener una cabal idea de la problemática social sobre el aborto, nos parece oportuno citar un proyecto de análisis realizado por el Centro "Flora Tristán" y Pathfinder International (2012)¹⁴ cuyo campo de estudio es precisamente el Perú.

Se estima que en el Perú se producen cada año 352 mil abortos inducidos, según un estudio confeccionado en el año 2001 por Delicia Ferrando. Para 1994 un estudio del Instituto Alan Guttmacher arrojaba la cifra de 271.1 mil abortos. Es decir, se ha producido un significativo incremento de tales acciones abortivas.

¹⁴ Centro "Flora Tristán" y Pathfinder International (2012) El aborto en el Perú. Lima-

Se calcula, además, que se registra un aborto por cada nacido vivo y que la probabilidad de las mujeres peruanas de 15 a 49 años de provocarse un aborto es del 5.2% y, que sólo el 14% de las mujeres que se somete a un aborto se hospitaliza. El aborto, señala este estudio, ocupa el cuarto lugar como causa de muerte materna, según datos proporcionados por el Ministerio de Salud; sin embargo, numerosos estudios sostienen que dentro de las muertes por hemorragias e infecciones se encuentran sub registradas muchas muertes por aborto. En consecuencia, si existiera un adecuado registro de las muertes maternas, el aborto ocuparía posiblemente el primer lugar.

En el Perú, el aborto es ilegal y constituye un delito contra la vida. El único caso de aborto no sancionado por la ley es el que se realiza para salvar la vida de la mujer gestante o evitarle un mal mayor, grave o permanente.

Como ya precisamos, en la Ley General de Salud existe una previsión que obliga al personal médico a denunciar los casos en que existan indicios de aborto y aunque esta disposición quiebra el principio de confidencialidad médico-paciente, es necesario indicar que obviamente ante un aparente conflicto de intereses, debe prevalecer el interés de la sociedad en su conjunto y el del bien jurídico de la vida, al deber de confidencialidad en mención. De ello se desprende que la vida es el interés supremo de la constitución política de nuestro estado Artículo 2 Inciso 1 , es por eso que los profesionales de la salud están obligados a comunicar a las autoridades los casos de aborto.

Un aspecto importante a destacar, es que las Naciones Unidas, a través del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1995, 1998 y 1999) y a través del Comité de Derechos Humanos —1996—, instó al Estado peruano a revisar la legislación que contiene medidas punitivas a aplicar para las mujeres que abortan.

Dicho informe enfatiza que la criminalización del aborto no desalentó esta práctica, sino que más bien, tuvo el efecto de hacer el proceso más inseguro y peligroso para las mujeres. En efecto, la práctica clandestina implica complicaciones especialmente a las mujeres de escasos recursos, sean éstas de zonas rurales (69%) o urbanas (44%), y en mucho menor medida a las mujeres que tienen altos ingresos (9%). Sobre el particular un dato interesante es que aproximadamente 65 mil mujeres son hospitalizadas cada año por complicaciones de aborto.

Claro, en efecto el aborto es una práctica insegura y peligrosa para la gestante, y al atentar contra la vida del concebido esta práctica es ilegal, por ende, no tendría cabida la despenalización de esta por ser insegura. Al igual que un ladrón que sale a asaltar un banco, tienda, persona etc. También corres peligro puesto que se puede topar con medidas de seguridad y personas armadas que repelan la agresión y claro esto causar, sino que quede herido su muerte. Entonces ¿deberíamos legalizar el robo para que sea una práctica segura para los que cometen el ilícito mencionado? ¿La respuesta brilla por su obviedad no es cierto?

Todo esto hace que el aborto constituya en el Perú un grave problema que el Estado debe enfrentar, con la implementación de políticas adecuadas y la asignación de los recursos correspondientes y suficientes para la prevención de este ilícito y de los casos específicos en los que se dé la violación sexual con el fin de proteger las dos vidas Y por supuesto castigar al perpetrador de este horrible crimen.

El aborto es, sin duda, un tema complejo pues despierta sentimientos encontrados, para muchos defensores de esta postura estos sentimientos los que deben ser dejados de lado para observar como primera prioridad la vida de las mujeres; esto último, atendiendo que el Perú ocupa el segundo lugar entre los países de América del Sur con el más alto índice de mortalidad materna.

Sin embargo, para los defensores de la vida no debería ser así, puesto que el niño concebido sea cual sea la situación en que este fue concebido, no tiene la culpa de ello y por ende tiene que protegerse su vida.

En nuestra sociedad como en todas las sociedades se presentan diferentes situaciones en las cuales pueden ser vulnerados derechos de niños mujeres y varones. Tenemos que entender que en el caso preciso de la presente tesis debemos analizar los casos de violación sexual y en cuántos de estos casos se viene dando el aborto, para así poder armar un espectro de la problemática real que nos atañe. Es pues así que la página web observatorioviolencia.pe nos dice:

“La Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES) realizada el año 2016 a mujeres de 15 a 49 años identifica que, del total de encuestadas, el 12% del grupo de mujeres adolescentes entre 15 a 19 años se encontraban embarazadas o habían sido madres. Estas estadísticas nos evidencian que el embarazo en menores de edad se perfila como un problema de salud pública. También nos indica un vacío de información oficial sobre embarazos en niñas y adolescentes menores de 15 años, pese a que es un problema a la vista importante.

Por otro lado, en el 2016, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) registró 45 mil 702 recién nacidos cuyas madres eran niñas y adolescentes menores de 18 años y los padres tenían entre 30, 40 y más años que las madres. Donde se especula que muchos de ellos corresponden a situaciones de abuso sexual. la estadística del Reniec nos advierte que, 1 mil 702 niñas y adolescentes de 11 a 14 años edad ya son madres (RENIEC: 2016).”¹⁵

¹⁵https://observatorioviolencia.pe/ninas-embarazadas/#Ninas_obligadas_a_ser_madres

En cuanto al delito de aborto es necesario contextualizarlo dentro del ordenamiento jurídico peruano vigente ya que si bien existen diversas definiciones de derecho y de ciencia jurídica, consideramos que no cabría hablar, de o sobre los mismos, fuera de un marco político y mucho menos fuera de un marco filosófico. Santiago Nino (1994: 11)¹⁶ parece entender bien esta relación cuando indica que:

La relación entre derecho y política parece obvia para un observador sin prejuicios teóricos, ya que todo el mundo entiende que el derecho de una sociedad varía de acuerdo con las relaciones de poder político que se dan en esa sociedad.

Se remarca de esta forma la existencia de una relación intrínseca entre política y derecho. Relación a la cual consideramos que fácilmente podría agregársele un aspecto más, la filosofía. De acuerdo a lo anterior, será en función al modelo filosófico que sea adoptado por una decisión política, que nos encontraremos ante uno u otro paradigma que desde ese momento se comportará como límite y como marco de acción para todo lo que denominemos como jurídico. Generando de forma tal, consecuencias relevantes para la vida de la sociedad y/o de los individuos que la conformen.

Siendo que esta relación (filosofía, política y derecho) se plantea como un supuesto de toda existencia social podemos empezar con un breve análisis del estado peruano, el mismo que desde el año de 1993 posee una constitución cuyo primer artículo nos indica que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Esta afirmación se conformará en un primer momento, desde la lectura dada en la presente, como la toma de postura política con respecto a un modelo filosófico determinado. Conforme lo indicado líneas arriba, no

¹⁶ Santiago Nino, Carlos. Derecho, Moral y Política. Ariel. Barcelona. 1994. Pág. 11.

cabría por lo tanto argumentar temas relevantes al derecho peruano que fuesen planteados sin tomar en cuenta tal marco conceptual que resulta, qué duda cabe, vinculante.

Consideramos que, si bien el análisis de los cómo y el porqué de tal propuesta política serían de sumo interés, no son relevantes para la presente investigación, en tanto el objeto de la misma es analizar la coherencia interna de un caso-problema concreto. Por lo anterior, asumiremos como presupuesto el modelo constitucional que ha sido plasmado por la autoridad en un momento determinado de la historia del Perú y en tanto tal, debe ser asumido como eje del ordenamiento jurídico peruano, resultará entonces pertinente tomarlo como base del derecho en función de poder lograr una argumentación sistémica coherente, evitando de esta forma caer en cuestionamientos ad infinitum que no vendrían al caso en investigaciones de carácter jurídico.

Se deberá reconocer, sin desmedro de la argumentación a seguir, la existencia de un paradigma que vinculará el sentido de la presente investigación. Paradigma que será tanto sustento como fuente de sentido a la realidad en la cual nos encontramos. Procederemos de esta forma a presentar el modelo filosófico que consideramos, fuese políticamente planteado dentro del modelo constitucional adoptado, así como las consecuencias que lógicamente se reflejan en el modelo jurídico que se deriva de éste. Con respecto a esto, cabe partir de un breve análisis del primer artículo de la Constitución del Perú, para de esta forma poder identificar claramente el paradigma indicado líneas arriba.

El Modelo Filosófico adoptado conforme al Artículo Primero de la Constitución Política del Perú cuando se refiere a un estado cuyo fin sea “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad”, podemos afirmar que estamos frente a un

modelo que se enmarcará en la premisa lógica de comprensión del valor del ser humano y de su consiguiente respeto. Para efectos de la presente tesis, esta premisa será entendida en tanto se basa en el sujeto como fin de toda función social y en tanto será el respeto de su dignidad (cualidad esencial y moral) lo que motivará a todo el sistema. Se señala lo anterior, en tanto consideramos que los términos dignidad y persona humana, encuentran su mayor desarrollo racional desde la teoría filosófica de Inmanuel Kant.

La adopción de este modelo puede ser entendida o justificada de muchas formas, sin embargo, consideramos que tal adopción se manifestó como una respuesta lógica a la gran influencia que tuvo Inmanuel Kant en las construcciones filosófico políticas a lo largo del siglo XIX y XX en Europa, las mismas que fueron heredadas por el pensamiento latinoamericano, directo tributario de las primeras.

Cabe señalar, además, que el pensamiento de Kant se compagina a su vez con sucesos históricos de gran relevancia, que marcaron cambios de paradigma intelectuales en su momento y que fuesen planteados por los teóricos de su tiempo. Sucesos tales como la revolución francesa con sus ideales de igualdad, libertad y fraternidad, la revolución de las 13 colonias en América, con negación de obedecer a una autoridad que no fuese impuesta por ellas mismas, etc. serían fundamento y correlato de estas propuestas teóricas, las mismas que calaron pronto en el gusto de los movimientos independentistas americanos a finales del siglo XVIII, afectando desde ese entonces la mentalidad de los intelectuales latinoamericanos.

Ya en pleno siglo XX nos encontramos frente a sucesos mundiales de gran importancia que obligaron a repensar la forma y los modelos adoptados con anterioridad. Sucesos tales como la segunda guerra mundial, con sus nefastas consecuencias, la creación de las Naciones Unidas, el auge y caída del régimen

soviético con sus radicales medidas sobre sus propios ciudadanos, etc. Tales sucesos plantearon la necesidad de repensar los modelos políticos adoptados, en tanto y en cuanto, se podía afirmar sin mayor duda que las visiones anteriores habían fallado para proteger a la humanidad en toda su extensión.

Es dentro de este contexto, en el cual el Estado Peruano se enmarca en los años 90s y en el cual se optó por un modelo que tomará a la dignidad de la persona humana como fundamento del orden político a predominar, con la esperanza de que este modelo se asumiera, a su vez, como un mínimo bajo el cual no podría actuarse sin entrar en directo conflicto con la especie humana misma.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

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

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

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

En 2014 se aprobó a nivel de la Comisión Especial Revisora del Código Penal peruano del Congreso, un proyecto para despenalizar el aborto en casos de violaciones o de graves anomalías en el feto, lo que se conoce como aborto eugenésico, añadiéndose así al terapéutico. Como era de esperarse muchos sectores de la población se opusieron a esta medida, generando opiniones divididas entre los miembros del gabinete ministerial, sin embargo, el debate está lejos de acabar aún fuera del rango ministerial. Las voces de protesta de un sector de la población obligaron al legislador a cambiar su planteamiento tipificando como aborto privilegiado o atenuado estas dos modalidades, tal como aparece en la redacción del artículo 120 del Código Penal.

No obstante, para algunos en este numeral aparece un vacío legal en lo que respecta al aborto sentimental, que consiste en interrumpir la maternidad cuando el embarazo es producto de una violación sexual, como derecho fundamental. En efecto, la parte inicial del artículo 120 del Código Penal que contiene la figura denominada aborto ético o sentimental; solo privilegia o atenúa el aborto de una mujer violada cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio. Esto se dio en razón a la oposición que dio la ley por parte de los Pro Vida que argumentaban que no había que contemplar como legal el asesinato de un ser humano concebido, para mantener la integridad de la otra víctima (la mujer violada) debido a que sería cometer un delito para aliviar otro, cosa que es a todas luces imposible puesto que la mujer que es violada encima se somete al trauma de asesinar a su propio hijo.

1.3.1. Problema Principal

¿Debería existir legislación nacional para el reconocimiento del “Derecho al Aborto” como derecho fundamental de las mujeres en casos de Violación Sexual y por ende la despenalización de este?

1.3.2. Problemas Específicos

1. ¿Existen dispositivos internacionales de protección al “derecho al aborto” o en todo caso no punibilidad o atenuantes con respecto aborto en casos de violación sexual?
2. ¿Nuestro país tiene la obligación de despenalizar el aborto, debido a que otros países ya lo están haciendo?
3. ¿Se debe considerar como derechos humanos de las mujeres el aborto en caso que deseen recurrir al este por violación sexual?

1.4. FORMULACIÓN DE OBJETIVOS

1.4.1. Objetivo General

Determinar si es necesaria la existencia de legislación nacional para el reconocimiento del “Derecho al Aborto” como derecho fundamental de las mujeres en casos de Violación Sexual y/o en todo caso la despenalización de este.

1.4.2. Objetivos Específicos

1. Determinar cuando inicia la vida y por ende cuando se considera sujeto de derecho a un ser humano, teniendo en cuenta aspectos científicos modernos
2. Determinar si el aborto puede llegar a ser un derecho humano, dentro del marco jurídico en el que nuestro país se desenvuelve; vale decir Leyes

Ordinarias, Constitución Política y Pactos Internacionales a los que está suscrito nuestro país.

3. Establecer si existen dispositivos internacionales de protección al derecho al aborto en caso de violación como derecho humano de la mujer.
4. Prescribir si se garantizan y salvaguardan los derechos humanos de las mujeres en caso que deseen recurrir al aborto por violación
5. Señalar si se puede plantearse alternativas legislativas para controlar y reducir abortos clandestinos en casos de Violación Sexual.

1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACION

Esta investigación se justifica básicamente por su relevancia social, teniendo en cuenta que el tema de la violación sexual en nuestro país constituye una problemática muy compleja y arraigada. Perú es el cuarto país en el mundo con mayor alto índice de violencia sexual, tanto que pareciera que ningún esfuerzo de las autoridades de turno logra reducir estas cifras.

Han existido esfuerzos importantes en el Perú por aprobar la despenalización de aborto en el caso de violación sexual, pero sin mucho éxito debido a que el derecho a la vida se sigue considerando un derecho fundamental por gran parte de la población, para tal efecto se requiere debe modificar la Constitución vigente y solo así se puede lograr una despenalización del delito de aborto en casos de violación sexual, ya que no es posible que una norma de rango inferior deba ser contraria a la Constitución

A través de este trabajo se pretende demostrar la importancia de la prevalencia del derecho a la vida, la valoración de las víctimas de violación y la importancia de establecer políticas sociales para salvar la vida de las dos personas Madre e hijo.

La investigación se justifica también por su relevancia jurídica, dado que se analizará los presupuestos de los derechos fundamentales y avanzando un poco más, enmarcándolos dentro del campo de los derechos humanos.

Es de suma importancia colaborar con la devolución de un derecho conculcado a las mujeres del país, y una protección a su derecho a la vida, a la integridad física, a la integridad psicológica, así como la del derecho a la vida del concebido. La meta esencial de este trabajo es la protección tanto de la víctima la mujer violada como del ser humano concebido.

Entender de primera mano que para discutir una despenalización del aborto tendríamos que circunscribir primero a el Pacto de San José de costa rica de los DDHH y la Convención Interamericana de los Derechos del Niño (art. 75) y finalmente a la idea de modificar la Carta Magna y a fin de regular la despenalización en la norma de rango inferior respecto a la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales básicas: en caso de peligro para la vida de la madre, en caso de inviabilidad fetal, y en caso de violación. Cosa que el gran cumulo de lobbies aborteros que exigen la despenalización del mismo suelen obviar

1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

La limitación que se puede presentar es la reticencia de algunos encuestados a responder preguntas sobre un tema difícil y controversial.

Además de la poca información que brindan instituciones como el INEI, Ministerios de Salud, Ministerio Público, Poder Judicial y otras instituciones que vean los casos de embarazos por violación sexual **Alcances:**

Delimitación Espacial: El área geográfica de la investigación cubre el territorio nacional porque la normativa sobre el aborto en el caso de violación sexual tiene alcance nacional.

Delimitación Temporal: El estudio se desarrollará en el periodo comprendido entre Mayo del 2018 y Agosto del 2019.

Delimitación Educativa: La muestra estuvo conformada por especialistas en Derecho Penal, docentes y alumnos universitarios de la especialidad de Derecho Penal, miembros de la magistratura de Cerro de Pasco, los cuales presentaban un nivel educativo promedio de Educación Superior.

Delimitación social: La muestra en general presentó un nivel socioeconómico perteneciente al nivel medio y medio – alto.

Delimitación Conceptual: El estudio planteado considera las siguientes variables fundamentales: Violación, Aborto, Derecho Penal.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE ESTUDIO

Bacilio Escobedo, María de Fátima (2015) El Aborto Sentimental en el Código Penal Peruano. Trujillo. Universidad César Vallejo. Realizó una investigación de tesis titulada “El aborto sentimental en el Código Penal peruano”. Indica que su investigación responde a la existencia de un vacío legal en el artículo 120 ab initio del Código Penal al referirse solo a la violación fuera del matrimonio, excluyendo la realizada dentro de este. Señala que esta diferenciación infringe los principios de igualdad, proporcionalidad y racionalidad de la pena en el derecho penal. Se realizó un análisis jurídico exhaustivo del referido vacío legal, evidenciándose que la esposa víctima de violación sexual, resultara embarazada; y está, ejerciendo su libertad de maternidad, decidiera abortar no le alcanza el tipo privilegiado de aborto “sentimental” sin embargo es acreedora del delito de aborto consentido. Por tal

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

Lovaton Ccasa, Nidya Areliz (2017) Despenalización del Aborto en casos de Violación Sexual en el Código Penal Peruano. Universidad Andina del Cusco - Filial Puerto Maldonado. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Escuela Profesional De Derecho. Esta autora señala que la investigación realizada partió de un hecho objetivo, el mismo que posee connotaciones jurídicas y sociales, cual es la Despenalización del Aborto en Casos de violación Sexual en el Perú, se entiende que el Aborto en el Perú está penalizado, sin embargo, considera en este punto que éste debería despenalizarse puesto que, se considera que existen razones suficientes para que esto suceda. Se demuestra jurídicamente el efecto que esta despenalización trae consigo para el país que decide dar este paso; se observa que existe una disminución considerable en la tasa de mortandad materna, esto a causa de los abortos incompletos; reducción en la tasa de abortos clandestinos, e incluso en el desistimiento de esta práctica abortiva, como se verá al hablar de Uruguay. Por otro lado al hablar de la violación sexual, todos tenemos claro que es un delito que se puede perpetrar en contra de mujeres y varones; pero lamentablemente quienes son víctimas frecuentes de este acto delictivo por lo general son mujeres, y a este vejamen sumarle el hecho que producto de ello la victima quede embarazada; pues el estado obliga a la madre (mayor o menor de edad) a continuar con este embarazo, evidentemente, no deseado; sin importarle las condiciones en las que ésta prosiga; y sin importar mucho menos la situación emocional, económica y social en las que la víctima se encuentre. Al hablar del derecho a decidir que tiene la mujer, no solo nos

referimos a que ella es dueña de su cuerpo y por ende disponer de éste de acuerdo a su libre albedrío, no se malentienda, la postura de la presente investigación es defender el derecho a decidir de la mujer, pero a decidir sobre las condiciones en las que ésta piensa hacer uso y disfrute de sus derechos reproductivos, de su libre autodeterminación para poder establecerse un plan de vida y conjuntamente ejecutarlo de la manera en la que vea por conveniente; pero al obligarla a continuar con el embarazo producto de la violación sexual se le está truncando y violentando todos los derechos antes mencionados.

Ordinola Chavez, Jeffry Sadith (2017) La Despenalización del Aborto en Menores de Edad de 10 a 17 Años y el Delito de Violación Sexual, en los Juzgados Penales, San Juan de Lurigancho. 2016. Llevó a cabo una investigación que tuvo como objetivo determinar la relación entre la despenalización del Aborto en menores de edad de 10 a 17 y el delito de violación sexual en los Juzgados Penales de San Juan de Lurigancho 2016; para la cual se tomó una muestra no probabilística de una población de 30 personas entre magistrados y trabajadores judiciales de los juzgados penales, como secretarios y especialistas penales, es un diseño no experimental de corte transversal o transitoria de tipo correlacional; el instrumento de recolección de datos, aplicado es el cuestionario, que cumple con los requisitos de validez mediante el juicio de expertos y el de confiabilidad mediante el alfa de Cronbach del cual, la primera variable tiene ,775** y la segunda variable tiene ,846** ; llegando a la conclusión que existe una correlación positiva mediana de ,739** entre la Variable Despenalización del aborto en menores de edad y la Variable Delito de violación sexual; por tanto, se ha rechaza la hipótesis nula y se aceptado la hipótesis de investigación propuesta.

Sanchez Perez, Jorge Humberto (2011) *Análisis del Aborto Derivado de Casos de Violación Sexual dentro del Modelo Jurídico Vigente en el Perú: Una Aproximación Desde los Fundamentos Filosóficos del Artículo Primero de La Constitución Política del Perú*. Lima. PUCP. Señala que su estudio tuvo por objetivo principal fomentar la discusión acerca de un tema que consideramos concierne tanto a abogados como a teóricos del derecho, el aborto derivado de casos de violación sexual. Resulta interesante notar como el debate sobre este tema se reduce constantemente a una batalla entre posturas que van desde la prohibición absoluta hasta la permisividad absoluta del supuesto mencionado, sin mediar la existencia de un marco de análisis que permitiría aportar luces a tal debate. En ese sentido, la presente tiene por metodología partir de una breve exposición lógica de aquel marco filosófico que fuese adoptado por el poder político de turno y que vincula necesariamente toda discusión de corte jurídico. Considera que no correspondería analizar el supuesto del aborto, o de su sanción penal para ser más concretos, sin mediar un análisis previo del propio sistema sobre el cual se está trabajando. De tal forma, se ha partido de la lectura de un pensador liberal que consideramos puede dar sentido y coherencia a las proposiciones plasmadas en nuestra ley constitucional, en función de poder articular lógicamente los diversos niveles bajo los cuales buscamos analizar el caso concreto. En ese sentido, considera necesario que todo alumno de derecho maneje de forma amplia, diversos conceptos de la teoría planteada por Immanuel Kant, cuyo aporte al derecho no se remite únicamente a postulados teóricos –que muchos pueden considerar desfasados-, sino por el contrario a muchas aplicaciones concretas con implicancia directa en los casos que se presentan buscando solución por parte de la comunidad jurídica. El conocer estos aportes nos permitirá, entre otras cosas,

entender cómo ciertos conceptos se vuelven tanto limitantes como promotores de determinados desarrollos conceptuales de índole jurídica.

Silva Rímac, Pilar Vanessa (2017) Fundamentos Jurídicos para la Despenalización del Aborto Producto de Violación Sexual en el Ordenamiento Jurídico Peruano vigente. Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Escuela Profesional de Derecho. Huaraz. Señala que la presente investigación determina los fundamentos jurídicos para la despenalización del aborto producto de violación sexual en el ordenamiento jurídico peruano vigente, así la mujer tiene la posibilidad de decidir si continua o interrumpe el embarazo, por lo que el Estado debe prever normas de protección frente a estos hechos, lo que le daría una seguridad jurídica a la persona afectada. Sobre el aborto, existen múltiples opiniones y argumentos, tanto a favor como en contra. Sin embargo, cada Estado está en la obligación de asumir una determinada postura y regularla. En éste caso el Estado peruano encuentra su postura; tal es así, el artículo 119° del Código Penal vigente contiene el único supuesto mediante el cual un aborto es consentido por la ley peruana: el aborto terapéutico. Este supuesto implica que el aborto constituye el único medio para salvar la vida de la mujer embarazada o para evitar en su salud un daño grave o permanente.

Con la presente investigación, en base a los datos respaldados no se propone que se debe despenalizar el aborto producto de violación sexual del ordenamiento jurídico peruano vigente, sino que pueden ser objeto de inimputabilidad siempre en cuando estas hubieran sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente, y que mujer víctima de violación pueda decidir libremente si desea continuar o no con dicho embarazo, y si decide abortar.

Han aparecido referencias al aborto en diversas culturas de la antigüedad en cuanto a la manera de realizarlo y a las disposiciones que tenían para juzgar el acto. Una de las descripciones más antiguas sobre cómo efectuarlo es el que aparece en el tratado médico escrito en China, durante el gobierno del emperador Shen Nung en el siglo XVII AC

En el código de Hammurabi (2500 AC), el aborto se consideraba un delito contra los intereses del padre o marido, y también una lesión a la mujer. En Babilonia las leyes reconocían ciertos derechos a la mujer. En Babilonia, las leyes reconocían ciertos derechos de la mujer, pero en general sólo el marido era el ofendido y económicamente el lesionado.

En el derecho hebreo (cap.XXI, Vers.22), figura: Si algunos riñeren, e hirieren a la mujer embarazada, y ésta abortare, pero sin haber muerto, será penado conforme a lo que impusiera el marido de la mujer y juzgaren los árbitros. Mas si hubiere muerto, entonces pagará vida por vida.

Respecto al aborto, hay una concepción que domina toda la antigüedad en tiempos orientales, en Grecia y aun en Roma. El feto es pars viscerum matris, es decir que es parte de perpetua minoridad y así el poder del tutor, padre, esposo, estado, se extendías a sus bienes y persona y por tanto al fruto de su concepción.

En las ciudades griegas el aborto era considerado una práctica normal de regulación de nacimientos. El mismo Hipócrates a pesar de la condena de aborto que tiene su juramento, no vacila en aconsejar a las parteras acerca de los abortivos y anticonceptivos. Sócrates incluía entre las funciones la de facilitar el aborto cuando la madre lo deseara. Platón proponía en su República, que se obligase a abortar a las

mujeres mayores de 40 años. Y Aristóteles era partidario de la limitación de nacimientos.

En la época del Imperio Romano, con la corrupción de las costumbres y el libertinaje femenino, el aborto se extendía más y más, debido a lo numerosas de las familias y su debilitada situación económica. Según Ovidio, las matriarcas abortaban a menudo para castigar al marido o para que la semejanza física con el amante de turno no revelara el adulterio. Empieza entonces la reacción del Estado, que lo considera un acto indigno contra la moral, vislumbrándose la concepción de que el Estado asume la defensa de los intereses demográficos y de la protección de las costumbres. Decía cicerón en sus Oraciones: Con el aborto se destruye la esperanza de un padre, el sostén de una raza, el heredero de una familia, el ciudadano de un Estado.

También se han encontrado alusiones al respecto en diversos papiros egipcios que ofrecen detalles sobre la operación. “El padre de la Medicina, Hipócrates que vivió entre los años 460 y 357 AC, en la antigua ciudad de Grecia, dejó como legado el juramento hipocrático con el cual aún hoy se comprometen todos los estudiantes de medicina a ejercer su profesión con ética y profesionalismo, en dicho juramento se refiere de la siguiente manera al aborto:”

“Nunca daré a nadie una droga mortal aunque la pida, ni haré una sugerencia a ese efecto. Tampoco le haré un aborto a una mujer”.

La Biblia cristiana condena al aborto como un acto criminal y lo mismo opina la iglesia de hoy en día. Cuando el aborto no se realiza para proteger a la mujer, sino porque ésta desea poner fin a su estado de gestación por razones económicas, morales o sociales, recibe el nombre de criminal. Pero el aborto no es sólo un problema legal que concierne a la profesión médica, sino un problema humano y

hasta social, año a año son miles los abortos realizados por los más diversos motivos en personas de todas clases sociales y edades.

Existía el juramento hipocrático que era testigo de la promesa de todos los profesionales de la salud destinada a no interrumpir la evolución natural de la vida que se engendra en una mujer.

En otras culturas o religiones como por ejemplo el Budismo, también se prohíbe el aborto y se castiga.

El aborto en el Perú:

Durante el incanato, la interrupción abortiva practicada a los tres meses de embarazo se penaba con la muerte por la horca o lapidación, pena que tanto se imponía a la madre como a la persona que la ayudara. Ya que el aborto no solo evitaba el incremento de la familia y la comunidad, sino que, también privaba al imperio de un futuro guerreo o de nuevas manos y energías para el desarrollo de actividades productivas. El aborto provocado no se castigaba cuando el parto no seguía su curso y existía el peligro inminente de la vida de la madre. La necesidad de preservar a las mujeres, expresión de vida y fuente de ella, justificaba para los incas, la impunidad del aborto en esas circunstancias excepcionales.

Durante la Colonia la represión del aborto era absoluta y se sancionaba su práctica con pena de muerte o destierro.

A continuación procederemos a analizar la figura denominada “Aborto Sentimental” (aborto de un embarazo a consecuencia de una violación sexual), en tanto este sería

aquel que comprendería dentro de sí, una situación límite o crítica al sistema jurídico tal y como lo conocemos y bajo el cual nos encontramos enmarcados.

El Código de Santa Cruz, señalaba en su artículo 517 que:

“La mujer embarazada que para abortar emplea algunos de los medios expresados y aborte frecuentemente sufrirá de reclusión de 1 a 2 años; pero si fuera soltera o viuda no corrompida y de buena fama anterior y resultare a juicio del Juez que el único principal móvil de la acción fue el de encubrir su fragilidad, se le impondrá solamente de 1 a 2 años de arresto”.

Como podemos apreciar, el código indicado no tomaba en cuenta el supuesto del aborto por materia sentimental debido a que el mismo, únicamente tomando en cuenta como atenuante de la pena a infligírsele el supuesto de que fuese soltera o viuda no corrompida. Si bien la regulación del Código de Santa Cruz puede sonar perjudicial para aquellas mujeres que hayan sido víctimas de violación sexual (debido a que no se tomaba en cuenta tal supuesto como atenuante siquiera), se debe comprender que al momento de darse tal legislación, una visión más igualitaria no era aun viable en la sociedad.

El Código Penal de 1863 en su artículo 243 señalaba que:

“La mujer embarazada que de propósito causare su aborto, o consintiere que otra lo cause, sufrirá reclusión en cuarto grado, según el artículo 32, con 4 años, si fuera de buena fama y cometiera el delito, deseado por el temor de que se descubra su fragilidad, se rebajara un grado de pena”.

Nuevamente vemos que el impacto de la sanción no discierne entre supuestos diferenciados de causalidad de aborto. Alegándose si, un trato favorable conforme a la fama de la mujer a la que se le lleve a cabo el aborto. Conforme el pensamiento

imperante de la época, esta tipificación, responde al mismo modelo del Código de Santa Cruz.

Ya entrado el siglo XX, el Código Penal de 1924 desarrolla el supuesto del aborto en su artículo 159, el mismo que indicaba que:

“La mujer que por cualquier medio adoptado por ella, o por otro con su consentimiento, causare su propio aborto, sufrirá prisión no mayor de cuatro años”.

En este caso, desde el artículo 159 al 164, se indicaban los tipos de aborto sancionables penalmente y no cabían situaciones de atenuaciones de la pena. Sin embargo, en 1969, se promulgo el Código Sanitario, el cual básicamente replicaba en el artículo 20° la represión del aborto. A diferencia del articulado del código de 1924, este presentaba una excepción al indicar que el aborto podría darse de presentarse un peligro para la salud o la vida de la madre, es decir, se hablaba de un aborto terapéutico no sancionado. Seguidamente, en 1981 se emite el decreto legislativo N° 121, el mismo que indicaba de forma expresa que se permitía el aborto de tipo terapéutico de no haber otro medio para salvar la vida de la madre o si el llevar a cabo el embarazo generará un daño en su salud grave y permanente.

Actualmente el Código Penal que se encuentra en vigencia es el comúnmente denominado Código de 1991, el mismo que en su artículo 120° trata el aborto Sentimental y eugenésico de la siguiente manera:

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

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. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”.

La regulación originaria de los delitos sexuales en el Código Penal ha sufrido diversas modificaciones, tanto en la descripción típica como en lo que corresponde a las penas previstas para dichos delitos. La tendencia ha sido el incremento de las penas, incidiendo en criterios preventivo generales como orientación político criminal.

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

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

Estas reformas penales en materia de delitos sexuales demuestran una clara huida hacia el Derecho penal, incidiendo en su uso simbólico. Pero este uso simbólico de la ley penal puede generar una doble distorsión en la percepción social, por un lado la creencia no fundada de que el Estado persigue con firmeza la criminalidad sexual, cuando ya es bastante conocido que el éxito de la prevención general depende sobre todo del reforzamiento de los mecanismos que incrementan la certeza de la sanción y no el recurso a sanciones drásticas cuya imposición es casi improbable. Por otra parte, el establecimiento de sanciones más graves que la del homicidio (Artículo 106) en determinados delitos sexuales, conduce a una inversión de la escala de valores en la sociedad.

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

La última reforma introducida a estos delitos es la incorporada por la Ley N° 28251, publicada el 8 de junio del 2004, la cual realiza cambios significativos en la descripción típica de los referidos delitos, así la conducta prohibida no sólo hace referencia a “practicar el acto sexual u otro análogo” sino se hace referencia “al tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos

introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”. Con esta modificación se incorpora el sexo oral como un supuesto de violación sexual, tema que era debatido en la doctrina nacional, asimismo se incluyen los supuestos de introducción de objetos o partes del cuerpo por la vía vaginal o anal, acogiendo en parte la legislación española sobre la materia.

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

Finalmente, la Ley N° 28251 incorpora como nuevos tipos penales los de usuario-cliente (artículo 179-A), turismo sexual infantil (artículo 181- A) y publicación en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual a menores (artículo 182-A). *En cuanto a las investigaciones realizadas en nuestro medio sobre el tema caben mencionar:*

Sánchez Pérez, Jorge Humberto (2011)¹⁷ Análisis del aborto derivado de casos de violación sexual dentro del modelo jurídico vigente en el Perú: una aproximación desde los fundamentos filosóficos del artículo primero de la Constitución Política del Perú. Lima. PUCP. Esta investigación tuvo por objetivo principal fomentar la discusión acerca del tema del aborto derivado de casos de violación sexual. Indica que el debate sobre este tema se reduce constantemente a una batalla entre posturas

¹⁷ Sánchez Pérez, Jorge Humberto (2011) Análisis del aborto derivado de casos de violación sexual dentro del modelo jurídico vigente en el Perú: una aproximación desde los fundamentos filosóficos del artículo primero de la Constitución Política del Perú. Lima. PUCP.

que van desde la prohibición absoluta hasta la permisividad absoluta del supuesto mencionado, sin mediar la existencia de un marco de análisis que permitiría aportar luces a tal debate. El estudio tiene por metodología partir de una breve exposición lógica del marco filosófico que fuese adoptado por el poder político de turno y que vincula necesariamente toda discusión de corte jurídico. Considera que no correspondería analizar el supuesto del aborto, o de su sanción penal para ser más concretos, sin mediar un análisis previo del propio sistema sobre el cual se está trabajando. Se parte de la lectura de un pensador liberal que se considera puede dar sentido y coherencia a las proposiciones plasmadas en nuestra ley constitucional, Immanuel Kant, cuyo aporte al derecho no se remite únicamente a postulados teóricos –que muchos pueden considerar desfasados-, sino por el contrario a muchas aplicaciones concretas con implicancia directa en los casos que se presentan buscando solución por parte de la comunidad jurídica. El conocer estos aportes permitirá, entre otras cosas, entender cómo ciertos conceptos se vuelve en tanto limitantes como promotores de determinados desarrollos conceptuales de índole jurídica. Determinado el marco filosófico se procede a plantear una discusión con respecto dos posturas que actualmente se encuentran en pugna por obtener el título de “postura predominante” dentro de la denominada “dogmática penal”. La teoría planteada por Claus Roxin, como la teoría planteada por Gunther Jakobs, son analizadas desde su coherencia -o la inexistencia de esta con el Sistema Jurídico Peruano. Cabe notar que la presente no busca ser una tesis que verse sobre derecho penal, sino más bien, sobre los alcances y límites del modelo filosófico que se establece como marco bajo el cual el derecho en sus diferentes ramas, incluida la penal, debe desenvolverse.

Mandujano Santivañez, Víctor Edy (2015)¹⁸ El aborto y delito de violación sexual en el 44° Juzgado Penal con reos en cárcel del distrito judicial de Lima, 2014. Lima. Universidad César Vallejo. Esta tesis tuvo como propósito describir la percepción de los abogados sobre el aborto y el delito de violación sexual en el 44 Juzgado Penal con reos en cárcel del distrito judicial de Lima. El diseño de investigación es no experimental con un enfoque cuantitativo y tipo de investigación descriptiva, cuyos resultados se evidencian a través de tablas y figuras. A través de la investigación realizada con 208 abogados que concurren al 44° Juzgado Penal con reos en cárcel del distrito judicial de Lima se ha logrado percibir la opinión de los abogados sobre las variables de estudio y cuyos resultados se han obtenido a través de la aplicación del instrumento. El trabajo de investigación ha permitido describir la percepción de los abogados que concurren al 44° Juzgado Penal con reos en cárcel del distrito judicial de Lima en relación al aborto y el delito de violación sexual, por cuanto los encuestados en base a la Encuesta Nacional de la Juventud, elaborada en el 2012 por la Secretaría Nacional de la Juventud, donde señaló que en el Perú el 11,4% de jóvenes se practicaría un aborto ante un embarazo no deseado, los abogados encuestados consideraron que no puede exigírsele a una mujer llevar hasta el final un embarazo no deseado y forzado como consecuencia de un violación sexual, por tanto, este tipo de aborto debe ser despenalizado del Código Penal como en Argentina, Ecuador, Bolivia y Brasil donde está despenalizado el aborto terapéutico y por violación sexual; además, se describió la percepción del objeto material del delito y el delito de violación sexual porque un 64% consideró que la expulsión del embrión del cuerpo de la mujer si es un aborto y el 36% opinó que no lo es; asimismo,

¹⁸ Mandujano Santivañez, Víctor Edy (2015) El aborto y delito de violación sexual en el 44° Juzgado Penal con reos en cárcel del distrito judicial de Lima, 2014. Lima. Universidad César Vallejo.

el 70% consideró que la expulsión del feto vivo del cuerpo de la mujer si es un aborto y el 30% opinó que no es aborto; también, se describió la percepción sobre la acción típica del aborto y el delito de violación sexual y según el resultado señalaron en un 87% que la interrupción del embarazo de la mujer si es un aborto y el 13% opinó que no es aborto; y un 92% consideró que el feto vivo debe ser objeto de protección y el 8% opinó que no debe protegerse.

2.2. BASES TEÓRICAS - CIENTÍFICAS

2.2.1. Cuando se da el inicio de la vida según los parámetros científicos y legales de la actualidad

El Inicio de la vida humana según los parámetros científicos actuales

En el marco de la presente investigación es de suma importancia establecer cuando inicia la vida puesto que si hablamos de aborto no estaríamos hablando solo de la integridad física y psicológica de la mujer sino también del humano por venir al mundo.

Es así que para las posturas que apoyan el aborto en cualquiera de sus etapas y de circunstancias practicarse un aborto no es matar a un ser humano porque un embrión no sería más que un mero conjunto de células en desarrollo. Pero esto no sería más que una argumentación sin base científica por parte de los sectores que apoyan el aborto.

Entonces. Que nos dice la ciencia?

La vida humana comienza en el momento de la concepción o fertilización, es decir, con la unión del espermatozoide y el óvulo, está ampliamente admitido

en la ciencia biológica y médica. Esto, porque luego del contacto y la fusión de las membranas plasmáticas de ambos, se inicia un proceso de desarrollo continuo e interdependiente de un individuo genéticamente nuevo.¹⁹

Un manual científico sobre embriología el clásico Sadler Langman, que tanto científicos como estudiantes de medicina utilizan para explicar el desarrollo humano inicial, describe y aclara de manera coherente el proceso en el cual sucede la fecundación "Una vez que el espermatozoide ingresa en el gameto femenino, los pronúcleos masculino y femenino entran en contacto estrecho y replican su DNA (o ADN)". Esa unión genera una nueva célula llamada **cigoto**.

Esa nueva célula posee una identidad genética propia, diferente a la de los que le transmitieron la vida, y la capacidad de regular su propio desarrollo, el cual, si no se interrumpe, irá alcanzando cada uno de los estadios evolutivos del ser vivo hasta su muerte natural”

Para el científico argentino Carlos Carrere, director médico de Procreate y especialista en medicina reproductiva, el comienzo de la vida para la ciencia también es complejo: "Más allá de las discrepancias, entendemos que el criterio científico más claro es aquel que dice que la vida comienza con la implantación del embrión en el seno materno. Ahí se enciende la chispa. Nosotros sólo ayudamos a que eso ocurra", respondió a Infobae.

Durante las horas que dura la fecundación, el ADN de ambos progenitores se funde para alcanzar la estructura y patrón propios del nuevo individuo, y a la

¹⁹https://www.bioeticawiki.com/Inicio_de_la_vida_humana

vez, con la fecundación se pone en marcha el motor de desarrollo embrionario con el que se inicia una nueva vida.

Ese nuevo ser vivo, ya un embrión, se divide después en dos células, cada una de ellas con una finalidad biológica definida; más tarde en tres, luego en cuatro y así sucesivamente hasta formar un organismo completo y estructurado.²⁰

Pero sin lugar a dudas la mejor aproximación que podemos tener a la respuesta de la pregunta ¿Cuándo inicial la vida humana? Nos la puede dar la ciencia genética por ser la rama de la ciencia que explica las propiedades esenciales de los seres vivos como son sus capacidades de reproducción de generación en generación. Esta nos dice que a partir de la fecundación es decir la fusión entre el ovulo y el espermatozoide se produce un ser nuevo con carga genética distinta y propia, y por ende un ADN diferenciado tanto de la madre como del padre.

Queda claro entonces que la vida del ser humano se da a partir de la fecundación del ovulo por parte del espermatozoide, establecer esto es de suma importancia porque a partir de la explicación de la ciencia moderna estamos hablando de una vida perteneciente a nuestra especie. Es además importante precisar esto por el tema que abordamos en esta tesis que versa sobre el aborto, entonces una vez que la ciencia ha hablado debemos hacernos la pregunta de si estamos matando a un ser humano al momento de realizar un aborto, en el caso trágico de violaciones que resultan en un embarazo queda claro que hay un ser humano producto de esta atrocidad, pero entonces, ¿es correcto matar a un ser humano que no tiene posibilidades de defenderse? ¿Recordemos que la

²⁰<https://www.infobae.com/salud/2016/10/23/aborto-y-la-pregunta-del-millon-cuando-comienza-la-vida-humana/>

ciencia dice que ya hablamos de un ser humano? Pero... ¿y que dicen las leyes? ¿Este ser humano es un sujeto de derecho?

Determinar que existe “persona humana”, en un momento diferente al de la concepción, es netamente arbitrario, es una decisión que siempre está en el campo de la duda, pues son muchas las teorías existentes respecto al momento, en que se considera que existe ser humano: tales como la que requiere cierto grado de desarrollo celular (Hellegers, Ruff, Vodopievic, Lacadena, etc.), para ellos la animación, no se produce antes del anidamiento. Otros se apoyan, en el hecho de la formación del ADN (Villée, Häring). Sin embargo, los datos científicos, no son del todo precisos, y aun así, no deja de significar una alevosa arbitrariedad, decidir que hay persona en alguno de aquellos momentos. La teología, por su parte, sirviéndose de los aportes científicos, se ha dedicado al estudio del arribo del alma al cuerpo, las normas jurídicas internacionales como vimos, lo hacen desde la concepción.

“Al respecto hacemos esta reflexión: si no puede aplicarse la pena de muerte, como sanción para los delitos más graves, a aquellos sujetos culpables y responsables de los mismos, (genocidio, homicidio, tortura, etc.) ¿Podemos aplicarle “pena de muerte” a un ser “inocente”, que vive en el seno de su madre, desde la concepción, por ser él mismo fruto de una violación, de la que no es, de ninguna manera, culpable, ni responsable? ¿Podemos aplicarle, “pena de muerte” al niño, responsabilizándolo del delito, cometido por sus progenitores? ¿Podremos aplicarle “pena de muerte”, a un ser inocente, por el sólo hecho de que su madre, sea una persona idiota o demente? ¿Se justifica

en este último caso, por el sólo hecho de “presumirse” que él también, vaya a presentar esas características vitales?”.²¹

El Inicio de la vida humana dentro del marco de la jurídico nacional e internacional actuales

Está claro que la vida inicia desde la concepción desde el punto de vista científico y los diversos tratados internacionales a día de hoy conservan una postura relacionada con estos pronunciamientos científicos.

Uno de los primeros que podemos mencionar tiene que ser la Corte internacional de los DDHH señala dos conceptos referentes al término concepción, primero menciona al momento de la “Fecundación del óvulo por el espermatozoide, mientras que la segunda traslada aquel momento al de “la implantación” del óvulo fecundado en el útero de la mujer. Esto a raíz de los avances científicos que la humanidad dio con respecto a las vías reproducción que existen hoy en día; técnicas de reproducción humana asistida (clonación, partenogénesis, fusión, fisión, transferencia nuclear, etc.).

A la vista de ello, la Corte IDH llegó a la conclusión de que el término concepción debe entenderse “desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar” los derechos reconocidos en el articulado de la CADH.

Esto es que una mujer que ya pasó por la segunda etapa se considera embarazada, por ende lleva un ser humano dentro de si; sin embargo cabe resaltar que en varias formas estos conceptos pueden llegar a ser confusos he

²¹ La Protección Internacional Del Derecho A La Vida Digna - The International Protection Of The Right To Life Worthy - Hillar Puxeddu, Néstor Alejandro

incluso malinterpretados, razón por la cual muchos países suscritos a la Corte Internacional de DDHH lograron optar por la legalización del aborto variando los periodos en los que le es permitido abortar a la gestante.

Pero sin lugar a dudas quien no deja lugar a dudas de lo que entendemos por inicio de la vida humana y el sujeto de derecho es la

Convención Americana de los Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica que tanto en el artículo 3 y 4.1 establece claramente lo siguiente.

“Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 4. Derecho a la Vida

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

Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.” 22

Aunque sea obvio cabe señalar que Perú ha ratificado este tratado internacional y que por ende tiene que adherirse al mismo. Desde ese punto de vista no tendría sentido apoyar un proyecto de despenalización del aborto presentado por sectores abortistas por razón de jerarquía jurídica (Pirámide de Kelsen)

Por su parte la Ley de Política Nacional de Población – Decreto Legislativo 346 establece en el inciso 1 de su artículo IV:

“Artículo IV.- La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana:

22 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (Gaceta Oficial No. 9460 del 11 de febrero de 1978)

1. A la vida. El concebido es sujeto de derecho desde la concepción.”²³

Asimismo, se expresa de manera clara la Ley general de Salud N° 26842 en su Artículo III del Título Pre eliminar:

“III. Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable. El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud.”²⁴

El Código de Niños y Adolescentes Ley N° 27337 hace también mención a la consideración de una vida humana y lo establece mediante sus normas preliminares Artículo I:

“Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario”²⁵

Por su parte nuestro Código Civil Decreto Legislativo N° 295 da una precisión clarísima referente al inicio de la vida humana; haciendo referencia al momento en que esta se da y claro lo más importante en que momento un ser humano pasa a ser sujeto de derecho; es así que en su Artículo 1 dice:

“La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para

²³Ley de Política Nacional de Población – Decreto Legislativo 346

²⁴Ley general de Salud N° 26842

²⁵Código de Niños y Adolescentes Ley N° 27337

todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.”²⁶

Cabe aclarar que el último párrafo hace referencia a la facultad que tiene un sujeto de derecho para tener derechos patrimoniales y no pone en cuestión su calidad de ser humano, esto puesto que resulta obvio que un ser humano que se encuentra aún en estado de gestación no puede ejercer derechos patrimoniales por cuanto es físicamente imposible por la ubicación espacial en la que se encuentra, mas esto no le quita su calidad de ser humano.

Finalmente tenemos finalmente a nuestra Carta Magna, Nuestra Constitución Política del Estado que plasma este concepto jurídico de manera más precisa expresando en su Artículo 2 inciso 1:

“Artículo 2: Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y su libre desarrollo y bien estar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.”²⁷

Respecto de ello juristas importantes en nuestro país han determinado y delimitado la naturaleza del ser humano como tal a partir de la concepción valiéndose de los descubrimientos científicos más modernos que a día de hoy siguen vigentes en nuestra carta magna. De hecho, nuestra constitución es la primera en el mundo en reconocer a un concebido como Sujeto de Derecho, lo que sin lugar a dudas contribuyo al derecho constitucional comparado. Esto significa que el concebido tiene capacidad de goce actual y no futura de ser titular de derechos y obligaciones. Sin embargo, la constitución hace énfasis a

²⁶Código Civil Decreto Legislativo N° 295

²⁷Constitución Política Comentada del Estado Peruano de 1993 – Walter Gutiérrez - Gaceta Jurídica

que esta capacidad se extiende solo a lo que favorece al concebido, de este modo por lo tanto se entiende que tiene un trato privilegiado por el hecho de ser un ser humano con incapacidad de ejercer derechos pero que sin embargo le son inherentes a su existencia desde su concepción debido a su calidad humana.

El Jurista Carlos Fernando Sessarego nos dice en la constitución comentada de la gaceta jurídica unas precisiones muy importantes para entender la naturaleza y la relación entre un ser concebido y un ser humano que se considere sujeto de derecho.

El momento de la fusión de los núcleos del óvulo y del espermatozoide científicamente se designa como singamia. La clave genética identifica al nuevo ser humano para toda la vida. En ella está dada, como se ha señalado, toda la información sobre lo que será la persona, incluyendo desde el color de los ojos hasta el sexo, el mismo que se transmite a través de los cromosomas provenientes del padre. El nuevo ser humano, que surge en el momento de la fecundación del óvulo, es distinto del de su madre. Posee un patrimonio genético diverso del de sus progenitores, aunque los cromosomas que le dieron origen provienen de ambos. La investigación genética de nuestro tiempo confirma que el embrión humano es único e irrepetible, poseedor de una vida autónoma, aunque con una dependencia extrínseca de la madre como sucede con el recién nacido, el niño, el discapacitado o el anciano. Por lo anteriormente expuesto se ha desechado una antigua teoría que consideraba al concebido como una parte de la madre, como si fuera una víscera más de aquellas que por naturaleza posee (porfio mulieris vel viscera). Se ha dejado también de lado la clásica y difundida teoría de la ficción en tanto carece de

sentido decir, por un lado, que el concebido es un ser humano y, por el otro, negar su calidad de "sujeto de derecho". El Código Civil peruano de 1936, que recogía la teoría de la ficción, enunciaba que: "Al que está por nacerse le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo".²⁸

Así como se puede ver pues la legislación peruana amparada por legislaciones internacionales y por los últimos descubrimientos que versan en ciencias como la medicina biología y genética, a determinado que el ser humano es considerado como tal a partir del momento de la concepción que ya fue explicado de manera larga y tendida. Basándose en estos argumentos es que se tiene que realizar la siguiente pregunta. ¿si un ser humano es un ser humano desde el momento de la concepción y además es sujeto de derecho también desde la concepción, debería ser obviada esta naturaleza biológica y jurídica al momento de plantearnos la pregunta de si se debe despenalizar el aborto en casos de violación sexual?

No es menester de la presente tesis disminuir la gravedad de un acto tan atroz como lo es la violación de una persona y las consecuencias que esto acarrea para la misma. Pero después de determinar jurídicamente y científicamente que es por lo que se rige nuestro territorio tenemos que sacar a la luz el siguiente problema.

Al permitir un aborto dándole el atributo de "Aborto Legal" estaríamos permitiendo el asesinato de un ser humano que ya es sujeto de derecho a partir de la concepción más aun tratándose de alguien que no tiene capacidad de ejercicio para discrepar la decisión de su progenitora. ¿Acaso lejos de dar

²⁸ Constitución Política Comentada del Estado Peruano de 1993 – Walter Gutiérrez - Gaceta Jurídica

solución a un hecho tan trágico como una violación que resulte en un embarazo no deseado, no solamente estaríamos creando a una víctima más?

Y finalmente cabe decir que las políticas del estado teniendo en cuenta los argumentos científicos y jurídicos citados anteriormente debería abocarse a tres cosas: A) Salvar la vida del ser Humano concebido que ya tiene calidad de sujeto de derecho y que no tiene culpa de los hechos sucedidos antes de su concepción. B) Crear políticas estatales eficientes y rigurosas que brinden apoyo médico y psicológico a las mujeres que son víctimas de violación y resulten embarazadas. C) Permitirle a la madre la oportunidad de dar en adopción al hijo resultado de esta violación, esto respaldado obviamente con políticas de estado que impulsen la adopción y mejoren de manera drástica los centros de menores sin padres.

Esto que acabamos de mencionar es en propósito de una sola cosa “salvar las dos vidas” la de la madre que sufrió la violación y la del hijo por nacer; por una sencilla razón. Ambos ante la ley y la ciencia son seres humanos y por ende ambos son sujetos de derecho con goce del mismo.

Una vez que esta esclarecido que es un ser humano, su inicio y su reconocimiento como sujeto de derecho, tenemos que entender el concepto objetivo de un aborto, que es y las implicaciones físicas y psicológicas que provoca en la gestante que recurre a este procedimiento.

2.2.2. Concepto de Aborto; Procedimiento y Riesgos; Consecuencias Físicas y Psicológicas tanto en la gestante como en el niño por nacer

a) Concepto del aborto

Concepto Etimológico

La palabra “aborto” proviene del latín abortus, de aboriri, que significa nacer antes. El Diccionario de la Lengua Española (2014)²⁹ define al aborto como la interrupción del embarazo, espontánea o provocada, si se efectúa en una época en que el feto no puede vivir aún fuera del seno materno.

Concepto Médico

La OMS (2009)³⁰ define el aborto como la Interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable fuera del vientre materno.

La Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO: 2009)³¹ ha recordado la anterior definición de aborto que recoge la Organización Mundial de la Salud (OMS) y también la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia: *“El aborto es la expulsión o extracción de su madre de un embrión o feto de menos de 500 gramos de peso, que se alcanza a las 22 semanas”.* (SEGO, 2009).

Concepto Jurídico

Para el Derecho el aborto se refiere a la interrupción del embarazo en cualquier época de la gestación antes de que el feto llegue a su total

29 | Real Academia Española (2014) Diccionario de la lengua española. Madrid. España.

30 OMS (2009) Interrupción voluntaria del embarazo. Ginebra. OMS.

31 SEGO (2009) Definición de IVE. Interrupción Voluntaria del embarazo. Ginebra. OMS.

desarrollo. Se entiende por delito de aborto, aquel cometido de manera intencional, y que provoca la interrupción del embarazo, causando la muerte del embrión o feto en el claustro de la madre o logrando su expulsión. (LEGAL, 2012)³².

Para efectos legales el aborto es asumido desde diversos puntos de vista, de tal forma que Francesco CARRARA (1870)³³ llamaba al aborto "feticidio" concibiéndola como la muerte dolosa del feto en el útero materno o su violenta expulsión del vientre materno, acción esta última de la cual haya derivado la muerte del feto. Otros juristas como Sebastián SOLER (1956)³⁴, define al aborto como "la muerte inferida a un feto".

Particularmente, en lo que se refiere a la determinación terminológica del aborto, coincidimos con el jurista Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES (2008)³⁵, quien en su Manual de Derecho Penal. Parte Especial, define al aborto como el delito que consiste en dar muerte al embrión o feto, esto quiere decir que de manera intencional se provoca la interrupción del embarazo, causando la muerte del embrión o feto en el seno de la madre o, logrando su expulsión prematura.

Actualmente el Código Penal que se encuentra en vigencia es el comúnmente denominado Código de 1991, el mismo que en su artículo 120° trata el aborto Sentimental y Eugénésico de la siguiente manera:

³² LEGAL (2012) Definiciones legales. Santiago. OPS.

³³ Carrara, Francesco (1870) Programa de Derecho Criminal. Roma. LC.

³⁴ Soler, Sebastian (1956) Derecho Penal Argentino. Buenos Aires. TEA.

³⁵ Bramont Arias Torres, Luis (2008) Manual de Derecho Penal General. Parte Especial. Lima. EDDILI.

“El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: 1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o 2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”.

b) Procedimiento clínico del aborto

En la actualidad existen varias formas de realizarse abortos y el mercado ofrece muchas opciones para las personas que quieran optar por ello, muy al margen de la legalidad con la que opera cada país, de una forma u otra finalmente estos métodos y/o medicamentos llegan a quienes lo soliciten. Si no por las vías legales convencionales, por medio de tráfico y médicos y clínicas que lo realizan clandestinamente. ¿Seguramente a muchos nos ha pasado ver los famosos letreros en las calles de nuestro pero que emula frases como “Retraso menstrual?... llame al 987”. es una pequeña muestra de cómo las clínicas aborteras clandestinas operan en conjunto con profesionales de la salud inescrupulosos o simples charlatanes.

Para realizarse abortos existen dos métodos conocidos; el primero sería el método que se vale de agentes químicos (Pastillas) hasta la séptima o novena semana conforme al criterio de la legislación (para los países donde es legal abortar) Los métodos de aborto provocado se suelen dividir entre los que utilizan productos químicos y aquellos que requieren de

intervención quirúrgica desde las 8 o 10 semanas de gestación (para los países donde es legal abortar),

Abortos realizados con productos químicos. Tenemos

Misoprostol. El Misoprostol se puede tomar por vía oral o vía vaginal. En el primer caso, la pastilla se coloca debajo de la lengua para que se deshaga. Pasados 30 minutos, la paciente puede tragar con normalidad.

Si es por vía vaginal la pastilla se introduce por la vagina, lo más profundo que se pueda y siguiendo los protocolos de higiene necesarios (manos limpias, etc.), y la paciente debe permanecer tumbada también 30 minutos hasta que la pastilla se deshaga.

Píldora "Ella One". Es un producto con efectos similares a la RU-486. Este producto es un antagonista de la progesterona y se utiliza con forma de abortar hasta 5 días después de la relación sexual. Si se ha producido fecundación (la fecundación se produce en las trompas de Falopio), esta píldora actúa bloqueando la implantación del embrión en el útero, modificando el endometrio y produciendo por tanto el aborto, y su pérdida como un sangrado.

Píldora RU-486. es un producto que bloquea la hormona progesterona de la madre. Se utiliza como método para abortar en embarazos de 4 a 7 semanas, y provoca que el embrión ya implantado se desprenda por una alteración endometrial y vascular, produciendo su muerte y en ocasiones la expulsión de los restos abortivos acompañados de una hemorragia.

Pasadas 48 horas tras haberse administrado la píldora RU-486, tienes que pasar una revisión médica para confirmar si se ha expulsado entero, si no

tendrán que administrarte un medicamento llamado Cytotec que te ayudará a expulsar los restos del aborto que queden dentro del útero. Posiblemente te den un sedante para disminuir los síntomas.

Las complicaciones que se pueden producir en este método de aborto es que la hemorragia de expulsión sea demasiado intensa. También, que no se dilate bien el cuello del útero y el embrión no se expulse adecuadamente siendo necesario el legrado quirúrgico y, si no está bien controlado, puede provocar infecciones.

Prostaglandinas. Se administra este fármaco para dilatar el cuello del útero y provocar contracciones. Como no actúa directamente sobre el feto, puede ocurrir que sea expulsado antes de morir y nace vivo, lo cual se considera una 'complicación'. Generalmente no sobrevive debido a que es muy prematuro.

Entre las complicaciones de este método de aborto están la ruptura del útero, sepsia, hemorragias, paro cardíaco, vómitos y embolias.³⁶

Riesgos Contemplados en abortos realizados por agentes químicos hasta la novena semana del embarazo.

De los medicamentos mencionados el Misoprostol es el más común y es distribuida por la Internacional Abortista más grande del Mundo la Planned Parenthood y es la misma que a través de su página web nos explica los riesgos que son:

- Las píldoras abortivas no funcionan y el embarazo no se interrumpe.

³⁶<https://www.redmadre.es/como-abortar-metodos-de-aborto#.XPBH0ohKiM8>

- Quedan restos de tejido del embarazo en el útero.
- Coágulos de sangre en el útero.
- Sangrado muy abundante o por períodos muy extensos.
- Infección
- Reacción alérgica a uno de los medicamentos.

Estos problemas no son comunes, pero en caso de que ocurran, suelen ser fáciles de controlar con medicamentos u otros tratamientos.

En casos excepcionales, algunas complicaciones pueden ser muy graves o, incluso, potencialmente mortales. Comunícate de inmediato con tu doctora o con el centro de salud si experimentas lo siguiente:

- Sangrado vaginal abundante que empapa más de 2 toallas higiénicas grandes en una hora durante 2 horas seguidas o más.
- Expulsas coágulos de sangre grandes (más grandes que un limón) durante más de 2 horas.
- Dolores abdominales o cólicos que no se calman con analgésicos.
- Fiebre de 100.4 °F (38 °C) o mayor durante más de 24 horas después de haber tomado el misoprostol.
- Debilidad, náuseas, vómito y/o diarrea durante más de 24 horas después de haber tomado el misoprostol.³⁷

³⁷<https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/aborto/la-pildora-abortiva/que-tan-segura-es-la-pildora-abortiva>

Abortos realizados mediante intervención quirúrgica. Tenemos:

Succión

El 85% de los abortos en el mundo se llevan a cabo por este método en el primer trimestre del embarazo (hasta las 12 semanas). Se dilata el cuello del útero y se inserta un tubo hueco que tiene un borde afilado y está conectado a un potente aspirador que, mediante una fuerte succión, aspira el feto.

Algunas complicaciones para la mujer son: infecciones, laceración o perforación del útero, trauma renal, embolias, trombosis, esterilidad.

Dilatación y curetaje (D y C)

Se utiliza a finales del primer trimestre o principios del segundo, cuando el feto ya es demasiado grande para ser extraído por succión. Este método de aborto es similar al de succión, pero esta vez se utiliza una cureta o cuchillo provisto de una cucharilla con una punta afilada con la cual se desprende todo el saco gestacional del útero con el fin de facilitar su extracción por el cuello del útero.

Este procedimiento tiene más complicaciones que el método de succión.

Dilatación y evacuación (D y E)

Comúnmente utilizado como método abortivo cuando el segundo trimestre del embarazo está bien avanzado o durante el tercer trimestre. Se administran fármacos para la dilatación cervical, como las prostaglandinas. Una vez dilatado el cuello del útero se procede a la extracción fetal. Para ello en ocasiones son necesarias unas pinzas o tenacillas (tipo forceps) para extraer el cuerpo.

La complicación más importante es cuando no se consigue extraer la cabeza, entonces deben ser más agresivos y fracturarla para facilitar su extracción. El hueso fracturado puede lesionar el útero y otras partes blandas de tu aparato genital.

Este método tiene las mismas consecuencias para la mujer que los demás, pero es mucho más peligroso. Cuanto más avanzado esté el embarazo mayor es el riesgo de complicaciones y muerte para la mujer.

Inyección salina

Este método se utiliza solamente después de las 16 semanas. El líquido amniótico que protege al feto es extraído y se inyecta en su lugar una solución salina concentrada. El feto ingiere esta solución que le produce la muerte por envenenamiento, deshidratación, hemorragia del cerebro y de otros órganos, y convulsiones. Esta solución salina produce graves quemaduras en la piel del feto. Unas horas más tarde, la madre comienza un 'parto' prematuro y da a luz.

Algunas de las complicaciones de este tipo de aborto para la mujer son la ruptura del útero, embolismo pulmonar y peligrosos coágulos intravasculares.

"D y X" o parto parcial

Este método de aborto se lleva a cabo durante el segundo o tercer trimestre del embarazo. El procedimiento es el siguiente: se introducen unos fórceps en el útero que, guiados por la ecografía, agarran los pies del feto y tiran de ellos hasta que la parte inferior de la cabeza está expuesta. Después se utilizan unas tijeras para abrir la base nuchal, a través del cual se introduce

un catéter para succionarle el cerebro. Una vez hecho esto, el cuerpo inerte del feto es 'evacuado'. En algunas ocasiones se le decapita.

Histerectomía u operación cesárea

Este procedimiento se lleva a cabo durante los últimos tres meses del embarazo. Consiste en realizar una cesárea, y extraer el feto. En ocasiones el feto nace vivo y tarda horas en morir, -se han documentado casos de más de 12 horas-. Al ser una intervención quirúrgica mayor, tiene frecuentes complicaciones³⁸

Riesgos Contemplados en abortos realizados por Intervención quirúrgica.

En una entrevista que la Dra. Chinda Brandolino Médica clínica, homeópata, legista y forense, de Argentina con mas de cuarenta años de experiencia en medicina, brindada a un medio de comunicación de Argentina manifiesta que es un disparate hablar de abortos seguros por cuanto si se lleva este procedimiento lo único que es seguro es la muerte del niño por nacer, asimismo explica como el tipo de aborto quirúrgico más común que existe y el “menos riesgoso” que vendría a ser el que se hace mediante succión el mayor de los peligros seria que donde se encuentre enclavado el feto puede pasar una arteria intrauterina y al momento de raspar y rasgar esta arteria puede producirse una hemorragia intrauterina cataclismica que es muy difícil de tratar lo que en casi todos los casos causa la muerte de la madre. Asimismo, asegura que ninguna practica quirúrgica es segura (tema que es de conocimiento popular) y hace énfasis en que el

³⁸<https://www.redmadre.es/como-abortar-metodos-de-aborto#.XPBH0ohKiM8>

aborto con mucha más razón es una práctica quirúrgica insegura puesto que esta se hace a ciegas. Esto sería debido a que esta práctica consistiría en poner los separadores, abrir el cuello uterino y el objeto que realizara la practica sea raspador o succionador entra a la cavidad uterina sin que el medico lo vea, es decir es una ruleta rusa prácticamente este tipo de procedimiento, esto se reflejaría en el índice de muertes maternas sucedidas por abortos en países que legalizaron estas prácticas que irónicamente lejos de bajar la tasa de mortalidad la subieron.

Lo mencionado anteriormente seria solo uno de los tantos riesgos que tendría el tipo de procedimiento abortivo más común del mundo, en los demás casos que son más complicados las diferencias resaltan a la vista puesto que los riesgos serian:

- Infecciones, laceración o perforación del útero, trauma renal, embolias, trombosis, esterilidad.
- En los casos en que se tiene que partir el cráneo del feto, el hueso fracturado puede lesionar el útero y otras partes blandas del aparato genital.
- En abortos por Inyección salina los riesgos son la ruptura del útero, embolismo pulmonar y peligrosos coágulos intra-vasculares.
- En el resto de tipos de abortos mencionados el riesgo seria el mismo, pero con un porcentaje mucho más elevado

Se puede ver entonces de manera clara y precisa que la frase “aborto seguro” caería en una suerte de utopía puesto que como todo procedimiento quirúrgico tiene riesgos y este tipo de procedimiento más aun por la metodología utilizada.

Todo ello sin mencionar que no puede jamás ser una política de salud pública un procedimiento en el cual entran dos seres humanos vivos de los cuales uno sale en una bolsa de residuos patógenos y el otro inevitablemente tendrá secuelas a este procedimiento.

Consecuencias Físicas y Psicológicas tanto en la gestante como en el niño por nacer.

Posterior a llevarse a cabo este procedimiento habría consecuencias reversibles e irreversibles.

Entre las consecuencias de carácter físico (Irreversibles) tenemos

- La muerte del Feto
- La muerte de la gestante conjuntamente con la del feto
- Daño permanente al Utero de la gestante
- Esterilidad

Entre las consecuencias de carácter psicológico (pueden ser reversibles solo para la gestante) tenemos

- Culpabilidad
- Sensación de Perdida tras el aborto
- Pérdida de Confianza
- Intenso interés por los bebés
- Apetito sexual disminuido

La mujer pasará por un periodo de luto. Sentirá pena, miedo y ansiedad. También puede aparecer la culpa pues se suele pensar (aunque no sea cierto)

que igual podría haber hecho algo para evitarlo, que es culpa suya porque es su cuerpo. Muchas mujeres se cierran en banda con su dolor y deciden no hablar sobre lo que sienten, aislarse. Se distancian de su familia, de sus amigos. A veces incluso pueden sentir que han fracasado o que le han fallado a su pareja e incluso al propio hijo que llevaban dentro. Aparecerá también irritabilidad.

El dolor y el sufrimiento serán mayores cuanto más avanzado sea el embarazo. Pero incluso en el primer trimestre aparece un gran sufrimiento. La mujer puede incluso acabar con una depresión.

Además a una mujer que ha vivido un aborto le puede resultar muy difícil estar o ver a otras mujeres embarazadas o con sus hijos. Si hay amigos o familiares embarazados en su entorno puede sentirse traicionada por ellos o por la vida misma.

En los abortos (además de los síntomas enumerados anteriormente) puede haber casos en los que se sientan arrepentimiento, problemas de sueño, sentimientos de vacío...

Por lo general a todo esto se añade que entre un 30 y un 50% de las mujeres que han sufrido un aborto presentan disfunciones sexuales.

Muchas mujeres experimentan síntomas de ansiedad, sobreactivación, pesadillas recurrentes, etc... lo cual se conoce como el síndrome post-aborto. Este sería una versión similar al estrés postraumático enfocada específicamente a casos de aborto. Hoy en día la mayoría de manuales no reconocen este síndrome, por lo que se agruparían estos síntomas en otra

categoría, pero es una forma fácil de comprender el grado de afectación que puede llegar a tener para una madre. 39

Para poder superar estos traumas psicológicos que ocasionaría en una mujer la práctica del aborto se necesitaría de mucha terapia psicológica en los casos en los que la que lo realizo no fue víctima de una agresión sexual.

Ahora entendiendo que este es un trabajo que habla del aborto en los casos de violación sexual las consecuencias serían graves doblemente puesto que la gestante además de haber sufrido el trauma de una violación pasaría por el trauma de un aborto que en términos legales y biológicos (las cosas como son) no sería otra cosa que matar a su hijo. Aunque este haya sido engendrado de manera violenta igualmente representaría un trauma para la mujer.

Todos los argumentos contra el aborto fundamentados en razones psicológicas, son también válidos para los casos de violación. El aborto es "una cura" que únicamente agrava la "enfermedad"; la evidencia actual muestra que la violación es una fuerte contraindicación para el aborto.

Sin duda las emociones que rodean la violación y el aborto son tan semejantes que el aborto no hará más que reforzar las actitudes negativas. Como la violación, el aborto acentúa la sensación de culpa; baja la propia estima; reafirma la sensación de haber sido sexualmente violentada; acentúa los sentimientos de haber perdido el control o de ser manejada por las circunstancias; intensifica los sentimientos de rechazo a los hombres; desencadena frigidez, etc. Entonces, el aborto en la víctima de la violación lo

39<https://omicrono.elespanol.com/2013/09/efectos-psicologicos-del-aborto/>

único que hace es reforzar esos sentimientos negativos, y no hace nada para promover la paz y la reconciliación interior que la mujer tanto necesita.

Alentar a la mujer a dar salida a su enojo desplazándolo en venganza contra su hijo, solamente produce impactos negativos y actitudes autodestructivas en su mente. En el mejor de los casos el aborto sólo oculta uno de los síntomas físicos de la violación, pero en su lugar, la mujer tendrá que enfrentarse con el recuerdo constante de que ha matado a su hijo.

En las víctimas de la violación que quedan embarazadas y que sabiamente eligieron mantener la vida de su hijo, la elección por el nacimiento es la elección que triunfa sobre la violación, es la elección del bien sobre el mal, el triunfo del amor sobre la violencia. Una elección así viene a decir que "la violación no va a regir mi vida", que aunque yo haya sido violada, no voy a someterme a la ley de la violencia sino del amor. Es una elección que saca algo bueno de lo que parece ser tan intrínsecamente malo. En lugar tener que recordar el temor y la vergüenza que pasó, su elección en favor de la vida le permitirá recordar su coraje y generosidad.⁴⁰

2.2.3. ¿Es el aborto un derecho?

Para entender bien la problemática a esta pregunta tenemos que analizar el contexto en el que nos desenvolvemos, vale decir nuestra realidad social política y legal. Como en todos los países del mundo nuestra legislación comprende conceptos como derechos delitos y faltas, todos estos mencionados

⁴⁰Embarazos producidos por la violación o incesto: ¿Es el aborto la solución?", resumen de los estudios estadísticos realizados y que aparecen en el libro *Aborted Women: Silent No More* de David C. Reardon.

vendrían a ser pues los pilares que conforman el funcionamiento de la sociedad y mediante el cual se mantiene el orden en el país.

Así pues, aunque pudiera resultar innecesario definir lo que conocemos como derecho y delito, puesto que a estas alturas no solo para un estudiante de derecho, egresado o abogado sino también para el ciudadano de a pie son más que obvios estos conceptos, creemos que es pertinente recordarlos a fin de centrarnos en un contexto adecuado a nuestra realidad y por ende responder a la pregunta de si el aborto es un derecho.

Según la Real Academia Española citaremos algunas definiciones pertinentes a nuestro campo jurídico de lo que el derecho es; tales como:

“2. adj. Justo, legítimo.

3. adj. Fundado, cierto, razonable.

10. m. Facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella.

11. m. Facultades y obligaciones que derivan del estado de una persona, o de sus relaciones con respecto a otras. El derecho del padre. Los derechos humanos.

12. m. Justicia, razón.

13. m. Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva.”⁴¹

⁴¹<https://dle.rae.es/?id=CGv2o6x>

Ahora bien, si nos vamos a definir el derecho desde un punto de vista no basado en la mera lengua sino en el derecho en sí, como ciencia tenemos que:

El concepto de derecho proviene del latín “directum”, que significa aquello que está conforme a la regla. Se caracteriza por estar compuesto de una serie de normas jurídicas, que regulan las relaciones, entre dos o más personas, que posean obligaciones y derechos de forma recíproca.⁴²

Entendido esto tenemos que citar las fuentes del derecho y así aquí precisamente donde se nos tendría que aclarar el panorama. Las fuentes del derecho como sabemos son; la Jurisprudencia, la Doctrina, La costumbre y lo que nos atañe en este caso LA LEY.

El origen de la definición de la ley se debe a Tomás de Aquino en su Summa Theologiae al concebirla como: «La ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por el que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad».

Volviendo al tema de lo que es un derecho, entonces tenemos que entender que todo derecho al que puede acceder un ciudadano emana de las fuentes del derecho ya citadas, como la Ley, La Jurisprudencia, La Doctrina y la Costumbre, por ende, tiene que estar contemplado en nuestra Constitución, Código Penal, Código Civil; una Jurisprudencia de Observancia Obligatoria.

Asimismo, citando nuevamente a la Ley está también nos dice que es lo que está prohibido hacer mediante el código penal en todas sus figuras tipificadas. Por ejemplo, está prohibido robar, matar, violar; y en sus correspondientes articulados el código penal lo establece y señala una sanción para quien cometa este delito; dicho esto entendemos entonces que el delito es algo contrario a la

⁴²<https://concepto.de/derecho/>

ley y por ende al derecho, por la sencilla razón de que una conducta delictiva atenta contra los derechos de otras personas, conjunto de personas o porque es contrario al estado de derecho.

Entrados ya en este entendimiento de lo que es delito y derecho tenemos que analizar el tema que nos atañe en esta investigación. **¿Es posible hablar de Derecho al Aborto?**

La respuesta vendría a ser un rotundo NO, porque en primer lugar el Código Penal en nuestro país tiene tipificado el aborto desde el Artículo 114 hasta el 120, con la clara excepción del Art. 119 que habla del Aborto Terapéutico ***“No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud y un mal grave o permanente”***. En este caso particular vemos que no existe mayor salida para la gestante que practicarse un aborto para salvar su vida. Por supuesto en ese contexto la mujer está salvaguardando su derecho más importante EL DE LA VIDA, sin embargo, al hacer eso está atentando contra el derecho a la vida de su hijo. Sería un delito SI. Pero en este caso la gestante entraría en el rango de Inimputabilidad tal como lo expresa Nuestro Código Penal en su Art. 20. ***“Está Exento de responsabilidad penal: Inciso: 5. El que, Ante un peligro Actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de si mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.”***

Claramente entonces estamos viendo que no hablamos de ningún derecho al aborto sino más bien de causas justificadas que eximen de la pena a la gestante,

que bajo las circunstancias detalladas en el Art 119 de nuestro Código Penal recurre a este procedimiento protegiendo su bien jurídico que es su vida contra la vida de su hijo, que aunque pueda sonar muy fuerte es una realidad que se da y en la cual las personas tienen que tomar decisiones difíciles que escapan a su voluntad, por ende son eximidos de la pena por este delito.

Entendiendo esto podemos poner como ejemplo muchos otros casos de personas que desafortunadamente tuvieron que atentar contra los derechos de otras para salvaguardar sus derechos o los de terceros, como cuando matan a un bandido por tratar de asaltar a alguien o como cuando una persona ingresa ilegalmente a una propiedad privada para escapar de un peligro mayor. Los mencionados son sin lugar a dudas delitos pero los que cometieron estos delitos no tenían más remedio que hacerlo para salvar su vida como el caso de la gestante que recurre al aborto por salvar la suya.

Es importante poner sobre la mesa estos ejemplos para entender cuando una conducta o acción se le puede llamar derecho o no, y la razón es muy simple. Debido a la masificación de movimientos progresistas y de diferente ideología política que poco o nada entiende de ciencias biológicas científicas o jurídicas, un porcentaje de la ciudadanía de a pie empezó a proferir el término “Derecho al Aborto”, sin tener conocimiento de los aspectos básicos que se deben considerar para hablar de Derecho. Es así pues que bajo ese razonamiento entonces encontraríamos manifestaciones similares a las que piden “Derecho al Aborto”, gente que fue víctima de asaltos o cualquier circunstancia que los hayan obligado a quebrar la ley contra su voluntad marchando con lemas tan rocambolescos como “Derecho al Asesinato” o “Derecho a irrumpir en propiedades Privadas”; circunstancias que por supuesto se ven de ciencia

ficción y que evidentemente resultarían absurdas, sin embargo con el tema del aborto no se da esto y de hecho en nuestra sociedad incluso medios de comunicación de todo tipo hablan con el término “Derecho al Aborto” con la ligereza que caracteriza a cualquiera que está seguro de algo solo porque todo el mundo lo repite.

¿Pero porque es importante entablar los conceptos mencionados? Como sociedad democrática nuestro país tiene el deber de escuchar a todos los ciudadanos y todos los sectores y pensamientos, pero tiene que hacerse de manera ordenada coherente y lógica, con la mayor información veraz y objetiva posible, y sobre todo con respeto al ordenamiento legal; para lo cual se tiene que tener bien en claro el significado de lo que se pide y de lo que implica esa petición (de allí que al inicio consideramos importante definir cuándo empieza la vida, cuando se le considera a esa vida un ser humano y cuando ese ser humano es sujeto de derecho; además de que; que es el aborto y que implica para ese ser humano concebido un aborto).

Con esta investigación hemos llegado con mucha claridad a la conclusión de decir que el hablar de “Derecho al Aborto” es un absurdo y un sin sentido, todo en cuanto como ya lo detallamos anteriormente es contrario a la ley al derecho y al a constitución puesto que atenta contra la vida de un sujeto de derecho reconocido por el estado; aunque sí que puede ser, no punible bajo ciertas circunstancias que la ley contempla tal cual sucede con otros ilícitos.

A nuestro criterio si se quiere hablar de un “Derecho al Aborto”, en un actuar versado en la lógica y el correcto funcionamiento de las normas nacionales e internacionales, respetando la pirámide jurídica con la que nos desenvolvemos, primero tendríamos que deslindarnos del Pacto de San José de Costa Rica o no

Ratificarlo; que se reforme la Constitución mediante cualquiera de los mecanismos que contempla la Ley, y derivar todo ello a las leyes que le siguen en rango. Recién en ese momento se podría discutir lo que es el “Derecho al Aborto”, por el momento es un absurdo en nuestro país.

Al respecto el Dr Eduardo Ore Sosa menciona:

Despenalizar no es legalizar ni conceder un derecho, una cosa es despenalizar el aborto (señalar que no es punible en determinados casos), y otra muy distinta considerar que se trata de un comportamiento valorado positivamente por el ordenamiento jurídico. Por más que algún día se llegará a despenalizar el aborto por violación y el aborto eugenésico (cosa que no creemos, ni deseamos), acabar con la vida del concebido jamás podrá ser considerado un derecho de la madre gestante. No hay, pues, tal derecho a abortar, como se han apresurado a sostener algunos grupos feministas.

Esto es fácil de apreciar con un ejemplo. ¿Podría válidamente sostenerse que los hijos tienen el derecho de birlar la billetera de sus padres, sólo porque no son reprimibles los hurtos entre ascendientes y descendientes (art. 208 del Código Penal)? ¿De pronto los ciudadanos tienen derecho a robar pan y fruta de los supermercados porque el sistema penal considere inconveniente perseguir los delitos de bagatela?

El aborto por violación y el aborto eugenésico, en este sentido, siempre constituirán comportamientos valorados negativamente por el ordenamiento jurídico, pues atentan contra un bien jurídico de máxima importancia en

*cualquier sociedad regida bajo los cánones de un Estado democrático de Derecho: el derecho a la vida.*⁴³

Ahora bien, el tema de esta tesis versa sobre los abortos en casos de violación sexual; sin duda una situación muy delicada y penosa tanto para la madre como para el hijo concebido. No es objetivo de esta investigación minimizar y menos aún deslegitimar el sufrimiento y el dolor por los que atraviesa una mujer que resulto embarazada producto de una violación. Todo lo contrario, la idea es llegar a un consenso de que es lo mejor para ambas vidas. Más adelante trataremos de dar respuesta a ello.

¿Ahora bien, a todo ello hay muchos que se preguntan entonces porque el aborto si es legal en otros países? Pues es simple ver que todos los países del mundo no se adhieren a los mismos tratados internacionales y es obvio decir que son muchos de esos países los que permiten el aborto y en los cuales al menos desde el punto de vista jurídico si es coherente hablar de un Derecho al Aborto, por cuanto su legislatura nacional y los tratados a los que están adheridos no se lo impiden, cosa que no pasa en nuestra realidad y por lo que insistimos hablar de “Derecho al Aborto” en nuestro país es un absurdo y un sinsentido; de todas maneras sería pertinente echar un vistazo a la realidad que sucede en el exterior.

43www.unife.edu.pe/facultad/derecho/doc/articulo_delito_aborto.doc

2.2.4. Mecanismos internacionales que le atribuyen protección al aborto como derecho

Matías Meza-Lopehandía G. (2016)⁴⁴ señala que la cuestión del aborto ha sido abordada por el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente por los órganos de tratados y por los tribunales internacionales. Los diversos tratados de derechos humanos reconocen el derecho a la vida, aunque no son claros respecto a su alcance e intensidad. La interpretación sistemática de dichos instrumentos, establece en forma contundente que el derecho internacional protege la vida del que está por nacer, aunque dicha protección no es absoluta.

En particular, los trabajos preparatorios de los diversos tratados estudiados apuntan a que el debate sobre el aborto estuvo presente en ellos, y que la redacción definitiva de los textos se hizo de manera que fuera compatible con las legislaciones más permisivas en materia de aborto, incluyendo la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Derechos del Niño.

Por su parte, las recomendaciones y decisiones de los órganos de tratados y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideran que la protección del nasciturus cede frente a los derechos de la mujer, particularmente cuando está en juego su vida, salud, dignidad y autonomía. De ahí que dichos organismos adviertan a los Estados sobre la necesidad de legalizar el aborto bajo determinadas circunstancias, esto es, el riesgo para la vida de la madre, la violación, el incesto y la grave malformación del feto.

⁴⁴ Matías Meza-Lopehandía G. (2016) El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos. Santiago. Congreso Nacional de Chile.

En Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declinado pronunciarse sobre el punto, aduciendo la falta de un consenso europeo, otorgando así un amplio margen de apreciación a los Estados para determinar cuándo comienza la vida humana. Esto, sin perjuicio de que reconoce lo que la doctrina identifica como un derecho procedimental al aborto, esto es, el derecho al acceso al mismo cuando este es legal, y que, en ningún caso, la protección al nonato puede ser absoluta.

La Human Rights Watch (2005)⁴⁵ señala que en los primeros años del siglo veintiuno se han observado algunos signos alentadores en este campo debido, en gran parte, a los incansables esfuerzos realizados por las activistas por los derechos de las mujeres. *A pesar de que el aborto es ilegal en casi todos los países de la región (con la excepción de Cuba), la mayoría de los países permite anular las sanciones penales en circunstancias específicas, incluyendo—en la mayoría de los casos—aquellas situaciones donde la vida o salud de la mujer embarazada se encuentra en peligro, o donde el embarazo es el resultado de una violación o una relación incestuosa.* En varios países de la región—en América del Sur y en partes de México especialmente—los legisladores y autoridades responsables del diseño de políticas públicas, bajo una fuerte presión de las activistas por los derechos de la mujer, han modificado leyes restrictivas en materia de aborto, estableciendo procedimientos que alivian las desastrosas consecuencias en términos de salud que presentan los abortos realizados en condiciones de riesgo. En Uruguay, la Cámara de Representantes aprobó en el año 2002 una ley sobre salud reproductiva que incluía varios pasos positivos en lo que respecta a la

⁴⁵La Human Rights Watch (2005) Derechos humanos y aborto. Washington. USA.,

provisión de anticonceptivos e información sobre los mismos, pero ésta fue derrotada en el Senado por sólo cuatro votos en el año 2004. *En Brasil, el gobierno conformó una comisión en el año 2005 con la finalidad de proponer una reforma legal relacionada al aborto, y el Ministerio de Salud aprobó una resolución para facilitar el acceso de las mujeres a abortos seguros y no penalizados por ley cuando el embarazo sea resultado de una violación.*

En otros países de América del Sur existe la posibilidad de que se planteen situaciones favorables en el corto plazo. En Argentina y Chile existen proyectos de ley pendientes ante sus respectivos congresos que despenalizan el aborto en ciertas o en todas las circunstancias. Y en Colombia, en abril de 2005, una abogada presentó una demanda cuestionando las disposiciones del Código Penal en materia de aborto ante la Corte Constitucional colombiana, alegando que la legislación debería incluir, de manera explícita, excepciones a las sanciones penales establecidas en aquellas situaciones donde la vida o salud de la mujer se encuentren en peligro o donde el embarazo sea el resultado de una violación.

2.2.5. Funcionamiento de los tratados internacionales con respecto a los derechos humanos

Llaja Villena (2009: 3)⁴⁶ señala que:

En el sistema internacional de protección de derechos humanos, el único tratado internacional que se pronuncia directamente sobre el aborto es el

⁴⁶ Llaja Villena, Jeanette (2009) El Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos y el aborto en el Perú. Lima. DEMUS.

Protocolo de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos de los Pueblos en materia en Derechos de las Mujeres en África. En él se establece que los Estados Parte deben tomar todas las medidas que resulten necesarias para “proteger los derechos reproductivos de las mujeres a través de la autorización del aborto médico en casos de asalto sexual, violación, incesto, y donde el embarazo pone en peligro la salud mental o física de la madre o la vida de la mujer o del feto”. En los otros sistemas, son los órganos especializados en vigilar el cumplimiento de los tratados, los que, a través de recomendaciones, observaciones o en la resolución de casos concretos, se han pronunciado sobre el tema. El Perú, que obviamente no pertenece al sistema africano, está involucrado en dos sistemas de protección de derechos humanos, el sistema universal (ONU) y el sistema interamericano (OEA), en el ámbito de los cuales ha suscrito varios tratados de derechos humanos en general o directamente vinculados a los derechos de las mujeres.

De acuerdo a la Constitución peruana, los tratados de derechos humanos que se encuentran en vigor no sólo forman parte del derecho nacional sino que los derechos y libertades que ella reconoce deben ser interpretados conforme a estas normas supranacionales. El Tribunal Constitucional peruano ya terminó con la clásica y no consensuada discusión sobre el rango de los tratados internacionales de derechos humanos señalando que éstos “no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional”. Conforme a lo dispuesto, los tratados de derechos humanos “están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional”. Fuerza activa en la medida que incorporan al ordenamiento jurídico de rango constitucional los derechos reconocidos por ellos, y fuerza pasiva ya que son

normas que “no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infra constitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido”.

Desde el derecho internacional público, el Estado peruano está en la obligación de cumplir con los tratados antes mencionados de buena fe, conforme al “principio pacta sunt Servanda” reconocido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados. Según Iván Bazán (2006)⁴⁷, este principio implicaría que los pronunciamientos de organismos internacionales como los Comités o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deban acatarse; de lo contrario, el artículo 205 de la Constitución peruana carecería de sentido ya que permitiría que las personas accedan a la jurisdicción internacional para, finalmente, no protegerla.

Desde el ámbito constitucional también es importante recoger lo establecido por los órganos supranacionales de derechos humanos. Si bien el Código Procesal Constitucional, en su artículo V del Título Preliminar, solo se refiere a que los derechos constitucionales deben interpretarse conforme a las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es Parte; lo cierto es que existe jurisprudencia anterior del Tribunal Constitucional que amplía esta interpretación también a lo dispuesto por los órganos supranacionales de protección de derechos humanos que no constituyen precisamente tribunales. Por ejemplo, en el año 2002, el Tribunal Constitucional señaló que conforme

⁴⁷ Bazán, Iván. Obligatoriedad de las Resoluciones Internacionales.
<http://www.idl.org.pe/idlrev/revistas/107/pag72.htm> (citado el 27 de abril de 2006).

ala IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución (TC Sentencia 17 Abril 2002)⁴⁸:

Conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano”.

Asimismo, en dos procesos constitucionales el Tribunal llegó a establecer la obligatoriedad de cumplir con los Dictámenes emitidos por el Comité de Derechos Humanos surgidos a propósito de quejas individuales (TC Sentencia: TC Exp. 105-2001 AC - TC)⁴⁹:

La Decisión del Comité de Derechos Humanos tiene en sí misma, los alcances de una sentencia internacional definitiva, que al Estado que suscribe un Convenio Internacional en materia de Derechos Humanos, necesariamente corresponde cumplir y ejecutar, conforme a lo dispuesto por el artículo 40° de la Ley N° 23506, en concordancia con el artículo 101° de la Constitución Política del Estado de 1979, vigente al momento de plantearse la presente controversia”.

La importancia de lo antes señalado, se ha visto reafirmado por disposiciones administrativas; entre ellas debemos resaltar:

48 Tribunal Constitucional peruano. Sentencia del 17 de abril de 2002 en el proceso de hábeas corpus

iniciado por Alfredo Crespo contra el fuero militar (Exp. 217-02-HC/TC). Fundamento N° 2.

49 Tribunal Constitucional peruano. Sentencias en los expedientes Exp. N° 105-2001- AC/TC y Exp. N°

012-95-AA/TC.

- El D.S. 014-2000-JUS, en su artículo 1, señala que “las decisiones, resoluciones o recomendaciones adoptadas en el marco de los procedimientos y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional, serán procesadas por el Estado de acuerdo a los principios de buena fe, fiel observancia de los tratados respectivos y cooperación con las instancias internacionales de promoción y protección de derechos humanos”.
- El D.S. 017-2005-JUS, que aprueba el Plan Nacional de Derechos Humanos señala en su punto 1.4. “algunos Comités desempeñan también una importante labor de protección mediante el conocimiento de denuncias individuales por violaciones a los derechos contenido en los tratados (...). Por tanto, los dictámenes y decisiones emitidos en estos procedimientos, si bien carecen del carácter obligatorio de una sentencia, deben demandar del Estado los máximos esfuerzos para lograr su atención, para lo cual, deben buscarse mecanismos destinado a una adecuada evaluación de los mismos, y de ser pertinente, a su seguimiento”.

Como podemos ver, la interpretación de los derechos humanos no solo está circunscrita a lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos establezca; existe un marco normativo, jurisprudencial y doctrinario que determina que el Estado debe acoger lo resuelto por los diferentes Comités de las Naciones Unidas que supervisan periódicamente el cumplimiento de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, así como lo dispuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA.

Esta situación es relevante para el caso del aborto, pues es en estos espacios donde se ha abordado el tema y desde los cuales se debe discutir la legalidad

o ilegalidad del aborto en y en cuanto tratados como le Pacto de San Jose de Costa Rica Considera a los concebidos como seres humanos y por ende sujetos de derecho.

2.2.6. El aborto en la legislación comparada

En esta sección se hará referencia a la legislación que aprueba la despenalización del Aborto por diversas causas:

ALEMANIA. Hay que precisar que en la legislación alemana, se observa una combinación de los dos sistemas, es decir de la antigua República Democrática alemana y el de la de República Federal. La regulación del aborto en Alemania combina el sistema de plazos (12 ó 22 semanas + asesoramiento) con el de indicaciones.

- a) No será ilegal la interrupción del embarazo cuando se practique por un médico antes de transcurridas 12 semanas desde la concepción, siempre y cuando la embarazada haya obtenido un certificado que demuestre haber recibido asesoramiento al menos tres días antes de la intervención. Se contempla también el plazo de 22 semanas para embarazadas en “situaciones de especial necesidad”, entendiéndose por tales las que obligan a la madre a hacer un sacrificio que va más allá de lo tolerable de seguir con el embarazo. Éste es un concepto jurídico indeterminado. En este supuesto la embarazada está sujeta igualmente al requisito del certificado de asesoramiento.

- b) Las indicaciones son dos: 1. La de tipo médico: La puesta en riesgo de la vida o bien el perjuicio de la salud física o psíquica de la embarazada (indicación “materna”) o del feto (indicación “embrionaria”). 2. La de tipo

criminológico: cuando la embarazada a la que se le practica el aborto con su consentimiento haya sido víctima de delitos sexuales.

AUSTRIA. Cabe mencionar que la seguridad social austriaca no cubre los gastos de la interrupción voluntaria del embarazo, salvo en caso de indicación médica por considerarse peligroso para la madre.

Está despenalizado el aborto en los siguientes supuestos: 1º.- A petición de la mujer durante el primer trimestre del embarazo, realizado –previo informe facultativo- por un médico. 2º.- Fuera de ese plazo, la despenalización opera: 1) Evitar un daño grave para la vida o para la salud física o mental de la mujer embarazada, 2) Que exista malformaciones del feto, 3) madre menor de 14 años en el momento de quedar embarazada.

BÉLGICA. Esta legislación acepta que las interrupciones de los embarazos se realicen en los Hospitales o en los Centros de Planificación Familiar, y el coste de dicha intervención corre por cuenta de la seguridad social.

La ley que regula en Bélgica la interrupción voluntaria del embarazo es la Ley de 3 de abril de 1990 relativa a la interrupción del embarazo, que modifica los artículos 348, 350, 351 y 352 del Código Penal y que deroga el artículo 353 del mismo código. La Ley establece un sistema mixto, de plazos y causal. Así, se despenaliza el aborto:

1º.- Si lo solicita la mujer en situación de angustia (détresse) y se practica antes de que finalice la 12ª semana de gestación y siempre que se practique en buenas condiciones médicas, por un médico, en un centro donde exista un servicio de información que debe proveer a la mujer de información relativa a los derechos, ayudas y ventajas que la legislación concede a las familias, a las

madres (solteras o no) y a los hijos, así como sobre las posibilidades existentes de dar al niño en adopción. También se le ofrecerán consejos sobre los medios existentes para resolver los problemas sociales y psíquicos que le cree su situación. La interrupción del embarazo no podrá tener lugar sino 6 días después de la primera consulta médica. La mujer debe ratificar por escrito, el mismo día de la intervención, su voluntad de proceder a la misma. El médico debe informar a la mujer de los riesgos médicos presentes o futuros derivados de la interrupción del embarazo, de las posibilidades de acogida del nasciturus y de la posibilidad de acudir al personal de ayuda e información citada. Debe asegurarse, asimismo, de la determinación de la mujer a abortar.

2°.- Superado el plazo de 12 semanas, sólo cabe practicar la interrupción voluntaria del embarazo, con las mismas condiciones antes citadas, si: a) La continuación del embarazo pone en grave peligro la salud de la mujer o b) Si es seguro que el niño que nacerá portará una enfermedad de particular gravedad y reconocida como incurable en el momento del diagnóstico. Se requerirá la opinión de dos facultativos.

HOLANDA. La ley que regula la interrupción voluntaria del embarazo en Países Bajos fue aprobada en 1980 y su reglamento de aplicación en 1984. Esta ley permite el aborto en plazos, es decir dentro de las 24 primeras semanas de gestación.

El objetivo de esta ley es encontrar un equilibrio entre los dos intereses en conflicto el del no nacido y el de las mujeres en “situación difícil” a consecuencia de un embarazo no deseado. Si bien la ley no establece criterios para justificar el aborto pero si se asegura que la decisión no se tome de manera precipitada, previo a ello; se le ofrece soluciones alternativas. Se requiere que

medie un lapso de cinco días entre la primera consulta y la práctica de la intervención.

POLONIA. Las prácticas se llevan a cabo en clínicas ginecológicas o en los hospitales estatales de manera gratuita. En Polonia la interrupción voluntaria del embarazo se encuentre regulada por Ley de 07 de enero de 1993 sobre planificación familiar, protección del feto humano y condiciones del aborto legal. Esta Ley fue aprobada por iniciativa del Parlamento de Polonia después de un amplio debate social en el que se recabó la opinión de expertos médicos y legales. Se buscó el mayor grado posible de acuerdo entre las distintas opiniones. Las circunstancias son las siguientes:

1ª) Que el embarazo suponga un grave riesgo para la salud o la vida de la madre.

2ª) Que los exámenes médicos prenatales indiquen que hay una alta probabilidad de que el feto tenga daños severos e irreparables o que sufra una enfermedad incurable.

3ª) Que exista una sospecha fundada de que el embarazo se ha producido como resultado de una acción criminal, como por ejemplo de una violación, pero no sólo. La presencia de alguna de estas circunstancias debe ser apreciada por un médico especialista que debe ser distinto a aquel que va a realizar la intervención, a no ser que haya un riesgo inmediato para la vida de la madre. En este caso la intervención ha de ser aprobada por el Ministerio Fiscal. No existen plazos legales para llevar a cabo la intervención, salvo en el supuesto número 2. Es decir, que el feto tenga daños severos e irreparables. En este caso no podrá realizarse la intervención en fetos mayores de 12 semanas. En los

otros dos casos la intervención puede practicarse hasta que el feto pueda vivir de manera independiente fuera del seno materno. En todos los casos se exige el consentimiento por escrito de la madre. Si ésta es menor de 15 años o incapaz el consentimiento ha de estar firmado por los padres o por el representante legal. Para el caso de menores de 13 años es necesario además el consentimiento del Tribunal de Menores.

Los médicos deben guardar en todo momento el secreto profesional y se les reconoce el derecho a la objeción de conciencia. Si se acogen a este derecho deberán indicar que médico o qué centro pueden prestar el servicio. El derecho a la objeción de conciencia no puede ejercitarse si hay un grave riesgo para la vida de la madre.

2.2.7. El Problema de la Violencia Sexual desde el punto de vista jurídico y su tratamiento legal

En un tema tan controversial como el que estamos tratando, referido al aborto resultado de violencia sexual, no podemos dejar de lado los conceptos de Libertad o Integridad Sexual y cuando estos son vulnerados, puesto que obviamente para que se produzca un aborto primero tuvo que existir una relación sexual. En el caso concreto que estamos tratando hablamos de una relación no consentida o con violencia.

Es importante determinar, aunque parezca obvio porque una mujer puede pensar en un aborto después de una violación; y es que al tratarse de un hecho terrible y aberrante tenemos también que ponernos en los pies de la persona ultrajada para poder comprender como es que puede llegar a cometer el ilícito

del aborto y para ello tenemos que ver que es lo que se vulnera y cuál es el calificativo y tratado que le da nuestra legislación.

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

En el campo de los delitos sexuales, según Díez Ripollés (2009)⁵⁰, el concepto de libertad sexual tiene dos aspectos: uno positivo y otro negativo. En su aspecto positivo, la libertad sexual significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social. En su aspecto negativo, la libertad sexual se contempla en un sentido defensivo y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual.

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

En suma, la libertad sexual es la facultad de la persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad

⁵⁰ Díez Ripollés, José Luis (2009) Derecho penal español: parte general en esquemas. Edición 2°. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2009.

ajena, facultad que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a su voluntad, seguir en cada momento una u otra tendencia sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las no deseadas. De modo que se afecta la libertad sexual de un individuo cuando otro, no autorizado por el primero, interfiere en el proceso de formación de su voluntad o en su capacidad de obrar relativa a la sexualidad.

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

La doctrina española lleva al Perú los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexual, y en tal sentido, señalan Bramont-Arias Torres y García Cantizano (1998)⁵¹, que hay comportamientos dentro de la categoría de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida en que la víctima carezca de esa libertad o, aun si la tuviera tácitamente, ha sido considerada por el legislador como irrelevante. De esa forma, en los tipos penales en los cuales el legislador no reconoce eficacia a la libertad sexual del sujeto pasivo como, por ejemplo, en los supuestos de hecho recogidos en los artículos 172, 173 y 176-A del Código Penal (1), el interés que se pretende proteger es la indemnidad o intangibilidad sexual entendida

⁵¹ BRAMONT-ARIAS, Luis; GARCÍA CANTIZANO, María. Manual de derecho penal: parte especial. Edición 4. Lima: Editorial San Marcos, 1998.

como seguridad o desarrollo físico o psíquico normal de las personas para de ser posible en el futuro ejercer su libertad sexual.

Caro Coria(6)52, por su parte, amparado en argumentos de penalistas españoles, afirma que en los tipos penales antes citados, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual, sino la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en "libertad", las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar quien esté afectado por una situación de incapacidad transitoria, o, como sucede con los enajenados y retardados mentales.

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

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

52 Caro Coria, Dino; San Martín Castro, César (2000) Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: Aspectos penales y procesales. Edición 2°. Lima: Editorial Grijley.

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

El Código Penal de 1924, consideraba las agresiones sexuales como atentados contra “la libertad y el honor sexuales”, el actual Código Penal operó un cambio significativo a la tipificación de estos delitos al reconocerlos como actos que vulneran sólo la “libertad sexual” de las personas. El término “honor sexual”, fuertemente asociado con la doncellez y virginidad femenina, determinaba que sólo las mujeres que gozaban de este estado podían ser sujetos pasivos de los delitos sexuales. Esta concepción del honor sexual se sustentaba en dogmas religiosos bajo los cuales la actividad sexual de la mujer, se vinculada al pecado si se realizaba en libertad según Hernández Cajo (1998)⁵³.

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

⁵³ Hernández Cajo, Teresa. Legislación nacional en materia de delitos sexuales: situación actual y propuestas de reforma. En: Comentarios Jurídicos. Los derechos de la Mujer. Tomo II. Primera Edición. Lima: Editorial DEMUS, Noviembre de 1998. Pág. 47.

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

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

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

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

de contacto físico, como señalaba para aquella época Villanueva Flores (2000)⁵⁴.

Así pues, como pudimos ver la violación sexual es una figura típica en nuestro código penal que vulnera la libertad sexual de una persona y que en nuestro ordenamiento jurídico ha pasado por distintas variaciones. Finalmente podemos con ello entender la magnitud del problema por el cual pasa una persona víctima de violencia sexual y comprender un poco más (aunque parezca algo obvio) que es lo que finalmente podría “justificar” la decisión de practicarse un aborto después de ser víctima de violación, esto claro con la finalidad de evaluar si es justificado tener sanciones contra una persona que fue víctima de un ilícito pero que a la vez para tratar de aliviar su sufrimiento recurre a otro ilícito. Un problema que sin lugar a dudas tiene que ser discutido con el mayor objetivismo posible.

2.2.8. Aborto y tipos penales

Ahora bien, entrados en el tema veamos como nuestro código penal tipifica el Aborto en sus distintas formas y magnitudes y además que tipo de penas da conforme a las agravantes o atenuantes de cada una, con el fin de poder hacer una comparativa de las distintas situaciones que se pueden presentar en nuestro entorno social. Porque recordemos que hay una infinita variedad de situaciones en las que se puede cometer el aborto. Ya sea desde una mujer que trágicamente sufrió una violación sexual, pasando por una mujer que sencillamente no quiere complicarse la vida y recurre a este procedimiento

⁵⁴ Villanueva Flores, Rocío (2000) La Violencia Sexual: un problema de seguridad ciudadana. En: VILLANUEVA FLORES. Las voces de las víctimas, Serie Informes Defensoriales Vol No. 21. Lima: Editorial Defensoria del Pueblo, 2000.

egoístamente y escapando a las responsabilidades que le son inherentes como adulto y que le dio la libertad de ejercer su sexualidad, las mujeres que podrían ser obligadas a abortar o las mujeres que no tienen más remedio muy a su pesar que hacerlo.

Nuestro código penal contempla estas situaciones cada una con matices que la diferencian y es importante mencionarlas. No obstante, solo mencionaremos y haremos un pequeño comentario con los articulados que no vienen al caso en esta investigación puesto que no son tema de discusión de este trabajo; así pues, tenemos contemplados en el Libro Segundo (Parte Especial Delitos), Título I, Capítulo II, los siguientes tipos penales:

➤ ***“Artículo 114.- Autoaborto***

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

En este caso estamos hablando de un aborto plenamente consentido por la gestante y en orden de sus facultades mentales. El aspecto volitivo no se ve mermado según esta figura penal es por ello de que se habla de que está consciente incluso de que alguien mas le practique dicho procedimiento

Este aborto se puede definir como la interrupción provocada dolosamente del proceso de la gestación, con o sin expulsión del feto o producto de la concepción, pero con muerte del mismo. En este caso el bien jurídico protegido es la vida humana dependiente, que se inicia con la anidación del óvulo fecundado en el útero y que abarca hasta el momento del parto (cuando

se dan los primeros dolores del parto se inicia la protección de la vida humana independiente).

Tipo objetivo El sujeto activo del delito es la gestante, que se constituye en la única autora del mismo; mientras que el sujeto pasivo es el feto, sin interesar el grado de desarrollo que hubiere alcanzado. En cuanto a la conducta prohibida el tipo penal prevé dos supuestos:

➤ **Artículo 115.- Aborto consentido**

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

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

El delito de aborto consentido previsto por el Artículo 115° del Código Penal, configura el tipo base de esta clase de ilícitos en que se considera como sujeto pasivo, fundamentalmente, la vida del feto en formación, esto es, la vida humana dependiente producto de la concepción.

Como aciertos de la descripción legal, podemos anotar que partiendo de una perspectiva objetiva, se determina claramente los alcances jurídico-penales del delito bajo análisis, en el sentido que es el agente quien causa el aborto a la mujer, pero con su pleno consentimiento. La precisión es importante porque el legislador ha previsto que tanto para el autoaborto como en aquel que cuenta con el consentimiento de la mujer, la penalidad será menos severa que aquella que corresponda al aborto que se ejecuta sin la anuencia de la madre.

De otro lado, es importante destacar que el dispositivo en mención acota el supuesto de muerte sobreviniente de la mujer a consecuencia de las maniobras abortivas a que es sometida; en tal caso, se impone al agente una pena no menor de 2 ni mayor de 5 años, es decir, una sanción superior a la que corresponde al tipo base, debiéndose resaltar que para fijar dicha agravación de la pena, se tomó como parámetro el dolo eventual del agente.

En efecto, al describir la norma que "si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado", implícitamente se está recurriendo a la figura del dolo eventual, esto es, aquella condición que concurre cuando el agente a pesar de representarse claramente un resultado adicional y distinto a aquel que constituye su objetivo directo, persiste en su conducta ilícita logrando finalmente, además de tal propósito fundamental, también otro resultado que no quería ni pretendía.

En el caso planteado, el dolo eventual se manifiesta por el hecho que el agente pretende fundamentalmente acabar con la vida del producto en gestación; sin embargo, pese a tener la representación material y objetiva de que con dicho accionar, puede también afectar la salud e integridad física de la madre, decide proseguir en su conducta, razón por la cual halla justificación que esta circunstancia merezca una sanción más grave que la que corresponde al tipo base, es decir, el aborto propiamente dicho, según Rojas Vargas (2003)⁵⁵ y Prado Saldarriag (1999)⁵⁶.

55 ROJAS VARGAS, Fidel, Código Penal, Idemsa, Lima, 2003, p. 187. Casos jurisprudenciales.

56 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia, Palestra, Lima, 1999, p. 198).

➤ ***“Artículo 116.- Aborto sin consentimiento***

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

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

El tipo previsto en el Artículo 116° del Código Penal presenta características especiales, en él obviamente la sanción es más severa que en la que corresponde al tipo base, es decir, al aborto consentido. La explicación es evidente, en estos supuestos de abortos no consentidos, se vulneran simultáneamente dos bienes jurídicos específicos, a saber: la propia vida del feto en gestación y el concepto jurídico de maternidad, entendido como el derecho de autodeterminación de la mujer a ser madre, atributo que no admite interferencia ni interrupción alguna; no obstante, consideramos que puede tomarse en cuenta un tercer criterio.

En efecto, cuando se materializa un aborto no consentido, dadas las especiales circunstancias que rodean este hecho, puede con gran probabilidad, afectarse también, la propia vida e integridad física así como psicológica de la mujer. En tal contexto, no se debe dejar de lado-que las circunstancias especiales a las que aludimos, se refieren a los medios comisivos utilizados con el propósito de concretar el aborto no consentido. Entre estos medios se cuentan la violencia, la intimidación, amenaza, engaño o cualquier otro método no permitido por el ordenamiento jurídico que facilita y propicia, la culminación abrupta de la vida en gestación.

Sobre el particular, debemos acotar que se justifica plenamente la agravación de la pena y de otro lado, sin entrar a disquisiciones de orden filosófico que no es el propósito del presente ensayo, cabría plantear interrogantes, siempre en el campo del ordenamiento penal, respecto a si la comisión del delito de aborto no consentido, hasta qué punto puede considerarse constitutivo de otro ilícito. En este caso nos estamos refiriendo al delito de violación de la libertad personal debidamente previsto y sancionado por el Artículo 151° del Código Penal a través de la figura de la coacción, pues obviamente, gran afectación, al margen de la integridad física y la propia vida de la mujer en gestación, se ocasiona a su derecho de autodeterminación de la voluntad, en este caso, manifestado en el deseo de ser madre.⁵⁷

➤ ***“Artículo 117.- Agravación de la pena por la calidad del sujeto***

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

El aborto cometido por abuso del arte o ciencia de curar tipificado en el artículo 117° del Código Penal de 1991, prevé un caso de aborto con agravantes, en razón de la naturaleza del comportamiento y la calidad personal del o los agentes, ya sean estos sujetos dedicados a una profesión sanitaria como por ejemplo, médicos, obstetras o farmacéuticos que consecuentemente, se harán merecedores a la pena que les corresponda según el tipo de aborto en que hayan incurrido, siendo inhabilitados para el ejercicio de su profesión u oficio por no

⁵⁷PRADO SALDARRIAGA, Víctor, Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia, Palestra, Lima, 1999, p. 200).

menos de seis meses ni más de cinco años. Lo que se busca en realidad al imponer esta sanción, es confeccionar un criterio de prevención especial, al intentar alejar al agente de una actividad que le brinda oportunidades para delinquir, así como proteger mejor a las personas del peligro que representan los profesionales sin escrúpulos. La ley exige para la aplicación de la inhabilitación, que la conducta del profesional sanitario, implique un ejercicio abusivo de su ciencia o arte, o sea no basta tener la calidad o condición personal especificada, ni la comisión ocasional y única del aborto. ROY FREYRE (1987: 89) manifiesta al respecto que la expresión "para causar el aborto" de acuerdo a la *ratio legis*, debe ser interpretada restrictivamente.

➤ ***“Artículo 118.- Aborto preterintencional***

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

Nuevamente la preterintención constituye en este delito el elemento subjetivo del tipo esencial pues sin su concurrencia, la conducta de aquel que comete la conducta descrita en el Artículo 118° del Código Penal, sería atípica. En efecto, doctrinariamente la preterintención surge o se manifiesta, cuando de la acción u omisión del agente se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso que resulta más grave que aquel que quiso causar el sujeto activo del delito y el aspecto fundamental que determina la comisión del aborto preterintencional es precisamente, la previsibilidad.

¿En qué consiste dicha circunstancia? Simplemente en que para que sea imputable el resultado criminal a su autor, éste debe haber tenido la capacidad de prever o anticipar el resultado, caso contrario, no podrá ser sindicado a título de preterintencionalidad. Lo señalado se refiere esencialmente al aspecto de la tipicidad; sin embargo, no debe dejarse de lado que tal previsibilidad tiene un componente de connotación práctica, es decir, que el estado de gravidez de la madre debe ser notorio, en tal contexto, el agente del delito debe actuar a sabiendas que al cometer violencia contra la mujer, aquella se halla gestando y por lo tanto, que sus actos de agresión pueden provocar el aborto que dicha madre no quiere ni ha consentido en forma alguna.

También conviene reiterar, que algunos autores consideran que al no querer el agente el resultado aborto, existe un componente culposo en su accionar; pese a ello, opinamos que el dolo existe tanto por la intencionalidad manifiesta del autor de lesionar o dañar la integridad de la mujer, como en la previsibilidad que está a su alcance, de saber que con la violencia que ejerce sobre aquella, es muy probable que ésta aborte. Con dicha situación, queda claro que la intencionalidad directa e inmediata del agente es vulnerar la integridad física de la mujer; no obstante, por la previsibilidad a que hemos hecho referencia, es de colegir que sub-yace en su comportamiento contrario a derecho, una finalidad mediata y secundaria que acepta como probable, dañar también al feto que la mujer lleva en sus entrañas. Insistimos sobre el particular que el estado de gravidez debe ser notorio para el agente pues en caso contrario, en ausencia de dicha circunstancia esencial, esto es, la previsibilidad, él siempre va a seguir respondiendo por su conducta cometida a título de dolo, pero en este caso, sólo por el delito de lesiones en agravio de la madre.

Como pudimos apreciar los tipos penales contemplados en los artículos del 114 al 118, están ampliamente descritos por la naturaleza de la voluntad de quien los cometen u obligan a la gestante a cometerlos, por ende en este trabajo de investigación creemos que no está bajo ningún tipo de cuestionamiento las penas que el derecho penal les atribuye, sino quizás aumentarlas incluso, tema que vendría a ser parte de otro estudio no referente a la investigación que nos atañe en esta ocasión.

Por su parte los dos tipos penales que siguen a continuación contemplados en el Art 119 y 120, si son de relevancia para el trabajo presente, porque presentan situaciones en las que podría ser discutible la exención de la pena para quienes cometan el delito del aborto bajo ciertas circunstancias, que en este caso a diferencia de los anteriores tipos penales escaparían a la voluntad de la gestante. Por lo menos estamos seguros de ello con respecto al Art 119. Por su parte el Art 120 es lo que tenemos que discutir y que viene a ser el tema central del presente trabajo de investigación dado que se trata de abortos posteriores a una agresión sexual, por ende aun teniendo en cuenta los conceptos de vida derecho y sujeto de derecho, que atendimos previamente vamos a ver que nos dice específicamente el código penal de estos casos a fin de hacer una discusión y si es posible un diagnóstico de si es sano que perdure este tipo penal o no o si debe sufrir una modificatoria. Para ello vamos a describirlos:

➤ ***“Artículo 119.- Aborto terapéutico***

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

En este caso, el tipo penal especifica de manera clara que la gestante estaría corriendo riesgo en su salud, sino de morir al menos de dejar un mal permanente por lo que en este caso se daría la exención de la pena. Recordemos que la vida es un bien jurídico protegido por el estado y es aquí cuando la madre está eligiendo salvar su vida.

Aunque no lo dice el articulado para algunos doctrinarios este aborto puede referirse a dos casos específicos en los cuales sea afectada la salud de la madre o del feto en desarrollo.

En ese sentido si nos referimos a abortos terapéuticos por razones de la salud del feto y/o salud de la madre.

En el primer caso el aborto se lleva a cabo motivado por enfermedades más o menos importantes del propio feto, aunque no afecten a la salud de la madre. Propiamente habría que hablar de aborto eugenésico. La acción de acabar con la vida del feto más que terapéutica es una acción eugenésica, porque no cura nada de la enfermedad, sino que acaba con la vida del feto.⁵⁸

Es necesario precisar que para algunos autores hay cierta confusión entre distinguir el aborto terapéutico del aborto indirecto,

En caso de aborto terapéutico para estos autores sería en caso de que la madre ostente una enfermedad que puede existir en dos situaciones: A) La presencia de un feto que dificulte la salud de la madre y B) la curación de la madre podría producir la muerte del feto; esto es que al producirse la recuperación de la madre sea inevitable salvar la vida del feto, en este caso estaríamos hablando de un aborto indirecto.

⁵⁸MedlinePlus no considera que éste sea un "aborto terapéutico" Aborto quirúrgico

La distinción más clara entre el aborto terapéutico y el aborto que se produce indirectamente se ve cuándo nos preguntamos cuál es la intención primera de lo que hacemos. Si la intención es acabar con la vida del feto, sea por el motivo que sea, estamos ante un aborto terapéutico. Si lo que estamos haciendo es una terapia de curación de la madre, el aborto que puede producirse es un aborto indirecto.

La mayor parte de las legislaciones que regulan el aborto, tanto las permisivas como las restrictivas, distinguen, en diferente grado, entre la total o mayor admisibilidad del aborto terapéutico que se incluye en la interrupción voluntaria del embarazo.⁵⁹

Sin embargo, más allá de una discusión semántica que es la que se podría dar en este caso entre aborto terapéutico y aborto indirecto, tenemos que tener en cuenta lo más importante del tipo penal que nos describe el Art. 119, que es la exención de la pena (no es punible), cuando a la madre no le queda más opción que practicarse el aborto.

Queda claro pues que en ambos casos (Aborto terapéutico o Aborto Indirecto) la gestante no tiene más opción que recurrir a este método para salvaguardar su vida y su salud.

➤ ***“Artículo 120.- Aborto sentimental y eugenésico***

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

⁵⁹https://www.bioeticawiki.com/Aborto_terap%C3%A9utico#cite_note-1

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

Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.”

En este articulado antes de seguir con el estudio tenemos que hacer hincapié a lo que refiere cada uno de los términos. Entonces tenemos que el aborto sentimental hace referencia a las emociones; vale decir y es más que obvio a los sentimientos que una mujer tenga después de sufrir una violación sexual, inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio; mientras que por su parte el aborto eugenésico hace referencia a los genes; en este caso hablaríamos de una deficiencia genética que presente el feto.

Esta es la figura penal que tendríamos que cuestionarnos con respecto al tema de esta investigación específicamente el primer párrafo del mismo puesto que es lo que tratamos directamente en este estudio.

Así pues, citaremos primero y en orden de que habla el aborto sentimental que vendría a ser el que se deriva de una violación sexual, inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio. Tenemos que entender que la mujer que se practica este procedimiento debe estar pasando por una inestabilidad emocional muy pronunciada, un aspecto muy puntual para tomar en cuenta a la hora de evaluar esta situación.

Tradicionalmente, se ha conceptualizado al aborto sentimental o ético como aquel practicado a una mujer por haber resultado embarazada como consecuencia de

haber sufrido el delito de violación sexual. En otros términos, por haber resultado gestando a consecuencia de haber sido sometida al acto sexual lesionando su libertad sexual. No obstante, el legislador de nuestro Código Penal, acorde con el avance de la ciencia y tomando en cuenta el flamante derecho genético, también ha considerado como una modalidad del aborto ético al practicado a una mujer que haya sido embarazada como consecuencia de una inseminación artificial no consentida y producida fuera del matrimonio.

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. Si le hubiere sido impuesta la maternidad con violencia física, grave amenaza o, en su caso, mediante inseminación artificial sin su consentimiento, se sostiene debe reconocérsele a la mujer la facultad de deshacerse del estado de embarazo. En estos casos, debe prevalecer el derecho a la propia dignidad y el derecho al honor de la mujer, reconocido a nivel constitucional como consecuencia mediata del reconocimiento en normas de nivel internacional.⁶⁰

A nuestro criterio en este sentido entraríamos pues en un conflicto muy importante. ¿Se puede o se debe aplacar las consecuencias de un delito cometiendo otro delito?, tenemos que ponderar el valor del desarrollo libre y voluntario que debe tener una mujer para ser madre cuando ella desee como derecho legítimo y esencial como el de cualquier ser humano, así mismo tenemos que ponderar el valor que tiene la vida que no es capaz de elegir y que aun así es considerado sujeto de derecho para nuestra legislación. Sin lugar a

⁶⁰<http://cursoderechoperuano.blogspot.com/2016/05/articulo-120-inc-1-aborto-sentimental-o.html>

dudas este tipo de conflictos siempre se darán en nuestro entorno y en mayor o menor medida tendrán diferencias, por lo que tenemos que entender mejor cual es la solución más objetiva mediante la cual el daño sea el mínimo. Asimismo, no podemos dejar de lado las otras circunstancias en que la libertad de decidir de la mujer se ve mellada como cuando es inseminada artificialmente contra su voluntad.

También, se configura el ilícito penal cuando el sujeto activo someta a práctica abortiva a una mujer que resultó embarazada con ocasión de una inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio, es decir, cuando resulta la gestación por haber sido sometida la mujer, sin su consentimiento, a una de las técnicas de reproducción humana como es la inseminación artificial (IA), la cual que se realiza inoculando el semen del varón de manera directa, pero asistida, en la vagina de la mujer teniendo como finalidad esencial la procreación. Por la forma como el legislador ha redactado el tipo penal, entendemos que no ha tomado en cuenta la otra técnica de reproducción humana asistida, conocida como fecundación extra corpórea (FEC), la misma que se realiza uniendo el espermatozoide y el óvulo en una probeta para después transferido al útero de la mujer. En consecuencia, de verificarse que se practicó el aborto a una mujer que resultó gestando a consecuencia de la técnica de la fecundación extra corpórea sin su consentimiento, se subsumirá tal conducta al delito de aborto común y no del aborto privilegiado.

Otra circunstancia importante lo constituye el haber sido denunciado o investigado, por lo menos, policialmente, las causas que ocasionaron la gestación. Esto es, si se produce una violación sexual fuera del matrimonio, cuando menos debió ser denunciado ante la autoridad competente tal hecho,

para de ser el caso poder practicarse el aborto privilegiado. La misma condición reza para la inseminación artificial no consentida. Si no hay denuncia de los hechos a nivel policial, no hay privilegio y el hecho será calificado como aborto común.⁶¹

Entendida las situaciones del primer párrafo del artículo 120 procedemos a describir lo que implica el segundo párrafo que, aunque no es tema central de esta investigación, consideramos es necesario a fin de hacer un análisis objetivo del valor de la vida y de las implicaciones que tiene un aborto en determinadas circunstancias.

Si hablamos de eugenesia tenemos que entender que la eugenesia suele ser definida en términos de un “buen engendramiento”. Es decir, la aplicación de las leyes biológicas con miras al advenimiento de mejores linajes humanos. Según la real academia, la palabra “eugenesia” deriva del griego (eu = bien, génesis = engendramiento), y refiere a la existencia de una ciencia que estudia la mejora de las especies vegetales y animales, mediante el control de la reproducción, en la actualidad la eugenesia se aplicaría en la planificación familiar, en la prevención de anormalidades físicas y psíquicas.

Es el aborto provocado realizado en el caso de sospecha o certeza de una enfermedad seria del niño. Se suele realizar argumentando que la vida del niño con deficiencias sería de poca calidad, y no merecería la pena ser vivida. En el aborto eugenésico se sustenta en que la mujer elimina al feto defectuoso en virtud de un pretendido "derecho al bienestar", ya que este feto será un adulto

⁶¹<http://cursoderechoperuano.blogspot.com/2016/05/articulo-120-inc-1-aborto-sentimental-o.html>

que acarreará numerosas cargas para la mujer - económicas, anímicas, de convivencia etc.

Hay casos de sobra para ejemplificar los abortos que son de carácter eugenésico, basta con echar un pequeño vistazo a las páginas web de medicina y embriología. Casos terribles de malformaciones no compatibles con la vida hay muchos como la de los bebés anencefálicos que vendría a ser una malformación congénita caracterizada por ausencia total o parcial del cráneo, la piel que lo recubre y la masa encefálica, producida por un defecto en el cierre anterior del tubo neural, se asocia con espina bífida y onfalocele. Existiría una progresión en el desarrollo del defecto desde acráneo, posteriormente a exencefalia y finalmente anencefalia. Hidranencefalia: los hemisferios cerebrales están ausentes y son sustituidos por sacos llenos de líquido cerebroespinal. Holoprosencefalia alobar: ausencia del lóbulo frontal del cerebro del embrión.

Los casos citados son solo algunos de los múltiples que los médicos seguramente ven más seguido de lo que se cree. Podemos ser más certeros con esta situación puesto que, aunque no deja de ser un ser humano con los derechos inherentes a los mismos, el sustento de su vida fuera del útero de la madre sería imposible, por lo que para algunos expertos resultaría un absurdo continuar con un embarazo que no concluirá de buena manera.

Habiendo visto las circunstancias anteriores tenemos que ponderar entonces que es lo mejor para la madre, para la vida por venir reconocida por ley como sujeto de derecho desde su concepción y en general para la sociedad, puesto que son problemas que se dieron se dan y se seguirán dando.

2.2.9. Planteamientos a favor y en contra del Aborto por Violación Sexual

Con respecto a este conjunto de posturas, consideramos que es viable resumirla en tres grupos:

- 1) Las posturas de carácter jurídico esbozadas por académicos en el Perú.
- 2) Las posturas de carácter científico esbozadas por expertos en genética, embriología y medicina humana.
- 3) Las posturas de carácter social esbozadas por grupos pro-aborto y feministas; como por grupos pro-vida y familia.

En ese sentido, cabe indicar que, para los fines de la presente tesis, centraremos la siguiente presentación únicamente en los argumentos de carácter jurídico, científico y social que se esbozan en las tres posturas.

Asimismo, aunque nuestra sociedad sea mayoritariamente cristiana no consideramos que tenga repercusión alguna las posturas de grupos religiosos de ningún credo puesto que la discusión de la temática abortista tiene que ser abordada desde un punto de vista imparcial y objetivo, del mismo modo no consideraremos posturas de feminismo radical que tiene un auge inmenso en nuestra sociedad en la actualidad.

a) Posturas a favor de la despenalización del aborto por violación sexual

Postura de carácter jurídico.

Uno de los argumentos más comunes que se esgrime para postular la despenalización del aborto es el hecho de que la mujer como ser humano autónomo, tiene derecho a ejercer tal autonomía con todas las libertades

civiles que le correspondan, en tanto de tal manera podrá realizar su plan de vida buscado. Así, en tanto el feto constituye una existencia dentro del cuerpo de la mujer, esta estaría en capacidad de disponer de él, en ejercicio del derecho a la libertad de autodeterminación sobre el propio cuerpo. En tanto la mujer considere que no desea tener al feto dentro de ella y menos, llegar al parto, debido a cualquier consideración que ella considere pertinente, cualquier norma que la obligue a llevar tal carga consigo, será considerada como vulneradora de su derecho constitucionalmente reconocido a la libertad. *Al respecto se recurre a la Constitución Política del Perú Artículo 2: Inciso 3.- A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público. Inciso 24, literal b.- A la libertad y a la seguridad personal.* En consecuencia; no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

Margarita Valdez (2009: 32)⁶² nos expresa claramente esta lógica al hablar sobre la maternidad no deseada y presenta a su vez dos razones a analizar:

“Primero, la maternidad no deseada puede interferir seriamente con los planes que una mujer haya elegido reflexiva y críticamente para su vida;

62 Valdez, Margarita. En Dilemas Éticos: “Aborto y anticoncepción en México: las actitudes y los argumentos de la iglesia católica”. Fondo de Cultura Económica. México DF. Pág. 54

segundo, puede convertirse en una pesada carga, especialmente en los casos de mujeres pobres con hijos”.

Asimismo, Ibáñez y García-Velazco (1992: 36)⁶³ indica sobre esta libertad enfocada a la maternidad:

“Derecho este, de libre maternidad, que es facultad y opción de la mujer, nunca obligación; expresión de su libertad y exponente de su personalidad, y como se ha dicho recientemente, expresión de la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida”.

En tanto algunos alegan un derecho de carácter constitucional a la libertad, considera este argumento de carácter jurídico y por ende lo colocamos al mismo nivel que los argumentos planteados desde la lógica penal por los autores citados en el punto previo.

Postura de carácter Científico.

Al respecto de la postura científica que nos pueden ofrecer los grupos que defienden el aborto hemos decidido tomar en cuenta la opinión de Alberto Kornblihtt, biólogo molecular y doctor en Química, en el Parlamento Argentino, dicha en un debate en medio de la polémica de la legalización del aborto en el vecino país de argentina.

Cabe destacar que la gran mayoría de los grupos que apoyan el aborto se apoyan en ideas como las vertidas por el mencionado experto que a la letra dice:

⁶³ IBAÑEZ Y GARCIA-VELASCO, José Luis (1992). “La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX”. Siglo Veintiuno de España. Madrid. 1992.

Un embrión no es lo mismo que un ser humano. La unión del espermatozoide con el óvulo para formar un cigoto es condición necesaria, pero no suficiente para formar un ser humano. La información genética proveniente de los padres no es suficiente y es necesaria otra información provista por la madre.

Los humanos somos mamíferos placentarios. Somos mamíferos por tener pelo y producir leche y placentarios porque el desarrollo solo puede completarse dentro de un útero.

Durante los nueve meses de embarazo, la madre no solo aporta a través de intercambio placentario, el oxígeno necesario para que el embrión progrese, sino también anticuerpos fabricados por ella que protegen al embrión de posibles infecciones.

Además, las sustancias de desecho y el anhídrido carbónico generados por el feto o embrión pasan de su sangre a la de la madre a través de la placenta, de modo que sin ese intercambio placentario el feto no podría progresar porque se intoxicaría.

Más recientemente se ha descubierto que las células y órganos del embrión y más tarde el feto sufren cambios epigenéticos durante el embarazo que son consecuencia de la íntima relación con la madre y sin los cuales el nacido no progresaría.

La epigenética es la disciplina que estudia aquellos cambios que ocurren en la expresión de los genes, pero no en su información genética. ***Cabe destacar que nadie ha logrado hasta el presente, ningún laboratorio llevar un embrión de mamífero fuera del útero de la madre. Todo esto indica***

que el embrión o feto no son seres independientes de la madre, sino que ante el nacimiento son casi como un órgano de la madre.

Para la mayor parte de las legislaciones, incluso de los países donde está penalizado el aborto, la persona humana empieza con el nacimiento con vida, es decir, cuando el bebé se separa completamente de la madre, y establecen que si el embarazo se interrumpe de forma natural o provocada antes del nacimiento, la persona se dará por no haber existido nunca jamás, no hay conflicto entonces entre el concepto de persona y el concepto de embrión o feto, incluso no hay conflicto en concederle derechos suspensivos al embrión, los cuales se hacen efectivos al nacer con vida.

Donde hay conflicto es en lo que algunos califican como vida humana, un concepto que, como veremos, no tiene definición taxativa y responde más a creencias que ha hechos.

La biología no define vida humana, sino que define vida, la vida es la forma particular de organización de la materia que cumple con dos condiciones esenciales: reproducción y metabolismo, la definición de vida sensu stricto está referida solo a las células, una célula viva lo está porque puede dividirse y puede metabolizar, y están vivas tanto las células del embrión como las del feto del bebé o del adulto, pero también están vivos los espermatozoides que se eyaculan fuera de la vagina, los óvulos que son eliminados con cada menstruación, las células de la placenta que se desecha en cada parto, las células de un humano que acaba de morir siguen vivas por un tiempo no despreciable.

Y al respecto cabe preguntarse por qué para algunos es aceptable concebir que después de la muerte legal de una persona, definida en función del cese de la actividad cerebral o del latido del corazón, se admite que sus células siguen vivas por un tiempo, y resulta para esas mismas personas difícil concebir que un embrión humano está formado por células vivas, pero todavía no es un ser humano.

Todo lo anterior nos lleva a considerar el estatus del embrión, para la biología un embrión es un embrión, no es un ser humano; en todo caso es un proyecto de ser humano que necesita una serie de pasos que ocurren dentro del útero para llegar a ser un ser humano

Todo lo dicho no implica que no se deba proteger a la mujer embarazada y a su embrión, pero la mujer embarazada tiene que tener la opción y el derecho de interrumpir su embarazo prematuramente, de lo contrario se convierte en una especie de esclava de su embrión a causa de convenciones sociales o religiosas que no se condicen con la gradualidad del desarrollo intrauterino.

Por eso los legisladores deben pensar en la cantidad de mujeres que por hacerse abortos en lugares inadecuados tiene infecciones, en la cantidad de adolescentes que por no abortar tienen que llevar un embarazo a término y criar un bebé cuando todavía son niñas o darlo en adopción en condiciones muchas veces ilegales. La cantidad de genetistas que hacen diagnóstico prenatal detectan que el embrión va a nacer con una enfermedad no curable y se lavan las manos al no garantizar la opción de la interrupción del embarazo, en la cantidad de situaciones en las que se sabe que el embrión va a nacer mal y aun sin un diagnóstico genético.

Pido a aquellos que tienen convicciones filosóficas o religiosas respecto de lo que llaman “comienzo de la vida humana” que respeten la racionalidad de otros argumentos y que diferencien evidencia de dogma y hechos de creencias, porque no hay un absoluto y los legisladores deben legislar para todos.⁶⁴

Asimismo, podemos acotar que entre las posturas que presentan los grupos pro aborto es la de la libertad de la mujer a decidir sobre su cuerpo puesto que como ser único debe tener en sus manos la ponderación de saber que hacer y no hacer con su vida y que por ende si un embarazo le representa un obstáculo a su legítimo desarrollo este no debería ser una obligación para ella.

Postura de carácter Social.

Para muchos el número de abortos ilegales en el Perú es la mayor evidencia de inutilidad de la sanción penal y por ende esta demostraría que es una ley sin propósito por cuanto no es cumplida y trata de disfrazar una realidad social.

En el año 2006 se desarrolló en el Perú un estudio muy interesante que refleja el nivel de abortos en el Perú, en ese sentido, las conclusiones de tal estudio fueron las siguientes:

“De acuerdo a la ENDES 2004-2005, el 57% de nacimientos ocurridos en los últimos cinco años se produjeron sin que sus padres los hubieran deseado. Esta cifra encaja con estadísticas sobre exposición al riesgo de embarazo. En el país de 3.8 millones de mujeres sexualmente activas,

⁶⁴<https://manoalzada.pe/opinion/un-embrión-no-es-lo-mismo-que-un-ser-humano>

alrededor del 30% o sea 1.4 millones está en riesgo de salir embarazada sin desearlo. Frente a esta contingencia algunas optan por tener un hijo no deseado y otras por interrumpir el embarazo. En este sentido cada año se producirían 376 mil abortos clandestinos en el país y aproximadamente 1.8 millones de nacimientos no deseados”.

A raíz de las cifras derivadas en la citada investigación, se apela al alto número de abortos ocurridos en el país para proponer que su despenalización sea el reflejo de un comportamiento que se viene dando desde hace largo tiempo dentro del estado peruano. En ese sentido, se propone que en base a la información obtenida acerca de la cantidad de personas (mujeres) que incumplen con la normatividad vigente y llevan a cabo un aborto, se expresen políticas que permitan eliminar las desigualdades sociales y beneficiar a las mujeres que se ven obligadas a llevar a cabo el aborto.

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

Así, la ineficacia de la sanción penal para disuadir a aquellos que buscan llevar a cabo abortos se constituye, desde esta lógica, como un supuesto de negación de la capacidad preventiva de la pena, así como en una manifestación de cambio en la moral social con **respecto a un determinado supuesto tal y como sería el aborto.**

b) Posturas en contra de la despenalización del aborto por violación sexual

Posturas de carácter jurídico

Las posturas más contemporáneas en el marco nacional pueden ser representadas por un lado por el Doctor Eduardo Oré Sosa (2010)⁶⁵ y por el profesor José Antonio Caro John⁶⁶ (2010).

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

Sobre la lógica que sigue el profesor Caro con respecto al derecho penal, el fin de la pena y la relación causal entre los presupuestos lógicos de la propuesta de despenalizar el aborto en determinados supuestos se aprecia que para él, la sanción del supuesto del aborto en todos los casos es: una síntesis de expectativas normativas de conductas que rigen pesar que un sector de la sociedad no las reconozca como válidas en función de una ideología. *“Si tuviese que despenalizarse el aborto tan sólo porque a causa de su prohibición en la práctica clandestina mueren más mujeres de*

⁶⁵ Oré Sosa, Eduardo (2010) Pronunciamento sobre el proyecto de reforma del código Penal. Lima. GRJ.

⁶⁶Caro John, José Antonio (2010) Comentarios al Proyecto de Reforma de la Dra. Rosa Mavila León sobre el delito de aborto. Lima- GRJ.

escasos recursos, entonces al llevar esta ideología a la coherencia habría también que despenalizar el delito de robo agravado porque quienes más lo cometen son los sujetos pobres”. Así, conforme se puede desprender del texto, no cabría alegar la despenalización del aborto en tanto la sanción del mismo refleja las expectativas normativas de la población y estas expectativas con respecto a la vida del feto son su indiscutida protección. Tales expectativas, a su vez, responden a un proceso histórico social de evolución.

Del Mismo modo con respecto a nuestro ordenamiento jurídico el Dr. Eduardo Ore Sosa es clarísimo en su delimitación de los derechos que un ciudadano tiene y no tiene en nuestro país; siendo el eje principal de su argumento nuestra legislación y los tratados internacionales que debemos obedecer conforme a la pirámide jurídica y además de ello hace una clara diferencia entre tratados de cumplimiento obligatorio (llámese vinculantes) y con las recomendaciones que nos pueden hacer ciertos tratados. De ahí es de donde parte su lógica jurídica para estar en contra del aborto. El menciona lo siguiente:

La determinación de si estamos ante un bien jurídico digno de protección es importante para determinar la legitimidad de perseguir una conducta considerada delictiva, pues si graves son las consecuencias de la intervención del Derecho penal, es de esperar que sean importantes las finalidades que se buscan preservar. Por ello, Abanto Vásquez señala que la teoría de los bienes jurídicos no ha dejado de ser la piedra angular de todo Derecho penal que aspire a considerarse como uno propio de un Estado de Derecho.

Consecuentemente, la amenaza de pena va dirigida a una conducta desvalorada socialmente por constituir una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico digno de protección. En el delito de aborto, el bien jurídico protegido es la vida humana. Qué duda cabe de que estamos ante un bien jurídico de gran importancia. El derecho a la vida encuentra reconocimiento —*fíjese que no decimos fundamento*— en nuestra Constitución y en diversas normas internas e internacionales, las mismas que reconocen el derecho a la vida desde el momento de la concepción.

Constitución Política del Perú:

Art. 2° inc. 1: Toda persona tiene derecho a la vida... El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH):

Art. 4°: inc. 1: Toda persona tiene derecho a que se le respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Código de los Niños y Adolescentes:

Art. 1°: El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de su concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico y mental”.

Código Civil:

Art. 1: La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

En cuanto al Derecho Internacional, como se sabe, la obligatoriedad de los tratados se fundamenta en los principios de buena fe y *pacta sunt servanta*: Los compromisos internacionales asumidos deben ser respetados de manera sincera, honesta y leal. No cabe, pues, desconocer lo previsto por las normas internacionales protectoras de los Derechos Humanos.

En este sentido, opinamos que tanto la legislación interna como internacional ya ha zanjado el tema: el concebido tiene derecho a la vida. No es propio de un Estado de Derecho desconocer el derecho a la vida del concebido a partir del debate de si el concebido tiene o no la condición de persona. Ese proceso de despersonalización de seres humanos para, acto seguido, desconocer los derechos más elementales de cualquier sociedad civilizada es, desde todo punto de vista, inadmisibles.

El derecho a la vida, en este orden de ideas, tiene un sólido anclaje en nuestro ordenamiento jurídico. Como no podía ser de otro modo, pues sin el respeto del derecho a la vida, los demás derechos carecen de sentido.⁶⁷

En ese sentido el Doctor Sosa también señala que efectivamente las personas tienen la facultad a decidir sobre un derecho siempre y cuando estas sean titulares del mencionado derecho. Cosa que no se da en el caso del aborto. ¿Es la madre titular del derecho de la vida de su hijo?. La

67www.unife.edu.pe/facultad/derecho/doc/articulo_delito_aborto.doc

respuesta es más que obvia, puesto que como vimos en los articulados mencionados el derecho a la vida es inherente a la persona humana a partir de su concepción y no es susceptible de ser transmitida a otras personas para poder disponer de ellas como si de un objeto de derecho se tratara. Como dice González Rus, “el consentimiento de la mujer embarazada no exime de responsabilidad en el delito de aborto, puesto que no es ella la titular del bien jurídico protegido”⁶⁸

Asimismo, es importante entender que dentro el ordenamiento jurídico internacional hay razones lógicas y fundamentadas para que nuestro país no legalice ni despenalice el aborto en ninguna causal; el Dr. Sosa lo explica así:

Es bueno saber que no existe norma internacional alguna que obligue al Estado Peruano a despenalizar el aborto —como vienen señalando algunos grupos interesados en su legalización. Se invoca la Recomendación General N° 24 del Comité de la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer), que es el comité encargado de examinar los progresos realizados en la aplicación de la referida Convención. Dicha recomendación general señalaba: “En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”. Sin embargo, como reiteramos, estamos ante una sugerencia; sugerencia que, por lo demás, no se desprende de ninguna disposición de la Convención misma. Es más, las opiniones del Comité de la CEDAW

⁶⁸GONZÁLEZ RUS, Juan José. El aborto. Lesiones al feto. En: AA. VV. Derecho Penal Español. Parte Especial, Manuel Cobo del Rosal (coord.). Madrid, Dykinson, 2005, 2° ed., p. 126.

carecen de fuerza vinculante, pues, como señala el mismo artículo 21.1 de la Convención: el Comité “podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes”. Se trata de sugerencias y recomendaciones. De este modo, no hay norma o compromiso internacional que haya sido incumplido por el Estado Peruano.

Lo mismo podría decirse de los Programas de Acción de El Cairo y de Beijing, en los que, si bien se recogen expresiones o conceptos vinculados a derechos reproductivos y sexuales, en modo alguno podría desprenderse de ello la obligación del Estado Peruano de despenalizar el aborto. Máxime si nuestro país formuló reservas expresas en el sentido de que los conceptos de salud reproductiva, derechos reproductivos y salud sexual o reproductiva “no pueden incluir el aborto como método de regulación de la fecundidad o de la planificación familiar”.

El asunto es sencillo: el justo reconocimiento de los derechos de la mujer jamás podrá ser interpretado en el sentido de concederle un señorío sobre la vida de otro ser humano. No hay tal derecho a matar un niño, antes o después de nacido.⁶⁹

En ese orden de ideas tomadas de expertos en el ámbito jurídico está claro que el valor de la vida no puede ni debe ser cuestionada en ningún caso (incluida la lamentable situación de un embarazo en caso de violación sexual), puesto que esta vida es protegida a partir de la concepción por todo

69www.unife.edu.pe/facultad/derecho/doc/articulo_delito_aborto.doc

el ordenamiento jurídico ya mencionado y como tal nadie puede disponer de la misma incluida la madre.

Posturas de Carácter Científico

Para delimitar esta parte de la investigación dejaremos de lado los argumentos sociales y jurídicos valiéndonos de un parafraseo que es muy conocido en nuestra sociedad que dice “El papel lo aguanta todo”. Cosa que es más que verdad y que la historia ha demostrado a lo largo de los años de la humanidad con toda clase de delirios, fantasías e ideas plasmadas en papel. La razón de una argumentación científica es precisamente deslindarnos de toda interpretación antojadiza que se pueda dar con respecto a cualquier tema, puesto que a la ciencia no se le puede cuestionar, más que con nuevos avances y descubrimientos; mas no con interpretaciones a gusto de la ideología que la haga.

La biología molecular, la embriología médica y la genética han arrojado mucha luz para responder la antigua pregunta sobre el inicio de cada vida humana. La ciencia avala hoy que la vida empieza con la fusión del espermatozoide y el óvulo llamada fecundación (del latín, fecundare: fertilizar).

El clásico manual de Langman sobre embriología, utilizado en las Facultades de Medicina para el aprendizaje del desarrollo humano inicial, explica de manera sencilla el proceso de la fecundación: “Una vez que el espermatozoide ingresa en el gameto femenino, los pronúcleos masculino y femenino entran en contacto estrecho y replican su DNA” (o ADN). Esa unión genera una nueva célula llamada cigoto.

Esa nueva célula posee una identidad genética propia, diferente a la de los que le transmitieron la vida, y la capacidad de regular su propio desarrollo, el cual, si no se interrumpe, irá alcanzando cada uno de los estadios evolutivos del ser vivo hasta su muerte natural.

Durante las horas que dura la fecundación, el ADN de ambos progenitores se funde para alcanzar la estructura y patrón propios del nuevo individuo, y a la vez, con la fecundación se pone en marcha el motor de desarrollo embrionario con el que se inicia una nueva vida”.

Ese nuevo ser vivo, ya un embrión, se divide después en dos células, cada una de ellas con una finalidad biológica definida; más tarde en tres, luego en cuatro y así sucesivamente hasta formar un organismo completo y estructurado.

El siglo pasado, el profesor de Genética Fundamental de la Universidad de la Sorbona que descubrió la anomalía cromosómica que produce el síndrome de Down, Jérôme Lejeune, ya señaló que todos los códigos de vida están inscritos en esa primera célula llamada cigoto.

La catedrática de Bioquímica de la Universidad de Navarra Natalia López Moratalla lo explica así: “La fecundación es un largo proceso de unas 12 horas que empieza con el reconocimiento específico y la activación mutua de los gametos paterno y materno, maduros, y en el medio adecuado. Desde la zona en la que el espermatozoide alcanza al óvulo se produce una liberación de iones calcio que se difunden como una onda hacia la zona opuesta.

La actual embriología molecular ofrece una imagen del embrión incompatible con la anticuada noción del embrión «amorfo», homogéneo, hecho de elementos iguales entre sí, escindible, del que incluso podrían separarse grupos casuales de células capaces de establecer en cualquier momento dos sistemas nuevos. El rigor científico impide hoy confundir un embrión con un conglomerado de células sin organizar.⁷⁰

Así como los expertos que describieron los argumentos científicos anteriormente detallados hay un grupo numeroso de científicos a lo largo y ancho del mundo que concuerdan con las mismas ideas y expresan sus posturas en sus propias palabras.

“El ser humano empieza a ser un ser humano a partir del momento en que el espermatozoide del hombre fecunda el óvulo de la mujer.” **Prof. Dr. E. Blechschmidt con doctorado superior en medicina, director del Instituto de Anatomía de la Universidad en Göttingen, Alemania**

“No cabe la menor duda de que el óvulo desde el momento de la fecundación, llamado embrión, es un individuo.” **Prof. Dr. B. Chazan con doctorado superior en medicina, especialista nacional en la rama de obstetricia y ginecología, Varsovia.**

“El respeto por la nueva vida desde el momento de la concepción y el reconocimiento del niño como participante en el diálogo es muy importante. Este diálogo se inicia a partir del momento de la concepción.” **Prof. Dr. P. G. Fedor-Freybergh con doctorado superior en medicina, psicólogo, Estocolmo.**

⁷⁰<https://es.aleteia.org/2013/01/03/cuando-empieza-una-vida-humana-segun-la-ciencia/>

“Desde el momento de la concepción existe un ser vivo. El niño por nacer es una persona.” **Prof. Dr. Med. A. Ingelman-Sunberg, director de la Clínica de Ginecología y Obstetricia en Estocolmo.**

“La vida del individuo empieza en el momento de la concepción, es decir la fecundación, y finaliza con la muerte.” **Prof. Dr. R. Klimek con doctorado superior en medicina, miembro del Colegio Real de Médicos de Londres.**

“Gracias a los extraordinarios avances tecnológicos nos hemos introducido en la vida privada del embrión. El hecho de que después de la fecundación se inicia una nueva vida humana, no es una cuestión de gusto u opinión. La naturaleza humana de este ser desde el momento de su concepción hasta su vejez no es una afirmación metafísica, con la que se puede disputar, pero si un hecho experimental común.” **Prof. Dr. Med. J. Lejeune, director de la Cátedra de Genética en la Universidad que lleva el nombre de R. Descartes en París.**

“La unión del óvulo con el espermatozoide, es decir, los gametos de la madre y del padre dan paso a una vida separada. Como resultado de la fecundación surge un nuevo ser formado por completo genéticamente, cuyo desarrollo tiene lugar a lo largo de la vida humana. Así pues el embrión, el feto, el recién nacido, el bebé, el niño, el adulto, el anciano definen las respectivas etapas biológicas de desarrollo de ese mismo ser humano.” **Dr. N. Med. A. Marcinek, director del Hospital de Obstetricia y Ginecología que lleva el nombre de R. Czerwiakowski en Cracovia.**

“Desde el punto de vista de la ciencia es correcto constatar que la vida humana por separado se inicia en el momento de la concepción.” **Prof. M. Matthews-Roth, Universidad de Harvard, USA.**

“La vida humana no empieza en el momento del nacimiento, pero si en el momento de la concepción.” **Prof. Dr. J. Roszkowski con doctorado superior en medicina, miembro cofundador del Colegio Internacional de Ginecólogos, miembro del Consejo Científico del Instituto de la Madre y el Niño.**

“En los conocimientos actuales no cabe la menor duda de que la vida del ser humano se inicia a consecuencia de dos células sexuales – gameto femenino y masculino – que dan paso a la célula cigoto, en ese preciso instante empieza a vivir con ritmo propio.” **Prof. Dr. M. Rybakowa con doctorado superior en medicina, Comité del Desarrollo del Ser Humano Departamento de Enseñanza Médica PAN Varsovia – Cracovia.**

“Tras la fecundación, es decir la unión del núcleo del óvulo con el núcleo del espermatozoide (lo que sucede en el oviducto, cerca de la salida del lado del ovario) nace una nueva vida que tendrá los genotipos de los padres, con calidad genética separada – de una nueva persona. El conjunto de sus genes en las células somáticas no experimentará ningún cambio más hasta el final de su vida.” **Prof. Dr. B. Suszka con doctorado superior, biólogo, trabajador científico PAN, Poznań.**

“El desarrollo de un ser humano empieza en el momento de la fusión de dos células – el gameto femenino, es decir el óvulo (ovocito), y el gameto

masculino – espermatozoide, en el acto de fecundación.” **Prof. Dr. M. Troszyński con doctorado superior en medicina, ginecología - obstetricia, Varsovia.**⁷¹

Está por demás señalar que estas posturas científicas con respecto al inicio de la vida afirman que un ser humano lo es a partir de la concepción por ende si habláramos de un aborto sea cual sea la razón que haya llevado a la gestante a recurrir a este procedimiento (aunque se trate de una violación sexual si nos centramos en la presente investigación), se trataría de un procedimiento que termine con esa vida humana que inicio en la concepción. Vale decir terminar con la vida de ese ser humano concebido.

Posturas de Carácter Social

Uno de los argumentos más comunes para los sectores que quieren la despenalización del aborto es hablar de la violencia sexual sufrida por mujeres en todo el país y lanzar cifras que en gran cantidad de veces son sacadas de la manga y sin mencionar las fuentes. Pero no nos centraremos en cuestionar dichas cifras puesto que nuestras mismas instituciones como el INEI, Ministerio Público, Poder Judicial y Ministerio de Salud no nos brindan tampoco datos exactos acerca de la cantidad de embarazos causados por violación sexual.

Lo primero que podríamos decir desde un punto de vista social es que el fin supremo del estado es proteger la vida y por ende a la víctima de violación como a la vida resultado de esta (puesto que tiene protección desde su concepción) a fin de minimizar el daño causado, ya que como lo

⁷¹Recompilado por: Dr. Krystyna Cygorijni, el 11 de junio de 2008.

mencionamos mucha atrás en este trabajo de investigación, causar un daño a un ser inocente no va a reparar el daño causado a otro ser.

Por otro lado, la violación sexual es un hecho sumamente traumático para la víctima. Eso es indudable. Pero un enfoque victimológico, también debe tener en cuenta a esa otra víctima inocente que es el concebido. A esa vida en gestación no se le puede despojar de su condición humana para, a continuación, tratarlo como un objeto desechable. Más aún si el aborto en sí no sólo no ayuda a la recuperación de la víctima de violación, sino que le añade el trauma de la práctica abortiva. Es decir, al trauma de la violación se le añaden dos males: la muerte de una vida inocente y el trauma del aborto.⁷²

Otro argumento muy usado principalmente por grupos feministas y progresistas es el del llamado enfoque de género que esta tan de moda hoy en día de lo cual el Dr. Sosa dice:

Asimismo, la comisionada sostiene que las altas cifras de mortalidad materna por prácticas abortivas clandestinas —cifras que son cuestionadas, desde sectores pro vida, por ser tendenciosas y carecer de rigor— constituyen un argumento en favor de la despenalización. Recurrentemente se sostiene las condiciones lamentables, indignas y dramáticas en que muchas mujeres se practican o consienten que les practiquen un aborto: con alambres, desarmadores, dejándose caer de las escaleras, etc.

Creemos que aquí hay un problema de enfoque. Se olvida a la víctima principal del delito de aborto: el concebido. Qué diríamos si se nos dice que

⁷²www.unife.edu.pe/facultad/derecho/doc/articulo_delito_aborto.doc

existe un grupo de sujetos que perpetra robos y homicidios con cuchillos viejos, oxidados y sin mango, lo que produce a los autores cortes en las manos. ¿Tendría el Estado la obligación de facilitar a estos sujetos cuchillos relucientes forjados en los mejores talleres y con empuñadura de plata? Ciertamente estamos ante el mismo desvalor de resultado. La afectación al bien jurídica vida humana no repara en esas circunstancias, salvo cuando el medio empleado (fuego o explosión) o la manera en que se ejecuta el delito (crueldad) incrementa el desvalor del injusto (artículo 108 CP).⁷³

2.2.10. Propuestas recientes

En nuestro país la propuesta para legalizar el aborto no es nueva ya anteriormente en dos ocasiones se trató sin éxito de plantear esta cuestión en el congreso.

PRIMERA PROPUESTA

El año 2009 se planteó a nivel del Congreso de la República una propuesta para despenalizar el autoaborto y el aborto consentido así, de manera libre, sin indicación o plazo de ningún tipo presentada por la Dra. Rosa Mavila a la Comisión Especial Revisora del Código Penal del Congreso de la República. Posteriormente la legisladora comisionada modificó su propuesta inicial con relación al delito de autoaborto previsto en el artículo 114 del Código Penal vigente, proponiendo esta vez despenalizar este ilícito cuando se produzca “antes de las 12 semanas de gestación, cuando se produzcan circunstancias derivadas de precariedad económica, de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción, factores de edad, sociales o familiares”.

⁷³www.unife.edu.pe/facultad/derecho/doc/articulo_delito_aborto.doc

A la semana siguiente, en que se iba a debatir y votar uno de los delitos que genera más polémica en nuestro texto punitivo, nuevamente se presentó la propuesta mencionada con ciertas modificaciones a los artículos 119º y 120º, donde se regula el aborto terapéutico, el eugenésico, el aborto por violación y otros.

Al respecto medios de comunicación tan importantes como la BBC de se hicieron eco de este proyecto puesto que para nuestro país sería una “novedad”, a través de su página web ellos informaron en una nota del 21/10/2009:

Este borrador -que pide eximir de penas a esta práctica en caso de malformaciones genéticas, incesto o violación- ya había sido presentado al parlamento la semana pasada, pero debió ser discutido nuevamente este martes por la comisión redactora a pedido del ministro de Defensa, Rafael Rey.

El funcionario amenaza con renunciar si se aprueba el proyecto, en lo que es un botón de muestra más del encendido debate que provoca el aborto en este país, mayoritariamente católico, donde sólo está despenalizado el aborto cuando la madre corre peligro de muerte.

Los apasionados argumentos a favor y en contra de una ampliación de esta norma se pudieron escuchar de parte de los dos grupos de manifestantes - fundamentalmente mujeres- que acompañaron la decisión de la comisión frente a la sede del congreso. Unas portaban pancartas que rezaban "voto a favor, aborto legal para no morir", y otras, rosarios e imágenes de fetos abortados mediante distintos procedimientos.

Mientras a un lado de la calle unas reclamaban a gritos el derecho a decidir sobre sus propios cuerpos, desde la acera de enfrente clamaban "no al aborto, sí a la vida", y entonaban plegarias. La policía separó con gas pimienta a las más enardecidas.

Más de la mitad de los peruanos se oponen al aborto, que denuncian como "asesinato de inocentes".

Tras breves cavilaciones, la comisión parlamentaria que elaboró el proyecto de ley resolvió presentarlo sin más al presidente del congreso, a quien toca decidir si se someterá directamente a votación de la asamblea, o si primero se estudiará en la Comisión de Justicia.

En declaraciones a la prensa, Carlos Torres Caro, quien supervisó la redacción del documento, dijo que el pueblo "debe hacerse oír" en este debate "tan cargado desde el punto de vista emocional".

El proyecto busca que el Código Penal exima de penas a la mujer y los profesionales que aborten en caso que el embarazo sea fruto de violación o incesto, corra riesgo la salud de la madre o el feto sufra una malformación genética.

Supone una ampliación de la ley vigente, que data de 1924 y despenaliza solamente el aborto terapéutico. Hoy por hoy el aborto eugenésico se castiga con tres meses de cárcel.

Quienes piden la despenalización reclaman que la mujer tenga "derecho sobre su propio cuerpo".

El cardenal peruano Juan Luis Cipriani ha calificado el proyecto como propuesta de legalizar la "pena de muerte de los inocentes". Respaldo por el ministro de Defensa y el de Justicia, el prelado y otros obispos han afirmado que el aborto no debería validarse en ningún caso.

De acuerdo a una encuesta de Ipsos Apoyo publicada el domingo, más de la mitad de los 29 millones de peruanos estarían de acuerdo con esta postura.

Desde el otro bando, los grupos de defensa de los derechos de las mujeres sostienen que cada año se practican unos 370.000 abortos clandestinos en el país, lo que pone en riesgo la salud de las madres. Según el corresponsal de la BBC en Lima, Dan Collyns, Cipriani ha puesto estas cifras en duda. Lo que no se discute es que un eventual debate en el parlamento ya está provocando fuertes controversias.⁷⁴

Cabe resaltar que en la actualidad el aborto eugenésico en nuestro país es no punible para quienes lo practiquen. Pero los intentos por despenalizar el aborto no terminarían ahí; en 2014 se presentaría otro proyecto de ley al congreso para ser debatido.

SEGUNDA PROPUESTA

El 26 de setiembre de 2014, ingresa al Congreso peruano, con 64 261 firmas válidas, la iniciativa ciudadana para despenalizar el aborto en casos de violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentida. El 7 de octubre, el proyecto de ley es designado a las comisiones de Justicia y Derechos Humanos, y Constitución y Reglamento del Congreso.

⁷⁴https://www.bbc.com/mundo/internacional/2009/10/091021_1030_peru_aborto_med

El 4 de noviembre de 2014, la comisión de constitución del Congreso debate la despenalización del aborto por violación. El 26 de mayo de 2015, la comisión de justicia del Congreso decidió archivar con 4 votos a favor, 1 en contra y 2 abstenciones.⁷⁵

Este proyecto archivado fue el Nro 3839-2014-IC mediante el cual también se pretendió despenalizar el aborto en casos de violación sexual además de otros motivos, los argumentos que propusieron para obtener ello fueron según la organización Alianza Para la Solidaridad los siguientes:

Despenalizar el aborto es dejar de considerar delito la interrupción de un embarazo cuando se realiza por libre decisión de la mujer y, por ende, dejar de perseguir penal o judicialmente a mujeres y/o a profesionales que realizan el procedimiento. Significa respetar la decisión de las mujeres respecto a la maternidad, sin considerar la maternidad una obligación, y dejar de impulsar a más mujeres a prácticas clandestinas de aborto en condiciones inseguras que ponen en riesgo su integridad, su salud y su vida.

En América Latina y el Caribe (ALyC) se producen alrededor de 4.4 millones de abortos, de los cuales el 95% son inseguros y muchas mujeres se auto inducen el aborto o acuden a proveedores que aplican técnicas inseguras o que no están adecuadamente capacitados. En los países de ALyC el aborto está penalizado en la mayoría de casos y en siete países de la región está totalmente prohibido (Instituto Guttmacher, 2008).

En el caso de Perú, el 8,4% de mujeres alguna vez unidas refiere haber sufrido violencia sexual. Si bien se reconocen subregistros, según cifras del

⁷⁵https://es.wikipedia.org/wiki/Aborto_en_el_Per%C3%BA

Ministerio Público (2013) en promedio se registran 49 denuncias diarias de violación sexual. Más del 90% de las víctimas de delitos contra la libertad sexual son mujeres y las edades más vulnerables en casos de violación sexual están entre 14 y 17 años de edad (PNCVHM 2009-2015). A estos datos se suman que 90 de cada 100 embarazos de niñas son consecuencia de actos incestuosos, y 34 de cada 100 adolescentes embarazadas como consecuencia de una violación sexual, se suicidaron.

El hecho que el Estado, a través de la legislación, obligue a una mujer a continuar con un embarazo producto de una violación sexual implica que se continúe la violencia sobre dicha mujer, esta vez a cargo del Estado.

Es necesario que los gobiernos implementen medidas efectivas para evitar que más mujeres sigan sufriendo las consecuencias de la penalización del aborto y entiendan que la penalización no reduce el número de abortos, lo que logra es el aumento de abortos clandestinos e inseguros con alta morbilidad y mortalidad materna y, que la maternidad no es un destino obligatorio para las mujeres. En 2013 los países de ALyC suscribieron el Consenso de Montevideo en el que se comprometieron a tomar medidas para prevenir y evitar el aborto inseguro.

Alianza por la Solidaridad viene apoyando la lucha de las organizaciones feministas y de derechos humanos por la despenalización del aborto. Les invitamos a visitar el blog de la Campaña Déjala Decidir donde podrán encontrar artículos y notas sobre las acciones de las organizaciones y sus argumentos por el derecho de las mujeres a decidir sobre sus cuerpos.⁷⁶

⁷⁶<https://www.alianzaporlasolidaridad.org/reflexiones/peru-debate-la-despenalizacion-del-aborto-en-caso-de-violacion>

TERCERA PROPUESTA

Finalmente, en 2016 se presentó otro proyecto de ley que pretende despenalizar el aborto en casos de violación sexual. En esta ocasión se trataría del proyecto de ley N° 387-2016 CR que finalmente tampoco fue aprobada. Al respecto el portal web IUS 360 informo:

El 12 de diciembre del 2016, se presenta el proyecto de ley N° 387-2016, “Ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas y malformaciones incompatibles con la vida”, a iniciativa de las congresistas Indira Huilca y Marisa Glave, que actualmente se encuentra en la Comisión de Constitución y Reglamento, así como en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

Lo cierto es que la normativa actual del aborto es cuestionable y anticuada, al diferenciar al aborto cometido producto de una violación fuera del matrimonio del que se dio dentro de este, así como mantiene la afectación de la salud mental de las personas que llevan un embarazo forzado producto de la violación mediante una sanción simbólica.

Las consecuencias psicosociales que presenta una víctima suelen variar dependiendo al contexto en el cual viven. Según Fernández, en algunos casos, las víctimas pueden ver su proyecto de vida interrumpido o vacío, así como su relación con los demás, situación que se agrava cuando se tratan de menores, sobre todo las víctimas de incesto, las cuales no encuentran a quién contar lo que viven con el temor a las represalias de parte de su familia. En

el Perú, el INEI señala que en el 2017, 4 menores de 15 años quedan embarazadas al día, cifra que cubre los casos de violación no denunciados. Esa cifra también se debe a la falta de garantía de los derechos sexuales y reproductivos como la educación sexual integral o el acceso a métodos anticonceptivos.

Viendo el panorama actual, el proyecto de ley N° 387-2016 busca despenalizar el aborto sin diferenciar entre la condición de casada que tenga la víctima, así como salvaguardar su integridad y autonomía al ser, finalmente, su decisión la de continuar o no con el embarazo, más ello no significa que sea la única medida que se deba tomar en materia de derechos sexuales y reproductivos.⁷⁷

Argumentos por los cuales estos proyectos fueron rechazados

Los argumentos desprendidos en los dictámenes del congreso siempre fueron fuertemente influenciados por los del Dr. Ore Sosa que en 2009 a raíz de la presentación del primer proyecto de ley que pretendía despenalizar el aborto escribió un artículo detallado en el cual posiciona su visión de respaldo a la vida y el no apoyo a la legalización de esta práctica.

Al respecto, Oré Sosa (2010)⁷⁸ presentó un detallado documento en el que refutaba la mayoría de los fundamentos del proyecto de la Dra. Mavila, señalando que:

“Tengo la firme convicción de que en la defensa de la vida del concebido nos asiste la razón, e intentaré explicar por qué. Hay quienes tienen la firme

⁷⁷<http://ius360.com/columnas/el-aborto-en-el-peru-un-alcance-internacional-en-materia-de-derechos-sexuales-y-reproductivos/>

⁷⁸Oré Sosa, Eduardo (2010) El delito de aborto. Lima. PUCP.

convicción de lo contrario, esto es, de que el aborto es un derecho de la mujer. Entre ambos se ubican los que establecen matices. Sin embargo, con la muerte no hay vuelta atrás. Cuando se siega una vida humana, mediante el aborto, se lo hace para siempre. Es por tanto un deber fundamentar por qué se tiene una postura u otra”.

En lo que va esta tesis ya ha tomado detalles del artículo que escribió este autor aun así mencionaremos otros que también son relevantes como son los sistemas de plazos por ende continuación resumimos los argumentos de Oré Sosa (2010):

Sistema de plazos

Cabe mencionar que se vio que la propuesta inicial para despenalizar el delito de aborto sería rechazada de plano, planteó una propuesta modificatoria en la que introdujo un sistema de plazos acompañado de una indicación social: “La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique la interrupción del embarazo antes de las 12 semanas de gestación, cuando se produzcan circunstancias derivadas de precariedad económica, de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción, factores de edad, sociales o familiares, **no será imputable penalmente**”.

Para empezar, aquí no está en cuestión la imputabilidad de la madre gestante, al menos si la entendemos como capacidad de culpabilidad. Estaríamos, más bien, ante un supuesto de exención de pena o exclusión de punibilidad. Sobre la indicación social, nos atenemos a lo señalado en el acápite anterior. A lo que agregamos la preocupación de que todo esto tiene un tufillo a políticas de planificación. Y creo que podemos convenir en que el aborto no puede

ser considerado, en un Estado de Derecho, como un método de planificación que atienda a las necesidades o preocupaciones demográficas del país.

No obstante, es el sistema de plazos generalmente fijado en tres meses, en los países que han optado por este sistema el que, al parecer, genera algunos entusiasmos. Se suele mencionar en estos casos la autodeterminación (Eser)⁷⁹ o libre elección (Castillo Alva: 2008) de la mujer para practicarse un aborto dentro de ese plazo, pero el fundamento principal de este sistema se hace radicar en la falta de actividad cerebral del embrión. Desde luego, este no es un buen argumento para desconocer el derecho a la vida del concebido, más aún si tenemos en cuenta lo previsto por nuestro ordenamiento jurídico y las sentencias que decididamente señalan desde cuándo se protege la vida, tal como lo establece la STC 02005-2009-AA/TC de 16 de octubre de 2009, en especial, el fundamento 53:

“Teniendo en cuenta, por un lado, que la concepción se produce durante el proceso de fecundación, cuando un nuevo ser se crea a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos materno y paterno, proceso que se desarrolla antes de la implantación; y, por otro, que existen dudas razonables respecto a la forma y entidad en que la denominada “Píldora del día siguiente” afecta al endometrio y por ende el proceso de implantación; se debe declarar que el derecho a la vida del concebido se ve afectado por acción del citado producto”.

79 ESER, Albin. Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado. En: *Temas de Derecho penal y procesal penal*. Lima, Idemsa, 1998, p. 90.

Más allá de ello, el argumento no es válido, pues lo que se hace es trasladar indebidamente el razonamiento empleado para determinar el fin de la vida (cese de la actividad cerebral) al comienzo de ella”.

Como dice Cerezo Mir (2006: 772)⁸⁰:

“El argumento es falaz. El momento de la muerte viene determinado por el *cese irreversible* de la actividad cerebral. En el embrión, antes de transcurrir los tres primeros meses del embarazo, el encefalograma es plano, pero estamos ante un ser humano en desarrollo, y sólo es cuestión de días o semanas el que se registre en su cerebro una actividad. No puede afirmarse que el embrión sea una “cosa”, o un mero coágulo de sangre”.

En el sistema de plazos, como señala Hirsch (2005: 251)⁸¹ no se puede negar que “se puede matar el feto sin un motivo determinante, y que con ello una generación se atreve a decidir sobre la vida o la muerte de la siguiente encarnada en el feto”.

En cualquier caso, resulta de aplicación los principios *pro homine* y *pro debilis*, como indica la STC 02005-2009-AA/TC (2009)⁸², en sus fundamentos 33 y 34, pues así se garantizaría “de la manera más efectiva y extensa posible” el derecho a la vida del concebido, quien es, a no dudar, “aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra”.

80 CERZO MIR, José. La regulación del aborto en el Proyecto de nuevo Código penal español. En: *Obras completas. Otros Estudios. Vol. II*. Lima, Ara Editores, 2006, p. 772.

81 HIRSCH, Hans Joachim. La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana. En: *Derecho Penal. Obras completas. Libro Homenaje*. T. I. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 250-251.

82 STC 02005-2009-AA/TC de 16 de octubre de 2009, fundamentos 33 y 34.

Asimismo, en los argumentos del pre dictamen de la Comisión de Justicia de Derechos Humanos que serían en síntesis los mismos argumentos con los que anteriormente en 2009 y posteriormente en 2016 serían rechazados estos proyectos de ley serían a través de un detallado análisis los siguientes:

En el Proyecto de Ley 3839/2014-IC se propone la despenalización del aborto para casos de embarazos producidos por violación sexual o por inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas. En razón de la presente propuesta, se plantea la derogación del inciso 1 del artículo 120 del Código Penal y brindar el acceso a servicios integrales para las víctimas de violación sexual, así como la obligación del Ministerio de Salud para adoptar un protocolo para la atención de los casos de abortos despenalizados con el objeto de garantizar igualdad en los estándares de atención de calidad.

En relación con lo propuesto en el proyecto de ley en estudio, la Comisión decide por su no aprobación en base a tres razones. La primera se refiere a la protección del derecho a la vida del concebido. La segunda a que el proyecto tiene iniciativa de gasto y, la tercera, por una razón procedimental, al haberse debatido en la aprobación del dictamen del Nuevo Código Penal.

Optimización de los derechos del concebido y de la mujer frente a la despenalización del aborto para casos de embarazos producidos por violación sexual o por inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas.

Con la despenalización del aborto para casos de embarazos producidos por violación sexual o por inseminación artificial o transferencia de óvulos no

consentidas, el proyecto de ley en estudio plantea el aparente conflicto entre el derecho a la vida del concebido y, como se indica en la proposición legal, de los derechos de la mujer a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación y a la salud.

Al respecto, la Comisión considera que no existe tal conflicto entre derechos fundamentales, sino que frente a los embarazos producidos por violación sexual o por inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas, el Estado, antes de aprobar el aborto frente a esos casos como solución violatoria del derecho a la vida del concebido, debe responder por una alternativa que optimice tanto los derechos aquellos y de la mujer sin que ello represente vulneración de derecho alguno.

El derecho internacional protege el derecho a la vida humana independiente y del concebido. En ese sentido, el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconoce que todo individuo tiene derecho a la vida. En términos similares, el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra que todo ser humano tiene derecho a la vida. Asimismo, el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que el derecho a la vida es inherente a la persona humana y este derecho estará protegido por la ley. Y, más precisamente, el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, el cual estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.

El derecho nacional peruano también protege la vida humana independiente y del concebido. Así, el artículo 1.2 de la Constitución Política del Perú

reconoce que toda persona tiene derecho a la vida y que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. Por su parte, el artículo 1 del Código Civil establece que la vida humana comienza con la concepción y que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. Más específicamente y con un nivel mayor de protección, el artículo I del Código de los Niños y Adolescentes consagra que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y que el Estado protege al concebido para todo lo que le favorece.

En relación con el inicio de la concepción, el Tribunal Constitucional ha establecido que la concepción comienza con la fecundación, esto es, cuando se produce la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser.

Respecto al derecho a la vida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha [Página 7 de 17](#) Versión V actualizada al 22 de mayo de 2015 establecido que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención Americana, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción.

Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna.

Por otro lado, en relación con los derechos de la mujer que se verían afectados por hacer proseguir con el embarazo a una mujer, víctima de violación sexual o de inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentida, las proponentes indican que serían las siguientes:

Derecho a la dignidad

“[...] bajo este principio del derecho a la dignidad, “el Estado no solo actuará respetando la autonomía del individuo y los derechos fundamentales como límites para su intervención- obligaciones de no hacer-, sino que deberá proporcionar, a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida-obligaciones de hacer”.

La dignidad humana al ser un derecho y un principio fundamental, conforme nuestro ordenamiento jurídico nacional, deviene en un límite a la potestad de configuración el legislador, aún en materia de derecho penal. En ese sentido, el legislador en materia penal no puede omitir que la mujer es un ser humano plenamente digno y, por lo tanto, debe tratársele como tal, en lugar de considerarla y tenerla como un instrumento de reproducción de la raza humana, o de obligarle a continuar con un embarazo producto de un acto delictual tan grave como es la violación sexual.

Respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que a garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o infringirle sufrimientos morales deliberados.”

Derecho al libre desarrollo de la personalidad

“[...] cada mujer en forma autónoma debe decidir si elige o no la maternidad como parte de su “opción de vida”. De ahí que la penalización del aborto por violación signifique la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad y otros derechos fundamentales. El Estado no debería, mediante una sanción penal, obligar a las mujeres a continuar un embarazo no deseado que es consecuencia de una violación sexual.”

Derecho a la igualdad y no discriminación

“La penalización del aborto constituye una discriminación contra la mujer, pues ninguna otra circunstancia requiere que las personas provean el recurso de sus cuerpos sin querer hacerlo, para el sustento de otro – como sucedería, por ejemplo, con los y las donantes de órganos, de médula espinal, o de sangre – y la obligatoriedad legal de hacerlo es condenada como una violación de derechos humanos. Este hecho solo se da respecto a las mujeres frente a su embarazo, pues ni siquiera los padres están obligados a proveer a sus hijos nacidos de transfusiones de sangre o de médula espinal, pese a que de ello dependa su vida.

La razón está directamente vinculada a que se asume la “maternidad” como un elemento fundamente (sic) de la identidad femenina, la que determinaría que las mujeres tienen una natural inclinación hacia ella y que ésta es el resultado de su particular o especial condición biológica, ello aun cuando el embarazo es producto de un hecho tan violento como es la violación sexual.

La mujer ante un embarazo que no desea, prioriza sus derechos y por lo tanto no responde a este patrón, no sólo es sancionada socialmente llamándola “desnaturalizada” sino también jurídicamente penalizando su conducta.”

Derecho a la salud

“El derecho a la salud como derecho constitucional constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las mujeres aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional.

El daño a la salud mental por un embarazo forzado se ha estudiado a través de casos que han tenido repercusión en la sociedad.

[...] el embarazo forzado producto de la penalización del aborto por violación se convierte en un nuevo hecho de violencia sexual, esta vez ejercida ya no por el perpetrador sino por el Estado quien no sólo la desprotege frente al primer hecho, sino que desconociendo el sufrimiento y dolor psíquico de orden traumático de la víctima, le impone la continuación de un embarazo que significa la actualización permanente del hecho violento a través del hijo/a, sumando a este la culpa y el estigma social que recae en

la madre y el hijo/a producto de esta violencia, vistos como los que altera el orden de la comunidad y de sus ideales.

El embarazo forzado que fue producto de una violación sexual tiene un impacto negativo en las mujeres, ya que las obliga a convivir con la prueba directa de que han sido violentadas sexualmente, lo que a su vez las hace más vulnerables frente al entorno que estigmatiza a las mujeres que han sido abusadas. Además, las lleva a un sufrimiento y dolor psíquicos mucho mayor, afectando aún más la autopercepción que tienen de sí mismas, así como sus vínculos con los demás. Es por ello, que la maternidad no deseada trae como consecuencia un mayor impacto negativo al proyecto de vida entendiendo ésta como un grave impedimento para construir un sentido de vida expresado en deseos, sueños y razones para existir. Asimismo, atenta contra la libertad de conciencia, garantizada constitucionalmente.

Podemos señalar que si la salud mental es el estado de bienestar producto del buen funcionamiento físico, emocional y social, en donde la autonomía y el proyecto de vida son elementos claves para alcanzar esta (sic) estado de bienestar; la imposición de la continuación del embarazo viene a ser un hecho de grave afectación de orden real y simbólico que se inserta en la serie de violencias que somete y vulnera la autonomía personal, sexual y en este último caso reproductiva, de las mujeres víctimas por parte del Estado, quien con este acto simbólicamente legitima la violación sexual ejercida.”

Los argumentos de las proponentes de la iniciativa ciudadana encierran la apariencia de que los derechos a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación y a la salud se verían vulnerados con la sanción del aborto de un embarazo producto de una

violación sexual o de la inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas.

Dicha apariencia se produce por el hecho de que el ordenamiento jurídico del Estado peruano garantiza tanto los derechos a la vida del concebido y los derechos de las mujeres.

En el caso de la protección del derecho a la vida del concebido, el Perú previene y sanciona el aborto en el Capítulo II (Aborto), del Título I (Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud), del Libro Segundo (Parte Especial - Delitos) del Código Penal con la finalidad de proteger el derecho a la vida del concebido. En ese sentido, se tipifican como delitos de aborto las siguientes conductas: Artículo 114. Autoaborto, Artículo 115. Aborto consentido, Artículo 116. Aborto sin consentimiento, Artículo 117. Agravación de la pena por la calidad del sujeto, Artículo 118. Aborto preterintencional, Artículo 120. Aborto sentimental y eugenésico.

El único caso en el que el aborto se ha despenalizado, es en el caso del aborto terapéutico que, de acuerdo con el artículo 119 del Código Penal, no es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

Además del vasto reconocimiento del derecho a la vida del concebido tanto en el derecho nacional como en el derecho internacional, la legislación penal, acaso la especialidad del derecho más severo, reprime las conductas

que arbitrariamente vulneran el derecho a la vida del concebido mediante el aborto.

En el caso de las mujeres víctimas de violación sexual y de inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas, del mismo modo, el Derecho Penal peruano reprime dichas conductas con sanciones severas como se indica en los Artículos del 170 al 175.

En ese sentido, no es acertada la afirmación realizada en el proyecto de ley objeto de estudio cuando se refiere a la presunta vulneración del derecho a la salud en el que se afirma que “el embarazo forzado producto de la penalización del aborto por violación se convierte en un nuevo hecho de violencia sexual, esta vez ejercida ya no por el perpetrador sino por el Estado quien no sólo la desprotege frente al primer hecho” (Resaltado agregado). Esta afirmación no es compartida por la Comisión puesto que carece de todo sustento que el Estado desproteja a las personas respecto a la perpetración del delito de violación sexual. La obligación estatal de garantizar los derechos humanos implica, entre otros, que los Estados organicen el aparato gubernamental y establezcan un sistema normativo que prevenga la afectación de los derechos. El Estado peruano cuenta con una organización gubernamental, legislativa y orgánica, que le permite prevenir razonablemente la comisión de delitos sexuales. No puede atribuirse al Estado peruano la responsabilidad de la comisión de delitos de violación sexual que no ha tenido oportunidad de evitar. No debe perderse de vista que el comportamiento humano es imprevisible y que el Estado no puede ser responsable de toda afectación de derechos si no ha estado en la posibilidad

real de evitarla con sus propios medios, que juzgados en el caso concreto, debían utilizarse.

Realizada la acotación del párrafo anterior, la Comisión decide no aprobar el proyecto de ley bajo estudio optimizando el derecho a la vida del concebido y los derechos de las mujeres, considerando que, por regla general, todos los derechos humanos tienen la misma jerarquía y generan las consecuentes obligaciones estatales de respeto y de garantía. En ese sentido, en aplicación de los principios pro personae y pro debilis, el derecho a la vida del concebido no puede ser sacrificado bajo el argumento de la protección de los derechos de la mujer a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación y a la salud, puesto que en el reconocimiento de esos derechos no se prevé tal circunstancia.

El principio pro personae implica que debe optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma iusfundamental que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos y, de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de los que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinaria³. La proposición de la despenalización del aborto por causa de un embarazo producido por violación sexual o por inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas implica la restricción absoluta del derecho a la vida del concebido para proteger los derechos de la mujer víctima. Por ello, debe rechazarse la propuesta legislativa porque no representa una norma iusfundamental que garantice

de la manera más efectiva y extensa posible los derechos de las mujeres víctimas, puesto que no elimina los daños generados por la violación sexual o por la inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas. Del mismo modo, la propuesta no puede ser aprobada en razón a que la única medida planteada en el proyecto de ley para restringir el derecho a la vida del concebido, es el aborto como medida que suprime en términos irreversibles y absolutos dicho derecho.

Del mismo modo, la iniciativa ciudadana debe ser rechazada por la aplicación del principio pro debilis, el cual supone que ante situaciones de derechos fundamentales en conflicto, debe tenerse especial consideración con aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra⁴. En el caso de la propuesta de ley, la parte más débil definitivamente es el concebido respecto de la mujer que lo ha concebido por razones ajenas a la voluntad de ambos. Esta posición se refuerza por la aplicación del artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagra que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. En concordancia con esta obligación internacional, el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que los Estados reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño. Motivo por el cual, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos

como institución integrante del Estado peruano debe garantizar el derecho a la vida del concebido antes de aprobar su injusto sacrificio.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, no puede perderse de vista el principio mediante el cual los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, previsto en el artículo 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El ordenamiento jurídico peruano reconoce al concebido la calidad de niño o niña, y por tanto, la calidad de persona, por lo que los derechos de las mujeres víctimas de las agresiones antes señaladas, no pueden rebasarlos arbitrariamente.

Por lo tanto, el derecho a la vida del concebido se verá optimizado permitiéndole nacer y los derechos de las mujeres embarazadas producto de una violación sexual o de una inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentida, serán optimizados mediante el acompañamiento médico profesional especializado durante el embarazo para disminuir los efectos de tales agresiones, para después de concluido el embarazo, tenga la posibilidad de dar en adopción al niño o niña nacido, si así considera que se reducirán los efectos perniciosos del origen de su embarazo.

Las medidas propuestas para optimizar los derechos humanos de las mujeres deberían procurarse por el Estado mediante la actuación de sus instituciones especializadas como el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y mediante la asignación del pliego presupuestal correspondiente a cargo del Poder Ejecutivo, límite infranqueable que encuentra esta Comisión para aprobarla en un texto sustitutorio en aplicación del artículo 79 de la Constitución Política.

Lo propuesto encuentra asidero en el contenido iusfundamental de los derechos humanos de las mujeres. Así, el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer establece: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia; 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

CONCLUSIÓN DEL PREDICTAMEN

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo establecido en el inciso c) del cuarto párrafo del artículo 70 del Reglamento del Congreso de la República, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recomienda por [...] la NO APROBACIÓN del Proyecto de Ley

3839/2014-IC y su envío al archivo.

2.3. DEFINICION DE TÉRMINOS BÁSICOS

1. Aborto bioquímico es aquel en el que se objetiva producción de hormona del embarazo (B-HCG) sin formarse saco gestacional.
2. Aborto clínico cuando se pierde la gestación tras haberse objetivado ecográficamente la implantación del embrión y la formación del saco gestacional.

3. Aborto despenalizado: Es el aborto que se realiza bajo un régimen legal que ha eliminado su carácter punible en circunstancias determinadas.
4. Aborto diferido cuando sin sangrado se objetiva una ausencia de latido cardiaco.
5. Aborto en curso cuando hay dilatación del cérvix uterino y contracciones.
6. Aborto espontáneo cuando la pérdida de la gestación acontece sin ninguna actuación médica.
7. Aborto espontáneo: Es el aborto que ocurre de manera natural, sin mediar la intención de hacerlo.
8. Aborto eugenésico: Es el aborto inducido con la intención de evitar el nacimiento de un niño portador de una anomalía fetal incompatible con la vida post-natal, o de un niño severamente malformado. Estos casos se definen equívocamente como “aborto por feto inviable”.
9. Aborto ilegal: Es el aborto realizado en contra de las leyes del país donde se practica.
10. Aborto incompleto supone expulsión parcial de la gestación. Aborto completo cuando se expulsa totalmente el producto de la concepción.
11. Aborto indirecto: Se refiere al aborto que ocurre como consecuencia de una intervención cuyo fin es tratar una patología materna aunque la pérdida fetal, sin ser buscada, se hubiere previsto.
12. Aborto inseguro o peligroso: La OMS lo define como el aborto llevado a cabo por personas que carecen de las habilidades necesarias, o en un ambiente que no cumple con mínimos estándares médicos.

13. Aborto legal: Es el aborto inducido cuando se realiza en un país cuyo régimen legal lo permite.
14. Aborto libre o a demanda: Es el aborto que se realiza bajo un régimen legal que lo permite por la sola petición de la mujer, sin que concurren circunstancias o condiciones especiales que lo autoricen.
15. Aborto por incesto: Es el aborto inducido cuando el embarazo se ha originado como consecuencia de relaciones sexuales abusivas entre parientes.
16. Aborto por violación: Es el aborto inducido cuando el embarazo se ha originado como consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación, independientemente de la edad de la mujer.
17. Aborto provocado o inducido: Es la interrupción deliberada del embarazo con feto no viable como resultado de intervenciones físicas, instrumentales o medicamentosas. Las intervenciones pueden ser realizadas por la propia embarazada o por otra persona.
18. Aborto terapéutico cuando se interrumpe la gestación por algún problema fetal o materno.
19. Aborto terapéutico: Es el aborto inducido con la intención de proteger la salud o la vida de la embarazada cuando éstas se encuentran en grave riesgo.
20. Aborto: La Organización Mundial de la Salud define el aborto como la interrupción del embarazo cuando el embrión o feto todavía no es viable fuera del vientre materno. Aborto en sentido jurídico es toda maniobra destinada a interrumpir el embarazo impidiendo que llegue al término natural, con destrucción o muerte del producto.

21. Amenaza de aborto supone un sangrado de cavidad uterina en paciente embarazada.
22. Embarazo ectópico: Es el embarazo en el cual el embrión se implanta fuera de la cavidad uterina, usualmente en la trompa de Falopio. Es una condición de riesgo de vida para la madre si no se detecta y se trata oportunamente. Sinónimos: embarazo tubario y embarazo extra-uterino.
23. Embarazo: Es la condición de la mujer que se extiende entre la implantación del blastocisto en el endometrio y el parto. Sin embargo, la edad gestacional del feto se determina a contar del primer día de la última regla.
24. Embrión humano: Es el producto de la concepción en su fase inicial de desarrollo, desde la etapa de cigoto hasta las 8 semanas después de la fecundación.
25. Feto humano: Es el producto de la concepción en desarrollo, desde las 8 semanas después de la fecundación hasta el momento del parto en que se convierte en un recién nacido.
26. Interrupción del embarazo: Es la intervención instrumental y/o medicamentosa para poner fin a un embarazo. La consecuencia de dicha intervención es el aborto si es antes de la viabilidad fetal, o la inducción de un parto prematuro si se realiza después.
27. Nasciturus: Término jurídico que designa al ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento, esto es antes de su separación completa de la madre.
28. Objeción de conciencia: Consiste en la oposición de una persona a un imperativo legal o de una autoridad, basada en sus propios principios morales. Se aplica por

lo tanto de manera personal para actos específicos, con el debido fundamento previamente expresado.

29. Viabilidad fetal: Es la edad gestacional a partir de la cual es posible la vida extrauterina. La OMS define este límite en las 20 semanas de edad gestacional (18 semanas después de la fecundación), o en más de 400 grs. si la edad gestacional es desconocida. Sin embargo, el límite de viabilidad depende del progreso médico y tecnológico, estando actualmente en torno a las 23 semanas de gestación o en 500 gr. de peso al nacer.

2.4. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

2.4.1. Hipótesis General

No existe legislación nacional para el reconocimiento del derecho al Aborto como derecho fundamental de las mujeres en casos de Violación Sexual porque el aborto en nuestra legislación es todo lo contrario a un derecho, más bien es un delito.

2.4.2. Hipótesis Específicas

1. Existen dispositivos internacionales de protección al derecho al aborto en caso de violación sexual.
2. Nuestro país no tiene la obligación de despenalizar el aborto por que las recomendaciones de la ONU pueden ser tomadas en cuenta pero no son de cumplimiento obligatorio
3. En nuestro país el aborto no puede ser considerado como un derecho humano porque está contemplado el derecho a la vida desde la concepción del ser humano.

2.5. IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES

2.5.1. Variable independiente

Aborto Como Delito en casos de Violación Sexual

2.5.2. Variable dependiente

Establecer el inicio de la vida humana y de sus derechos

2.6. DEFINICIÓN OPERACIONAL DE VARIABLES E INDICADORES

2.6.1. Definición conceptual

a) Violación Sexual: La violación es un delito que se basa en una agresión de tipo sexual que se produce cuando una persona tiene acceso sexual hacia otra, mediante el empleo de violencias físicas o psicológicas o mediante el uso de mecanismos que anulen el consentimiento de los ofendidos. También se habla de violación cuando la víctima no puede dar su consentimiento, como en los casos de incapaces mentales, menores de edad, o personas que se encuentran en estado de inconsciencia.

b) Establecer el Inicio de la vida humana y de sus derechos: Despenalizar el aborto en nuestra legislación y a raíz del análisis hecho en este trabajo de investigación significaría vulnerar el derecho a la vida del concebido que como hemos podido apreciar este se da desde la concepción, además de ello tratados internacionales como La convención Interamericana de derechos Humanos al que el Perú esta adherido reconocen el mismo derecho del concebido así como los más recientes avances en genética. Por otra parte, con respecto a lo que dice la ONU, son recomendaciones

que nuestro país teniendo en cuenta nuestra soberanía puede o no puede aceptar.

2.6.2. Definición operacional

- a) **Violación Sexual:** Una violación se define como un acto sexual forzado con una persona en contra de su voluntad. Puede involucrar fuerza física o amenaza de fuerza. También puede darse contra alguien que es incapaz de dar consentimiento. La relación sexual puede ser vaginal, anal u oral. Puede involucrar el uso de una parte del cuerpo o un objeto.

- b) **Establecer el Inicio de la vida humana y de sus derechos:** Determinar que la vida inicia con la concepción y que se da origen a un ser único e irrepetible, por ende con derechos humanos incluidos el de la vida desde su concepción.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. Tipo de Investigación

Entre los métodos empíricos se utilizaron el método de la observación y el método estadístico; y, entre los métodos teóricos se han empleado el método deductivo e inductivo, el método del análisis y síntesis, así como el método histórico y lógico, etc. Es una investigación cuyo propósito cardinal es el hallazgo de resultados pragmáticos. Un trabajo que dimana de razones prácticas que pretende alcanzar una meta utilitaria en torno a una justicia alterna en beneficio de la comunidad (Solís: 2008: 91).

3.1.2. Nivel de Investigación

La investigación es de tipo descriptivo-explicativa, en la medida que busca describir y analizar la relación causal entre las variables independientes conl

a variable dependiente. Es descriptiva porque permite describir las características de las variables. Es explicativa porque las variables están dirigidas a responder a las causas de eventos físicos o sociales. En el caso de nuestro estudio, se desea establecer si analizando exhaustivamente el proceso de arbitraje es posible plantear las medidas correctivas del caso.

3.2. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Se usó el método analítico crítico que se sustenta en la dogmática jurídica para analizar las características del mecanismo de arbitraje en nuestro medio.

Para el presente trabajo se adoptó, además, el método funcionalista (cuestionarios y entrevistas) con la intención de conocer con detalle el fenómeno objeto de estudio.

3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de la investigación fue el "no experimental" ya que los datos serán recogidos directamente y no se manipularán las variables. El diseño de la investigación no es experimental, es transversal. Es no experimental porque no se manipulan las variables independientes para verificar un efecto en la variable dependiente. Es de corte transversal porque la recolección de datos se realizó en un solo momento y en un tiempo único (Hernández Sampieri. 2013).

3.4. POBLACIÓN Y MUESTRA

3.4.1. Población

La población de la presente investigación corresponde, según las encuestas realizadas a 300 ciudadanos del Departamento de Pasco, que sus edades

fluctúan entre 18 a 30 años, 177no están de acuerdo con la despenalización del Aborto en caso de Violación Sexual.

3.4.2. Muestra

La muestra estudiada, se tomará una parte de la misma que sea representativa, (representa el 87% de los casos con un margen de error del 0.05). La muestra fue seleccionada mediante la siguiente fórmula de Blalock que a continuación se indica:

$$n = \frac{(Z)^2 (P.Q.N)}{(E)^2 (N-1) + (Z)^2 (P.Q)}$$

Z = Desviación Estándar

E = Error de Muestreo

P = Probabilidad de ocurrencia de los casos

Q = (1 -)

N = Tamaño del Universo

n = Tamaño del Universo

Factores considerados en la fórmula, para determinar el tamaño de la muestra:

Z = 1.96

E = 0.05

P = 0.50

$$Q = 0.50$$

$$N = 200$$

n = Resultado a obtener (Muestra)

Sustituyendo:

$$n = \frac{(1.96)^2 (0.5 \times 0.5) 200}{(0.05)^2 (200 - 1) + (1.96)^2 (0.5 \times 0.5)}$$

$$n = 77$$

La muestra estará conformada por 77 personas.

El muestreo aplicado es fue el muestreo probabilístico.

3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La técnica de recolección de datos que se aplicó fue la encuesta por observación y el instrumento a utilizarse será el "cuestionario" que se aplicará a la muestra seleccionada (Sánchez Carlessi: 2005: 142).

Antes de aplicar el Cuestionario se efectuó una breve aplicación (Prueba Piloto) para determinar su funcionalidad.

Se determinó la validez del Cuestionario mediante el sistema del "juicio de expertos". El Cuestionario fue sometido al juicio de cinco expertos para que éstos se pronuncien sobre su validez.

La confiabilidad del cuestionario se estableció mediante la aplicación del estadístico Coeficiente Alpha de Cronbach a los resultados de la Prueba Piloto.

Se aplicó también una entrevista personal no estructurada a un grupo de 5 magistrados y 10 abogados especialistas en Derecho Penal y Constitucional.

3.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Para el "procesamiento de datos" la información proveniente del cuestionario fue ingresada a una matriz de datos para su tratamiento estadístico. La contrastación de las hipótesis se efectuó comparando el enunciado formulado en la hipótesis con el resultado obtenido en el procedimiento correlacional llevado a cabo. De verificarse la existencia de una relación positiva y significativa se consideró comprobada las hipótesis. El análisis de datos se realizará utilizando la estadística descriptiva, el análisis univariado y el estadístico Chi Cuadrado.

3.7. TRATAMIENTO ESTADÍSTICO

El Cuestionario se aplicó anticipadamente (Prueba Piloto) para determinar su funcionalidad y comprobar su claridad en la redacción y, de ser el caso, aplicar los correctivos pertinentes.

Se determinó la validez del Cuestionario mediante el sistema del "juicio de expertos". El Cuestionario fue sometido al juicio de cinco expertos para que éstos se pronuncien sobre su validez. La confiabilidad del cuestionario se estableció mediante la aplicación del estadístico Coeficiente Alpha de Cronbach a los resultados de la Prueba Piloto.

3.8. SELECCIÓN, VALIDACIÓN Y CONFIABILIDAD DE LOS INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

- 1 Se realizó la investigación teniendo en cuenta los procedimientos establecidos en la universidad y se solicitaron las autorizaciones pertinentes, para la toma de muestra, sin falseamiento de datos.
- 2 La investigación buscó mejorar el conocimiento y la generación de valor en las instituciones estatales y sus grupos de interés.
- 3 El trabajo de investigación guarda la originalidad y autenticidad buscando un aporte por parte del tesista hacia la comunidad científica.
- 4 Los encuestados fueron informados acerca de la investigación y dieron su consentimiento voluntario antes de convertirse en participantes de la investigación.
- 5 Los participantes en la investigación fueron seleccionados en forma justa y equitativa y sin prejuicios personales o preferencias. Se respetó la autonomía de los participantes.
- 6 Se respetaron los resultados obtenidos, sin modificar las conclusiones, simplificar, exagerar u ocultar los resultados. No se utilizaron datos falsos ni se elaborarán informes intencionados.
- 7 No se cometió plagio, se respetará la propiedad intelectual de los autores y se citó de manera correcta cuando se utilizaron partes de textos o citas de otros autores.
- 8 Se contó con el previo consentimiento confirmado de los encuestados.

3.9. ORIENTACIÓN ÉTICA

Con respecto a la orientación ética de este trabajo no podemos decir otra cosa más que: que está basada en principios de transparencia, sentido común y respeto a valores tales como la vida, verdad y justicia. cosa que es fundamental e ineludible en la noble carrera de derecho puesto que de ella es de donde debemos desprender nuestros principios más arraigados y la razón de la cual nace el derecho, por lo tanto el objetivo de esta investigación parte a raíz de todos los valores inherentes al mismo.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

La muestra de la investigación estuvo conformada por 77 personas distribuidas de la siguiente manera:

ESPECIALIDAD	CANTIDAD
Secretarios de Juzgado	4
Abogados de Pasco	13
Ciudadanos	53
Especialistas Varios	7

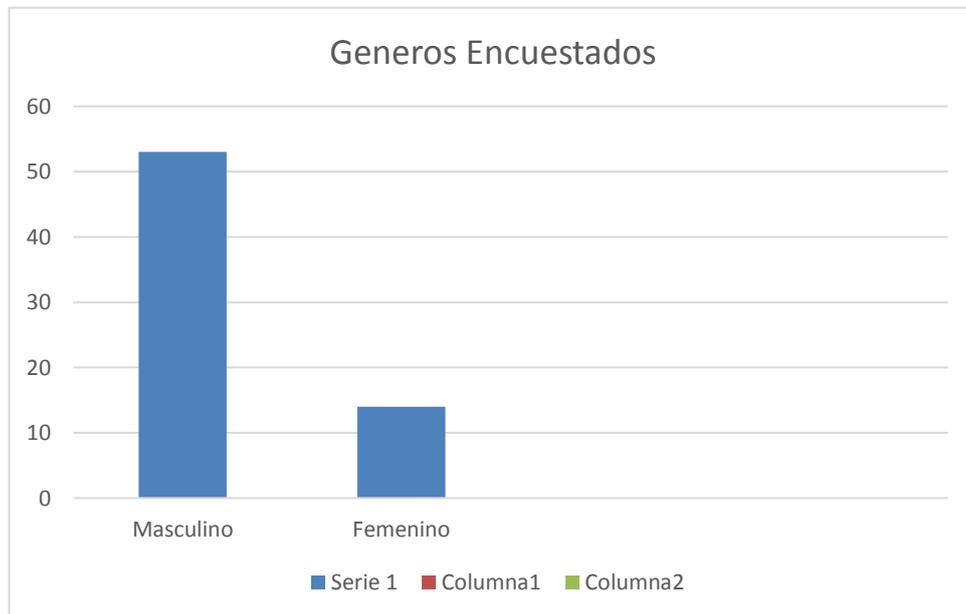
Esta muestra se puede apreciar en el siguiente gráfico:



Según el género la muestra se distribuyó de la siguiente manera:

GENERO	
Masculino	Femenino
53	14

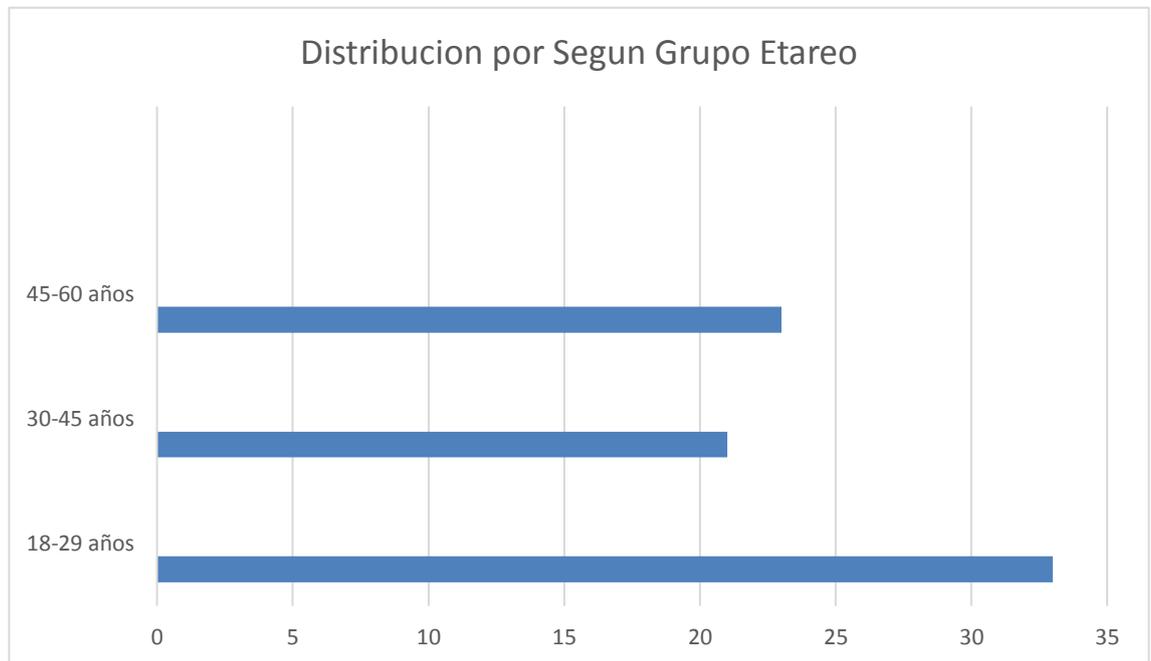
Esta distribución puede apreciarse en el siguiente gráfico:



Según el grupo etario la muestra se estructuró de la siguiente manera:

GRUPO ETAREO	
18-29 años	33
30-45 años	21
45-60 años	23

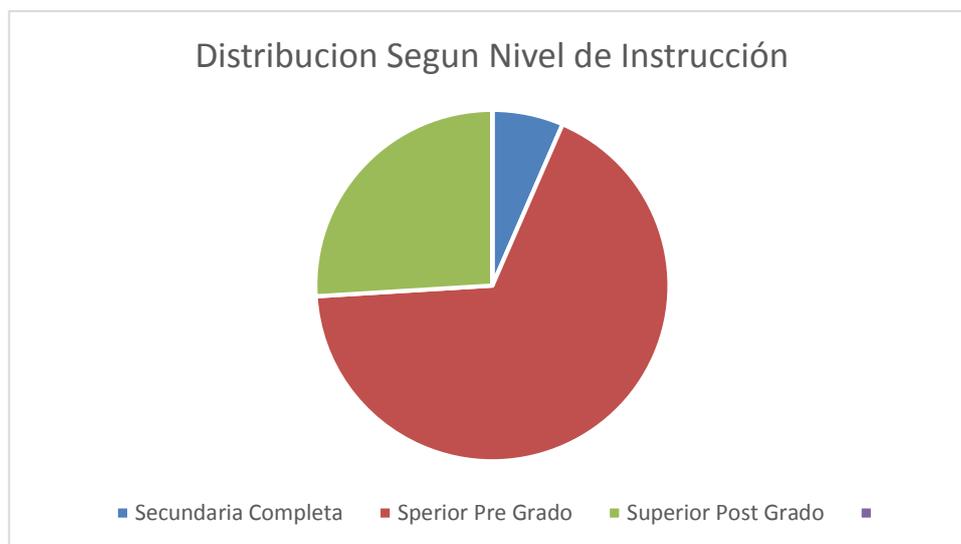
Esta distribución puede apreciarse en el siguiente gráfico:



Según su nivel de instrucción la muestra se distribuyó de la siguiente manera:

NIVEL DE INSTRUCCIÓN	
Secundaria Completa	5
Sperior Pre Grado	52
Superior Post Grado	20

Esta distribución puede apreciarse en el siguiente gráfico



4.2. PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Se aplicó a la muestra seleccionada un cuestionario destinado a recoger sus opiniones sobre los siguientes temas:

- 1) ¿Debería existir legislación nacional para el reconocimiento del “Derecho al Aborto” como derecho fundamental de las mujeres en casos de Violación Sexual y por ende la despenalización de este?

Si debería	No debería	No se / No recuerdo

- 2) ¿Existen dispositivos internacionales de protección al “derecho al aborto”o en todo caso no punibilidad o atenuantes con respecto aborto en casos de violación sexual?

Si existen	No existen	No se / No recuerdo

- 3) ¿Nuestro país tiene la obligación de despenalizar el aborto, debido a que otros países ya lo están haciendo?

Si tiene que	No tiene que	No se / No recuerdo

- 4) ¿Se debe considerar como derechos humanos de las mujeres el aborto en caso que deseen recurrir al este por violación sexual?

Si se debe	No se debe	No se / No recuerdo

4.3. PRUEBA DE HIPÓTESIS

A la muestra se le aplicó el cuestionario dirigido a determinar aspectos referidos a la determinación de la despenalización del aborto y/o si este puede o debe ser considerado un derecho humano de la mujer

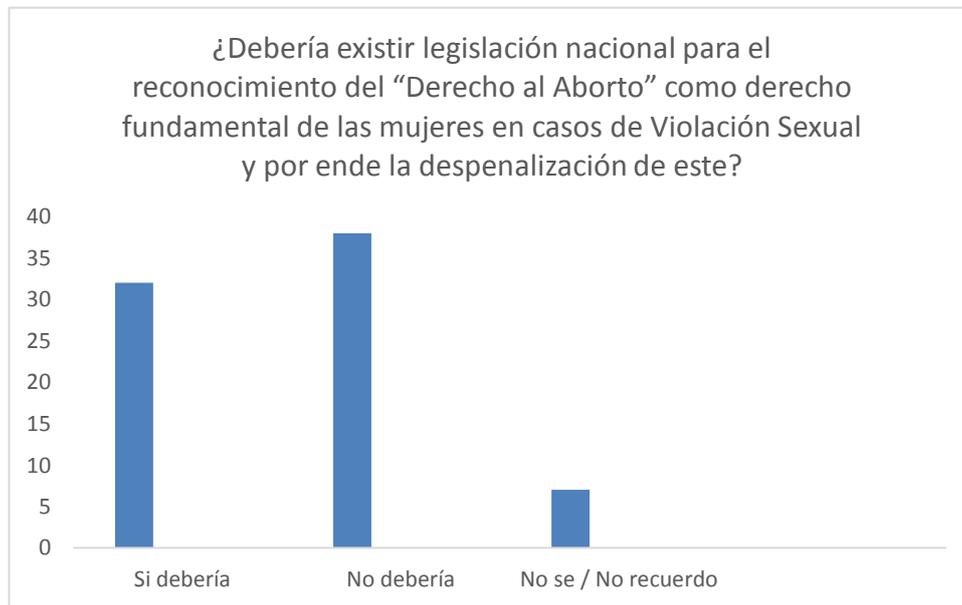
A continuación indicamos las respuestas de los encuestados a las preguntas del cuestionario:

- 1) ¿Debería existir legislación nacional para el reconocimiento del “Derecho al Aborto” como derecho fundamental de las mujeres en casos de Violación Sexual y por ende la despenalización de este?

Si debería	No debería	No se / No recuerdo
32	38	7

Al someter las respuestas al Ítem No. 1 a la Prueba de Chi Cuadrado se encontró que la respuesta predominante (No debería) es significativa con relación a las otras alternativas de respuestas del mismo ítem. Es decir, la respuesta No Debería es la respuesta dominante con relación a las otras.

Esta distribución puede apreciarse en el siguiente gráfico:



2) ¿Existen dispositivos internacionales de protección al “derecho al aborto”o en todo caso no punibilidad o atenuantes con respecto aborto en casos de violación sexual?

Si existen	No existen	No se / No recuerdo
67	8	2

Al someter las respuestas al Ítem No. 2 a la Prueba de Chi Cuadrado se encontró que la respuesta predominante (Si existen) es significativa con relación a las otras alternativas de respuestas del mismo ítem. Es decir, la respuesta Si Existen es la respuesta dominante con relación a las otras.

Esta distribución puede apreciarse en el siguiente gráfico:

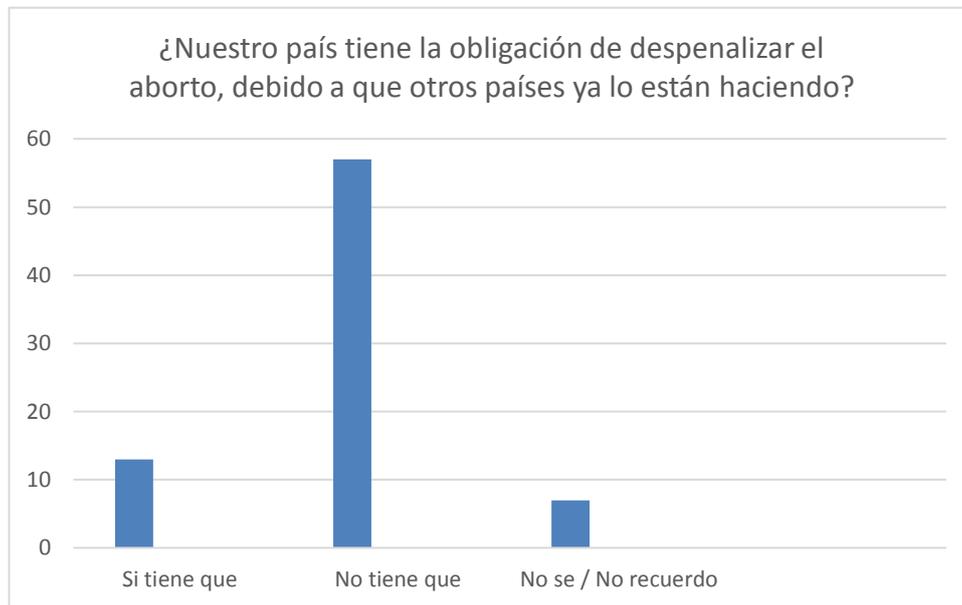


3) ¿Nuestro país tiene la obligación de despenalizar el aborto, debido a que otros países ya lo están haciendo?

Si tiene que	No tiene que	No se / No recuerdo
13	57	7

Al someter las respuestas al Ítem No. 3 a la Prueba de Chi Cuadrado se encontró que la respuesta predominante (No tiene que) es significativa con relación a las otras alternativas de respuestas del mismo ítem. Es decir, la respuesta no tiene que, es la respuesta dominante con relación a las otras.

Esta distribución puede apreciarse en el siguiente gráfico:



4) ¿Se debe considerar como derechos humanos de las mujeres el aborto en caso que deseen recurrir al este por violación sexual?

Si se debe	No se debe	No se / No recuerdo
34	41	2

Al someter las respuestas al Ítem No. 4 a la Prueba de Chi Cuadrado se encontró que la respuesta predominante (No se debe) es significativa con relación a las otras alternativas de respuestas del mismo ítem. Es decir, la respuesta No se debe es la respuesta dominante con relación a las otras.

Esta distribución puede apreciarse en el siguiente gráfico:



En la siguiente tabla apreciamos que en todos los ítems la Razón Chi Cuadrado es significativa, motivo por el cual se consideran comprobadas todas las hipótesis planteadas:

Ítem	Contenido	Sig. Chi Cuadrado p: (0.001)
1	¿Debería existir legislación nacional para el reconocimiento del “Derecho al Aborto” como derecho fundamental de las mujeres en casos de	0.001

	Violación Sexual y por ende la despenalización de este?	
2	¿Existen dispositivos internacionales de protección al “derecho al aborto” o en todo caso no punibilidad o atenuantes con respecto aborto en casos de violación sexual?	0.001
3	¿Nuestro país tiene la obligación de despenalizar el aborto, debido a que otros países ya lo están haciendo?	0.001
4	¿Se debe considerar como derechos humanos de las mujeres el aborto en caso que deseen recurrir al este por violación sexual?	0.001

La Razón Chi Cuadrado encontrada es altamente significativa ya que el valor de la Significación Asintótica Bilateral es 0.000. Es decir, las opiniones de los encuestados con respecto a las preguntas son casi unánime.

4.4. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Después de haber realizado el estudio y análisis del tema en cuestión, desarrollando acerca del aborto propiamente dicho, y el tratamiento jurídico de este en nuestra legislación y en las diferentes legislaciones a nivel mundial, al respecto se tiene:

Que existe razón justificada desde los puntos de vista científicos y jurídicos para que el Perú no contemple la despenalización del Aborto, puesto que a través de

jurisprudencia y tratados internacionales a los que el Perú esta, se establece que el inicio de la vida humana es a partir de la concepción.

Asimismo, se ha determinado mediante la opinión de expertos científicos mencionados en el presente trabajo que la vida inicia en la concepción ya que el ser concebido cuenta con propio código genético he irrepetible, así como que se determinó que este no forma parte del cuerpo de la madre, sino que es un ser individual.

Por otro lado, el aborto clandestino se ha hecho más frecuente en el Perú, esto conforme se acredita con las estadísticas realizadas por las principales instituciones y organizaciones inmiscuidas en el tema. Sin embargo, las estadísticas de países donde se legalizo el aborto no demuestran que el riesgo que corre la vida de la mujer que se somete a este procedimiento haya reducido, más por el contrario, se ha demostrado que la mortalidad materna en los países que legalizaron el aborto a aumentado considerablemente; esto debido a que está perfectamente esclarecido que no existe el aborto seguro y gratuito.

En referencia a la violación sexual perpetrada en contra de las mujeres, y la afirmación de que estas sufren revictimización por parte del estado quien las obliga a la gestante a continuar con un embarazo no deseado, se puede ver también que el objetivo primordial del estado es la protección de la vida y que en vista a un conflicto de derechos tiene que ponderar el más frágil tal como se describió en el dictamen del congreso al rechazar el proyecto de ley que pretendía despenalizar el embarazo en 2014. Además de ello se estableció que la mejor manera de tratar con estos casos tan terribles es la de proteger a las dos vidas a través de políticas de estado que permitan a ambas vidas continuar con dignidad.

Con respecto a la despenalización del aborto, la mayoría de las personas encuestadas creen que el la protección de la vida de un inocente es más importante, y que el estado lejos de despenalizar el asesinato de una vida inocente debe implementar políticas gubernamentales para dar apoyo psicológico eficaz a las víctimas de violación, proteger al menor por nacer y hacer que los responsables de este crimen se hagan efectivamente responsables de sus actos y que paguen con todo el peso de la ley.

Por tanto se llega a la conclusión que no existe justificación para la despenalización del aborto en casos de violación sexual.

Con relación a los casos de violación sexual podríamos decir que es discutible quizás considerar agregar las tres primeras palabras que dice el Art 119 de nuestro código penal que dice “No es Punible”. Podría adecuarse en casos de violación siempre y cuando esta se dé antes de los plazos que establece la ciencia en la cual se dé la fecundación, y que además sea debidamente denunciado y comprobado por un perito. Esto en pos de salvaguardar la vida de un concebido ser humano con derechos inherentes.

Por esos motivos se concluye que es un inviable despenalizar el aborto en nuestro país por razones jurídicas y científicas además y másaún es un despropósito hablar de términos como “derecho al aborto” en casos de un embarazo la mujer es libre de decidir por su cuerpo (porque él bebe no es parte de su cuerpo” y demás términos relacionados que hagan apología por el aborto en tanto y en cuanto estos no tienen nada que ver con la realidad científica de la actualidad y la realidad jurídica de nuestro país, para lo cual antes sería necesario realizar una modificación en el Código Penal en relación a la Despenalización del Aborto en casos de violación sexual, pero para ello debe modificarse la Constitución Política del Perú, ya que una

norma de inferior rango no debe contravenir la Constitución. Por ende no es viable la despenalización del aborto en nuestro país.

CONCLUSIONES

- 1) Se comprobó que no existe en la legislación nacional vigente mecanismos para el reconocimiento de la despenalización del aborto en casos de violación sexual.
- 2) Se comprobó que existen dispositivos internacionales de protección al derecho al aborto en caso de violación a los cuales a los cuales la legislación peruana no tiene porque acogerse puesto que viene de una recomendación solamente por parte de la ONU.
- 3) Se constató que la vida humana inicia con la con la concepción a través de opiniones de los últimos avances científicos en genética y biología, lo cual es un hecho absolutamente relevante en cuanto otorgarle derechos a un ser humano puesto protección de la vida es el fin supremo de nuestra constitución política.
- 4) Se comprobó que la legalización de los abortos en los países que optaron por ello no redujo el índice de mortalidad materna y mucho menos ocasiono que estos f más seguros, además de ello se comprobó que no existe aborto gratuito en tanto y en cuanto estos son financiados por los estados y los impuestos que paga también las personas que son pro-vida.
- 5) Está comprobado que la libertad de decidir es un derecho consagrado desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos hasta nuestra Constitución Política del Perú. Sin embargo, el ser humano concebido, aunque ya tenga derechos no es capaz de decidir por lo que es deber del estado protegerlo.
- 6) Según los Pro Abortos la despenalización del aborto por violación sexual se fundamenta en el “Derecho de las personas a decidir sobre su cuerpo el mismo que se encuentra considerado en numerosos instrumentos legales: la Constitución Política

del Perú, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer.” Sin embargo, estos argumentos no pueden estar más alejados de la ciencia, puesto que como reiteramos muchas veces en este trabajo el bebe por nacer no es parte del cuerpo de la mujer por ende esta no tiene derecho de decidir sobre la vida del concebido.

- 7) Luego de una revisión bibliográfica, documental y legislativa se ha logrado concluir que esta tesis debe servir como un trabajo de apoyo para salvaguardar derechos fundamentales como son el de la vida y destinada además a concientizar al estado para promover políticas de estado para salvar ambas vidas. Asimismo, de ningún modo debe considerarse la “legalización” del aborto en ningún caso incluido la violación sexual, debido a que lejos de ayudar a la víctima, estoy ayuda al victimario a evadir la culpa y la responsabilidad que el mismo deberá afrontar ante los hechos suscitados. De igual forma los legisladores deben ponerse de acuerdo en cuanto a la discusión de la “no punibilidad” de estos delitos en casos de violación sexual. Figura que sería diferente a la de despenalización ya que del mismo modo se podrían cubrir aparentes violaciones simplemente para no afrontar la responsabilidad de hacerse caso de una nueva vida y de igual forma vulnerar la misma.

RECOMENDACIONES

Hay una diferencia entre el embarazo no deseado y el embarazo no planeado. En el primer caso, se trata de un rechazo frontal a la posibilidad de tener un hijo. En el segundo caso no se rechaza la idea de tener un hijo, pero la nueva vida aparece en un momento que es poco propicio, o poco pertinente. Por lo tanto, lo indeseado viene dado por las circunstancias, pero no por la actitud frente a la paternidad o a la maternidad.

De ahí que sea importante tratar de precisar todos los sentimientos y emociones asociados a la situación. Vale la pena plantearse preguntas como: ¿Siento ira o enfado por el embarazo? ¿Siento miedo? ¿Siento culpa? ¿Mi rechazo es total o parcial? ¿Cuánto influye la actitud de mi pareja en lo que siento frente al embarazo? ¿Cuáles son las razones para no desear este embarazo?

Esos interrogantes son válidos tanto para el hombre como para la mujer. La idea es que se logre precisar cuál es la actitud real frente al embarazo no deseado teniendo en cuenta las variables más importantes. En ocasiones, no es tan claro como parece. Lo ideal es que cualquier decisión que se tome lleve a un acto consciente.

El estado debe implementar políticas de protección a la familia más estructuradas y rígidas para salvaguardar a las mujeres que corren riesgos de ser violadas, sobre todo en el ámbito familiar que es donde más alto es el índice de embarazos por violación sexual, además de campañas agresivas para que las mujeres puedan identificar situaciones de riesgo de violación, esto a través de campañas más agresivas a fin de concientizar a la sociedad.

El estado debe facilitar información científica y no ideologizada respecto al inicio de la vida de un ser humano, a través de diversos programas de información, a fin de la ciudadanía tenga un panorama claro y coherente respecto a las peticiones que hagan con

relación al aborto, además de ello debe respetar los tratados internacionales a los que está adscrito y debe informar a la población que en caso del aborto no basta con promulgar una ley a nivel penal, en tanto y en cuanto esta no puede contravenir a una ley de mayor rango como la constitución nacional y tratados internacionales.

En casos de violación sexual es importante entender que el aborto no soluciona ninguna violación, muy por el contrario podría ser una herramienta para que el perpetrador del ilícito que impune de su horrendo acto por lo que es necesario concientizar también a la ciudadanía que en caso ser víctimas de violación o algún familiar cercano lo primero que tiene que hacerse es la denuncia correspondiente.

Si finalmente se da el caso de que exista un embarazo producto de la violación de igual manera el estado a través de toda su maquinaria gubernamental tiene que establecer políticas para poder salvar a las dos vidas tales como: la mejor atención psicológica posible para la mujer gestante que fue víctima de violación, y permitirle una vez llevado este tratamiento psicológico, la opción de poder dar en adopción al recién nacido, esto a fin de evitarle el trauma de matar a su hijo además de el de haber sido víctima de violación.

Además de ello el estado debe perfeccionar el proceso de adopción para las parejas que quieran hacerlo, a fin de poder brindarles un hogar a los niños productos de violación y por supuesto de esta manera respetar nuestra constitución cuyo principal pilar es respetar y proteger la vida.

Finalmente podemos decir que este trabajo estuvo destinado a esclarecer muchos preceptos erróneos con respecto al surgimiento de la vida y el aborto con lo cual sirva como referente para futuras propuestas legislativas que se puedan dar en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. En: AA. VV. Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez. [Urquiza Olaechea (dir.) Lima, Idemsa, 2007, p. 70.
- 2) BACILIO ESCOBEDO, María de Fátima (2015) El Aborto Sentimental en el Código Penal Peruano. Trujillo. Universidad César Vallejo.
- 3) BAZÁN, Iván. Obligatoriedad de las Resoluciones Internacionales. <http://www.idl.org.pe/idlrev/>
- 4) BLALOCK, Hubert (2002) Estadística Social. Fondo de Cultura Económica. México.
- 5) BRAMONT ARIAS TORRES, Luis (2008) Manual de Derecho Penal General. Parte Especial. Lima. EDDILI.
- 6) BRAMONT-ARIAS, Luis; GARCÍA CANTIZANO, María. Manual de d penal: parte especial. Edición 4. Lima: Editorial San Marcos, 1998.
- 7) CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Derecho Penal. Parte Especial, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 101.
- 8) CARO CORIA, Dino; San Martín Castro, César (2000) Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: Aspectos penales y procesales. Edición 2ª. Lima: Editorial Grijley.
- 9) CARO JOHN, José Antonio (2010) Comentarios al Proyecto de Reforma de la Dra. Rosa Mavila León sobre el delito de aborto. Lima- GRJ.
- 10) CARRARA, Francesco (1870) Programa de Derecho Criminal. Roma. LC.

- 11) CASTILLO ALVA, José Luis. Derecho Penal. Parte Especial I. Lima, Grijley, 2008, p. 936.
- 12) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general. Lima, Palestra, 2005, 2° ed., p. 412.
- 13) Centro "Flora Tristán" y Pathfinder International (2012) El aborto en el Perú. Lima-
- 14) CEREZO MIR, José. La regulación del aborto en el Proyecto de nuevo Código penal español. En: Obras completas. Otros Estudios. Vol. II. Lima, Ara Editores, 2006, p. 772.
- 15) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2009) Derecho penal español: parte general en esquemas. Edición 2°. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2009.
- 16) Dirección General de Epidemiología. Mortalidad materna en el Perú 2002-2011. Lima Perú 2014. Disponible en: <http://www.unfpa.org.pe/publicaciones/publicacionesperu/MINSA-Mortalidad-Materna-Peru.pdf>.
- 17) ESER, Albin. Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde perspectiva de Derecho comparado. En: Temas de Derecho penal y procesal penal. Lima, Idemsa, 1998, p. 90.
- 18) FERRANDO D. El Aborto Clandestino En El Perú: Hechos y Cifras. Lima. Centro de la Mujer Peruana, Flora Tristán – 2006. Disponible en: <http://www.inppares.org/sites/default/files/Aborto%20clandestino%20Peru.pdf>.
- 19) GONZÁLEZ RUS, Juan José. El aborto. Lesiones al feto. En: AA. VV. Derecho Penal Español. Parte Especial, Manuel Cobo del Rosal (coord.). Madrid, Dykinson, 2005, 2° ed., p. 126.

- 20) Grimes D, Benson J, Singh S, Romero M, Ganatra B, Okonofua FE, et al. Unsafe abortion: the preventable pandemic. *Lancet*. 2011;368:1908-19.
- 21) HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco. La responsabilidad por el producto en el derecho penal. Valencia, Tirant lo blanch, 1995, pp. 26-37.
- 22) HERNÁNDEZ CAJO, Teresa. Legislación nacional en materia de delitos sexuales: situación actual y propuestas de reforma. En: *Comentarios Jurídicos. Los derechos de la Mujer*. Tomo II. Primera Edición. Lima: Editorial DEMUS, Noviembre de 1998. Pág. 47.
- 23) HIRSCH, Hans Joachim. La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana. En: *Derecho Penal. Obras completas*. Libro Homenaje. T. I. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 250-251.
- 24) Human Rights Watch (2005) *Derechos humanos y aborto*. Washington. USA.,
- 25) Bacilio Escobedo, María de Fátima (2015) *El Aborto Sentimental en el Código Penal Peruano*. Trujillo. Universidad César Vallejo.
- 26) IBAÑEZ Y GARCIA-VELASCO, José Luis (1992). “La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX”. *Siglo Veintiuno de España*. Madrid. 1992.
- 27) Instituto Nacional de Estadística e Informática. *Encuesta Demográfica y de Salud Familiar, ENDES 2012*, Lima, Perú. INEI; 2013. Disponible en: <http://proyectos.inei.gob.pe/endes/2012/Libro.pdf>.
- 28) LEGAL (2012) *Definiciones legales*. Santiago. OPS.
- 29) LLAJA VILLENA, Jeanette (2009) *El Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos y el aborto en el Perú*. Lima. DEMUS.

- 30) LOVATON CCASA, Nidya Arelyz (2017) Despenalización del aborto en casos de violación sexual en el Código Penal Peruano. Cusco. Universidad Andina del Cusco.
- 31) MANDUJANO SANTIVANÉZ, Víctor Edy (2015) El aborto y delito de violación sexual en el 44° Juzgado Penal con reos en cárcel del distrito judicial de Lima, 2014. Lima. Universidad César Vallejo.
- 32) MATÍAS MEZA-Lopehandía G. (2016) El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos. Santiago. Congreso Nacional de Chile.
- 33) MENDOZA DE CHÁVEZ, Neldy (2012) Cuestionario de Diagnóstico del SPA – Ficha N° 3 del Acompañamiento. Departamento de Investigación del Instituto para el Matrimonio y la Familia. UCSP.
- 34) Ministerio de Salud [<http://www.minsa.gob.pe/>]. Perú: Oficina General de Estadística e Informática [actualizada en 2015]. Disponible en: <http://www.minsa.gob.pe/estadisticas/estadisticas/Morbilidad/HSMacros.as>
- 35) BACILIO ESCOBEDO, María de Fátima (2015) El Aborto Sentimental en el Código Penal Peruano. Trujillo. Universidad César Vallejo.
- 36) MIXÁN MASS, Florencio. Lógica enunciativa y jurídica. Trujillo, BLG, 2006, 4° ed., p. 67 y ss.
- 37) NOVAK, Fabián, y SALMÓN, Elizabeth. Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos. Lima, Fondo Editorial de la PUC, 2002, pp. 44-51.
- 38) BACILIO ESCOBEDO, María de Fátima (2015) El Aborto Sentimental en el Código Penal Peruano. Trujillo. Universidad César Vallejo.

- 39) OMS (2009) Interrupción voluntaria del embarazo. Ginebra. OMS.
- 40) ONG “Flora Tristán” (2012) El aborto en el Perú. Lima. ONG FT.
- 41) ORDINOLA CHAVEZ, Jeffry Sadith (2017) La Despenalización del Aborto en Menores de Edad de 10 a 17 Años y el Delito de Violación Sexual, en los Juzgados Penales, San Juan de Lurigancho 2016. Lima. Universidad César Vallejo.
- 42) Oré Sosa, Eduardo (2010) El delito de aborto. Lima. PUCP.
- 43) Oré Sosa, Eduardo (2010) Pronunciamiento sobre el proyecto de reforma del código Penal. Lima. GRJ.
- 44) PRADO SALDARRIAGA, Víctor, Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia, Palestra, Lima, 1999, p. 198).
- 45) Real Academia Española (2014) Diccionario de la lengua española. Madrid. España.
- 46) revistas/107/pag72.htm (citado el 27 de abril de 2006).
- 47) ROJAS VARGAS, Fidel, Código Penal, Idemsa, Lima, 2003, p. 187. \ jurisprudenciales.
- 48) ROY FREYRE, Luis, Derecho Penal. Parte Especial, 2' ed., Lima, 1987.
- 49) Sánchez Carlessi, Hugo (2005) Metodología y diseños en la investigación científica. Lima. HSC.
- 50) Sánchez Pérez, Jorge Humberto (2011) Análisis del aborto derivado de casos de violación sexual dentro del modelo jurídico vigente en el Perú: una aproximación desde los fundamentos filosóficos del artículo primero de la Constitución Política del Perú. Lima. PUCP.

- 51) Santiago Nino, Carlos. Derecho, Moral y Política. Ariel. Barcelona. 1994. Pág. 11.
- 52) Sedgh G, Singh S, Shah IH, Ahman E, Henshaw SK, Bankole A. Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008. Lancet. 2014 Feb 18;379(9816):625-32. doi: 10.1016/S0140-6736(11)61786-8.
- 53) SEGO (2009) Definición de IVE. Interrupción Voluntaria del embarazo. Ginebra. OMS.
- 54) Silva Rimac, Pilar Vanessa (2017) Fundamentos jurídicos para la despenalización del aborto producto de violación sexual en el ordenamiento jurídico peruano vigente. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Huaraz.
- 55) Silva Sánchez, Jesús-María (2007) Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 09-01 (2007). <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>
- 56) Soler, Sebastian (1956) Derecho Penal Argentino. Buenos Aires. TEA.
- 57) SOLIS ESPINOZA, Alejandro (2008) Metodología de la Investigación Jurídica y Social. Lima. Perú.
- 58) STC 02005-2009-AA/TC de 16 de octubre de 2009, fundamentos 33 y 34.
- 59) Tribunal Constitucional peruano. Sentencia del 17 de abril de 2002 en el proceso de hábeas corpus iniciado por Alfredo Crespo contra el fuero militar (Exp. 217-02-HC/TC). Fundamento N° 2.
- 60) Tribunal Constitucional peruano. Sentencias en los expedientes Exp. N° 105-2001-AC/TC y Exp. N° 012-95-AA/TC.
- 61) Universidad de Lima (2009) Encuesta sobre el aborto por violación. Lima. Universidad de Lima.

- 62) Valdez, Margarita. En Dilemas Éticos: “Aborto y anticoncepción en México: las actitudes y los argumentos de la iglesia católica”. Fondo de Cultura Económica. México DF. Pág. 54
- 63) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético. Principios generales. Trujillo, Normas Legales, 1995, pp. 28-36.
- 64) Villanueva Flores, Rocío (2000) La Violencia Sexual: un problema de seguridad ciudadana. En: VILLANUEVA FLORES. Las voces de las víctimas, Serie Informes Defensoriales Vol No. 21. Lima: Editorial Defensoria del Pueblo, 2000.
- 65) World Health Organization. Health. Definitions and indicators in family planning, maternal and child health and reproductive health. WHO Regional Strategy on Sexual and Reproductive. Geneva: World Health Organization, 2011.

ANEXOS

ANEXO 1
MATRIZ DE CONSISTENCIA
EL DELITO DE ABORTO EN EL DERECHO PENAL PERUANO.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
<p>Problema General</p> <p>¿Debería existir legislación nacional para el reconocimiento del “Derecho al Aborto” como derecho fundamental de las mujeres en casos de Violación Sexual y por ende la despenalización de este?</p> <p>1.2.2. Problemas Específicos</p> <p>1. ¿Existen dispositivos internacionales de protección al “derecho al aborto” o en todo caso no punibilidad o atenuantes con respecto aborto en casos de violación sexual?</p>	<p>Objetivo General</p> <p>Determinar si es necesaria la existencia de legislación nacional para el reconocimiento del “Derecho al Aborto” como derecho fundamental de las mujeres en casos de Violación Sexual y/o en todo caso la despenalización de este.</p> <p>Objetivos Específicos</p> <p>1. Determinar cuándo inicia la vida y por ende cuando se considera sujeto de derecho a un ser humano, teniendo en cuenta aspectos científicos modernos</p> <p>2. Determinar si el aborto puede llegar a ser un derecho</p>	<p>Hipótesis General</p> <p>No existe legislación nacional para el reconocimiento del derecho al Aborto como derecho fundamental de las mujeres en casos de Violación Sexual porque el aborto en nuestra legislación es todo lo contrario a un derecho, más bien es un delito.</p> <p>Hipótesis Específicas</p> <p>1. Existen dispositivos internacionales de protección al derecho al aborto en caso de violación sexual.</p> <p>2. Nuestro país no tiene la obligación de despenalizar el aborto por que las recomendaciones de la ONU</p>	<p>• Variable Independiente</p> <p>Aborto Como Delito en casos de Violación Sexual</p> <p>•Variable Dependiente</p> <p>Establecer el inicio de la vida humana y de sus derechos</p>	<p>La investigación es de tipo aplicado. El nivel es el “Explicativo Causal”. El diseño de la investigación es el "no experimental". En cuanto a su diseño estadístico la investigación asume un diseño descriptivo. El universo de la investigación estará conformado por integrantes de diversos niveles de la Corte Superior de Pasco (jueces y secretarios), abogados del Distrito Judicial de Pasco, estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional "Daniel Alcides Carrión" y analistas especializados en el tema. Se calcula un universo de 200 personas. De la población antes señalada, se tomará una parte de la misma que sea representativa. (representa el 95% de los casos con un margen de error</p>

<p>2. ¿Nuestro país tiene la obligación de despenalizar el aborto, debido a que otros países ya lo están haciendo?</p> <p>3. ¿Se debe considerar como derechos humanos de las mujeres el aborto en caso que deseen recurrir al este por violación sexual?</p>	<p>humano, dentro del marco jurídico en el que nuestro país se desenvuelve; vale decir Leyes Ordinarias, Constitución Política y Pactos Internacionales a los que está suscrito nuestro país.</p> <p>3. Establecer si existen dispositivos internacionales de protección al derecho al aborto en caso de violación como derecho humano de la mujer.</p> <p>4. Prescribir si se garantizan y salvaguardan los derechos humanos de las mujeres en caso que deseen recurrir al aborto por violación</p> <p>5. Señalar si se puede plantearse alternativas legislativas para controlar y reducir abortos clandestinos en casos de Violación Sexual.</p>	<p>pueden ser tomadas en cuenta, pero no son de cumplimiento obligatorio</p> <p>3. En nuestro país el aborto no puede ser considerado como un derecho humano porque está contemplado el derecho a la vida desde la concepción del ser humano.</p>		<p>del 0.05). La muestra estará conformada por 67 personas. Usaremos el método analítico crítico que se sustenta en la dogmática jurídica para analizar la Incorporación de alternativas de optimización en responsabilidad penal corporativa en delitos de contaminación ambiental. Se aplicarán cuestionarios y entrevistas. Previamente se determinará la validez del Cuestionario mediante el sistema del "juicio de expertos". La confiabilidad del cuestionario se establecerá mediante la aplicación del estadístico Coeficiente Alpha de Cronbach.</p>
---	---	---	--	--

ANEXO 2

INSTRUMENTO DE RECOLECCION DE DATOS

Estimado colaborador: Estamos analizando la validez o no de la despenalización del aborto por violación sexual en el CP. Queremos señalar que no existen respuestas buenas o malas, correctas o incorrectas. Lo importante es que usted conteste con sinceridad. El anonimato de sus respuestas es total y los datos suministrados serán utilizados únicamente para los propósitos de esta investigación. Agradecemos su colaboración

- 1) ¿Debería existir legislación nacional para el reconocimiento del “Derecho al Aborto” como derecho fundamental de las mujeres en casos de Violación Sexual y por ende la despenalización de este?

Si debería	No debería	No se / No recuerdo

- 2) ¿Existen dispositivos internacionales de protección al “derecho al aborto”o en todo caso no punibilidad o atenuantes con respecto aborto en casos de violación sexual?

Si existen	No existen	No se / No recuerdo

- 3) ¿Nuestro país tiene la obligación de despenalizar el aborto, debido a que otros países ya lo están haciendo?

Si tiene que	No tiene que	No se / No recuerdo

- 4) ¿Se debe considerar como derechos humanos de las mujeres el aborto en caso que deseen recurrir al este por violación sexual?

Si se debe	No se debe	No se / No recuerdo