

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



**ABORTO SENTIMENTAL Y EUGENÉSICO: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL
DEL ARTÍCULO 120 DEL CÓDIGO PENAL**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER
EN DERECHO PENAL**

AUTOR

CARLOS EDUARDO CASTRO OYAGUE

ASESORA

ROMY ALEXANDRA CHANG KCOMT

Mayo, 2020

RESUMEN

La interrupción libre del embarazo es un tema que siempre generará gran controversia entre los sectores liberales y conservadores de toda sociedad. La nuestra no es la excepción, por lo que resulta pertinente discutir, en particular, sobre la vigencia del artículo 120 del Código Penal, norma que atenúa la sanción penal del aborto a determinados supuestos.

Creo que allí se esconden apreciaciones morales y fallas estructurales importantes que merecen un análisis y reflexión detallados. Sólo de esta manera se podrá reparar que estamos frente a una norma intransigente, discriminatoria e ineficaz que un moderno Estado social y democrático de derecho no debería permitir dentro de su ordenamiento jurídico.

Esa es la razón de esta tesis, y el objetivo de su planteamiento es evidenciar la poca trascendencia y utilidad de la referida norma, a través de lo establecido en la dogmática, la dosimetría del castigo; pero, sobre todo, por su atentado contra los principios constitucionales que limitan la actuación del ius puniendi en un Estado Constitucional moderno.

La tesis recurre, para ello, al análisis de la ponderación de derechos en juego y a la realidad que enfrentan miles de mujeres y niñas en el país. Se utiliza la exposición de casos reales que han arrinconado legalmente al Perú en instancias internacionales, así como estadísticas oficiales recientes respecto a la aplicación del artículo 120 del Código Penal en los últimos años; todo ello, para concluir que, por la intrascendencia de la aplicación de este delito, la poca eficacia para enfrentar la realidad, lo más adecuado sería dejarlo sin efecto legal.

ÍNDICE

Resumen	1
Índice	2
Lista de Tablas	4
Introducción	5

CAPÍTULO I

ESTADO ACTUAL DEL PROBLEMA Y CONSECUENCIAS PRÁCTICAS	8
1. Antecedentes dogmáticos	11
1.1. Postura de la fecundación	12
1.2. Postura de la concepción	12
1.3. Postura de la anidación	12
1.4. Postura de la actividad cerebral	13
2. Marco Legal. La norma en cuestión	14
2.1. Aborto sentimental	15
2.2. Aborto eugenésico	18
3. Dictamen del nuevo código Penal. Propuesta del Ministerio de Justicia	19
4. Consecuencias procesales. La prescripción de la acción penal	21
5. Matrimonio: Tratamiento discriminatorio y vulneración de los principios que limitan el Derecho Penal	22
6. Estadísticas de entes estatales. Repercusiones sociales Cifra negra	23
6.1. Violencia sexual	25
7. Inseminación artificial no consentida	26
8. Primera conclusión preliminar	27

CAPÍTULO II

POSTURAS JURÍDICAS SOBRE EL ABORTO	30
1. Posturas a favor de criminalizar el aborto	31
2. Posturas en contra de la criminalización del aborto	34
3. Aborto como estado de necesidad tras un embarazo producto de una violación	36
4. El sistema de Indicaciones	37
4.1. Indicación terapéutica	37
4.2. Indicación ética	37
4.3. Indicación eugenésica	38
4.4. Indicación social	39
5. Sistema de plazos	39
6. Legislación comparada. Nuevas posturas en la región. El aborto en Chile y Argentina, a la luz de los últimos cambios normativos	41
6.1. Cambios en Chile	41
6.2. Larga lucha en Argentina	42
7. Segunda conclusión preliminar: ¿Qué sigue en el Perú?	43

CAPÍTULO III

TRES CASOS REALES	46
1. Contraste entre la teoría y la realidad	47
1.1. Menor violada	51
1.2. Madre a los 9 años	52
2. Derecho Penal simbólico	54
3. Principios constitucionales	56
4. Tercera conclusión preliminar	57
Conclusiones	59
Referencias bibliográficas	61

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Tratamiento diferenciado del mismo delito por distintos autores.....	16
Tabla 2: Población penitenciaria por delito de aborto.....	24



Introducción



¿Una mujer que decide abortar se convierte en criminal?, ¿un médico que coopera con esa intervención clínica de manera voluntaria, segura y profesional se convierte en delincuente?, ¿qué dice el Código Penal al respecto?, ¿todos los tipos de aborto tienen el mismo reproche penal?, ¿es relevante en la criminalización primaria el peso moral que los tipos de aborto puedan tener? El aborto es un tema polémico y controversial en cualquier parte del mundo. Siempre generará una intensa y acalorada discusión, una confrontación que parece inagotable, irreconciliable e insalvable. Dependiendo de la óptica que se adopte, en pro o en contra, las posturas pueden ser apasionadas y las críticas furibundas. Por ello, este trabajo no busca plantear una discusión sobre si el aborto debe o no ser sancionado en general. La pretensión de este análisis es más modesta y gira concretamente en torno al artículo 120 del Código Penal, vinculado a las condiciones específicas y sanciones menores para quienes se ven inmersos en un proceso penal por el delito de aborto sentimental y eugenésico.

Creemos que sólo a través de un minucioso estudio de esta norma, se podrá llegar a una conclusión certera sobre la pertinencia de insistir o no en su vigencia dentro del ordenamiento jurídico actual.

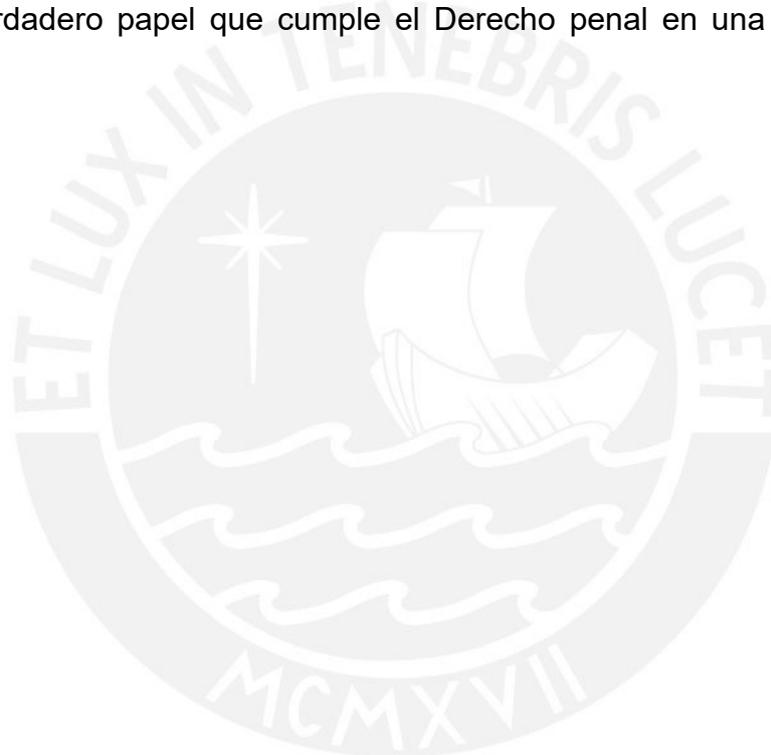
Respecto a este último punto, estimamos que hay varias razones de peso relacionadas con el derecho a la dignidad y la salud; pero, sobre todo, existen argumentos estadísticos que son incontestables y abrumadores, si se analiza el tema con seriedad. Finalmente, todos estos aspectos deberán ser ponderados para determinar si la norma es inaplicable en la realidad, si tiene sentido jurídico insistir en ella o si genera, por el contrario, una intranscendencia real y se puede evidenciar su desfase histórico en un Estado social y democrático de derecho como el nuestro.

Como se verá a lo largo de este trabajo, todo este asunto no parece estar precisamente vinculado a cuestiones de cultura judicial o a razones de desconocimiento de los operadores de justicia. Hay un trasfondo que va más allá y que el presente trabajo busca esclarecer y evidenciar. El objetivo que plantea esta tesis es encontrar las verdaderas motivaciones que llevaron al legislador peruano a la incorporación de esta norma en el Código Penal y, con ello, analizar su pertinencia en una sociedad actual y moderna.

Para tal efecto, en el primer capítulo se desarrollará el estado actual del problema, se hará un análisis de cuáles son las objeciones técnicas a la norma, se revisará el tiempo de la sanción y su repercusión en la realidad. También se pondrá atención sobre el fondo discriminatorio que se esconde en la referida norma. Asimismo, en el primer capítulo, ahondaremos en las consecuencias prácticas del artículo 120 del Código Penal, sobre la base de estadísticas oficiales de los últimos años en el país.

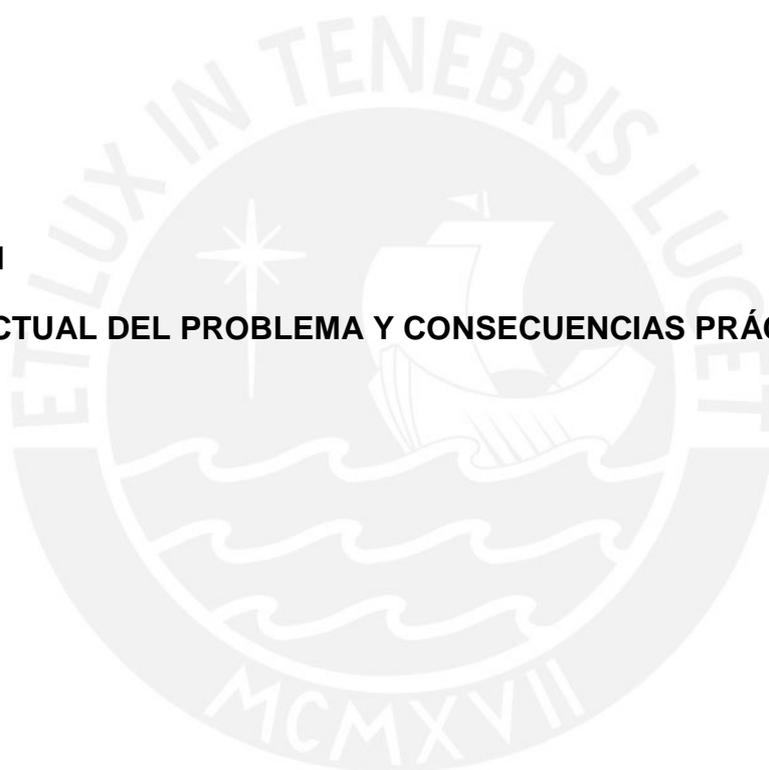
En el segundo capítulo se expondrá acerca de las posturas del aborto y los principales argumentos que defiende cada una de ellas. También se revisará un supuesto especial, relacionado al aborto tras un embarazo que es producto de una violación sexual, sin importar si es dentro o fuera del matrimonio; así como la forma en la que este supuesto es analizado en países cercanos como Chile y Argentina, a raíz de los cambios legislativos que en esos países se discuten y los postulados que se aprueban o rechazan en los últimos tiempos.

Por último, en el tercer capítulo pondremos en evidencia cómo la supremacía de la realidad colisiona con una norma que ha quedado obsoleta. Se expondrán casos reales que han puesto contra la pared al Estado peruano en instancias internacionales; por ser casos que nos han confrontado con una situación que se repite a diario en el país y que debería hacernos reflexionar sobre el verdadero papel que cumple el Derecho penal en una sociedad del siglo XXI.



CAPÍTULO I

ESTADO ACTUAL DEL PROBLEMA Y CONSECUENCIAS PRÁCTICAS



En este capítulo se explicará cuál es la situación actual del problema abordado y se expondrán las razones que impulsan a colocar en debate los aspectos centrales postulados en el artículo 120 del Código Penal; todo ello con la finalidad de determinar y dar solución a los retos, desafíos y dificultades que plantea su mantenimiento o despenalización de nuestra legislación penal.

El artículo 120 fue incorporado al Código Penal en el año 1991 y, desde esa fecha, se mantiene inalterable; siendo que, hasta la actualidad, es uno de los pocos tipos penales que no ha sufrido ningún cambio ni modificación, ni en cuanto a su estructura típica, ni en cuanto a la pena con la que se sanciona la misma.

Quizá por esa falta de actualización, de búsqueda de vigencia en el tiempo, de falta de apego a lo actual, es que se ha convertido, para utilizar una frase del profesor Manuel Abastos, en una norma que ha envejecido sin ser aplicada.¹

Las cifras, que se verán más adelante, son elocuentes y demuestran que, en la práctica, el artículo 120 del Código Penal no ha tenido consecuencias jurídicas relevantes; y, lo peor de todo, es que no se ha hecho nada significativo al respecto para cambiarla, modificarla o derogarla.

Antes de abordar qué dice el proyecto del nuevo Código Penal que fue publicado por el Ministerio de Justicia en mayo de 2017, se planteará, cuál es el problema con el artículo 120 del actual Código Penal; para, con la problemática más clara, pasar a evaluar la eventual solución al mismo. A continuación, desarrollaremos ambos puntos y plantearemos algunas respuestas.

Habría que mencionar, en primer lugar, que en nuestro país el aborto se encuentra regulado como delito por la legislación actual. Figura dentro del Título Primero del Código Penal, denominado delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; y, en específico, en el capítulo II, que comprende los artículos que van desde el 114 hasta el 120.

Lo que se desprende de estos artículos es que, para el Código Penal, el aborto está prohibido y se sanciona, no siendo admisible para nuestro legislador en casi todos sus supuestos. Aparentemente, lo que se busca proteger es la vida del futuro bebé a toda costa, es decir, en el delito de aborto, el bien jurídico protegido es la vida humana dependiente. Sin lugar a dudas, se trata de un bien jurídico de suma transcendencia, importancia y reconocimiento², que está

¹ ABASTOS, Manuel. Citado por HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal: Parte General. Lima: EDDILI, 1987, p. 58. Abastos utiliza esta cita cuando se refiere al Código Penal. Según él, su raro destino es el de "envejecer sin haber sido aplicado".

² CASTILLO ALVA, José Luis. Derecho Penal. Parte Especial I. Lima: Grijley, 2008, p. 936.

recogido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú y en el artículo 1 del Código Civil; además de en normas internacionales, como es caso del inciso 1 del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En cada una de estas normas se reconoce el derecho a la vida desde su concepción. Esa es la premisa principal, según se entiende.

El problema radica en que el nivel de protección que se le da a ese futuro bebé va variando en relación con ciertos aspectos concretos que no están del todo claros y que, por el contrario, contribuyen a incrementar las dudas sobre si estamos, en este punto concreto, frente a un bien jurídico que es digno de toda protección. A continuación, se verá cómo y por qué.

Para entender el problema, es necesario hacer algunas precisiones. En la norma sólo hay una excepción para la sanción del aborto, la que está relacionada con el Aborto Terapéutico y se expresa en el artículo 119 del Código Penal. Esta es la única forma de aborto que no es punible en el Perú y se regula en el artículo 119 del Código Penal, el que a la letra 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 para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”.

Este artículo es el único que reconoce una excepción expresa respecto de la punición del aborto; lo que hace que, solo en el caso en el que la vida de la madre se encuentre en riesgo y el aborto sea la única manera para salvarla o evitar un mal grave y permanente en su salud, el legislador considere la conducta impune. Nótese que, en este caso, el conflicto entre el derecho a la vida del concebido y el derecho a la salud de la madre, ha sido resuelto por el legislador a favor de esta última; lo que, en el fondo refleja la aplicación de un plan de política criminal que no se condice, necesariamente, con la lógica que el legislador mantiene respecto a otros supuestos de aborto contemplados en el Código Penal, lo que pone en evidencia una falta de coherencia y sistematicidad en torno a la regulación de esta figura.

De esta manera, para el legislador peruano, todos los demás supuestos de aborto se sancionan y prohíben, optándose siempre, frente a cualquier otro conflicto de derechos, por resolver el test de proporcionalidad y la ponderación a favor de la vida del concebido.

Ahora bien, dado ese contexto en el presente trabajo de investigación nos centraremos en dos supuestos específicos de prohibición, que son sancionados por el legislador penal, con poco rigor o con menor pena. Estos se conocen como atenuantes y se encuentran comprendidos en el artículo 120 del Código Penal, el que contempla los supuestos de “aborto sentimental” y de “aborto eugenésico”.

En la línea de lo expuesto, antes de abordar el tema central de este trabajo, conviene hacer una precisión sobre las diferencias entre las figuras de aborto y de homicidio, y las diferencias que existen entorno a los conceptos de vida humana dependiente y de vida humana independiente. Esta discusión es importante, pues existen discrepancias sobre cuándo termina una y cuándo comienza la otra; y porque, además, es la base para establecer cuál es el bien jurídico protegido y en juego en el delito de aborto.

1. Antecedentes dogmáticos

Al respecto, lo primero que habrá que decir es que el derecho a la vida es un derecho fundamental y constitucional³. Tiene, además, explícito reconocimiento internacional, pues goza de plena protección en la Convención Americana de Derechos Humanos, en la Convención Europea de Derechos Humanos y está también recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles.

El problema fundamental radica en establecer el límite de inicio de la vida humana de un ser. Tal como señala Villavicencio, esa dificultad para establecer el punto exacto del inicio de la vida humana dependiente reside en el carácter dinámico de la vida, la que implica un proceso biológico, psicológico y social. Los constantes cambios en el campo de la medicina en materia de reproducción asistida, por ejemplo, son la más clara muestra de que este tema no se agota en el tiempo con definiciones inamovibles ni conceptos inalterables.

Algunos autores como Requejo y Reinaldi consideran que la vida humana dependiente inicia con la fecundación del óvulo por el espermatozoide⁴. Otros consideran, en cambio, que empieza con la anidación del óvulo fecundado en el útero. Las diferencias son sutiles, pero existen. Lo concreto es que en nuestro ordenamiento jurídico este segundo criterio es el que prevalece.

Desde ese momento, ese ser se convierte en una vida humana dependiente, pues no podría existir sin los cuidados de su madre o sus médicos. En este estadio ya empieza a gozar de la protección jurídica a la vida y cualquier atentado contra ese embrión o feto es considerado como delito de aborto.

No es asunto del Derecho Penal establecer cuándo empieza o cuándo termina la vida humana dependiente. Esa no es, o por lo menos no debería ser, la materia de discusión en el plano jurídico, pues se desviaría de su objeto de

³ Se encuentra contemplado en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Perú.

⁴ REQUEJO CONDE y REINALDI. Citados por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Protección del derecho a la vida. En: Libro Homenaje Al Profesor José Hurtado Pozo: El Penalista De Dos Mundos. Lima: IDEMSA, 2013, p. 722.

estudio y competencias. Por ello y para esclarecer con mayor claridad y solvencia los límites entre la vida humana dependiente y la vida humana independiente, el Derecho Penal se sirve de la ciencia, la medicina, la genética y otras especialidades afines que aportan en este campo de manera más sólida.

Son varias las posturas para establecer cuando empieza la vida humana dependiente. Revisemos brevemente algunas de ellas⁵.

1.1. Postura de la fecundación

Para esta postura el inicio de la vida humana dependiente comienza con la unión del gameto femenino con el masculino, es decir resulta de la unión del espermatozoide con el óvulo. Este fenómeno ocurre, por lo general, en las trompas de falopio. Para los seguidores de esta postura, aquí surge un nuevo ser, distinto a los padres. Hay que tomar en cuenta que la fecundación, en los procesos de reproducción asistida, puede tomar entre 10 a 15 horas.

1.2. Postura de la concepción

Los seguidores de esta postura señalan que este es el segundo momento en la formación de la vida. Es la fase final del proceso de fertilización y consiste en la etapa en la cual el óvulo fecundado, también llamado ovocito pronucleado, empieza un proceso de cambios en su estructura hasta convertirse en lo que se denomina un cigoto. Luego, en los siguientes días, este cigoto irá bajando por las trompas de Falopio. Esta etapa de desarrollo del embrión terminará cuando se convierta en un blastocito.

1.3. Postura de la anidación

Para esta postura, el inicio de la vida humana dependiente comienza recién con la implantación del óvulo fecundado o cigoto en el útero de la madre. Este evento biológico, que ocurre 14 días después de la fecundación, tiene gran respaldo de la ciencia médica abocada a la reproducción asistida; pues, antes de que el cigoto sea implantado en el útero materno, atraviesa por un proceso en laboratorio que puede no resultar efectivo y no por esa razón un médico es pasible de ser denunciado por haber cometido un aborto. Incluso, durante el proceso de la anidación, existe un 50 por ciento de probabilidades de que el embrión no llegue a anidar en el útero materno.

⁵ Para profundizar en este punto, ver: VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético: Principios generales. Quinta edición. Lima, Grijley, 2013. p. 37-52

El profesor español Francisco Muñoz Conde ha desarrollado esta postura de manera amplia. Su línea argumentativa se basa en tres aspectos principales: El primero encuentra sustento en el vínculo orgánico que se establece entre el embrión y la madre solo durante la anidación. El segundo, llama la atención en el hecho de que no se puede admitir la fecundación como el proceso para determinar el comienzo de la vida, pues ello implicaría también considerar aborto en la destrucción de los óvulos fecundados en un laboratorio durante un proceso de fertilización in vitro; esto originaría un problema adicional sobre el que el legislador en el Perú no ha mostrado siquiera interés en trabajar. Y, el tercer argumento tiene que ver con un asunto de política criminal, pues el proceso de anidación brinda un margen de acción más amplio a los métodos anticonceptivos, que actúan precisamente evitando que el embrión fecundado anide en el útero de la madre.⁶

Los seguidores de esta postura señalan, además, que en el proceso de anidación el embrión establece estímulos con las células de la madre. Sin embargo, aún no existen impulsos cerebrales propios del ser humano.

1.4. Postura de la actividad cerebral

Para esta postura, la vida humana dependiente existe recién cuando se produce la primera actividad cerebral, y eso, por lo general ocurre entre los días 43 y 45 contados desde la fecundación. Este factor será muy importante en una historia real que expondremos más adelante sobre el proceso de gestación de una criatura anencefálica, es decir carente de cerebro. A pesar de que se sabía que sus posibilidades de vida eran remotas, cuando no escasas, a la madre se le negó la opción de interrumpir libremente ese embarazo.

La postura de la actividad cerebral es avalada por el mismo razonamiento deductivo que se utiliza para declarar el fin de la vida de una persona. Si la muerte de un ser está basado en el estado irreversible de sus funciones cerebrales, el razonamiento de esta postura, indica que lo más conveniente es declarar el inicio de la vida de un ser, cuando éste posee recién actividad cerebral.

En un sentido jurídico, lo más conveniente sería declarar el inicio de la vida humana dependiente utilizando el mismo criterio que se utiliza para declarar su muerte; es decir, la actividad cerebral. Este es un tema que genera una gran controversia, pero quienes la respaldan consideran que es adecuado este punto de referencia para determinar el inicio de la vida

⁶ MUNOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial, Onceava edición, Valencia: Tiran lo Blanch, 1996, p. 81.

humana dependiente, pues hacerlo antes, provocaría adelantar las barreras de protección en el Derecho Penal. Si bien esta vertiente ha ganado seguidores, la postura de la anidación es la mayoritariamente más aceptada en nuestro país.

Como se puede observar existen diferentes corrientes para establecer el punto de inicio de la vida dependiente de un ser humano. Los mismos desacuerdos se dan cuando se trata de fijar el momento en que termina esa dependencia. El nacimiento del ser humano podría ser tomado como un punto de referencia, pero algunos podrían considerar que es precisamente este momento cuando el recién nacido depende más que nunca de su madre o progenitora.

Para la doctrina penal, anota Felipe Villavicencio, la vida humana independiente se inicia “con la separación del concebido del claustro materno, con sus diferentes variables como: el criterio de la percepción visual, la exteriorización, la autonomía de vida, la viabilidad, la de los medios directos en su ejecución, la ejecución directa sobre el ser que está naciendo, la expulsión total o de la respiración autónoma y el criterio de las contracciones”.⁷

Para Serrano Gómez, lo más razonable es contemplar el homicidio recién en la muerte ejecutada del ser que está naciendo y no antes. Es decir, “(...) sólo a través de la parte del cuerpo desprendido del claustro materno, o incluso pendiente de desprenderse del mismo una vez iniciado el comienzo del nacimiento”.⁸

En resumen, se podría decir que cuando se ataca o interrumpe la vida humana dependiente se está hablando de un caso de aborto; mientras que cuando se vulnera la vida humana independiente de un ser, entonces, el supuesto corresponde a un caso de homicidio.

Realizada esta delimitación, el siguiente apartado se centrará en explorar el tema central de este trabajo.

2. Marco Legal. La norma en cuestión

Este trabajo se enfoca en el artículo 120 del Código Penal, denominado por el legislador “Aborto sentimental y eugenésico”, el que se expresa de la siguiente manera:

⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Protección del derecho a la vida. En: Libro Homenaje Al Profesor José Hurtado Pozo: El Penalista De Dos Mundos. Lima: IDEMSA, 2013, p. 727.

⁸ SERRANO GÓMEZ, Alfonso y Alfonso SERRANO MAÍLLO. Derecho penal: Parte Especial, Onceava edición, Madrid: Dykinson, 2006, p. 10.

Art. 120.- Aborto sentimental y eugenésico

“El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: 1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del 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”.

Este artículo, como ya se mencionó antes, fue incorporado como tal en el Código Penal de 1991 y desde entonces no ha sufrido modificaciones. En la exposición de motivos se señala que con su incorporación “se protege el derecho a la vida del ser en formación, amparado constitucionalmente (artículo 2 inc. 1) pues al que está por nacer se le considera nacido para todo cuando le favorece”.⁹

La exposición de motivos no trae comentarios adicionales sobre este punto. Así, la comisión encargada de la elaboración del Código Penal de 1991 no hace argumentaciones ni formula apreciaciones al respecto; sino que se limita a incluir este supuesto de aborto, el mismo que está compuesto por dos numerales: el primero trata sobre el aborto sentimental y, el segundo, sobre el aborto eugenésico. A continuación, se desarrollarán y analizarán cada uno de estos puntos:

2.1. Aborto sentimental

El primer punto del artículo 120 del Código Penal señala que:

“El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: 1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o (...)”

Este supuesto de aborto significa que, si una mujer decidiera abortar al bebé que es producto de una violación sexual fuera del matrimonio, recibiría un reproche penal con tres meses de prisión cuanto menos. En este caso, el aborto se sanciona con una pena privativa de libertad, pues así lo señala dicha norma.

Como se verá más adelante, en el fondo se cree que lo que regula el primer punto del artículo 120 del Código Penal es un asunto distorsionado y

⁹ Exposición de motivos del Código Penal de 1991. p.13.

discriminatorio. Pareciera que el legislador está protegiendo el mismo bien jurídico en dos espacios distintos, pues cuando se trata del aborto de un bebé que es producto de una violación dentro del matrimonio, la norma que se aplica en ese supuesto es el tipo penal general que contempla una pena más drástica de hasta dos años de cárcel (Para ser concretos, se emplea el tipo básico del aborto, es decir, el artículo 114 del Código Penal.¹⁰) ; mientras que, cuando el embarazo se produce por una violación sexual fuera del matrimonio el disvalor de acción es menor y la pena por el aborto solo llega a tres meses de cárcel.

Se puede observar que la diferencia es sustancial, pues el reproche penal que se estima para los casos de violación ocurridos dentro del matrimonio, es una pena privativa de libertad no mayor de dos años, mientras que el reproche penal cuando el caso ocurre fuera del matrimonio es de tres meses como máximo. No se entiende por qué es así, si no hay mayores diferencias: en ambos casos se trata de abortos que son producto de una violación. El que ocurra dentro o fuera del matrimonio no tendría por qué hacer mayores distingos debido a que la acción lesiva es la misma. Se viola y se embaraza en uno y otro caso. El atentado sexual es igual, tanto si ocurre dentro como fuera del matrimonio, llegando a ser discriminatorio encontrar diferencias para un acto tan aberrante como es la violación sexual.

En el siguiente cuadro comparativo se podrá apreciar mejor cómo estos dos hechos similares en cuanto a la vulneración de este bien jurídico tienen sanciones distintas.

Tabla 1: Tratamiento diferenciado del mismo delito

	Aborto como consecuencia de una violación fuera del matrimonio	Aborto como consecuencia de una violación dentro del matrimonio
Artículo del Código Penal	120	114
Sanción	Pena privativa de libertad no mayor de 3 meses	Pena privativa de libertad no mayor de 2 años (24 meses)

Elaboración propia.

¹⁰ El artículo 114 del Código Penal contempla el Autoaborto, el que a la letra dice: *“La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de la libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas”*.

Si el atentado sexual es el mismo, no hay forma de entender ni estimar con claridad por qué los resultados punitivos son dispares y hasta absurdos. Así es totalmente discriminatorio e inexplicable considerar que cuando la violación ocurre fuera del matrimonio, el disvalor de la acción disminuye; y que, por el contrario, aumenta cuando sea el propio cónyuge quien ejecuta la violación. Todo parece indicar que entre ambos supuestos no se condice el principio de igualdad que consagra la Constitución; lo que revela una incorrecta formulación de la norma, que tendría un correlato inmediato con la violación sexual dentro del matrimonio o entre cónyuges, como también se le conoce.

Es más, incluso podría decirse con cierta legitimidad que mayor disvalor de acción se encontraría en la violación sexual realizada por uno de los cónyuges o convivientes en el marco de una relación sentimental; lo que, de por sí, debería conllevar a que, en el supuesto en que la mujer que sufrió el acto de agresión sexual quedara embarazada; su aborto sea, con mayor razón, considerado una atenuante y un supuesto de exclusión de responsabilidad penal, lo que, como se ha indicado, no ha sido valorado por el legislador penal.

Ahora, si bien en la actualidad no hay mucha discusión sobre la configuración de este delito de agresión sexual que atenta contra la dignidad de la pareja dentro del matrimonio, no siempre fue así. Este delito es reconocido como tal recién con el Código Penal de 1991. Antes sólo se consideraba a la mujer como única víctima del maltrato sexual de su pareja quien, como parte de sus derechos matrimoniales, podía ser sometida carnalmente en el lugar y momento que se le antojara al esposo y en las circunstancias que éste estimara; o, viceversa, de la mujer hacia el hombre. En cualquiera de los escenarios se trataba de un trato denigrante, abusivo y violento contra uno de los integrantes del matrimonio, muy propio del pensamiento medieval.

En sintonía con esa corriente, el artículo 196 del Código Penal de 1924, sancionaba la violación sexual sólo cuando ocurría fuera del matrimonio, con una pena mínima de 2 años de prisión. No se hablaba nada de la violación dentro del matrimonio, pues ella estaba tácitamente permitida y tolerada.¹¹ Peña Cabrera señala: "el cónyuge podía ser todo lo brutal que quisiera, pero su actitud era irrelevante desde el punto de vista penal, salvo que se menoscabara la integridad física de la mujer, en cuyo caso respondería por vías de hecho o por lesiones".¹²

¹¹ Esta práctica se conocía como Débito Conyugal. Los esposos estaban obligados a prestarse relaciones sexuales de manera recíproca y estaba exenta de sanción penal.

¹² PEÑA CABRERA, Raúl. Citado por VILLANUEVA FLORES, Rocío. La violencia sexual: un problema de seguridad ciudadana. En: Serie Informes Defensoriales No. 21. Lima: Defensoría del Pueblo, 2000, p. 11.

Creemos que en el artículo 120 del Código Penal aún quedan algunos rezagos de este punto de vista que, en el marco de un Estado Constitucional moderno se pensaba ya estaba desterrado, por no condecirse con los derechos a la igualdad del que gozan sin distinción todas y todos los ciudadanos.

Ahora veamos la otra atenuante que señala el artículo 120 del Código penal.

2.2. Aborto Eugenésico

Este tipo de aborto está vinculado a un asunto estrictamente médico. La norma indica que el aborto será reprimido con una pena privativa de libertad no mayor de tres meses: “2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento, graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”.

Esto quiere decir que, si una mujer decide abortar al bebé que lleva en su vientre, porque sabe que tiene graves problemas médicos; los que, probablemente, harían complicada su existencia futura, no podría hacerlo sin que su conducta sea criminalizada. Hay terribles historias de mujeres que podrían hacer estrellar esta norma contra la realidad. Con la finalidad de entender los alcances de las consecuencias jurídicas de esta figura, nos centraremos en algunas de estas devastadoras experiencias en un capítulo más adelante, donde se expondrá lo trágico de una vida inviable y las consecuencias que puede provocar ello en la madre de la criatura y en sus seres más cercanos.

En este extremo es pertinente definir qué es una tara física o psíquica. Según Hurtado Pozo, tara es toda “lesión orgánica o trastorno funcional, que indica enfermedad constitucional y hereditaria”.¹³ El mismo autor señala que además de éstas, es conveniente tomar en cuenta a “(...) las deformaciones o trastornos fisiológicos o psíquicos provocados por influencias externas durante el embarazo; por ejemplo, el consumo de medicamentos (talidomina) o de drogas (alcohol, tabaco, cocaína), la exposición a radiaciones (rayos X), enfermedad de la madre, intervención quirúrgica deplorable, etc”.¹⁴

No se trata, por lo tanto, de cualquier anomalía física o psíquica, sino de aquella que limite la futura vida del nuevo ser o la haga inviable. Antes de interrumpir el embarazo, esta circunstancia deberá ser diagnosticada previamente por un médico, quien gracias a los avances tecnológicos ahora puede saber con mayor precisión y en menor tiempo, si un ser presenta

¹³ HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal: Parte especial 2. Aborto. Lima: Ediciones Juris, 1994, p. 88-89.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 89.

malformaciones durante su desarrollo en el vientre de su madre y sugerir opciones menos traumáticas para la gestante y su familia.

3. Dictamen del nuevo Código Penal. Propuesta del Ministerio de Justicia

En mayo de 2017, el Ministerio de Justicia hizo público el proyecto sobre el nuevo Código Penal. El proyecto fue revisado y validado por un grupo de expertos que integraron el Consejo Nacional de Política Criminal del país hasta diciembre de 2016.¹⁵

El tema del aborto fue abordado y, aparentemente, se proponía un cambio sustancial en lo que respecta al supuesto que se analiza en este trabajo. El artículo 120 del Código Penal figura en este nuevo proyecto como el artículo 213. Esta nueva norma lo enuncia de la siguiente manera: *“El Aborto por violación sexual, inseminación artificial no consentida o por graves taras físicas o psíquicas del concebido (...)”*. Y luego precisa:

“(...) es reprimido con limitación de días libres de diez a cincuenta jornadas, cuando: a. El embarazo sea consecuencia de violación sexual o inseminación artificial no consentida, siempre que los hechos sean denunciados o investigados, cuando menos policialmente. b. Es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”.¹⁶

El aborto, en este supuesto, ya no se castiga con tres meses de pena privativa de libertad, sino solo con una pena de limitación de días libres, con jornadas que van desde los 10 a los 50 días. Como se observa, el reproche penal en este nuevo proyecto parece aún más simbólico que antes. Si una de las funciones de la pena era servir de prevención general, es probable que con esta nueva sanción no se logre prevenir nada significativo; lo que evidencia que el proyecto del nuevo Código Penal tampoco trajo consigo avances significativos en esta materia, a la luz de los principios constitucionales que limitan la actuación del Derecho Penal.

¹⁵ Este grupo de trabajo estaba integrado por representantes del Poder Judicial, el Ministerio Público, el Ministerio del Interior, la Defensoría del Pueblo, el Congreso de la República, la Municipalidad Metropolitana de Lima, la Asociación de Municipalidades del Perú, la Dirección General de la Policía Nacional del Perú, de Conasev, el INPE, la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos, el Colegio de Abogados de Lima y María Soledad Pérez Tello (Presidenta del Consejo Nacional de Política Criminal), el Doctor Víctor Manuel Quinteros Marquina (Secretario Técnico del Consejo Nacional de Política Criminal y Director General de Política Criminal y Penitenciaria).

¹⁶ MINISTERIO DE JUSTICIA. Proyecto de nuevo código penal. http://spij.minjus.gob.pe/content/banner_secundario/img/muestra/PROYECTO-DEL-CODIGO-PENAL.pdf. Visitada el 1 de octubre de 2018.

La única contribución que puede apreciarse en este proyecto normativo es haber desaparecido como aspecto a tomar en cuenta el aborto producto de una violación fuera o dentro del matrimonio. En este nuevo proyecto, este asunto discriminatorio ya no se menciona, deja de ser importante; es decir, se supera lo que para muchos era un evidente anacronismo que únicamente tenía sustento en la desigualdad.

No obstante, hay un aspecto singular que esbozaron los representantes de la Defensoría del Pueblo cuando propusieron la despenalización de este supuesto del delito de aborto. Para ellos, el artículo 213 del nuevo proyecto del Código Penal (art. 120 del Código Penal actual) no debería seguir siendo incorporado en la norma.

Es un gran avance. Sin embargo, el proyecto del Nuevo Código Penal sigue siendo sólo eso por ahora, un proyecto que, por el momento, no merece mayor atención y que, en el fondo, tampoco solucionaba la problemática antes expuesta, manteniendo el uso de un Derecho Penal simbólico, proscrito en nuestro ordenamiento.

Este asunto permite preguntarnos si ésta, en verdad, es la razón esencial del Derecho Penal. Al respecto, Roxin señala que el Derecho Penal no protege inmoralidades, cuestiones éticas o creencias que no sean merecedoras de protección penal¹⁷. En un Estado de Derecho, social y democrático, en el que se busca la prevención general de un delito a través de la pena, no parece muy sensato reprochar una acción lesiva a un bien jurídico con una sanción de tres meses de cárcel o con días multa, como pretende el nuevo proyecto de Código Penal, y no parece haber ninguna justificación para ello, si lo que se busca es enviar un claro mensaje de advertencia para evitar su comisión.

Lo único que se produce con todo esto es un efecto contrario. Debilita el mensaje de la norma, la hace menos efectiva para disuadir o prevenir el delito. De lo que hasta aquí expuesto, pareciera que la incorporación de este tipo penal, únicamente se sustenta en cuestiones morales, éticas y religiosas a las que el legislativo no quiere renunciar; incluso, pese a saber que el uso del Derecho Penal no llevara a la modificación de la conducta y a la existencia de consecuencias sociales (que serán analizadas más adelante) que agravan la situación y que solo generan la proliferación de abortos clandestinos y de muertes en lugares insalubres donde se practican abortos de forma ilegal.

¹⁷ ROXIN, Claus. Derecho penal: Parte general. Tomo I. 2 da edición. Traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p 53-57.

Como ejemplo de esta contradicción y mal uso del Derecho Penal en el que incurre el legislador, tenemos las pocas posibilidades de aplicación de la norma a nivel procesal, incluso en los casos en los que pueda demostrarse probatoriamente la comisión de estas formas de aborto atenuado. Así, veamos lo que ocurre tomando en cuenta la prescripción de la acción penal.

4. Consecuencias procesales. La prescripción de la acción penal

Como ya se ha visto hasta ahora, el problema no solo es de fondo, sino que va más allá y se traslada a lo procedimental. La determinación judicial de la pena es una arista importante que no se debe pasar por alto. Es en realidad lo sustancial para este análisis y, por ello, no conviene perder este asunto de vista; pues el reproche penal pone en evidencia la poca transcendencia real de la norma y su grave deficiencia en la aplicación práctica: la prescripción, en este supuesto penal, juega un papel clave.

El artículo 120 del Código Penal castiga hasta con un máximo de tres meses de pena privativa de libertad a quien es alcanzado con esta figura penal. Sin embargo, resulta evidente que, en la realidad, esta norma deviene en inaplicable por varios motivos.

El primero tiene que ver con la poca celeridad procesal de los aparatos de justicia del país. Una denuncia penal, por más sencilla que sea, toma en su fase de investigación policial, 6 meses de plazo cuando menos. En el mejor de los casos, puede transcurrir un año o un año y medio, sin que se presente formalmente la denuncia fiscal; y otros meses más, antes de que un juez procese y luego sentencie. Reyna Alfaro insiste en este aspecto al señalar lo siguiente:

*“Si tomamos en consideración la duración promedio de un proceso penal podremos notar con claridad que no resultará posible en ningún caso y pese a la celeridad con que se actúe, determinar responsabilidad penal de una persona e imponerle una pena sin que hayan superado los plazos ordinarios y extraordinarios de prescripción de la acción penal”.*¹⁸

A la lentitud procesal habría que añadirle, además, que la pena que se impone en el artículo 120 es de una asombrosa intrascendencia jurídica. Eso se refleja con más elocuencia si uno revisa las estadísticas oficiales de condenas en los

¹⁸ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Reflexiones sobre las propuestas de descriminalización del aborto eugenésico y sentimental. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 4, Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 29.

últimos tres años: no hay un solo reo sentenciado a nivel nacional por este artículo.¹⁹

En resumen, el plazo de la pena hace que su efectividad en la vida práctica resulte inaplicable, lo que es un aspecto central del problema. Esta situación parece estar hablando en el fondo de sanciones simbólicas o penas morales prohibidas por un derecho penal garantista. El artículo 120 señala que estas excepciones (aborto sentimental y eugenésico) tienen una pena que no va más allá de los tres meses.

Parece poco sensato insistir en que este supuesto de aborto siga normado, si el tipo penal no tiene una vigencia práctica. Al menos, no con esa sanción de tres meses: o se sanciona de manera drástica o simplemente no se sanciona. Este punto nos permite arribar a una primera aproximación y decir que hay ruido en la norma, pues no responde a un Derecho Penal constitucional moderno. Así, en la práctica, la pena en el artículo 120 del Código Penal resulta ser más una sanción moral que contraviene a los principios que limitan la actuación del Derecho Penal.

5. Matrimonio: Tratamiento Discriminatorio y vulneración de los principios que limitan el Derecho Penal

Desde el punto de vista material, el problema apunta a que existe una diferente protección a la misma figura. El legislador nos dice, en buena cuenta, que no se puede comparar el aborto producto de una violación fuera del matrimonio, del que se produce dentro de él. La norma parece no proteger de igual manera a ambos bebés, pues hace distinciones con el bebé bastardo, como si esto importara o valiera menos para la sociedad. Con esto queda en evidencia una lamentable tara que parecía haber sido superada hace mucho tiempo y que esconde en el fondo un potente contenido religioso y moralista sobre el hijo bastardo, y con la esfera en la que se produce el acto lesivo de la violación. La violación fuera del matrimonio se castiga con menos pena que la violación que se produce en el seno de la vida marital.

Esto, por supuesto, colisiona con los principios limitadores del Derecho Penal. La Constitución del Perú es clara y consagra que, en un Estado de derecho como el nuestro, se respeten los principios de legalidad e igualdad de todas las personas. El aborto por violación, dentro o fuera del matrimonio, debe castigarse de igual forma, sin distinciones. A igual atentado, igual sanción. O, como ya se dijo líneas arriba, no se castiga. No se puede entender a cabalidad el fundamento real para hacer esas diferencias en la norma.

¹⁹ Información proporcionada por el Instituto Nacional Penitenciario y el Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a Pena Privativa de Libertad Efectiva (Renadesppl).

En esta línea, otro principio del Derecho Penal que tampoco se condice con el artículo 120 del Código Penal, es el de intervención mínima. Según este principio constitucional que limita la actuación del Derecho Penal, este debe tener carácter de última ratio por parte del Estado. Esto significa que está para la protección de los bienes jurídicos y sólo para aquellos que tengan mayor relevancia frente a los ataques más graves. La intervención del Derecho Penal sólo debe estar reservada para casos extraordinariamente graves y sólo cuando otros mecanismos de control formal o informal hayan fracasado.

Estos principios, que limitan la intervención penal, no parecen ser compatibles cuando hablamos del supuesto de aborto contemplado en el artículo 120 del Código Penal. Castigar con tres meses de pena privativa de libertad, a la luz de lo explicado en torno a la prescripción de delito, nos habla más bien de un castigo simbólico, lejano de los principios constitucionales del ius puniendi.

Lo que al final se revela es la influencia del sector religioso en el contenido de la norma. Han transcurrido 27 años desde que entró en vigor y, desde entonces, no ha sufrido ninguna modificación. Sobre ese desfase histórico se volverá más adelante.

6. Estadísticas de entes estatales. Repercusiones sociales. Cifra negra

Con la finalidad de contrastar la correspondencia del artículo 120 del Código Penal con el quehacer judicial del día a día, se solicitó información al Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y al Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a Pena Privativa de Libertad Efectiva (Renadespple) que depende del Ministerio Público.

A ambas instituciones se les pidió proporcionen las cifras a nivel nacional de los internos que estuvieran procesados o sentenciados por el delito de aborto sentimental y eugenésico de los últimos tres años. La petición de información también incluyó las cifras de las sentencias impuestas con ocasión del delito de aborto en cualquiera de sus formas en los últimos tres años.

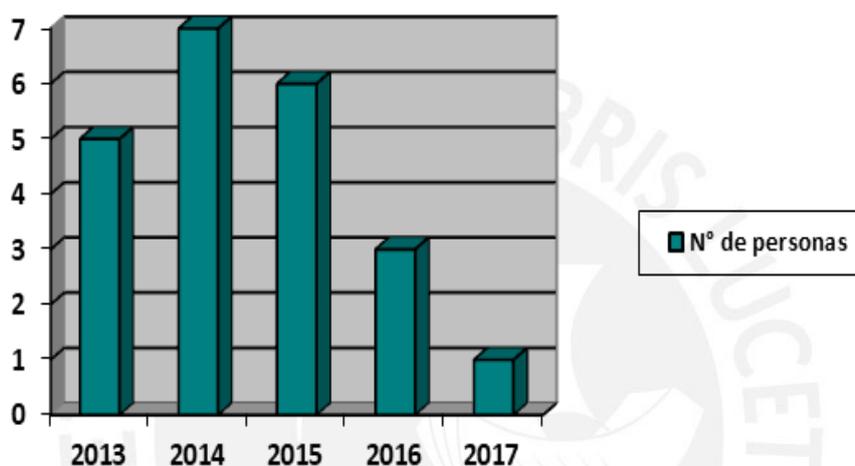
Respecto al primero de los puntos, tanto el INPE como el Renadespple no pudieron responder nada. En sus archivos y bases de datos no figura una sola persona internada, procesada o sentenciada por el delito de aborto sentimental o eugenésico a nivel nacional. Este es un indicador elocuente de la nula transcendencia de la norma en la realidad, debido a que no se aplica en el día a día judicial.

Sobre el segundo punto de la petición de información, las cifras tampoco son muy alentadoras. De acuerdo con el Renadespple hubo 89 detenciones a nivel nacional por delitos de aborto en el 2017; 59 en el 2016 y 89 en el 2015. En este mismo lapso, las mujeres representaron la mayor cantidad de personas

detenidas: 127 en total frente a 110 hombres detenidos. La mayor cantidad de detenciones (58 casos) se produjeron en Arequipa entre el 2015 y el 2017.

Cuando estas estadísticas se trasladan al plano penitenciario, las cifras cobran otra dimensión. En el siguiente gráfico, elaborado con información proporcionada también por el INPE, se muestra la población penitenciaria relacionada al delito de aborto entre los años 2013 y 2017. La columna de la izquierda corresponde al número de personas encarceladas por este delito.

Tabla 2: Población penitenciaria por delito de aborto



Fuente: Unidades de Registro Penitenciario
Elaboración INPE/ Unidad de Estadística

Se trata de una cantidad ínfima, si se tiene en cuenta que la población penitenciaria en todo el país a febrero de 2018 alcanzaba la cifra de 86,229 personas.²⁰

De acuerdo con el cuadro mostrado, en los últimos cinco años, apenas 22 personas, a nivel nacional han pisado la cárcel por el delito de aborto en general; de esos, ni uno solo corresponde al supuesto de aborto sentimental ni eugenésico. Lo que estas cifras reflejan en el fondo no es que no existan abortos, sino que una gran cantidad de estos se practican de manera clandestina y, además, que los casos descubiertos quedan impunes. Lo realmente preocupante es que, al ser considerado un delito, las mujeres optan por buscar lugares encubiertos para practicarse el aborto, poniéndose así en grave riesgo de muerte; y, generándose con ello, toda una problemática social.

Al respecto, un informe interno de la ONG Flora Tristán señala:

²⁰ Información proporcionada por el Instituto Nacional Penitenciario y el Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a Pena Privativa de Libertad Efectiva (Renadesppl).

*“Negar a las mujeres el derecho a decidir en condiciones legales y seguras genera como principal consecuencia los abortos inducidos, los mismos que según la definición de la Organización Mundial de la Salud, son aquellos que se realizan de forma clandestina, sin personal capacitado y sin los procedimientos sanitarios necesarios, exponiendo de esta forma a las mujeres a graves riesgos en su salud e incluso a mortalidad”.*²¹

La criminalización de esta conducta ha generado, según Peña Cabrera, otras consecuencias nefastas. La más importante es que se promueve *“la aparición de una verdadera Industria del Aborto”*.²² Una industria perversa que se promociona a través de internet, en avisos de diarios, a través de carteles en calles y postes, y hasta en pequeños anuncios pegados en el piso de avenidas enteras.

Esta industria origina que no se cuente con una cifra real sobre el número de abortos que se practican en el país. Peña Cabrera señala que esa *“(…) cifra negra de la criminalidad es cada vez más abundante (…) conforme se agudiza la pobreza en nuestro país, más serán las mujeres que acudan a estos centros clínicos clandestinos a fin de interrumpir un embarazo no deseado y muchas de estas mujeres son adolescentes”*.²³

Se estima que al año se practican cerca de 410 mil abortos clandestinos²⁴, lo que hace que se trate de una compleja situación que muchas veces va enlazada con otro fenómeno vinculado a la violencia sexual.

6.1. Violencia sexual

Las cifras sobre violencia sexual en el Perú son abrumadoras. El Ministerio de la Mujer registró 6030 casos de violencia sexual a niñas y adolescentes mujeres, y 563 casos de niños y adolescentes hombres.²⁵

Durante el mismo periodo, el Ministerio Público contabilizó más de 25 mil denuncias por violación, lo que hace un promedio de 70 denuncias diarias por este tipo de crímenes. Según esta misma fuente, el 76% de víctimas fueron

²¹ Informe interno proporcionado por ONG Flora Tristán. Análisis Contextual sobre Violencia y Embarazo no Deseados en el Perú.

²² PEÑA CABRERA, Alonso. Derecho penal: Parte especial. Lima: IDEMSA, 2008, p. 177.

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*, p. 178.

²⁵ SALDAÑA SOTO, Liliana. “Abuso sexual y embarazo en niñas”. Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. <https://observatorioviolencia.pe/ninas-embarazadas/> Visitada el 10 de diciembre de 2018.

menores de edad.²⁶ Según el reporte de noviembre del 2017 del Observatorio de la Criminalidad, en los tres primeros trimestres de ese año, se registraron tres ataques sexuales cada hora.²⁷

Lo más dramático del asunto es que este tipo de crímenes, en su mayoría, no terminan sancionando al agresor, dado que de acuerdo con un análisis elaborado por la ONG Flora Tristán, “(...) *la gran mayoría de casos por violación que llegan al sistema de administración de justicia quedan impunes*”.²⁸

7. Inseminación artificial no consentida

Otros temas que tampoco llegan a ventilarse en la administración de justicia son los referidos a los embarazos producidos por una inseminación artificial no consentida y ocurrida además fuera del matrimonio. Precisamente uno de los apartados que se abordan en el artículo 120 del Código Penal y que es un supuesto de aborto que bajo estas circunstancias se sanciona de manera atenuada. Veamos por qué estos casos tampoco llegan siquiera a instancia policial.

La inseminación artificial es una técnica de reproducción asistida que procura que la fecundación tenga lugar dentro del sistema reproductor femenino. En este procedimiento se pueden apreciar dos fases bien diferenciadas. Una que se realiza en laboratorio, donde se selecciona y capacita una muestra de semen de la pareja, o donante, para potenciar su capacidad fecundante. Y otra etapa se lleva a cabo en una sala de operaciones, donde esa muestra de semen seleccionada por sus características especiales, se coloca en el útero de la paciente a través de una cánula. Esta segunda parte del procedimiento médico se realiza el día de la ovulación de la paciente para incrementar notablemente sus posibilidades de embarazo.²⁹

Este procedimiento suele estar dirigido a parejas jóvenes con leves problemas de fertilidad. Las parejas recurren a ella con la esperanza de convertirse en padres. Se trata, por lo tanto, de un procedimiento médico al que se recurre con total libertad, conocimiento informado del mismo y pleno consentimiento de las partes. Por un lado, se encuentra el médico especialista en esta materia

²⁶ MINISTERIO PÚBLICO. Observatorio de la Criminalidad. Reporte de noviembre de 2017. <https://www.mpfm.gob.pe/?K=505&id=5461>. Visitada el 10 de diciembre de 2018.

²⁷ Ibid.

²⁸ Informe interno proporcionado por ONG Flora Tristán. Análisis contextual sobre violencia y embarazo no deseados en el Perú.

²⁹ GINEFIV. Inseminación artificial. https://www.youtube.com/watch?v=jRtX-3_poDY&feature=emb_title Visitada el 27 de mayo de 2020.

que estará a cargo de todo el procedimiento y, por el otro, están las parejas que se someten de manera informada y voluntaria a la intervención médica.

En nuestro país existen algunas clínicas de fertilidad donde se realizan estos procedimientos de manera legal. Ambas partes, parejas y médico tratante, muestran su aceptación y firman documentos autorizando y dando su conformidad para realizar el procedimiento.

Esta técnica de reproducción asistida suele ser costosa en términos económicos, pero sobre todo encierra mucha carga dramática; pues la mayoría de veces las gestantes tendrán que someterse a más de una intervención de inseminación artificial antes para lograr el ansiado embarazo.

Como puede observarse es un proceso médico bastante complejo que implica movilizar toda una logística (clínica, laboratorio, especialista, asistentes, etc.) para poder lograr con éxito el embarazo de una mujer. Bajo este contexto, resulta poco probable que se pueda dar una inseminación artificial sin consentimiento de la paciente y que ello ocurra además fuera del matrimonio, tal como plantea uno de los supuestos del artículo 120 del Código Penal. Pero en caso este hipotético supuesto ocurriera y que implica que una persona se tome el trabajo de recurrir a todo este armatoste clínico para inseminar artificialmente a su víctima, ¿no es mejor acaso que la mujer afectada tenga la plena libertad de interrumpir ese embarazo que se le ha impuesto de manera forzada? Nuestra postura es que sí, y que se podría argumentar en favor de la víctima que atraviesa por un estado de necesidad para exonerarla de responsabilidad penal.

De otro lado, otro aspecto importante que no se ha tomado en cuenta es que aquí también se hace una distinción cuando la inseminación artificial ocurre fuera del matrimonio. ¿Qué ocurre si esta imposición se hace dentro del matrimonio? ¿No es igual de grave? Nuevamente vuelve a aparecer la sombra discriminatoria de la norma, el trato desigual que hace el legislador sobre un mismo delito.

8. Primera conclusión preliminar

Lo primero que se puede concluir es que para el legislador la vida humana dependiente comienza con la anidación del embrión en el útero materno y que eso ocurre 14 días después de la fecundación. Me inclino, sin embargo, por la postura de la actividad cerebral que biológicamente se ha podido establecer a partir de los días 43 a 45 después de ocurrida la fecundación. Nos adherimos a esta postura porque sigue el mismo criterio deductivo que se usa para determinar la muerte de un ser humano. Si se le considera cadáver a un ser cuando ya no tiene actividad cerebral, no habría motivos para declarar que la vida de un ser humano se da inicio antes de que esa actividad cerebral exista.

Sin duda es un asunto polémico, pero no cerrado sobre el cual se podría discutir.

Adicionalmente a ello y a la luz de lo anteriormente señalado se puede concluir preliminarmente también que detrás del artículo 120 del Código Penal parece esconderse, peligrosamente para el Derecho Penal, un prejuicio, un asunto moral, más que la persecución penal por un delito concreto. Se trata de una norma que peligrosamente dice que el aborto producto de una violación o inseminación no consentida fuera del matrimonio tiene menos sanción que la que ocurre dentro de un matrimonio. En buena cuenta, pareciera que el futuro bebé bastardo vale menos para el ordenamiento jurídico peruano.

Parece que la inseminación artificial no consentida es además poco probable que ocurra por todo lo que implica en su ejecución. Pero si ocurriese, la víctima debería tener la libertad de decidir si quiere llevar adelante ese embarazo o si prefiere interrumpirlo.

Este tratamiento diferenciado de si ocurre dentro o fuera del matrimonio nos revela también discriminación de parte del legislador al momento de evaluar el disvalor de acción según quien ejecute el atentado.

Este asunto obliga a que reflexionemos y nos preguntemos si estamos frente a un asunto de relevancia jurídica para el derecho penal, o simplemente frente a la aplicación de un derecho penal simbólico o un derecho penal de autor que se encuentra totalmente proscrito en un Estado Constitucional Moderno.

Un aspecto importante, y que es materia de análisis de la presente tesis, está vinculado con el principio de Mínima Intervención del Derecho Penal en casos como el regulado en el artículo 120 del Código Penal. Este principio supone que el Derecho Penal está reservado para los ataques “más graves” que puedan afectar a los bienes jurídicos, tras la comisión de un delito. Eso nos indica que el Derecho Penal no se ocupa de los ataques irrelevantes para la sociedad, no que debería funcionar allí donde ya no haya otra alternativa. Por ello, se precisa que es de última ratio, de última razón.

El artículo 120 no protege, con su diseño, un ataque grave o muy grave frente a una vulneración a un bien jurídico. Una norma que reprocha con tres meses de prisión a quien se ve inmerso en la comisión de este delito, no parece, en verdad, enviar un mensaje contundente ni claro, ni ser acorde con ninguna función que se le puede asignar a la pena.

En un Estado de Derecho, social y democrático, en el que se busca la prevención general de un delito a través de la pena, no parece muy sensato reprochar una acción lesiva a un bien jurídico con una sanción tan baja de cárcel. No parece haber ninguna justificación para ello, si lo que se busca es enviar un claro mensaje de advertencia para evitar su comisión.

Lo único que se produce con todo esto es un efecto contrario: se debilita el mensaje de la norma, la hace menos efectiva para disuadir o prevenir el delito, si eso es en verdad lo que se pretendía. Y eso nos lleva a otro punto importante en la persecución penal de este delito. La prescripción de la acción penal hace que este supuesto quede prácticamente sin castigo en la realidad. Las cifras son elocuentes. No hay una sola persona que haya sido encarcelada o procesada por el supuesto de aborto eugenésico o sentimental entre el 2016 y el 2019. Esta información no nos revela que no se hayan cometido abortos bajo estos supuestos, sino que probablemente se cometieron y se descubrieron y menos que se sancionaron. La cifra negra de abortos clandestinos se estima en 410 mil al año.

La cifra que sí se reporta oficialmente, y que crece de manera exponencial, es la que tiene relación con las agresiones sexuales en el país. Y esa es la otra cara de este problema que no se está viendo con seriedad. Y lamentablemente no se está visibilizando aún cuando el 76 por ciento de mujeres agredidas son menores de edad.



Capítulo II

POSTURAS JURÍDICAS SOBRE EL ABORTO



En el Perú existen dos posturas respecto del tema del aborto, las mismas que están signadas por su antagonismo y que generan una discusión tensa, complicada e insalvable.

En algunos casos es muy visible que los postulados de ambas partes estén impregnados de prejuicios, creencias religiosas o posturas ideológicas extremas. Esto complica la discusión y la posibilidad de encontrar salidas y respuestas claras. Este entrapamiento sólo provoca que el problema se agudice y se prolongue en el tiempo.

Algunos autores como Hurtado Pozo han coincidido en que este apasionado debate ha conducido a separar erróneamente, y bajo un criterio maniqueo, a estos dos grupos opuestos, como si se tratara de una lucha entre buenos y malos, como si todo se pudiera reducir a una disputa entre el bien y el mal.

Sostiene Hurtado Pozo que en este escenario, incluso, los buenos son aquellos que se oponen a cualquier atentado contra la vida humana y, por lo tanto, son quienes postulan decididamente la represión del aborto; y, los malos (el otro bando, si acaso cabe el término) son quienes buscan descriminalizar el aborto en cualquiera de sus formas, pues sostienen que esta opción es más consecuente y acorde con los tiempos que se viven en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.³⁰

Frente a este duelo de posiciones contrapuestas, Salinas Siccha refiere que hay una tercera postura. Esta plantea que el aborto puede ser impune en ciertas circunstancias indicadas, siempre y cuando haya una debida ponderación de bienes jurídicos.³¹

Sobre estas tres posturas versa el siguiente capítulo de la tesis.

1. Posturas a favor de criminalizar el aborto

Estas posturas son radicales y no admiten matices. Su fundamento principal es proteger la vida humana del feto a toda costa y sin hacer ninguna diferencia durante el periodo de gestación. Es decir, el bien jurídico protegido para esta postura es la vida del ser concebido y su defensa es total y absoluta. Para quienes defienden esta postura, la vida del no nacido tiene el mismo valor del ya nacido, lo que sostienen con total convicción.³²

³⁰ HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal: Parte especial 1. Homicidio y Aborto. Lima: Sesator, 1982, p. 166.

³¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. Curso de Derecho Penal: Parte especial 1. Lima: Palestra editores, 1998, p. 120.

³² CASTILLO ALVA, José Luis. El Delito de Aborto. Lima: ARA Editores; 2005, p. 22-23.

En este caso, la postura apuesta por la criminalización absoluta del aborto. La base de esta fundamentación antiabortista tiene sus raíces en una posición de procedencia teológica y moral, por ello no es extraño que se trate de una postura que impulsa tradicionalmente la Iglesia Católica, que por mucho tiempo ha calificado al aborto como un suceso execrable y abominable, y que, por lo tanto, también debe ser delictivo.³³

En esta línea, la Iglesia Católica sostiene que la vida es un derecho otorgado por Dios y no por los padres de una criatura. Por lo que, es sólo Dios quien decide, en primera y última instancia, sobre la culminación de la vida del ser humano; no existe nadie, autoridad o Nación, según estos postulados divinos, que pueda disponer de la vida humana de otro ser. De manera que, hacerlo es simplemente un crimen, es decir un delito. En resumen, el hombre debe obedecer el mandato de Dios y ese mandato dice: No Matar.

Por ello, para quienes defienden esta postura, regular alguna excepción en el caso del aborto para evitar su reproche penal, constituye una muestra de la decadencia moral en la que vivimos actualmente, pues atenta directamente contra el mandato divino.³⁴

La Iglesia Católica ha perseguido al aborto desde tiempos inmemoriales, casi como si se tratara de una cacería de brujas por la Santa Inquisición, por ejemplo, en 1588, el Papa Sixto V declaró al aborto, junto a la anticoncepción, como pecados mortales; quienes no cumplieran este precepto religioso podían ser excomulgados, cuando no acabar muertos en la hoguera.³⁵

Según sostiene Castillo Alva³⁶, esta postura que es sustentada tradicionalmente por la Iglesia Católica y los grupos conservadores de la sociedad, no estima ni valora de manera acertada el conflicto de intereses que se presenta entre el respeto a la vida del concebido, con la libertad de autodeterminación de una madre para decidir sobre su cuerpo.

Desde este punto de vista, esa ponderación de intereses es negada de plano, simplemente no es posible. El derecho personal de una mujer para ejercer la libertad sobre su cuerpo tiene menos relevancia frente al derecho a la vida del concebido o no nacido.

³³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal: Parte especial. Volumen 1. Lima: Grijley, 2014, p. 310.

³⁴ Por todos, ver: HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal: Parte especial 1. Homicidio y Aborto. Lima: Sesator, 1982, p. 167.

³⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal: Parte especial...Op.cit., p. 310.

³⁶ CASTILLO ALVA, José Luis. El Delito de Aborto. Lima: ARA Editores; 2005. p. 22-23.

De acuerdo con Castillo Alva, incluso se llega a equiparar la vida de un embrión con la del feto de manera absoluta y general, sin limitaciones. Se sostiene que sólo de esta manera se puede “proteger la santidad de la vida como reflejo de la voluntad divina”.³⁷

Como se puede apreciar, esta posición respetable, pero no compartida, está asentada en un asunto de fe, de creencias religiosas, de mandatos divinos, de una ley extraterrenal; lejos, por supuesto, de algún sustento científico.

Por lo tanto, debería ser merituada con seriedad, desprovista de apasionamientos y prejuicios religiosos o morales, pues de eso no se ocupa el Derecho Penal.

En el capítulo anterior ya se mencionó el carácter de intervención mínima de la ley Penal, es decir de última ratio, que opera cuando ya nada más puede hacerlo en el control social. Aquí mencionaremos, además, que el Derecho Penal también opera bajo el principio de fragmentariedad, esto significa que no puede brindar protección a todos los bienes jurídicos de la sociedad y menos protegerlos de todas las acciones lesivas como, por ejemplo, aquellas que atentan contra la moral o las creencias religiosas. Como señala Mir Puig, el Derecho Penal sólo se aboca a “(...) *las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento*”.³⁸

Si no se toma en cuenta esta observación, el problema se agudiza y podría devenir en escenarios de sanción penal inimaginables, por ejemplo, para efectos jurídicos penales, esta postura exigía el reproche penal del aborto sin excepciones; incluyendo las sanciones del aborto eugenésico, ético e incluso del aborto imprudente, como bien anota Villavicencio Terreros.³⁹

Sin embargo, en el siglo XIX, la postura de la Iglesia Católica varió un poco y dio algunas concesiones. La Encíclica Humanae Vitae admitió en 1969, como una excepción para la interrupción del embarazo, el supuesto que implique poner en riesgo la vida de la madre o de la muerte del fruto de la concepción.

No obstante lo expuesto, en algunos países, surgieron hubo algunas posiciones de rechazo frente a este avance de la iglesia, por ejemplo, algunos Obispos en Estados Unidos pidieron de manera enérgica a sus feligreses que

³⁷ Ibíd., p.23.

³⁸ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: Parte General. Décima edición. Buenos Aires: Editorial Montevideo, 2016. p. 129.

³⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal: Parte Especial. Volumen 1. Lima: Grijley, 2014. p. 310.

no obedezcan este acuerdo eclesiástico, pero no sólo se trató de animar a la desobediencia civil, sino también se usó la amenaza sutil contra sus propios seguidores, a quienes se les recordó que quien cometiera aborto en cualquiera de sus formas, sería expulsado de la iglesia de manera automática.⁴⁰

Aún en estos tiempos, de constante cambio de paradigmas y de avance tecnológico, se presenta una combinación entre Derecho Penal, moral, ética y religión. Si consideramos el importante rol que juega la Iglesia Católica en toda América Latina, entonces podremos entender su poderosa influencia para regular el aborto en los distintos ordenamientos jurídicos de la región, lo que también se ha visto reflejado en la legislación peruana, pese a que un plan de política criminal sustentado únicamente en cuestionamientos moralistas, es contrario a los mínimos de un Derecho Penal garantista.

2. Posturas en contra de la criminalización del aborto

En contraposición con lo dicho anteriormente, esta posición postula la legalización del aborto, de manera que, bajo ningún punto de vista, este delito debe ser sancionado por la ley penal, siempre y cuando se realice con el consentimiento de la gestante. Este punto es muy importante y sobre él, se volverá más adelante.

En defensa de esta posición se encuentran los movimientos liberales como los grupos feministas. En el Perú, siguen esta línea las organizaciones como Choisir, Caldem Perú, Demus, Flora Tristán, Manuela Ramos, por citar sólo a algunas de ellas.

Para esta postura, la gestante es un aspecto nuclear y; sobre ella gira toda la argumentación. Al respecto, según esta posición, el criterio de mayor relevancia plantea el respeto absoluto al derecho de la mujer para disponer de su cuerpo y de todas las partes de este, lo que incluye el fruto de la concepción que se aloja en su vientre.⁴¹

El fundamento de esta posición se asienta en una postura antigua inherente al Derecho Romano, conocida como la teoría de Portio Mulieris o teoría de Portio viscerum Matris, bajo la cual se compara “(...) *al embrión como un órgano o víscera de la mujer que lo lleva en sus entrañas*”.⁴²

⁴⁰ HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal: Parte especial 1. Homicidio y Aborto. Lima: Sesator, 1982. p. 168.

⁴¹ CASTILLO ALVA, José Luis. El Delito de Aborto. Lima: ARA Editores, 2005. p. 23.

⁴² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal: Parte especial. Volumen 1. Lima: Grijley, 2014, p. 312.

Siguiendo esta misma línea argumentativa, se encuentra la teoría de res null, la misma que considera al *“feto como una cosa, no humano, sin vida alguna, ni biológica ni espiritual; tampoco es un objeto por no tener valor económico”* y, por lo tanto, tampoco tiene derechos.⁴³

Este criterio discrecional, le brindaría a la gestante el derecho a decidir sobre cuándo ser madre. Se trata de la libre autodeterminación de la gestante, lo mismo que es decir que sólo se puede ser madre las veces que uno desee o decida serlo.

Bajo este contexto, el derecho a la maternidad muestra dos esferas: una positiva, que indica el derecho a tener hijos; y una negativa, que resalta el derecho a no tenerlos.⁴⁴

Este punto de vista nos permite enlazar el segundo argumento resaltante de esta posición, pues les otorga a los derechos de la gestante una superioridad respecto al producto de la concepción; por ello, para esta posición es inconcebible que un feto tenga mayores derechos que la mujer que lo acoge en su cuerpo.⁴⁵

Este argumento es la base de las modernas teorías de la dependencia y la de la libertad absoluta, las mismas que sostiene que el feto se encuentra en un nivel subordinado frente a la vida principal de la gestante y que dicha supremacía le permite a la madre a decidir sobre el devenir de su propio cuerpo y del producto de éste.⁴⁶

Bajo esta línea argumentativa, la gestante podría decidir interrumpir el embarazo en cualquier momento, haciendo pleno uso de su derecho a su libre elección.

Un tercer punto, y no menos importante, en esta postura que busca despenalizar o no criminalizar el aborto, es el aspecto de las necesidades económicas. No se trata de traer hijos al mundo por traerlos y menos cuando los recursos económicos son escasos o nos son ajenos. Entender que la mujer es una fábrica para procrear, cosifica su estatus como persona, la reduce; y, procrear hijos como si se tratara de pan, es también una terrible afectación a la dignidad del menor como ser humano. Que los niños vivan en condiciones infrahumanas, con hambre, sin expectativas de futuro; es tan importante como

⁴³ Ibid.

⁴⁴ CASTILLO ALVA, José Luis. El Delito de Aborto. Lima: ARA Editores, 2005. p. 24.

⁴⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. Curso de Derecho Penal: Parte especial 1. Lima: Palestra editores, 1998, p.120.

⁴⁶ VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal: Parte Especial. Lima: San Marcos, 1997, p. 146.

decidir sobre la vida misma. Por ello para quienes defienden esta posición, este es un aspecto que se debería tomar en cuenta para evaluar si es pertinente penalizar el aborto en estos tiempos.

La única variante que podría penalizarse, según esta postura, sería aquella que se realiza en contra de la voluntad de la gestante. Este es el único supuesto que debería contemplarse para castigar a quienes realicen esta mala práctica médica o quienes la provoquen, promuevan o instiguen a cometerlo; y, precisamente, porque atenta contra la libertad de decisión de la gestante y su derecho absoluto a decidir sobre su cuerpo con una clara intromisión de su voluntad.

3. El aborto como estado de necesidad tras un embarazo producto de una violación

Ante el evidente conflicto que existe entre las dos primeras posturas -una que se inclina por la punición absoluta del aborto, y la otra que propugna su despenalización- surge una tercera opción que nos habla de una criminalización relativa del aborto.

Para esta corriente sólo hay algunos supuestos que exoneran del castigo penal a quien lo cometa y lo hace teniendo en cuenta los principios mencionados líneas arriba, como son el de intervención mínima y el de fragmentariedad.

La directriz de estos supuestos está basada en una correcta ponderación de bienes jurídicos y, al igual que en un estado de necesidad, se debe decidir un valor por sobre el otro. En este caso, los valores a ponderar serían, por un lado el derecho a la vida del concebido, y por el otro lado, los derechos personales de la mujer: a la vida, la salud, la libertad personal, a la intimidad, entre otros.

Esta ponderación de bienes jurídicos tiene un correlato en el artículo 119 del Código Penal de nuestro ordenamiento jurídico y está referido al aborto terapéutico, este es el único supuesto de aborto que está exento de sanción penal y dice lo siguiente:

“Art.119.- Aborto terapéutico impune. 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”.

Como se puede apreciar, la ponderación de bienes jurídicos, en este supuesto específico, se resuelve a favor del derecho a la vida de la gestante por sobre la del concebido. Al respecto, creemos que éste no es el único caso que se debería examinar para legalizar la interrupción del embarazo, pues, como bien

sostiene Salinas Siccha⁴⁷, existen otras “(...) *circunstancias determinadas que evidencian que el aborto parece indicado.*”

En esta línea, a continuación se analizarán dichas circunstancias determinadas, las que han sido establecidas a partir de un sistema de indicaciones.

4. El sistema de Indicaciones

Según este modelo existen cuatro escenarios concretos que podrían ser evaluados a la hora de exonerar de carga penal el delito de aborto. Así, tenemos:

4.1. Indicación terapéutica

Sobre esta indicación ya nos detuvimos en el apartado anterior. Allí se dijo que el embarazo podía interrumpirse cuando la vida de la madre se encontrara objetivamente en peligro y siendo la práctica del aborto el único medio para aplacar dicho peligro.⁴⁸ Esto, por razones precisas, requiere de un diagnóstico médico que certifique que la situación es la descrita. Así, para que el aborto se practique en este supuesto, se requiere además del consentimiento de la gestante o un representante legal; y se debe ejecutar con un especialista de la salud autorizado. Junto a nuestro país, este aborto es impune también en España, Argentina y Alemania, por citar algunos países.⁴⁹

4.2. Indicación ética

A esta indicación también se le conoce como indicación sentimental, jurídica o humanitaria, y se refiere a los casos en los que el embarazo de la gestante ha sido resultante de una violación sexual.

Ante los avances cada vez mayores en el campo de la genética, este supuesto también incluye los embarazos no deseados producto de una inseminación artificial y de reproducción asistida; aunque, sobre este punto, resulta necesario precisar que los casos que se reportan son de escasa frecuencia. En el Perú, como es objeto de análisis en el presente trabajo, este supuesto si es materia de sanción penal, aunque no existe hasta el momento un solo caso que haya sido denunciado al menos policialmente.

⁴⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro. Curso de Derecho Penal: Parte especial 1. Lima: Palestra editores, 1998, p.122.

⁴⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal: Parte especial. Volumen 1. Lima: Grijley, 2014, p. 322.

⁴⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. Curso de Derecho Penal...op. cit., p. 123.

Sin embargo, es conveniente que figure regulado pues, aún cuando no se hayan presentado casos, se nos está hablando de una maternidad que ha sido impuesta a la fuerza, sin el consentimiento de la gestante. Son casos extremos que podrían ocurrir dado los avances en medicina genética y reproductiva.

Lo importante aquí es ponderar dos bienes jurídicos de suma trascendencia. De un lado, el derecho a la vida del concebido y, del otro, el derecho a la libertad, a la dignidad, a la salud mental de la gestante que, de no darle la oportunidad a decidir el aborto sin penalizarla, tendría que llevar nueve meses en el vientre al hijo de su agresor sexual o de su agresor genético, aquel que se valió de una inseminación artificial no consentida. Creo que estos supuestos encajarían perfectamente en un estado de necesidad y, por lo tanto, carecería de antijuricidad y de sanción penal.

Así, esta indicación es recogida por varios países de la región como Brasil, Argentina, Uruguay y México; y en Europa, por España donde se exonera a la gestante de responsabilidad penal si decidiera abortar.⁵⁰

En nuestro país, como ya dijimos en el primer capítulo, se trata de uno de los supuestos del delito de aborto que es penalizado de manera atenuada; así, se castiga con tres meses de prisión, según el artículo 120 del Código Penal, cuando el aborto es practicado a la embarazada que ha sido víctima de una violación que ha sido perpetrada fuera del matrimonio o por una inseminación artificial realizada contra su voluntad.

No es raro que se piense que se trata de una sanción simbólica y poco efectiva en el mensaje como norma penal. En todo caso, como se ha mencionado, se trata de un tipo de aborto con sanción atenuada.

4.3. Indicación Eugénica

Según esta indicación, los abortos son permitidos en casos en los que el niño nacerá con graves taras físicas o psíquicas; por lo que también es necesaria, por supuesto, la opinión de un especialista en la salud.

Estos casos son impunes en países europeos como: España, Alemania, Francia e Italia. En el Perú, se trata de una versión atenuada del delito de aborto, dado que, según el artículo 120 del Código Penal se sanciona con tres meses de cárcel, lo que justamente es materia de crítica en el presente trabajo de investigación.

⁵⁰ Ibid.

4.4. Indicación Social

En este caso, se legitima la no punición del aborto, sobre la base de circunstancias sociales y económicas de la gestante que son tan precarias y apremiantes, que le hacen imposible el mantenimiento de un niño más en la familia. En países como el nuestro, con una elevada tasa de natalidad, con pobreza extrema y con tan poco acceso a la educación sexual, las mujeres se llenan de hijos por el temor de ir a la cárcel por practicarse un aborto, o cuando se ven obligadas a practicárselo, lo hacen en lugares clandestinos, con poca salubridad y bajo la dirección de inescrupulosos profesionales; poniendo en riesgo terriblemente su salud de esta manera.⁵¹

Polonia, Dinamarca e Italia son algunos países europeos que recogen este indicativo en sus ordenamientos jurídicos para no sancionar el aborto.⁵²

Teniendo en cuenta las precarias condiciones en las que vive la población, los niveles de pobreza y abandono que sufren muchas mujeres y del grado de agresiones sexuales de las que son víctimas, convendría tomar en cuenta este criterio por razones político criminales y sociológicas. Que un niño nazca en un hogar pobre con 10 hermanos, sin padre y con una madre que da de comer a su familia de lo que gana de su trabajo en el día, es condenarlo prácticamente a la muerte por sus escasas posibilidades de desarrollo y futuro.

Esta indicación no está exenta de discusión y polémica, pero creo que, dado los niveles de pobreza de muchas familias en el país, se debería examinar y trabajar seriamente en ella, acompañada de una política de educación sexual y planificación familiar para que la decisión que adopte la gestante se produzca de manera libre e informada. El objetivo es evitar políticas gubernamentales agresivas e invasivas, como la que se dio en los años 90, durante el gobierno de Alberto Fujimori, sobre el control de natalidad y que trajo como consecuencia la esterilización masiva de mujeres y hombres en el país.

5. El sistema de Plazos

Para este modelo, el aborto no puede ser criminalizado cuando se practica por un profesional de la salud dentro de las primeras 12 semanas de gestación. Se pone este plazo, para diferenciar científicamente al embrión del feto. Antes de los tres meses, el producto del embarazo no tiene siquiera forma humana. Su actividad cerebral recién empieza al cuarto mes.

⁵¹ CASTILLO ALVA, José Luis. El Delito de Aborto. Lima: ARA Editores, 2005, p. 30.

⁵² SALINAS SICCHA, Ramiro. Curso de Derecho Penal: Parte Especial 1. Lima: Palestra editores, 1998, p.123.

Practicarse un aborto, después del tercer mes de gestación, señalan los médicos obstetras, constituye una práctica riesgosa para la madre. Razón por la que, quienes defienden esta postura, pone el plazo de tres meses como límite para practicar un aborto. Luego de transcurrido ese tiempo, el aborto sólo se podría realizar bajo prescripción médica y sólo cuando sea estrictamente necesario como, por ejemplo, en el supuesto que ponga en peligro la vida de la madre.

No cabe duda de que en este sistema se le da una enorme prioridad a la libre autodeterminación de la gestante, por encima de la vida del concebido⁵³; lo que, para quienes defienden las posturas radicales conservadoras, resulta inviable.

Sobre el sistema de Plazos, Salinas Siccha cita la proyección de algunos entusiastas: *“(...) se afirma que de producirse la despenalización del aborto practicado en las primeras semanas para todas las mujeres sin importar la condición social a la que pertenecen, se evitaría los innumerables abortos clandestinos”*.⁵⁴

No hay evidencia factual de esta información. No se presentan estadísticas ni se hace alusión a países donde el sistema de plazos haya visibilizado, por lo menos, la cifra negra del aborto; pero, al margen de ello, mi postura al respecto es que este sistema debería tomarse en cuenta por nuestros legisladores para incluirlo en nuestro ordenamiento jurídico. Poner plazos ayudaría a descriminalizar aquellas conductas de mujeres que por razones personales, sociales o éticas deciden interrumpir un embarazo. Los plazos ayudan además a evitar que se produzcan abortos en los últimos meses de gestación. Una mujer informada que decide libremente someterse a un aborto podrá hacerlo, pero con algunas restricciones y en plazos determinados y razonables. Tampoco se trata de tomar a la ligera la decisión de abortar y que esta decisión se decida en cualquier momento y bajo cualquier argumento. Se pueden retrasar las barreras de intervención del Derecho Penal, pero reglas para evitar abortos de mujeres con siete u ocho meses de gestación a menos, por supuesto, que su vida corra peligro como ya se dijo antes.

El sistema de plazos ayudaría, además, a que las mujeres de escasos recursos se sometieran a intervenciones médicas en centros de salud autorizados y públicos, sin la amenaza de la prisión sobre ellas o con la sombra de tener que recurrir a un lugar clandestino para tratarse un aborto.

⁵³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal: Parte especial. Volumen 1. Lima: Grijley, 2014, p. 324-325.

⁵⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro. Curso de Derecho Penal: Parte especial 1. Lima: Palestra editores. 1998, p.124.

6. Legislación comparada. Nuevas posturas en la región. El aborto en Chile y Argentina a la luz de los últimos cambios normativos

La discusión jurídica sobre el aborto en algunos países de América Latina no es muy distinta a la ocurrida en el Perú. Se han registrado marchas y contramarchas sobre cómo se ha decidido afrontar la situación legal sobre su permisibilidad o persecución penal.

6.1. Cambios en Chile

En Chile, por ejemplo, hasta antes de la dictadura militar del general Augusto Pinochet, el aborto terapéutico estaba permitido y era regulado por el Código Sanitario de 1931.

El artículo 226 de ese documento exigía la opinión de tres expertos y de toda la documentación respectiva antes de realizar dicha práctica médica. Y en casos de suma urgencia, la realización del aborto terapéutico se podía practicar por un médico que contara dos testigos en ausencia de los dos expertos que se exigían al inicio.

Eso cambió tras el golpe encabezado por el general Pinochet. El gobierno militar se caracterizó por ejercer una mano férrea y brutal contra quienes veía como enemigos políticos. Sus adversarios fueron perseguidos, asesinados o simplemente desaparecidos. En este contexto, el militar conservador Pinochet, prohibió y sancionó el aborto en el Código Penal de ese país, a través de una ley publicada en 1989. La norma dejó sin efecto el artículo del código sanitario que permitía la realización del aborto terapéutico y lo prohibió en todos los casos incluso, como ya se mencionó, cuando la vida de la madre estuviera en peligro.

Chile pasó a ser uno de los seis países en el mundo, junto a El Vaticano, El Salvador, Nicaragua, República Dominicana y Malta, donde se sancionaba esta práctica médica en todas sus formas. El Gobierno Militar no permitía el aborto bajo ninguna causal y desde entonces se encarceló a la gestante que se lo practicara y a quienes la ayudasen en ese procedimiento clínico.

La situación permaneció así por mucho tiempo, hasta que, en agosto del año 2017, se logró promulgar una ley que despenalizaba el aborto en tres supuestos:

- a) Cuando la vida de la mujer esté en riesgo.
- b) Cuando el embrión o feto padezca una patología que impida su vida extrauterina independiente, es decir cuando su vida fuera inviable; y,

c) Cuando el resultado del embarazo sea producto de una violación. En este último supuesto, la ley pone topes de tiempo cuando se trata de niñas menores de 14 años.

Es decir, como se observa, hoy en día, el legislador chileno ha optado por reconocer una mezcla de indicaciones y plazos. La indicación terapéutica, cuando la vida de la gestante corre riesgo; la indicación eugenésica, cuando la vida del embrión es inviable fuera de la matriz uterina; y, la indicación ética, cuando se trata de un embarazo que resulta como producto de una violación; pero, adicionalmente, en este último supuesto, añade el sistema de plazos.

Cuando la gestante es menor de 14 años, la ley chilena la faculta al aborto hasta la semana 14 del embarazo (tres meses y medio aproximadamente). Le da 2 semanas más que al resto, pues señalan que muchas veces una niña a esa corta edad no se da cuenta de que está atravesando por un proceso de gestación.

Esta misma combinación de plazos e indicaciones podría ser analizada y aprobada por el legislador peruano. Este tercer supuesto está, como ya se viene diciendo a lo largo de esta tesis, penalizado en nuestro país. La gestante en este caso recibe un castigo atenuado con tres meses de cárcel como máximo.

6.2. Larga lucha en Argentina

En Argentina, el tema del aborto gira en torno a su legalización. El actual presidente de ese país, Alberto Fernández, se ha encargado de ponerle un resaltador a este polémico asunto. La interrupción voluntaria del embarazo es una preocupación suya desde que estuvo en campaña electoral. El también profesor de Derecho Penal dijo a sus electores lo siguiente durante el primer debate presidencial en octubre de 2019:

*“No voy a escapar al tema del aborto. Todos saben lo que yo pienso. En la Argentina los abortos ocurren. Y la verdad, seguir castigándolo, lo único que hace es criminalizar la conducta y hacer que todo se vuelva clandestino. Hay que tender a la legalización porque con la legalización le vamos a dar oportunidad a las mujeres pobres que hagan su aborto en condiciones de asepsia como lo hacen las (mujeres) ricas en los grandes sanatorios. Saben qué les pido: Terminemos con la hipocresía”.*⁵⁵

⁵⁵ Televisión pública de Argentina. Debate 2019. Primer debate: <https://www.youtube.com/watch?v=ZPR8ih2LmCw> Visitada el 3 de mayo de 2020.

El tema del aborto en la Argentina ha estado presente en el debate nacional los últimos tres años. Grandes marchas a favor y en contra del aborto han servido de telón de fondo a la discusión de políticos, sectores de la iglesia, movimientos y organismos no gubernamentales.

En junio de 2018, la legalización del aborto fue aprobada por la cámara de diputados con 131 votos a favor, 123 en contra y una abstención. Pero cuando el tema entró en debate en la cámara de senadores, la decisión fue denegada por siete votos de diferencia.

Con nuevo presidente y Congreso, el año 2020 inició marzo con la presentación de un proyecto de ley que buscaba la despenalización del aborto. La crisis sanitaria por el COVID-19 quizá alargue este debate tan necesario y urgente en muchos países de la región.

Recordemos que desde 1921, el aborto no es penalizado en la Argentina cuando se trata de un supuesto terapéutico o en casos de embarazos que hayan resultado producto de una violación. Es decir, el legislador argentino se ha decantado por el sistema de indicaciones ético y terapéutico desde hace 100 años.

No obstante lo expuesto, a la fecha, en Argentina ahora se quiere ir más allá y despenalizar el delito de aborto en todas sus formas. La descriminalización de este delito ha tenido un fuerte impacto y resistencia entre autoridades, especialistas y la propia ciudadanía. En los siguientes meses veremos qué resulta de esta discusión que ha sido puesta en vitrina nada menos que por el propio presidente de ese país.

7. Segunda conclusión preliminar. ¿Qué sigue en el Perú?

El aborto terapéutico es el único supuesto de aborto que no está criminalizado en nuestro país. El legislador peruano ha recogido la indicación terapéutica para exonerar de responsabilidad penal a la gestante. Todos los demás supuestos, como ya se ha venido sosteniendo, están penalizados, aunque todo parece indicar que criminalizar el aborto en todas sus formas no es la solución al problema. Los abortos clandestinos van a seguir ocurriendo. Si el Estado busca implementar de verdad una política criminal acorde con las circunstancias actuales en las que vive la población, la receta es clara. Por el momento el sistema de Indicaciones ético y eugenésico puede ayudar a despenalizar por completo los supuestos previstos en el artículo 120 del Código Penal, tal y como ocurre en otros países de la región como Chile y Argentina.

Los embarazos que resultan producto de una violación sexual o por una inseminación artificial no consentida nos hablan de un grave atentado contra las mujeres y niñas de nuestro país. La imposición de una maternidad no consentida y la fuerza, producen una revictimización de una persona. Negarles

la posibilidad de decidir sobre su salud mental, sobre su libertad de elección, es atender contra principios fundamentales que tienen como base la dignidad de toda persona en un Estado Democrático de Derecho.

Adicionalmente a ello, creemos que es conveniente que se pueda discutir sobre la indicación social teniendo en cuenta las circunstancias en las que vive mucha población en nuestro país. Hacerlo nos coloca en una sociedad moderna que vela por sus habitantes y por su futuro. Una política criminal de Estado no puede estar de espaldas a la realidad de extrema pobreza en la que vive un gran número de mujeres en el Perú, que deben criar a una numerosa familia en condiciones económicas y sociales lamentables, con pocas oportunidades de desarrollo personal y emocional para ella y los suyos. No pensar en esa situación es colocar al aborto como un impuesto a la pobreza.

Brindar educación sexual y reproductiva a una mujer de escasos recursos debe ser una prioridad estatal dentro de las políticas de control de natalidad en sociedades pobres como la nuestra. Mientras eso no ocurra, se está condenando a una espiral de pobreza a las más pobres y vulnerables de las sociedades.

Adoptar la indicación social en casos de aborto, implicaría un desafío enorme, pero posibilitaría que las mujeres de todo el país, jóvenes y adultas, puedan acudir a un centro de salud del Estado para interrumpir sus embarazos; sin la necesidad de recurrir a centros clandestinos, donde muchas mujeres han encontrado, cuando no la muerte, serias consecuencias para su salud.

La otra realidad que tampoco debe soslayarse es la peligrosa escalada de agresiones sexuales que viven las niñas y adolescentes. Un Estado de Derecho no puede utilizar el Derecho Penal para perseguir por igual al agresor y a su víctima: penalizar la conducta de una mujer violada es revictimizarla.

Nuestra postura se inclina, por estas razones, a adoptar un sistema mixto de indicaciones y plazos para despenalizar los supuestos de aborto contenidos en el artículo 120 del Código Penal. La indicación ética para casos de violaciones o inseminaciones artificiales no consentidas; la indicación eugenésica cuando la vida del feto resulte inviable fuera del útero materno; pero adicionalmente se podría incorporar el sistema social o económico para no castigar a las gestantes que decidieran interrumpir libre y voluntariamente sus embarazos por estas causales. El sistema de plazos podría ayudar en este sentido a establecer límites temporales para que no se presenten abortos con mujeres con más de 3 meses de gestación como, por ejemplo, se ha establecido en Chile. Recordemos que este tiempo está en consonancia además con el desarrollo del sistema nervioso del feto, por lo tanto existiría un sustento médico en el cual apoyarse.

En el caso de menores de edad, este sistema también podría adaptar el sistema chileno que da un plazo de 14 semanas para la intervención médica en casos de niñas menores de 14 años, pues a esa edad muchas mujeres difícilmente caen en la cuenta de estar embarazadas o simplemente no dicen nada por ignorancia, miedo o amenaza.



Capítulo III

TRES CASOS REALES



En este apartado abordaré tres historias, entre muchas otras que se reportan a diario, sobre la devastadora experiencia por la que atraviesan varias mujeres en nuestro país que, por diversas circunstancias, intentan someterse a una intervención de aborto y no lo logran por cuestiones económicas; y en algunos otros casos simplemente porque alguien se los impide.

La crudeza de sus historias debería hacernos reflexionar profundamente sobre la pertinencia de mantener aún en vigencia el artículo 120 del Código Penal en el actual ordenamiento jurídico.

1. Contraste entre la teoría y la realidad

La primera historia tiene como personaje central a Karen Noelia Llantoy Huamán, una mujer que quedó embarazada cuando apenas tenía 17 años. Su desgarradora historia comenzó en marzo de 2001, pero su relato cobró notoriedad porque llegó para su revisión ante el comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que emitió un dictamen a su favor en noviembre de 2005.

Fue la primera vez que un caso de aborto llegó tan lejos en una instancia internacional. Este documento elaborado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, signado con el número 1153/2003, y una entrevista concedida por la víctima a una ONG peruana, son fuentes de consulta para la presente tesis.

La historia de Karen empieza en junio de 2001, cuando acudió al Hospital Arzobispo Loayza para practicarse una ecografía. El resultado, para nada auspicioso, se lo entregaron una semana después, el 3 de julio. En la cita médica le dijeron que llevaba en el vientre a una criatura, pero que lamentablemente era anencefálica, es decir que carecía de cerebro y cráneo.

Según los estudios médicos, la anencefalia es una enfermedad fatal para el feto en todos los casos⁵⁶, en la que el pronóstico de vida del concebido es nulo. El bebé muchas veces nace muerto o fallece a los pocos días de nacido. Lo riesgoso, según los especialistas, es que la muerte de la criatura pone además en serio peligro de muerte también de la madre; sin contar con el daño psicológico que se le puede generar a una mujer que lleva en su vientre materno, por nueve meses, a un ser en formación que no tendrá posibilidades de sobrevivir.

⁵⁶ Comunicación N° 1153/2003 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. p. 181. https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/V.%20Comit%C3%A9%20de%20Derechos%20Humanos.pdf. Visitada el 18 de setiembre de 2019.

Como no es difícil de imaginar, la noticia para Karen, de entonces 17 años, fue demoledora e impactante. Las posibilidades de vida de su futuro bebé eran escasas cuando no improbables. Y, lo peor de todo, era que, si Karen decidía continuar con el embarazo, ponía en peligro inminente también su propia vida. Así se lo informó Ygor Pérez Solf, el médico gineco-ostetra que la atendió en el Hospital Nacional arzobispo Loayza. El doctor Pérez recomendó a Karen interrumpir el embarazo a través de un legrado uterino, lo que fue aceptado por ella, sometiéndose antes a otros estudios clínicos complementarios que confirmaron el padecimiento de la criatura que llevaba en el vientre.

Con los resultados ya confirmados, Karen tuvo la certeza de que lo mejor era someterse a un aborto; fue así como el 19 de julio de 2001, ingresó al hospital arzobispo Loayza para someterse a la intervención médica sugerida. Como era menor de edad, ese día, la acompañaba su madre, a quien le pidieron, además, dirigir una carta al director del hospital Loayza, solicitando autorización para la operación. Es con este trámite que empezaron los problemas.

La respuesta médica a la madre de Karen llegó el 24 de julio. Ese día, el doctor Maximiliano Cárdenas Díaz, director del hospital Loayza, les informó por escrito que no era posible la interrupción del embarazo, por estar penado por ley. Cárdenas justificaba su negativa citando dos artículos del Código Penal, indicando:

*“Hacerlo sería contravenir a las normas legales, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del Código Penal, el aborto era reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres meses (2), cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas y que, conforme al artículo 119 del mismo Código, sólo el aborto terapéutico está permitido cuando la suspensión del embarazo es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave permanente”.*⁵⁷

Esta respuesta fue demoledora para Karen y su madre; en los días siguientes, la muchacha fue sometida a otras evaluaciones. El 16 de agosto de 2001, Armanda Gayoso, asistente social adscrita al Colegio de Asistentes Sociales del Perú, concluyó que lo mejor era someter a un aborto a la paciente, pues de continuar con el embarazo *“solo se prolongaría la angustia e inestabilidad emocional de Karen y su familia”*.⁵⁸ Cuatro días después, la psiquiatra Martha Rendón, emitió un pronunciamiento similar; en el que decía que:

⁵⁷ Ibíd.

⁵⁸ Ibíd.

*“El presunto principio de beneficencia para el feto ha dado lugar a la maleficencia grave para la madre, pues se le ha sometido innecesariamente a llevar a término un embarazo, cuyo desenlace fatal se conocía de antemano y se ha contribuido significativamente a desencadenar un cuadro de depresión con las severas repercusiones que esta enfermedad tiene para el desarrollo de una adolescente y para la futura salud mental de la paciente”.*⁵⁹

Pese a las opiniones de estos últimos especialistas, Karen no fue operada y tuvo que continuar con el proceso de gestación hasta el final. Uno de los peores recuerdos que tiene de esos momentos fue cuando acudió, junto a su pareja, joven como ella, a una reunión con varios médicos y directivos del hospital Loayza. Todos en la sala eran hombres. Uno de ellos la increpó con la siguiente frase: *“Tú tienes la culpa por abrir las piernas”*.⁶⁰

No sólo era su madre quien cuestionaba su intimidad, sino que ahora se sumaba el ojo inquisidor de un médico que tenía en frente. La culpa empezó a atormentar a Karen, pero lamentablemente no sería el único momento incómodo durante el periodo de embarazo. A los seis meses de gestación, cuando ya era una realidad que no sería sometida a un aborto, el personal del hospital le pidió que acudiera a las clases de parto que se impartían en la Maternidad de Lima. Las clases consistían en aprender a ser madre a través de consejos de cuidado al recién nacido. A todas luces, parecía una broma cruel y de mal gusto. A la culpa, se le sumaban ahora la confusión y la rabia. *“Sabían cuál era mi situación, pero no les importaba. Mi mundo se había reducido a la espera de una niña que no viviría”*, recordó Karen en una entrevista en el año 2016.⁶¹

Después de 16 horas de trabajo de parto, el 13 de enero de 2002, dio a luz una niña. Karen le cambió los pañales y la amamantó por cuatro días, hasta que finalmente ocurrió lo inevitable y la bebé murió.⁶²

El caso de Karen Llantoy es sobrecogedor, pero también emblemático. A los 18 años abandonó el país y se fue a vivir a España, país en el que residía su padre; allí empezó otra vida y también su lucha legal por el sufrimiento al que

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ MEZA, Amanda. *Mi cuerpo es mío*. Lima: Estudio para la defensa de los Derechos de la Mujer, 2016. p. 14.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 16.

⁶² *Ibíd.*, p. 18.

fue sometida y que llegó hasta el comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, entidad que emitió una decisión a su favor en octubre de 2005.

Sin embargo, tuvo que esperar 14 años para que el Estado Peruano recién reconociera su caso como un reclamo justo. En el 2015, el Estado admitió que se vulneraron los derechos humanos de Karen Llantoy y aceptaba que se le sometió a un *“trato cruel e inhumano”*.⁶³ Por la gravedad de los hechos, el Estado se comprometió a pagar una reparación económica a favor de la joven.

El caso de Karen Llantoy nos permite ver la resistencia que hay en los operadores de salud de nuestro país para cuando están frente a casos relacionados al tema del aborto. Es obvio que nadie quiere ser considerado un delincuente y menos ir a la cárcel. Esa fue la excusa que dieron los médicos para no intervenir a Karen en el hospital Loayza.

Sin embargo, si el sistema de indicación eugenésica se aplicara en nuestro ordenamiento jurídico, Karen hubiera sido operada sin que los médicos tuvieran el temor de estar cometiendo un delito. Por el contrario, ellos sabían que lo mejor para Karen era interrumpir ese embarazo que luego tuvo un desenlace trágico. La joven no hubiera sido expuesta a un maltrato psicológico innecesario, ni su caso devenido en un problema para el país ante una instancia internacional.

El sistema de indicación eugenésica se habría aplicado de forma exitosa en un centro de salud público con todas las garantías médicas que eso implica. Karen no había hecho nada malo, pero fue tratada como un criminal y humillada psicológicamente. El trato cruel e inhumano que recibió se hubiera evitado si la figura típica del aborto eugenésico no estuviera penalizada en nuestro país.

En la realidad, existen otros casos vinculados a la violencia sexual que también ameritan analizarse bajo estos sistemas para evitar su criminalización y revictimización de las gestantes.

Además del caso de Karen que puso al Estado en el punto de mira de las instancias internacionales, aquí hablaremos de otra historia que llegó hasta las Naciones Unidas y que tuvo como protagonista. Ocurrió en el año 2007.

⁶³ Comunicación N° 1153/2003 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. p. 192. https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/V.%20Comit%C3%A9%20de%20Derechos%20Humanos.pdf. Visitada el 18 de setiembre de 2019.

1.1. Menor violada

En ese año, L.C. tenía 13 años, vivía en Ventanilla y atravesaba por una cruda y salvaje experiencia de vida. La adolescente reportó que era violada de manera constante por sus vecinos desde que tenía 11 años.

A penas unos meses después de cumplir los 13, L.C. fue vejada nuevamente por dos sujetos. Uno de los agresores que tenía 40 años, la dejó embarazada. Tras la brutal experiencia, L.C. quedó aún más traumatizada, pues ahora debía hacerle frente no sólo a la vejación sexual sino también a la posibilidad de convertirse en madre a muy temprana edad.

La noticia tuvo un impacto negativo en la vida de L.C que, ni bien confirmó el embarazo, intentó suicidarse arrojándose desde la azotea de su casa. La adolescente fue llevada hasta la posta médica de Ventanilla; pero, por la gravedad de sus heridas, fue transferida al hospital Daniel Alcides Carrión del Callao, donde la internaron el 31 de marzo de 2007.

L.C. presentaba graves lesiones en la columna, su diagnóstico fue: Traumatismo vertebro medular cervical y luxación cervical en las vértebras C6 y C7. Internamente presentaba lesiones psicológicas; según el informe del especialista que la examinó se precisaba que padecía de síndrome ansioso depresivo.

En el hospital fue examinada, entre otros, por el jefe del departamento de neurocirugía, quien recomendó una intervención quirúrgica por los golpes que la adolescente presentaba en el cuerpo. La intervención se programó para el 12 de abril de 2007, pero se canceló ese mismo día. A la mañana siguiente, el cirujano le informó a la madre de L.C. que no podía operarla debido a su embarazo.

Unos días después, Teresa Palacios, la madre de L.C., envió una solicitud a las autoridades médicas del hospital para que revisaran su caso e interrumpieran el embarazo por causal terapéutica, pero la Junta Médica del hospital no tomó una decisión hasta el 30 de mayo de 2007. Los médicos se negaron a practicarle las operaciones a la adolescente; pues, según argumentaron, la vida del feto corría peligro y la de la madre no.

La batalla siguió y el 7 de junio de 2007, la familia de L.C. presentó un recurso de reconsideración, pero la respuesta médica siempre fue la misma: No se podía hacer el aborto. La decisión médica parecía inapelable, así lo hizo saber el director del hospital el 27 de junio de 2007; ya para entonces había ocurrido otro hecho. El 16 de junio, es decir, 11 días antes que llegara la respuesta final del hospital, L.C. abortó de manera espontánea.

El 11 de julio, tres meses y medio después, L.C. fue sometida a una cirugía a la columna. Un informe médico señala que la adolescente requería terapia física, rehabilitación intensiva, atención psiquiátrica y psicológica; pero, como muchas cosas en la administración pública, estas atenciones también llegaron tarde.

De acuerdo con los informes médicos, los tratamientos recién empezaron a darse en diciembre de ese año. Debido a la demora, L.C. presentó un cuadro de cuadriplejía espástica, es decir, quedó paralizada desde el cuello, por lo que lleva conectada una sonda al cuerpo que se cambia varias veces al día y depende de una silla de ruedas para movilizarse. Es casi un milagro que la muchacha quisiera seguir viviendo. Con el apoyo incondicional de su madre, L.C. acabó el colegio a los 22 años.

Casos como estos son muy frecuentes en el país. Por eso es conveniente e importante repensar la vigencia que tiene el artículo 120 del Código Penal. Muchos médicos no realizan las operaciones de aborto por el temor de ir a la cárcel o porque les es sumamente complicado ponderar sobre la vida de la madre afectada. Las respuestas se dilatan siempre y esa demora termina provocando más daño en la paciente.

El sistema de indicación ética o sentimental, como también se le conoce, podría ayudar a evaluar la despenalización de este supuesto de aborto. Si ya de por sí resulta aberrante una agresión sexual, como es la violación sexual, no debería existir una razón adicional para que esa víctima se vea obligada a llevar un embarazo en contra de su voluntad. Eso es atentar contra su libertad para decidir, contra su salud mental y su salud física. La libre autodeterminación para decidir sobre su cuerpo es un argumento que se aplica en otros países del mundo para empoderar a la mujer en este tipo de supuestos, cuando deciden interrumpir un embarazo no deseado y una inseminación artificial impuestos a la fuerza.

1.2. Madre a los 9 años

El tercer caso de este capítulo tiene que ver también con una niña violada que quedó embarazada cuando apenas tenía 9 años. Los vejámenes eran producidos por su padrastro, un sujeto de 44 años. Esta terrible historia ocurrió en un poblado de Tacna en febrero de 2018.

La historia de violencia sexual empezó un año antes, en el 2017; cuando la niña, a quien llamaremos María, vivía en el distrito de Antauta, en la provincia de Ayaviri, en la Región Puno.

María cursaba apenas el segundo grado de primaria, cuando su padrastro empezó a abusar sexualmente de ella con la complicidad de su propia madre. Este sujeto la violó varias veces hasta dejarla embarazada. El caso

fue denunciado por el alcalde del lugar y recién después de ello, María fue rescatada por las autoridades e internada en un albergue. El Ministerio Público denunció al padrastro identificado como Mario Mamani Vilca y se logró que fuera a prisión.

María fue llevada al albergue Virgen de la Candelaria en Tacna, hasta que fue trasladada al hospital Hipólito Unanue, para su alumbramiento. Sobre esta historia se conoce muy poco; sólo se sabe que María fue intervenida por 14 médicos, quienes le practicaron una cesárea planificada.⁶⁴

María, de 9 años, se convirtió en madre, en una niña-madre. Pasó de jugar con muñecas a cargar una criatura de verdad; un sujeto le arrebató la inocencia, pero algo más se pudo haber hecho por ella.

La impactante realidad nos permite repensar nuevamente sobre la pertinencia de una norma que parece no estar acorde con los tiempos y las circunstancias. Una niña madre (a los 9 años) no es lo más esperado en un Estado que se reclama como social y democrático de derecho. ¿El aborto pudo haber sido una posibilidad en este caso concreto?, ¿Cuántas niñas violadas se ven obligadas a ser madres en el Perú a diario?

Las cifras al respecto son impactantes. Según información del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) que data de 2016, se inscribieron el nacimiento de 14,787 niños de madres menores de 17 años. Al menos 1,702 de esos niños tenía madres entre los 11 y 14 años; 8 de esos niños tenían a padres mayores de 60 años; y 140 a padres que tenían edades que oscilaban entre 30 y 59 años.⁶⁵

La supremacía de la realidad es abrumadora y elocuente. Creemos que, en estos supuestos, el aborto no es una alternativa, sino una necesidad social y de justicia para mujeres violentadas en su integridad y libertad sexual. Lamentablemente en el Perú del siglo XXI, permitirles a las mujeres el derecho a decidir sobre sí mismas en este tipo de situaciones límite, no es siquiera una posibilidad; por el contrario, lo único que se hace es endurecer las penas contra ellas, criminalizar sus desgracias y obligarlas, en algunos casos, incluso, a convertirse en madres a muy corta edad.

La violación sexual contra menores de edad es una dura realidad en nuestro país. La primera razón para despenalizar este supuesto de aborto

⁶⁴ América Televisión. Tacna: niña de 9 años y su hija recién nacida se encuentran bien de salud: <https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/tacna-nina-9-anos-y-su-hija-recien-nacida-se-encuentran-bien-salud-n308739>. Visitada el 27 de noviembre de 2019.

⁶⁵ Información proporcionada por el Registro Nacional de identificación y Estado Civil (Reniec) a Promsex.

tendría, por lo tanto, fundamentos político-criminales. Sin embargo, la razón fundamental para despenalizarlo va más allá de estas consideraciones. La violación sexual es una aberrante experiencia para cualquier mujer, al margen de la edad que tenga, de la condición económica que atraviese o del ejecutor de la agresión, o si este despreciable acto ocurre dentro o fuera del seno familiar.

No cabría, por lo tanto, hacer una discriminación de este supuesto sobre la base de la edad de la víctima, su condición social ni por el autor que la cometió. Nos inclinamos por la despenalización de este supuesto de aborto, en general, por ser un atentado que denigra la dignidad de una persona en todas sus formas. Una gestante debería poder elegir, al menos, si quiere llevar en su vientre el embarazo que resulte como producto de esa agresión sexual sufrida. Y si no decidiera hacerlo, nadie debería perseguirla penalmente por ello. El tratamiento debería ser el mismo, tanto para una menor que quedó embarazada producto de una violación, como para una mujer adulta violada.

2. Derecho penal simbólico

El legislador hace una lectura incorrecta de la realidad y cree que endureciendo las penas --como la privación de libertad para supuestos de aborto sentimental y eugenésico, así sea por el corto periodo de tres meses-- se procura frenar el número de mujeres que someten a estas prácticas médicas.

Pero como medida de prevención especial, que busca hacer desistir al autor de futuros delitos⁶⁶, no funciona. Las cifras negras sobre el aborto clandestino confirman este errado diagnóstico. Como ya se mencionó, la realidad indica que un número indeterminado, pero importante de mujeres se somete a abortos clandestinos, poniendo, con ello, en serio riesgo su propia vida.

Autores como Hassemer sostienen que la prevención es un concepto aceptable, sólo si es eficaz. Esa eficacia, se logra sólo cuando verdaderamente el Derecho Penal *“protege los bienes jurídicos que tiene como misión proteger”*⁶⁷. Pero como se podrá apreciar, con esta norma tampoco se logra la protección del bien jurídico en cuestión. Al imponer una pena tan corta para quien se practique el aborto en los supuestos referidos al artículo 120 del Código Penal, el concebido no está realmente protegido. El riesgo de ir a la

⁶⁶ ROXIN, Claus. Derecho penal: Parte general. Tomo I. 2da edición. Traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p.85.

⁶⁷ HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos, en varios autores. Pena y Estado. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p 30-31.

cárcel es mínimo para quien es sorprendido en este supuesto, y como indican las cifras oficiales mencionadas líneas arriba, ninguna persona estuvo presa en los últimos años por este delito. El poder del mensaje en la norma es pobre, débil y casi nulo. No intimida, no conmina ni es efectivo; ni, finalmente, logra resocialización alguna para el penado.

Entonces volvemos al inicio sobre lo que realmente se debería proteger con el Derecho Penal. El legislador debería “(...) castigar sólo aquellos comportamientos que amenazan un bien jurídico; los actos que sólo atentan a la moral, a valores sociales (...) debían excluirse del catálogo de delitos”.⁶⁸

Por ello, en este caso específico, el legislador debiera evaluar una sanción con firmeza en este tipo penal o no sancionarlo simplemente, pues dejarlo en el medio, sancionándolo sólo a medias, desprotegiendo el bien jurídico, lo único que produce es un efecto simbólico. Nuestra posición es que este tipo penal quede fuera del código penal. Colocarlo en el catálogo de delitos es de una intrascendencia jurídica, de un desapego legal por los principios que rigen del Derecho Penal en una sociedad moderna.

Y eso es precisamente lo que ocurre con esta norma. El artículo 120 del Código Penal sólo aparenta que está combatiendo un tipo penal de aborto. Pero es sólo en apariencia, pues en el fondo no hay una sola persona, como ya se ha visto antes con las cifras proporcionadas por el INPE, que se encuentre en un centro carcelario bajo una situación de investigada, procesada o sentenciada por este supuesto tipo penal.

Es decir, este artículo del Código Penal no tiene ninguna incidencia para combatir los índices de abortos que se cometen en el país. Su presencia en el catálogo penal es más bien simbólica.

¿Se puede combatir eficazmente el aborto con una norma como ésta? La pena o el impacto del castigo que se desprende del artículo 120 del Código Penal no parece ser la solución más efectiva para disminuir los casos de abortos clandestinos, ni para evitar los abusos sexuales a menores de edad, principalmente niñas.

En el fondo, lo que se logra con esta norma es atentar contra el propio objeto del Derecho Penal. Hassemmer sostiene que un **“Derecho Penal simbólico, con una función de engaño, no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la administración de justicia”**.⁶⁹

⁶⁸ Ibíd., p.31.

⁶⁹ HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos, en varios autores. Pena y Estado. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p 35.

Los especialistas y las instituciones preocupadas por esta dura realidad, como Demus, Flora Tristán y otros, insisten en la despenalización del supuesto de aborto en casos de violación, pues consideran que el problema en realidad debería ser enfocado desde una política criminal más amplia, integral y acorde con la realidad actual. El abordaje de esta compleja realidad debería ser definida por criminólogos, penalistas, sociólogos, entre otros profesionales. Es decir, bajo un enfoque multidisciplinario, científico y racional; dejando de lado los complejos y las ataduras religiosas que impiden una visión completa de este problema.

3. Principios constitucionales en juego

Estas ataduras son las que atentan contra los principios consagrados en la Constitución Política del Perú. El fin supremo de la sociedad y el Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. Así reza el artículo primero de la carta magna.⁷⁰ Sin embargo, en los casos reales descritos en este capítulo, la dignidad humana es lo que menos se ha respetado.

Los médicos que atendieron a Karen Llantoy se negaron a practicarle la intervención médica que ellos mismos habían recomendado al inicio y luego la sometieron a un *“trato cruel e inhumano”*⁷¹, tal como dictaminó el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Con L.C. ocurrió algo similar. Ante la negativa de someterla a un aborto producto de una violación, tras haber intentado quitarse la vida, la muchacha quedó con el cuerpo paralizado desde el cuello hacia abajo.

Y a la pequeña María, un violador la convirtió en madre a los 9 años.

En las tres historias se puede apreciar que se vulneraron además los derechos constitucionales a vivir en *“paz y tranquilidad (...) así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”*.⁷²

Karen Llantoy tuvo que dejar el país para rehacer su vida, pues no pudo desarrollarse personalmente ante la crisis depresiva por la que atravesó al llevar en su vientre a un bebé anencefálico que murió a los cuatro días.

L.C. se arruinó la existencia. Su violador la indujo a tomar la decisión de quitarse la vida. Se tiró de un techo y quedó parapléjica. Ahora necesita de una

⁷⁰ Artículo 1° de la Constitución Política del Perú

⁷¹ Comunicación N° 1153/2003 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. p. 192. https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/V.%20Comit%C3%A9%20de%20Derechos%20Humanos.pdf. Visitada el 18 de setiembre de 2019.

⁷² Artículo 1°, inciso 22 de la Constitución Política del Perú.

silla de ruedas para movilizarse. Hablar en este y los otros dos casos, de una vida libre de violencia, de salud sexual y reproductiva, de una política pública que garantice la igualdad de trato es casi una burla. Las tres historias conjugan además de violencia de género, el riesgo a la impunidad de sus agresores.

Un Estado social y democrático de Derecho debería buscar las herramientas necesarias para disminuir los índices de mortalidad materna, los embarazos adolescentes no deseados y aquellos producidos por violencia y coacción como en el supuesto de violación. Esto sólo se podrá lograr sobre la base del respeto a los derechos humanos fundamentales y constitucionales.

Una mujer debería ser libre de elegir qué decisión tomar. El Estado no la puede volver una criminal si después de vivir un episodio violento queda embarazada y no desea tener a ese niño. Ni criminalizar a quienes la ayuden a lograr ese fin, si así lo ha decidido de manera libre e informada. El Estado debería más bien procurar que esa intervención clínica se haga de manera segura, en un ambiente adecuado y por profesionales. No hacerlo es actuar discriminatoriamente contra la mujer pobre porque la obliga a practicarse el aborto de manera insegura y en lugares clandestinos e insalubres donde puede perder la vida. La Constitución garantiza a todos sus ciudadanos una igualdad de trato y a velar por un adecuado sistema de salud. Igualdad de trato, salud segura y libertad de elección. Tres derechos constitucionales en juego en este supuesto de aborto.

4. Tercera conclusión preliminar

Por lo expresado hasta este momento, en este apartado, se puede concluir que lo más adecuado es despenalizar este supuesto de aborto que resulta como producto de una violación sexual al margen de si esta ocurre dentro o fuera del matrimonio o si la víctima es una menor o mayor de edad. La agresión sexual es la misma, el disvalor penal es el mismo, tanto de si se trata de una menor de edad como de una mujer adulta.

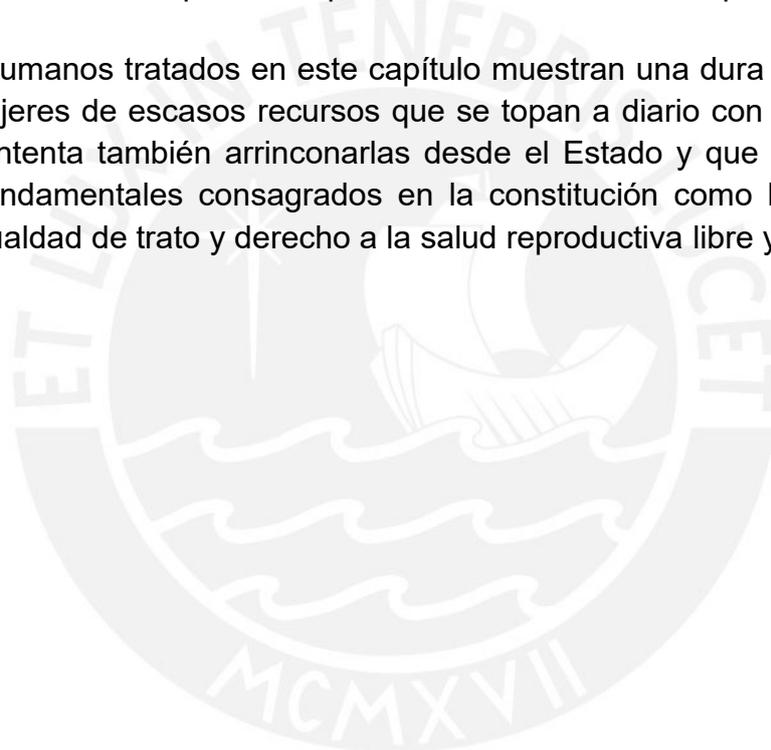
La única diferencia debería estar en el trato punitivo que recibe el agresor, pero no la víctima. Si se trata de una menor de edad o con alguna discapacidad, por ejemplo, el reproche penal debería ser mayor por tratarse de seres humanos altamente vulnerables y sobre quienes precisamente debería haber mayor protección penal.

Sin embargo, eso no ocurre con nuestra normativa, pues se penaliza de manera atenuada este tipo de casos, tal como está expresado en el artículo 120 del Código Penal. Y esto nos lleva a otro problema adicional con respecto a la supuesta contundencia que se persigue con la penalización. Y es su carácter simbólico.

Todo indicaría que cuando estamos frente al artículo 120 del CP, estamos frente a un claro ejemplo de Derecho Penal Simbólico, un derecho penal que atenta contra el derecho penal liberal que busca proteger la puesta en peligro de bienes jurídicos relevantes frente ataques igualmente importantes. Cuando no se logra este fin, en el fondo se socava la propia confianza en la administración de justicia.

El legislador peruano ha intentado encontrar cierto alivio a un problema social, satisfaciendo en el fondo un problema moral y religioso. El aborto está mal visto para la iglesia en cualquiera de sus formas y lo considera una aberración, por lo menos, en el Perú. Este prejuicio ha provocado que no se trate correctamente un grave problema social que presenta muchas aristas y que en su solución debería incorporar a especialistas de distintas disciplinas.

Los casos humanos tratados en este capítulo muestran una dura realidad para aquellas mujeres de escasos recursos que se topan a diario con una violencia que ahora intenta también arrinconarlas desde el Estado y que atenta contra derechos fundamentales consagrados en la constitución como la libertad de elección, igualdad de trato y derecho a la salud reproductiva libre y segura.



Conclusiones generales



A la luz de todo lo expuesto hasta este momento se podrían concluir algunos aspectos resaltantes que deberían tomarse en cuenta al momento de regular el delito de aborto en nuestro país. Hemos llamado la atención y centrado nuestro análisis sobre los supuestos de aborto que se encuentran tipificados en el artículo 120 del Código Penal, los mismos que reciben una sanción atenuada y que están referidos al aborto sentimental y eugenésico.

Mi propuesta es que el legislador debería tomar en cuenta un sistema mixto para abordar este delicado asunto. Por un lado, el sistema de indicaciones ética y eugenésica, para no sancionar estos tipos de aborto, y el sistema de plazos para poner ciertas reglas de hasta cuándo podría ser impune.

También es conveniente repensar el sistema económico y social como mecanismos estatales que respondan a políticas criminales adecuadas a un Estado democrático de derecho que atiende a las circunstancias de pobreza en la que vive la gran mayoría de sus habitantes.

Este mismo Estado debería velar por la libertad personal de sus ciudadanas, para que gocen de las bondades del derecho a la intimidad, a la salud mental y a la no imposición de una maternidad que nunca desearon o de una inseminación artificial que les fue impuesta.

Sobre la inseminación artificial no deseada y fuera del matrimonio, tal como lo plantea el artículo 120 del Código Penal, habría que decir que resulta bastante improbable que ocurra por toda la logística que está detrás de su realización. Pero aún cuando ocurriese, la mujer afectada debería conservar la libertad de autodeterminación para decidir sobre su cuerpo y los derechos relacionados a la salud sexual, reproductiva y mental.

Impedirles el aborto en estos supuestos, criminalizando esas conductas, provoca que las agresiones sexuales sufridas acarreen un peso extra en las víctimas.

El tratamiento penal para menores de edad violadas que desean interrumpir su embarazo debe ser igual al que ocurra con las mujeres adultas que sufrieron lo mismo.

Si tomamos en cuenta estos argumentos, sumados a la ineficacia de la sanción penal en la realidad y la poca transcendencia jurídica del tema a la luz de los principios que limitan la intervención del Derecho Penal, podremos llegar a la conclusión final de que esta norma simbólica debería ser despenalizada de nuestro ordenamiento jurídico.

Referencias bibliográficas



AMÉRICA TELEVISIÓN

2018 “Tacna: niña de 9 años y su hija recién nacida se encuentran bien de salud”. En *América Tv*. Consulta: 27 de noviembre de 2019.

<https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/tacna-nina-9-anos-y-su-hija-recien-nacida-se-encuentran-bien-salud-n308739>.

BRAMONT-ARIAS, Luis y María del Carmen GARCÍA.

1998 *Manual de Derecho Penal: Parte especial*. Lima.

CASTILLO ALVA, José Luis

2008 *Derecho Penal. Parte Especial I*. Lima: Grijley.

2005 *El Delito de Aborto*. Lima: ARA Editores.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS

2003 *Comunicación N°1153/2003*. Consulta: 18 de setiembre de 2019.

https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/V.%20Comit%C3%A9%20de%20Derechos%20Humanos.pdf.

GINEFIV

2014 Inseminación artificial. Consulta: 27 de mayo de 2020.

https://www.youtube.com/watch?v=jRtX-3_poDY&feature=emb_title

HASSEMER, Winfried

1995 *Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos, en varios autores. Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur.

HURTADO POZO, José.

1994 *Manual de Derecho Penal: Parte especial 2. Aborto*. Lima.

1984 *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Lima.

1982 *Manual de Derecho Penal: Parte especial 1. Homicidio y Aborto*. Lima.

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO

2018 *Informe Estadístico Penitenciario*. Lima.

MEZA, Amanda

2016 “Mi cuerpo es mío”. *Estudio para la defensa de los Derechos de la Mujer*. Lima.

MIR PUIG, Santiago.

2016 *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Editorial Montevideo.

MINISTERIO DE JUSTICIA

2017 *Proyecto de nuevo código penal. Revisado y validado por el Grupo de Trabajo conformado por el Consejo Nacional de Política criminal*. Consulta: el 1 de octubre de 2018.

http://spij.minjus.gob.pe/content/banner_secundario/img/muestra/PROYECTO-DEL-CODIGO-PENAL.pdf

MINISTERIO PÚBLICO

2017 *Observatorio de la Criminalidad 2017*. Lima. Consulta: 10 de diciembre de 2018.

<https://www.mpfm.gob.pe/?K=505&id=5461>

PEÑA CABRERA, Alonso

2008 *Derecho Penal: Parte Especial*. Lima: IDEMSA.

REYNA ALFARO, Luis Miguel.

2009 “Reflexiones sobre las propuestas de descriminalización del aborto eugenésico y sentimental”. *Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 4*, Lima.

ROXIN, Claus

1997 *Derecho Penal: Parte General*. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Tomo I. 2da edición. Madrid: Civitas.

SALDAÑA SOTO, Liliana

2018 “Abuso sexual y embarazo en niñas”. *Observatorio Nacional de la Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar*. Consulta: 10 de diciembre de 2018

<https://observatorioviolencia.pe/ninas-embarazadas/>

SALINAS SICCHA, Ramiro

1998 *Curso de Derecho Penal: Parte Especial 1*. Lima: Palestra editores.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso y Alfonso SERRANO MAÍLLO

2006 *Derecho Penal. Parte Especial*. Onceava edición. Madrid: Editorial Dykinson.

TELEVISION PUBLICA ARGENTINA

2019 “Debate 2019. Primer debate”. En *Televisión Pública Argentina*. Consulta: 3 de mayo de 2020.

<https://www.youtube.com/watch?v=ZPR8ih2LmCw>

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique

2013 *Derecho genético: Principios generales. Quinta edición*. Lima, Grijley.

VILLA STEIN, Javier.

1997 *Derecho Penal: Parte Especial*. Lima: San Marcos.

VILLANUEVA FLORES, Rocío.

2000 *La violencia sexual: un problema de seguridad ciudadana*. Serie de Informes Defensoriales No. 21. Lima.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.

2014 *Derecho Penal: Parte Especial*. Volumen 1. Lima: Grijley.

2013 “Protección del derecho a la vida”. *Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo: el penalista de dos mundos*. Lima: IDEMSA.

Código Penal del Perú de 1991.

Constitución Política del Perú de 1993.

Exposición de motivos del Código Penal de 1991.

Información proporcionada por el Instituto Nacional Penitenciario y el Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a Pena Privativa de Libertad Efectiva (Renadesppl).

Informe interno de ONG Flora Tristán. Análisis contextual sobre violencia y embarazo no deseados en el Perú.

Información proporcionada por el Registro Nacional de identificación y Estado Civil (Reniec) a Promsex.