

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**El aborto en casos de violación sexual: fundamentos jurídico penales para su
descriminalización en el Perú**

**Tesis para optar por el Título de Abogado que presenta la
Bachiller:**

ANDREA DANAE CARRILLO FRY

Código: 20098259

Asesora:

INGRID ROMINA DIAZ CASTILLO

Lima, enero de 2021

*A Leia Alondra, esperando que ella y su generación
vivan en una sociedad más justa.*

*Por las que sufrieron y las que murieron,
por ellas y por todas.*

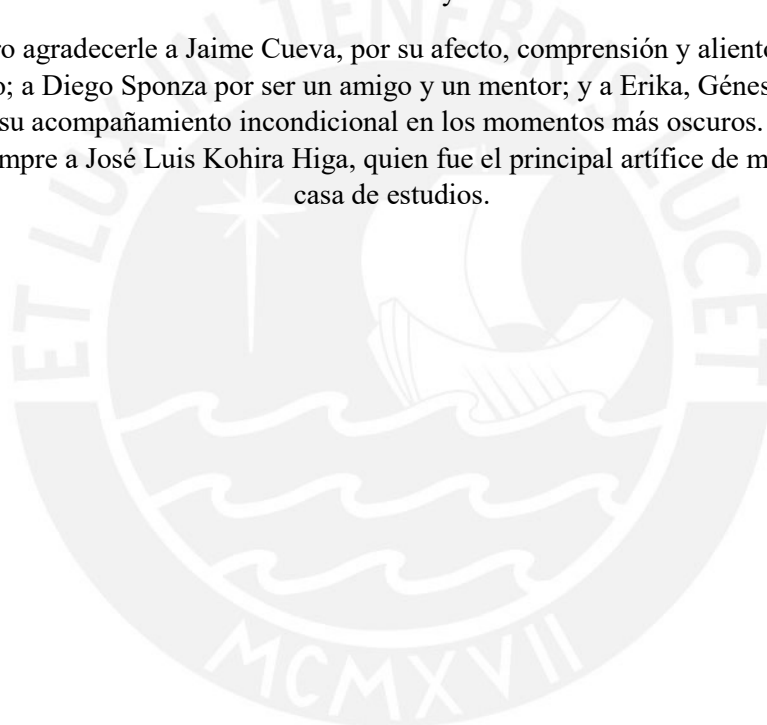


Agradecimientos

Este trabajo es resultado del empeño constante de varios años en un periodo difícil, en el que me he visto acompañada por personas que me han apoyado con su guía, aliento y consejos. En primer lugar, agradezco a mi asesora, la profesora Ingrid Romina Díaz Castillo, por la confianza, orientación, supervisión y por creer en mí más que yo misma.

En segundo lugar, a mis padres Estela y Hernán, por el respaldo inquebrantable durante todos estos años. También quiero agradecerle a mi hermana Ellen por su paciencia y soporte en este proceso, y a mi hija Leia Alondra, quien es motivación y sostén diario en todo lo que hago. Asimismo, agradezco a toda mi familia que me ha apoyado a lo largo de mi vida, especialmente a mis tías Violeta y Cecilia.

Además, quiero agradecerle a Jaime Cueva, por su afecto, comprensión y aliento desde el inicio de este proceso; a Diego Sponza por ser un amigo y un mentor; y a Erika, Génesis, Anita, David y Daniel por su acompañamiento incondicional en los momentos más oscuros. Finalmente, le agradezco siempre a José Luis Kohira Higa, quien fue el principal artífice de mi ingreso a esta casa de estudios.



Resumen

La presente investigación desarrolla el delito de aborto en los casos de violación sexual y su tipificación en el ordenamiento jurídico peruano, toda vez que la violación sexual es un delito que afecta directamente y en mayor proporción a las mujeres, al ser las víctimas más frecuentes y las únicas que pueden quedar embarazadas a consecuencia de ello. A lo indicado anteriormente debe sumarse otro escenario, las altas cifras de aborto clandestino e inseguro, originado por su prohibición, por lo que corresponde analizar la pertinencia de su tipificación. En ese sentido, el objetivo de esta tesis es establecer los fundamentos jurídico penales que sustentan la descriminalización del aborto por violación sexual en el Perú. Para ello, se ha utilizado el método dogmático, que recurre a la doctrina, al derecho comparado y a la jurisprudencia, a fin explicar el sentido de las instituciones y normas jurídicas; así como al método funcional, que implica analizar la dinámica entre el orden jurídico abstracto y el orden social concreto, esto es, el cumplimiento o incumplimiento de las normas jurídicas vigentes por parte de la sociedad. De esta manera, se expone y analiza la tipificación del delito de aborto en el Perú, se presentan los argumentos jurídicos en contra de la descriminalización del aborto, para finalmente demostrar que la debida observancia de lo dispuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio de mínima intervención del derecho penal, los avances en la política criminal, el cumplimiento de los fines de la pena y la perspectiva de género en la creación de tipos penales, son fundamentos jurídico penales que sustentan la descriminalización del aborto por violación sexual en el Perú.

ÍNDICE ANALÍTICO

INDICE.....	1
INTRODUCCION.....	3
CAPÍTULO 1: LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE ABORTO EN LOS CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL PERÚ.....	6
1. La regulación del delito de aborto en el Perú.....	6
1.1. Antecedentes normativos del Código penal de 1991: el aborto en los Códigos Penales de 1863 y 1924.....	6
1.1.1. Código Penal de 1863.....	7
1.1.2. Código Penal de 1924.....	10
1.2. La tipificación del delito de aborto en el Código Penal de 1991.....	18
1.2.1. Autoaborto.....	18
1.2.2. Aborto consentido.....	19
1.2.3. Aborto sin consentimiento de la víctima.....	20
1.2.4. Circunstancias agravantes específicas.....	21
1.2.5. Aborto preterintencional.....	22
1.2.6. Aborto terapéutico.....	22
1.2.7. Aborto sentimental y eugenésico.....	23
2. El delito de aborto en casos de violación sexual en el Código Penal de 1991.....	27
2.1. Antecedentes normativos: Proyectos de Código Penal entre los años 1924 y 1990.....	28
2.2. Argumentos que impidieron la promulgación del proyecto de Código Penal de 1990 que descriminalizaba el aborto por violación sexual fuera del matrimonio.....	29
2.3. Tipo objetivo del delito de aborto en casos de violación sexual.....	31
3. Tipificación del delito de aborto en casos de violación sexual: análisis de la atenuante.....	33
3.1. La violación sexual: elemento principal de la atenuante.....	33
3.2. La denuncia de la violación sexual como requisito para la aplicación de la atenuante.....	35
3.3. La discriminación de la mujer víctima de violación sexual dentro del matrimonio.....	37
CAPÍTULO 2: LOS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA DESCRIMINALIZACIÓN DEL DELITO DE ABORTO POR VIOLACIÓN. RESPUESTAS A LOS CUESTIONAMIENTOS PLANTEADOS	41
1. La vida humana como un único proceso y la sanción de toda conducta que la afecte: Equivalencia entre los delitos de aborto y homicidio.....	41
1.1. Respuesta a la visión unidimensional de la vida y a la equivalencia entre los delitos de aborto y homicidio.....	43
2. La ausencia del consentimiento del titular del bien jurídico ¿elemento relevante de análisis?.....	45
2.1. Respuesta desde el consentimiento como manifestación del derecho a la libertad de disposición de todos los bienes jurídicos individuales.....	47
3. Los indeseados como enemigos ¿aplicable al concebido?.....	49
3.1. Respuesta al argumento del concebido como enemigo.....	51

4.	La protección absoluta del derecho a la vida del concebido frente a los derechos de la mujer..	54
4.1.	El derecho a la vida del concebido: antecedentes y contenido.....	54
4.1.1.	Antecedentes constitucionales y debates legislativos.....	54
4.1.2.	El derecho a la vida del concebido en el ordenamiento jurídico peruano.....	55
4.1.3.	Derecho a la vida del concebido en los instrumentos internacionales.....	56
4.2.	Respuesta desde los derechos fundamentales de la mujer y la necesidad de ponderación frente a los derechos del concebido.....	59
4.2.1.	Los derechos fundamentales de la mujer.....	59
4.2.2.	La necesidad de ponderación y la aplicación del test de proporcionalidad.....	67
5.	Otros argumentos jurídicos contrarios a la descriminalización del aborto.....	70
5.1.	La moral y el derecho: ¿la inmoralidad de una conducta no justifica su criminalización en un Estado Constitucional de Derecho?.....	71
5.2.	La descripción del delito de aborto ¿una muestra de discurso sugestivo y distorsionado?	73
5.3.	El aborto como manifestación de dominación masculina: ¿el aborto vulnera los derechos de la mujer o es un reconocimiento de su derecho a la libertad?.....	75
5.4.	El cuestionamiento y escepticismo frente al aborto clandestino, mortalidad materna y derechos de la mujer: ¿negación de la realidad social?.....	77
CAPÍTULO 3: FUNDAMENTOS JURÍDICO PENALES PARA LA DESCRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO EN CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL.....		81
1.	El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su influencia en el derecho penal.....	81
1.1.	La importancia de los Derechos Humanos: su reconocimiento y aplicación.....	81
1.1.1.	Los Derechos Humanos de las mujeres en el Sistema Universal de los Derechos Humanos...82	
1.1.2.	Los Derechos Humanos de las mujeres desarrollados en los Cortes y Tribunales regionales.....	87
1.2.	Derechos Fundamentales de la Mujer en el derecho trasnacional: desarrollo del tratamiento del aborto en la legislación y jurisprudencia comparada	91
1.3.	El principio de mínima intervención del derecho penal	96
2.	Aborto clandestino y política criminal en el Perú	98
2.1.	Abortos clandestinos: causas y consecuencias	98
2.2.	La política criminal y la situación de los abortos clandestinos e inseguros en el Perú.....	102
3.	El fin de la pena en el ordenamiento jurídico peruano: la ausente sanción del tipo penal en el delito de aborto.....	105
4.	La perspectiva de género y el estereotipo de género en el derecho penal.....	108
4.1.	La incorporación del enfoque de género en la creación de tipos penales: el análisis de la violación sexual.....	109
4.2.	El estereotipo de género en la creación de tipos penales: el análisis del delito del aborto....	112
5.	Propuestas finales	116
CONCLUSIONES		119
BIBLIOGRAFÍA		123

Introducción

La violencia de género contra la mujer en el Perú se manifiesta en distintas conductas que merman la vida, la dignidad y la salud de las mujeres, siendo una de estas conductas la violación sexual. En ese sentido, el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público del Perú a través del Resumen Ejecutivo sobre Criminalidad Común, Violencia e Inseguridad Ciudadana: 2013-2018 advierte que en el año 2018 se han registrado 2,113 denuncias por violación sexual, resaltando que, de una muestra de 100 investigaciones fiscales, el 93,1% de las víctimas fueron mujeres (2018, p. 8). Asimismo, el registro demuestra que del total de mujeres que fueron víctimas de este delito, el 83,4% fueron menores de 17 años, lo cual significa que 8 de cada 10 víctimas fueron menores de edad, evidenciándose así la considerable violencia y peligro al que están expuestas las mujeres en el Perú (Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público del Perú, 2018, p.8).

Además de las consecuencias físicas y psicológicas graves que sufre la víctima, un riesgo subsecuente y conexo a la violación sexual es el embarazo no deseado. En este punto, cabe señalar que en el año 2017 se registraron 4,488 embarazos infantiles a consecuencia de este delito (Católicas por el Derecho a Decidir, s.f.); sin embargo, hay una cifra oculta de embarazos de niñas y adolescentes, lo cual demuestra que no solo hay un considerable número de menores de edad embarazadas por violación sexual, sino que las mismas deben llevar a término un embarazo que afecta sus derechos fundamentales (Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, 2018). En ese sentido, se vulnera la vida y la salud de muchas mujeres, puesto que la gestación supone cambios en el organismo de la mujer y peligro de muerte por embarazo riesgoso.

Adicionalmente, los embarazos no planificados a consecuencia de una violación sexual afectan la dignidad, el proyecto de vida, la libertad reproductiva y el desarrollo futuro de las mujeres. Por ello, las víctimas deciden interrumpir el embarazo recurriendo, en la mayoría de casos, a centros donde se practica el aborto clandestinamente, lo que aumenta el riesgo de afectación a su vida y su salud (Proyecto de Ley N° 3839/2014-CR). La recurrencia a los centros de aborto clandestino se debe a que el aborto en caso de una violación sexual está tipificado como delito en el artículo 120 del Código Penal Peruano, imponiéndose una sanción de pena privativa de libertad no mayor de tres meses.

Es importante destacar que, el Estado tiene conocimiento de las altas tasas de aborto clandestino¹, de la ausente persecución y posterior sanción del delito de aborto, sin embargo, no hay una

¹ De la revisión del Resumen Ejecutivo sobre Criminalidad Común, Violencia e Inseguridad Ciudadana: 2013-2018 del Ministerio Público no se observa el delito de aborto dentro de las estadísticas elaboradas.

solución efectiva frente a la problemática que representa su tipificación como delito en el Código Penal. En efecto, esta regulación ha sido cuestionada porque vulnera el derecho a la vida, el derecho a la salud física y psíquica, los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a la no discriminación de las mujeres, como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en diversos comunicados (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017).

De igual manera, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer indicó que en el Perú no se encuentran protegidos el derecho a la salud y los derechos reproductivos de la mujer debido a la interpretación restrictiva del aborto, por lo que recomendó, entre otras directrices, revisar la legislación nacional respecto a la despenalización del aborto cuando el embarazo sea a consecuencia de una violación sexual (Comité para la eliminación de la violencia contra la mujer, 2011).

A pesar de la vulneración a los derechos referidos, en el Perú no se ha aprobado la descriminalización del tipo penal aludido por cuanto se argumenta que el aborto vulnera el derecho a la vida del concebido, el mismo que se encuentra reconocido en la legislación nacional e internacional (Vasallo, 2004, 26-34); se establece, además, que la madre no es titular del bien jurídico protegido (vida del concebido), por lo que no puede disponer de él (Oré, 2009, pp. 5-16). De igual manera, se alega que el aborto genera, en las mujeres que lo han realizado, trastornos fisiológicos, depresivos y emocionales, de ahí que consideren que el aborto también es perjudicial para la mujer (Oré, 2009, p. 20).

Por otra parte, los críticos del aborto no consideran las altas tasas de mortalidad materna y aborto clandestino como razón suficiente para la descriminalización del aborto, por el contrario, desestiman la veracidad de las cifras que se presentan y, a su vez, manifiestan que la reiterada comisión de un delito no conlleva invariablemente a dejar de sancionar el mismo (Oré, 2009, pp. 22-23). Es importante destacar que, tanto autores nacionales como extranjeros coinciden que mediante el aborto se está matando a un ser humano, por lo que declaran que no existe justificación alguna para tal acto (Oré, 2009, p. 25).

No obstante, existen argumentos a favor de la descriminalización de este supuesto, debido a que la sanción del aborto en los casos de violación sexual es contraria a los derechos humanos de las mujeres, reconocidos también por el derecho penal como, por ejemplo, el derecho a la libertad, que se manifiesta en la decisión, libre e informada, de la mujer de ser madre o no (Ferrajoli, 2002, pp. 3-12). Asimismo, hay autores que señalan que el derecho no exige actos heroicos a ninguna persona, por lo que no se le debe obligar a una mujer a seguir un embarazo en contra de sus derechos (Roxin, 2004, p. 1193).

En ese sentido, se ha dicho que el derecho penal no debe contribuir a la revictimización de la agraviada por un acto de violación sexual, imponiendo un embarazo no deseado (Peña, 2009, pp. 31-35). Por otro lado, se argumenta que en aplicación del principio de mínima intervención del derecho penal debe descriminalizarse el aborto (López y Micol, 2015, pp. 265-273), pues este principio establece que la intervención del derecho penal debe servir para solucionar los conflictos y mantener la convivencia social, por ello, su intervención supone una necesidad y utilidad para la protección de bienes jurídicos (Villavicencio, 2017, 23). Sin embargo, la criminalización del aborto no ha sido idónea para evitar su comisión y proteger el bien jurídico, pues se siguen practicando abortos en la clandestinidad y hay una ausente persecución y sanción del delito (Prado, 2017, pp. 37-39).

Por lo tanto, se considera que hay otras medidas más idóneas como las políticas públicas de educación sexual, el reparto gratuito de anticonceptivos para evitar el embarazo, así como la implementación del aborto seguro como reconocimiento del derecho de las mujeres a decidir, a su vida y a su salud (López y Micol, 2015, pp. 265-273). Por su parte, dos de los fines de la pena son sancionar la afectación de un bien jurídico y evitar, a su vez, la comisión de conductas tipificadas como delitos para proteger bienes jurídicos importantes para la sociedad. No obstante, como ya se ha mencionado, la sanción penal del aborto no ha contribuido a la disminución de prácticas abortivas y, tampoco ha sido efectiva en cuanto a su aplicación una vez realizada la conducta (Reyna, 2009, pp. 27-30).

Pareciera entonces, que se trata, como ha sostenido un sector de la doctrina peruana, de un delito simbólico que responde a intereses y concepciones de ciertos sectores de la sociedad (Peña, 2009, pp. 32-37; Reyna, 2009, p. 28), como la Iglesia Católica, los grupos provida y conservadores del Perú (Tribunal Constitucional, 2009a: Fundamento 9). Si bien es cierto, la Iglesia Católica establece una moral determinada por medio de valores que predica – que deben seguir sus fieles – y es imposible, negar su influencia en la sociedad, nos encontramos en un estado laico, por lo cual, el Estado Peruano no tiene el deber de aplicar esa moral para la creación de tipo penales.

Como afirma un sector de la doctrina, el derecho penal no debe ser utilizado para imponer una moral o creencia determinada, puesto que es contrario a los fundamentos del derecho penal moderno, ya que, no basta que un hecho se considere inmoral para castigarlo, sino que, el derecho penal se justifica en la prevención de daños sin ocasionar efectos más dañosos (Ferrajoli, 2002:3-12). En consecuencia, a través de la presente tesis, se pretende establecer los fundamentos jurídicos penales para la descriminalización del aborto en los casos de violación sexual en el Perú.

CAPÍTULO 1: LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE ABORTO EN LOS CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL PERÚ

El presente capítulo aborda la tipificación del delito de aborto en casos de violación sexual en el ordenamiento jurídico penal peruano. Específicamente se centra en la causal de atenuación de la pena contemplada en el artículo 120 del Código Penal de 1991. Por ello, a fin de entender su alcance, objeto y repercusión, primero se hará un recorrido por la regulación del delito de aborto, exponiendo los antecedentes normativos del Código Penal de 1991 y, posteriormente, se analizará la tipificación de este delito en el código penal vigente.

A partir de lo anterior, es objetivo de este capítulo demostrar que la regulación del delito de aborto en el Código Penal Peruano criminaliza y restringe los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que han sido víctimas de violación sexual, y en el extremo, representa la vulneración de sus derechos fundamentales. De esta manera, esta primera revisión normativa acreditará -además- que la posición subordinada de las mujeres dentro del matrimonio, que reafirma estereotipos de género, se sanciona aún más en los casos de violación sexual.

1. La regulación del delito de aborto en el Perú

En el Perú se han promulgado tres códigos penales: el Código Penal de 1863; el Código de Penal de 1924; y, finalmente, el Código Penal de 1991, el cual se encuentra vigente hasta la fecha. De la revisión de los tres cuerpos normativos mencionados se observa que el aborto siempre ha sido tipificado como delito, estableciéndose en cada uno de ellos las conductas criminalizadas, penas y circunstancias atenuantes y/o agravantes.

Seguidamente, se desarrollará la tipificación del delito de aborto en los tres códigos penales, a fin de visibilizar las ligeras modificaciones normativas que se le han realizado y la postura restrictiva frente a los derechos de las mujeres (Dador, 2007, p. 3).

1.1. Antecedentes normativos del Código penal de 1991: el aborto en los Códigos Penales de 1863 y 1924.

En primer lugar, se analizará el delito de aborto en el Código Penal de 1863 y, posteriormente, el delito de aborto en el Código Penal de 1924, a fin de poder analizar los antecedentes normativos del Código Penal de 1991.

1.1.1. Código Penal de 1863

El Código Penal de 1863 tipificó el delito de aborto en los artículos 243, 244 y 245, ubicados en el Título III de la Sección Séptima, denominada “De los delitos contra las personas”.

Debido a la fuerte influencia del derecho francés en la época, el legislador peruano tomó la definición de aborto dada por Auguste Tardieu, autor del libro *Etude Médico-Légale sur l'avortement*, para definir los tipos penales referidos (Fernández Dávila, 1926, p. 52). Así, se entendió al aborto como “la expulsión prematura y provocada violentamente del producto de la concepción, con independencia de todas las circunstancias de la edad, la viabilidad y aún de formación regular de este producto” (Fernández Dávila, 1926, pp. 33-34). Es importante conocer la definición de aborto en el ámbito jurídico penal desde la promulgación del primer código penal, para advertir las modificaciones, y posibles innovaciones, en la interpretación del tipo penal base y sus modalidades en la actualidad. Finalmente, entenderemos que el producto de la concepción es en realidad el concebido².

i) **Artículo 243**

Art. 243.- La mujer embarazada que de propósito causare su aborto o consintiere que otro lo cause, sufrirá reclusión en cuarto grado.

Si fuere de buena fama, y obcecada por el temor de que se descubra su fragilidad, se rebajará un grado la pena.

Este artículo sancionó el aborto producido voluntariamente por la propia mujer embarazada y también el aborto ejecutado por un tercero con el consentimiento de aquella (Fernández Dávila, 1926, pp. 32-33). De esta manera, el dispositivo en cuestión castigaba únicamente a la mujer, correspondiéndole a ella la categoría de sujeto activo del delito tipificado en el artículo 243. Cabe precisar que el consentimiento era considerado válido cuando la mujer que lo declaraba tenía por lo menos dieciséis años de edad (Católicas por el Derecho a Decidir, 2012, s.n.).

Por su parte, el sujeto pasivo de la conducta descrita era el concebido, a quien se diferenciaba del ser humano ya nacido, en la medida que el Código Penal de 1863 regulaba el delito de homicidio y el delito de aborto en títulos independientes. Sin embargo, para algunos autores el concebido sí era reconocido como persona en este cuerpo normativo (Cornejo, 2018, p. 57). Respecto a ello, si bien el delito de aborto se incluyó en la sección de los delitos contra las personas, su tipificación

² En este capítulo se hará referencia indistintamente a concebido, feto o embrión como sinónimos.

en un título distinto al del delito de homicidio da luces de una diferente valoración y concepción del sujeto pasivo de estos dos delitos.

Finalmente, constituía atenuante de este delito la buena fama de la mujer, esto era, su virtuosidad (Hurtado, 1982, p. 198). Una de las principales razones para admitir esta característica como atenuante era resguardar el honor y “proteger la reputación de las mujeres y [...], de la familia a la que pertenecían. [...] obedecía a una perspectiva moralista que consideraba las relaciones extra matrimoniales como una afrenta al orden de la familia y a la moralidad pública” (Dador, 2007, p. 3). En esa línea, Tammy Quintanilla (1997), citada por Jeannette Llaja, indica que:

[...] este atenuante se basaba en el argumento de que la mujer embarazada o con hijo y sin esposo podía ser marginada socialmente; al haber tenido relaciones sexuales fuera del matrimonio, podía perderse, irremediablemente, su honor y, con ello, el honor de su familia. El atenuante respondía a una sociedad donde primaba el honor de la familia o más exactamente el honor del hombre de la familia, pues en un contexto patriarcal, éste es responsable de la sexualidad y doncellez de “sus” mujeres (Llaja, 2009, p. 9).

En consecuencia, la atenuante de este primer artículo se fundamentaba en el orden moral de la época y en la protección del honor, no tanto de la mujer, sino del hombre que dirigía y respondía por la familia a la que ella pertenecía. Asimismo, se evidencia la situación de la mujer en una sociedad patriarcal en la que su comportamiento respecto a su sexualidad y su ejercicio se juzgaba como “malo” y como una afrenta al honor de la familia, por lo que la responsabilidad por la conducta descrita también recaía en el hombre de esta familia (Abad, 2012, p. 133). Esta situación refleja una suerte de dependencia de la mujer y de su ausente o nula capacidad para la toma de decisiones en el imaginario de los legisladores y la sociedad peruana del siglo XIX.

ii) **Artículo 244**

Art. 244.- El que de propósito ocasione el aborto de una mujer, empleando violencias, bebidas u otros medios, sufrirá cárcel en cuarto grado.

Se rebajará un grado de esta pena, si la mujer hubiere solicitado el aborto.

Se rebajarán dos grados, si se ocasionase el aborto con maltratos, bebidas u otros medios que no hubiesen tenido por objeto directo hacer abortar, sino producir otro mal menor.

De la redacción se desprende que el sujeto activo del delito podía ser cualquier persona con excepción de la mujer embarazada, ya que en este último supuesto nos encontraríamos ante el delito de autoaborto regulado en el artículo precedente.

El primer supuesto que sancionó este artículo es el aborto producido dolosamente por cualquier persona, sin que se estableciera atenuante alguna. Cabe precisar que este primer supuesto correspondía a un aborto no consentido (Roy Freyre, 1986, p. 268), puesto que el aborto consentido sería estudiado expresamente en el segundo párrafo.

En el segundo supuesto el aborto también es producido dolosamente, pero a diferencia del primero, en este sí mediaba consentimiento. Asimismo, la solicitud de la mujer mayor de dieciséis años constituía atenuante del primer supuesto; en ese sentido, la pena de cárcel disminuía en un grado cuando la mujer expresaba su voluntad de someterse a un aborto, tal como se aprecia de la lectura del segundo párrafo (Hurtado, 1982, p.180).

Esto último, resulta poco coherente con la percepción que se tenía de la mujer, puesto que, en otros ámbitos de su vida – como en su sexualidad y su rol en la sociedad– sus decisiones y opiniones tenían una mínima relevancia, dependiendo, casi exclusivamente, del hombre de la familia. No obstante, en este caso su manifestación voluntaria de someterse a un aborto fundamentaba la atenuación de la pena, lo cual demuestra que se le reconocía una capacidad relativa respecto de la intervención de terceros, pero no de su propio cuerpo, lo que, a su vez, facultaba a imputarle un delito como el descrito en el artículo 243.

De otro lado, este artículo establecía en el tercer párrafo el aborto preterintencional, el cual también constituía una atenuante del tipo base, por lo cual se reducía en dos grados la pena (Roy Freyre, 1986:290). Este era ocasionado por una conducta dolosa contra la mujer, dirigida a provocarle un daño directamente a ella, pero no a causarle el aborto. Asimismo, la conducta típica desplegada por el sujeto activo solo comprendía los maltratos – además de las bebidas u otros medios menos lesivos – contra la mujer gestante, que no implicaba los actos que causaban traumatismos y golpes (Hurtado, 1982, p. 200; Roy Freyre, 1986, p. 293).

Por su parte, el sujeto pasivo de este artículo, en los tres supuestos esbozados, era el concebido. Si bien es cierto, no es posible estimar desde qué momento se otorgaba la categoría de concebido, sí se puede afirmar que dicha categoría correspondía a la vida humana en formación, desde que podía ser percibida por la mujer gestante o un médico, hasta antes del inicio del parto.

iii) Artículo 245

Art. 245.- Los médicos, cirujanos, parteras ó farmacéuticos, que abusen de su arte para causar el aborto, sufrirán cárcel en quinto grado.

Los que confeccionen ó expendan á sabiendas bebidas destinadas á causar abortos, sufrirán cárcel en tercer grado.”

De la revisión de este artículo se observa que se estableció una agravante relacionada con la calidad del sujeto activo y la participación que tenía en la acción (Hurtado, 1982, p. 180). La respuesta a la agravante estaría en la percepción que se tenía del médico, quien cumple con la noble labor de salvar vidas y no destruirlas (Roy Freyre, 1986, p. 272). El sujeto pasivo era el concebido de acuerdo a lo señalado durante la exposición del artículo 243.

Por su parte, los que confeccionaban o expendían bebidas destinadas a causar el aborto, también eran sancionados, pero con una pena menor, en la medida que el hecho típico descrito no representaba un abuso de su profesión u oficio. Asimismo, la conducta no causaba directamente el aborto, sino que facilitaba la comisión del mismo por parte de la mujer o un tercero que adquiriera este producto.

Finalmente, el Código Penal de 1863 no contenía ninguna norma que descriminalizara forma alguna de aborto (Hurtado, 1982, p. 180) Asimismo, las atenuantes y agravantes referidas respondían a las concepciones asignadas por la sociedad peruana del siglo XIX a determinadas personas, como sucedía en el caso de las mujeres y los médicos, siendo que a las mujeres se les sancionaba con una pena atenuada si recurrían al aborto como mecanismo de proteger su honra y la de su familia, y a los médicos se les sancionaba con una pena agravada en la medida que se consideraba contrario a su función – y, también, a la moral y espíritu propios de la profesión – el destruir una vida.

1.1.2. Código Penal de 1924

El Código Penal de 1924 consideró el aborto como un delito contra la vida, y al igual que su predecesor reguló el delito de aborto en un título independiente al delito de homicidio, así desde un punto de vista jurídico-penal se entendió como “[...] el aniquilamiento del producto de la concepción en cualquiera de sus dos momentos anteriores al término de la preñez, ya sea por la expulsión violenta del feto o por su destrucción en el vientre de la gestante” (Roy Freyre, 1986, p. 251).

El producto de la concepción, para el Código Penal de 1924, era el feto o, la vida humana en formación o, el producto de la concepción (Roy Freyre, 1986, p. 250). Sin embargo, el feto solo ostentaría la categoría de persona una vez nacido, por lo que su destrucción no constituía delito de homicidio (Hurtado, 1982, p.186). En esa línea, Roy Freyre indica que “el delito de aborto

representa un atentado contra la vida humana, pero no contra la persona” (1986, p. 249). Por lo tanto, para el legislador del Código Penal de 1924, la vida humana “futura”, que era destruida a través del aborto, tenía una valoración distinta a la vida humana lograda, que era destruida mediante el homicidio (Hurtado, 1982, p.185).

Finalmente, el bien jurídico protegido era la vida feto durante toda la etapa del embarazo y el objeto del delito, era el feto (Hurtado, 1982, p. 185) desde el momento de la anidación³ del óvulo fecundado hasta los primeros dolores del parto (Hurtado, 1982, pp. 185-189). Asimismo, el sujeto pasivo de este delito, en todas sus modalidades, era el feto, siempre que estuviera vivo antes de la comisión del mismo (Roy Freyre, 1986, p.255).

El Código Penal de 1924 regulaba este delito en los artículos 159 al 164 de la siguiente manera:

i) Artículo 159

Art. 159.- La mujer que por cualquier medio adoptado por ella, o por otro con su consentimiento, causare su propio aborto, sufrirá prisión no mayor de cuatro años.

Este primer artículo tipificaba el autoaborto o aborto propio, es decir, aquel que es provocado por la misma mujer y en el que desempeña un rol totalmente activo; así como el supuesto en donde aquella solo se limitaba a consentir (Guerinoni, 1987, p. 24). En ese sentido, este artículo se refería a la actuación que lleva a cabo la mujer, atribuyéndole la calidad de sujeto activo de las dos conductas descritas. Es por ello que la sanción establecida era aplicable únicamente a la mujer mayor de 18 años que no estuviera enferma mentalmente o perturbada gravemente en su conciencia (Hurtado, 1982, pp. 193-194; Guerinoni, 1987, p. 28).

A diferencia de su predecesor, este artículo no hace distinción alguna entre las mujeres de buena o mala fama a fin de atenuar la sanción establecida, representando ello un cierto avance frente a ideales de moral y de virtud basados en prejuicios (Roy Freyre, 1986, p. 255).

En cuanto a los elementos constitutivos del delito, debía por lo menos presentarse el estado de gravidez; el empleo de medios dirigidos a la provocación del aborto, que el medio empleado fuese a iniciativa o incitación de la gestante; que el feto muriese; que la muerte sea producto del medio abortivo empleado, y que existiera dolo en la acción (Roy Freyre, 1986, pp. 256-259).

³ Si bien se denomina al bien jurídico protegido como la vida del “producto de la concepción”, siguiendo la postura expuesta por Hurtado Pozo, la protección de la vida del producto de la concepción en el Código Penal de 1924 se inicia desde la nidación o anidación hasta los primeros dolores del parto. Y, por lo tanto, el producto de la concepción será la vida humana en desarrollo desde el momento de la anidación.

ii) Artículo 160

Art. 160.- El que causare el aborto de una mujer con el consentimiento de ella, o le prestare asistencia con tal objeto, será reprimido con penitenciaría no mayor de cuatro años o con prisión no mayor de dos años.

El tiempo de la pena puede extenderse hasta seis años, si el aborto o el procedimiento empleado para él, causare la muerte de la mujer y si el delincuente pudo prever este resultado.

En el artículo materia de análisis se configuraba el denominado “aborto consentido”, en el cual el consentimiento debía ser prestado por la mujer mayor de 18 años bajo los mismos criterios que en el artículo anterior, es decir, no encontrarse impedida de emitir consentimiento por enfermedad mental o alteración de su conciencia (Guerinoni, 1987, p. 28). En cuanto al sujeto activo, Roy Freyre sostiene que dicha calidad recaía en dos intervinientes: la mujer gestante y el tercero que causaba el aborto, pero la primera respondía sólo por el artículo 159 (1986, p. 261).

Ahora bien, entre los elementos constitutivos, el consentimiento de la mujer gestante era fundamental; asimismo, debía por lo menos existir el estado de gravidez; el uso de medios dirigidos a provocar el aborto; y, que se cause el aborto o que se le preste asistencia con tal fin; y, principalmente, el consentimiento de la mujer gestante para que se le realizara el aborto (Roy Freyre, 1986, pp. 261-264).

Finalmente, este artículo presentaba en su segundo párrafo una agravante cuando se producía la muerte de la mujer, aun cuando hubiese mediado el consentimiento de aquella (Roy Freyre, 1986, p. 267). Además de ello, la muerte de la mujer debía ser consecuencia de las maniobras abortivas o como resultado del aborto (Roy Freyre, 1986, p. 264).

Este artículo incorpora un avance respecto al primer párrafo del artículo 244 del Código Penal de 1863, toda vez que en este último no se analizaba la muerte de la gestante por la negligencia del sujeto activo. No obstante, respecto al consentimiento de la mujer en concordancia con el artículo 159 de este código y el artículo 243 del código precedente, sigue siendo cuestionable su valoración en el análisis del tipo como elemento válido para merituar la sanción del tercero que actúa como sujeto activo. De igual forma, este artículo evidencia nuevamente que las decisiones, que puede tomar la mujer sobre su propio cuerpo, no eran consideradas, descartándose la legalización del aborto desde los derechos de aquella.

iii) Artículo 161

Art. 161.- El que hiciere abortar a una mujer, sin su consentimiento o contra su voluntad, sufrirá penitenciaría no menor de tres años ni mayor de diez años.

La pena sería no menor de cinco años de penitenciaría, si sobreviniere la muerte de la mujer a consecuencia del aborto y si el delincuente pudo prever este resultado.

Este tipo penal tenía su antecedente en el segundo párrafo del artículo 244 del Código Penal de 1863. El primer supuesto que sancionaba el artículo materia de análisis era el aborto realizado sin el consentimiento de la mujer, es decir, aquel en el que el sujeto activo se aprovechaba de la confianza, ingenuidad o descuido de la mujer para practicarle el aborto, sin que se empleara algún tipo de violencia (Hurtado, 1982, p. 30). Por su parte, el segundo supuesto presentaba como elemento relevante que el aborto se hubiera efectuado en contra de la voluntad de la mujer, entendiendo que en aquella mediaba violencia o coacción por parte del sujeto activo (Hurtado, 1982, pp. 30-31).

El sujeto activo era cualquier persona con excepción de la mujer, puesto que la conducta era cometida por un tercero y sin el consentimiento de aquella (Roy Freyre, 1986, p. 268). El sujeto pasivo era el feto en tanto se atentaba contra su vida, pero también era la mujer, en la medida que se vulneraba su libertad y su salud (Roy Freyre, 1986, p. 269).

Los elementos constitutivos de este tipo penal eran: la preexistencia del embarazo; el uso de medios empleados a provocarlo; que un tercero destruya al feto; y, que sea una acción dolosa; sin embargo, a diferencia del artículo anterior, en esta modalidad debía advertirse la falta de consentimiento de la mujer gestante o que el aborto se realizará contra su voluntad (Roy Freyre, 1986, p. 269).

Finalmente, en el segundo párrafo de este artículo se establecía como agravante la muerte de la mujer a consecuencia del aborto y de las maniobras abortivas que pudieron ser previstas por el sujeto activo (Hurtado, 1982, pp. 204-205).

iv) Artículo 162

Art. 162.- Los médicos, cirujanos, parteras, farmacéuticos y cualesquiera otras personas dedicadas a profesiones sanitarias, que abusaren de su arte para causar el aborto, sufrirán las penas de los artículos anteriores e inhabilitación especial por un tiempo no menor cinco años.

En el artículo 245 del Código Penal de 1863 encontramos el antecedente de esta disposición; la razón de ser de la misma era la protección de la vida del feto y “[...]la necesidad pública que los que ejercen una profesión sanitaria o médica no abusen de sus conocimientos con actos ilegales e inmorales” (Guerinoni, 1987, p. 32).

Este artículo establecía un delito especial por la calidad del sujeto activo, por lo que podía ser cualquier persona que ejerciera una profesión sanitaria u oficio dentro de las ramas de la medicina (Guerinoni, 1987, p. 33). Cabe precisar, que la enumeración de estos profesionales no tenía un carácter taxativo, por lo que, por ejemplo, los profesionales en enfermería estaban incluidos en la agravante. Sin embargo, este artículo no se aplicaba al bachiller ni al estudiante de medicina (Roy Freyre, 1986, p. 272).

Ahora bien, la agravante en el caso de las personas que ejercían las profesiones sanitarias, se fundamentaba en que, en general, los profesionales de las áreas médicas debían coadyuvar a traer nuevas vidas y no destruirlas (Guerinoni, 1987, p.34). En esa línea, no se concebía una profesión sanitaria sin una actitud altruista y de amor al prójimo y, por ende, se entendía que “La conservación de la vida y la preservación de la salud (física y mental) constituyen los destinos superiores de las profesiones sanitarias.” (Roy Freyre, 1986, p. 272).

Por otro lado, en este tipo penal no se hacía diferencia entre el profesional sanitario que causará o cooperará con el aborto, toda vez que, en opinión de Roy Freyre era el juzgador quien debería determinar quién era autor y quién era cómplice (1986, pp. 273-274). Es preciso señalar que el profesional sanitario que por falta de pericia o error hubiese causado la muerte del producto de la concepción no era sancionado, puesto que en el Código Penal de 1924 no era punible el aborto culposo (Roy Freyre, 1986, p. 274).

Finalmente, este artículo no solo establecía la pena privativa de libertad sino también la inhabilitación de los profesionales sanitarios que fueran condenados por este delito (Roy Freyre, 1986, pp. 274-275).

v) Artículo 163

Art. 163.- No es reprimible el aborto practicado por un médico con consentimiento de la mujer encinta, si no hubiere otro medio para salvar la vida de la madre o de evitar en su salud un mal grave y permanente.

El Código Penal de 1863 no incorporó un antecedente⁴ de este artículo; de igual manera, en el periodo de 1863 a 1924 no se advierte documento que contemple norma similar. Así pues, la descriminalización de esta conducta en el año 1924 responde a la influencia del proyecto del Código Penal Suizo de 1918, siendo literal la transcripción del artículo 107 de dicho proyecto (Hurtado Pozo, 1982, pp. 205-207; Roy Freyre, 1986, p. 276).

De esta forma, el artículo en análisis reguló por primera vez el aborto terapéutico, definido como la interrupción del embarazo a fin de salvar la vida de la mujer o en beneficio de su salud (Guerinoni, 1987, p. 34). En ese sentido, el principal requisito era que como consecuencia del embarazo estuviese en peligro la vida de la gestante o en riesgo de sufrir un mal grave y permanente en su salud. Asimismo, el procedimiento – único medio para salvaguarda su vida o salud - debía ser realizado por un médico con el consentimiento de la mujer gestante. Posteriormente, se incorporó la condición que dos médicos – con conocimiento del caso - debían emitir opinión favorable a la necesidad del aborto (Roy Freyre, 1986, pp. 281-285).

Para que el consentimiento⁵ de la mujer fuese válido, esta debía ser mayor de 18 años, con capacidad de querer y entender, y que dispusiera de la libertad de decidir, vale decir, no debía mediar engaño, violencia o amenaza (Guerinoni, 1987, p. 41). En relación al peligro en la salud o la vida de la mujer este no debía necesariamente ser inminente, pero sí debía ser constatado por un médico que confirmara la existencia de este riesgo que, incluso, podría ser a futuro (Hurtado, 1982, p. 208; Roy Freyre, 1986, p. 279).

Ahora bien, a pesar de la descriminalización del aborto terapéutico en el artículo 163, este fue modificado y restringido por el artículo 21 del Código Sanitario, aprobado por el Decreto Ley N° 17505 (Roy Freyre, 1986, pp. 280-281). Así, se estableció que el aborto solo era permitido cuando existía *prueba indiscutible* de daño en la salud con muerte del feto o de la mujer y, a su vez, exigió que dos médicos que debían tratar el caso emitieran su opinión favorable (Hurtado, 1982, p. 206). Por su parte, la redacción del artículo 22 del Código Sanitario prohibía el aborto terapéutico por consideraciones de orden moral, social o económica, impidiendo, por ejemplo, el caso de violación sexual (Roy Freyre, 1986, p. 281).

⁴ La única referencia se encuentra en el artículo 282 del proyecto de código del año 1859 que estableció que las normas represivas contra el aborto no comprendían los casos en los que era necesario para salvar la vida de la mujer (Hurtado, 1982, p. 205)

⁵ En cuanto a este requisito del aborto terapéutico, Hurtado Pozo señala que el consentimiento de la mujer no constituía el fundamento de su impunidad, puesto que, el consentimiento no eximía el carácter antijurídico de una conducta que atentaba contra la vida humana (1982, p. 210).

Posteriormente, mediante Decreto Legislativo N° 121, de fecha 12 de junio de 1981, el artículo 21 del Código Sanitario fue modificado, retornando - en parte - a la regulación original, manteniéndose el requisito de la opinión previa de dos médicos que supieran del caso (Hurtado, 1982, p. 206). De esta manera, el artículo 21 quedó redactado de la siguiente forma “El aborto terapéutico es permitido por un médico con consentimiento de la mujer encinta y con la opinión previa de dos médicos que tratarán el caso en consulta, si no hubiera otro medio de salvar la vida de la madre o de evitar en su salud un mal grave y permanente” (Roy Freyre, 1986, pp. 280).

Esta situación reveló la resistencia que se tenía frente al aborto. En efecto, el requisito de prueba indubitable reducía los casos en los que resultaba aplicable el artículo 163 que prácticamente fue derogado por el Código Sanitario porque no siempre podía acreditarse el daño en la salud o la vida de manera irrefutable. Asimismo, la solicitud respecto a la opinión de dos médicos también resultaba excesiva e innecesaria, ya que, previamente un médico habría determinado la necesidad de la intervención quirúrgica. Por ello, el incremento de requisitos obstaculizó la interrupción de la gestación por razones terapéuticas.

Esta situación, que limitaba los derechos a la salud y vida de la mujer, respondía a la fuerte influencia de la Iglesia Católica y, cuyos criterios fueron recogidos en la regulación penal del aborto. Por ello, a pesar que esta admitía el aborto para salvar vida la de la mujer, las legislaciones liberales y descriminalizadoras fueron críticas y rechazadas por las autoridades eclesiásticas, quienes demandaban la desobediencia civil (Hurtado Pozo, 1982, pp.168-169).

Finalmente, durante la vigencia del Código Penal de 1924, ya se advertía el conflicto entre el derecho a la vida de la gestante y el derecho a la vida del producto de la concepción, siendo que “[...] el conflicto se representa entre la vida autónoma y cierta de la gestante como persona, y la vida dependiente e incierta del feto poseedor de un proyectado o presuntivo derecho a ser persona.” (Roy Freyre, 1986, pp. 281-282).

vi) Artículo 164

Art. 164.- El que con violencia ocasionare el aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, sufrirá prisión no mayor de dos años.

Este tipo penal – denominado como preterintencional – constituía una forma de culpabilidad en la que se presentaba dolo en la acción y culpa en el resultado; en ese sentido, se exigía que la conducta inicial fuese dolosa – al emplearse violencia contra la mujer, pero el resultado culposo, aunque fuese previsible no era querido (Roy Freyre, 1986, pp. 291-297). La violencia fue

interpretada en sentido amplio⁶, por lo que podía ser física o moral, y debía ser dirigida contra la mujer, pero no tener la intención de causar el aborto (Hurtado, 1982, p.200; Guerinoni 1987, p.42).

El sujeto activo podía ser cualquier persona, excepto la mujer, quien al igual que el feto vivo, eran los sujetos pasivos de esta conducta. En cuanto a la notoriedad o conocimiento del embarazo era necesario que al sujeto activo le hubiese constado dicho estado, tanto porque fuese notorio o porque conocía previamente del estado de gravidez, sin importar en qué etapa del embarazo se encontraba la mujer, pues la ignorancia del embarazo hacía que el aborto resultara imprevisible (Guerinoni, 1987, p. 43).

En consecuencia, se observa que el principal avance del Código Penal de 1924 sería la descriminalización del aborto terapéutico; asimismo, contempló la muerte de la mujer embarazada como agravante de la conducta ilícita. Sin embargo, no consideró ningún supuesto de atenuación como el estado de necesidad, al que se aludía en los casos de violación sexual o de índole económica. Esto a su vez resulta cuestionable, puesto que, el proyecto de Código Penal Suizo – principal fuente del Código Penal de 1924 - sí había atenuado la pena a decisión del juez por un estado de necesidad de la mujer, considerando la situación en la que se encontraba la mujer (Navas, 2017, p. 268).

De igual manera, este código tiene un carácter extremadamente represivo en relación al aborto. En efecto, la violencia moral o medios morales o psíquicos – referencia constante en el análisis de las modalidades de aborto – en la que se aludía, por ejemplo, a la amenaza, coacción, terror o al susto, solo reafirma lo limitante de la legislación peruana; puesto que, los medios morales no crean riesgos relevantes para el bien jurídico protegido (Hurtado, 1982, p. 191, pp. 200-201; Roy Freyre, 1986, p. 257).

Este carácter restrictivo se vislumbra, además, en la agravante relacionada a los profesionales de la salud. A modo de ejemplo, en la legislación comparada, el Código Soviético establecía en su artículo 116 una atenuante cuando la persona que practicaba el aborto ilegal era un médico, puesto que, esta intervención constituía una garantía para la salud y la vida de la mujer gestante (Roy Freyre, 1986, p. 273). Sin embargo, para el legislador peruano, valía más la protección del concebido que la protección de la mujer, por lo que los profesionales de la salud eran sancionados con mayor severidad.

⁶ No obstante, para Roy Freyre, en el aborto preterintencional, como en el autoaborto y en el aborto consentido no cabía la violencia moral (1986, p. 257, p. 293).

Finalmente, a pesar de la descriminalización del aborto terapéutico en el artículo 163, su modificación por el Código Sanitario sólo impidió su práctica mediante el aumento de requisitos. Por lo tanto, aunque se implementaron ligeros avances, perduró en los códigos de 1863 y 1924 el tenor limitante de la práctica del aborto, restringiendo los derechos de la mujer gestante.

1.2. La tipificación del delito de aborto en el Código Penal de 1991.

Si bien la presente tesis se centra en la atenuante del delito de aborto en los casos de violación sexual, regulada en el primer párrafo del artículo 120 del Código Penal de 1991; resulta necesario analizar el tipo penal base del delito de aborto y los otros tipos penales establecidos por el actual código para determinar el carácter restrictivo del mismo.

En primer lugar, el aborto en el Código Penal de 1991, al igual que sus predecesores, ha sido regulado en un título independiente al delito de homicidio. El aborto en este Código debe entenderse como *“provocar de manera intencional la interrupción del embarazo y causar la muerte del embrión al interior del claustro materno o a través de su expulsión violenta y prematura”* (Prado, 2017, p. 40). Asimismo, el bien jurídico protegido es la vida humana dependiente, comprendida entre el periodo de anidación o implantación del óvulo fecundado en el útero de la mujer y el inicio del parto, con las primeras contracciones (Villavicencio, 2014, pp. 337-340; Prado, 2017, pp. 39-40).

Finalmente, el objeto de protección del delito, y sujeto pasivo del mismo, es el feto o vida humana dependiente en formación (Villavicencio, 2014, p. 335). Cabe mencionar que, con excepción del llamado aborto preterintencional, la imputación subjetiva es siempre a título de dolo (Castillo, 2008, p. 978). A partir de estos conceptos preliminares, se expondrá cada tipo penal del delito de aborto regulado por el Código Penal de 1991.

1.2.1. Autoaborto

Artículo 114.- La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.

Este artículo sanciona exclusivamente a la mujer que realiza el aborto por sí misma, o cuando consciente que un tercero lo realice, por lo que se trata de un delito especial por la calidad del sujeto activo. La pena se aplica a la mujer, tanto si actúa como autora, coautora, instigadora o cómplice (Prado, 2017, p. 42).

Los elementos del comportamiento típico son principalmente: la existencia del embarazo, que el feto esté vivo, que la mujer cause su aborto o que consienta que otro se lo cause (Castillo, 2008, pp. 971-973). En la misma línea que sus predecesores el consentimiento será válido cuando la mujer posea capacidad de juicio y discernimiento, debiendo comprender el significado y la finalidad de aborto, esto es, ser mayor de edad y no sufrir anomalía psíquica. De igual manera, tal como en los códigos de 1863 y 1924, el consentimiento no exime de responsabilidad al tercero que realiza el aborto (Castillo, 2008, p. 975; Villavicencio, 2014, p.349).

Siguiendo la línea del Código Penal de 1924, este artículo no hace referencia a características de la mujer como la buena fama (para atenuar la sanción). Además, es la modalidad que tiene la menor sanción penal respecto a las siguientes modalidades tipificadas en el Código Penal de 1991. Sin embargo, es cuestionable que no considere otros factores que motiven a la mujer a realizarse un aborto; por ello, Prado Saldarriaga indica que los motivos que hubiese tenido la mujer deben ser evaluados por el juez al establecer la sanción penal correspondiente (2017, p. 42).

Finalmente, la doctrina indica que este es un delito de infracción de deber en la medida que la mujer tiene un deber de cuidado frente al concebido (Villavicencio, 2014, p. 343). Sin embargo, no hay un tipo penal en el delito de aborto enfocado únicamente en el varón⁷, futuro padre del concebido, en mérito a un deber de cuidado⁸, como sí sucede en el caso de los hijos nacidos (Mir Puig, 2008, pp.318-319; Villavicencio, 2017, pp.136-138).

Por lo tanto, se advierte que este artículo es claramente discriminatorio en perjuicio de la mujer, en la medida que estaría influenciado por un estereotipo de género, en virtud del cual se asume que todas las mujeres “quieren” o “deben” ser madres en función de su propia naturaleza y que, por lo tanto, deben proteger al concebido, no exigiéndole lo propio a los varones. Sobre este punto, vale decir, la existencia de estereotipos de género y su influencia en el derecho penal, nos extenderemos en el tercer capítulo de la presente tesis.

1.2.2. Aborto consentido

Artículo 115.- El que causa el aborto con el consentimiento de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

⁷ Esta diferencia es el resultado de un hecho puramente biológico que distingue al varón de la mujer, toda vez que, sólo esta última puede llevar un embarazo. Ello no sucede con el varón, a quién se le puede identificar como padre con una prueba de ADN pero no físicamente como sucede con la mujer. Sin embargo, esta situación no debería ser empleada en perjuicio de la mujer.

⁸ Alguno de los supuestos por los cuales la persona asume la posición de garante son por: injerencia, deberes de aseguramiento (...), relaciones familiares (...). e) Relaciones familiares: siempre que estas relaciones originen deberes de cuidado que existan materialmente. Ejemplo: deberes de los padres de cuidar a sus menores hijos (Villavicencio, 2017, pp. 137-138)

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

El sujeto activo de este tipo penal será cualquier persona con excepción de la mujer gestante. Asimismo, al ser la mujer la que consciente, esta conducta se subsume en la figura del autoaborto pasivo, por lo que aquella respondería por el artículo 114 y el tercero por el artículo 115.

El principal elemento es el consentimiento de la mujer, el cual puede ser expreso o tácito; asimismo, la mujer debe tener la capacidad suficiente para otorgarlo, es decir, ser mayor de 18 años y gozar de sus facultades físicas y mentales (Prado, 2017, p.43). Asimismo, el consentimiento de la mujer no exime de responsabilidad a quien realiza el aborto, toda vez que la mujer no puede disponer de la vida del feto; no obstante, este elemento permite una pena menor a comparación del aborto practicado sin consentimiento de la mujer (Villavicencio, 2014, p. 352).

Por otro lado, el segundo párrafo presenta como agravante la muerte de la mujer por imprudencia del agente, que puede ocurrir, como señala el profesor Villavicencio (2014), “durante la práctica abortiva o será una consecuencia de esta” (pp. 354-355).

Por último, este tipo penal es la reproducción del artículo 160 del Código Penal de 1924, de ahí que cabe cuestionarse, nuevamente, porqué se acepta el consentimiento de la mujer como una suerte de atenuante a favor del tercero que realiza el aborto – siendo valorado en el análisis jurídico del tipo y en la determinación de la pena, pero no como elemento esencial para legalizar la conducta de la mujer que, en ejercicio de su derecho a la libertad, decide sobre su propio cuerpo.

1.2.3. Aborto sin consentimiento de la víctima

Artículo 116.- El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

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

A diferencia del artículo anterior, este tipo penal sanciona al tercero que realiza el aborto sin el consentimiento de la mujer gestante, por lo que los bienes jurídicos vulnerados son la vida del feto y la libertad de la mujer, es decir, su derecho a decidir sobre su embarazo (Villavicencio, 2014, pp. 356-357).

Por ello, el principal elemento a analizar es la falta de consentimiento, en el que se presentan dos supuestos. En el primer caso se realiza las maniobras abortivas sin consultar la voluntad de la mujer o se desestima la misma (Peña Cabrera, 2017, p. 263). En el segundo supuesto, el aborto se realiza contra la voluntad de la mujer mediante la violencia o amenaza, en la medida que la mujer sí ha manifestado expresamente su oposición a la interrupción de la gestación (Villavicencio, 2014, pp. 357-358).

Finalmente, este tipo penal recoge la agravante por la muerte subsecuente de la mujer, que al igual que en el artículo precedente, puede ser resultado de las maniobras abortivas, la impericia del agente o consecuencia del aborto en sí mismo (Peña Cabrera, 2017, p. 266).

1.2.4. Circunstancias agravantes específicas

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

Este artículo tiene sus antecedentes en el Código Penal de 1863 y de 1924 y recoge una agravante en virtud de una condición del sujeto activo, que responde básicamente a su profesión. Sin embargo, despojándose de los argumentos esbozados en los dos primeros códigos respecto al carácter altruista y su vocación por salvar vidas, y bajo el criterio preventivo – especial, se sanciona a los profesionales de la salud en la medida que poseen conocimientos y habilidades que facilitarían la comisión del delito de aborto (Castillo, 2008, pp. 1021-1022).

De esta manera, la mayor sanción, que incluye la inhabilitación, se fundamenta en el abuso de la profesión, toda vez que se vale de los conocimientos que le proporciona esta, a fin de emplearla para realizar conscientemente una conducta prohibida, vale decir, el aborto (Peña Cabrera, 2017, pp. 268). En esa línea, el profesional sanitario no solo incumple la norma penal, sino que infringe sus deberes profesionales – conservar la vida y preservar la salud - defraudando la confianza social depositada en él (Villavicencio, 2014, p. 363; Prado, 2017, p. 44).

No obstante, un sector de la doctrina considera que esta agravante es innecesaria porque respondería a argumentos basados en normas morales como el amor al prójimo, máxima de la profesión sanitaria, pero que no sería fundamento para agravar la sanción penal (Castillo, 2008, pp.1022-1023).

1.2.5. Aborto preterintencional

Artículo 118.- El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.

A diferencia de las otras modalidades de aborto en las que el objeto del delito es el cuerpo del concebido, en este caso específico el objeto del delito será el cuerpo de la mujer embarazada (Castillo, 2008, p. 1032). En cuanto al sujeto pasivo, será tanto la mujer gestante como el feto vivo (Villavicencio, 2014, p. 366).

Este artículo tiene como antecedente al artículo 164 del Código Penal de 1924. De esta manera, el comportamiento típico contiene dos elementos: el empleo de la violencia – física – contra la mujer, conociendo o siendo notorio el embarazo, y la ausencia de voluntad de causar el aborto (Prado, 2017, p. 45).

En ese sentido, el sujeto activo es consciente del uso de la violencia y tiene la intención de utilizar la misma contra la mujer embarazada de manera dolosa. Sin embargo, el aborto es un resultado, aunque previsible, pero no querido por el sujeto activo (Peña Cabrera, 2017, pp. 273-274).

1.2.6. Aborto terapéutico

Artículo 119.- 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.

El antecedente de este artículo se encuentra en el artículo 163 del Código Penal de 1924 y, como tal, mantiene descriminalizada la modalidad de aborto por razones terapéuticas. Los requisitos que deben cumplirse son: la verificación de un grave riesgo en la salud o vida de la mujer gestante; que el aborto sea realizado por un médico y, el consentimiento de la mujer o su representante legal.

El primer requisito tiene como presupuesto una situación de necesidad, esto es, un contexto en el cual la vida y/o la salud de la mujer se encuentran en peligro al haber una probabilidad de lesión grave en contra de ella (aunque no sea inminente), por lo que el aborto debe ser el único medio para preservar su vida y/o su salud (Villavicencio, 2014, pp. 370-371). Por otro lado, el médico no necesariamente debe ser un ginecólogo, pero si debe contar con el diploma que acredite su

profesión y con el conocimiento necesario para ello (Peña Cabrera, 2017, p. 284). Por último, el consentimiento de la mujer debe ser expreso, y resulta fundamental, toda vez que corresponde a la mujer decidir sobre su embarazo ejerciendo su derecho a la libertad y autodeterminación (Villavicencio, 2014, p. 370).

Ahora bien, a pesar que un sector de la doctrina visibiliza un conflicto de derechos entre la mujer y el feto, y que este se encuentra descriminalizado desde el año 1924, la interrupción de la gestación por razones terapéuticas se ha visto limitada por diferentes factores. En primer lugar, como se expuso en el análisis del Código Penal de 1924, las modificaciones en el Código Sanitario restringieron el aborto terapéutico al establecer requisitos adicionales e innecesarios, derogando tácitamente el artículo 163, haciendo más difícil el acceso a las mujeres gestantes a realizarse un aborto por razones terapéuticas.

En segundo lugar, desde la vigencia del artículo 163 hasta el actual artículo 119, hubo un periodo de casi noventa años en los que no se contó con un documento técnico a nivel nacional que permitiera la interrupción de la gestación. Efectivamente, se ha podido constatar que recién en el año 2014, mediante Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA, se aprobó la Guía Técnica Nacional para la Estandarización del Procedimiento de Atención Integral de la Gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con Consentimiento Informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal.

Dado esto, hasta antes de la aprobación de la Guía Técnica, alrededor del 70% de hospitales del MINSA no realizaba este procedimiento afectando la vida y la salud de muchas mujeres (Villavicencio, 2014, pp. 373-374). En el extremo de este contexto, aún quedan sectores de la sociedad que cuestionan la Guía, e incluso se presentó una Acción Popular contra ella, argumentado que atentaba contra la Constitución Política del Perú (Corte Superior, 2019, p. 1).

Por último, se advierte que la Guía Técnica sólo está referida a las intervenciones antes de las 22 semanas de gestación, a pesar que el artículo 119 no establece un plazo específico; por consiguiente, no queda claro qué sucederá con aquellas mujeres a las que se les diagnostique un peligro en su vida o salud después de este plazo.

1.2.7. Aborto sentimental y eugenésico

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

- 1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o*
- 2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.*

El artículo 120 ha regulado por primera vez tres atenuantes del delito de aborto: la violación sexual fuera del matrimonio; la inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio; y, cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas. En la medida que el aborto por violación sexual es el eje temático de la presente tesis, en este subtítulo sólo se analizará el segundo supuesto del inciso 1 y, el inciso 2.

De esta manera, en la inseminación artificial no consentida, la conducta típica consiste en realizar un aborto a una mujer cuando el embarazo es, valga la redundancia, producto de una inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio, la cual debe ser denunciada. Este supuesto está referido a las técnicas de reproducción humana asistida que hubiesen sido impuestas a la mujer mediante el uso de la violencia, coacción, o cualquier otro medio que someta a la mujer (Villavicencio, 2014, p. 381).

En este supuesto resulta cuestionable que la sanción recaída en la mujer tenga menor o mayor intensidad de acuerdo a su estado civil, puesto que deviene en injusto y discriminatorio que las mujeres casadas, por el solo hecho de serlo, no puedan acogerse a la atenuante de este artículo. Ello solo confirma los deberes y roles que se les asigna a las mujeres, y únicamente a ellas, de acuerdo a su estado civil.

Por su parte, el llamado aborto eugenésico, establecido en el inciso 2, tiene como conducta típica realizar un aborto a una mujer cuando gesticule un feto con graves taras físicas o psíquicas, siempre que se acredite mediante examen médico. En opinión de Hurtado Pozo no comprende, por ejemplo, el caso de malformaciones o taras que puedan ser eliminadas mediante una intervención médica (1994, pp. 68-69). Más luces para el análisis de este supuesto lo da el Tribunal Constitucional Colombiano en la Sentencia C-355/06, estableciendo que se trataría del feto que sufre malformaciones que le impedirían sobrevivir después del nacimiento (Jaramillo, 2010, p.10). Uno de estos casos es la anencefalia⁹, malformación a la que le resultaría aplicable el aborto eugenésico.

⁹ Es una anomalía que implica la ausencia de los hemisferios cerebrales y de la estructura ósea del cráneo, se origina entre la segunda y tercera semana del desarrollo embrionario, y, siempre, es incompatible con la vida extrauterina (Hooft, 2000, pp. 269-270).

Un caso emblemático ha sido el de Karen Llantoy vs. Perú, presentado ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹⁰, debido a la negativa del Estado Peruano de realizarle un aborto terapéutico por la gestación de un feto anencefálico. Si bien este caso correspondía a un aborto eugenésico, por una cuestión estratégica la demandante alegó que la negativa de realizarle un aborto terapéutico vulneró su derecho a la vida; la salud; no discriminación; a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes; a no ser objetivo de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada. Es importante señalar que el Comité amparó su demanda, considerando que el Estado Peruano había violado los artículos 2, 7, 17 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Comité de DDHH, 2005, pp. 2-10).

Ahora bien, de la revisión de los tres códigos penales, la primera conclusión a la que se arriba es que el aborto siempre se ha diferenciado del delito de homicidio, ello en mérito al principio de lesividad y a que la vida humana en formación no adquiere una concreción propia como la vida humana ya lograda, por lo que se protege con diferente intensidad (Peña Cabrera, 2017, p. 231). En segundo lugar, esta diferente valoración no ha sido considerada para descriminalizar el aborto cuando su prohibición afecta los derechos humanos de las mujeres como es el caso de la violación sexual, la inseminación artificial no consentida y cuando el feto presenta malformaciones.

Por último, tipos penales como el regulado en el artículo 114, del actual Código Penal, en el que sanciona exclusivamente a la mujer, se sustentan en estereotipos de género asignados a esta, como su vocación a la maternidad en cumplimiento de su propia naturaleza y función reproductiva; y otros, como el artículo 117, se amparan más en valores morales que en un análisis jurídico penal.

En consecuencia, los Códigos Penales en el Perú han mantenido criminalizado el aborto, estableciendo solo tres supuestos de atenuación y un aborto descriminalizado por razones terapéuticas. Este último, además, se ha visto limitado constantemente por la falta de voluntad del Estado para establecer una guía médica adecuada para su práctica y por la oposición de algunos sectores de la sociedad, evidenciando el carácter restrictivo y punitivo de la legislación penal en relación con los derechos de las mujeres, tal como se resume a continuación:

	C.P. 1863	C.P. 1924	C.P. 1991
Autoaborto	<i>Art. 243 Se criminalizó el aborto realizado por la mujer (autoaborto activo) y aquel que fuera consentido por ella</i>	<i>Art. 159.- La principal diferencia con su antecedente normativo es la supresión de la buena fama de la mujer como atenuante del tipo base.</i>	<i>Artículo 114.- No hubo variación relevante en relación a su antecedente, continuando con una referencia al autoaborto activo y</i>

¹⁰ Comunicación No. 1153/2003

	<p>para que un tercero lo realizara (autoaborto pasivo). Se contempló una atenuante por una calidad de la mujer basada en un estereotipo de género como lo fue la alusión a la "buena fama" de aquella.</p>		<p>pasivo; asimismo, el fundamento principal de la tipificación de la conducta descrita, responde a un estereotipo de género asignado únicamente a la mujer (artículo 159)</p>
Aborto consentido	<p>Art. 244.- Se sancionó al tercero que causaba el aborto de la mujer. En este supuesto, el consentimiento de aquella disminuía la sanción establecida. Recoge una suerte de antecedente del aborto preterintencional cuando se ocasionaba el aborto por medios que no hubiesen tenido dicho fin.</p>	<p>Art. 160.- Al igual que su antecesor regula el aborto consentido, conteniendo una pena menor que el aborto realizado sin el consentimiento de la mujer. La principal diferencia es que recoge una agravante cuando se causaba la muerte de la mujer como consecuencia del aborto o el procedimiento de este.</p>	<p>Artículo 115.- Este artículo no presenta ninguna variación relevante respecto a su predecesor.</p>
Aborto sin consentimiento	<p>Art. 244 De la lectura de la primera y segunda oración de este artículo, se puede observar una referencia implícita al aborto sin consentimiento.</p>	<p>Art. 161.- Es la primera vez que se regula expresamente el aborto realizado sin el consentimiento de la mujer gestante o contra su voluntad. Asimismo, establece la agravante por la muerte de la mujer a consecuencia del aborto o el procedimiento de este.</p>	<p>Artículo 116.- Este artículo no presenta ninguna variación relevante respecto a su predecesor.</p>
Aborto abusivo/ Circunstancias agravantes específicas	<p>Art. 245.- Estableció una agravante por la calidad del sujeto activo: los profesionales de la salud, parteras y farmacéuticos. La agravante respondía a los principios éticos que se le adjudica a esta profesión: amar al prójimo y salvar vidas.</p>	<p>Art. 162.- Al igual que su antecesor, este tipo penal se fundamentaba en la calidad del sujeto activo.</p>	<p>Artículo 117.- Repite, básicamente, la descripción recogida por su antecedente normativo y sanciona a los profesionales de la salud que realizan el aborto con inhabilitación, pero aplicando los supuestos de los artículos 115 o 116 según corresponda.</p>
Aborto preterintencional		<p>Art. 164.- Una suerte de antecedente se encuentra en el segundo párrafo del artículo 244.</p>	<p>Artículo 118.- Mantiene la misma fórmula legal que su antecedente normativo, sin presentar ningún cambio.</p>
Aborto terapéutico		<p>Art. 163.-</p>	<p>Artículo 119.-</p>

		<p><i>Por primera vez se regula el aborto terapéutico. No obstante, este se vio restringido por el Código Sanitario que estableció más requisitos para la interrupción de la gestación.</i></p>	<p><i>Repite el dispositivo legal de su antecedente normativo recogido en el artículo 163 del Código Penal de 1924. Aunque, debe destacarse que no recogió los requisitos del Código Sanitario. Su aplicación en la práctica se vio impedida por la falta de una Guía Técnica de Interrupción de la gestación, limitando los derechos humanos de las mujeres</i></p>
<p>Aborto por violación sexual, inseminación artificial no consentida y eugenésico</p>			<p><i>Artículo 120.- Se estableció por primera vez tres atenuantes del tipo base regulado en el artículo 114. Sin embargo, los fundamentos que sustentan la criminalización atenuada de estos supuestos responden a estereotipos de género asignados a las mujeres.</i></p>

*Elaboración propia

2. El delito de aborto en casos de violación sexual en el Código Penal de 1991

El artículo 120° del Código Penal Peruano de 1991 mantiene criminalizado el aborto por violación sexual fuera del matrimonio, aunque con una pena absolutamente simbólica (Prado, 2017:41), como se evidencia a continuación:

*Artículo 120.- El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:
1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio (...) siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o
(...)*

Así, en la medida que el delito de aborto por violación sexual es el tema central de la presente tesis, se revisará sus antecedentes normativos, los argumentos esbozados por algunos sectores de la sociedad peruana en contra de su descriminalización en el Código Penal de 1991, y el contenido del tipo objetivo de este delito.

2.1. Antecedentes normativos: Proyectos de Código Penal entre los años 1924 y 1990

En el año 1928 los juristas Ángel Gustavo Cornejo y Plácido Jiménez elaboraron un proyecto de Código Penal en el cual se descriminalizaba, además del aborto terapéutico, los abortos denominados eugenésico y ético o sentimental (Dador, 1997, s.n.). Así, conforme a su artículo 208 se establecía que no sería punible el aborto realizado por un médico con el fin de “(...) *salvar la vida de la madre o evitarle un mal grave en su salud. (...) a solicitud de la víctima de una violación, o si esta fuera una enajenada o demente. La petición formal de la interesada deberá hacerse por escrito que el médico mantendrá en reserva*” (Mori, 1992, p.112). Sin embargo, este no fue aprobado.

Varias décadas después, el 3 de septiembre del año 1984, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” el proyecto de Código Penal, en el cual el único aborto descriminalizado seguía siendo el terapéutico, perdurando la redacción del Código Penal de 1924 (Dador, 1997, s.n.). Sin embargo, se estableció como figura atenuada el aborto “honoris causa” en el artículo 117, y se habría incluido la indicación ética como “excepción de impunidad” en el inciso 2 del artículo 119 (Mori, 1992, p.113).

Al año siguiente, el proyecto de Código Penal de 1985 descriminalizó el aborto terapéutico, el aborto por violación sexual y por inseminación artificial no consentida en el artículo 129¹¹, lo mismo sucedió con el proyecto de Código Penal de 1986, al incorporar los mismos supuestos en su artículo 122¹² (Dador, 1997, s.n.). Este proyecto recibió críticas en relación al requisito de inicio del proceso penal en los casos de violación sexual e inseminación artificial no consentida, toda vez que el ordenamiento procesal penal exige la individualización del presunto autor para abrir instrucción, lo que no sucede en este tipo de delitos por la demora en la identificación del agresor o porque, siendo conocido, la víctima no lo denuncia (Mori, 1991, pp. 114-115).

Sin embargo, un acierto que se advierte de este proyecto de Código Penal fue el no referirse al estado civil de la mujer ni el contexto en el cual se cometía la violación sexual o la inseminación artificial no consentida. Asimismo, entre sus argumentos a favor se exponía que las mujeres víctimas de violación sexual se veían obligadas a someterse a abortos clandestinos al no tener

¹¹ Artículo 129

No es punible el aborto practicado por un médico con consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, en su caso: 1) Si se hace con el fin de evitar un grave peligro para la salud de la gestante, y este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2) Si el embarazo proviene de una violación o de inseminación artificial no consentida. En el caso del inciso 1, debe preceder siempre que sea posible opinión favorable de dos médicos; y en el caso del inciso 2 que el proceso penal se haya iniciado. (Mori, 1992, p. 114)

¹² El artículo 122 tenía el mismo contenido que el artículo 129 redactado en el pie de página precedente (Dador, 1997, s.n.)

opción de practicarse un aborto legal; en ese sentido, tuvo respaldo de diversos actores al presentar una solución objetiva a las mujeres obligadas a asumir una maternidad, que no era justa ni humana, por un hecho impuesto y ajeno a su voluntad (Guerinoni, 1987, pp. 59-60).

Finalmente, el proyecto del Código Penal de 1990¹³ fue el único proyecto aprobado por el Congreso de la República y entregado al Ejecutivo para su promulgación. En este se encontraba descriminalizado el aborto en los casos de violación sexual e inseminación artificial ocurridas fuera del matrimonio¹⁴ y, a su vez, como refiere Jennie Dador (1997), sancionó “penalmente la violación sexual dentro del matrimonio” (s.n.). Sin embargo, la publicación de este proyecto conteniendo las figuras descritas, provocó una gran polémica, por lo que el presidente Alan García no promulgó el proyecto, e incluso, pospuso su aprobación al nuevo mandato presidencial (Llaja, 2009, p. 6).

2.2. Argumentos que impidieron la promulgación del proyecto de Código Penal de 1990 que descriminalizaba del aborto por violación sexual fuera del matrimonio

Como se ha indicado, la publicación del proyecto de Código Penal de 1990 ocasionó críticas en relación a la descriminalización del aborto en los casos de violación sexual fuera del matrimonio, entre las cuales se encontraban las que consideraban al concebido como un ser humano nacido y aquellas que priorizaban la función reproductiva del matrimonio.

De esta manera, durante el año 1990 los diarios de circulación nacional “El Comercio” y “La República” hicieron una serie de publicaciones conteniendo las opiniones de juristas, médicos y miembros de la Iglesia Católica. Así pues, en contra del proyecto se señalaba que el artículo en cuestión atentaba contra los Derechos Humanos que protegían la vida en todas sus etapas, lo cual podría contribuir a la crisis política, social y económica, favoreciendo el libertinaje sexual, y hasta el SIDA; y, que era “(...) realmente alarmante que el proyecto del nuevo Código Penal contenga disposiciones que no consideren delito el “grotescamente denominado aborto sentimental” (El Comercio, 1990).

¹³ La Exposición de Motivos del Código Penal de 1991 – aprobado mediante Decreto Legislativo N° 635 – deja constancia que el 9 de septiembre de 1989 se publicó la Parte General del proyecto de Código Penal y el 17 de julio de 1990 se publicó el proyecto de Código Penal en su versión completa, incluyendo la Parte General y la Parte Especial (Dador, 1997, s.n.; Mori, 1992). Cabe precisar que, dentro de este periodo de tiempo, hubo una publicación el 7 de junio de 1990 en el Diario Oficial (Llaja, 2009, p. 6).

¹⁴ Art. 120

No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal (...) Inc.2 Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio, o de inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio, siempre que el aborto se realice dentro de las doce primeras semanas de gestación y que los hechos hubiesen sido denunciados o investigados cuando menos policialmente (Mori, 1992, p. 115).

Estos argumentos se fundamentaban en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1979 y en la Convención Americana de Derechos Humanos, según las cuales se consideraría al concebido nacido para todo cuanto le favorece, ostentando la calidad de ser humano, deviniendo en inconstitucional el artículo en análisis (Mori, 1992, p.110). Por su parte, el argumento que relacionaba la descriminalización del aborto por violación con el libertinaje sexual termina siendo, por lo menos, absurdo, toda vez que el primero supone una vulneración al derecho a la libertad, específicamente, a la libertad sexual al ser un acto impuesto. En cambio, el libertinaje sexual está en la esfera de control de la misma persona, por lo que este argumento carecía de sustento.

La oposición más activa procedió de los sectores religiosos, principalmente de la Iglesia Católica. Así, señalaron que estaban en contra porque “(...) *la dignidad de la vida humana debe ser respetada plenamente desde el momento mismo de la concepción, por encima de cualquier situación y (...) se darían todas las condiciones para practicar abortos innumerables por la sola denuncia de violación. (...) Creemos urgente salvaguardar la vida de los inocentes, como la estructura de la familia que se vería duramente maltratada (...)*” (El Comercio, 1990). Asimismo, sostenían que este delito no podía justificarse por ningún motivo ni por ley hecha por hombres, toda vez que significaba asesinar a seres inocentes¹⁵ y que, aunque la violación sexual es un pecado, este no debía atribuírsele al concebido¹⁶, que era creado por Dios.

Frente a estas críticas, hubo sectores que se pronunciaron a favor enfatizando que forzar a una mujer a tener un hijo como consecuencia de violación sexual es atentatorio contra su derecho a la vida y el libre desenvolvimiento de su personalidad (Dador, 1997, s.n.). En esa línea, se sostuvo que las mujeres tienen derecho a una maternidad voluntaria y a una vida digna, lo cual no se garantizaba, debido a las altas cifras de morbilidad materna; así, Mercedes Cabanillas, señaló que el aborto en casos de violación sexual debía enfocarse desde los derechos de la mujer y recalcó la importancia de la participación de las mujeres en el debate, puesto que, este, lo conformaron sólo varones (La República, 1990).

No obstante, de la actual redacción del Código Penal, se puede concluir que la posición admitida fue aquella contraria a la descriminalización del aborto en casos de violación sexual, representando un retroceso frente a todos los proyectos que, a esa fecha, se habían presentado.

¹⁵ El comunicado señala que: (...) siempre ha defendido el derecho a la vida desde el momento de la concepción del ser humano, que es ya persona en formación física, creada a imagen de Dios. (...) Tiene ya derecho a la vida, su vida propia, independientemente de la madre que lo está gestando y lo concibió. (...) La Iglesia se hace voz de esos inocentes, ante quienes el nuevo Código quiere arrogarse el derecho de condenarlos a la muerte (El Comercio, 15 de julio de 1990)

¹⁶ La publicación de este pronunciamiento es de fecha 16 de julio de 1990 en el diario “El Comercio”.

2.3. Tipo objetivo del delito de aborto en casos de violación sexual

El comportamiento típico recogido en la primera parte del inciso 1 del artículo 120 es realizar un aborto, causando la muerte del feto, cuando la gestación es consecuencia de una violación sexual fuera del matrimonio. Una de las principales críticas hacia este artículo es la imprecisa, y hasta incongruente, técnica legislativa respecto al sujeto activo, el consentimiento de la mujer y el plazo (Hurtado, 1994, pp. 60-61).

Desde un sector de la doctrina, el sujeto activo podría ser cualquiera, tanto la mujer, el médico, como una tercera persona (Villavicencio, 2014, p. 381). Sin embargo, Hurtado Pozo y Peña Cabrera tienen opinión distinta en relación al sujeto activo. Así, indican que solo es imputable el médico que realiza el aborto y la mujer en tanto consiente la intervención, toda vez que, estos supuestos en realidad estaban descriminalizados por el artículo original del proyecto del Código Penal de 1990, por lo que al estar incluidos junto al aborto terapéutico es de suponer que se aplican los mismos requisitos (Hurtado, 1994, p.67; Peña Cabrera, 2017, p.289).

Por otro parte, no resulta contrario a derecho que se atenúe un supuesto en donde concurra el consentimiento de la mujer. Sin embargo, ante el silencio del artículo en cuestión, se toleraría la posibilidad de que el aborto pueda cometerse sin la autorización de la mujer y, aun así, ser atenuado. Afortunadamente, la doctrina establece que actuar contra la voluntad de una persona acentúa el carácter ilícito de la conducta, por lo que no se concibe que la mujer no sea consultada, máxime si el factor decisivo para la atenuación de la pena en las otras modalidades de aborto es, precisamente, la concurrencia del consentimiento de la mujer (Hurtado, 1994, p.68).

Por ello, el consentimiento en el caso del artículo 120 es requisito necesario para la atenuación (cuando el médico realiza el aborto); ya que se debe garantizar el derecho a la libertad de la mujer en el ejercicio de su maternidad y, por ende, la interrupción o la continuación del embarazo (Hurtado, 1994, p.68).

No obstante, este artículo sí refleja la posición de subordinación en que se encuentra la mujer y la vulneración a su derecho a la autonomía y a su capacidad de decidir, puesto que el legislador no se preocupó por “proteger” expresamente, por lo menos, este derecho. Esta deficiencia legislativa se debe sobre todo a las condiciones de aprobación del artículo 120. En efecto, la modificación del artículo original del Proyecto de Código Penal se dio en un marco de presión por parte de la Iglesia Católica y sectores conservadores, siendo modificado en último momento (Hurtado Pozo, 1994, p.60; Prado, 2017, pp.38-39; Castillo, 2008, p.1077).

En cuanto al plazo, el artículo en análisis no determina si debe practicarse en un periodo de tiempo delimitado, como sí sucede en la legislación comparada¹⁷, e incluso, en la Guía Técnica del aborto terapéutico se establece la interrupción de la gestación hasta la semana 22 de embarazo. De ahí que este artículo presentaría una redacción incompleta y un vacío legal para los supuestos del artículo 120. Además, algunos autores sostienen que la delimitación del plazo para practicar la interrupción de la gestación es importante en la medida que el procedimiento sería menos riesgoso en una etapa temprana de la gestación (Castillo, 2008, p.1084).

Ahora bien, en los supuestos de atenuación regulados por el artículo 120, un sector de la doctrina nacional establece que las atenuantes responden a un conflicto de intereses que tiene por un lado la vida del concebido y, por otro, principalmente, la libertad de la mujer (Villavicencio, 2014:380; Hurtado, 1994, p.63). Sin embargo, la criminalización del aborto en estos supuestos, no ha ponderado realmente los derechos de la mujer involucrados, estableciendo una pena simbólica que evidencia una regulación conservadora y poco flexible en relación al aborto, privilegiando criterios morales y éticos (Villavicencio, 2014, p.380; Prado, 2017, pp.37-39).

Asimismo, la ausente referencia al consentimiento en el artículo 120 muestra la poca seriedad en la redacción de normas y la casi nula preocupación por proteger los derechos de la mujer. Así, en el caso de la violación sexual, ni siquiera se valoró que este delito es resultado directo de una vulneración a los derechos de la mujer. Por el contrario, prevaleció la función reproductiva de aquella y los derechos del feto, tal como ha quedado establecido en la Exposición de Motivos del Código Penal, en la cual se indica: “(...) *el Código Penal prevé como delitos el aborto sentimental (o ético) y el eugenésico. De esta manera se protege el derecho a la vida del ser en formación, amparado constitucionalmente (...)*”.

Por lo expuesto, resulta evidente la deficiente técnica legislativa de este tipo penal en cuanto a la identificación del sujeto activo, el consentimiento de la mujer y el plazo. Sin embargo, el artículo 120 también carecería de fundamentos al no haber contemplado los derechos de la mujer involucrados al momento de la redacción del mismo. Por ello, a continuación, se analizará la violación sexual como elemento del tipo penal, los requisitos de la denuncia y, que este delito hubiese ocurrido fuera del matrimonio para la aplicación de la atenuante y, si estos resultan conforme a Derecho.

¹⁷ Chile: Ley N° 21030, artículo 119 inciso 3. Uruguay: Ley 18987, artículo 6 inciso c). España: 2/2010, artículo 14.

3. Tipificación del delito de aborto por violación sexual: análisis de la atenuante

Toda la controversia generada por el Proyecto de Código Penal en materia de aborto, conllevó la modificación del contenido del artículo 120, y a que se sancionara simbólicamente los abortos previamente descriminalizados. Así pues, corresponde analizar la violación sexual como atenuante del delito de aborto y los fundamentos que justificaron dos de sus requisitos: la denuncia de la violación sexual y que este delito hubiese ocurrido fuera del matrimonio.

A partir de los temas planteados, se evidenciará que la tipificación de este delito y su pena simbólica responden a presiones de ciertos sectores de la sociedad, en desmedro de los derechos de la mujer a quien, además, se le asignan estereotipos de género.

3.1. La violación sexual: elemento principal de la atenuante

Para la aplicación de este tipo penal, la mujer debe ser víctima del delito de violación sexual. La violación sexual es una de las manifestaciones de la violencia sexual, definida, esta última, por el Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus documentos relacionados como “todo acto de naturaleza sexual contra una o más personas o la imposición de realizar dichos actos por la fuerza como mediante la amenaza (...)” (Ramírez, 2017, pp. 112-113).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos define la violencia sexual como las acciones de naturaleza sexual que invaden físicamente el cuerpo humano, en la medida que se realizan sin su consentimiento, pudiendo darse desde el contacto físico hasta los actos que involucren penetración, siendo que estos últimos configuran la violación sexual (Ramírez, 2017, p.113).

En esa línea, el profesor Prado Saldarriaga (2017) señala que, la violación sexual implica obligar a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realizar otro acto análogo introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, mediante violencia – física o psicológica-, grave amenaza o, aprovechándose de un entorno de coacción o, de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento (pp.70-71).

De esta manera, el Código Penal de 1991 ha tipificado la violación sexual en los artículos 170, 171, 172, 173, 174 y 175, estableciendo en cada uno de ellos las diferentes modalidades del tipo penal, supuestos y condiciones de la víctima¹⁸.

¹⁸ Artículo 170.- Violación sexual

De otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Raquel Mejía vs. Perú determinó que la violación sexual atenta contra el derecho a la integridad personal y el derecho a la honra y dignidad de las mujeres (Ramírez, 2017, pp. 111-112). En ese sentido, la violación sexual es un acto que vulnera la libertad sexual de la víctima que *“se comprenden como el derecho y la facultad de toda persona mayor de catorce años de edad para decidir cómo, en qué oportunidad y con quién ejerce una vida sexual activa o incluso poder abstenerse de practicarla”* (Prado, 2017, p.70).

En el caso que el delito de violación sexual se cometa contra menores de catorce años, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, la cual es reconocida y tutelada por el Estado, quedando totalmente prohibido algún tipo de relación sexual con personas menores de catorce años, aun cuando estos consientan (Prado, 2017, p.71). Es preciso señalar que la vulneración a este bien jurídico resulta más reprochable que en el caso de mayores de catorce años, tal como se observa de la redacción del artículo 173 del Código Penal. Sin embargo, es lamentable que se trate de un delito de alta frecuencia (Prado, 2017, pp. 71-72).

En ese sentido, resultaba coherente la descriminalización del aborto por violación sexual con el ordenamiento jurídico peruano, sustentado en el reconocimiento del derecho a la libertad de la mujer a decidir sobre su embarazo, máxime si esta situación fue resultado, precisamente, de una vulneración a este derecho, en lo referente al ámbito de su libertad sexual. Por lo que, no resultaba exigible la continuación de un embarazo impuesto, más cuando se trataba de menores de edad.

El que con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de catorce ni mayor de veinte años. La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes:

(...)

3. Si el agente aprovecha su calidad de (...) cónyuge, excónyuge, conviviente o exconviviente o con la víctima esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga; o tiene hijos en común con la víctima (...)

(...)

11. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad (...) y el agente se aprovecha de dicha condición.

12. Si la víctima es mujer y es agraviada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B. (...)

Artículo 171.- Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir

El que tiene acceso carnal (...), después de haberla puesto en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años.

Artículo 172.- Violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento

El que tiene acceso carnal (...), conociendo que está impedida de dar su libre consentimiento (...), será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años."

Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal (...), con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua."

Artículo 174.- Violación de persona bajo autoridad o vigilancia

El que, aprovechando la situación de dependencia, autoridad o vigilancia tiene acceso carnal (...) a una persona colocada en un hospital, asilo u otro establecimiento similar o que se halle detenida o recluida o interna, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años.

Artículo 175.- Violación sexual mediante engaño

El que, mediante engaño tiene acceso carnal (...), a una persona de catorce años y menos de dieciocho años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de nueve años.

Asimismo, no existía, ni existe, justificación para excluir alguna de las modalidades del tipo penal de violación sexual en la aplicación de la atenuante, puesto que, esta conducta, en todos los casos, afecta la libertad de las personas, y en este caso específico, de las mujeres. Por ello, resultaba, y resulta, incongruente la inaplicación de la atenuante para las mujeres casadas, víctimas de violación sexual por su cónyuge. Sin embargo, como se ha visto, el legislador decidió atenuar – y no descriminalizar – el aborto por violación sexual, debido a presiones de ciertos sectores de la sociedad y a la informalidad con la que se redactan las normas en el Perú, resultando de todo ello una disposición legal represiva y contraria al derecho a la libertad, fundamento principal de la tipificación de la violación sexual como delito.

3.2. La denuncia de la violación sexual como requisito para la aplicación de la atenuante

Durante el análisis y debates del artículo 122 del proyecto de Código Penal de 1986, se señaló que una medida eficaz para evitar el aborto indiscriminado era requerir el inicio del proceso penal a fin de evitar falsas denuncias (Guerinoni, 1987, p. 63). Sin embargo, este requisito fue criticado debido a la duración del proceso penal en el Perú, por lo que resultaba excesivo en relación al plazo conveniente para someterse a un aborto, menos aún, cabía solicitar una sentencia condenatoria (Mori, 1992, pp. 114-115).

Es así que, en la modificación del artículo 120 del actual código, se estableció como requisito – en lugar del inicio del proceso penal – la presentación de la denuncia o la investigación de los hechos, como mínimo, a nivel policial. Se sostenía que el aborto por violación sexual, en la práctica, podría distorsionarse hacia un aborto libre, puesto que las mujeres emplearían esta figura y alegarían haber sido víctimas de violación sexual para acceder a la atenuante del inciso 1 del artículo 120 del Código Penal de 1991 (Mori, 1992, p.108). Así, resultaba necesaria la denuncia para garantizar cierta seguridad jurídica y evitar fraudes a la ley a través de una denuncia falsa de violación sexual para acceder al aborto atenuado por parte de “mujeres inescrupulosas” (Castillo, 2008, p.1096).

Ahora bien, este requisito tiene un error de técnica legislativa al establecer conductas contradictorias, por lo siguiente: primero, la mujer víctima de una violación sexual tiene que denunciar este hecho; posteriormente, debe solicitar la práctica del aborto; finalmente y, como consecuencia de la práctica del aborto, podrá ser sentenciada a pena privativa de la libertad no mayor de tres (3) meses (Mori, 1992, p.121). De esta manera, son incompatibles las conductas requeridas por la norma, puesto que la mujer que solicita un aborto bajo la atenuante, no sólo deberá denunciar la violación sexual, con todo el proceso que conlleva, sino que, además, será

sometida a un proceso penal adicional, en el que probablemente la condenarán y, a su vez, enfrentará el estigma y rotulación de la sociedad (Peña Cabrera, 2017, pp. 297-298).

De ahí que, el requisito analizado genera más problemas y obstáculos que soluciones. Primero, ninguna mujer iniciará un proceso a fin de acceder a la atenuante para que finalmente sea juzgada por someterse a un aborto y, además, la criminalización conlleva a que las mujeres acudan a abortos clandestinos que ponen en riesgo su vida y su salud, como se profundizará en el tercer capítulo de la presente investigación.

Otra crítica a este requisito es que no se ha considerado que algunas mujeres no interpondrán la denuncia policial en virtud a un ejercicio legítimo del derecho a la intimidad o para salvaguardar su honra, evitando la protección de los órganos jurisdiccionales (Castillo, 2008, p.1097). Sin embargo, y sin desmerecer lo anterior, las razones por las que las mujeres no denuncian están relacionadas a los obstáculos y prejuicios que enmarcan el proceso penal y la ausencia del Estado en la protección de las víctimas de violación sexual.

En ese sentido, la mayoría de víctimas carece de patrocinio legal en la parte instructiva del proceso o para constituirse en parte civil; se encuentran con operadores de justicia que las discriminan en base a estereotipos de género y criterios sexistas como la ropa usaba la víctima o si había ingerido licor, entre otros; en el caso de las mujeres adultas, hay una constante revictimización, en la medida que no existe norma que limite el número de sus declaraciones durante este proceso, lo que conlleva que la víctima se enfrente de nuevo a su agresor y supone relatar reiteradamente esta vivencia traumática (Llaja, 2014, pp. 20-22).

Asimismo, la sobrevaloración de la pericia médico ginecológica o de integridad sexual deja desprotegidas a las mujeres que ya han tenido relaciones sexuales, que no denunciaron inmediatamente o sobre las que no se utilizó la violencia física y, a su vez, desvalorizan la declaración de la víctima (Llaja, 2014, pp. 24-25). En efecto, algunas de las preguntas elaboradas en sede policial demuestran las dudas que tienen los agentes en relación a la veracidad de la declaración de la víctima (Defensoría del Pueblo, 2011, p.114).

Esta situación de indefensión genera que las mujeres abandonen el proceso penal y que, incluso, muchas no denuncien este delito. Aunado a ello, la normativa y el proceso penal han contribuido a la impunidad de los delitos sexuales, por ejemplo, la Defensoría del Pueblo señaló que el 90% de procesos por delitos sexuales cuyas víctimas tenían entre 14 y 17 años, terminan en sentencias absolutorias (2011, p.101).

Por último, y no menos importante, es la influencia de los estereotipos de género detrás de este requisito, puesto que, como textualmente indica Castillo Alva: “Con ello se busca evitar que mujeres inescrupulosas invoquen que han sido víctimas de violación sexual cuando son detenidas por la ejecución de un delito de aborto (...)” (2008, p.1096). Esta percepción de la mujer evidencia claramente un estereotipo de género, bajo el cual se degrada a las mujeres, estimando que no es probable que digan la verdad sobre estos hechos (Cook, 2016, p.454).

En efecto, Jeannette Llaja indica que, para los fiscales tiene más valor la declaración de una víctima menor de edad, frente a la declaración de una mujer mayor, la cual podría tener otras motivaciones para denunciar este delito; de igual manera, se desvaloriza la declaración de estas últimas porque se presume que son más proclives a mentir (2014, p. 25).

En consecuencia, a pesar de las críticas que generó y genera esta exigencia, el legislador privilegió los fundamentos que pretendían evitar un “mal uso” de la atenuante estableciendo la denuncia policial como requisito para la aplicación del artículo 120 del Código Penal de 1991, por encima del derecho a la libertad, privacidad y autonomía de las mujeres.

3.3. La discriminación de la mujer víctima de violación sexual dentro del matrimonio

En el Código Penal de 1863, la violación sexual fue establecida como delito en el Título II de la Sección de los Delitos contra la honestidad. Asimismo, de la lectura de los artículos 269 a 280¹⁹ de este código se evidencia que la víctima sólo podía ser mujer, y que el sujeto activo era el varón. Además, conforme al artículo 278²⁰ solo se iniciaría el proceso a instancia de la interesada, y en caso el sujeto activo se casare con la mujer (soltera) quedaría exento de pena²¹.

En la misma línea, el Código Penal de 1924 consideraba la violación sexual como un delito contra las buenas costumbres y excluía expresamente la violación sexual dentro del matrimonio, tal como se evidencia en los artículos 196, 197 y 198 de la Sección Tercera de dicho instrumento normativo²². Además, al igual que su predecesor, la acción penal se extinguía con el matrimonio

¹⁹ Título II. De la violación, estupro, rapto y otros delitos

Art. 269.- El que **virole a una mujer** empleando (...) sufrirá penitenciaría en primer grado.

En la misma pena incurrirá el que **virole a una virgen impúber** (...) o a **una mujer casada** (...)

Art. 270.- El que estupre a una virgen mayor de doce años y menor de veintiuno (...)

Art. 271.- Si el estupro fuese cometido por persona que ejerce autoridad (...) o guarda **de la menor** (...). (Énfasis agregado)

²⁰ Art. 278.- No se procederá a formar causa (...) sino por acusación ó instancia de la interesada (...)

²¹ Art. 277.- Es los casos de (...) violación ó rapto de una mujer soltera, quedará exento de pena, si se casare con la ofendida (...)

²² Art. 196.- Será reprimido (...) el que por violencia o grave amenaza **obligara a una mujer a sufrir el acto sexual fuera de matrimonio**.

Art. 197.- Será reprimido (...) el que **fuera de matrimonio hubiese hecho sufrir el acto sexual a una mujer** (...)

subsecuente entre la víctima y su agresor (Villanueva, 1999, p.17). Este tipo penal protegía, principalmente, el honor sexual de la mujer, entendiéndolo como la estimación y respeto a la propia dignidad, y a la reputación de la mujer ante los demás (Villanueva, 1999, p.10).

De esto se advierte que, antes de la regulación de este tipo penal por el Código Penal de 1991, el matrimonio implicaba consentimiento de las relaciones sexuales. Aunado a ello, el esposo podía obligar a la mujer – incluso por la fuerza – a mantener relaciones sexuales en contra su voluntad (Dador, 1997, s.n.; Villanueva, 1999, p.11;).

Ahora bien, a partir de la vigencia del Código Penal de 1991, la violación sexual se encuentra en el capítulo de los Delitos contra la Libertad. De esta manera, el bien jurídico protegido ya no es el honor sexual o las buenas costumbres, sino la libertad sexual, representando un cambio frente a sus predecesores (Prado, 2017, p.70). Así, se observa que otros de los avances es la tipificación de la violación sexual dentro del matrimonio, aunque al principio solo fuera implícita (Villanueva, 1999, p.11)²³. La actual redacción del inciso 3 del artículo 170 del Código Penal de 1991 sí ha incorporado expresamente como agravante la violación sexual por parte del cónyuge²⁴.

Contradictoriamente, el artículo 120 del Código Penal vigente ha establecido que el aborto en casos de violación sexual se atenúa si, y solo si, este último delito se produce fuera del matrimonio. En ese sentido, la actual redacción del mencionado artículo no protege la libertad sexual de la mujer casada víctima de violación sexual, resultando incompatible con los artículos 170, 171 y 172, y sus formas agravadas establecidas en el artículo 177²⁵.

De esta manera, se advierte una discriminación contra la mujer en razón de su estado civil, en la medida que la norma penal trata de manera diferente dos situaciones iguales. Esta discriminación

Art. 198.- Será reprimido (...) el que conociendo el estado de su víctima, hubiere cometido el acto sexual fuera de matrimonio con una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia.

²³ La violación sexual dentro del matrimonio es incorporada expresamente, por primera vez, mediante el artículo 1 de Ley N° 28704 del 05 de abril de 2006. Asimismo, la última modificación se realizó a través del Artículo 1 de la Ley 30838 publicada el 04 de agosto de 2018

²⁴ **Artículo 170.- Violación sexual**

(...) La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes:

(...)

3. Si el agente aprovecha su calidad de (...) cónyuge, excónyuge, conviviente o exconviviente o con la víctima esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga; o tiene hijos en común con la víctima (...)

²⁵ **Artículo 177.- Formas agravadas**

En cualquiera de los casos de los artículos 170, 171, 172, 174, 175, 176 y 176-A:

1. Si el agente procedió con crueldad, alevosía o para degradar a la víctima, la pena privativa de libertad se incrementa en cinco años en los extremos mínimo y máximo en el respectivo delito.

2. Si los actos producen lesión grave en la víctima y el agente pudo prever ese resultado (...)

3. Si los actos causan la muerte de la víctima y el agente pudo prever ese resultado, la pena será de cadena perpetua.

En los casos de los delitos previstos en los artículos 171, 172 (...) la pena se incrementa en cinco años en sus extremos mínimo y máximo si concurre cualquiera de las circunstancias establecidas en el artículo 170, segundo párrafo. (...)

se evidencia en que la mujer víctima de violación sexual fuera del matrimonio puede acogerse a la atenuante del delito de aborto, siendo sancionada con una pena máxima de tres (3) meses; por el contrario, la mujer víctima de una violación sexual por parte de su cónyuge no podrá acogerse a la atenuante y será procesada de acuerdo a lo establecido en el artículo 114, cuya sanción máxima es de dos (2) años de pena privativa de libertad.

Ante ello, cabe preguntarse ¿Por qué el legislador excluyó (y discriminó) a la mujer casada víctima de violación sexual?

Una respuesta la encontraríamos en la defensa del matrimonio y, específicamente, de la práctica y costumbres de la familia cristiana. Sirva de ejemplo, lo expuesto en la Editorial (A2) del diario “El Comercio”, de fecha 7 de julio de 1990, en la cual se indica que:

[...] el concepto de violación es sumamente lato; así se considera que, bajo ciertas circunstancias específicas, puede producirse aún dentro del matrimonio. [...] En suma, entonces, es indispensable que haya un debate nacional exhaustivo, mientras que la Comisión Revisora está obligada – por respeto al pueblo peruano – a no dejar que se promulgue una norma tan en contra de los usos de la familia cristiana, que es el sustento de nuestro ordenamiento social.

De esta postura, se evidencia que era más importante defender los valores cristianos que los derechos de la mujer y, en extremo, cuestionó tácitamente la existencia de la violación sexual dentro del matrimonio. En efecto, Rosa Mavila sostiene que los argumentos se basaron en la defensa de la vida tradicional - matrimonialista y patriarcal - que percibe el ejercicio de la sexualidad como pecado (1991, p. 44). En concordancia, Jennie Dador señala que: “Para la ley peruana, la tutela del nasciturus depende del origen de la concepción extra o intramatrimonial; su preocupación u objeto de tutela real no es la vida del nasciturus ni la libertad sexual, sino el orden de la familia y la sociedad” (1997, s.n.).

De igual manera, esta posición que cuestiona la violación dentro del matrimonio tiene su origen en el débito sexual, es decir, la obligación de la actividad sexual dentro del matrimonio y en las uniones de hecho, en las que, además, es la mujer la que tiene esta obligación frente a su cónyuge, perdiendo su derecho a la libertad y convirtiéndose en propiedad del varón (Bermúdez, 2008, pp. 93-94).

Así pues, esta discriminación basada en la concepción patriarcal del matrimonio y en valores religiosos, es totalmente injustificada; puesto que la afectación y vulneración a los derechos de la mujer perjudican en la misma intensidad a la mujer casada como a la mujer soltera (Peña Cabrera,

2017, pp. 301-302). El matrimonio tampoco simboliza el fin de la libertad sexual de la mujer, y mucho menos supone aceptar una violación sexual, de ahí que la institución matrimonial no tiene un valor mayor al del consentimiento de la mujer (Castillo, 2008, p.1094).

Aunado a ello, la violación sexual por parte del cónyuge es una agravante de este delito conforme al inciso 3 del artículo 170, siendo aún más reprochable; por lo que la redacción del artículo 120 no es coherente con lo dispuesto por el Código Penal en relación al delito de violación sexual.

En consecuencia, es evidente que el legislador optó por la protección absoluta del concebido producto de una violación sexual, dentro o fuera del matrimonio, y al ideal y modelo tradicional de “familia”. Así, el legislador dejó desprotegidos los derechos reconocidos a las mujeres, privilegiando criterios morales (y religiosos) discutibles, argüidos por los sectores más conservadores de la sociedad peruana (Mori, 1992, pp.120-121; Abad, 2012, p.133).

Esta oposición a la descriminalización del aborto, incluso al terapéutico²⁶ durante los debates del proyecto de Código Penal de 1990, se sustentaba en argumentos más formales que jurídicos: señalaban que el dispositivo se oponía al artículo 29 del Código Sanitario y a la disposición que en 1958 prohibió el uso de anticonceptivos; incluso alegaban su inconstitucionalidad en mérito a lo dispuesto en el inciso en el artículo 2 de la Constitución de 1979 (Mavila, 1991, pp. 44-45). Asimismo, se amparaba en la romantización de la defensa de la vida, en temores y perjuicios avalados por fuentes religiosas, que eran usados para fortalecer la creencia de que las mujeres acudirían a realizarse abortos indiscriminadamente (Mavila, 1991, p.44).

Finalmente, la redacción del artículo 120 fue una suerte de posición intermedia entre los sectores conservadores y los sectores que invocaban el derecho a la libertad de la mujer frente a los casos de los embarazos no deseados ni voluntarios, teniendo como consecuencia la imposición abusiva de convicciones morales y religiosas a todos los miembros de la sociedad peruana (Mori, 1992, p.123).

Por consiguiente, la oposición rotunda a la legalización del aborto por violación sexual no solo impidió su promulgación, sino que significó un retroceso a lo avanzado por los proyectos previos de código penal. Por lo tanto, el Código Penal de 1991 no conllevó un cambio significativo frente a sus predecesores en relación con el delito de aborto.

²⁶ Es preciso señalar que, el médico Luis Giusti La Rosa afirmó que debía suprimirse la figura del “mal llamado aborto terapéutico” (debía criminalizarse), puesto que, los avances científicos comprobaban que ya no había enfermedades que pusieran en riesgo la vida o salud de las mujeres por culpa “del niño que está en su vientre”. Su opinión se encuentra recogida en El Comercio de fecha 9 de julio de 1990.

CAPÍTULO 2: LOS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA DESCRIMINALIZACIÓN DEL DELITO DE ABORTO POR VIOLACIÓN. RESPUESTAS A LOS CUESTIONAMIENTOS PLANTEADOS

Este capítulo se enfoca en los argumentos jurídicos sustentados por la doctrina contraria a la descriminalización del delito de aborto en casos de violación sexual: la vida humana como un solo proceso; la ausencia del consentimiento del concebido; y, el derecho a la vida del concebido como derecho absoluto frente a los derechos de la mujer. Asimismo, se hará un breve desarrollo de otros argumentos que acompañan a los fundamentos jurídico penales, como son la referencia a los valores morales, el uso tergiversado del lenguaje, la supuesta afectación a la naturaleza propia de mujer y la poca credibilidad de las altas cifras de aborto clandestino y mortalidad materna.

A partir de ello se realizará una serie de respuestas que afirman la postura a favor de la descriminalización del aborto en casos de violación sexual.

1. La vida humana como un único proceso y la sanción de toda conducta que la afecte: Equivalencia entre los delitos de aborto y homicidio

El principal argumento contra de la descriminalización del aborto se fundamenta, en la protección absoluta de la vida humana desde su etapa embrionaria (Villavicencio, 2014, p. 310). Un sector de la doctrina nacional sostiene que el derecho a la vida del concebido está reconocido desde el momento de la concepción, conforme al inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 1° del Código de los Niños y Adolescentes y el artículo 1° del Código Civil (Oré, 2009, pp. 15-16).

Asimismo, se argumenta que “desde el momento de la concepción, se ha originado un nuevo ser humano con identidad genómica propia (...)” (Vasallo, 2004, p. 29). En efecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre el Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE), recaída en el Expediente N° 02005-2009-PA/TC señaló que: “(...) la concepción se produce durante el proceso de fecundación, cuando un nuevo ser se crea a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos materno y paterno, proceso que se desarrolla antes de la implantación (...)” (2009a, fundamento 53). En ese sentido, el Tribunal Constitucional indicó que el ordenamiento jurídico peruano protege al ser humano desde la concepción (2009a, fundamento 7). De ahí que, el Tribunal Constitucional declarara fundada la demanda contra el AOE, en la medida que esta última impediría la implantación del óvulo fecundado en el útero de la mujer, afectando el derecho a la vida del concebido.

Así, para un sector de la doctrina el reconocimiento del derecho a la vida del concebido es un tema finiquitado en la legislación nacional como internacional, por lo que no resultaría relevante debatir si el concebido es o no persona (Oré, 2009, p.16). En ese sentido, el concebido detenta un bien jurídico merecedor de protección, siendo legítima la criminalización del aborto, toda vez que este delito atentaría contra su derecho a la vida (Oré, 2009, pp.14-15). Aunado a ello, Vasallo señala que el delito de aborto se configura desde el momento de la concepción, negando que la vida humana se inicie con la implantación o anidación (2004, p. 33).

Por su parte, María Ossandón señala que, desde un sector de la doctrina chilena, el concebido es considerado persona, por tanto, se le reconoce igual dignidad y derechos que a las personas nacidas (2012, p. 346). Asimismo, sostiene que la diferencia cuantitativa en la sanción del delito de aborto y el de homicidio, se debe a un menoscabo histórico del feto, en virtud del cual se le considera como parte del cuerpo de la madre, en la medida que no tiene las características externas de un ser humano (Ossandón, 2012, p. 345).

Sin embargo, para esta autora dicha concepción es errada, toda vez que el ser humano debe ser reconocido como persona²⁷ desde la concepción y asevera que el embrión tiene la potencialidad de adquirir las características de un ser humano ya nacido, y como tal es el mismo sujeto, niño y adulto (Ossandón, 2012, pp. 355-357). En esa línea, en España, por ejemplo, los sectores contrarios a la descriminalización del aborto, sostienen que este delito supone la “eliminación alevosa de un ser humano” (Boladeras, 2013, p.147). Así también en México, los opositores al aborto indican que el óvulo fecundado adquiere la condición de persona equiparándolo al ser humano nacido (Niño y Rincón, 2018, p. 382).

Por su parte, en la doctrina nacional, Oré reconoce que el derecho a la vida no es absoluto; sin embargo, cuestiona que la legalización del aborto y, por ende, la destrucción de “una vida humana inocente”, sea una medida idónea, necesaria y proporcional para garantizar los derechos de la mujer gestante (2009, pp.18-19). En su opinión no existe ninguna justificación – excepto la razón terapéutica – para legalizar el aborto, puesto que, este delito atenta contra un bien de importantísimo valor como lo es la vida del concebido (Oré, 2009, pp. 20-25).

A partir de ello, un sector de la doctrina entiende la vida humana como un solo proceso, no diferencia la vida humana dependiente e independiente, identifica el delito de aborto con el delito

²⁷ De lo argumentado por la autora, se infiere que se está haciendo referencia a la categoría jurídica de “persona” y no al sentido amplio de este término. La categoría jurídica de persona implica que se le considere como un ser humano ya nacido, tal como señala, por ejemplo, la Constitución Política del Perú y el Código Civil Peruano. Juan Espinoza indica que la persona (individual, entiéndase también natural) será el hombre individualmente considerado una vez nacido (2006, p. 163).

de homicidio y, protege absolutamente el derecho a la vida del concebido. Este planteamiento es común entre los opositores del aborto en América Latina, sosteniendo que el óvulo fecundado tiene los mismos derechos que cualquier persona (Gianella, 2018, pp.354).

Esta protección absoluta de la vida – en todas sus etapas, evidencia, precisamente, su equiparación con la vida de la persona humana ya nacida y, al mismo tiempo, muestra una perspectiva unidimensional de la vida, en la que el feto estaría al mismo nivel que la vida de la mujer (Villavicencio, 2014, pp. 311-312). Por ello, el sector de la doctrina que respalda esta equivalencia entre la vida del concebido y la vida de la mujer, optaran por proteger siempre la vida del primero, aun cuando haya otros derechos en contraposición.

De lo expuesto se colige que, para un sector de la doctrina nacional y extranjera, el concebido es persona humana desde el momento de la concepción, por lo cual goza de los mismos derechos y en las mismas condiciones que una persona humana ya nacida.

1.1. Respuesta a la visión unidimensional de la vida y a la equivalencia entre los delitos de aborto y homicidio

En la doctrina penal peruana se entiende que la vida tiene un carácter dinámico, de ahí la diferencia entre la vida humana dependiente y la vida humana independiente (Villavicencio, 2013, p.723). En primer lugar, la vida humana dependiente es el producto de la concepción, y se protege en el ámbito jurídico penal desde la anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer hasta el inicio del parto (Villavicencio, 2014, pp. 337-340). Por su parte, el inicio de la vida humana independiente será desde el comienzo del parto, es decir, cuando empiezan las contracciones dilatantes uterinas, hasta la muerte, con el cese de la actividad cerebral (Villavicencio, 2013, pp. 729-732).

De esta manera, la vida inicia con la concepción y es protegida desde la anidación, pero, sostener que desde el momento de la concepción se es persona humana supone replantear la definición de la vida en sí misma, sin considerar ciertos atributos como la respiración o la existencia de un cerebro, considerando solo su esencia desde una perspectiva metafísica (Lemaitre, 2016, pp. 319-320). Por ello, se ha establecido que la vida es un proceso biológico, por lo que no es correcto afirmar que el óvulo fecundado e implantado en las Trompas de Falopio es una persona humana, lo cual queda demostrado por los avances científicos respecto al proceso de gestación (Boladeras, 2013, pp. 148-151).

Cabe agregar que, en el ámbito del derecho penal la protección del derecho a la vida se inicia con la anidación, porque, precisamente, las pruebas científicas de biomedicina indican que la anidación o implantación del embrión en el útero representa el momento en el cual el genoma se individualiza y el embrión²⁸ inicia la relación orgánica con la mujer (Villavicencio, 2013, pp. 723-726).

Por otro lado, desde el ámbito jurídico el concebido no es una persona. Primero, desde el derecho civil el concebido es sujeto de derechos en todo cuanto le favorece – con excepción de los derechos patrimoniales que están supeditados a que nazca vivo, pero es un sujeto de derecho diferente a la persona humana, como se puede advertir del artículo 1° del Código Civil²⁹. En segundo lugar, si el concebido es una persona humana (o, incluso, ser humano completamente desarrollado) y su vida tiene el mismo valor desde la anidación o implantación, resultaría innecesaria e injustificada la diferencia entre el delito de aborto y el delito de homicidio establecida por los legisladores desde el Código Penal de 1863.

En efecto, la doctrina penal peruana ha establecido que el tipo penal del delito de aborto protege la vida humana dependiente, y el tipo penal del delito de homicidio protege la vida humana independiente (Prado, 2017:30-39). De ahí que, para el derecho penal peruano ambas conductas no son equivalentes, diferenciándose los sujetos pasivos, los elementos de la conducta típica y las penas establecidas. En este punto, es conveniente indicar que la distinta valoración y protección también se puede observar en el Código Penal, que ha tipificado la modalidad culposa del delito de homicidio³⁰; pero no lo modalidad culposa del delito de aborto³¹.

Esta distinta valoración también es compartida por otras legislaciones. Por ejemplo, en la legislación penal chilena el atentado contra la vida del feto no se considera un delito contra las personas, diferenciando el delito de aborto de homicidio; lo mismo sucede en el ámbito civil del mencionado país, que tiene una regulación similar a la peruana (Gauché, 2016, p. 71).

²⁸ Aquí el embrión está referido al primer estadio del desarrollo de la vida humana (Boladeras, 2013, p. 148).

²⁹ Código Civil Peruano

Artículo 1.- Sujetos de derecho

La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derechos para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

³⁰ Artículo 111.- Homicidio Culposo

El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas

³¹ Cabe precisar que, el aborto preterintencional, tipificado en el artículo 118°, del que se dice que hay dolo en la acción y culpa en el resultado, se trataría, en realidad de un delito doloso y no culposo. Ello, porque el sujeto activo conoce o le resulta evidente la gestación de la mujer y, a pesar de ello, ejerce violencia física contra esta.

Por consiguiente, afirmaciones como la de Vasallo excluyen e ignoran totalmente lo establecido por la doctrina penal peruana en relación al aborto, puesto que, la anidación o implantación del óvulo fecundado y el inicio del proceso del parto son los límites temporales del delito de aborto y, por ende, de la protección de la vida humana dependiente. Así, antes de la anidación, la vida no se encuentra protegida en el ordenamiento jurídico penal peruano.

Finalmente, si bien la vida humana puede iniciar con la concepción, ello no significa que esta nueva vida sea, desde el momento de la concepción, un ser humano. En efecto, si el óvulo fecundado no se implanta en el útero no será posible el desarrollo de la vida humana y, por lo tanto, no podrá existir un ser humano (Villavicencio, 2013, p. 726).

En consecuencia, las posturas que afirman que la vida humana dependiente debe protegerse penalmente desde la concepción, en la medida que se trata de la vida de un ser humano, no tienen sustento jurídico ni científico. Así también, la equiparación entre el delito de aborto y el delito de homicidio no encuentra respaldo en el derecho penal, puesto que, como se ha advertido, la vulneración del derecho a la vida del concebido se sanciona mediante la figura de aborto, y la vulneración del derecho a la vida del ser humano (nacido) se sanciona mediante el delito de homicidio. De ahí que, antes de la anidación no se configura el delito de aborto, y antes del nacimiento no se comete el delito de homicidio.

2. La ausencia del consentimiento del titular del bien jurídico ¿elemento relevante de análisis?

María Ossandón define el consentimiento como “la aceptación o autorización otorgada de forma libre y consciente por el titular de un bien jurídico disponible para la ejecución de una conducta típica que lesiona o pone en peligro dicho bien” (2012, p. 330). Asimismo, en el derecho penal peruano el consentimiento puede eliminar la ilicitud de la conducta, siendo que este consentimiento tiene que ser válido y el bien jurídico debe ser de libre disposición (Oré, 2009, pp. 16-17).

Ahora bien, en la medida que el derecho a la vida es un derecho fundamental establecido en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, y, a su vez, la vida es el bien jurídico protegido en el delito de aborto, debe analizarse quién es el titular del bien jurídico y si este puede disponer del bien jurídico tutelado o consentir alguna afectación al mismo.

Así, de lo revisado en el Capítulo 1, el titular del bien jurídico en el delito de aborto es el concebido, por lo que, de acuerdo a lo establecido por un sector de la doctrina, le correspondería

a este prestar su consentimiento a fin de que se realice la interrupción de la gestación en tanto se afecta su derecho a la vida (Oré, 2009, pp. 16-17).

En primer lugar, en el Derecho Penal el consentimiento del titular del bien jurídico de libre disposición puede eliminar el injusto penal conforme a lo establecido en el artículo 20° del Código Penal Peruano³². En esa línea, el Código Civil establece que los derechos fundamentales de la persona humana son irrenunciables³³ y que están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física³⁴.

En la doctrina comparada, tal como exponen Niño y Rincón, también se puede encontrar el argumento que otorga un carácter indisponible a los derechos fundamentales y entiende el derecho a la vida como el presupuesto para el ejercicio de todos los demás derechos (2018, p.400). En ese sentido, el concebido no podría disponer de su derecho a la vida, en la medida que no solo ocasiona una disminución permanente en su integridad física, sino que mediante el aborto se acabaría con ella.

En segundo lugar, en el supuesto que el bien jurídico “vida” fuera de libre disposición, no es factible – materialmente – que el concebido preste su consentimiento, en la medida que se encuentra dentro del vientre de la mujer, siendo imposible que exprese su voluntad (Ossandón, 2012, p. 330). Asimismo, los autores que establecen el consentimiento como requisito indispensable, niegan rotundamente que este pueda ser ejercido por la mujer gestante – futura madre del concebido, al no ser la titular del bien jurídico (Oré, 2009, p. 17). Ello quedaría demostrado con la tipificación del aborto consentido en el artículo 115° del Código Penal en el cual el consentimiento de la mujer no exime de sanción al que realiza el aborto.

Finalmente, de acuerdo a lo establecido por la legislación nacional y, en la medida que la vida es un derecho fundamental, este configuraría un derecho irrenunciable y un bien jurídico indisponible, por lo que ni el concebido – en el supuesto que fuera capaz de exteriorizarlo – puede disponer de su derecho a la vida. Así también, en la doctrina comparada, Ossandón indica que la

³² Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal

(...)

10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.

³³ Artículo 5.- Irrenunciabilidad de los derechos fundamentales

El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables (...)

³⁴ Artículo 6.- Prohibición de actos de disposición del propio cuerpo

Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física (...). Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

(...)

afectación a un bien jurídico personalísimo como la vida tampoco puede ser consentida por su titular, y menos aún, por su representante (2012, p. 330).

En consecuencia, la doctrina a favor de la criminalización del aborto argumenta que la vida es un bien jurídico indisponible, por lo que, aun cuando el concebido pudiese consentir, este consentimiento no se aplicaría al delito de aborto, en tanto afecta su derecho a la vida. De esta manera, se niega a la mujer gestante la posibilidad de practicarse un aborto en casos de violación sexual, pues consideran que se debe salvaguardar fundamentalmente la vida del concebido antes que los derechos de la mujer.

2.1. Respuesta desde el consentimiento como manifestación del derecho a la libertad de disposición de todos los bienes jurídicos individuales

Frente al argumento expuesto es preciso señalar que, ciertamente, la vida es un bien jurídico que merece protección; sin embargo, el argumento que sostiene que se trataría de un bien jurídico indisponible debe evaluarse desde los postulados de la doctrina contemporánea.

La profesora Rommy Chang sostiene que la protección de los bienes jurídicos desde el ámbito del derecho penal, en un Estado Social y Democrático de Derecho, debe tener como eje principal la autorrealización del individuo, es decir, debe sancionar solo aquellas conductas que afecten su realización personal, en la medida que el bien jurídico es aquella circunstancia que es útil para el individuo y que permite su libre desarrollo (2015, pp. 206-207).

De esta manera, la protección de los bienes jurídicos tendrá como principal fundamento y referente constitucional la dignidad de la persona, siendo posible renunciar a ellos mediante el consentimiento, toda vez que la dignidad conlleva el reconocimiento del derecho a la libertad y la autonomía y, el consentimiento es una manifestación de la autonomía de la persona en la toma de sus decisiones (Chang, 2015, pp. 207-209).

A partir de ello, se protegerá los bienes jurídicos que la persona considere necesarios para su realización personal; de esta manera, todos los bienes jurídicos de la persona son disponibles y dependerá de cada individuo determinar qué conducta lesiona o pone en peligro su bien jurídico protegido, siendo que en estos casos el Estado estará legitimado para intervenir desde el Derecho Penal (Chang, 2015, pp. 209-2011). En ese sentido, en un Estado Constitucional de Derecho, todos los bienes jurídico-penales son disponibles a fin alcanzar la autorrealización personal.

Por otro lado, la citada autora se adscribe a la teoría unitaria la cual sostiene que el consentimiento respecto a la afectación de un bien jurídico penal excluye la tipicidad de la conducta, en virtud a libertad y autonomía de la persona (Chang, 2015, pp. 214-215). Por ello, en una interpretación concordante con el artículo 20° del Código Penal y el reconocimiento de la disponibilidad de todos los bienes jurídico-penales, la “vulneración” del bien jurídico vida con el consentimiento del sujeto devendría en una conducta atípica, es decir, no se configuraría ningún delito (Chang, 2015, p. 215).

Finalmente, la profesora Rommy Chang señala que en caso el sujeto³⁵ no pueda consentir, es decir, no pueda cumplir con los requisitos de validez del mismo, el Estado puede aplicar alguna medida de protección que esté acorde al principio de proporcionalidad (2015, p. 216).

Ahora bien, se ha sostenido que el aborto viola el derecho a la vida del concebido; sin embargo, como se expondrá posteriormente, la criminalización del aborto por violación sexual vulnera los derechos de la mujer. En ese sentido, y en atención al principio de proporcionalidad la descriminalización del aborto debe evaluarse y desarrollarse desde la ponderación de los derechos de los sujetos intervinientes, por lo que, la existencia o no del consentimiento del concebido – como titular del bien jurídico vida, no es un elemento esencial en el análisis.

Por otro parte, existe otro concepto vinculado al consentimiento, esto es, los supuestos intereses del concebido (Madrado, 2016, p. 426), como el interés a sobrevivir, al que hace referencia el profesor Silva Sánchez (2007, pp.10-13). Ante ello, Margarita Boladeras citando a Dworkin señala lo siguiente:

Esta importante idea - que el feto inmaduro no puede tener intereses, y que por tanto, no puede tener interés en sobrevivir – a menudo se pasa por alto porque equivocadamente se conduce a la gente a un argumento contradictorio [...] cuando yo era un feto recién concebido debe haber sido favorable a mis intereses que no me abortara. Por tanto, cualquier feto tiene intereses desde el momento de su concepción y el aborto es contrario a tales intereses. Este argumento es falaz, pero averiguaremos porque lo es.

Dado que las criaturas con intereses existen, entonces tiene sentido decir que ciertos acontecimientos, si hubieran ocurrido en el pasado, habrían sido contrarios a esos intereses. Pero de esto no se sigue que si tales acontecimientos hubieran ocurrido habrían sido contrarios a los intereses de alguien cuando ocurrieron. Podemos suponer que es del interés de todo ser humano actualmente vivo que millones de años atrás la Tierra no explotará colisionando con un meteoro gigante. Pero de este no se sigue que habría sido contrario a los intereses de algún ser humano

³⁵ En la medida que la legislación peruana otorga al concebido la calidad de sujeto de derechos, se entiende que en su caso particular deberá realizarse una ponderación de derechos.

que la Tierra hubiera explotado entonces, pues en ese caso no habrían existido nunca seres humanos cuyos intereses pudieran haber sido afectados desfavorablemente por tal acontecimiento (2013, p.159).

De lo expuesto se desprende que algo es o no favorable a los intereses de una persona siempre que esta sea consciente de tal afectación. En el caso de los acontecimientos pasados, por ejemplo, se podrá decir que ha sido favorable que nuestra madre no nos aborte durante la gestación, pero si hubiese abortado, tampoco sería no favorable para nosotros porque no existiríamos y no podríamos plantearnos este cuestionamiento. Eso sucede con el concebido, es decir, al no ser consciente de su propia existencia durante la gestación, entonces no hay un interés real que proteger.

Así también, se establece que, si se diferencia entre seres humanos que son “personas potenciales” y seres humanos nacidos, entonces, los beneficios o perjuicios contra los primeros no suponen un beneficio o perjuicio a la persona ya nacida, en la medida que esa persona aún no existe. De esta manera: “(...) causar la muerte de una persona potencial o prepersona está moralmente al mismo nivel que dejar de darle existencia a esa persona” (Boladeras, 2013, pp.159-160).

En consecuencia, el consentimiento del concebido no es un elemento relevante, puesto que, en el caso de aborto por violación sexual hay otros derechos e intereses legítimos en oposición a la vida del concebido. Por último, el interés o no del concebido a nacer no es posible determinarlo hasta que haya nacido y sea un ser humano que, además, sea consciente que este acto le resultó beneficioso. Antes de ello, no podrá establecer si un acto previo fue o no beneficioso para él, por lo que, la interrupción de la gestación no supone atentar contra el interés del concebido.

3. Los indeseados como enemigos ¿aplicable al concebido?

El derecho penal del enemigo, es una teoría que establece que hay un ordenamiento jurídico que reacciona contra ciertos individuos considerados especialmente peligrosos, imponiendo mayores sanciones y limitando algunos derechos (Jakobs, 2006, p.118). Debido a esto, en el derecho penal del enemigo, se produciría una exclusión de una determinada categoría de sujetos del círculo de ciudadanos (Jakobs, 2006, p.112).

El profesor Silva Sánchez, en un conocido texto, establece cuatro supuestos posibles en los que vincula la categoría de “enemigo” y el de “no persona”, siendo uno de ellos el “derecho penal del enemigo para no personas”; pero, indica que en ningún supuesto se considera absolutamente a un individuo como no persona, por lo que reciben cierta protección jurídica (Silva, 2007, p.2). Sirva

de ejemplo, el caso de individuos considerados altamente peligrosos, a los que el derecho penal le otorga ciertos derechos procesales, como el derecho a la defensa.

A pesar de lo antes expuesto, el profesor Silva Sánchez señala que sí hay seres humanos (o sujetos pasivos) excluidos absolutamente, a quienes se les considera enemigo, se les niega la condición de persona y hay una absoluta desprotección jurídica, tal y como sigue:

(...) en ese sentido estricto es enemigo para el Derecho penal aquel “*ser humano, y sólo aquel ser humano, al que, en la medida que se le considere fuente de mal-estar para quienes tienen el poder jurídico de definición, se le niega toda protección penal (y aun jurídica)*”. Dicha denegación de protección tiene lugar mediante su definición como no-persona en absoluto (2007, p. 4).

Esto último representa un derecho penal de las no personas en extremo, existiendo una coincidencia plena entra la condición del enemigo y la condición de no persona, siendo que, en el Derecho Penal Contemporáneo estas circunstancias se presentan de modo esencial en el ser humano concebido y no nacido (Silva, 2007, p. 4). Para ello, un paso previo es la despersonalización del concebido y de catalogarlo como enemigo, al ser considerado como una carga, no ser deseado por sus progenitores y ser un competidor en el espacio de los derechos (Silva, 2007, pp. 5-6).

En ese sentido se pronuncia la profesora María Ossandón al hacer referencia al Proyecto de Ley N° 1230-62 que establecía causales para la interrupción de la gestación en Chile. En esa línea, sostiene que mediante este proyecto de ley se excluye al concebido del estatus de persona, negándole el derecho a la vida y a la personalidad (Ossandón, 2016, pp. 262-264).

Así también, el profesor Silva Sánchez sostiene que al estar permitido abortar (lo que sucede en España) el concebido no es considerado persona, porque no presenta ciertas condiciones de la persona humana – como la capacidad de sentir o la conciencia de sí mismo (2007, pp. 8-9). Debido a ello, alega que la desprotección y la protección – en ciertos casos – responde a motivos pragmáticos, como el interés de sus padres en proteger su vida, alejándose de las bases de los derechos humanos (Silva, 2007, pp.11-13).

Lo anterior es compartido por Ossandón al señalar que la personalidad del concebido es reconocida por los derechos humanos y constituye una exigencia del principio de igualdad, por lo que debe gozar de protección al ser un individuo de la especie humana y en virtud del principio

pro homine, dado que, lo contrario sería rebajarlo de categoría; por ejemplo, al de las cosas o animales (2016, pp. 263-264).

En consecuencia, el concebido no deseado, es decir, aquel que no es querido por sus progenitores, es visto como un “competidor” en el espacio de derechos y para poder excluirlo un paso previo es su despersonalización y deshumanización. Por lo tanto, la categoría de enemigo le es aplicable al encontrarse desamparado de protección legal, puesto que, su derecho a la vida ya no es garantizado por el ordenamiento jurídico.

3.1. Respuesta al argumento del concebido como enemigo

De lo expuesto se observa que, el profesor Silva Sánchez refiere que el concebido es considerado como un enemigo y, a la vez, una no persona en tanto no recibe protección jurídica. Esta afirmación del autor, respecto a la absoluta desprotección del concebido, es inexacta, puesto que, no hay sistema jurídico que desproteja totalmente al concebido (Castillo, 2008, p.903).

Si bien hay legislaciones más flexibles en torno al aborto, no se tiene conocimiento de alguna que no proteja la vida del concebido, al menos, durante algún periodo de su desarrollo. Sucede, en realidad, lo contrario, pues aún hay legislaciones que defienden absolutamente la vida del concebido (Roxin, 2004, p.1194). Sin embargo, la mayoría de legislaciones, se decantan por dos sistemas: el de plazos y el de indicaciones.

El sistema de plazos prioriza los derechos de la mujer durante un periodo determinado, el mismo que será establecido por cada legislación interna, luego del cual, no serán sancionados sólo los casos específicamente señalados por la ley y bajo ciertas condiciones (Peña Cabrera, 2017, p. 239; Roxin, 2004, p. 1195). Este sistema se fundamenta en el principio de mínima intervención del derecho penal y sus subprincipios de subsidiaridad y fragmentariedad, por lo que, en una primera etapa, solo se sancionará aquellos abortos provocados sin el consentimiento de la mujer (Villavicencio, 2014, pp. 314-324). Asimismo, este sistema acoge la diferencia establecida por la ciencia obstétrica respecto al embrión y el feto, toda vez que el primero no alcanza una forma humana hasta las doce semanas aproximadamente, ni ha desarrollado la constitución definitiva de sus órganos y miembros (Castillo, 2008, p. 909; Peña Cabrera, 2017, p. 239).

Por el contrario, el sistema de indicaciones parte de la criminalización del aborto, y sólo se justifica cuando se practica por un médico, por una indicación médica o social previamente establecida y, con el consentimiento de la mujer (Roxin, 2004, pp.1194; Villavicencio, 2014, p. 321). Este sistema se fundamenta en el conflicto de bienes jurídicos, el cual parte de la premisa

de considerar la vida en formación como bien jurídico tutelable y prioriza su derecho a la vida, por ende, los derechos de la mujer quedan subordinados a este, siendo que el aborto solo se “justifica” bajo ciertas condiciones (Peña Cabrera, 2017, pp. 240-241).

Lo expuesto demuestra que el concebido sí goza de protección jurídica durante toda su etapa de desarrollo, incluso en el sistema de plazos. La diferencia radica en que este sistema, durante una primera etapa, priorizará los derechos de la mujer cuando decida no continuar con el embarazo; no obstante, durante el mismo plazo sí se sancionará el aborto cuando no haya mediado consentimiento de la mujer. En consecuencia, es falso que el concebido sea considerado como un enemigo y que no cuente con protección legal desde el ordenamiento jurídico penal durante su desarrollo intrauterino.

Así, en el caso peruano el concebido no es visto como un enemigo. Por el contrario, de la revisión del Código Penal de 1991 resulta evidente que hay una protección casi absoluta a la vida del concebido. El ordenamiento jurídico peruano no acoge el sistema de plazos, ni siquiera un completo sistema de indicaciones; puesto que, el único supuesto descriminalizado es el aborto terapéutico. Debido a ello, se puede afirmar que nos encontramos en un restrictivo sistema de indicaciones que ampara la vida del concebido.

Ahora bien, Silva Sánchez critica la despersonalización del concebido y, a su vez, sostiene que ello supone un atentado contra los derechos humanos. Sin embargo, debe recordarse que otorgarle la categoría de persona al concebido reconduce a suprimir las diferencias entre las diversas etapas del desarrollo de la vida prenatal, e incluso, entre la vida prenatal y las personas (Madrazo, 2016, pp. 416-423). Asimismo, los ordenamientos jurídicos que reconocen los tratados internacionales de derechos humanos no otorgan la calidad de persona al concebido; por el contrario, en los últimos años la jurisprudencia de distintos países ha transformado la interpretación respecto a la vida del concebido, pasando de un derecho subjetivo a un valor constitucionalmente protegido (Bergallo y Ramón, 2018, pp. 19-23).

Lo anterior se puede evidenciar incluso en un ordenamiento jurídico tan restrictivo en materia de aborto como el peruano. Se ha visto que el Código Civil diferencia la persona humana del concebido y, el Código Penal hace lo propio al tipificar independientemente el delito de aborto y el delito de homicidio por lo que, resulta indiscutible la diferencia entre concebido de la persona humana.

En relación a la deshumanización del concebido debe señalarse que ello no es cierto, porque el concebido ha sido definido como la vida humana dependiente, por lo tanto, se le considera parte

de la especie humana. De otro lado, la descriminalización del aborto no se fundamenta en la deshumanización del concebido como pretende sostener el profesor Silva Sánchez; sino que también hay derechos de las mujeres merecedores de protección, los cuales no han sido considerados en toda su dimensión por el mencionado autor. Aunado a ello, no debe olvidarse que la inclinación a favor de los derechos de la mujer se sustenta, en parte, en el proceso de desarrollo de la vida humana, por lo que no es posible que durante todas las etapas del mismo se proteja con la misma intensidad (Boladeras, 2013, p.151).

De otro lado, el profesor Silva Sánchez critica que el concebido sea visto como un competidor de los derechos de la mujer; sin embargo, el autor olvida que en algunos ordenamientos jurídicos el concebido es sujeto de derecho. Así, esta calidad de “sujeto de derechos”, permite que se pondere sus derechos con los derechos de otro sujeto de derechos, como la mujer; máxime cuando el embarazo representa una grave vulneración a sus derechos.

Aunado a ello, el argumento de que la protección se da en tanto el concebido es querido por la mujer y/o los progenitores, no es falsa, pero tampoco ilegal. Por ejemplo, en el caso peruano, el legislador ha considerado la falta de consentimiento de la mujer como agravante del delito de aborto³⁶, al representar un mayor desvalor, en tanto el concebido es querido por la mujer. Así, en las legislaciones que tienen descriminalizado el aborto, durante un plazo específico, el consentimiento de la mujer – en tanto quiera o no al concebido – es fundamental.

Por último, Silva Sánchez indica que el concebido es considerado enemigo en tanto supone una fuente de riesgo o peligro para sus progenitores (2007, pp. 5-7). En ese sentido, cabe precisar que, el concebido no es un enemigo ni un ser peligroso *per se*, sino que, existen derechos de la mujer que también merecen ser amparados y, por consiguiente, una ponderación entre los derechos de esta y del concebido resulta necesaria.

En consecuencia, el concebido no es un enemigo en el derecho penal y la descriminalización del aborto tampoco implica su deshumanización. La postura del profesor Silva Sánchez sólo analiza y valora los derechos del concebido; sin embargo, no considera los derechos de la mujer como parte del análisis y como fundamentos para la descriminalización del aborto.

³⁶ Ver artículos 115 y 116 del Código Penal. La modalidad de aborto tipificada en el artículo 116, es sancionada con mayor pena por la ausencia de consentimiento de la mujer gestante.

4. La protección absoluta del derecho a la vida del concebido frente a los derechos de la mujer

4.1. El derecho a la vida del concebido: antecedentes y contenido

El principal argumento de la doctrina en contra de la descriminalización del aborto por violación sexual radica en la protección del derecho a la vida del concebido. En el Perú este derecho ha sido reconocido por la Constitución Política del Perú y por los tratados internacionales. A partir de ello, se expondrá los antecedentes normativos nacionales y el contenido actual de este derecho desde el ordenamiento jurídico interno e internacional.

4.1.1. Antecedentes constitucionales y debates legislativos

i) Constitución Política de 1979

Durante las discusiones previas a la aprobación de la Constitución Política de 1979 se puso a debate la protección de la vida del concebido y su vinculación con el aborto, tanto en la Comisión Principal de Constitución como en la Asamblea Constituyente (Llaja, 2009, p. 13). Así, el primer debate recayó en la personalidad del concebido y desde cuando debía protegerse. Un grupo de legisladores sostuvo que no había diferencia entre el óvulo fecundado de las demás etapas de la evolución humana; no obstante, otro grupo sí diferenció al concebido de la persona humana, posición que prevaleció; por otro lado, al no tener certeza del momento preciso en que iniciaba la concepción decidieron no utilizar este término expresamente; sin embargo, sí se entendió que la protección de la vida iniciaba desde la concepción (Llaja, 2009, p. 14).

Por otra parte, un sector de los legisladores alegó que el derecho a la vida del concebido no debía tener excepciones, puesto que se condenaría al nuevo ser solo porque crearía un riesgo al ser que le está sirviendo de matriz (Llaja, 2009, p.14). En esta discusión también se visibilizó el temor de otros legisladores que se criminalice el aborto terapéutico debido a la protección que se le daría al concebido; no obstante, se señaló que la protección de la vida del concebido no implicaba la criminalización del aborto terapéutico (Llaja, 2009, pp. 15-16).

Un tercer punto que se debatió fue la posibilidad de despenalización de otros tipos de aborto, lo cual no prosperó, a pesar de que se presentó las estadísticas del aborto clandestino y lo inseguros que resultaban (Llaja, 2009, pp. 15-16). La conclusión de este proceso fue que, por primera vez, se reconoce expresamente al que esta por nacer en un texto constitucional: *“toda persona tiene*

derecho: [...] A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad. Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece”.

ii) Constitución Política de 1993

En los debates legislativos previos a su aprobación, uno de los temas que se discutió fue la protección expresa del concebido en la Constitución Política del Perú, siendo aprobada bajo el argumento de que la vida humana no le pertenece a la mujer sino a aquel que la posee (el concebido), estableciéndose una postura contraria al aborto (Llaja, 2009, p. 17).

Por otro lado, algunos legisladores sí convocaron a la reflexión sobre el aborto, aunque ninguno se pronunció expresamente sobre la despenalización del mismo; no obstante, otros señalaron que una postura contraria al aborto plasmada en la Constitución era relevante para el Derecho Penal, y para la conducta general de los ciudadanos, al estar acorde a la doctrina religiosa de la mayoría de la población (Llaja, 2009, pp. 18-19)

Finalmente, en esta Constitución se modificó la naturaleza del concebido pasando de interés constitucionalmente tutelable – de acuerdo a la Constitución de 1979 – a sujeto de derechos (Llaja, 2009, pp.19-20). Por consiguiente, la redacción del inciso 1 artículo 2 de la Constitución Política del Perú quedó de la siguiente forma:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

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

4.1.2. El derecho a la vida del concebido en el ordenamiento jurídico peruano

El derecho a la vida del concebido está establecido en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú: *“2. Toda persona tiene derecho: (...) A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.* De esta manera, la vida sería un derecho que se reconoce desde la concepción hasta la muerte del ser humano, haya adquirido la calidad de persona o se encuentre todavía en el vientre de la mujer (Villavicencio, 2017, pp. 721-722).

De la lectura de este artículo, se observa que la Constitución no identifica al concebido como persona humana. Así también, el artículo 1° del Código Civil establece que la persona humana es sujeto de derechos desde su nacimiento, que la vida humana comienza con la concepción y que

el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, diferenciando al concebido y a la persona humana.

Respecto al concepto de sujeto de derechos en el ordenamiento jurídico nacional, de acuerdo a Juan Espinoza, este es “*un centro de imputación de derechos y deberes, adscribible, siempre y en última instancia a la vida humana*”; en ese sentido, están comprendidos dentro de esta categoría el concebido y la persona natural, o también denominada persona individual (Espinoza, 2006, pp. 37-44). Sin embargo, la categoría jurídica de persona o persona humana se refiere al hombre individualmente considerado desde el nacimiento hasta su muerte, por ello, se diferencia al concebido de la persona individual (Espinoza, 2006, pp.163-170).

Ahora bien, el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima en la Sentencia recaída en el Expediente N°30541-2014-0-1801-JR-CI-01 sobre el Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE), ha establecido que los fundamentos alegados por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 02005-2009-PA/TC respecto a la concepción como inicio de protección del derecho a la vida resultan inaplicables por ser contrarios a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (2019, fundamento Décimo Cuarto). Por ende, la vida se protege desde la implantación³⁷, y antes de ello no es posible alegar el numeral 4.1. del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico peruano reconoce al concebido como un sujeto de derecho, titular del derecho a la vida que merece ser protegido; sin embargo, esta protección será gradual e irá incrementándose en la medida que la vida humana dependiente se desarrolle. Por ello, en el derecho penal se reconoce y protege la vida del concebido desde la anidación, pero en diferente intensidad que a la persona humana.

4.1.3. Derecho a la vida del concebido en los instrumentos internacionales

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en el artículo 3° que todo individuo tiene derecho a la vida; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, reconoce en su artículo I el derecho a la vida de todo ser humano; el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece en su artículo 4° que “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho*

³⁷ Algunos autores señalan que la implantación es un proceso que se inicia entre el periodo de 4 a 14 días contados desde la fecundación (Boladeras, 2013:148).

estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. [...]”.

De lo expuesto se advierte que, estos instrumentos internacionales reconocen el derecho a la vida sin hacer referencia o mención expresa al concebido, con excepción de la CADH, que establece el derecho a la vida de toda persona y la protección de la vida desde el momento de la concepción. Por lo tanto, resulta pertinente analizar el contenido de derecho a la vida desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la medida que la CADH distingue entre persona y concebido.

En el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*, la Corte IDH (2012) ha interpretado el artículo 4.1 de la Convención de la siguiente manera:

La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general. (fundamento 264)

En ese sentido, la Corte IDH (2012) señala que “la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación” (fundamento 186); así, si el embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas (Corte IDH, 2012, fundamento 187). Por ello, la Corte entiende “concepción” desde el momento de la implantación; asimismo, la Corte IDH (2012) ha establecido que el derecho a la vida prenatal no es absoluto y que su protección es gradual e incremental, siendo que “la cláusula “en general” tiene como objeto y fin permitir que, ante un conflicto de conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida” (Corte IDH, 2012, fundamento 256-258).

Por otra parte, la Corte refirió que, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁸, y

³⁸ La Convención sobre los Derechos del Niño estipula en el artículo 1° que niño será todo aquel ser humano menor de dieciocho años de edad.

de la interpretación sistemática de los derechos consagrados en la CADH, no puede sustentarse que el embrión sea considerado persona en los términos del artículo 4° de este último (2012, fundamento 244). Finalmente, la Corte señaló que, si bien, hay concepciones que ven en óvulos fecundados una vida humana plena debido a que le atribuyen ciertas características metafísicas; estas no pueden justificar que se otorgue prevalencia a esta interpretación (2012, p.185).

Esta postura de la Corte IDH, respecto al desarrollo de la vida, en atención a las bases científicas acogería los diferentes estadios del proceso de gestación, que en resumen son los siguientes:

Tiempo	Estadio
0	Fecundación en las trompas de Falopio
36 horas a 9na - 12va semana aproximadamente	Embrión. El embrión se anida o implanta en el útero de la mujer entre los primeros 4 y 14 primeros días del embarazo.
9na - 12va semana a nacimiento	Paso de embrión a feto, siendo que este último ya contiene el diseño casi completo de un nuevo individuo.

*Adaptación del cuadro elaborado por Margarita Boladeras (2013, p.148)³⁹

Esta interpretación ha sido adoptada también por la jurisprudencia de algunos países de América Latina. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Colombiano en la Sentencia C-355-2006 interpretó que la protección de la vida intrauterina⁴⁰ es un interés objetivo y no un derecho subjetivo, es decir, el concebido no es titular de un derecho constitucional a la vida (Bergallo y Ramón, 2018, pp. 11-12, pp. 20-22). En el mismo sentido, la Suprema Corte Mexicana ha establecido que la vida en gestación es un valor constitucional (Bergallo y Ramón, 2018, p. 20). Por su parte, el Tribunal Constitucional Boliviano sostiene que la protección de la vida intrauterina es gradual, por lo que, mientras más cerca de una célula se encuentre, menor será su protección jurídica, por el contrario, mientras más se aproxime a un ser humano la protección incrementará (Bergallo y Ramón, 2018, p. 22).

En consecuencia, desde los instrumentos normativos y tribunales nacionales e internacionales se evidencia que el concebido no es considerado persona, pero ello no significa que habrá una total desprotección de su vida, sino que su protección es paulatina e incremental, en la medida que el derecho a la vida no es absoluto ni inmutable, menos en perjuicio de los derechos de la mujer.

³⁹ Si bien en el cuadro presentado se diferencia el embrión y el feto, debe aclararse que la terminología empleada en la presente tesis en relación al “embrión”, “feto”, “concebido”, “vida humana dependiente” y “vida intrauterina”, es utilizada como sinónimos sin hacer distinción en base a los postulados científicos.

⁴⁰ También vida humana dependiente o concebido.

4.2. Respuesta desde los derechos fundamentales de la mujer y la necesidad de ponderación frente al derecho a la vida del concebido

Se ha expuesto que la protección del derecho a la vida del concebido es paulatina y conforme a su desarrollo; asimismo, la calidad de persona se le otorgará con el nacimiento. Ello no niega la vida del concebido, lo que se cuestiona es si esta nueva vida debe gozar de la misma protección que se le reconoce a la persona humana, como lo es la mujer, más aún cuando los derechos de esta última se ven vulnerados por la absoluta protección de la vida del primero. Así, a partir de este cuestionamiento se desarrollará y analizará los derechos de la mujer afectados por una maternidad impuesta y la aplicación del test de proporcionalidad frente a los derechos del concebido.

4.2.1. Los derechos fundamentales de la mujer

i) Derecho a la vida

El derecho a la vida de la mujer está reconocido en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y en el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el Pacto).

En ese sentido, de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la vida es un derecho fundamental que es presupuesto para el ejercicio de los demás derechos (Corte IDH, 2018, p.8). Asimismo, el Estado debe garantizar el derecho a la vida mediante la aplicación de condiciones que permitan el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y su ejercicio efectivo (Corte IDH, 2018, p.11).

Por su parte, en el voto disidente del Dictamen recaído en la Comunicación No. 1153/2003, respecto al artículo 6° del Pacto, se alega que la privación del derecho a la vida no es la única conducta que viola el citado artículo, sino que también se afecta cuando se pone la vida de una persona ante graves riesgos⁴¹ (2005, p.12).

⁴¹ El mencionado Dictamen recayó sobre el caso de Karen Llantoy vs. Perú, en el que se le niega un aborto terapéutico a pesar de que el concebido era anencefálico - lo que representaba un riesgo para su salud - y que, este tipo de aborto está despenalizado en nuestro ordenamiento jurídico (Comité de Derechos Humanos, 2005, p. 10).

Ahora bien, se ha visto en el Capítulo 1 que la violencia sexual y, en específico, la violación sexual es un delito que atenta contra la dignidad, la integridad y la libertad de las mujeres. Este atentado repercute, definitivamente, en la salud física y psicológica de la víctima, situando a las mujeres y, sobre todo, a las niñas y adolescentes ante graves riesgos para su vida, sobre todo, cuando se les impone una maternidad producto de la violación sexual (Díaz y Ramírez, 2013, p. 70).

Muestra de ello es el caso de L.C., que quedó embarazada a los 13 años producto de una violación sexual, luego de lo cual intentó suicidarse lanzándose de un edificio (CEDAW, 2011, p.3). Debido a este suceso y a una serie de obstrucciones, por parte del hospital Daniel Alcides Carrión del Callao, para interrumpir el embarazo - a pesar que este representaba un grave riesgo para su salud física y psicológica⁴² - L.C. quedó parapléjica (CEDAW, 2011, pp. 3-4).

Por lo tanto, una maternidad obligada a consecuencia de una violación sexual atenta contra el derecho a la vida de las mujeres, reconocido tanto en el ordenamiento jurídico peruano como en el derecho internacional.

ii) **Derecho a la integridad**

El derecho a la integridad se ha establecido en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, señalando que toda persona tiene derecho: *[...] a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar*". Asimismo, es reconocido en el artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el cual se señala que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, no debiendo ser sometida a torturas, penas, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

El derecho a la integridad física se refiere al derecho a conservar la estructura orgánica y el funcionamiento y salud del cuerpo del ser humano (Tribunal Constitucional, 2007, párrafo 7). Por su parte, la integridad moral "defiende los fundamentos de obrar de una persona en el plano de la existencia y coexistencia social", reconociendo que el ser humano puede actuar de acuerdo a su propia conciencia para el desarrollo de la personalidad y el proyecto de vida (Tribunal Constitucional, 2004b, 2.2.). Por último, la integridad psíquica está referida al derecho de preservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales; garantizándose los

⁴² En la evaluación psicológica se determinó que el intento de suicidio se debió a los abusos sexuales y al miedo de estar embarazada; asimismo, un Informe del Colegio Médico señaló que la salud física y mental de la menor se encontraba en grave riesgo (CEDAW, 2011, pp. 3-4).

componentes discursivos y psicológicos de una persona, como su personalidad, su carácter y lucidez (Tribunal Constitucional, 2004b, 2.3.).

En consecuencia, la prohibición del aborto en casos de violación sexual es una vulneración al derecho a la integridad, en la medida que hace sufrir a la víctima un trato cruel, inhumano y degradante, que la humilla y vulnera su libertad (Díaz y Ramírez, 2013, p. 70). Así también, el Comité contra la Tortura⁴³ ha considerado que la criminalización del aborto por violación sexual en el ordenamiento jurídico penal peruano constituye un trato cruel e inhumano y, que, a la vez, perjudica la salud física y mental de las mujeres (2006, p. 6).

iii) Derecho a la salud

El derecho a la salud está reconocido en el artículo 7° de la Constitución Política del Perú, en el cual se señala que: *“Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”*. Asimismo, el Tribunal Constitucional (2007) ha señalado que *“la salud es un derecho fundamental por su vinculación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble”*. (párrafo 8).

De esta manera, *“el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental”* (Tribunal Constitucional, 2007, párrafo 8). De igual forma, el Tribunal Constitucional (2004c) ha establecido que los servicios públicos de salud son importantes en la medida que, a través de ellos, se puede garantizar una prestación eficiente para la vida e integridad de las personas (párrafo 30).

Ahora bien, en primer lugar, la violación sexual produce una grave afectación a la salud física y psicológica de la víctima. En efecto, las mujeres violadas presentan desgarros y/o lesiones en la zona vaginal y/o anal, sangrado en la zona bucal o de la faringe; además, cuando media la violencia física pueden presentar raspaduras, contusiones, traumatismos y lesiones más graves que la pueden llevar a la muerte; y, cuando se hace uso de drogas o alcohol, estos pueden generar intoxicación (Argueta, 2015, pp. 14-15). Así también, las mujeres violadas corren el riesgo de adquirir enfermedades de transmisión sexual; aunado a ello, la afectación psicológica puede desencadenar estrés postraumático, pesadillas, depresión, entre otros (Díaz y Ramírez, 2013, pp.70-71).

⁴³ La Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes está vigente para el Perú desde el 6 de agosto de 1988.

En segundo lugar, la tipificación del aborto en los casos de violación sexual impacta, a su vez, en el acceso a servicios de salud seguros, puesto que, las mujeres embarazadas víctimas de este delito recurren a prácticas clandestinas, en las que ponen en riesgo su salud y su vida (Díaz y Ramírez, 2013, p. 72). En ese sentido, el Estado al no poder prestar un eficiente servicio de salud, en la medida que sanciona el aborto por violación sexual, pone en riesgo la salud y la vida de las mujeres.

Por consiguiente, la prohibición del aborto en los casos de violación sexual es una doble vulneración al derecho a la salud de la mujer víctima de este delito, toda vez que la violación sexual conlleva la afectación física y psicológica de la mujer y, a su vez, la ausencia del servicio de acceso al aborto seguro obliga a las mujeres a llevar un embarazo impuesto mediante la violencia sexual o, someterse a un aborto clandestino que pone en peligro su vida y salud.

iv) Derechos sexuales y reproductivos

Conforme a la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 02 de julio de 1999⁴⁴, se afirma que los derechos de salud reproductiva:

[...] se basan en el reconocimiento del derecho fundamental de todas las parejas y todas las personas a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el espaciamiento y el momento de los nacimientos, y a disponer de la información y los medios necesarios para poder hacerlo, así como el derecho a disfrutar del más alto nivel de salud sexual y reproductiva. También incluyen su derecho a tomar decisiones en materia de reproducción sin ser sometidos a discriminación, coerción ni violencia [...]. (p. 2).

Si bien en la Constitución Política del Perú no hay un reconocimiento expreso de los derechos sexuales y reproductivos, Samuel Abad señala que: “[...] estos son una manifestación de los derechos fundamentales a la libertad, a la salud y a la intimidad de las personas” (2012, p.143). Por ello, la protección de estos derechos es de observancia obligatoria para el Estado Peruano.

En la doctrina comparada, Gauché (2016) sostiene que “Si bien [...] se puede entender que ambas categorías se fundamentan en el derecho a la igualdad, la autodeterminación y dignidad humana, es riguroso hacer la distinción (p.48). Así, los derechos sexuales se enfocan en proteger y garantizar el derecho de las personas a decidir libremente sobre su sexualidad, facilitando los recursos para su ejercicio; por su parte, los derechos reproductivos están dirigidos a reconocer y

⁴⁴ “Medidas clave para seguir ejecutando el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo”

proteger la facultad de todas las personas de decidir libremente sobre la procreación y a disponer de los recursos necesarios para que se haga efectiva (Gauché, 2016, p. 48).

Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017) reconoce que “los derechos sexuales y reproductivos forman parte del derecho humano a la salud integral, comprendida como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias”. En esa línea, la CIDH (2017) establece que la violencia sexual impacta negativamente en las mujeres, niñas y adolescentes; por ello, los Estados deben implementar protocolos de salud adecuados para su atención, así como para disponer de la interrupción legal y segura de los embarazos resultantes de esta violencia, a fin de disminuir las cifras de embarazos no deseados y peligrosos para la vida de las mujeres, como parte del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos.

Por ende, la tipificación del delito de aborto en los casos de violación sexual es una vulneración directa a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, en la medida que la violación sexual impide una decisión libre de la mujer respecto a su sexualidad y, porque, un embarazo impuesto contradice el derecho a decidir libremente sobre el momento de la procreación.

v) Derecho a la igualdad y no discriminación

El derecho a la igualdad⁴⁵ está reconocido en el inciso 2 del artículo 1° de la Constitución Política del Perú, en el cual se indica que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por motivo de sexo o cualquier otra índole. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos establece en el artículo 1 que se debe: *[...] garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona [...] sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, [...], posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

El delito de aborto en casos de violación sexual refleja una discriminación por sexo y una vulneración al derecho a la igualdad. En primer lugar, el Estado no degrada a los varones mediante tipos penales específicos; por el contrario, sí tiene normas que sancionan y criminalizan la conducta de la mujer, perpetuando su estigmatización en los casos de abortos (Cook, 2016, pp. 452-454). Además, el embarazo no deseado repercute de distinta manera en la mujer gestante que en el padre “potencial”, por lo que su plan de vida también resulta afectado de una manera desigual (Bergallo y Ramón, 2018, p. 34).

⁴⁵ El Tribunal Constitucional ha establecido que la igualdad es un principio – derecho. En relación al primero, constituye un componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional; en cuanto al segundo, implica el reconocimiento de un derecho subjetivo, el cual es oponible a terceros y prohíbe la discriminación por las razones contempladas en la Constitución (2014, fundamento 5).

Por otro lado, la prohibición del aborto en el Perú representa una forma de discriminación dentro del colectivo de mujeres, toda vez que, trata desigualmente a las mujeres violadas fuera del matrimonio y a aquellas que son víctimas dentro de este. Asimismo, conlleva una discriminación por índole económica. Como sostienen Díaz y Ramírez (2013) “las mujeres de menos recursos recurren a prácticas ilegales de aborto de más alto riesgo, mientras que las mujeres de mayores recursos pueden acceder a servicios ilegales también, pero con mejores condiciones sanitarias” (p.72). Asimismo, las mujeres más pobres están expuestas a ser perseguidas penalmente, mientras que las mujeres de mejores condiciones económicas tienen impunidad o se encuentran en las cifras del llamado turismo abortivo⁴⁶ (Castillo, 2008, p. 908)

En consecuencia, la criminalización del aborto por violación sexual vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación en perjuicio de la mujer, toda vez que recibe un trato diferenciado desde el derecho penal en relación a los varones, al tener normas que la sancionan exclusivamente y, porque dentro del mismo colectivo de mujeres, aquellas que son víctimas de violación sexual dentro del matrimonio reciben mayor sanción que las solteras y, las más pobres tienen más riesgo de ser perseguidas penalmente respecto a las mujeres de mejor posición económica.

vi) Derecho a la libertad: libre desarrollo, autodeterminación reproductiva y libertad sexual

El derecho a la libertad está reconocido en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, en el cual se indica que toda persona tiene derecho a: “1. [...] a su libre desarrollo y bienestar [...]”. Asimismo, el inciso 24 establece que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales y nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Esto mismo es amparado por el artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos, estableciéndose en su primer numeral que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales.

En cuanto al contenido del derecho a la libertad personal, el Tribunal Constitucional ha determinado que este comprende la posibilidad de realizar todas las acciones que permitan el desarrollo propio y la elección individual, las cuales no deben implicar la vulneración o afectación de los derechos de terceros (Tribunal Constitucional, 2009b, párrafo 4).

⁴⁶ Se identifica como turismo abortivo al que se someten mujeres fuera de su país de origen, en los cuales el aborto se encuentra prohibido, afectando el derecho a la igualdad, pues las mujeres que cuentan con menos recursos no podrán viajar fuera del país para someterse a un aborto (Varela, 2019, p. 170; Castillo, 2008, p. 908).

Así, los derechos sexuales son una expresión del derecho a la libertad, en tanto implican ejercer de manera autónoma la vida sexual, la sexualidad con o sin fines reproductivos y, a recibir servicios de calidad (Abad, 2012, p- 141). Por lo tanto, la restricción en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer atentan contra el derecho a la libertad y sus manifestaciones, tres de las cuales se expondrán a continuación:

- **Libre desarrollo**

El Tribunal Constitucional ha establecido que “*el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera del desarrollo de la personalidad*” (Tribunal Constitucional, 2004a, párrafo 14). Esta actuación debe circunscribirse a aquellos ámbitos que se vinculan al concepto constitucional de persona y que, además, se encuentran entrelazadas a la estructuración y realización de la vida privada y social de la persona, dentro de los cuales no debe existir intervención que no sea razonable ni proporcional (Tribunal Constitucional, 2004a, párrafo 14).

La prohibición del aborto en los casos de violación sexual impone a la mujer una maternidad que afecta su derecho al libre desarrollo de la personalidad en la medida que no puede tomar sus propias decisiones, afectando la realización de su plan de vida y sus proyectos (Díaz y Ramírez, 2013, p. 69). Como señala el profesor Ferrajoli, a la mujer le asiste el derecho de no ser obligada a convertirse en madre contra su voluntad; sin embargo, al prohibirse el aborto la única opción de vida a la que se le faculta es a la maternidad (2002, p. 8).

- **Autodeterminación reproductiva**

El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, en la sentencia del Expediente N°30541-2014, citando jurisprudencia anterior, señaló que: “El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. [...] consiste en la autonomía para decidir sobre los asuntos que solo le atañen a la persona [...]” (2019: considerando vigésimo).

Asimismo, este juzgado sostuvo que la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 2005-2009-PA/TC, en relación al AOE, ha estado vulnerando el derecho a la autodeterminación reproductiva de las mujeres en edad fértil, en la medida que solo tenían acceso las mujeres de mejor condición económica (2019: considerando vigésimo). De esta manera, la autodeterminación respecto a los derechos reproductivos de la mujer debe garantizar su libre opción de maternidad; el derecho a acceder a anticonceptivos; el derecho a tratamiento pre y post natal, entre otros (Abad, 2012, p.142).

Asimismo, la autodeterminación reconoce el derecho a la mujer de decidir sobre su propio cuerpo, pues este le pertenece a ella, no debiendo ser sometida a un control desde el derecho penal mediante la tipificación del aborto como delito (Ferrajoli, 2002, p. 9). Por consiguiente, la criminalización del aborto por violación sexual es un atentado contra el derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer al no permitirle decidir sobre la maternidad.

- **Libertad sexual**

La profesora Violeta Bermúdez sostiene que el derecho a la libertad sexual “implica el derecho a la autodeterminación sexual, es decir la libertad de decidir todo lo relativo al ejercicio de la sexualidad, incluido el momento y el sujeto con quien compartir la vida sexual” (2008, p. 95). Así, el delito de violación sexual es una vulneración a este derecho, y además afecta la integridad sexual y genera daños físicos y psicológicos en la víctima (Peña Cabrera, 2017, p. 292). Además, afecta la capacidad reproductiva de la mujer al correr el riesgo de quedar embarazada producto de este delito (Bermúdez, 2008, p. 95).

De ahí que, la obligación de llevar el embarazo impuesto por una violación sexual, constituye en sí mismo una vulneración a su libertad sexual y al libre desarrollo de su personalidad (Peña Cabrera, 2009, p. 34). Por consiguiente, la prohibición del aborto en casos de violación sexual, deja como única opción a la mujer continuar con el embarazo, lo cual vulnera claramente su derecho a la libertad y autodeterminación sexual, dado que, se le obliga a llevar un embarazo no deseado, impuesto por una conducta que, previamente, vulneró también su libertad sexual.

- vii) **Dignidad de la mujer**

El artículo 1° de la Constitución Política del Perú establece que “*la defensa de la persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado*”. Por su parte, el artículo 11° de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad y que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada.

Para el Tribunal Constitucional la dignidad de la persona implica el respeto del ser humano como fin en sí mismo, por lo que las políticas públicas del Estado deben estar dirigidas a su protección (2004c, párrafo 17). Asimismo, la dignidad humana es fundamento de todos los derechos humanos, supone el reconocimiento de cada uno de ellos sin ningún tipo de discriminación, el respeto del libre desarrollo de la personalidad de cada individuo y, la garantía de que ninguna persona sea tratada como medio para alcanzar fines de otros sujetos de derecho (Gros, 2003, pp. 197-200).

En ese sentido, el profesor Ferrajoli indica que la persona debe ser tratada como un fin en sí mismo; por ende, desvalorizar a las mujeres en materia reproductiva reduciéndolas a instrumentos de procreación, prevaleciendo intereses ajenos a ella limita su autodeterminación y soberanía sobre su cuerpo (2002, p. 9). Así, la prohibición del aborto genera en las víctimas de violación sexual un embarazo obligado, que vulnera su derecho a la libertad y su dignidad, algo que el derecho penal no debe cometer (Peña Cabrera, 2009, p. 35).

En la jurisprudencia comparada se establece que “La penalización absoluta del aborto vulnera la dignidad de las mujeres pues aún en las peores situaciones el legislador estaría imponiéndole a la mujer el rol de instrumento reproductivo” (Bergallo y Ramón, 20018, pp. 25-26)⁴⁷. En consecuencia, obligar a una mujer continuar un embarazo impuesto por una violación sexual para dar cumplimiento a una función reproductiva y, por lo tanto, asumir una maternidad obligada vulnera su dignidad al tratarla, precisamente, como un medio y no como un fin en sí misma.

4.2.2. La aplicación del Test de proporcionalidad

El Tribunal Constitucional del Perú ha expuesto que los derechos fundamentales⁴⁸ no tienen la calidad de absolutos (2005c, Fundamento 38). No obstante, tiene un contenido indeterminado, por lo que se les considera principios que deben cumplirse en la medida de lo posible, atendiendo las circunstancias jurídicas y fácticas que permitan o no la aplicación y preeminencia del mismo (Díaz y Ramírez, 2013, p. 50). Por ello, son mandatos que pueden cumplirse en diferentes grados, de ahí que, las interpretaciones que le dan un carácter absoluto a los derechos constitucionales son incompatibles con el test de proporcionalidad (Undurruga, 2016, p. 109).

El test de proporcionalidad es un marco analítico que permite hacer un control de la constitucionalidad de las normas y, a su vez, determinar si la intervención de un derecho fundamental es contraria o no a la Constitución (Bernal, 2005, pp. 417-444; Undurruga, 2016, p.108). De esta manera, cuando se presenta un conflicto entre dos o más derechos, el test permite analizar en una situación concreta qué derecho debe prevalecer, y si la intervención de un derecho está justificada o no en la protección de otro derecho fundamental (Díaz y Ramírez, 2013, pp. 49-51)

El test se realiza a través de tres subprincipios: el subprincipio de idoneidad, subprincipio de necesidad y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (Tribunal Constitucional,

⁴⁷ Tribunal Constitucional Colombiano fundamento contenido en la Sentencia C-355

⁴⁸ Los derechos fundamentales son aquellos que encuentran respaldo en una norma constitucional que garantiza su exigibilidad o eficacia frente a terceros; no obstante, estos derechos – vida, propiedad, libertad, entre otros - admiten limitaciones (Díaz y Ramírez, 2013, pp. 48-49).

2005d, p.29, Fundamento 65.). En consecuencia, la prohibición del aborto en casos de violación sexual origina un conflicto de derechos, por lo que es necesario hacer un test de proporcionalidad.

i) La idoneidad

La idoneidad o adecuación intenta encontrar un resultado lo más próximo “a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida” (Tribunal Constitucional, 2005a, párrafo 42). Es decir, se pretende que este resultado no afecte gravemente al derecho sometido al test de proporcionalidad. En ese sentido, se debe determinar qué tan efectiva es la criminalización del aborto, esto es, si su tipificación en los códigos penales genera una reducción de este delito (Undurraga, 2016, pp.114-115).

La conducta prohibida en el delito de aborto es la interrupción voluntaria de la gestación cuando esta es producto de una violación sexual. De ahí que, la prohibición de la conducta resultaría idónea para proteger el derecho a la vida del concebido (Díaz y Ramírez, 2013, p. 64). No obstante, la prohibición del aborto no disminuye las cifras de su práctica; por el contrario, los regímenes que tienen normas más severas tienen mayor tasa de aborto que aquellos regímenes más liberales (Undurraga, 2016, p.115).

Por otro lado, se ha visto en el primer capítulo que la sanción del delito de aborto en los casos de violación sexual es de máximo tres meses cuando la mujer es soltera, y de dos años cuando la violación sexual ha sido cometida por el cónyuge. En ese sentido, la sanción impuesta no es idónea para prevenir esta conducta, sino que es, en realidad, simbólica⁴⁹. Además, el inciso 1 del artículo 120, en tanto discrimina a las mujeres casadas de las solteras en la aplicación de la pena, deviene en una medida inconstitucional (Díaz y Ramírez, 2013, pp. 65-66). En consecuencia, la prohibición del aborto no es una medida idónea para proteger la vida del concebido y, en extremo, resulta inconstitucional.

ii) La necesidad

El Tribunal Constitucional establece que este examen “importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que busca realizar [...] es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista” (Tribunal Constitucional, 2005a, párrafo 44). En este punto, lo que se pretende evaluar es si existen otros medios menos lesivos e igual o más efectivos

⁴⁹ Al tener en cualquiera de los dos casos una pena menor de cuatro años esta podrá ser suspendida conforme al artículo 57° del Código Penal, por lo que, la mujer no sería, en principio, privada de su libertad. Además, en el caso de las atenuantes, una pena menor o igual a tres meses en la práctica no se aplicaría.

que la intervención penal, para que se cumpla con la finalidad de proteger la vida humana dependiente (Díaz y Ramírez, 2013, p. 60; Undurraga, 2016, p. 118).

Ahora bien, la tipificación vigente sería apta para proteger la vida del concebido al estar redactada de la siguiente manera *“la mujer que cause su aborto, o consiente que otro le practique [...]”* y, a su vez, desde el ordenamiento jurídico penal y extrapenal no existirían otras medidas idóneas que salvaguarden el derecho a la vida del concebido y, que, al mismo tiempo, no afecten gravosamente a la mujer (Díaz y Ramírez, 2013, p. 67). Sin embargo, como señala Verónica Undurraga, hay estudios que demuestran que las tasas de aborto se pueden reducir con programas efectivos y sustentables de educación y planificación familiar a fin de evitar embarazos no deseados y, a su vez, tener programas que apoyen y garanticen económica y socialmente a las mujeres que decidan continuar con el embarazo y la maternidad (2016, p.120).

Por lo tanto, se evidencia que hay otras soluciones más efectivas y adecuadas, sin necesidad de recurrir al derecho penal que, además, debe aplicarse como última ratio. En efecto, la prohibición del aborto, y en específico el aborto por violación sexual, no cumple su fin, puesto que los abortos se siguen produciendo y las mujeres se siguen arriesgando a pesar de la criminalización y sanción de esta conducta (Díaz y Ramírez, 2013, p. 68). Por consiguiente, la tipificación del aborto en casos de violación sexual tampoco aprobará el examen de necesidad.

iii) La proporcionalidad en sentido estricto en relación al delito de aborto en los casos de violación sexual

Denominado juicio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional, es el medio por el cual *“se procura que la solución encontrada esté en el marco de una convivencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que está en juego”* (Tribunal Constitucional, 2005a, párrafo 50). En ese sentido, se determinará si la afectación de un derecho constitucional conlleva más beneficios que desventajas, es decir, si los sacrificios de un derecho se justifican en el objetivo legítimo que persigue (Undurraga, 2016, p.121). Entonces ¿se deberá sacrificar los derechos de la mujer a fin de proteger la vida del concebido?

En primer lugar, es evidente que la criminalización del aborto por violación sexual obliga a las mujeres a ser madres. Esta obligación vulnera su derecho a la vida, a la integridad, a la salud, sus derechos sexuales y reproductivos, a la igualdad, a no ser discriminada y a su libertad. Aunado a ello, la obligación de continuar el embarazo producto de una violación sexual es desproporcionada y contraria al derecho a la dignidad, puesto que en este caso las mujeres son tratadas como medios y no como fines en sí mismas (Bergallo y Ramón, 2018, pp. 26).

En segundo lugar, las considerables tasas de aborto clandestino, sobre lo cual se ahondará en el tercer capítulo de la presente investigación, evidencian que la criminalización del aborto, en general, no garantiza ni satisface la protección de la vida del concebido, sino que agudiza la vulneración de los derechos de la mujer. Asimismo, las sanciones establecidas no cumplen con el fin de prevenir esta conducta, dado que, se siguen cometiendo abortos, sobre todo en los estados con leyes más restrictivas en esta materia.

Por otro lado, la redacción del artículo 4° de la CADH deja una cláusula abierta respecto a la protección de la vida del concebido con la finalidad que los Estados también puedan regular en materia de aborto, flexibilizando la práctica del mismo. Aunado a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que el derecho a la vida del concebido no es absoluto y que se reguló de tal manera que permitiera a los estados decidir en su legislación interna el tratamiento que se le daría; además, en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la Corte estableció que la protección a su vida es paulatina de acuerdo a su desarrollo. Por ello, el derecho a la vida del concebido, no tiene la misma protección que la de un ser humano ya nacido (Roxin, 2004, p.1196).

Finalmente, obligar a la mujer a continuar una maternidad impuesta significa revictimizarla e imponer un doble castigo, pues, primero se vulnera su libertad sexual a través del delito de violación y, luego el Estado la obliga a culminar un embarazo y asumir la maternidad o, en el extremo, privarla de su libertad si se realiza un aborto (Peña Cabrera, 2009, p.38). En consecuencia, en el caso del aborto por violación sexual, los derechos fundamentales de la mujer deben ser priorizados sobre el derecho a la vida del concebido.

5. Otros argumentos jurídicos en contra de la descriminalización del aborto

En este subtítulo se expondrá brevemente cuatro elementos que se pueden observar en los fundamentos jurídicos y jurídicos penales contra la descriminalización del aborto por violación sexual. El primero es la referencia a los valores éticos; el segundo es el uso del lenguaje tergiversado en la doctrina; el tercero está relacionado a una supuesta dominación masculina que niega la naturaleza femenina y su rol de maternidad; y, el cuarto está referido a las dudas que generan los estudios que exponen las altas cifras de aborto clandestino y muerte materna. A partir de ello, se rebatirá cada uno de estos argumentos a fin de demostrar la pertinencia y validez de la descriminalización del aborto en los casos de violación sexual.

5.1. La moral y el derecho: ¿la inmoralidad de una conducta justifica su criminalización en un Estado Constitucional de Derecho?

La asignación de los términos “inmoral” o “moral” a una determinada conducta ha sido construida en los países occidentales, principalmente, por la Iglesia Católica y sus pilares éticos como el débito sexual, la potestad marital, la incapacidad absoluta o relativa a la mujer, entre otros (Mávila, 1991, p.44). No obstante, en Occidente la influencia de la Iglesia Católica ha ido decayendo, dando paso a la separación entre Estado e Iglesia. Este proceso ha reducido la autoridad de la Iglesia que se ha visto obligada a proteger su propia autonomía a través de la libertad de conciencia y la libertad religiosa, cediendo al Estado ciertos aspectos de la sociedad que no incluyó la moral sexual ni las transformaciones de las costumbres sexuales (Lemaitre, 2016, p. 307). Sirva de ejemplo uno de los debates legislativo de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Peruano en 1993, en el que se pretendió restringir el uso de métodos anticonceptivos considerados “moralmente inválidos” – desde el catolicismo – vulnerando los derechos reproductivos de la mujer (Abad, 2012, p. 70).

Ahora bien, los constitucionalistas – católicos – han ido transformando su discurso sobre el aborto, trasladando los argumentos de la fe hacia la razón, teniendo como premisa que quienes no comparten su fe sí pueden compartir el orden moral de origen divino que se ve reflejado en el derecho natural (Lemaitre, 2016, p.306). Asimismo, sostienen que la definición de concebido no está sujeta a interpretaciones porque refleja los valores de la sociedad; por ello, solo es válido aplicar el marco legal internacional cuando coincida con estos valores (Gianella, 2018, p.375).

Además, en países como Argentina y Costa Rica el discurso judicial no solo ha reconocido la titularidad del derecho a la vida del embrión, sino que como parte de sus argumentos hace alusión a encíclicas papales (Bergallo y Ramón, 2018, pp. 4-5). En esa misma línea, otros actores que participan en acciones legales han aludido, precisamente, de manera directa o indirecta a su religión para fundamentar su posición contraria al aborto (Niño y Rincón, 2016, p.386). De esta manera, el principal argumento en contra del aborto es que el feto es una persona y que la eliminación del mismo constituye un homicidio, el cual debe ser tipificado y sancionado como un delito en el Derecho Penal (Ferrajoli, 2002, pp. 3-8).

No obstante, esta postura tiene matices, de ahí que los abortos pueden ser catalogados en aceptables o inaceptables dependiendo si responden a buenas o malas razones; así, las buenas razones justifican la descriminalización en algunos supuestos como, por ejemplo, el aborto para salvar la vida de la mujer (Cook, 2016, p. 448). Por su parte, las malas razones se vinculan con el incumplimiento de los valores morales–religiosos, por ejemplo, las relaciones sexuales sin fines

procreativos que pueden traer, como consecuencia, embarazos no deseados (Castillo, 2008, p. 901; Taracena, 2005, p.19).

De esta manera, esta postura defiende absolutamente la vida del concebido por ser moralmente correcto; sin embargo, al establecer excepciones, no queda claro si realmente defienden la vida del concebido, o un orden moral basado en lo “bueno” y lo “malo” que impide a la mujer ejercer sus derechos reproductivos e interrumpir la gestación. Por lo tanto, corresponde analizar si el orden moral – religioso es un elemento relevante en el ámbito jurídico o si resulta totalmente insustancial.

En opinión del profesor Luigi Ferrajoli, el tratamiento del aborto es una cuestión moral y una cuestión jurídica, por lo que se puede abordar desde dos posiciones. La primera, que confunde ambas perspectivas, sostiene que la inmoralidad del aborto es razón suficiente para su prohibición y punición, y tiene como su principal promotor a la Iglesia Católica; y, la segunda que separa las cuestiones morales de las jurídicas, afirma que la reprobación moral de un determinado comportamiento no es, por sí sola, razón suficiente para que caiga sobre aquel una prohibición jurídica (Ferrajoli, 2002, p.3).

Esta última posición, que separa el ámbito legal o jurídico y el ético o moral, ha contribuido a la actual autonomía del derecho como de la ética moderna, así el derecho ya no es un instrumento de reforzamiento moral, sino que asegura la paz y la convivencia social (Ferrajoli, 2013, p.3; Mori, 1992, p.3). De esta manera, el derecho penal, reprime las conductas que ponen en peligro o lesionan bienes fundamentales para la vida en común, por ello, no debe ser usado para encarnar y afirmar valores éticos, defender, dictaminar y prohibir estilos morales de vida o creencias religiosas, como tampoco imponer conductas en base a estos últimos (Mori, 1992, p. 4; Ferrajoli, 2002, pp. 3-8). Como señala el profesor Claus Roxin, «(...)el derecho penal debe contentarse con un “mínimo ético”» (2004, p. 1193).

Ahora bien, la separación del Estado y del derecho frente a la religión, es el fundamento de un estado laico⁵⁰. Este es el caso del Estado Peruano, que se reconoce independiente y autónomo frente a la Iglesia Católica y otras confesiones⁵¹ y, por ello, debe fundamentar sus normas y

⁵⁰ La laicidad es una forma de organización político-social de un Estado, en la que este es autónomo, independiente y neutral frente a la religión, por lo que la religión deja de ser el elemento central, siendo reemplazada por la voluntad y soberanía popular (Abad, 2012, pp.19-20). Asimismo, la referencia a la “moral pública” indicada en el inciso 3 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú ya no se refiere a la moral religiosa (Abad, 2012, pp.66-67).

⁵¹ Constitución Política del Perú
Artículo 2.- Toda persona tiene derecho
(...)

3. A la libertad de conciencia y religión, en forma individual o asociada. (...) El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

políticas públicas en los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento jurídico interno y los tratados e instrumentos internacionales en esta materia (Abad, 2012, p.139). Por consiguiente, la postura del Estado frente a la descriminalización del aborto en casos de violación sexual debe contener argumentos jurídicos – que también pueden apoyarse en la ciencia médica, pero no en valores morales pertenecientes a una determinada religión o religiones (Peña Cabrera, 2017, pp.294-295).

De otro lado, la criminalización del aborto influenciada por la moral instaurada por la Iglesia Católica⁵² impone a las mujeres una maternidad no deseada, lo cual resulta contrario al derecho a la libertad de la mujer de decidir la solución más adecuada, la cual puede o no estar fundamentada en sus valores religiosos (Peña Cabrera, 2017, p. 294). En este punto es preciso señalar que, desde la moral y religión, las posturas que identifican al feto como persona y las que niegan esta equivalencia no son verdaderas ni falsas, dependiendo de cada individuo motivar sus decisiones en base a ellas; sin embargo, estas no son verdades absolutas, por lo que no se deben imponer en un Estado laico (Ferrajoli, 2002, p.4; Abad, 2012, p.139). Así también, en la jurisprudencia comparada, los jueces plurinacionales de Bolivia han indicado que no se puede imponer una concepción de lo bueno y lo malo, privilegiando una moralidad, sino que ello debe resolverse en el fuero interno de cada persona (Bergallo y Ramón, 2018, p.27).

En consecuencia, la prohibición del aborto en base a valores morales y religiosos, vulnera los derechos fundamentales de las mujeres y atenta contra los principios del derecho penal, toda vez que se impone un hacer (ser madre) mediante la criminalización de esta conducta por considerarse inmoral, siendo que esto último no es argumento suficiente para el derecho moderno, ni para un Estado Constitucional de Derecho, que tiene como principio la independencia y autonomía del Estado frente a la religión.

5.2. La descripción del delito de aborto ¿una muestra de discurso sugestivo y tergiversado?

Los sectores contrarios a la descriminalización del aborto alegan en los debates que el supuesto aborto legal es en realidad un asesinato legal y afirman, textualmente, que la interrupción del embarazo es «matar», «disparar», «aniquilar» a un «niño»; de esta manera, se refuerza el rechazo de la sociedad ante la posibilidad de un aborto, dado que, lo identifican con el delito de homicidio y como un ataque directo a un niño, que sería el concebido (Taracena, 2005, pp. 20-23).

Artículo 50.- Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú (...)

El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas.

⁵² Se sostiene que el aborto es ir contra la voluntad de Dios y cometer un pecado (Taracena, 2005, p.19)

En la doctrina penal peruana se puede evidenciar este uso del lenguaje en el análisis del delito de aborto, como muestra el siguiente fragmento:

No estamos ante la consideración de un método anticonceptivo, sino ante la intención de despenalizar prácticas abortivas, es decir, **la muerte de seres humanos**. Existen varias páginas de Internet en la que aparecen **imágenes de niños que fueron víctimas de un aborto**. Las imágenes son espeluznantes: **bebés mutilados, extremidades sueltas, rostros cadavéricos y ensangrentados, miradas de terror congeladas para siempre**. Resulta realmente difícil ver estas imágenes por su extrema crudeza, pero quizás sea necesario hacerlo para que, de una vez por todas, se entienda por qué el aborto es un delito y por qué debe seguir siendo sancionado (Oré Sosa, 2009, p.26). (Énfasis agregado).

Así también, en la doctrina chilena, María Ossandón en un texto en el que analiza el aborto en casos de violación sexual sostiene lo siguiente: “[...] la legalización del aborto [...] implica la vulneración de ciertos principios fundamentales que están en las bases mismas de un orden moral y jurídico razonable. Especialmente el principio de que no es legítimo matar a un ser humano inocente, ni siquiera si se hace para salvar la vida a otro(s)” (2016, pp.267-268).

Ambas citas corresponden a textos en los que se analiza el delito de aborto desde un enfoque jurídico penal; sin embargo, se evidencia la referencia al concebido como niño o ser humano – sin diferenciar todas las etapas de la gestación – y la descripción de la conducta equiparándola con el delito de homicidio, al utilizar literalmente el verbo «matar». Asimismo, Eduardo Oré en el primer texto hace alusión a situaciones que demostrarían el grave sufrimiento que se causa al concebido con el aborto.

Por ende, cabe preguntarse si ¿desde el derecho penal debe describirse la conducta típica del delito de aborto como semejante a la del homicidio, identificar a los sujetos pasivos de ambos delitos como seres humanos e, incrementar el rechazo de la sociedad aludiendo a la supuesta crueldad contra el concebido que conllevaría la práctica abortiva?

Como se puede observar, uno de los inconvenientes más frecuentes al abordar el delito de aborto y su descriminalización es el uso del lenguaje y el discurso que describe esta conducta. En ese sentido, los debates en torno a la descriminalización del aborto se caracterizan por la distorsión del lenguaje y la banalización de los escenarios que se presentan a la mujer, otorgando a la palabra “aborto” una connotación peyorativa (Boladeras, 2013, pp. 143-146). Por ello, las expresiones «interrupción del embarazo» o «interrupción de la gestación» son más adecuadas porque exteriorizan el proceso que vive la mujer, siendo que a ella le compete – en atención a sus propias convicciones – decidir sobre su embarazo (Boladeras, 2013, pp. 146-157).

Por otro parte, en relación a la referencia que se hace del feto como persona nacida, denominándolo «bebé no nacido», «paciente» o «niño», un sector sostiene que de manera descriptiva puede mantenerse esta nomenclatura, pero no desde un ámbito normativo; desde otro sector se considera que el término paciente es tan confuso como el de bebé no nacido, adjudicando un valor equivalente a la mujer como al feto, por lo que es inadecuado tanto desde el punto de vista descriptivo y, aún más, desde el punto normativo (Boladeras, 2013, p.147; Taracena, 2005, p. 21).

En efecto, el estatus y denominación otorgados al concebido, influencia en el ámbito jurídico del aborto, toda vez que, el estatus de persona lo convierte en el protagonista del debate y la narrativa (Bergallo y Ramón, 2018, p.24). Sin embargo, el concebido y la mujer no son iguales, puesto que, el concebido es una potencialidad de vida y la mujer que lo lleva en su vientre, una persona; en consecuencia, como lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia, la protección del derecho a la vida es paulatina, de ahí que los derechos de la mujer deban tener prioridad, sobre todo en una etapa temprana y cuando estos se vean vulnerados por un embarazo impuesto (Gauché, 2016, p.71).

De otro lado, la equiparación entre el producto de la concepción desde su etapa inicial con el ser humano o con la persona, propuesta de la Iglesia Católica y un sector de la doctrina, no tiene un respaldo científico (Abad, 2010, p. 109). Tal como señala el profesor Ferrajoli, la calidad de persona (en sentido amplio) otorgada al concebido debe ser decidida por la mujer embarazada de acuerdo a su autonomía, porque la procreación es un acto moral de voluntad; siendo solo reprochable dañar al concebido cuando es pensado y querido como futura persona por la que será su madre (2002, p. 6).

Finalmente, el uso tergiversado del lenguaje en la descripción del tipo penal y la equivalencia del concebido como ser humano, solo contribuyen a reforzar la resistencia que se tiene frente a la práctica del aborto y a restringir su descriminalización.

5.3. El aborto como manifestación de dominación masculina: ¿el aborto vulnera los derechos de la mujer o es un reconocimiento de su derecho a la libertad?

Entre los constitucionalistas – católicos – se presentan dos argumentos respecto a lo perjudicial del aborto para las mujeres: por un lado, alegan que el aborto causa un grave sufrimiento a la mujer, al existir una afectación psicológica; y, por otro lado, sostienen que el aborto solo representa una forma más de represión femenina (Lemaitre, 2016, p.310).

En primer lugar, algunos detractores del aborto sostienen que el aborto genera traumas y heridas en la mujer, no por el estigma social “sino más bien de su condición intrínseca de generar vida, y de haber convertido el vientre en un sepulcro” (Niño y Rincón, 2016, p.398). Así, se sostiene que el aborto haría sufrir a las mujeres que en el futuro se lamentaran de esta decisión, por lo que es preferible la represión del aborto como medida de protección hacia ellas (Lemaitre: 2016, p. 314).

En la doctrina peruana, Oré Sosa sostiene que el aborto conlleva un trauma y una afectación psicológica para la mujer⁵³, más aún si ha sido víctima de una violación sexual, porque además de la violación deberá cargar con el trauma de la muerte de una vida inocente; asimismo, señala que el aborto conlleva una afectación fisiológica, en la medida que puede generar dolores de cabeza y abdominal (2009, p. 20). Por lo tanto, existiría una afectación al derecho a la salud de la mujer.

En segundo lugar, desde el feminismo católico se argumenta que el aborto no es una forma de lograr la igualdad, menos aún representa un reconocimiento de los derechos de las mujeres en sociedades patriarcales, puesto que, mediante el aborto se obliga a la mujer a sacrificarse para “[...]obedecer el imperativo social de ser económicamente productivas” (Lemaitre, 2016, pp. 310-311). Así pues, el feminismo católico reivindica los roles de género naturales como la maternidad y el cuidado de la casa y, por el contrario, crítica al feminismo en la medida que intenta imitar un modelo masculino, que niega la maternidad (Lemaitre, 2016, p. 312).

Por otro lado, sostienen que la falta de igualdad entre varones y mujeres se debe al pecado original y no al designio divino; por lo tanto, a fin de luchar contra la desigualdad, las mujeres deben cumplir con sus roles inherentes y oponerse al aborto, aceptando la maternidad (Lemaitre, 2016, pp. 312-313). Finalmente, este sector infiere que no habría abortos si los Estados apoyaran con el proceso de maternidad a las mujeres; así lo entendieron un grupo de congresistas católicos y cristianos brasileños, quienes presentaron un proyecto de ley que creaba subsidios y transferencias de dinero a las mujeres que hubieran quedado embarazadas a consecuencia de una violación sexual (Lemaitre, 2016, pp. 310-14).

Respecto al primer argumento se debe precisar que, el sufrimiento y las consecuencias psicológicas que afectan a la mujer están vinculado al estigma social que genera baja autoestima y sentimiento de culpa (Cook, 2016, p. 450). Asimismo, la disyuntiva de realizarse un aborto clandestino o de llevar a término un embarazo y su consecuente maternidad, afecta la salud y dignidad de las mujeres (Ferrajoli, 2002, p. 7). En efecto, tienen que elegir entre ser heroínas o

⁵³ Oré Sosa señala que el aborto puede causar depresión, ansiedad, disminución de la autoestima, dependencia, entre otros (2009, p. 20).

delincuentes (Díaz y Ramírez, 2013, p. 73). Por otro lado, la supuesta finalidad protectora no sería coherente con la postura a favor de la criminalización del aborto, que conlleva que las mujeres puedan ser privadas de su libertad y sufran un daño psicológico por esta situación (Lemaitre, 2016, p. 315).

En cuanto al segundo argumento esbozado, la perpetuidad y el cumplimiento de los roles de género asignados a las mujeres no le permiten decidir libremente sobre su vida y su desarrollo y en los casos de violación sexual conllevan una maternidad obligada (Castillo, 2008, p. 906). Por ende, el acatamiento de estos roles no garantiza un ejercicio efectivo del derecho a la igualdad, pues los varones no se ven sometidos a estas deberes ni disyuntivas, dado que, biológicamente no están condicionados para llevar un embarazo.

Finalmente, en relación a las soluciones propuestas por un sector a fin de apoyar económicamente a las mujeres que hubieran quedado embarazadas a causa de una violación sexual, debe indicarse que las consecuencias de una maternidad impuesta no se solucionan con la ayuda económica (Lemaitre, 2016, p. 314). Como se ha visto, obligar a una mujer a continuar un embarazo no deseado, producto de una violación sexual vulnera sus derechos sexuales y reproductivos; así como su derecho a la libertad, integridad, vida, salud, igualdad y dignidad.

5.4. El cuestionamiento y escepticismo frente al aborto clandestino, mortalidad materna y derechos de la mujer: ¿negación de la realidad social?

Un sector de la doctrina peruana cuestiona la veracidad de las altas cifras de mortalidad materna por la práctica de abortos clandestinos e indica que estos estudios carecen de rigurosidad (Oré, 2009, pp. 22-23). En esa línea, se puede observar que, en otros países de la región, como es el caso de Colombia, también se cuestiona que las cifras de aborto clandestino reflejen la realidad (Niño y Rincón, 2016, p.397). Asimismo, se sostiene que los estudios realizados son tendenciosos al recurrir a las condiciones lamentables en el que se practican los abortos clandestinos - la insalubridad y las condiciones indignas– olvidando a la principal víctima de este delito:

Qué diríamos si se nos dice que existe un grupo de sujetos que perpetra robos y homicidios con cuchillos viejos, oxidados y sin mango, lo que produce a los autores cortes en las manos. ¿Tendría el Estado la obligación de facilitar a estos sujetos cuchillos relucientes forjados en los mejores talleres y con empuñadura de plata? Ciertamente estamos ante el mismo desvalor de resultado. La afectación al bien jurídico vida humana no repara en esas circunstancias, salvo cuando el medio empleado (fuego o explosión) o la manera en que se ejecuta el delito (crueldad) incrementa el desvalor del injusto [...] (Oré, 2009, p. 23).

Aunado a ello, objetan que las condiciones en las que se realizan los abortos clandestinos se vinculen con una situación de discriminación entre las mujeres de clases pudientes y aquellas de las clases más empobrecidas, así como a un trato desigual entre varones y mujeres; por lo que, tratar la criminalización del aborto como un problema de género y justicia social solo demostraría el desprecio hacia la vida humana (Oré, 2009, p.14).

Por otro lado, en la doctrina chilena se argumenta que no es necesario legalizar el aborto porque hay otras alternativas como las casuales de atipicidad o inexigibilidad, que serían aplicables a la mujer e incluso a terceros que intervienen en la interrupción del embarazo, sin necesidad de hacer legítima la conducta y exigencia a un médico de realizar un aborto, matando a un ser humano inocente (Ossandón, 2016, pp. 267-268). En efecto, Ossandón sostiene que no puede existir derecho al aborto en los casos de violación sexual, porque la interrupción del embarazo tiene como objetivo provocar la muerte del no nacido (2016, pp. 271-272).

Finalmente, sostienen que despenalizar el aborto bajo el argumento de la ineficacia del derecho penal frente a este supondría también que se legalicen otras conductas como el hurto o la conducción en estado de ebriedad, pues estas también se dan con frecuencia; además, indican que la eficacia no debe valorarse por sus fracasos, sino por los posibles éxitos (Oré, 2009, p.23). Por ello, sostienen que la mejor forma de enfrentarse al aborto clandestino es prohibiéndolo (Niño y Rincón, 2016, p.397).

No obstante, los estudios a nivel nacional e internacional evidencian las altas cifras de aborto clandestino; lo grave e insalubre de las condiciones en las que se realizan (Cook, 2016, pp. 451); la poca o nula persecución del delito en concordancia con los fines del Derecho Penal (Castillo, 2008, p. 906); y, el trasfondo de género que hay en la tipificación de esta conducta (Cook, 2016, p. 452). En ese sentido, es discutible negar las cifras de aborto clandestino o minimizar las condiciones en las que estos se practican y las características de las mujeres que más recurren a ellos.

Por ejemplo, durante el año 2001 se realizaron 352,000 abortos inducidos, siendo que la práctica de aborto es la cuarta causa de la muerte materna en el Perú (Villavicencio, 2014, p. 320). Asimismo, de acuerdo a un estudio realizado en establecimientos de salud, se tiene que de las pacientes post aborto un poco más del 60% era menor a 30 años; y en cuanto a su nivel educativo, casi un 16% era analfabeta y el promedio del nivel era bajo en relación al promedio de mujeres residentes en las ciudades donde se localizan estos establecimientos (Villavicencio, 2014, p.319).

Asimismo, a nivel mundial el aborto clandestino (y/o inseguro) provoca la muerte de 47,000 mujeres aproximadamente y discapacidad en un promedio de 5 millones, lo cual representa el 13% de la mortalidad materna, siendo su tercera causa en el mundo (García, 2014, p.16), después de las hemorragias que representan el 25% y las infecciones que suman un 15% (Boladeras, 2013, pp.152).

Por otro lado, Oré Sosa intenta hacer una comparación entre el delito de robo y los objetos que se usarían en la perpetración del mismo con el delito de aborto y las condiciones que un Estado de Derecho debería brindar a las mujeres al someterse al mismo. Sin embargo, esta comparación es inadmisibles porque no hay ningún derecho que asista a los autores del delito de robo, ni ningún interés que proteger, es decir, no existe un derecho ni legítimo interés que faculte a una persona a sustraer un bien de otra por medio de la violencia o una grave amenaza. Menos aún resulta exigible que el Estado provea de herramientas que permitan a estas personas cometer el hecho delictivo.

Por su parte, en el aborto hay una serie de situaciones y derechos fundamentales de la mujer que se contraponen al derecho a la vida del concebido, máxime si es el caso de un aborto como consecuencia de una violación sexual, toda vez que proviene de un delito consumado contra la mujer, vulnerando su libertad sexual. Asimismo, la exigencia de continuar con un embarazo no deseado e impuesto por medio de la violencia afecta gravemente a la mujer, por lo que, en esta materia, a diferencia del robo, sí hay intereses legítimos que salvaguardar. En consecuencia, el Estado sí debe intervenir con el fin de asegurar óptimas condiciones para la realización de un aborto.

En cuanto al cuestionamiento de la discriminación por género y por estrato socio económico, cabe citar la sentencia del Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima en la que se determinó que la prohibición del reparto gratuito por parte del Ministerio de Salud del AOE⁵⁴ constituía una práctica discriminatoria, toda vez que, esta prohibición no limitaba su venta por parte de las farmacéuticas, por lo que, las mujeres de escasos recursos podían verse imposibilitadas de acceder a su consumo, lo que no sucedería con las personas de mejores recursos (2019, fundamento 11 y 22). Asimismo, sí representa un problema de justicia social; sirva de ejemplo el caso de El Salvador, en el que la mayor cantidad de mujeres procesadas son jóvenes, pobres y de bajo nivel educativo, porque es la población que se somete a abortos clandestinos y/o inseguros; mientras que las mujeres que tienen más recursos acuden a clínicas y a métodos más seguros (García, 2014, pp. 13-15).

⁵⁴ La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N°02005-2009-PA/TC que prohibía el reparto gratuito de la AOE

Por otro lado, la descriminalización del aborto en casos de violación sexual es una cuestión de justicia de género, ya que es una manifestación del derecho a la igualdad y los derechos sexuales y reproductivos, reconociendo a las mujeres como personas autónomas y competentes para tomar sus propias decisiones, como por ejemplo la cantidad de hijos que decida tener y en qué momento, facilitando así su desarrollo educativo y laboral, y respetando su dignidad (Siegel, 2010, p.51).

Por último, si bien hay autores que sostienen que no es necesario legalizar el aborto por violación sexual porque hay otras alternativas, este argumento resulta deficiente, toda vez que, los estereotipos de género limitan el acceso a las mujeres al aborto, incluso al terapéutico. Los casos de Karen Llantoy y L.C. en el Perú son una clara muestra de esta situación. Por ello, se debe desterrar los estereotipos de género que encasillan a la mujer en la familia y la sociedad con determinadas funciones y responsabilidades, lo cual ha sido reforzado a través del lenguaje, los medios de comunicación y los discursos académicos y políticos que intentan imponer mandatos éticos a las mujeres (Gauché, 2016, p.76).

En consecuencia, los argumentos presentados por los sectores que se oponen a la descriminalización del aborto en los casos de violación sexual han sido refutados desde el derecho penal y la correspondiente tipificación de los delitos de aborto y homicidio; la disponibilidad de todos los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal a través del consentimiento; el reconocimiento del derecho a la vida del concebido y su protección relativa mediante el sistema de plazos e indicaciones; la separación del derecho y la ética, así como de la moral religiosa; y sobre todo, desde los derechos fundamentales de la mujer.

CAPÍTULO 3: FUNDAMENTOS JURÍDICO PENALES PARA LA DESCRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO EN CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL.

Este capítulo expondrá los fundamentos jurídico penales que justifican la descriminalización del aborto en los casos de violación sexual. Así, teniendo como punto de partida la jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos y su influencia en el Derecho Penal interno, se continuará con el análisis de los fines de la pena, la política criminal y la perspectiva de género en el Derecho Penal como ejes decisivos en la regulación del aborto.

A partir del desarrollo de los temas propuestos, se sustentará la descriminalización del aborto en casos de violación sexual en el ordenamiento jurídico penal peruano como una manifestación del reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres desde el Derecho Penal.

1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su influencia en el derecho penal

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) representa una suerte de “constitucionalismo internacional” pues en él se integran los derechos protegidos a nivel nacional e internacional, por lo cual, desde ambos niveles, la interpretación de estos derechos debe darse de manera consensuada a fin de que haya un enfoque compatible y unitario a favor de las personas (Díaz y Ramírez, 2013, p.11). En ese sentido, el respeto de los Derechos Humanos y el reconocimiento de los derechos de la mujer, especialmente, en materia sexual y reproductiva, es fundamental en la propuesta de la descriminalización del aborto en los casos de violación sexual.

1.1. La importancia de los Derechos Humanos: su reconocimiento y aplicación

Los Derechos Humanos (DDHH) o Fundamentales (DDFF) adquirieron relevancia al finalizar la Segunda Guerra Mundial (Risso, 2012, p.314). Sin embargo, los gobiernos militares dictatoriales en América Latina retrasaron su aplicación, siendo la instauración del régimen democrático⁵⁵ la que refunda el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) e inicia la constitucionalización de los DDHH, incorporándolos paulatinamente en las constituciones Latinoamericanas y considerándolos como piedra angular del razonamiento jurídico, (Landa, 2013, pp. 25-26).

⁵⁵ Las dictaduras en América Latina finalizaron en la década de 1980 - 1990: Argentina, 10 de diciembre de 1983; Brasil, el primer presidente civil, tras el golpe militar, fue elegido el 15 de marzo de 1985; Bolivia, 1982; Chile: 11 de marzo de 1990; Paraguay, febrero de 1989. Perú; 1980; Uruguay, 1985.

En ese sentido, resulta relevante exponer los pronunciamientos del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH), del SIDH y del Sistema Europeo en relación a los DDHH de las mujeres.

1.1.1. Los Derechos Humanos de las mujeres en el Sistema Universal de los Derechos Humanos

Entre los instrumentos internacionales del DIDH se encuentran: la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)⁵⁶; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁵⁷. Además, los derechos de la mujer también han sido reconocidos específicamente en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) de 1979⁵⁸ y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (DEVAW), adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1993.

Los instrumentos normativos mencionados en el párrafo precedente muestran una tendencia progresiva de los organismos internacionales de promover el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres. Es así que, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas realizada en Viena en 1993, a través de su Declaración y Programa de Acción (de Viena) confirmó que los derechos humanos universales protegen también a las mujeres, debiendo los órganos de vigilancia hacer todos los esfuerzos para lograr la igualdad, rechazar la discriminación de la mujer y garantizar el disfrute de sus DDHH (Naciones Unidas, 2013, pp.17, 41). De esta manera, se reconoció que “los derechos humanos de las mujeres y las niñas son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales” (Dador, 1997: s.n.).

Asimismo, en 1994 se realizó la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (CIPD), en la ciudad de El Cairo, y en 1995 la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, en la ciudad de Beijing. Estas conferencias promovieron y enfocaron los derechos sexuales y reproductivos de la mujer como un tema de justicia social; garantizando su protección a través de la aplicación de los DDHH contemplados en los tratados internacionales y en las constituciones de los Estados (Tood-Gher y Zampas, 2011, p. 422).

Lo anterior ha permitido que los órganos de supervisión del SUDH pudieran reconocer el derecho de la mujer a acceder a un aborto seguro en casos de violación sexual o incesto como garantía de sus derechos humanos (Tood-Gher y Zampas, 2011, p. 426). Así, estos órganos de supervisión

⁵⁶ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y aprobada por el Congreso del Perú en el año 1959.

⁵⁷ Adoptados el 16 de diciembre de 1966 y ratificados por el Estado Peruano en 1978.

⁵⁸ Aprobada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y ratificada por el Estado Peruano en 1982.

internacionales han emitido recomendaciones, comentarios y, también, pronunciamientos específicamente para el Estado Peruano en materia de derechos sexuales y reproductivos y el acceso al aborto, los cuales se expondrán a continuación.

i) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Comité de DDHH)⁵⁹ en el Comentario General N° 28 consideró que la tipificación del aborto por violación sexual implica una situación de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes contra la mujer, vulnerando los derechos reconocidos en el PIDCP (Tood-Gher y Zampas, 2011, p. 464). En ese sentido, en las observaciones generales del año 1996 y 2000, el Comité de DDHH recomendó al Estado Peruano plantear soluciones en relación a las disposiciones restrictivas del aborto por violación sexual, toda vez que, son contrarias a los dispuesto por el PIDCP⁶⁰, en particular al derecho a la igualdad y no discriminación y a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes, puesto que, estos últimos afectan la vida de las mujeres (Díaz y Ramírez, 2013, p. 18).

En el año 2005⁶¹, el Comité estableció que el Estado Peruano había vulnerado los derechos amparados en los artículos 2, 7, 17 y 24 del PIDCP de una menor, en la medida que no se le garantizó el ejercicio efectivo de sus derechos reconocidos en el PIDCP, al someterla a tratos crueles inhumanos y degradantes, que implica tanto dolor físico como moral, y por la falta de atención en su condición de menor de edad (2005, pp.10 -11). Además, declaró que hubo una intromisión injustificada y arbitraria en su decisión de interrumpir el embarazo por parte del Estado Peruano; sobre todo cuando se encontraba en riesgo su salud (2005, p.10)

En el año 2013, el Comité recordó al Estado Peruano que revise las leyes sobre el aborto y que establezca excepciones adicionales, como en el caso de violación sexual e incesto, debido al alto porcentaje de muertes maternas relacionadas con el aborto (Díaz y Ramírez, 2013, p. 18). No obstante, hasta la fecha, el Estado Peruano no ha cumplido con modificar las leyes vigentes en

⁵⁹ Órgano de seguimiento del PIDCP.

⁶⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

[...] Artículo 3.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto; [...] Artículo 6.- 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente; [...] Artículo 7.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; [...] Artículo 26.- Todas las personas son iguales ante la ley y [...] la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, [...] o cualquier otra condición social.

⁶¹ Comunicación No. 1153/2003. Caso Karen Noelia LLantoy Huamán (KL) vs Perú. KL solicitó acceder a la interrupción de la gestión en la medida que estaba embarazada de un feto anencefálico; sin embargo, el Director del Hospital Arzobispo Loayza le negó dicha solicitud argumentando que la interrupción del embarazo estaba prohibida de acuerdo al artículo 120 del Código Penal y que no procedía el aborto terapéutico regulado en el artículo 119, debido a que la malformación del feto no fue considerada por los médicos como una situación de grave riesgo para su vida o su salud, por lo que no le era aplicable este último artículo del Código Penal.

materia de aborto, por lo que, el aborto en casos de violación sexual continúa criminalizado en el inciso 1 del artículo 120 del Código Penal.

Por consiguiente, de lo revisado en el primer capítulo respecto a la tipificación del aborto, se hace evidente que el Estado Peruano ha ignorado las recomendaciones del Comité de DDHH, incumpliendo con sus obligaciones y con lo dispuesto por el PIDCP en materia de DDHH.

ii) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - CEDAW

La Recomendación General N° 24, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), observó que las leyes que penalizan algunas intervenciones médicas, que afectan directamente en la mujer y la castigan por el sometimiento a las mismas, representan un obstáculo al cual se enfrentan cuando buscan una adecuada atención médica (Díaz y Ramírez, 2013, p.17). En ese sentido, el Comité CEDAW ha expresado su preocupación por la morbilidad y mortalidad materna vinculada al aborto clandestino en países como Perú, Chile, México, Colombia, Argentina y Bolivia (Casas, 2011, p.493). Asimismo, manifestó su preocupación respecto a las legislaciones que criminalizan el aborto en casos de violación sexual o incesto y solicitó su reforma normativa (Tood-Gher y Zampas, 2011, p.465).

Respecto al Estado Peruano, en los años 1995 y 1998, el Comité exhortó a revisar la legislación penal en materia de aborto y, a su vez, hacer una investigación por el alto índice de muertes maternas vinculadas a la práctica del aborto clandestino, dado que, identificaba esta práctica con la tipificación del aborto como delito (Díaz y Ramírez, 2013, p.20). Posteriormente, en el año 2007, reiteró estas recomendaciones, pues el aborto seguía siendo una de las principales causas de muerte materna, por lo que debía permitir que las mujeres accedieran a servicios de salud de calidad por complicaciones de abortos clandestinos (Comité CEDAW, 2007, pp. 5-6). Sin embargo, el Estado Peruano hizo caso omiso a estas recomendaciones, lo cual originó que en el año 2009 se presentara ante el Comité el caso de L.C. vs. Perú⁶².

⁶² Comunicación N° 22/2009. L.C. tenía 13 años cuando quedó embarazada producto de una violación sexual. Debido a un intento de suicidio se le diagnosticó “traumatismo vertebromedular cervical, luxación cervical y sección medular completa” con “riesgo de discapacidad permanente”, por lo que, debía someterse a una intervención quirúrgica para evitar una discapacidad inminente. Sin embargo, los médicos negaron dicha intervención debido al embarazo de L.C. (12 de abril de 2007), por lo cual se solicitó el aborto terapéutico. La respuesta a esta solicitud demoró más de un mes; aunque el 23 de abril de 2007 se informó que no se podría realizar la intervención por una infección en esa zona. En ese periodo de espera L.C. sufrió de un aborto espontáneo y, además, se produjo complicaciones en su salud. Cabe señalar que, la respuesta a la solicitud fue negativa, argumentándose que la menor no se encontraba en ningún peligro. En el año 2009, L.C. se encontraba paralizada desde el cuello.

En este caso, el Comité señaló que el procedimiento al que se sometió a L.C. para acceder a un aborto terapéutico fue demasiado extenso, insatisfactorio y sin acciones preventivas (2011, pp. 17-18). Asimismo, observó que la intervención quirúrgica se suspendió para evitar algún daño en el feto (Comité CEDAW, 2011, pp. 15-17). En ese sentido, el Comité relacionó el aplazamiento de la operación con el embarazo de L.C. y con la minimización del peligro en su salud física y mental – consecuencia del embarazo, debido a un estereotipo de género en el prevalece la vida del feto en desmedro de la salud de la mujer, deviniendo en un acto discriminatorio contra esta (2009, p. 17).

Por lo tanto, el Comité determinó que el Estado Peruano había vulnerado el derecho a no ser discriminada en el acceso a la salud por un estereotipo de género; asimismo, el Estado Peruano habría incumplido con su obligación de asegurar el pleno desarrollo de la mujer y garantizarle el goce de sus derechos humanos; y, eliminar los prejuicios y las practicas que se basen en estereotipos de género⁶³ (CEDAW, 2011, pp.18). En consecuencia, el Estado Peruano debía revisar la legislación a fin de descriminalizar el aborto por violación sexual e implementar medidas que permitan que los y las adolescentes reciban servicios de salud sexual y reproductiva (CEDAW, 2011, pp. 19).

Sin embargo, el Estado Peruano no ha cumplido con lo establecido por el Comité CEDAW, puesto que, no ha realizado – hasta la fecha – ninguna reforma legal orientada a la descriminalización del aborto en casos de violación sexual.

iii) Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN)

El Comité de los Derechos del Niño (CDN)⁶⁴ ha expresado, en varias ocasiones, su preocupación por el acceso a los servicios de aborto seguro para las adolescentes y ha instado a los Estados a

⁶³ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Artículo 1.- [...], la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil [...] de los derechos humanos [...]; Artículo 2.- Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas [...] y [...] se comprometen a: [...] c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar [...] la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; [...] f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; [...]; Artículo 5.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios [...] que estén basados [...]en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad [...] y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos [...]; Artículo 12.- 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar [...] el acceso a servicios de atención médica [...]

⁶⁴ Órgano encargado de supervisar el cumplimiento de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, suscrita por el Estado Peruano el 20 de noviembre de 1989.

proveer servicios de salud sexual y reproductiva, así como servicios de aborto legal (Tood-Gher y Zampas, 2011, pp. 434-435). Asimismo, a través de su Comentario General N°4, ha advertido el impacto negativo del aborto adolescente y del aborto ilegal (e inseguro), al estar vinculado a las altas cifras de mortalidad materna; por ello, recomendó a los Estados a adoptar medidas para reducir la morbimortalidad materna y a proveer servicios de aborto sin riesgo, cuando este tipo no sea prohibido por ley (CDN, 2003, p.10)

En el año 2006, a través de las Observaciones Finales para Perú⁶⁵, el Comité expresó su preocupación por el elevado número de embarazos adolescentes y la alta mortalidad de niñas por la práctica del aborto; por ello, recomendó al Estado Peruano adoptar las medidas oportunas que eviten estas muertes (Díaz y Ramírez, 2013, p. 18). No obstante, hasta la fecha, no se han establecido políticas que prevengan y eviten el embarazo y muerte de niñas y adolescentes por prácticas abortivas inseguras.

Ahora bien, de lo expuesto, se observa que en el marco del DIDH las leyes que criminalizan el aborto son cuestionadas al estar estrechamente vinculadas a los abortos clandestinos e inseguros a los que deben acudir las mujeres – y niñas y adolescente - poniendo en peligro sus vidas. Por ello, los órganos de monitoreo de los instrumentos internacionales han recomendado a los Estados parte que deroguen las leyes restrictivas de aborto, sobre todo, cuando este es producto de una violación sexual (Tood-Gher y Zampas, 2011, p.473).

Sin embargo, en el caso peruano resulta contradictorio que se reconozca los derechos humanos como parte del derecho nacional y con ello los derechos de las mujeres, pero se continúe vulnerando los mismos. En efecto, el Estado Peruano mantiene una normativa penal restrictiva de aborto, sumado a una interpretación que otorga el carácter absoluto a los derechos del concebido y la discriminación por sexo, que resulta totalmente opuesto a los avances en el SUDH (Llaja, 2009, pp. 21-22)

En consecuencia, el Estado Peruano ha continuado trasgrediendo lo establecido en el artículo 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, esto es, cumplir con los instrumentos internacionales que ha ratificado y someterse a lo dictaminado por el Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH)⁶⁶.

⁶⁵ Observaciones finales del Comité de los Derechos del niño – CRC/C/PER/CO/3 14 de marzo de 2006, en relación al Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la CIDN.

⁶⁶ Ello ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional del Perú (Díaz y Ramírez, 2013, p.12.)

1.1.2. Los Derechos Humanos de las mujeres desarrollados en los Cortes y Tribunales regionales

El único instrumento internacional regional que se refiere expresamente a los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos y al derecho de las mujeres a acceder a un aborto seguro – en caso de abuso sexual, violación, incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud de la mujer o el feto - es el Protocolo de los Derechos de la Mujer en África, adoptado en el año 2003 por la Unión Africana (Tood-Gher y Zampas, 2011, pp. 419-420).

En América, los instrumentos normativos para analizar los derechos de las mujeres y la posible descriminalización del aborto en los casos de violación sexual son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH)⁶⁷, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)⁶⁸, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará”⁶⁹.

A partir de ello, se presentará algunos casos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretan los derechos de las mujeres y la situación de la vida del concebido frente a estos.

i) Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Uno de los primeros casos en materia de aborto que se conoció en el SIDH fue “Baby Boy vs. EEUU” en el año 1981, en él se presentó la acusación por homicidio premeditado contra un médico estadounidense por la realización de un aborto a una adolescente a solicitud de ella y su madre (Tood-Gher y Zampas, 2011, p.445). Así, se alegó la vulneración de DADH, específicamente se invocó el derecho a la vida⁷⁰ (artículo I), igualdad ante la ley (artículo II), derechos del niño (artículo VII) y derecho a la salud (artículo XI), alegándose que el derecho a la vida debía ser interpretado acorde con el artículo 4 de la CADH (Díaz y Ramírez, 2013, p.12).

La CIDH rechazó la demanda y determinó que las leyes liberales en materia de aborto no se contraponen al artículo 4 de la CADH, por el contrario, afirmó que una interpretación que otorgase

⁶⁷ Adoptada en 1948 y ratificada por el Estado Peruano en 1978

⁶⁸ Aprobada en noviembre de 1969 y ratificada por el Estado Peruano el 28 de julio de 1978 y con entrada en vigor el 21 de enero de 1981.

⁶⁹ Suscrita en 1994 y ratificada por el Estado Peruano en 1996

⁷⁰ La Declaración Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho a la vida sin hacer mención al momento de la concepción (Tood-Gher y Zampas, 2011, p. 445).

una protección absoluta del derecho a la vida entraría en conflicto con las legislaciones que permitían el aborto (Tood-Gher y Zampas, 2011, p. 445). Finalmente, la Comisión sostuvo que se consignó las palabras “en general” en el artículo 4 porque ya se admitía el aborto en determinadas circunstancias⁷¹; siendo que, la protección absoluta de la vida del concebido no concuerda con la finalidad de la Convención (Díaz y Ramírez, 2013, p. 13).

En el caso de Paulina vs. México⁷², se alegó que el Estado Mexicano vulneró los derechos a la integridad física y psicológica, a la libertad, al consentimiento informado, al honor, a la dignidad y a la privacidad, reconocidos en la CADH, la Convención de Belém do Pará, el Protocolo de San Salvador, el PIDCP, la CEDAW y la CIDN, toda vez que, no tenía un procedimiento claro para acceder a aborto por violación sexual, a pesar de estar descriminalizado (Tood-Gher y Zampas, 2011, p.467). El Estado Mexicano reconoció la vulneración de los derechos invocados y se comprometió a reparar a la víctima y a expedir una norma que establecería los mecanismos para acceder a un aborto por violación sexual, por lo cual la Comisión sólo acotó que estos compromisos eran compatibles con la finalidad de la CADH (Tood-Gher y Zampas 2011, p.468).

En el año 2006⁷³ la CIDH a través del Relator sobre los Derechos de la Mujer dirigió al Ministerio de Relaciones Exteriores de Nicaragua una Carta de preocupación por la ley que sancionaba el aborto, toda vez que, se oponía al derecho internacional en la medida que amenazaba los derechos humanos de las mujeres y ponía en peligro su salud (Tood-Gher y Zampas, 2011, p.462).

Finalmente, en el año 2013, la Corte IDH se pronunció en el caso de Beatriz vs. El Salvador⁷⁴, requirió al Estado de El Salvador que adoptara y garantizara el cumplimiento de medidas necesarias y efectivas para la protección de los derechos de Beatriz consagrados en el artículo 4 y el artículo 5 de la CADH⁷⁵ a fin de evitar daños en su vida y su salud (Corte IDH, 2013, pp. 13-

⁷¹Esto se confirmó en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Las palabras “en general” se añadieron para conciliar con los sectores que alegaban la protección “desde el momento de la concepción” (Díaz y Ramírez, 2013, p.13).

⁷² Paulina Ramírez era una menor de 13 años, que había sido víctima de una violación sexual y a quién las autoridades mexicanas le negaron el aborto, a pesar de estar descriminalizado. Debido a la demanda, el Estado Mexicano reconoció la vulneración de los derechos de la menor en el año 2006 (antes que la CIDH se pronunciara); este caso representa la primera vez que un gobierno latinoamericano reconoce que la falta de un procedimiento claro para acceder al aborto por violación sexual es una violación de los DDHH (Tood-Gher y Zampas, 2011, pp. 467-468).

⁷³Es la primera vez que un organismo de derechos humanos ha contactado a un representante de un Estado miembro para advertir la implicación de los derechos humanos en su legislación (Tood-Gher y Zampas, 2011, p.463).

⁷⁴ Beatriz era una joven de 22 años, que sufría de lupus, y en el año 2013 se encontraba gestando un feto anencefálico.

⁷⁵ Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente [...]

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

14). De esta manera, la Corte IDH ha reforzado el reconocimiento de los derechos reproductivos de las mujeres. Por consiguiente, en el ámbito regional la Corte IDH y la CIDH se han pronunciado a favor de una postura descriminalizadora del aborto en los casos de violación sexual, siendo ello compatible con lo establecido por la CADH.

ii) Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁷⁶

En la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos se reconoce que las leyes que restringen el aborto pueden constituir una injerencia en la vida privada de las mujeres, reconocido en el artículo 8º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (ECHR)⁷⁷, (Tood-Gher y Zampas, 2011, p.458; Erdman, 2016, p.180).

En el caso *Tysiak vs. Polonia*⁷⁸ la actora demandó acceder a la interrupción del embarazo por riesgo en su salud en virtud de la ECHR debido a que no se había expedido el certificado médico (Erdman, 2016, p.162). El TEDH centró su argumentación en el marco normativo interno, indicando que el Estado Polaco debía garantizar y satisfacer a través de medios procesales el derecho sustantivo ya reconocido (Erdman, 2016, p.163). En consecuencia, el TEDH resolvió que Polonia había violado su obligación de establecer un procedimiento efectivo para que las mujeres pudieran apelar a fin de ver protegido y realizado su derecho al aborto legal, toda vez que, no había un marco legal que las protegiera ante las negativas y objeciones de los médicos para realizar un aborto legal solicitado por ellas (Tood-Gher y Zampas, 2011, pp.459-460).

En este caso se puede identificar la discrecionalidad que tenían los médicos para aplicar la ley polaca en materia del aborto, sin que la mujer pudiera cuestionar cuando se le negaba la certificación para acceder a alguna de las causales reconocidas en su ley (Erdman, 2016, p.163). En ese sentido, dicha estructura en la legislación polaca negaba el acceso al aborto en lugar de garantizarlo afectando directa y únicamente a las mujeres (Rey, 2012, p.175). Por ello, es lamentable que el TEDH no se pronunciará respecto a la alusión del artículo 114 del ECRH que prohíbe la discriminación, puesto que, esta situación no afecta a los varones; para algunos autores sería por una falta de voluntad de este organismo de decidir sobre violaciones sustantivas y asuntos de derechos humanos de las mujeres (Tood-Gher y Zampas, 2011, p. 461).

⁷⁶ También Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH)

⁷⁷ También Convención Europea de Derechos Humanos suscrito en 1950.

⁷⁸ En *Tysiak* una mujer exige acceder a un aborto legal argumentando una de las tres excepciones contempladas en la legislación polaca – por riesgo en la salud o la vida de la mujer cuando se haya emitido un certificado médico – puesto que no se le expidió el certificado médico correspondiente, a pesar de que podía perder la visión (Erdman, 2016, pp. 162-163).

En *A, B y C vs Irlanda*, se presentó el caso de 3 mujeres que acudieron al Reino Unido para someterse a un aborto, toda vez que, en Irlanda está prohibido; por ello, se argumentó la vulneración del artículo 8 de la ECRH. El TEDH en el análisis separa los casos A y B, del caso C, puesto que, en este último la demandante tenía cáncer, situación incluida en la única excepción de la legislación irlandesa: grave riesgo en la vida de la mujer (Rey, 2012, p.174). Así, en los dos primeros casos el TEDH concluyó que la prohibición del aborto protege una finalidad legítima, esto es, “los profundos valores morales” del pueblo irlandés (Rey, 2012, p.174). Por el contrario, en el caso de C, el TEDH sí consideró que el Estado Irlandés había violado el derecho al respeto de la vida privada de C (Rey, 2012, p.175).

En *R y R vs. Polonia*, se había diagnosticado a la demandante una alta probabilidad de gestar un feto con grave malformación; sin embargo, no tuvo acceso a la prueba que permitía confirmar este diagnóstico; debido a ello, llevó a término el embarazo y su hijo nació con el síndrome de Turner (Rey, 2012, p.175). En este caso el TEDH concluyó que la obstrucción para el acceso a un examen prenatal, por parte de los médicos y el personal administrativo, representó una violación de los derechos de la demandante por parte del Estado (Erdman, 2016, pp.165-166).

Finalmente, en *P y S vs. Polonia*, las demandantes alegaron que el embarazo fue producto de un delito, pero que se le exigió una serie de requisitos injustificados: calificación médica, consentimiento ante notario, periodos de espera y consejería, y finalmente se le negó el aborto por la objeción de conciencia de un miembro del personal administrativo (Erdman, 2016, p.166). En este caso el TEDH concluyó que el Estado tiene una deficiencia sistemática que le impedía ejecutar sus propias leyes (Erdman, 2016, p.167).

Por otra parte, en el sistema europeo se ha presentado causas que alegan los DDHH de los fetos en virtud del artículo 2 de la ECHR; por ejemplo, en el caso *Paton vs. Reino Unido* de 1980 el demandante solicitó que se le prohibiera a su esposa realizarse un aborto, pues era contrario al derecho a la vida del feto. Ante ello, la Comisión Europea de Derechos Humanos desestimó la solicitud y determinó que los derechos e intereses de la mujer deben ser priorizados, máxime cuando se trata de su derecho a la vida; en ese sentido concluyó que el derecho a la vida del feto no tiene prevalencia, dado que el feto está conectado con ella y es inseparable de la misma (Tood-Gher y Zampas, 2011, pp. 440-411).

En consecuencia, tanto el SUDH como los sistemas regionales están optando por una postura más garantista respecto a los derechos humanos de las mujeres; por ello, cuando se ha intentado limitar estos alegando la protección absoluta de la vida del concebido, ha prevalecido los derechos de la mujer, sobre todo, en los casos en que estos derechos se pueden ver vulnerados frente a una

postura criminalizadora del aborto como sucede en los embarazos resultantes de una violación sexual.

1.2. Derechos Fundamentales de la Mujer en el derecho trasnacional: desarrollo del tratamiento del aborto en la legislación y jurisprudencia comparada

Durante la década de 1970 diversas legislaciones fueron modificando sus leyes restrictivas de aborto hacia una política liberalizadora como respuesta a los debates nacionales y trasnacionales en esta materia, respaldándose en el sistema de indicaciones y de plazos (Siegel, 2016, p.36). A la fecha, la mayoría de países europeos lo ha legalizado hasta las doce primeras semanas de gestación dando a la mujer la última palabra (Siegel, 2016, p.29). Sin embargo, hay algunos que todavía mantienen legislaciones más restrictivas.

Este es el caso de Suiza, que se acoge a un sistema de indicaciones, tal como puede observarse de la revisión de los artículos 118 y 119 del Código Penal (Navas, 2017, p.278-279). Ello ha sido un avance⁷⁹ promovido por corrientes que han reformado la legislación penal centrándose en los derechos sexuales y reproductivos, que parte de la premisa de tipificar aquellos comportamientos que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico relativo a la sexualidad, a fin de evitar leyes con connotaciones moralizadoras (Navas, 2017, pp.267-269).

De esta manera, se han reivindicado los derechos relativos a la decisión libre en materia de procreación y maternidad, por lo que finalmente, en la ley aprobada por el pueblo el año 2002 – que mantiene la diferencia entre la vida humana y la vida embrionaria – descriminalizó el aborto si en opinión de un médico la gestante se encuentra en grave peligro físico o un estado de depresión o, si es la mujer gestante la que solicita la interrupción dentro de las doce primeras semanas debido a un estado de depresión (Navas, 2017, pp. 271-279)

En el caso de Alemania se parte de una postura criminalizadora, producto de una serie de debates legislativos y jurisprudenciales, que tienen su antecedente en la década de 1970⁸⁰. Posteriormente,

⁷⁹ En el caso de Suiza hubo un amplio debate respecto a la represión del aborto durante todo el siglo XX; en efecto, recién en año 1918 se legaliza el aborto terapéutico y se atenúa el aborto por necesidad a criterio del juez en el artículo 120 del Código Penal Federal; asimismo, los cambios sociales respecto a la roles de la mujer en la sociedad y la evolución de la política criminal permitieron que se visualizara los derechos de las mujeres relativos a sus intereses y dignidad, por ejemplo, un paso importante fue el cambio de denominación de los delitos sexuales de “Delitos contra las buenas costumbres” por “Delitos contra la integridad sexual” (Ver en Navas, 2017, pp.267-271). Por otra parte, a pesar que el avance en la medicina evitó que las interrupciones del embarazo sean menos peligrosas y que se relativizará la frontera entre la concepción y el aborto, los sectores provida seguían oponiéndose a la descriminalización de este, lo cual no impidió que se realizaran abortos y que la ley fuera inaplicable; esta situación influyó para que se generara un debate, por ello es importante resaltar que en este proceso se consideraron diversos factores para llegar a una propuesta conciliatoria (Navas, 2017, pp.271-285).

⁸⁰ En 1974 se aprobó la Ley que despenalizaba el aborto durante las doce (12) primeras semanas de gestación, para lo cual deberían recibir consejería, orientada a disuadirlas de abortar; no obstante, el Tribunal Federal Alemán sostuvo

en la década de 1990⁸¹ el parlamento alemán promulgó una ley que autorizaba a las mujeres acceder a un aborto en las doce (12) primeras semanas de embarazo, sin alegar causal y supeditado a que participe de un proceso de consejería; no obstante, el Tribunal invalidó dicha legislación y asumió una postura a favor del concebido, despenalizando solo algunos supuestos (Siegel, 2016, pp. 45-46). Así, Alemania tiene una legislación restrictiva; sin embargo, si una mujer se somete a consejería puede recibir un certificado que la exime de ser perseguida penalmente si el aborto se realiza dentro de las doce (12) primeras semanas de embarazo (Siegel, 2016, p.47).

Otros países se han inclinado por leyes liberalizadoras. Este es el caso de Portugal y de España. En el primero se ha confirmado la legislación que permite el aborto en las diez (10) primeras semanas de embarazo, luego de un periodo de espera y de consejería con resultado abierto (Rubio, 2016, pp. 59-60). Por su parte, España promulgó en el año 2010 la legislación sobre el aborto, en la que se autoriza el aborto a petición en las catorce (14) primeras semanas de embarazo sujeto a consejería con resultado abierto (Siegel, 2016, p.55). En ese sentido, en ninguna de las dos legislaciones es necesario alegar alguna causal específica.

En cuanto a la jurisprudencia, uno de los países que más ha avanzado en los derechos de las mujeres es Eslovaquia. En el año 2007, mediante una sentencia del Tribunal Constitucional⁸², reconoció el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo a petición, en la medida que este es coherente con la protección de la vida humana por nacer reconocida constitucionalmente (Lamačková; 2016, p.82). El Tribunal mediante el análisis del equilibrio de derechos⁸³, sostuvo que el valor objetivo constitucional – no derecho subjetivo – de proteger a la vida humana por nacer tiene menor intensidad que la protección otorgada a un derecho, y que, el derecho subjetivo a la vida se le reconoce a las personas ya nacidas y no a las que se encuentran en la etapa prenatal, en concordancia con su Constitución, la legislación comparada y lo establecido por el PIDCP⁸⁴ (Lamačková, 2016, pp. 94-95).

que esta ley vulneraba el derecho a la vida del concebido y que debía requerirse a las mujeres cumplir su papel de madres (Siegel, 2016, p.41).

⁸¹ La reunificación de Alemania conllevó a que se unificara las legislaciones de Alemania Oriental, que tenía una postura liberalizadora del aborto, y de Alemania Occidental, que lo tenía restringido; así el parlamento optó por una postura flexible, pero estableció un requisito – la consejería (Véase Siegel, 2016, p.45).

⁸² Esta sentencia resolvió la petición del año 2001, presentada por 31 miembros del parlamento eslovaco, mediante la cual impugnaban la Ley de 1986 que permitía a la mujer acceder a los servicios de aborto a petición hasta las doce (12) primeras semanas de embarazo, argumentando que esta ley no protegía a la vida humana por nacer, por lo que solo debería despenalizar el aborto en situaciones excepcionales (Véase Lamačková, 2016, pp. 86-90).

⁸³ El Tribunal determinó que el Estado Eslovaco es soberano, democrático, no ligado a ninguna ideología o religión; por ello, su decisión se sujetó a los límites constitucionales en relación a la regulación jurídica de la interrupción del embarazo (Véase Lamačková, 2016, pp.92-93).

⁸⁴ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho a la vida sólo desde el nacimiento (Véase Lamačková, 2016, p.94).

Por lo tanto, el reconocimiento de los derechos de la mujer a la privacidad, dignidad, libertad, para legalizar el aborto a petición tiene justificación constitucional (Lamačková, 2016, pp. 96-97). De esta manera, se ha convertido en el único tribunal de la región que ha validado – con argumentos legales y constitucionales – el aborto a petición, toda vez que, este es una exigencia de los derechos de la mujer, siendo uno de ellos la autodeterminación reproductiva (Lamačková, 2016, p.83).

En América la transición hacia una postura liberalizadora ha encontrado algunos obstáculos en el ámbito normativo. Sin embargo, en los últimos años algunas legislaciones han ampliado los supuestos para acceder a un aborto legal con sustento en la jurisprudencia nacional e internacional.

Entre los primeros países en reconocer los derechos de las mujeres para interrumpir el embarazo se encuentra Estados Unidos (EEUU)⁸⁵. Así, en 1972 el Estado de Connecticut derogó la ley que regulaba el aborto, argumentándose que las mujeres son iguales a los varones y, por consiguiente, son las únicas que pueden decidir sobre los temas que las afectan de forma fundamental, como el embarazo y la maternidad (Siegel, 2010, p.57)

En el ámbito jurisprudencial, el caso emblemático fue *Roe v. Wade*⁸⁶, en el cual se alegó el derecho fundamental a la privacidad de la mujer para legalizar el aborto. Además, se argumentó que la legalización permitiría a las mujeres pobres acceder a un aborto seguro⁸⁷ y le evitaría tener que pedir permiso al varón sobre la decisión de tener o no un hijo, garantizándose su derecho a la igualdad, específicamente la igualdad sexual y reproductiva (Siegel 2010, pp. 55-56). La Corte Suprema de Estado Unidos concluyó que se debía proteger la privacidad de la mujer adulta y, por ende, este derecho permitía la interrupción del embarazo durante el primer trimestre sin ninguna restricción (Rhode, 2010, p.82). Así, el «right of privacy» o el derecho a la privacidad fue uno de los primeros derechos invocados en la legalización del aborto.

Luego de *Roe v. Wade*, el sistema jurídico de EEUU reconoció que las leyes restrictivas del aborto amenazaban los derechos de las mujeres y los médicos, de esta manera el discurso se centró en los derechos de igualdad y libertad reconocidos en la Constitución⁸⁸ (Siegel, 2010, p.61). En el

⁸⁵ El primer país en América en descriminalizar el aborto fue Cuba en el año 1961 y, en 1965 se creó la base legal para su implementación en el sistema de salud, reconociendo de esta manera los derechos de la mujer (Véase en Dembicz, 2014, p.162)

⁸⁶ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113. En este caso una mujer soltera, Jane Roe, quiso interrumpir su embarazo, pero la ley de Texas no lo permitía, por lo que cuestionó la ley que tipificaba el aborto como delito.

⁸⁷ En 1960 se estimaba que en Estados Unidos se realizaba aproximadamente un millón de abortos al año, siendo la mayoría de ellos inseguros; las que se encontraban en mayor riesgo por aborto inseguros (cerca de entre mil a diez mil mujeres fallecían por este tipo de aborto) eran las mujeres jóvenes, pobres o pertenecientes a alguna minoría (Rhode, 2010, p.82).

⁸⁸ Por ejemplo, en el caso *Thomburgh*, se sostuvo que la Constitución protegía las libertades de las mujeres igual que en el caso de los varones (Véase Siegel, 2010, p.61). En el caso de *Gonzales vs Carhart* los magistrados que emitieron

caso *Planned Parenthood vs. Casey*⁸⁹, se afirmó que cuando se restringe el derecho a la interrupción del embarazo, el Estado asume que es obligación de las mujeres continuar con el mismo y proveer los cuidados maternos sin compensarla por su servicio, es decir, el Estado asume que el cuerpo de la mujer está al servicio de este (Siegel, 2010, p.62). Aunado a ello, se dejó sin efecto el requisito de la notificación al cónyuge – sustentado en un estereotipo de género por el estatus de la mujer dentro del matrimonio – al ser una carga indebida en el reconocimiento del derecho reproductivo de la mujer (Siegel, 2010, p.63). Sin embargo, confirmó los otros requisitos respecto al periodo de espera y la obligación de recibir información sobre el desarrollo del feto y el consentimiento de los padres de las mujeres menores de edad (Rhode, 2010, p.83).

En el caso de México, la legalización o criminalización del aborto depende de cada estado. Por ejemplo, en Ciudad de México está legalizado el aborto durante las doce (12) primeras semanas de embarazo sin estar sujeto a causal, teniendo como argumento legal las disposiciones constitucionales (Siegel, 2016, p. 49). Ello, sin embargo, ha sido observado por el Comité CEDAW al representar una forma de discriminación contra la mujer al existir un trato desigual de acuerdo al lugar de residencia (Casas, 2011, p.494).

Por otra parte, en la Sentencia C-355/2006⁹⁰ la Corte Constitucional de Colombia determinó que la criminalización del aborto en casos de violación sexual constituye un desconocimiento al derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, toda vez que este tipo de embarazo es resultado de una vulneración a su libertad al no ser producto de una decisión libre y consentida.

En el año 2004⁹¹ se presentó ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF) la Acción de Incumplimiento del Precepto Fundamental N°54 invocando los derechos reproductivos de la mujer, así como la autonomía, la igualdad, derecho a la dignidad y derecho a la autodeterminación para tomar sus propias decisiones (Barroso, 2016, pp.337-340). Asimismo, se vinculó el derecho a la dignidad humana con la problemática del aborto ilegal que pone en peligro la integridad física y psicológica de las mujeres, toda vez que este es consecuencia de la prohibición de la interrupción

el voto disidente afirmaron que el derecho al aborto protege la autonomía de la mujer para decidir su plan de vida tal como se le reconoce a los varones; sin embargo, el derecho al aborto se vio restringido por una “supuesta” protección a la mujer basados en ideas antiguas respecto a la posición de la mujer en la familia (Véase Siegel, 2010, pp. 48-69).

⁸⁹ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania Et. Al. v. Casey*, Governor of Pennsylvania, Et. Al, 505 U.S. 833.

⁹⁰ Sentencia del 10 de mayo de 2006.

⁹¹ En el año 2004 Gabriela de Oliveira Cardoso, una joven de 19 años, se vio obligada a dar a luz a un feto anencefálico, que murió siete (7) minutos después de nacer, a pesar que en dos momentos durante la etapa judicial se le había otorgado la solicitud de interrupción del embarazo. Cuando el caso llegó al STF brasileño, la bebé de Gabriela ya había nacido y fallecido, por lo que le STF desestimó el caso. Ello generó que grupos que defienden DDHH decidieran presentar una Argumentación (Acción) de Incumplimiento del Precepto Fundamental, a fin de obtener un fallo más general que permita a las mujeres acceder a una interrupción del embarazo (Véase en *El Aborto en el Debate Público Brasileño*. Luis Roberto Barroso, 2016, p.332).

del embarazo no deseado, que instrumentaliza a las mujeres para alcanzar otro fin, esto es, dar vida a otros (Barroso, 2016, pp. 347-349).

Finalmente, en el año 2012, el STF de Brasil reconoció el derecho de las mujeres a interrumpir la gestación sin obtener una orden judicial cuando gesten fetos anencefálicos, reconociendo cierta autonomía a la mujer para decidir la interrupción del embarazo (Barroso, 2016, pp. 352-353). De igual manera, este fallo permitió que Brasil se reafirmara como un Estado Laico, reformulando el derecho al aborto desde la autonomía de la mujer para decidir la interrupción de un embarazo no deseado como un tema jurídico y no moral ni religioso (Barroso, 2016, pp. 352-353)

Por su parte, Bolivia, en el año 2008, reconoció los derechos sexuales y reproductivos en su texto constitucional (Bergallo y Ramón, 2018, p.13). En esa línea, en el año 2014, el Tribunal Constitucional de Bolivia, citado por Bergallo y Ramón (2018) señaló que la exigencia de la autorización judicial o que la acción penal haya iniciado – en los casos de violación sexual – para que las mujeres puedan acceder a un aborto legal, eran incompatibles con los derechos a la integridad física, psicológica y sexual, a no sufrir tratos crueles, inhumanos y degradantes (pp.14-15).

Por su parte, Chile aprobó en el año 2017 la Ley N° 21030 que descriminalizó el aborto en tres causales que, a su vez, han sido reguladas por el Código Sanitario. Así, se autoriza la interrupción del embarazo cuando *“la mujer se encuentre en riesgo vital (...), el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente (...); sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación (...); sea resultado de una violación, siempre no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación (...)”*⁹².

Por último, en el continente africano, Sudáfrica ha promulgado una ley que autoriza el aborto a petición durante las doce (12) primeras semanas y reivindica en su preámbulo *“los valores de la dignidad humana, el logro de la igualdad, la seguridad de la persona, el antirracismo y antisexismo y el avance de los derechos humanos y las libertades que sustentan a una Sudáfrica democrática”* (Siegel, 2016, p.49), lo cual demuestra un proceso de constitucionalización de la legislación penal y la adopción de los criterios establecidos por los organismos internacionales.

⁹² Mediante el artículo 1° de la Ley N° 21030, Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, se modifica el artículo 119° del Código Sanitario. De esta manera, se despenaliza tres causales para la interrupción voluntaria de la gestación, cuando haya mediado la voluntad de la mujer y siendo autorizado por un médico cirujano.

En consecuencia, se puede observar que la mayoría de jurisdicciones occidentales se inclinan por la protección de los derechos de la mujer como su autonomía y privacidad; algunas de estas estableciendo como requisitos regímenes de consejería. Esta protección de los derechos de las mujeres desde los ordenamientos jurídicos nacionales demuestra la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho constitucional y en el derecho penal.

1.3. El principio de mínima intervención del derecho penal.

Los DDHH tienen su fundamento en el principio de autonomía individual, la cual solo puede ser limitada por el Estado si las conductas que se realizan en ejercicio de ella perjudican a terceros (Villavicencio, 2014, p.328). De esta manera, el respeto de la persona y su dignidad son el fin supremo del Estado, garantizándose los derechos y libertades reconocidas a la persona humana (Landa, 2013, p.26). En ese sentido, el proceso de constitucionalización de los derechos humanos contribuye al análisis de las legislaciones que limitan los DDHH⁹³ verificando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de estas restricciones (Risso, 2012, p.308).

En ese escenario, es indiscutible que el Derecho Penal⁹⁴ es el medio más lesivo que tiene el Estado para evitar la comisión de ilícitos penales y, a su vez, limita los derechos fundamentales, por lo que sus principios legitimadores son tanto jurídico-penales como constitucionales; por ello, el poder sancionador del Estado debe encontrarse dentro del marco de los principios garantistas recogidos en la Constitución (Villavicencio, 2017, p. 33). Es en este punto donde resulta relevante el principio de mínima intervención del Derecho Penal, es decir, el principio en virtud del cual se sustenta su intervención siempre que sea necesaria y efectiva para proteger los bienes jurídicos que no pueden salvaguardarse con otros medios menos lesivos (Tribunal Constitucional, 2005b, Fundamento 35; Villavicencio, 2017, p.35). Ello implica, entonces, la mínima intervención del carácter represivo del Estado (López y Micol, 2015, p.269).

El principio de mínima intervención del derecho penal se subdivide en el subprincipio de fragmentariedad – en el cual se determina qué conductas son penalmente relevantes evitando que se tipifique conductas de baja peligrosidad – y el subprincipio de subsidiariedad o de última ratio – en virtud del cual el derecho penal debe aplicarse sólo cuando otros medios menos lesivos hayan fracasado o sean insuficientes (Villavicencio, 2017, p.35-36).

⁹³ Por ejemplo, la Corte IDH ha establecido que de no existir concordancia entre las normas internas y la CADH, prevalece esta última (Risso, 2012, p.307).

⁹⁴ Es el conjunto de normas jurídico penales que establecen las conductas consideradas como delitos o faltas y delimitan las sanciones correspondientes; asimismo, el Derecho Penal tiene como objeto el control social a fin de evitar la comisión de delitos (Villavicencio, 2017, p.23).

Asimismo, entre las clasificaciones de los principios del derecho penal mínimo se puede advertir aquella que divide los principios intrasistémicos de los extrasistémicos, siendo un criterio de este último la intervención útil del derecho penal (López y Micol, 2015, pp. 269-270). Este principio extrasistémico fundamenta la descriminalización del aborto por violación sexual, toda vez que, como se expondrá en los siguientes subcapítulos, la tipificación y sanción del delito de aborto no resulta útil para prevenir la violación de la norma penal (López y Micol, 2015, p.270).

Por lo tanto, el DIDH, a través del principio de mínima intervención del derecho penal, ha ido reduciendo el poder del Derecho Penal y ha contribuido a que las penas y su aplicación deban respetar los derechos fundamentales, rechazando aquellas que afectan desmedidamente los derechos humanos, por ejemplo, la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas o degradantes (Villavicencio, 2017, p.38). En esa línea, occidente ha pasado de un sistema inquisitivo a uno acusatorio, por lo que las penas se reducen al mínimo tolerable y su aplicación debe darse cuando se ha probado fehacientemente la existencia y comisión de un delito, conforme a las garantías reconocidas a las personas (López y Micol, 2015, pp. 268-269).

Así, la influencia del DIDH ha permitido que el delito de aborto - regulado por el derecho penal – se analice en el marco de los principios y garantías del derecho constitucional y los derechos humanos reconocidos en el DIDH (Cook, 2016, pp. 438-439)⁹⁵. En ese sentido, la descriminalización del aborto promueve un sistema penal más garantista – en virtud de los derechos a la vida, a la libertad, a la salud, a la autonomía y dignidad de las mujeres– minimizando el campo de actuación del Derecho Penal (López y Micol, 2015, p.268).

Es importante señalar que, la dogmática jurídico penal⁹⁶ contribuye a la seguridad jurídica y aplicación racional del Derecho Penal para evitar que se manipule y se use arbitrariamente, esto significa, que sirva para fortalecer valores morales o religiosos (Reyna, 2009, p.28). Ciertamente, Ferrajoli afirma que el derecho penal no debe usarse para imponer una moral específica que las personas estén obligadas a cumplir, pues supondría la contravención al principio de mínima intervención del derecho penal (2002, p. 8). Lo anterior es compartido por la profesora Romy Chang, quien señala que las normas que protegen sentimientos, ligados o no a valores morales, a través del derecho penal son ilegítimas, pues el derecho penal debe proteger los bienes jurídicos (2015, p. 207).

⁹⁵ Como señala Elizabeth Salmón, el ordenamiento interno de los estados debe ser congruente con los tratados internacionales asumidos por estos (2014, p. 270).

⁹⁶ La dogmática jurídico penal es la ciencia penal que se dedica al estudio general de las normas del derecho penal positivo (incluye el derecho procesal penal y el derecho penitenciario); así, esta disciplina se centra en las categorías penales en relación a las cuales se atribuye una responsabilidad a los infractores de la norma penal (Villavicencio, 2017, p.23; Méndez, Pérez y Zúñiga, 2013 p. 65).

En consecuencia, la influencia del DIDH en el Derecho Constitucional ha sido fundamental para el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres. Asimismo, ha contribuido que otras áreas del derecho también se adhieran a sus recomendaciones y cumplan sus principios. El Derecho Penal no es una excepción, de ahí que su intervención en el tratamiento del aborto deba ser mínima conforme a los principios garantistas y al respeto de los derechos humanos de las mujeres.

Por consiguiente, las respuestas del Estado Peruano en los casos de aborto por violación sexual deben estar enfocadas en presentar soluciones coherentes con los principios de subsidiariedad y ultima ratio del derecho penal mínimo y racional, toda vez que su criminalización mediante la ley penal ha sido sólo un instrumento para preservar la ideología, religión y moral de ciertos sectores de la sociedad suprimiendo toda racionalidad del Derecho Penal (Peña Cabrera, 2009, pp.37-40). Por lo tanto, una política objetiva en materia de aborto debe reconocer que su prevención no le compete al Derecho Penal sino a otras aristas de la política estatal (Peña Cabrera, 2017, p.233).

2. Aborto clandestino y política criminal en el Perú

La política criminal adoptada en el Perú para enfrentar el delito de aborto se ha visto cuestionada por las altas cifras de abortos clandestinos y mortalidad materna, situaciones que se han vinculado desde los organismos internacionales de DDHH con la criminalización del aborto. A partir de ello, el objetivo de este subtítulo es demostrar que la política criminal que criminaliza el aborto por violación sexual en el Perú vulnera los derechos humanos de las mujeres.

2.1. Abortos clandestinos: causas y consecuencias

Hilda Guillén⁹⁷ en el trabajo de campo realizado en el Mercado Central a finales de la década de 1970 obtuvo información importante respecto a las causas del aborto clandestino. Entre los datos cualitativos que recopiló se puede observar que las mujeres que más recurrían a las vendedoras de hierbas medicinales para procurarse un aborto eran las mujeres de clase baja y media baja; asimismo, de las mujeres que entrevistó (aproximadamente 150), la mayoría de ellas indicaba que los motivos eran de índole económica y/o por su condición de mujeres solteras (Guillén, 1979, p. 20).

En la década de 1970 – 1980, se advertía que las mujeres que eran procesadas por el sistema judicial eran las de estratos más pobres, toda vez que, las mujeres de los estratos más altos eran

⁹⁷ La autora realizó un trabajo de campo en el Mercado Central para su tesis titulada “El delito de aborto en el ordenamiento penal peruano” en el año 1979

reprimidas con menor frecuencia porque recurrían a lugares más confiables; de ahí que, la seguridad en la práctica del aborto y sus condiciones dependía directamente de la capacidad económica de la mujer que lo solicitaba, y este elemento socio-económico, además, reducía las posibilidades de ser descubiertas (Hurtado, 1982, pp.159-160).

A partir de ello, se puede inferir que una de las principales causas para recurrir a un aborto es la pobreza. Ciertamente, un número considerable de mujeres que acuden a los servicios de aborto se encuentra en un estado de explotación o desocupación laboral, tienen una vivienda insalubre y no existe un sistema de salud que las ampare, lo cual facilita y favorece las prácticas clandestinas de aborto (Villavicencio, 2014, p.319).

No obstante, la situación de pobreza no es la única causa para someterse a un aborto, puesto que, otras de las motivaciones es encontrarse en una etapa formativa, ya sea escolar o superior (Castillo, 2008, p.927). En este punto cabe precisar que, el embarazo adolescente es también una de las principales causas de aborto, debido a la falta de políticas públicas en educación sexual, planificación familiar y el acceso restringido a métodos anticonceptivos (Merino y Taype, 2016, p.829). Por ejemplo, en el año 2012, se tenía que el 50.9% de las mujeres hospitalizadas por aborto incompleto era menor a 25 años, lo cual guarda relación con la edad de las mujeres que se encuentran en una etapa formativa, tanto escolar como superior (Católicas por el Derecho a Decidir, 2012).

Así también, en el mes de septiembre del año 2019, PROMSEX publicó un estudio sobre el aborto en el Perú, en virtud de una encuesta realizada a mujeres entre los 18 y 49 años de edad que vivían en el ámbito urbano de todas las regiones del País. De acuerdo al estudio, el 81% de las mujeres que abortan se encuentran en los niveles socioeconómicos C, D y E⁹⁸; es decir, se encuentran en los sectores más pobres (PROMSEX, 2019:2). En cuanto a su nivel de formación, el 46% se encuentra en secundaria y el 45% en algún tipo de formación superior (PROMSEX, 2019, p.2).

Respecto a la edad en la que se practicó el aborto se tiene que, en el grupo de mujeres con rango de edad entre los 18 y 29 años un 66% lo realizó cuando tenía entre 18 y 24 años y un 17% cuando era menor a 18 años (PROMSEX, 2019:3). Finalmente, un 58% de las mujeres encuestadas acudió a un profesional de la salud para realizarse un aborto, mientras que el 42% no lo hizo (PROMSEX, 2019, p.3).

⁹⁸ Según lo informado por IPSOS, el ingreso promedio mensual en el Nivel Socioeconómico (NSE) A es de S/ 12,600; en el NSE B es de S/ 7,020; en el NSE C es S/ 3,970; en el NSE D es de S/ 2,480; y, en el NSE E es de S/ 1,300 (IPSOS, 13 de febrero de 2020).

Es preciso señalar que, en las encuestas realizadas no se observa como criterio de análisis los casos en los que se recurre al aborto por violación sexual o eugenésico. Por ello, las principales causas identificadas están relacionadas a la edad y al nivel socioeconómico y educativo. Así, desde estos criterios se podrá analizar cómo afecta la criminalización del aborto a las mujeres y las consecuencias sobre sus derechos fundamentales.

Un primer punto a considerar, cuando se evalúa la problemática del aborto, es establecer la diferencia entre el aborto clandestino y el aborto inseguro. Si bien se ha entendido ambos términos como sinónimos, resulta importante indicar que el aborto clandestino se puede identificar como aborto ilegal, es decir, aquel que no está permitido por ley y que, por ende, se realiza en la “clandestinidad”, (Planned Parenthood, 2010, p.1; Barroso, 2016, pp. 334-335). Por su parte, el aborto inseguro o peligroso es definido por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como *“la intervención destinada a la interrupción de un embarazo practicada ya sea por personas que carecen de preparación necesario o en un entorno que no reúne las condiciones médicas mínimas, o ambas cosas a la vez”* (2014)

Ahora bien, el aborto clandestino sí puede constituir un aborto inseguro o peligroso, si es que cumple con las características que identifica la OMS, pero no necesariamente, todo aborto clandestino es un aborto inseguro. Así también, la peligrosidad del aborto estaría relacionada al tiempo de gestación; por lo que, la OMS precisa que hay abortos peligrosos, sin ser ilegales o clandestinos, cuando las mujeres abortan en situaciones que ponen en riesgo su vida por retraso en la intervención, debido a una interpretación deficiente de la norma (OMS, 2014).

Por ejemplo, Luís Roberto Barroso señala que en Brasil las mujeres de clase media y alta pueden realizarse abortos clandestinos en clínicas privadas con servicios adecuados de aborto y postaborto que, además, las resguardan de la persecución penal; por el contrario, las mujeres pobres, se encuentran dentro de las cifras de mortalidad materna por abortos fallidos, uso incorrecto de medicamentos abortivos o la ausencia de servicios de salud postaborto (2016, p.334).

Esta situación no es ajena al Perú, donde el aborto continúa siendo un delito altamente discriminatorio, puesto que, en la práctica es una norma selectiva que afecta directamente a las mujeres pobres que acuden a gente empírica con riesgo de perder la vida, mientras que las mujeres de mayores recursos van a clínicas o al extranjero (Mori, 1992, pp. 10-16). En efecto, el aborto clandestino genera que la afectación en la salud de las mujeres se distribuya desigualmente de acuerdo a la clase social y económicamente a la que estas pertenecen (Siegel, 2016, p.32).

De acuerdo a lo indicado en el año 2010 por Planned Parenthood, se estimaba que 192 mujeres morían diariamente debido a abortos inseguros, siendo que la mayoría de muertes ocurrían en países donde el aborto era más restringido (1; Merino y Taype, 2016, p.829). Los países de América Latina se encontraban, y aún se encuentran, en esta situación. Es un hecho que en la región las cifras de muertes por abortos inseguros es una de las más altas del mundo (Planned Parenthood, 2010, p.2). En el caso peruano, el 16% de las muertes maternas reportadas serían a consecuencia de un aborto inseguro (Merino y Taype, 2016, p.829).

Aunado a ello, los abortos inseguros pueden causar grave afectación a la salud de las mujeres, se calcula que en el 2003 cerca cinco millones de mujeres sufrieron discapacidad temporal o permanente por esta práctica (Planned Parenthood, 2012, p.3). En el Perú, el número aproximado de hospitalizaciones anuales por aborto, en el año 2013, ascendía a 28,652; por el contrario, el aborto seguro presenta menos del 0.4% de hospitalizaciones, de ahí que, del total de abortos anuales estimados, solo habría 1,486 hospitalizaciones; por lo tanto, la descriminalización del aborto evitaría 27,166 hospitalizaciones anuales (Merino y Taype, 2016, p.829). Un dato adicional es que un 50.9% de mujeres hospitalizadas por aborto incompleto son menores de 25 años, de lo cual se infiere que las jóvenes y adolescentes se realizan una mayor cantidad de abortos inseguros (Católicas por el derecho a decidir, 2012, p.1).

En este contexto resulta evidente que el aborto sí es un problema de salud pública, no solo por la cantidad de mujeres que acuden a los establecimientos de salud por abortos peligrosos en los que ponen en riesgo su vida y su salud; sino también por el costo que genera al Estado la atención de estas hospitalizaciones y tratamientos, lo que podría prevenirse con la descriminalización del aborto. Finalmente, la prohibición del aborto permite el auge de la industria de abortos clandestinos que, a su vez, trae consigo la muerte de miles de mujeres que deben recurrir a abortos inseguros y/o peligrosos (Castillo, 2008, p. 923).

Por lo tanto, la principal consecuencia del aborto clandestino y el aborto inseguro es la constante vulneración de los derechos a la vida y la salud de las mujeres, debido a las altas cifras de muerte producto de abortos practicados en condiciones insalubres, por personas no capacitadas y por la limitación del acceso a servicios de salud pública postaborto.

2.2. La política criminal y la situación de los abortos clandestinos e inseguros en el Perú

La política criminal es la ciencia penal enlace que une la dogmática jurídico penal⁹⁹ y la criminología¹⁰⁰ (Méndez, Pérez y Zúñiga, 2003, pp. 65-66). Así pues, Rosas Yataco (2009) sostiene que “la política criminal se ocupa de cómo configurar el Derecho Penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir su tarea de protección de la sociedad, [...], tratando de comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el Derecho Penal” (p.57). Es decir, intenta adecuar la legislación penal a las necesidades de la defensa de la sociedad frente al delito, mediante la tipificación de los ilícitos penales y las penas, así como encaminar un proceso penal transparente y racional (Rosas, 2009, p.57).

A través de la política criminal se busca mejorar la justicia penal y enfrentar la criminalidad por lo que debe evaluarse su pertinencia en las dinámicas sociales (Villavicencio, 2017, p.23). En ese sentido la política criminal, debe mejorar el modelo vigente coadyuvando a que los elementos de los tipos penales se correspondan a la realidad del delito (Rosas, 2009, pp.56-57).

A nivel internacional, la política criminal en materia de aborto se ha centrado en dos posiciones, una posición pro vida y una posición pro elección, la primera defiende los derechos del concebido y la segunda reivindica los derechos de las mujeres (Peña Cabrera, 2009, p.36). En el Perú, la política criminal se ha inclinado hacia una postura pro vida, tal como se constata de la revisión de los códigos penales de 1863, 1924 y 1991 en los cuales se ha tipificado el delito de aborto.

Como se advirtió en el primer capítulo, durante la vigencia del Código Penal de 1924, sobre todo en sus últimos años de vigencia, se propuso la descriminalización del aborto por violación sexual, debido a las altas cifras de aborto clandestino y la ausente persecución penal del mismo. Asimismo, las estadísticas oficiales en relación al delito de aborto eran casi inexistentes; a pesar de ello, la Policía Nacional de Investigaciones, tenía registrados 318 abortos en el año 1977, siendo que el total de causas conocidas por el Poder Judicial fueron 3 y los procesados y condenados por este delito solo fueron 5 personas (Hurtado; 1982, pp.162-165).

De lo anterior se evidencia que, de los pocos casos que llegaban a conocimiento de los jueces, estos buscaban evitar la represión de la mujer que se practicaba o dejaba que se le practicara un aborto (Hurtado, 1982, p.177). Por ende, los artículos del Código Penal de 1924 dirigidos a prevenir la comisión de las modalidades del tipo penal de aborto eran inaplicables en la práctica,

⁹⁹ Ver cita a pie de página núm. 30.

¹⁰⁰ La criminología es la ciencia penal que estudia el delito, al delincuente y a la víctima, así como los procesos de criminalización y la realidad en las que se dan estas conductas socialmente dañosas y las situaciones conflictivas (Villavicencio, 2017, p.23; Méndez, Pérez y Zúñiga, 2003, p.66).

lo cual demostraba el abismo entre el sistema normativo y la realidad social, que solo respondía a la concepción sexual que imperaba respecto al uso de anticonceptivos y de ciertos comportamientos sexuales (Hurtado, 1982, pp.160-161).

Posteriormente, cuando se presentaron los proyectos para el Código Penal de 1991 ya se abordaba el problema de la absoluta criminalización¹⁰¹ del aborto. De esta manera, se reconoció las graves consecuencias que esta práctica generaba en la mujer y para el Estado, debido a los altos costos de hospitalización derivados del aborto clandestino y por la formación de una industria abortiva que lucraba con las necesidades de la mujer (Hurtado, 1982, p.159). Sin embargo, se continuó con una política criminalizadora; así, a la fecha, solo se ha descriminalizado el aborto terapéutico y atenuando tres circunstancias: la violación sexual fuera del matrimonio, la inseminación artificial no consentida y fuera del matrimonio, y la eugenésica.

No obstante, las cifras de aborto clandestino no han variado en los últimos años, incluso han ido en aumento; para el año 2009 se practicaban, aproximadamente, 410,000 abortos clandestinos anuales, se estimaba que el 30% de este número se debía a la falta de métodos anticonceptivos en los centros de salud y, se calculó que, del total de embarazos por año el 53% termina en aborto clandestino (Peña Cabrera, 2009, p.39). En el estudio publicado por PROMSEX el año 2019 se evaluaba que un 19% de mujeres a nivel nacional había abortado, lo cual representa cerca de un millón de peruanas (2019, p.4).

Sin embargo, para algunos autores estas cifras no son del todo cercanas a la realidad, puesto que hay una elevada cifra negra de criminalidad que debido a la clandestinidad es compleja de determinar y verificar (Peña Cabrera, 2017, p.233). Esta situación se debe a que es un delito de fácil comisión y de difícil descubrimiento, en la medida que no existe la parte agraviada que reclame contra la agresión (Mori, 1992, p.2). No obstante, se ha continuado con una política criminal restrictiva del aborto que, a su vez, origina situaciones desventajosas para las mujeres y el ejercicio efectivo de sus derechos.

La criminalización del aborto representa un problema de igualdad sexual y justicia de género. Es un problema de igualdad sexual en la medida que no reconoce los derechos reproductivos de la mujer y no permite que esta ejerza el control de la maternidad, basándose en roles de cuidado asignados y afectando su estatus, bienestar y su capacidad de generar ingresos (Siegel, 2010, pp. 50-51). Aunado a ello, perpetúa la opresión de las mujeres, puesto que contribuye con la desigualdad debido al hecho biológico que solo las mujeres asumen la carga de falla de los

¹⁰¹ Si bien el aborto terapéutico se encontraba descriminalizado desde el Código Penal de 1924, la Guía Técnica para acceder al mismo se aprobó en el año 2014, por lo que en la práctica el artículo 163° era inaplicable.

anticonceptivos (Casas, 2011, p.498). Por lo tanto, la criminalización del aborto prolonga la feminización de la pobreza, debido a que las mujeres con hijos tienen restringido al acceso a la educación, ocupación laboral y a la igualdad salarial (Villavicencio, 2014, p.321).

Por otra parte, el control de la maternidad está vinculado a la justicia de género en la medida que es reflejo del derecho a la igualdad sexual y reconoce el derecho a la dignidad de las mujeres, alejándose de las costumbres que privilegian las relaciones heterosexuales, procreativas y maritales como fin supremo (Siegel, 2010, pp. 49-51; López y Micol, 2015, p.271). Además, la maternidad es una opción personal y no debe ser impuesta por el Estado y la sociedad; la exigencia de llevar a término un embarazo producto de una violación sexual impuesta por el Estado a las mujeres las reduce a un medio de asegurar la continuación de la vida de otros seres, sin brindar ningún respaldo para garantizar sus derechos (Peña Cabrera, 2017, p.297).

Ante esta realidad, la política criminal en un Estado Constitucional de Derecho debe ajustarse a los valores democráticos, que tienen como premisa el respeto y garantía de las libertades fundamentales, toda vez que el Derecho Penal no reprime conductas vinculadas al ejercicio legítimo de un derecho, sino que castiga únicamente las conductas que lesionen gravemente al bien jurídico protegido (Peña Cabrera, 2009, pp.32-33). Así también, el derecho penal debe considerar que la criminalización del aborto, en la práctica, resulta adversa a los derechos de la mujer (Peña Cabrera, 2017, pp. 232-235).

Por ello, desde la política criminal no es necesaria la intervención del Derecho Penal, al constatarse que el delito de aborto en casos de violación sexual tiene una pena simbólica, contribuye a la práctica clandestina, y pone en riesgo la vida y la salud de las mujeres gestantes (Villavicencio, 2014, p.315). Debido a esto, la política criminal debe ser preventiva y no restrictiva en materia de aborto. En este punto radica la importancia de garantizar la igualdad sexual, puesto que, además de permitir el bienestar de las mujeres y un ejercicio efectivo de sus derechos reproductivos en base al marco constitucional y regulatorio, propone mejorar las políticas de educación sexual y anticoncepción a fin de disminuir la práctica del aborto (Siegel, 2010, pp.47-53).

En efecto, las políticas públicas en materia sexual y reproductiva serían más efectivas que la criminalización del aborto, dado que, estarían orientadas a prevenir los embarazos no deseados tanto para las mujeres adultas como para las adolescentes, reduciendo el número de casos para recurrir a un aborto. Finalmente, es necesario advertir que en el derecho comparado las tendencias político criminales se van inclinando hacia una postura descriminalizadora del aborto, sobre todo, en los casos de violación sexual, en virtud a los establecido por los organismos internacionales.

3. El fin de la pena en el ordenamiento jurídico peruano: la ausente sanción del tipo penal en el delito de aborto

El derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que establecen las conductas consideradas como delitos, o faltas, y sus penas, o medidas seguridad, correspondientes; en ese sentido la pena constituye el medio a través del cual el Estado asegura la convivencia social al sancionar la comisión de un hecho delictivo (Villavicencio, 2017, pp. 23-24). Así, por medio de las teorías de la pena¹⁰² se ha desarrollado el fundamento y fines de la pena, siendo tres las principales teorías: la teoría absoluta, la teoría relativa o de la prevención y la teoría mixta o de la unión (Villavicencio, 2017, p.25).

En el Perú se ha adoptado la teoría de la unión, que sostiene que tanto una retribución relativa, como la prevención general y especial, son finalidades de la pena, por lo cual sus objetivos deben estar acordes con el principio – derecho de dignidad (Tribunal Constitucional, 2005b: fundamentos 33 y 38)¹⁰³. A partir de ello, resulta necesario revisar si estos fines se cumplen en la tipificación del delito de aborto en todas sus modalidades y, específicamente, en el marco de la atenuante de violación sexual, sancionado en el primer párrafo del artículo 120 del Código Penal con tres (3) meses de pena privativa de libertad.

En primer lugar, el fin retributivo, que tiene como objetivo que el Estado sancione la comisión del delito de aborto en la medida que vulnera el bien jurídico «vida humana dependiente», es dramáticamente ineficaz en la práctica. En definitiva, si se tiene en consideración la estadística elaborada en el año 2006, en la que Delicia Ferrando estimaba la realización de 410,000 abortos clandestinos (e inseguros) anuales (Ferrando, 2006, p.37), y se compara con los 1,011 casos de abortos registrados por el Ministerio Público para el año 2017, el total de casos conocidos por el Ministerio Público representaría sólo un 0.0024% del número total de abortos anuales (Ministerio Público, 2018, p.45).

¹⁰² Los fines de la pena se estudian en base a tres teorías. La teoría absoluta, que entiende que la pena tiene solo una función retributiva, en la cual el Estado toma venganza por la afectación de un bien jurídico; sin embargo, esta teoría ha sido desestimada, dado que, supone la negación del principio – derecho de la dignidad humana (Tribunal Constitucional, 2005b: Fundamento 30). Por otra parte, la teoría relativa, también denominada teoría de la prevención, se subdivide en: a) teoría de la prevención general, que a su vez se subdivide en la prevención general negativa, la cual está dirigida a la sociedad y tiene como finalidad intimidar e influenciar a sus integrantes para evitar que cometan delitos, y la prevención general positiva, que tiene como fundamento un carácter socio – pedagógico, al reafirmar el derecho frente al ciudadano, generando la confianza de la sociedad en la solución del conflicto social; y, b) de la prevención especial - la prevención especial negativa tiene como propósito disuadir al delincuente de la comisión de algún ilícito penal y la prevención especial positiva se concreta en el momento de la ejecución de la pena, promoviendo la rehabilitación, reeducación y reinserción del reo a la sociedad (Tribunal Constitucional, 2005b: Fundamento 31 y 32). Por último, se plantea la teoría de la unión, en la que confluyen tanto el aspecto retributivo como la prevención general y especial (Tribunal Constitucional, 2005b: Fundamento 33).

¹⁰³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 0019-2005-PI/TC. Sentencia: 21 de julio de 2005.

Por lo tanto, la ínfima cantidad de casos registrados y que, a su vez, es la cantidad máxima de los que pueden ser efectivamente sancionados, demuestra, el incumplimiento del fin retributivo de la pena. Es preciso indicar que, a pesar de la notoria diferencia de los años elegidos (2004 y 2017), se recoge como referencia estas cifras porque la cantidad de abortos anuales aumenta con el pasar del tiempo¹⁰⁴ (Ferrando, 2006, p.5) y, contradictoriamente, la cifra de abortos registrados por el Ministerio Público no varía significativamente, como se puede apreciar a continuación:

Año/ Periodo	2016	2017	2018	Enero – Julio 2019	Enero – Julio 2020
Totales	907	1,011	1,106	560	318

*Información Obtenida del Ministerio Público

Cabe señalar que, en el caso específico de abortos por violación sexual, se ha estimado que en el periodo de los años 2013 – 2015 se han realizado 17,000 abortos, cifra que, evidentemente, supera los casos de aborto que se llegan a conocer en instancias judiciales (Wayka, 2018).

En segundo lugar, las cifras de aborto clandestino – e inseguro – expuestas anteriormente, demuestran que la tipificación y sanción de este delito no disminuye su comisión; asimismo, el fin socio pedagógico y de reafirmación del derecho frente a la sociedad tampoco se cumple. Por una parte, la sociedad tiene conocimiento de los pocos casos de aborto que llegan a las instancias judiciales, siendo evidente la ausente persecución penal y, por otro parte, como se ha visto en el acápite precedente, las mujeres que deciden abortar tienen un motivo relacionado al derecho a la salud, el derecho a la autonomía, libre desarrollo y libertad sexual, por lo que, la sanción del aborto no impedirá que lo realicen.

En consecuencia, las penas con las que se sanciona el delito de aborto no cumplen con el fin preventivo general – tanto positivo como negativo, puesto que, no han logrado inhibir la práctica del aborto bajo ninguno de los supuestos y, específicamente, en los casos de aborto por violación sexual, el artículo 120 del Código Penal tampoco ha generado ningún efecto disuasivo (Dador, 2007, p.2). De igual manera, la mínima persecución y sanción de casos de aborto no reafirma el derecho penal ante el ciudadano, por el contrario, genera cuestionamientos desde el ámbito académico, las organizaciones que defienden los derechos de las mujeres y los organismos internacionales de derechos humanos.

En cuanto a la prevención especial, el aborto en los casos de violación sexual fuera del matrimonio se encuentra de facto descriminalizado, debido a la mínima sanción penal establecida, por lo que

¹⁰⁴ En el periodo 1988-1990 se realizaban un promedio de 271,100 abortos clandestinos anuales, para el año 2000 se contabilizaba 352,000 abortos anuales, cifra que aumentó para el año 2004.

en la práctica es casi imposible imponer una sanción, e incluso, conocer y perseguir el hecho delictivo ni a los sujetos involucrados (Reyna, 2009, p.28). Ciertamente, los tres (3) meses de sanción determina su prescriptibilidad antes de que pueda investigarse y mucho menos sancionarse, toda vez que, la prescripción se establecería en cuatro meses y medio (Castillo, 2008, p. 1079). Como señala Reyna Oré, teniendo en consideración el promedio de duración de la investigación preliminar policial o fiscal, más el tiempo promedio de un proceso penal – que en el caso de peruano es bastante extenso y supera ampliamente el plazo de cuatro meses y medio, no es posible, a pesar de la celeridad, que se determine la responsabilidad penal de una persona ni la pena correspondiente (2009, pp.27-29).

Asimismo, los jueces difícilmente sancionan con prisión efectiva a los presuntos autores por cualquiera de las modalidades de este delito, en ese sentido, los supuestos efectos disuasivos son escasos al no ser reclusos en los establecimientos penitenciarios (Peña Cabrera, 2009, p.37). Ello ha quedado demostrado con la escasa jurisprudencia en el ámbito judicial y con la casi inexistente información; por ejemplo, en el Resumen Ejecutivo del Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público el delito de aborto no aparece en las estadísticas¹⁰⁵.

En efecto, en el Perú, la mayor parte de las investigaciones sobre la presunta comisión de este delito, en cualquiera de sus modalidades, proviene de las intervenciones administrativas y/o sanitarias que realiza el Ministerio de Salud en coordinación con la Policía Nacional del Perú en los establecimientos que realizan abortos clandestinos y/o inseguros (Castillo, 2008, p.930). Sin embargo, no se evidencian de denuncias de parte, en la medida que no existe una parte agraviada que pueda recurrir al sistema de justicia.

Es importante destacar que, el Estado tiene conocimiento de las altas tasas de aborto clandestino, de la ausente persecución y posterior sanción de este delito; sin embargo, no hay una solución efectiva frente a la problemática que representa su tipificación en el Código Penal. Por ende, la criminalización del aborto en los casos de violación sexual tiene una función puramente simbólica, sin que el legislador se ocupe si el tipo penal será perseguido o sancionado y, en extremo resulta contradictorio con su principal fundamento: la defensa de la vida; puesto que, las altas cifras de mortalidad materna y la casi nula cifra de procesos penales evidencian que no se protege la vida ni de la mujer ni del feto (Peña Cabrera, 2009, pp. 37-39).

¹⁰⁵ De la revisión del Resumen Ejecutivo sobre Criminalidad Común, Violencia e Inseguridad Ciudadana: 2013-2018 del Ministerio Público no se observa el delito de aborto dentro de las estadísticas elaboradas (se analizó homicidio, sicariato, feminicidio, violencia familiar, lesiones y agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, violación sexual, robo, hurto y extorsión). Asimismo, de la revisión de la página web del Ministerio Público en el ítem de Mapas del Delito, no se encuentra en la lista el delito de aborto, en ninguno de sus supuestos. Para mayor información se puede revisar la página web <<https://portal.mpfn.gob.pe/boletinformativo/infomapasdeldelito>>

De ahí que, la tipificación del delito de aborto en los casos de violación sexual, e incluso en las otras modalidades, representa el más grande y evidente fracaso del Derecho Penal; dado que, la mínima sanción es una constante en las legislaciones que penalizan el aborto, la cantidad de procesos penales es imperceptible y las sentencias condenatorias está por debajo de estos, siendo que la pena no cumple con ninguno de sus fines (Peña Cabrera, 2009, pp. 37-38; Cook, 2016, p.444).

Ahora bien, la dogmática jurídico penal es fundamental en la decisión política de criminalizar o descriminalizar el aborto por violación sexual, toda vez que, constituye un instrumento de racionalidad frente a los sectores que pretenden manipular la legislación penal en defensa de sus propios intereses (Reyna, 2009, p. 27). En ese sentido, la aplicación del Derecho Penal se justifica si es capaz de prevenir daños en las personas sin ocasionar efectos aún más dañosos, como la afectación de bienes jurídicos de otras personas (Castillo, 2008, p. 921). Sin embargo, los organismos internacionales han observado que la criminalización del aborto ha generado la muerte de mujeres debido a los abortos clandestinos e inseguros.

De esta manera, el artículo 120 del Código Penal no solo cumple un rol retrógrado en materia de derechos sexuales y reproductivos, sino que lo único que ha logrado es que la violencia contra la mujer perduró, tal como lo demuestra los índices de muerte materna, y que el Estado se vea obligado a cubrir los altos costos que representa la atención de mujeres por abortos incompletos y problemas derivados de su mala praxis (Dador, 2007, p.2). La incoherente y errónea tipificación del delito de aborto por violación sexual ha conllevado que producto del temor al poder punitivo del Estado, aunado a la ausente información e interpretación de este tipo penal, los médicos se nieguen a realizar abortos seguros, generando que las mujeres acudan a prácticas no solo clandestinas, sino sobre todo inseguras.

Por lo tanto, la criminalización de esta conducta no disminuye su comisión y su tipificación en el Código Penal es inútil, al no haber persecución, proceso, ni sanción penal, exponiendo, de esta manera, un total desencuentro entre la realidad social y el marco legal establecido en el Perú.

4. La perspectiva de género y el estereotipo de género en el derecho penal

El género como categoría de estudio ha sido relevante desde la segunda mitad del siglo XX, en la medida que, se observó la asignación de diferentes roles a varones y mujeres por elementos de la estructura humana, pero también por elementos que respondían a la cultura, historia y usos sociales, que resultaban discriminatorios en perjuicio de la mujer (Aparisi, 2016, p.26; Varela, 2019, pp. 232-233).

De esta manera, la categoría género se ha ido incorporando en el ámbito jurídico, sobre todo en las normas que reconocen el ejercicio del derecho a la igualdad (Aparisi, 2016, pp. 26-27). A partir de ello, se desarrollará y analizará el delito de violación sexual y el delito de aborto, demostrándose la influencia negativa de los estereotipos de género y la importancia de la incorporación de la perspectiva de género en el derecho penal a fin de sustentar la descriminalización del aborto por violación sexual.

4.1. La incorporación del enfoque de género en la creación de tipos penales: el análisis de la violación sexual

En primer lugar, es necesario distinguir las categorías género y sexo. Así, el sexo está referido a una dimensión biológica dual de varón y mujer y, el género sería una representación psicológica-simbólica y una construcción histórica y antropológica-cultural, junto a otros factores que confluyen y construyen la identidad de una persona (Aparisi, 2016, pp. 26-27). Sin embargo, el género ha venido asignando a las personas atributos - masculinos y femeninos - y roles a partir de su sexo (Varela, 2019, p.234).

En ese sentido, la perspectiva o enfoque de género se puede entender *“como un punto de vista, a partir del cual se visualizan [...] las implicaciones y efectos de las relaciones sociales de poder entre los géneros (masculino y femenino, en un nivel, y hombres y mujeres en otro)”* (Serret, 2008, p.15). Entonces, la perspectiva de género es el planteamiento y orientación que tiene por finalidad cuestionar el orden establecido en el cual la mujer se encuentra subordinada frente al varón, en tanto se le vincula con lo femenino y lo débil (Serret, 2008, p.54; Aparisi, 2016, p.30).

El evidente aumento de violencia contra la mujer en los últimos años ha permitido desarrollar políticas y normas más protectoras a través del enfoque de género y ha visibilizado el problema de la violencia estructural contra la mujer, denominada «violencia de género». En el SIDH la violencia de género ha sido considerada como aquellas acciones que vulneran el derecho a la vida, a la integridad y a la salud de las mujeres, que pueden producirse en diversos ámbitos (Ramírez, 2017, p.109). En esa línea, la Corte IDH, ha señalado que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación y, las agresiones contra esta, por su condición de tal, representan una vulneración a la Convención Belém do Pará (Ramírez, 2017, p.110).

Desde la doctrina, la violencia basada en género es aquella conducta que responde a un orden social en el que se discrimina y violenta a las mujeres por el reforzamiento de los estereotipos de género, que no son naturales sino principalmente culturales (Díaz, Rodríguez y Valega, 2019, pp.18-21). La violencia ejercida por los hombres contra las mujeres es una manifestación y, a su

vez, una estrategia de dominación patriarcal, la cual debilita todo sentido de justicia e igualdad; no obstante, todavía en sociedades democráticas está normalizada, tanto que se niega la existencia de esta forma de violencia (Loayza, 2016, pp. 204-207).

Lo indicado en el párrafo anterior se debe a que el derecho se ha constituido dentro del sistema patriarcal, lo cual ha permitido que la sociedad domine a las mujeres de un modo masculino (López y Micol, 2015, p. 266). Esta dominación y violencia en sociedad patriarcales es resultado de la visión de la mujer como objeto y en las que se amenaza constantemente su dignidad; por ello, sus derechos deben garantizarse a partir de la perspectiva de género que se despoje de estas creencias sobre la mujer (Loayza, 2016, pp. 207-208).

Ahora bien, la violencia contra la mujer puede manifestarse en diferentes conductas como la ablación, la trata de personas y la violencia sexual, que son parte de una estructura social de discriminación y abuso contra ellas (Martínez, 2017, pp.144-145). Así, la violación sexual, que es una forma de violencia sexual, ha sido interpretada por la Corte IDH como toda conducta que implica actos de penetración vía vaginal o anal mediante otras partes del cuerpo del agresor o de objetos utilizados por este, sin el consentimiento de la víctima, así como la penetración bucal con el miembro viril (Ramírez, 2017, p.112).

En el Perú son frecuentes las agresiones que merman la vida, la dignidad y la salud de las mujeres como lo es la violación sexual. En la década de 1990 las cifras indicaban que, de las madres adolescentes entre 12 y 16 años atendidas en la Maternidad de Lima, un 90% de los embarazos eran a consecuencia de violaciones sexuales (Dador, 1997, s.n.). Para el año 2013, el Perú ocupaba el tercer lugar de los países con mayor violencia sexual infringida por la pareja a mujeres entre 15 y 49 años (Loayza, 2016, p.205).

Este panorama no ha cambiado sustancialmente. El Ministerio Público, a través del Resumen Ejecutivo sobre Criminalidad Común, Violencia e Inseguridad Ciudadana: 2013-2018, advierte que en el año 2018 se han registrado 2,113 denuncias por violación sexual resultando que, de una muestra de 100 investigaciones fiscales, el 93,1% de las víctimas fueron mujeres (Ministerio Público, 2018, p.8). Asimismo, este registro demuestra que del total de mujeres que fueron víctimas de este delito, el 83,4% fueron menores de 17 años, lo cual significa que 8 de cada 10 víctimas fueron menores de edad, lo cual evidencia la considerable violencia y peligro al que están expuestas las niñas, adolescentes y mujeres en el Perú (Ministerio Público, 2018, p.8).

Así, cuando este delito tiene como víctima a la mujer, se entiende que es “toda forma de coerción que se ejerce sobre la mujer con el fin de tener relaciones sexuales”, y, a su vez, conlleva una

serie de consecuencias en la salud de ellas, tanto físicas (infecciones de transmisión sexual) como emocionales, con resultados muy severos (Loayza, 2016, p.206). Además de consecuencias físicas y emocionales, un riesgo subsecuente y conexo a la violación sexual es el embarazo no deseado.

Un estudio en el año 2010 concluyó que 6 de cada 10 embarazos en niñas de 11 a 14 años son productos de incestos o violación, cifras a las que se debe sumar el 48% de casos de violación sexual que no se denuncian (Loayza, 2016, pp. 204-205). Asimismo, en el año 2017 se registraron 4,488 embarazos infantiles a consecuencia de este delito¹⁰⁶; sin embargo, no debe olvidarse que hay una cifra oculta de embarazos de niñas y adolescentes¹⁰⁷, lo cual demuestra que no solo hay un considerable número de menores de edad embarazadas por violación sexual, sino que las mismas se ven obligadas a llevar a término un embarazo que afecta sus derechos fundamentales.

Debido al reconocimiento de este tipo de violencia y la búsqueda de la protección de los derechos fundamentales de las niñas, adolescentes y mujeres, hay diversas reformas legales orientadas a prevenir y sancionar la violencia contra ellas (Díaz, Rodríguez y Valega, 2019, p.41). De esta manera, se ha aumentado las sanciones y los supuestos contra la libertad sexual, promoviéndose el reconocimiento de bienes jurídicos históricamente vulnerados como: igualdad de género, dignidad e integridad sexual (Tuesta, 2016, pp. 277-278).

Asimismo, en la medida que las modificaciones al Código Penal respecto a los delitos sexuales tienen un contenido de género, es fundamental que las leyes y el sistema procesal penal lo adopten como eje central para interpretar y sancionar estos delitos, siendo que los medios probatorios para acreditar su comisión no deben depender exclusivamente de las pericias, sino de los testimonios de las víctimas, evitando que se desestimen debido a creencias sobre la mujer que menoscaban sus declaraciones (Tuesta, 2016, pp. 289-290).

En efecto, el estereotipo de género y la estigmatización de la mujer ha fomentado que en las etapas de investigación y durante el proceso penal se intente justificar este tipo de agresiones sexuales contra las mujeres. Sirva de ejemplo los que culpan a la víctima de la agresión; los que dudan de la palabra de esta; los que exoneran al agresor; y los que creen que solo “un tipo de mujer” es una potencial víctima (Loayza, 2016, p.208). Estas ideas invisibilizan el verdadero problema, esto es,

¹⁰⁶ Católicas por el Derecho a Decidir “Embarazo infantil se ha duplicado en menos de un año en el Perú” <https://www.cddperu.org/es/informacion/nota-de-prensa/embarazo-infantil-se-ha-duplicado-en-menos-de-un-ano-en-el-peru-0>

¹⁰⁷ OBSERVATORIO NACIONAL DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR, 30 de mayo de 2018, “Abuso sexual y embarazo de niñas”. Consulta: 11 de setiembre de 2018 <<https://observatorioviolencia.pe/ninas-embarazadas/>>

la violencia sexual y los contextos socioculturales que aceptan, e incluso, justifican estas agresiones en todos los niveles de la sociedad (Loayza, 2016, p.209).

Por consiguiente, el enfoque de género ha sido y es fundamental para el reconocimiento del derecho de las mujeres y mitigar los efectos de la violencia sexual contra estas. A partir de ello debe analizarse si el enfoque implementado en este delito ha tenido su correspondencia en el delito de aborto por violación sexual; toda vez que, este último es consecuencia del primero.

4.2. El estereotipo de género en la creación de tipos penales: el análisis del delito del aborto

El estereotipo es una preconcepción sobre los atributos, las características y roles específicos de las personas que pertenecen a un grupo determinado y, se presume que dichas características o roles son aplicables a todos los integrantes que pertenecen a este grupo; por ello, el estereotipo supone una visión generalizada respecto a los individuos de un grupo particular (Cook y Cusack, 2010, p.11). En ese sentido, el estereotipo de género es la visión que se tiene de los atributos, características y roles tanto de varones y mujeres en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales (Cook y Cusack, 2010, pp. 23-24).

Por su parte, la Corte IDH en la sentencia del caso “Campo Algodonero” definió el estereotipo de género como la preconcepción de características que tienen o deben tener los hombres y mujeres, respectivamente, en la que normalmente la mujer se encuentra subordinada; es así que, los estereotipos asignados a la mujer motivan y normalizan la violencia de género contra ella, sobre todo, cuando no cumplen con los mismos (Ramírez, 2017, p.111).

Por ejemplo, los estereotipos femeninos vinculan a la mujer con características como la pasividad, la sumisión y la pureza sexual (Díaz, Rodríguez y Valega, 2019, p.19). Los estereotipos son utilizados, también, para establecer como obligatorios ciertos comportamientos que las mujeres, por naturaleza, deben asumir en la sociedad, como la maternidad (Cook y Cusack, 2010, p.26; Díaz, Rodríguez y Valega, 2019, p.20). Debido a ello, la sociedad degrada la dignidad y valor de las personas que no cumplen con el rol y estereotipos asignados al grupo al que pertenecen (Cook y Cusack, 2010, pp.19-20).

En el Perú, los Códigos Penales de 1863, 1924 y 1991 prolongaron los tipos penales que reproducían estereotipos de género. En el caso de la violación sexual, el Código Penal de 1863 y de 1924 establecía que el sujeto activo quedaba exento de pena si se casaba con la mujer soltera

víctima de este¹⁰⁸. Así también, el Código Penal de 1863 tipificaba el delito de uxoricidio con un sesgo de género, puesto que, el varón que mataba a su esposa adúltera al encontrarla in fraganti podía ver atenuada su sanción penal (Díaz, Rodríguez y Valega, 2019, pp. 44-46).

En el Código Penal de 1991 algunos de los tipos penales basados en género fueron derogados; no obstante, ello no ocurrió con el delito de aborto, que tiene como principal autora a la mujer. La tipificación del aborto se ha prolongado desde el Código Penal de 1863 porque en el ámbito legislativo la suerte de las mujeres – y también del feto – ha sido dejada a decisión de los varones, debido a la escasa representación de la mujer en la política (Peña Cabrera, 2017, pp.293:294).

Además, los sectores de la sociedad que se oponen a la descriminalización del aborto, han perpetuado la asignación de estereotipos de género a la mujer, como el deber de maternidad y el cuidado de la familia. Este es el caso de la Iglesia Católica¹⁰⁹, que asigna a las mujeres el rol de madres, como un rol de género natural y virtuoso por excelencia, que libera a la mujer del pecado original, causa de la desigualdad entre varones y mujeres (Lemaitre, 2016, pp.311-312). Asimismo, defienden la moral sexual y justifican la desobediencia de las leyes que autoriza el aborto, cuando este es permitido, ya que, representa el incumplimiento del deber de maternidad (Lemaitre, 2016, p.324).

En este contexto, el delito de aborto es un tipo penal que reproduce un estereotipo de género. A su vez, la criminalización del aborto contribuye a reforzar ideas preconcebidas de las mujeres, se las considera una amenaza para los valores de la sociedad, se cuestiona su sexualidad, sus roles sociales y sus capacidades, desacreditándolas y provocándolo hostilidad y animosidad por motivos de género (Cook, 2016, p.441). A partir de ello, son vistas como personas anormales, infractoras de los ideales de feminidad, y las marca externa e internamente, generando que ellas se estigmatizan a sí mismas por el incumplimiento de este ideal impuesto por la sociedad (Cook, 2016, pp.47-451).

En el Perú la atenuación del delito de aborto por violación sexual es discriminatoria y, a la vez, está respaldada en un estereotipo de género. En primer lugar, es discriminatoria porque la mujer casada que ha sido violada por su cónyuge no puede acogerse a la misma, debido a un estereotipo de género relacionado al débito marital y a la sumisión de la mujer respecto a la voluntad del cónyuge. Aunado a ello, la aplicación de la atenuante está supeditada a que la violación sexual se

¹⁰⁸ Ver nota 20 y ss. a pie de página.

¹⁰⁹ En el capítulo 1 se expuso que la Iglesia Católica fue la principal opositora de la descriminalización del aborto por violación sexual y el aborto eugenésico en el Código Penal de 1991, ejerciendo presión sobre los actores políticos de la época. En el capítulo 2 se advirtió que entre los fundamentos contra la descriminalización del aborto se apela a valores e ideales católicos, como a conceptos metajurídicos.

haya investigado, al menos, policialmente, debido a un estereotipo de género que degrada a las mujeres estimando que probablemente no digan la verdad sobre estos hechos (Cook, 2016, p.454).

En consecuencia, cuando los estados castigan a través del derecho penal a las mujeres que se someten o practican un aborto¹¹⁰ con varios años de encarcelamiento hasta cadena perpetua, rotulándolas de delincuentes, solo perennizan los estereotipos de género (Cook, 2016, pp.439-440).

Ahora bien, hay legislaciones que han descriminalizado algunas modalidades de aborto; sin embargo, en sus fundamentos y/o requisitos todavía se puede encontrar referencias a estereotipos de género. Así, cuando el aborto se autoriza por “la buena reputación de la mujer” denota un estereotipo de género discriminatorio, al asumirse que hay mujeres de “mala reputación”; además, es asignado exclusivamente a estas, puesto que, no se solicita a los varones acreditar “buena reputación” para someterse a alguna intervención médica (Cook, 2016, p.440). En el aborto terapéutico, la solicitud de autorización de la pareja o los padres estereotipa a las mujeres como personas incapaces de tomar decisiones, minimizando su entidad moral y prolongando su estatus subordinado en el matrimonio, la familia y la sociedad (Cook y Cusack, 2010, p.14).

Otras legislaciones establecen un periodo de espera para que la mujer reflexione cuando solicita un aborto. Esta situación aumenta el estigma hacia la mujer, pues no son dignas de respeto y las estereotipa como personas impetuosas, sensibles, que no reflexionan sobre las consecuencias de las decisiones que toman sobre su salud (Cook, 2016, pp.454-455).

De todo lo expuesto, se desprende que los estereotipos de género han prolongado la violencia contra la mujer y la vulneración de sus derechos fundamentales. En el caso del aborto, su tipificación provoca animadversión contra las mujeres que se niegan a cumplir su rol de madres, se les persigue penalmente y la sociedad las ve como corruptoras de la moralidad. Además, esta estigmatización genera que las mujeres se vean obligadas a llevar a término un embarazo no deseado, con lo cual se vulnera su derecho a la libertad, igualdad y no discriminación. Finalmente, la criminalización del aborto obliga a las mujeres que deciden interrumpir la gestación a acudir a servicios clandestinos e inseguros que ponen en riesgo su salud y su vida.

Por consiguiente, la criminalización del aborto se ha basado en estereotipos de género y fomenta que las decisiones de la mujer respecto a su maternidad sean cuestionadas todo el tiempo,

¹¹⁰ A los otros intervinientes, por ejemplo, los médicos, se les estigmatiza denominándolos como abortistas (Cook, 2016, p.440).

minimizando su capacidad y su estatus, generándoles consecuencias negativas y afectando sus derechos fundamentales.

Por otro lado, se ha intentado deslegitimar el aborto por violación sexual con la denominación de este como aborto “ético” o “sentimental”, calificativos que menosprecian la vulneración de los derechos de la mujer. Además, en engañosa dado que, hace referencia a supuesto sentimientos negativos hacia el feto; cuando lo que se intenta proteger es el derecho al libre desenvolvimiento de la mujer víctima de una violación sexual (Mori, 1992, p. 42). Por su parte, la denominación “aborto ético” es errónea, pues la justificación de la descriminalización no radica en la ética, sino que su fundamento reside en el reconocimiento de los derechos fundamentales de la mujer y el abuso por parte del Estado de imponer una maternidad no deseada (Peña Cabrera, 2017, p.300).

Por lo tanto, la tipificación del delito de aborto por violación sexual en el artículo 120 del Código Penal está basada en un estereotipo de género, que merma de manera significativa la dignidad y libertad de las mujeres al imponerles solo la opción de la maternidad. Paradójicamente, la tipificación de este delito y su pena resultan totalmente inútiles, dado que, los diversos estudios de la región muestran que no se persigue el hecho delictivo y sólo fomenta los abortos clandestinos que afectan los derechos fundamentales de las mujeres.

Frente a lo expuesto, se hace evidente la necesidad de descriminalizar el aborto por violación sexual. Asimismo, este encuentra su fundamento en la perspectiva de género y la igualdad sexual, en la medida que la violación sexual afecta directamente a las mujeres y es una forma de obligarlas a cumplir y perpetuar un estereotipo de género asignado a ellas (Dador, 1997, s.n.). En ese sentido, el enfoque de género evidencia que las leyes que restringen la anticoncepción y el aborto refuerzan el tratamiento diferenciado de la maternidad y paternidad, imponen cargas excesivas a las mujeres en función de su género y conllevan una maternidad obligada producto de una violación sexual (Siegel, 2010, pp. 48-49).

En cambio, las leyes que reivindican el derecho a la igualdad sexual se separan de las tradiciones y costumbres que han formado los roles de varones y mujeres en las familias y la sexualidad; así también, evitan un doble estándar en la valoración de la libertad sexual de los varones en comparación a las mujeres, pues esto último origina que aquellas sean privadas de su dignidad, salud y libertad (Siegel, 2010, pp. 48-52).

Por consiguiente, la descriminalización del aborto rompe este esquema tradicional y permite que las mujeres decidan cómo y cuándo ser madres, ejerciendo su autonomía y libertad respecto a su

cuerpo y su plan de vida; sin ninguna restricción por parte del Estado (López y Micol, 2015, p. 271).

5. Propuestas finales

De todo lo desarrollado hasta este punto, se ha constatado la necesidad de una modificación legislativa del delito de aborto en casos de violación sexual en el ordenamiento jurídico penal peruano, sin discriminar a la víctima por su estado civil o su vínculo afectivo con el sujeto activo de este delito. Si bien, hay autores¹¹¹ que han propuesto la despenalización¹¹² del aborto por violación sexual, se considera que corresponde la descriminalización de este tipo penal, es decir, eliminar su carácter delictivo del Código Penal volviéndolo un comportamiento lícito y tolerado por la sociedad (Mori, 1992, p.11; Ruiz, 1999, p.100; Prado, 2017, pp.18-19).

Asimismo, la descriminalización del aborto en casos de violación sexual – en todos los supuestos – encuentra sustento en los derechos fundamentales de la mujer, reconocidos en la Constitución Política del Perú y en el ordenamiento jurídico internacional. Adicionalmente, en virtud de lo recomendado por los organismos internacionales, los países se van inclinando por la solución de plazos y la solución de indicaciones, siendo muy pocas legislaciones las que defienden absolutamente la vida del feto (Roxin, 2004, p.1194).

De esta manera, el Estado debe garantizar el aborto, cuando se trate de embarazos producto de una violación sexual, a través de un marco legal claro y preciso, el cual debe vincularse a un Protocolo de Salud. A partir de ello, los requisitos para acceder al aborto deben respetar los derechos fundamentales de las mujeres.

Así, teniendo en consideración a la jurisprudencia comparada, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, concluyó que en los casos de violación sexual no debía exigirse una autorización judicial ni demandarse más que la denuncia de la violación; lo contrario, constituye disposiciones incompatibles con los derechos a la integridad física, psicológica y sexual, a la dignidad y a no sufrir tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes (Bergallo y Ramón, 2018, pp.14-15). De esta manera, es suficiente la presentación de una declaración escrita de la mujer en la que indique haber sido víctima de violación sexual, debiendo quedar descartado todo requerimiento que implique vulnerar su intimidad o su dignidad, como lo es el requisito de la

¹¹¹ Luis Mori sostenía en el año 1992 que plantear la descriminalización del aborto era una tarea difícil, por lo que lo más conveniente era la despenalización de este tipo penal (Ver en Luis Mori. La depenalización del aborto, 1992, p.111)

¹¹² El delito se vuelve una falta o infracción no penal, por ejemplo, una infracción administrativa o una multa; de esta manera, la descriminalización es todo proceso o decisión legislativa que conlleva la extracción de una conducta del Código Penal o de una Ley Penal (Ruiz, 1999, p.100; Prado, 2017, pp.18-19).

denuncia policial, que solo perpetua el estereotipo de género que la mujer es mentirosa por naturaleza.

De igual forma, no cabe hacer alusión al estado civil de la mujer víctima de este delito, puesto que lo contrario solo representa la continuidad de los estereotipos basados en género y los roles de maternidad y de cumplimiento sexual al cónyuge asignados a las mujeres. Ello, además de ser discriminatorio, resulta contradictorio con lo establecido en el artículo 170, toda vez que la violación sexual por parte del cónyuge constituye una agravante del tipo penal.

En relación a esto último, es necesario recalcar que este procedimiento debe realizarse con el consentimiento y la voluntad de la mujer, en virtud de sus derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional e internacional y en ejercicio efectivo de su derecho a la libertad en la toma de sus propias decisiones, pudiendo optar por la continuación del embarazo producto de una violación sexual. Esto mismo debería ser aplicable para las mujeres adolescentes entre los catorce y dieciocho años siguiendo los lineamientos del Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 (fundamento 14).

Cuando se trate de menores de catorce años, el Estado a través de una junta médica integrada por profesionales de distintas áreas, incluida la salud mental, debe determinar los mecanismos para realizar dicha intervención de acuerdo a lo establecido por los diferentes instrumentos internacionales de DDHH y, principalmente, lo dispuesto por la CIDN y su Comité. Ello, porque las adolescentes no deben ser madres, ya que, física y psicológicamente no están preparadas para tener hijos y, la calidad de vida que le pueden ofrecer es mínima al no tener estudios ni trabajo que permitan su estabilidad económica (Rhode, 2010, p. 86).

Por su parte, en cuanto al plazo, este debe ser concordante con los lineamientos del aborto terapéutico. Aunque, debe observarse que en la legislación comparada la interrupción de la gestación se realiza entre las doce y catorce primeras semanas, sustentándose en la diferencia que establece la ciencia obstétrica entre el embrión y el feto, toda vez que el primero no alcanza una forma humana hasta las doce semanas aproximadamente ni ha desarrollado la constitución definitiva de sus órganos y miembros (Castillo, 2008, p.909; Peña Cabrera, 2017, p.239). De ahí que, el Estado debe analizar lo más conveniente para salvaguardar los derechos de la mujer.

En este punto, es necesario señalar que la seguridad de la intervención está vinculada, principalmente, a la destreza y habilidad del personal que lo realiza, más que al desarrollo alcanzado por el embrión o el feto, garantizando en todo momento la debida observancia de los protocolos de seguridad y salubridad (Castillo, 2008, p.913; Peña Cabrera, 2017, p.238).

Por consiguiente, el Estado Peruano debe garantizar servicios de salud de calidad y el acceso oportuno al aborto en casos de violación sexual en cumplimiento de lo establecido por los organismos internacionales de derechos humanos. En esa línea, el Estado Peruano tiene la obligación de implementar políticas públicas que prevengan los embarazos adolescentes y no deseados y, facilitar el acceso a la información respecto al uso de anticonceptivos y favorecer su distribución. Por ello, resulta de suma importancia las políticas de educación sexual a fin de prevenir eficientemente los embarazos no deseados (Marquette, 2016, p.49).

Finalmente, cabe señalar que la palabra “aborto” tiene una connotación negativa, por lo que lo más adecuado para estos casos, es que el protocolo o guía que se elabore se denomine “interrupción de la gestación en casos de violación sexual”, tal como sucede en los casos del aborto terapéutico.



CONCLUSIONES

1. El Código Penal de 1863 no descriminalizó ninguna forma de aborto, y, en extremo, sus atenuantes y agravantes respondieron a estereotipos de géneros, posición social y roles asignados a las mujeres. Por su parte, el Código Penal de 1924 solo descriminalizó el aborto terapéutico; sin embargo, la modificación del Código Sanitario y la falta de una Guía Técnica para el procedimiento médico impidieron su práctica. Finalmente, el Código Penal de 1991 repitió la fórmula legal de su antecesor respecto al aborto terapéutico, aunque contempló tres atenuantes del tipo base. De esta manera, los tres Códigos Penales que ha tenido el Perú evidencian el carácter restrictivo del ordenamiento jurídico penal en materia de aborto y la prolongación de la discriminación contra la mujer basada en estereotipos de género.
2. En ese contexto, el inciso 1 del artículo 120 del Código Penal de 1991 estableció, por primera vez, la violación sexual fuera del matrimonio como atenuante del tipo base del delito de aborto; no obstante, esta resulta contradictoria con lo establecido en el artículo 170 del mencionado Código, dado que, la violación sexual vulnera la libertad sexual de las mujeres, y en extremo la discrimina por su estado civil. Esta discriminación se basa en criterios morales y estereotipos de género asignados a las mujeres, como su vocación a la maternidad en cumplimiento de su propia naturaleza y función reproductiva, sus deberes maritales y una visión tradicional de la familia, desconociendo totalmente sus derechos fundamentales.
3. La regulación de la atenuante descrita se debe a que un sector se opone a la descriminalización del aborto por violación sexual por cuanto se argumenta que el aborto vulnera el derecho a la vida del concebido, considerándolo como persona humana desde la concepción. Esta postura desconoce lo establecido en la Constitución Política del Perú, el Código Civil, el Código Penal y la doctrina penal, toda vez que, en el derecho penal la protección de la vida humana dependiente inicia con la anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer hasta el inicio del parto, y su vulneración se sanciona con el delito de aborto. En cambio, la vida humana independiente inicia con las primeras contracciones del parto y finaliza con la muerte y, su vulneración se sanciona con el delito de homicidio.
4. Desde un sector de la doctrina se alega, también, que la vida humana es un bien jurídico indisponible y, por lo tanto, la mujer no tiene el derecho de decidir sobre la vida del

feto; sin embargo, la doctrina penal establece que la protección de los bienes jurídicos tiene como principal fundamento y referente constitucional la dignidad de la persona y su realización personal, siendo posible renunciar a cualquier bien jurídico mediante el consentimiento. En caso no pueda consentir, el Estado puede aplicar alguna medida de protección que esté acorde al principio de proporcionalidad. Así, en el delito de aborto por violación sexual, la ausencia del consentimiento del feto no es un elemento relevante de análisis, correspondiéndole al Estado ponderar los derechos fundamentales de la mujer y los derechos del feto.

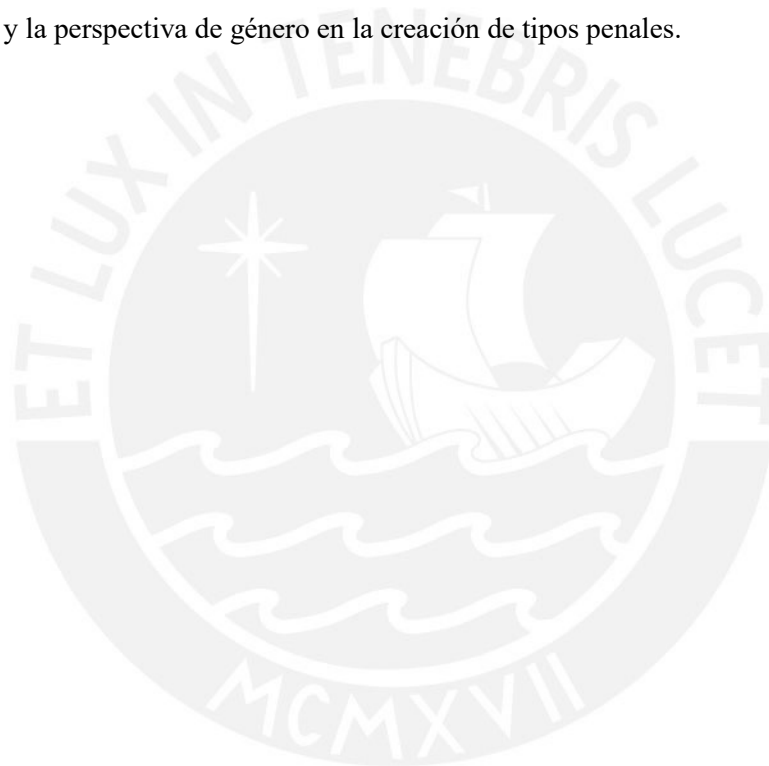
5. Por otro lado, se argumenta que la descriminalización del aborto implica que se aplique la teoría del derecho penal del enemigo al concebido, dejándolo totalmente desprotegido a través de la despersonalización y deshumanización. Este argumento es inexacto, puesto que, los ordenamientos jurídicos reconocen el derecho a la vida del concebido y protegen la misma durante su desarrollo intrauterino, tanto en el sistema de plazos como en el sistema de indicaciones, siendo que la intensidad de la protección de la vida de la vida del feto dependerá de la ponderación de los derechos fundamentales de la mujer que realice cada ordenamiento jurídico. Por lo tanto, derecho penal del enemigo no es una teoría que resulte aplicable al feto.
6. Si bien el ordenamiento jurídico peruano reconoce y protege la vida del concebido, de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia interna y de los organismos internacionales, esta protección no puede ser absoluta, sino que será gradual e irá incrementándose en la medida que la vida humana dependiente se desarrolle, debiendo ser ponderados con los derechos fundamentales de la mujer cuando sea necesario. Lo contrario, es decir, la protección absoluta de la vida del feto mediante la criminalización del aborto por violación sexual, constituye una vulneración a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, a su derecho a la vida, integridad, salud física y mental, a su libertad - autonomía como libertad sexual-, a la igualdad y a su dignidad.
7. Finalmente, hay argumentos jurídicos que aluden a los valores morales y religiosos de una sociedad, tergiversan el lenguaje en la descripción y análisis del tipo penal, imponen roles a las mujeres basados en estereotipos de género y, en extremo, cuestionan las cifras de aborto clandestino y la afectación de los derechos de la mujer. Estos argumentos en contra del aborto por violación sexual vulneran los derechos fundamentales de las mujeres, son opuestos a los principios del derecho penal y de un Estado Constitucional de Derecho, y sólo contribuyen a reforzar la resistencia que se tiene frente a la práctica

del aborto y a restringir su descriminalización. Adicionalmente, imponen roles de género, que impiden a la mujer decidir libremente y la obligan a la maternidad.

8. Frente a los argumentos que se oponen a la descriminalización del aborto en casos de violación sexual, debe indicarse que los organismos internacionales de derechos humanos han promovido y garantizado los derechos de las mujeres a través de instrumentos normativos y recomendaciones formuladas a los Estados Parte a fin de que flexibilicen sus normas respecto al aborto. Sin embargo, hasta la fecha, el Estado Peruano no cumple con las recomendaciones específicas de estos organismos, al no haberse realizado ninguna reforma legal orientada a la descriminalización del aborto en casos de violación sexual.
9. Debe considerarse, también, que el Derecho Penal se rige y adecúa a lo establecido por lo organismos internacionales y lo dispuesto por la Constitución. En ese sentido, la criminalización del aborto por violación sexual vulnera los principios del derecho penal, especialmente el de última ratio y mínima intervención, que establecen que el derecho penal no tiene como finalidad proteger los valores éticos y morales de la sociedad mediante la tipificación de conductas que los afectan, sino que tiene como finalidad proteger los bienes jurídicos de las conductas que los puedan afectar gravemente.
10. Además, en el derecho comparado las tendencias político criminales se van inclinando hacia una postura descriminalizadora del aborto, tanto por las recomendaciones de los organismos internacionales y, porque, en la realidad la criminalización no ha evitado su práctica clandestina. Por ello, desde la política criminal no es necesaria la intervención del Derecho Penal, al constatarse que el delito de aborto en casos de violación sexual tiene una pena simbólica, contribuye a la práctica clandestina, y pone en riesgo la vida y la salud de las mujeres gestantes.
11. Por otro parte, las cifras de aborto clandestino e inseguro demuestran que las penas con las que se sanciona el delito de aborto no cumplen con el fin preventivo general, con el fin preventivo especial, ni con el fin retributivo, puesto que, no inhibe la práctica del aborto no ha generado ningún efecto disuasivo, no hay persecución ni sanción del delito y, porque esta atenuante, se encuentra de facto descriminalizada.
12. Es así que, se observa que la tipificación del delito de aborto por violación sexual en el artículo 120 del Código Penal está basada en un estereotipo de género, que merma de manera significativa la dignidad y libertad de las mujeres al imponerles solo la opción

de la maternidad. Por ello, la perspectiva de género es fundamental para sustentar la evidente necesidad de descriminalizar el aborto por violación sexual, en la medida que la violación sexual afecta directamente a las mujeres y es una forma de obligarlas a cumplir y perpetuar un estereotipo de género asignado a ellas, vulnerando sus derechos fundamentales.

13. Del análisis realizado, se evidencia que existen fundamentos jurídico penales que sustentan la descriminalización del aborto por violación sexual en el ordenamiento jurídico peruano, entre ellos, el cumplimiento de lo dispuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio de mínima intervención del derecho penal, los avances en la política criminal, el cumplimiento de los fines de la pena y la perspectiva de género en la creación de tipos penales.



Bibliografía

- 1) Abad, S. (2012). *¿Es el Perú un Estado laico? Análisis jurídico desde los derechos sexuales y reproductivos*. Lima, Perú: Católicas por el Derecho a Decidir.
- 2) Aparisi, A. (2016). Género y persona. Del posfeminismo de género al modelo de la igualdad en la diferencia. En Ledesma Narváez, M. (Coord), *Género y Justicia* (pp. 25-46). Lima, Perú: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales.
- 3) Argueta, L. (2015). *Impacto emocional de las violaciones sexuales, en la vida escolar de los niños y adolescentes*. (Tesis de pregrado). Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/35291383.pdf>
- 4) Barroso, L. (2016). XII. El aborto en el debate público brasileño. Estrategias jurídicas para el embarazo anencefálico. En Cook, R., Erdman, J. y Dickens, B. (Eds), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias* [Traducido al español de *Abortion Law in Transnational Perspectives: Cases and Controversies*] (pp. 332-353). Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- 5) Bergallo, P., y Ramón A. (2018). La constitucionalización del aborto y sus encuadres en las altas cortes de América. En *La reproducción en cuestión: investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto* (pp.1-37). Buenos Aires: Eudeba. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/339149196_La_constitucionalizacion_del_aborto_y_sus_encuadres_en_las_altas_cortes_de_America_Latina
- 6) Bermúdez, V. (2008). La violencia contra la mujer y los derechos sexuales y reproductivos. *Derecho PUCP*, (Nº 61), 81-110.
- 7) Bernal, C. (2005). Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (Nº 74), 417-444.
- 8) Boladeras, M. (2013). El aborto: ¿Es bueno todo lo que es justo?”. En Luis, P. (Ed. y Coord). *La justicia entre la moral y el derecho* (pp. 143-163). Madrid, España: Trotta.
- 9) Cancio, M. y Jakobs, G. (2006). De Nuevo: ¿Derecho Penal del Enemigo? *En Derecho penal del enemigo* (pp. 85-152). Navarra: Aranzadi.
- 10) Casas, L. (2011). A treinta años de la CEDAW. Aborto y derechos humanos: una conexión necesaria. En Bergallo, P. (Compiladora), *Aborto y justicia reproductiva* (pp. 487-499). Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.
- 11) Castillo, J. (2008). Aborto. En *Derecho Penal. Parte Especial I* (pp. 895-1127). Lima: Editora Jurídica Grijley.
- 12) Católicas por el derecho a decidir (2012). Normatividad peruana sobre el aborto. Hoja Informativa N°6. Pp. 1-3. Recuperado de https://cddperu.org/sites/default/files/Hoja%20informativa%206%20normatividad%20sobre%20aborto_0.pdf
- 13) Católicas por el derecho a decidir (s.f.). Embarazo infantil se ha duplicado en menos de un año en el Perú. Recuperado de <https://www.cddperu.org/es/informacion/nota-de-prensa/embarazo-infantil-se-ha-duplicado-en-menos-de-un-ano-en-el-peru-0>
- 14) Chang, R., (2015). Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la constitución. *Themis. Revista de Derecho*, (Núm. 67), 205-216.

- 15) Código Penal [Código]. (1991) Edición Agosto 2017 Legales Ediciones
- 16) Código Civil [Código]. (1984) Edición Agosto 2011 Jurista Editores
- 17) Comisión Interamericana de Derechos Humanos (23 de octubre de 2017). Organización de los Estados Americanos. CIDH exhorta a todos los Estados a adoptar medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/165.asp>
- 18) Comisión Interamericana de Derechos Humanos (5 de septiembre de 2017). Organización de los Estados Americanos. CIDH saluda la aprobación de la ley de despenalización del aborto en tres causales en Chile. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/133.asp>
- 19) Comité Contra la Tortura (2017). *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura*. CO/4. 1 al 19 de mayo.
- 20) Comité de Derechos Humanos (22 de noviembre de 2005). Comunicación N°1153/2003. 17 de octubre a 3 de noviembre. CPR/C/85/D/1153/2003
- 21) Comité de Derechos Humanos (29 de marzo de 2000). Observación General N° 28. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3). Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/CCPR_C_21_Rev-1_Add-10_6619_S.pdf
- 22) Comité de los Derechos del Niño (19 de mayo a 6 de junio de 2003). Observación General N°4.
- 23) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (25 de noviembre de 2011). Comunicación N°22/2009. 3 al 21 de octubre.
- 24) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (02 de febrero de 2007). Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Perú.
- 25) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1999) Recomendación General N° 24. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4738_S.pdf
- 26) Congreso de la República (24 de septiembre de 2014) *Proyecto de Ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentida* [Proyecto de Ley N°3839-2014]
- 27) Congreso Nacional (14 de septiembre de 2017) Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales [Ley 21030 de 2017] Recuperado de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1108237>
- 28) Constitución Política del Perú [Constitución]. (1993) Octava Edición. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 29) Convención Americana de Derechos Humanos [Convención]. (1969). Organización de Estados Americanos.

- 30) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer [Convención] (1994). Organización de Estados Americanos.
- 31) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [Convención] (1979). Naciones Unidas.
- 32) Convención sobre los Derechos del Niño [Convención] (1989). Naciones Unidas
- 33) Cook, R. (2016). XVI. Significados estigmatizados del derecho penal sobre el aborto. En Cook, R., Erdman, J. y Dickens, B. (Eds), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias* [Traducido al español de Abortion Law in Transnational Perspectives: Cases and Controversies] (438-467). Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- 34) Cook, R., y Cusack, S. (2010). *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*. [Traducido al español de Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives] Pennsylvania: Universidad de Pennsylvania. Recuperado de https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdf
- 35) Cornejo, M. (2018) El inicio de la vida humana, su protección y la despenalización del aborto. *LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*, 55-59.
- 36) Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (10 de mayo de 2006). Sentencia C-355-06. [MP Araújo Rentería y MP Vargas Hernandez].
- 37) Cortes Generales (03 de marzo de 2010). Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. [Ley 2/2010 de 2010]. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/03/03/2/con>.
- 38) Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 21: Derecho a la Vida*. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo21.pdf>
- 39) Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 de mayo de 2013) Resolución. Medidas Provisionales Respecto de El Salvador. Asunto B.
- 40) Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de noviembre de 2012) Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Serie C No. 257
- 41) Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Civil de Lima (10 de diciembre de 2019). Resolución No. Veinticinco. Expediente N°0058-2018-0-1801-SP-CI-01.
- 42) Corte Suprema de Estados Unidos de América (22 de enero de 1973). Sentencia No. 70-18. 140 U.S. 113 *Roe v. Wade*. [Juez Blackmun] Recuperado de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Roe%20v%20Wade.pdf>
- 43) Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (06 de diciembre de 2011). Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116.
- 44) Dador, T. M. J. (2007). *El aborto terapéutico en el Perú*. Lima: PROMSEX. Recuperado de <https://promsex.org/wp-content/uploads/2012/07/EL-ABORTO-TERAPEUTICO-EN-EL-PERU.pdf>

- 45) Dador, T.M.J. (1997). *La discriminación de género en la ley penal: violación sexual dentro del matrimonio y el aborto atenuado por violación sexual*. (Monografía, Diploma en Estudios de Género, Pontificia Universidad Católica del Perú)
- 46) Declaración Universal de los Derechos Humanos [Tratado] (1948). Naciones Unidas
- 47) Defensoría del Pueblo (2011). *Violencia sexual en el Perú: Un análisis de casos judiciales*. Informe N°004-2011-DP/ADM.
- 48) Dembicz, K. (2015). El aborto en Cuba en el contexto socio-cultural de las libertades individuales. En *Estudios Culturales Latinoamericanos* (pp. 153-171). Varsovia: Cesla UW – Paradowski Ryszard. Doi: 10.13140/2.1.2706.9760 Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/271505553_EL_ABORTO_EN_CUBA_EN_EL_CONTEXTO_SOCIO-CULTURAL_DE_LAS_LIBERTADES_INDIVIDUALES
- 49) Díaz, I., Rodríguez, J. y Valega, C. (2019). *Feminicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género*. Lima, Perú: CICAJ
- 50) Díaz, J. C. y Ramírez, B. (2013). *El aborto y los derechos fundamentales*. Lima: PROMSEX. Recuperado de <https://promsex.org/publicaciones/el-aborto-y-los-derechos-fundamentales/>
- 51) El Comercio (16 de julio de 1990). Arzobispo de Lima condenó la pretendida legalización del aborto. *El Comercio*, p. A3
- 52) El Comercio (15 de julio de 1990). Conferencia Episcopal Peruana pide no hacer efectivo proyecto de legalización del aborto. *El Comercio*, p. [s.n]
- 53) El Comercio (13 de julio de 1990). Carta a “El Comercio”. *El Comercio*, p. [s.n]
- 54) El Comercio (11 de julio de 1990). Fiscal Elejalde se pronuncia contra el proyecto de nuevo Código Penal. *El Comercio*, p. [s.n]
- 55) El Comercio (9 de julio de 1990). Considerar figura del aborto sentimental es agravar aún más la crisis en general. *El Comercio*, p. A8
- 56) El Comercio (7 de julio de 1990). Precipitación impertinente [Editorial]. *El Comercio*, p. A2
- 57) Erdman, J. (2016). VI. El Giro Procesal. El aborto en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En Cook, R., Erdman, J. y Dickens, B. (Eds), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias* [Traducido al español de Abortion Law in Transnational Perspectives: Cases and Controversies] (pp. 159-186). Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica. Pp.159-186.
- 58) Espinoza, J. (2006). Capítulo I. Conceptos Preliminares. En *Derecho de las Personas*. Lima, Perú: Rhodas. Pp. 37-51
- 59) Espinoza, J. (2006). Capítulo IV. La Persona. En *Derecho de las Personas*. Lima, Perú: Rhodas. Pp. 163-191
- 60) Fernández Dávila, G. (1926). El delito de Aborto: Problema médico-legal y social. Lima, Perú: Luz de E.L. Castro.

- 61) Ferrajoli, L. (2002). La cuestión del embrión entre derecho y moral. *Jueces para la democracia. Información y debate.* (44), pp. 3-12. Recuperado de <http://www.juecesdemocracia.es/publicaciones/revista/articulosinteres/Lacuestiondelembri%C3%B3nentrederchoymoral.pdf>
- 62) Ferrando, D. (2006). *El aborto clandestino en el Perú.* Lima, Perú: Centro de Mujer Peruana Flora Tristán.
- 63) García, D. (1966). Breve paralelo entre el Código Penal Peruano de 1863 y el de 1924. *Themis – Época 1*, (3), 5-12.
- 64) García, J. (2014) *La lucha por la despenalización del aborto en El Salvador: El caso Beatriz.* (Trabajo de maestría). Universidad del País Vasco, España. Recuperado de <http://biblioteca.hegoa.ehu.es/registros/19964>
- 65) Gauché, X. (2016). Estándares sobre derechos sexuales y reproductivos en el derecho internacional de los derechos humanos. Aportes para su consideración en la discusión en Chile del proyecto de ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. En Casas, L. y Lawson, D. (Compiladoras). *Debates y Reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile* (pp. 45-76). Santiago de Chile, Chile: Talleres de Gráfica LOM.
- 66) Gianella, C. (2018). 13. Movimiento transnacional contra el derecho al aborto en América Latina. En Bergallo, P., Jaramillo, I. y Vaggione, J. (compiladores). *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras* (pp. 351-378). Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintinuno Editores S.A.
- 67) Gros, H. (2003). La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 4, 193-223.
- 68) Guerinoni, J. (1987). *El delito de aborto dentro de nuestro ordenamiento jurídico* (Tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú.
- 69) Guillén, H. (1979) El delito de aborto en el ordenamiento penal peruano. (Tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú.
- 70) Hooft, P. (2000). Anencefalia: consideraciones bioéticas y jurídicas. La ausencia de un substrato biológico mínimo ¿genera una diferencia moral? *Acta Bioethica*, Año VI (2), 265-282.
- 71) Hurtado, J. (1994). Delitos de Aborto. En *Manual de Derecho Penal. Parte Especial 2.* (pp. 7-86). Lima, Perú: Juris.
- 72) Hurtado, J. (1982). Homicidio y Aborto. En *Manual de Derecho Penal Parte Especial I.* (pp. 157-211). Lima, Perú: SESATOR
- 73) IPSOS (2020). Características de los niveles socioeconómicos en el Perú. Recuperado de <https://www.ipsos.com/es-pe/caracteristicas-de-los-niveles-socioeconomicos-en-el-peru>.
- 74) Jaramillo, I. (2010). *Marcos utilizados para la construcción de los derechos de la mujer por tribunales en una muestra global comparativa.* Pp. 15-28.
- 75) Juzgado Especializado en lo Constitucional, Primer Juzgado. (02 de julio de 2019) Sentencia Resolución No. Cuarenta y Siete. Expediente 30541-2014-0-1801-JR-CI-01.

- 76) Lamačkova, A. (2016). III. Los derechos de las mujeres en las sentencias sobre aborto del Tribunal Constitucional de Eslovaquia”. En Cook, R., Erdman, J. y Dickens, B. (Eds), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias* [Traducido al español de Abortion Law in Transnacional Perspectives: Cases and Controversies] (pp. 82-106). Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- 77) Landa, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. En *Derecho PUCP*, (71), 13-36.
- 78) La República (25 de julio de 1990). Mujeres plantean amplio debate sobre legalización del aborto. *La República*, p. Local 7.
- 79) Lemaitre, J. (2016). XI. El sexo, las mujeres y el inicio de la vida humana en el constitucionalismo católico”. En Cook, R., Erdman, J. y Dickens, B. (Eds), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias* [Traducido al español de Abortion Law in Transnacional Perspectives: Cases and Controversies] (pp. 306-331). Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- 80) Llaja, J. (2014). *Informe sobre el sistema de justicia y los casos de violencia sexual en el Perú*. Lima, Perú: DEMUS.
- 81) Llaja, J. (2009). *Justicia de Género. El derecho a la vida del concebido y la regulación del aborto*. Lima, Perú: DEMUS.
- 82) Loayza, J. (2016). La violación sexual desde un enfoque de género. Un análisis a partir de casos estratificados de niñas y adolescentes en Lima. En Ledesma Narváez, M. (Coord), *Género y Justicia* (pp. 203-251). Lima, Perú: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales.
- 83) López, D. y Micol, L. (2015). Una defensa del derecho al aborto desde el derecho penal mínimo. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 14 (2), 265 – 273.
- 84) Madrazo, A. (2016). XV. Narrativas sobre la personalidad jurídica prenatal en la regulación del aborto”. En Cook, R., Erdman, J. y Dickens, B. (Eds), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias* [Traducido al español de Abortion Law in Transnacional Perspectives: Cases and Controversies] (pp. 415-437). Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- 85) Marquette, M. V. (2016). *Argumentos jurídicos a favor y en contra de la despenalización del aborto en el ordenamiento jurídico argentino*. (Tesis de Pregrado) Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba, Argentina.
- 86) Martínez, E. (2017). La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y Europa. En Silva, L. (coord.), *Género y Derecho Penal* (pp. 141-170). Lima, Perú: Pacífico Editores S.A.C.
- 87) Mavila, R. (1991). Aborto: de lo prohibido y lo sugerido. En *Derecho y Sociedad*, Año 3 (4), 44-46.
- 88) Méndez, C., Pérez, F. y Zúñiga, L. (2003). Tema 6. El estudio científico del derecho penal y su evolución. En *Derecho Penal Parte General* (pp. 65-73). Salamanca, España: CISE.
- 89) Merino, N. y Taype, A. (2016). Hospitalizaciones y Muertes por Aborto Clandestino en Perú: ¿Qué dicen los números? [carta] *Rev Peru Med Exp Salud Pública*, 33 (4), 829-830

- 90) Ministerio de Salud (27 de junio de 2014). Resolución que aprueba la Guía Técnica Nacional para la Estandarización del Procedimiento de la Atención Integral de la Gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del código penal [Resolución N° 486-2014/MINSA] Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/201667/198435_RM486_2014_MINSA.pdf20180926-32492-173opqg.pdf
- 91) Ministerio Público Fiscalía de la Nación (2020). Boletín Estadístico del Ministerio Público Julio 2020, Boletín N° 7 Año 2020. Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1252091/BOLETIN_JULIO_2020%20%281%29.pdf
- 92) Ministerio Público (2018). Boletín Estadístico Diciembre 2018. https://www.mpfm.gob.pe/Docs/0/files/boletin_estadistico_diciembre_2018.pdf
- 93) Ministerio Público (2017). Anuario Estadístico del Ministerio Público 2017. https://portal.mpfm.gob.pe/descargas/imageninstitucional/criminalidad_organizada/anuario_estadistico_mpfm_2017.pdf
- 94) Ministerio Público (2016). Anuario Estadístico del Ministerio Público 2016. https://www.mpfm.gob.pe/Docs/0/files/anuario_estadistico_2016.pdf
- 95) Mir Puig, S. (2008). El tipo de omisión. En *Derecho Penal* (pp. 305-331). Barcelona, España: Reppetor.
- 96) Mori, L. (1992). *La Depenalización del aborto ético en el Perú*. (Tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú.
- 97) Naciones Unidas (2013). Declaración y Programa de Acción de Viena. Recuperado de https://www.ohchr.org/documents/events/ohchr20/vdpa_booklet_spanish.pdf
- 98) Naciones Unidas (1999). Resolución Aprobada por la Asamblea General “Medidas clave para seguir ejecutando el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo”. Recuperado de https://mexico.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Key_Actions_sp%281%29.pdf
- 99) Navas, L. (2017). Despenalización de la interrupción del embarazo y protección del embrión humano: ejemplo suizo. En Silva, L. (coord.), *Género y Derecho Penal* (pp. 267-286). Lima, Perú: Pacífico Editores S.A.C.
- 100) Niño, M. I. y Rincón, J.C. (2018). 14. Radiografía de los argumentos conservadores contra el aborto en Colombia. Sugerencias para un movimiento pro liberación”. En Bergallo, P., Jaramillo, I. y Vaggione, J. (compiladores). *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras* (pp. 379-406). Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores S.A.
- 101) Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público del Perú (2018). Resumen Ejecutivo. Criminalidad Común, Violencia e Inseguridad Ciudadana: 2013-2018. Elaborado con datos registrados en las fiscalías provinciales a nivel. Recuperado de [https://www.mpfm.gob.pe/Docs/observatorio/files/ejes_\(1\)_rev.pdf](https://www.mpfm.gob.pe/Docs/observatorio/files/ejes_(1)_rev.pdf)
- 102) Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público del Perú (2013). Mapa del Delito. Recuperado de <https://portal.mpfm.gob.pe/boletinformativo/infomapasdeldelito>

- 103) Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar (2018). Abuso sexual y embarazo en niñas. Recuperado de <https://observatoriovioencia.pe/ninas-embarazadas/>
- 104) Organización Mundial de la Salud (2014). Del concepto a la medición: la aplicación práctica de la definición de aborto peligroso utilizada en la OMS. Recuperado de <https://www.who.int/bulletin/volumes/92/3/14-136333/es/>
- 105) Oré, E. (2009). El Delito de Aborto. *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Lima, Tomo 4, pp. 13-26.
- 106) Ossandón, M. (2016). Aborto cuando el embarazo es resultado de una violación: un injusto penal eventualmente no exigible. En Casas, L. y Lawson, D. (Compiladoras). *Debates y Reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile* (pp. 261-275). Santiago de Chile, Chile: Talleres de Gráfica LOM.
- 107) Ossandón, M. (2012). Aborto y justificación. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago de Chile, 39(2), 325 – 369.
- 108) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [Tratado] (1966). Naciones Unidas
- 109) Peña Cabrera, A. (2017). Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Lima: Gaceta Jurídica
- 110) Peña Cabrera, A (2009). La política criminal del aborto en el marco de una discusión despenalizadora. *Gaceta Penal*. Lima, (4), 31 – 40.
- 111) Planned Parenthood (2010). Donde Roe no existe: Análisis del impacto del aborto ilegal en el Mundo. Pp. 1-5. Recuperado de https://www.plannedparenthood.org/uploads/filer_public/f9/0c/f90c1fb2-ff30-49c3-9081-9ac0495d257/aborto_ilegal_en_el_mundo_102610.pdf
- 112) Prado, V. (2017). Derecho Penal. Parte Especial: Los delitos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- 113) PROMSEX (2019). El aborto en cifras: Encuesta a mujeres en el Perú. Recuperado de <https://promsex.org/wp-content/uploads/2019/02/EncuestaAbortoDiptico.pdf>
- 114) Ramírez, B. (2017). Articulando respuestas: estándares sobre violencia contra las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos y sus concordancias en el Perú. En Silva, L. (coord.), *Género y Derecho Penal* (pp. 105-139). Lima, Perú: Pacífico Editores S.A.C.
- 115) Rey, F. (2012). ¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia «A, B y C vs. Irlanda», del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En *Pensamiento Constitucional*, Año 16 (16), 171-181.
- 116) Reyna, L. (2009). Reflexiones sobre las propuestas de descriminalización del aborto eugenésico y sentimental”. *Gaceta Penal*, (4), 27 – 30.
- 117) Rhode, D. (2010). El embarazo adolescente y la política pública. En Bergallo, P. (Compiladora), *Justicia, Género y Reproducción* (pp. 71-104). Ciudad de Buenos Aires, Argentina: Librería Ediciones.
- 118) Risso, M. (2012). Interrelación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (16), 305-328.

- 119) Rosas, J. (2009). Capítulo 1 Introducción. En Derecho Procesal Penal (pp. 47-64). Lima: Jurista Editores.
- 120) Roxin, C. (2013) El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-27.
- 121) Roxin, C. (2004). La protección de la vida humana mediante el derecho penal. En López J. y Zugaldía, J. (Coord.s), *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo II* (pp. 1189-1198). Barcelona/Madrid, España: Marcial Pons.
- 122) Roy Freyre, L. (1986). Aborto. En *Derecho Penal*. Lima [s.n] pp. 249-297
- 123) Rubio, R. (2016). II. El aborto en Portugal. Nuevas tendencias en el constitucionalismo europeo”. En Cook, R., Erdman, J. y Dickens, B. (Eds), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias* [Traducido al español de *Abortion Law in Transnational Perspectives: Cases and Controversies*] (pp. 55-81). Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- 124) Ruiz, E. (1999). Descriminalización y despenalización. *Reforma Penal y Descriminalización. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (13), 97-104. Recuperado de <https://www.ehu.es/documents/1736829/2174310/08+Descriminaliz.pdf>
- 125) Salmón, E. (2014). Capítulo 10. La aplicación del derecho internacional en el orden jurídico interno. En *Curso de Derecho Internacional Público* (pp. 269-287). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 126) Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. (22 de octubre de 2012) Ley de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. [Ley 18987 de 2012]. Recuperado de <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp2972722.htm>
- 127) Serrat, E. (2008). ¿Qué es y para qué sirve la perspectiva de género?. Oaxaca, México: Instituto de la Mujer Oaxaqueña.
- 128) Siegel, R. (2016). I. La constitucionalización del aborto. En Cook, R., Erdman, J. y Dickens, B. (Eds), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias* [Traducido al español de *Abortion Law in Transnational Perspectives: Cases and Controversies*] (pp. 27-57). Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- 129) Siegel, R. (2010) Los argumentos de igualdad sexual a favor de los derechos reproductivos: su fundamento crítico y su expresión constitucional en evolución. En Bergallo, P. (compiladora), *Justicia, Género y Reproducción* (pp. 47-69). Buenos Aires, Argentina: Librería Ediciones.
- 130) Silva Sánchez, J. (2007). Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (9), 01-18.
- 131) Taracena, R. (2005). El aborto a debate. Análisis de los argumentos de liberales y conservadores. *Desacatos*, (17), 15-32. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/desacatos/n17/n17a2.pdf>
- 132) Tood-Gher, J. y Zampas, C. (2011). El aborto como un derecho humano. Estándares regionales e internacionales. En Bergallo, P. (compiladora), *Aborto y justicia reproductiva* (pp. 419-485). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto S.R.L.

- 133) Tribunal Constitucional. (16 de abril de 2014) Sentencia del Expediente N°02437-2013-PA/TC
- 134) Tribunal Constitucional. (16 de octubre de 2009) Sentencia del Expediente N° 02005-2009-PA/TC. (2009a)
- 135) Tribunal Constitucional. (11 de febrero de 2009) Sentencia del Expediente N° 05527-2008-PHC/TC. (2009b)
- 136) Tribunal Constitucional. (19 de diciembre de 2007) Sentencia del Expediente N° 06057-2007-PHC/TC.
- 137) Tribunal Constitucional. (17 de octubre de 2005) Sentencia del Expediente N°6712-2005-HC/TC. (2005a)
- 138) Tribunal Constitucional. (21 de julio de 2005) Sentencia del Expediente N°0019-2005-PI/TC. (2005b)
- 139) Tribunal Constitucional. (03 de junio de 2005). Sentencia del Expediente N° 0050-2004-AI/TC, Expediente N° 0051-2004-AI/TC, Expediente N° 0004-2005-PI/TC, Expediente N° 0007-2005-PI/TC, Expediente N° 0009-2005-PI/TC. (2005c)
- 140) Tribunal Constitucional. (01 de abril de 2005). Sentencia del Expediente N° 0048-2004-PI/TC. (2005d)
- 141) Tribunal Constitucional. (24 de noviembre 2004). Sentencia del Expediente N°2868-2004-AA/TC (2004a)
- 142) Tribunal Constitucional. (12 de agosto de 2004). Sentencia del Expediente N°2333-2004-HC/TC (2004b)
- 143) Tribunal Constitucional. (23 de abril de 2004). Sentencia del Expediente N°2945-2003-AA/TC (2004c)
- 144) Tuesta, D. (2016). Sociología de la justicia penal y la cuestión de género. En Ledesma Narváez, M. (Coord), *Género y Justicia* (pp. 273-298). Lima, Perú: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales.
- 145) Undurraga, V. (2016). IV. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las normas sobre el aborto” E En Cook, R., Erdman, J. y Dickens, B. (Eds), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias* [Traducido al español de Abortion Law in Transnational Perspectives: Cases and Controversies] (107-130). Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- 146) Varela, N. (2019) La mirada feminista. ¿Para qué sirven las gafas? *En Feminismo para principiantes*. Barcelona: Ediciones B. Pp. 223-237.
- 147) Vasallo, D. (2004). El derecho a la vida del concebido frente a la píldora del día siguiente”. *Brújula/ Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, Año 5 (No. 7), 26-34.
- 148) Villanueva, R. (1999). La violencia sexual: un problema de seguridad ciudadano. Defensoría del Pueblo. Informe N° 21

- 149) Villavicencio, F. (2017). *Derecho Penal Básico*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- 150) Villavicencio, F. (2014). *Derecho Penal. Parte Especial*. Lima, Perú: Grijley
- 151) Villavicencio, F. (2013). La protección de la vida humana mediante el derecho penal. En *Libro Homenaje al profesor José Hurtado Pozo. El penalista de dos mundos* (pp.721-734), Lima: IDEMSA.
- 152) Wayka (28 de mayo de 2018). *Muertes maternas en Perú por abortos clandestinos*. [Archivo de video] Recuperado de <https://wayka.pe/muertes-maternas-en-peru-por-abortos-clandestinos/>

