Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

ESCUELA DE POSTGRADO

TESIS

Presentada para optar el Grado Académico de MAESTRO en DERECHO con mención en CIENCIAS PENALES

PRESENTADO POR:

ABG. WILMER LINO PÉREZ GONZALES

ASESOR:

M. Sc. WALTER RAMOS MANAY

Lambayeque, Setiembre del 2016

"DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO SENTIMENTAL Y EUGENÉSICO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO"

----------	**----------**
ABG. WILMER LINO PÉRES GONZALES	**M. Sc. WALTER RAMOS MANAY**

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado Académico de: MAESTRO EN DERECHO CON MENCION EN CIENCIAS PENALES.

APROBADO POR:

_____

DR. JOSE MARIA BALCAZAR ZELADA
PRESIDENTE DEL JURADO

_____

M. Sc. RICARDO PONTE DURANGO
SECRETARIO DEL JURADO

_____

M. Sc. FREDY HERNANDEZ RENGIFO
VOCAL DEL JURADO

Setiembre, 2016

DEDICATORIA

A MIS PADRES, quienes con su infinita paciencia y sacrificio han permitido la obtención de tan anhelado grado académico.

AGRADECIMIENTO

A Dios Todopoderoso, por iluminar guiar nuestro camino y ayudarnos a superar los obstáculos que se presentan en nuestras vidas.

INDICE

CAPITULO I 11
1. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA 11
1.1. REALIDAD PROBLEMATICA. 11
1.1.1 Planteamiento del Problema. 11
1.1.2 Formulación del Problema. 12
1.2. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO. 12
1.2.1 Justificación del estudio. 12
31.2.2 Ponderación del derecho a la vida frente al derecho de la mujer 12
1.3. OBJETIVOS 22
1.4. HIPOTESIS 23
1.5. VARIABLES 23
CAPITULO II 24
2. MARCO TEORICO 24
2.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA 24
2.2. ANTECEDENTES HISTORICOS. 26
2.3. PROBLEMÁTICA DEL ABORTO. 29
A. Sistema criminalizador. 29
B. Sistema discriminalizador. 31
2.4. DEFINICION DE ABORTO 33
2.5. TIPOS DE ABORTO EN GENERAL 40
A. Aborto Espontáneo: 40
B. Aborto Inducido: 41
C. Aborto Legal: 42
D. Aborto Ilegal 42
2.6. TIPOS DE PRÁCTICAS DE ABORTO 42
A) Aborto por succión 42
B) Dilatación y Legrado: Curetaje (D y C) 43
C) Aborto por Solución (inyección) Salina 43
2.7. DESCRIPCION TIPICA DEL ABORTO EN EL CODIGO PENAL PERUANO 44
A) AUTOABORTO 44

B) ABORTO CONSENTIDO..... 45
C) ABORTO SIN CONSENTIMIENTO 49
D) AGRAVACIÓN DE LA PENA POR LA CALIDAD DEL SUJETO. 52
E) ABORTO PRETERINTENCIONAL 52
F) ABORTO TERAPEÚTICO 52
G) ABORTO SENTIMENTAL Y EUGENÉSICO 53
2.8. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL ACCESO AL ABORTO SENTIMENTAL Y EUGENESICO 53
A) EL DERECHO A LA VIDA. 54
B) DERECHOS A LA SALUD Y A LA ATENCIÓN MÉDICA. 55
C) DERECHOS A LA NO DISCRIMINACIÓN Y A LA IGUALDAD. 56
D) DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL 57
E) DERECHO A LA LIBERTAD. 57
F) DERECHO A LA PRIVACIDAD 58
G) DERECHO A LA INFORMACIÓN. 58
H) DERECHO A NO SER SOMETIDO AL TRATO CRUEL, INHUMANO Y DEGRADANTE. 59
I) DERECHO A DECIDIR EL NÚMERO DE HIJOS E INTERVALO ENTRE LOS NACIMIENTOS. 59
J) DERECHO A GOZAR DE LOS BENEFICIOS DEL PROGRESO CIENTÍFICO. 60
K) DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CONCIENCIA. 61
2.9. EL DERECHO Y LA CAPACIDAD DE LA MUJER PARA DECIDIR SOBRE LA VIDA. 62
A) CAUSAS POR LAS CUALES LAS MUJERES ABORTAN. 62
B) FACTORES DE DESINCRIMINACION 65
2.10. FORMAS DE DESINCRIMINACIÓN. 69
2.11. CAPACIDAD DE ELECCION DE LA MUJER. 71
2.12. POSTURAS EN CONTRA Y A FAVOR DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO SENTIMENTAL O POR VIOLACIÓN SEXUAL. 75
A) POSTURAS EN CONTRA DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR VIOLACIÓN SEXUAL. 75
B) POSTURAS A FAVOR DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR VIOLACIÓN SEXUAL. 76

2.13. LA PENA EN EL DELITO DE ABORTO SENTIMENTAL Y EUGENESICO. 80

2.14. FUNDAMENTOS DE LA ATENUACIÓN DEL ABORTO SENTIMENTAL Y EUGENESICO. 81

2.15. EL DELITO DE ABORTO "SENTIMENTAL Y EUGENESICO" EN EL DERECHO COMPARADO. 82

2.16. ANÁLISIS DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA VIDA FRENTE AL DERECHO DE LA MUJER

CAPITULO III 91

3. ANALISIS Y DISCUSION DE LOS RESULTADOS O DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS. 91

3.1. DISEÑO DE CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS. 91

3.2. POBLACION Y MUESTRA 91

3.3. CUADROS ESTADISTICOS DEL CAMPO DE INVESTIGACION 91

- **ENCUESTA DIRIGIDA A MUJERES 92**
- **ENCUESTA DIRIGIDA A FISCALES 96**

CONCLUSIONES 110

RECOMENDACIONES 112

REFERENCIA BIBLIOGRAFICAS 113

RESUMEN

La presente investigación es acerca de La despenalización del aborto sentimental y eugenésico, lo cual en cierta manera disminuirán la muerte de mujeres, que en su mayoría realizan abortos clandestinos, esto responde a la existencia de vacíos legales que se presentan dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello, se realizó un análisis jurídico exhaustivo del referido delito de aborto, donde el que es víctima de una violación sexual y resulta embarazada debe tener su libertad de maternidad, por lo que si decidera abortar, no tendría que hacerlo clandestinamente, y de esta manera exponer su vida y esta pueda morir. Sin embargo en muchos de los casos estas jóvenes se hacen acreedoras del delito de aborto consentido.

Por tal motivo, se propone: despenalizar el aborto “sentimental” y eugenésico en nuestro Código Penal y de esta manera dejaría de ser una infracción punible, por lo que debería realizarse una modificación legal, con el fin que se reduzca el alto índice respecto al caso de muertes de jóvenes que han decidido impedir su embarazo por haberse producido como consecuencia de una violación sexual o por presentarse en algunos casos los abortos eugenésicos; y lo que en suma le produciría daño al feto, daño psicológico y sí como daño emocional y social.

ABSTRACT

This research is about the decriminalization of sentimental and eugenic abortion, which in some way diminish the deaths of women, most of whom perform illegal abortions, it responds to the existence of loopholes that arise within our legal system.

Therefore, a comprehensive legal analysis of that crime of abortion, where he is a victim of rape was made and is pregnant must have their freedom of motherhood, so if you determine that it should abort, would not have to clandestinely, and this way expose his life and this can die. However in many cases these young creditor consent of the crime of abortion are made.

Therefore, it is proposed: decriminalize "sentimental" and eugenics in our Penal Code and thus abortion would not be a punishable offense, so a legal amendment should be made, in order that it may reduce the case of deaths young people who have decided to prevent pregnancy result of rape or occur in some cases eugenic abortions.

INTRODUCCION

La presente investigación tiene por fin proponer la despenalización del aborto sentimental y eugenésico, teniendo como fundamento no solo la vulneración de los derechos de la mujer con su criminalización, sino además las cifras tangibles de muertes en nuestro país ocasionadas en su mayoría por la realización de aproximadamente 1000 abortos clandestinos diarios; habiéndose convertido en un tema de debate eterno, que pese a la existencia de fundamentos valederos, nuestros legisladores no se atreven a normar.

Es necesario fomentar la discusión acerca de este tema, dado que lo consideramos concerniente tanto a abogados como a teóricos del derecho y sociedad en general; siendo el principal objetivo buscar el punto medio ente las posturas existentes que oscilan desde la absoluta permisibilidad hasta la total prohibición; evitando la vulneración de derechos de todas las partes inmiscuidas. Por ello, se realizó un análisis jurídico exhaustivo del referido delito de aborto, y se revisaron sentencias de casos puntuales referentes al aborto eugenésico y sentimental; permitiendo que realicemos un análisis racional de ponderación de derechos para justificar su despenalización; lo cual en nuestra postura evidentemente disminuiría la muerte de muchas mujeres, que en su mayoría recurren a la realización de abortos clandestinos.

Este es un tema que merece una solución respetuosa de la humanidad, de las partes involucradas; así como coherente dentro del marco en cual nos encontramos inmersos. "*Una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a una mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección*". La imposición de una sanción ante el aborto eugenésico y sentimental, afecta la dignidad de las mujeres como personas sujetos de derechos, puesto que supone que dejen de ser un fin en sí mismas para convertirse en un instrumento de la vida que gestan.

CAPITULO I

1. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. REALIDAD PROBLEMATICA.

1.1.1 Planteamiento del Problema.

En el Perú y el resto del mundo, pocos temas son tan controversiales como el aborto. En los países euro-asiaticos como: Rusia, China; Norteamérica y países latinoamericanos como: Brasil, Argentina y Uruguay, mantienen una posición liberal respecto al tema.

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

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

Recientemente se aprobó a nivel de la Comisión Especial Revisora del Código Penal peruano del Congreso, un proyecto para despenalizar el aborto en casos de violaciones o de graves anomalías en el feto, lo que se conoce como aborto eugenésico, añadiéndose así al terapéutico. Como era de esperarse la Iglesia Católica se opuso a esta medida, generando opiniones divididas entre los miembros del gabinete ministerial, sin embargo, el debate está lejos de acabar aún fuera del rango ministerial.

La voz de protesta de un sector de la población obligó al legislador a cambiar su planteamiento tipificando como aborto privilegiado o atenuado estas dos modalidades, tal como aparece en la redacción del artículo 120 del Código Penal, sin embargo, aún no se ha despenalizado dichos tipos de aborto, lo que ha generado que en el Perú existan muchas muertes de mujeres productos de los abortos clandestinos.

1.1.2 Formulación del Problema.

¿La despenalización del aborto sentimental (embarazo a consecuencia de una violación sexual y eugenésico, lograría reducir el número de muertes y secuelas producto de los abortos clandestinos en Lambayeque?

1.2. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

1.2.1. **Justificación del estudio**

Justifico el presente trabajo en las diversas controversias suscitadas por nuestra doctrina y jurisprudencia, porque el aborto es y siempre ha sido, uno de los medios más utilizados en el mundo entero para limitar el número de hijos. En el Perú es muy frecuente y debido a su carácter de ilegal, se realiza en condiciones que ponen en peligro la salud y a menudo la vida de muchas mujeres.

En esta situación las mujeres de escasos recursos económicos son las más desfavorecidas; las que tienen dinero suficiente, pueden lograr un aborto en buenas condiciones de higiene y seguridad, mientras que las que carecen de dinero, las cuales puedo decir que son la gran mayoría de la población femenina, se ven reducidas a recurrir a las practicas más primitivas, y por lo mismo más peligrosas.

1.2.2. **Ponderación del derecho a la vida frente al derecho de la mujer**

Asimismo, esta investigación se justifica teniendo en cuenta que al proponer la despenalización del aborto eugenésico y sentimental se tendrá que analizar y fundamentar en que nos basamos para plantear que estos dos tipos de aborto no sean considerados como atenuantes, sino que deban ser planteados como una opción de elección libre que se le debe atribuir a la madre por las circunstancias en las que tendría a un niño y que dicha decisión no implicará una sanción por parte del estado.

Sobre el aborto sentimental:

Arribar al aborto sentimental parte del hecho salvaje y aberrante como lo es haber sido víctima de una violación donde no existió ningún consentimiento por parte de la agraviada sino que por el contrario queda consumado un acto contra la dignidad de la persona para acceder al acto sexual; en esa línea de ideas, llegar a pensar en el aborto, después de que se abusó sexualmente de una mujer dejándola embarazada es hasta cierto punto lógico y justo para la víctima, pues se pone en riesgo su vida, su futuro, ya que en ningún momento planificó tener un bebe, muchos menos de su agresor, dejando de lado sus intereses e ideales y el poder tener la ilusión de esperar a un bebe con amor, con la persona a quien se ama, con quien existe un sentimiento, una relación amorosa de por medio.

Pensar en que una mujer violada se encuentra condenada a tener un hijo de un desconocido, muchas veces hasta de un familiar cercano, es realmente indignante. El someterla y prácticamente obligarla a criar en su vientre a alguien por quien no siente instinto maternal, quien en definitiva no le genera sentimiento de cariño, de ternura, sino que le hace recordar los momento terribles que vivió cuando fue perpetrada es incluso someterla a una tortura psicológica todo con la finalidad de respetar el derecho a la vida, por ello y en ello me baso para plantear la justificación de la presente investigación, en que se debe tener en

consideración otros aspectos con la finalidad de evaluar la legislación que regula el aborto y replantear lo dispuesto, reestableciendo una norma que sanciona el aborto sentimental y permitir que este sea posible.

Cuando el legislador sanciona el aborto sentimental no tiene en cuenta todos los derechos que se contraponen, pues ***lejos de analizar el derecho a la vida de un nuevo ser humano, debería también analizar el contexto en el que se desarrollará esa vida***, considerando que no se trata de salvaguardar el derecho a la familia, mucho menos el respeto a la nueva vida, sino que ***el análisis debería encaminarse a evaluar cómo sería la realidad para este nuevo ser, más aun considerando que el padre es el violador y su madre es una simple víctima que no deseaba tener al bebe antes de quedar embarazada***, mucho menos tuvo la oportunidad de elegir al sujeto con quien compartiría la paternidad. En estas circunstancias jamás se formará una familia y las condiciones para este ser humano en camino sería la desdicha desde el vientre de su madre, al nacer con un padre que será castigado por ser violador, un padre que no le brindará afecto y que económicamente le brindara algo simbólico después de una demanda de alimentos.

Por un lado, dentro de la protección del derecho a la vida, tenemos a un ser humano que será capaz de decidir, pero nos preguntaríamos ¿Decidir entre qué? ¿Decidir por qué? ¿Tendrá alternativas?, ¿Qué le ofrece el mundo? Si la obligación de los padres es brindar protección y seguridad y; si se considera que los primeros años de vida son vitales para asegurar el sostenimiento y el crecimiento de una criatura indefensa que vino al mundo. ¿Qué ocurre con los bebes que nacen producto de una violación? En algunos casos son llevados a un albergue, en otros criados por familiares y en algunos por la madre, en cualquiera de los tres contextos ¿Tendrá una calidad de vida que le

asegure y le de oportunidades a lo largo de su vida? De qué vida estamos hablando, cual es el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la vida, acaso el solo hecho de nacer, ¿Qué protege el derecho a la vida? El que una madre pueda traer al mundo a un niño …¿En este acto, culmina el derecho a la vida? ¿O es que el derecho a la vida comprende la calidad de vida, las condiciones básicas para la subsistencia y el derecho a tener una familia?

El estado debe garantizar no solo que se respete el derecho a la vida, sino que se den un conjunto de componentes ideales para que la vida de los seres humanos tenga sentido, para brindarle al ser humano la posibilidad de tener las mismas oportunidades, caso contrario tendremos que, sumados a los delitos cometidos para generar vida (la violación sexual), se sigan vulnerando las condiciones para que la vida se ejerza con normalidad.

El derecho a la vida no se debe resumir en el acto por el cual una mujer da a luz a un niño y protege el derecho a su nacimiento, por el que le da la oportunidad de vivir, sino que el derecho a la vida debe garantizar las mismas oportunidades para todos, condiciones básicas para tener una vida digna, la oportunidad de ser feliz y sentirse amado. El derecho a la vida es el inicio para el respeto de todos los demás derechos que aseguren el normal crecimiento de un nuevo ser humano, sino se dan esas condiciones de vida. ¿Vale la pena obligar a una madre a tener un niño que no quiere?

¿Un niño producto de una violación podrá ser visto con amor por su madre? ¿Estará la madre en capacidad para velar por la seguridad económica y psicológica del menor considerando que ha sido violada y que producto de este acto ha quedado embarazada? ¿La terapia psicológica que se tendría que llevar posterior a la violación será

necesaria solo para la madre? ¿De qué forma repercute en el niño no ser querido, no ser amado y ser producto de una relación sexual?

Vamos analizando el respecto al derecho de la vida de un nuevo ser humano y encontramos que esa nueva vida ha sido concebido en un problema y que la vida que le espera no es la más deseable por nadie ya que empieza su caminar solo con la mujer que le daría a luz, salvo alguna institución como orfanato se haría cargo, de no ser aceptado por su madre una vez nacido.

Si bien es cierto, no todas las mujeres embarazadas a consecuencia de una violación deciden interrumpir sus embarazos, aunque un amplio número sí opta por este camino: Pineda (2011) da cuenta de estudios en los que entre el 50% y 65% de mujeres embarazadas como producto de una violación interrumpieron sus embarazos. Estas cifras resaltan la necesidad de que exista la posibilidad legal de tomar una decisión y muestra que, inclusive en contextos de ilegalidad, las mujeres interrumpen sus embarazos exponiéndose a un aborto inseguro, lo que impacta en la morbimortalidad materna (Dato extraído de la Organización Mundial de la Salud 2012)

A esto vale ahondar señalando que si bien el aborto de por si es una conducta reprochable una conducta que merece una pena, no hay necesidad del establecimiento de una pena dado el contexto en el que ocurre este acto, de ahí que el Dr. Víctor Prado en afán de explicar los delitos que no deben ser sancionados ejemplifica los hurtos entre padres e hijos que si bien estos merecen una sanción no habría necesidad de sancionar porque el hecho punible ha ocurrido dentro de lo familiar. Al respecto sería interesante consultar si con la vida podría pensar lo mismo y en definitiva la respuesta a esta pregunta abierta sin ningún sustento sería NO, se debe sancionar el aborto, sin embargo, si dentro de la pregunta se plantean las situaciones

adicionales que acarrearon el embarazo como la violación sexual o el hecho de que un niño presente taras físicas o psicológicas comprobadas durante el embarazo sería factible apostar por un aborto.

Por otro lado dentro de la ponderación que estamos realizando al derecho de la mujer, nos encontramos frente a un escenario donde a la mujer se le ha vulnerado su derecho, al ser vista y utilizada como objeto sexual, al ser violada y humillada por su agresor hasta no dejarle nada más que un cuarto de dignidad con la que se levanta y piensa en continuar. Ya vulnerado su derecho a decidir libremente con quien tiene una relación sexual se le pretende seguir vulnerando su derecho a decidir y a querer sobreponer el derecho a la vida, frente a su propia vida y en definitiva frente a su propia dignidad.

Una violación sexual es un acto sumamente reprochable y condenable; por ende tiene efectos devastadores en una mujer puesto que afecta la dignidad de la víctima, su integridad mental como física, al derecho a la salud emocional y psicosomática se ve seriamente afectado; y así como el libre desarrollo de la personalidad de la víctima ahora gestante, vulnerándose con mayor énfasis el Proyecto de Vida de la Mujer. Es así que el tipo penal previsto para el “aborto sentimental” no supone en la práctica una total protección a la vida del concebido, que es el Bien Jurídico Tutelado; pues conlleva a someter a quien lo comete a un proceso penal, que sumará los traumas transcurridos: la violación, el conocimiento de un embarazo y la decisión de un aborto en un lugar insalubre.

Por lo que la despenalización del “aborto sentimental” que se propone busca en toda su magnitud la protección absoluta de la Dignidad de la Mujer, Derecho Fundamental reconocido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra

la Mujer “Convención de Belem Do Para” ratificada por el Perú el 04.02.1996.

Las mujeres violadas corren el riesgo de adquirir enfermedades de transmisión sexual, incluido el VIH, pueden presentar trastornos de estrés postraumáticos, caracterizados por el recuerdo de escenas pasadas, pesadillas, ideas recurrentes, sentimientos de parálisis, asilamiento autoimpuesto, uso incrementado de drogas y alcohol, pueden presentar cefalea crónica, fatiga, disturbios del sueño, pesadillas y desórdenes alimentarios. Cuando se ha producido un embarazo como producto de la violación, la gestante puede llevar con rechazo al feto. En el mismo sentido, se ha señalado que “la violencia sexual tiene un fuerte impacto en la subjetividad de las mujeres que la sufren” (Escribens 2012: 24). El embarazo se constituye en una continuación del abuso, es un segundo momento traumático que se vive como de invasión del propio cuerpo; el/la hijo/a nacida/o como producto de la violación se convierte en prueba constante del abuso y eso motiva el abandono como forma de liberación (Escribens 2012: 42-47).

La Constitución Política del Perú establece en su artículo primero que la defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, frente a esto nos encontramos que la Carta Magna reconoce la defensa por la vida pero al mismo tiempo defiende el respeto por la dignidad de la persona, en tal sentido, corresponde evaluar minuciosamente cuál de los dos derechos debe primar cuando están en riesgo posiblemente hasta dos vidas. Señalo que se encuentran en peligro dos vidas puesto que si una de ellas depende de la otra, esta segunda que se encuentra en una posición de poder y de decidir sobre la vida de la primera, puede también poner en riesgo su vida cuando decide no dar a luz al nuevo ser producto de una violación sexual cuando decide libremente

abortar, puesto que como este acto no está permitido y está sancionado por la legislación, se prefiere optar por este hecho a escondidas, se prefiere arriesgar la propia vida porque no recibe protección por parte del estado y mucho menos instituciones de salud adecuadas que le permitan realizar este acto que terminaría la vida de este nuevo ser.

Sobre el aborto eugenésico:

Es necesario volver a precisar que la vida es un proceso que comienza con la gestación dentro del vientre materno y culmina con la muerte, durante el cual la persona está sujeta a una serie de cambios evolutivos. Si hablamos de proteger el derecho a la vida no se limita a lograr solo el nacimiento, sino a proteger a la persona durante todo el proceso posterior; no pudiendo desprotegerla en su condición fuera del claustro materno.

Cuando el feto presenta graves taras físicas y psíquicas; se debe considerar no solo la calidad de vida que llevará esa persona luego de nacer, sino que además la situación excepcional en la que se encuentran los padres, más aun si no tienen acceso a un seguro social o diversas prestaciones asistenciales que atenúen su situación, considerando que de nacer el niño estaría sometido a diversos tratamientos no solo costosos, sino difíciles de afrontar para un pequeño, lo cual expondría su vida constantemente a sufrimientos, no pudiendo desarrollarse en condiciones iguales a otros niños. Asimismo, es necesario precisar que si el niño una vez nacido no sobrevive mucho tiempo, no se podrá eliminar la angustia y sufrimiento de los padres, generándoles inseguridad para volver a concebir. Despenalizar este tipo de aborto no solo evitaría el sufrimiento del niño en su proceso de vida, sino que evitaría asimismo el sufrimiento de los padres y toda la familia.

La protección de un derecho no puede ser absoluta, pues ningún derecho fundamental lo es; en ese sentido la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el inciso 1) del artículo 1 de la Constitución; bajo dicho fundamento un derecho puede ser objeto de limitaciones en aras de favorecer la optimización de otros derechos o bienes constitucionales igual de valiosos.

¿Es constitucional obligar a la mujer a soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable?; eso significa someter a las mujeres “a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana”. Un embarazo de un feto con malformaciones incompatibles con la vida extrauterina tiene un impacto en la integridad física y psicológica de las mujeres. Las mujeres en estos casos tienen un sentimiento de ser ´defectuosas´, lo que representa una seria amenaza para su autoestima.

La diferenciación entre la permisión del aborto terapéutico y la penalización del aborto en casos de malformaciones es absurda, dado que en ambos casos se afecta el mismo bien que es la integridad y la salud de las mujeres, pero un supuesto está permitido y el otro prohibido. La protección de la salud, entendida en su integralidad, incluye considerar que “un diagnóstico negativo respecto a la salud del feto también puede afectar la salud mental de una mujer”

En el Taller de las sociedades médicas para identificar el perfil clínico para el aborto terapéutico organizado por la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología con la presencia de 10 sociedades científicas se señaló que “los casos de malformaciones congénitas también requieren evaluación individual dadas las repercusiones

> mentales que puedan ocasionar en la mujer gestante". El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha recomendado explícitamente al Perú revisar las interpretaciones restrictivas del aborto terapéutico, y el Comité de Derechos Humanos incluso ha declarado responsabilidad internacional del Estado peruano por no proveer la interrupción terapéutica del embarazo a una adolescente con un embarazo de feto anencefálico.
>
> Personalmente considero que bajo esa descripción, se podrían circunscribir bajo el nombre de terapéutico al aborto sentimental y el eugenésico, dado que ambos están sujetos a un daño irreversible en la salud mental de la madre; para dichos efectos más adelante analizaremos el caso de Noelia Llantoy vs Perú, sentencia que figura en anexos de este trabajo.

Asimismo, podemos analizar que si se priva de la vida a un ser humano una vez que está concebido (caso del aborto), acaso tampoco no se le priva de la vida a un ser humano cuando se opta por consumir la píldora del día siguiente (que también es abortiva). En estos dos casos se acaba con la vida de un ser humano, sin embargo, solo en uno de ellos se sanciona con una pena que ni siquiera es efectiva por el corto tiempo de sanción que impone a la mujer que aborta. Si la sanción no es efectiva y lo único que se hace es iniciar un procedimiento para pretender "sancionar" a la mujer que aborta, qué sentido tiene penalizar la acción, ¿Cuál sería la finalidad de la norma que sanciona el aborto eugenésico y el aborto sentimental?

El artículo 2 de la Constitución Política del Estado establece que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. En el caso de evitar el aborto sentimental estos derechos no se cumplirían, primero porque el derecho a la vida conforme ya se ha explicado líneas arriba no solo comprende el derecho a nacer, segundo con relación al derecho a la identidad, en estos casos

producto de una violación sexual a veces no se puede determinar ni quien es el progenitor y en el caso de ubicarlo se le tendría que obligar al padre a darle el apellido al hijo, si bien me requiero al derecho al nombre este se encuentra dentro de la protección del derecho a la identidad, con relación a su integridad moral psíquica y física, de que integridad hablaríamos, si el niño vive con la madre, ¿ella estaría en la capacidad para brindarle el soporte necesario para su crecimiento emocional?. Finalmente respecto a su libre desarrollo y bienestar, un niño que nace producto de una violación sexual tendrá un desarrollo normal, sin que sea perseguido por su historia o procedencia, en el caso del aborto eugenésico un niño que nace con problemas físicos o mentales ¿tendrá las mismas oportunidades que el niño sano física y psicológicamente?

Si recurrimos a la legislación comparada, es necesario mencionar que la Corte Constitucional de Colombia señaló que “una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a una mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección”. La imposición de un curso de acción afecta la dignidad de las mujeres como personas sujetos de derechos, puesto que supone que dejen de ser un fin en sí mismas para convertirse en un instrumento de la vida que gestan.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. **Objetivo general**

- Determinar las ventajas que brindaría la despenalización del aborto sentimental y eugenésico en el Distrito Judicial de Lambayeque.

1.3.2. **Objetivos específicos**

- Diferenciar las distintas figuras de aborto en el código penal peruano.

- Analizar cuáles son los posibles derechos afectados con la despenalización del aborto sentimental y eugenésico.
- Explicar la despenalización del aborto sentimental y eugenésico en el derecho comparado.
- Analizar sentencias del Tribunal Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida

1.4. HIPOTESIS

La despenalización del aborto sentimental y eugenésico si disminuiría las muertes y secuelas de las mujeres que se practican dicho aborto; ya que los abortos de igual manera se realizan y se hacen de una forma clandestina, ilegal, insalubre e injusta; por tal razón se debe declarar impune el artículo 120 del código penal peruano.

1.5. VARIABLES

1.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

"La despenalización del aborto sentimental y eugenésico".

1.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE

"La reducción de muertes y secuelas producidas por abortos clandestinos".

CAPITULO II

2. MARCO TEORICO

2.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

En Honduras, el Centro de Derechos de las Mujeres (CDM, 2004) realizó una encuesta de opinión sobre el aborto en gineco-obstetras que llegó a la conclusión de que la mayoría de estos profesionales ha encontrado abortos incompletos y/o complicaciones en su práctica médica. Los y las profesionales participantes en la investigación, consideraron además que hay indicaciones médicas para interrumpir un embarazo: enfermedades de la mujer, abuso sexual, malformaciones del producto, edad de la mujer, problema mental en la mujer, mujer con VIH/SIDA y otras (entre las que mencionan que el cáncer). Opinaron además que la indicación médica para realizar un aborto contribuiría a reducir las muertes por este tipo de delito.

McNaugthon, Padilla y Fuentes (2003), realizaron un estudio para valorar el cumplimiento del Estado nicaragüense de garantizar el servicio de aborto terapéutico. Encontraron una tendencia nacional hacia la reducción del número de solicitudes y aprobaciones de aborto terapéutico con base en el hecho de que las y los médicos no están informando a las mujeres sobre esta opción y las solicitudes se han ocultado con el objetivo de evitar conflictos relacionados con la falta de reglamentación y se realizan abortos a nivel privado o extra – oficial. De esta manera, se evidenció la necesidad de que el personal médico cuente con una reglamentación oficiaI de parte del Ministerio de Salud que respalde la labor médica y a su vez garantice que las mujeres tengan acceso al aborto terapéutico. Es importante anotar que esta investigación fue anterior al cambio en la legislación nicaragüense que penalizó el aborto terapéutico en los meses de octubre y noviembre del año 2007. Opinaron además que la indicación médica para realizar un aborto contribuiría a reducir las 12 muertes maternas y que estarían de acuerdo con la despenalización de alguna o varias razones en la legislación de Honduras.

Esta investigación mostró un precedente importante, de que a pesar de que en Honduras es penalizado todo tipo de aborto, hasta el terapéutico, casi la totalidad de las personas entrevistadas dijeron haber estado en contacto con casos de aborto y la mayoría afirma que existen situaciones médicas que justifican la interrupción de un embarazo.

Pérez (2003) realizó un estudio en gestores del modelo de salud familiar chileno que pretende explicar, desde la perspectiva crítica de género, las representaciones sociales del aborto generadas por los actores sociales que participan en la cultura de la salud. La autora encuentra que dichas representaciones sociales están cargadas de elementos valóricos, que a su vez se construyen con base en principios morales excluyentes, los cuales guían la práctica de las personas entrevistadas. Sin embargo, la autora encuentra contradicciones importantes: un discurso dominante que obliga tanto en lo social como en lo institucional al silencio, aunque a su vez hay un malestar que se refleja en desobediencias a la norma (no denuncia de los casos). Estos resultados son una importante aproximación a la comprensión de las actitudes sobre aborto y los elementos valóricos que podrían tener relación con el aborto terapéutico, especialmente en el personal de salud.

González (2007), llevó a cabo un análisis comparado de las regulaciones sanitarias en materia de aborto no punible en un grupo de países de América Latina y el Caribe. El objetivo de esta investigación fue determinar las tendencias existentes en este campo. Como resultado de este análisis, la autora propuso una propuesta de regulación sanitaria que parte de una mirada a los distintos tipos de barrera que las mujeres podrían enfrentar para acceder a un servicio de interrupción legal del embarazo y termina con la formulación de las dimensiones y las recomendaciones para su implementación en políticas integrales de salud sexual y reproductiva.

El estudio comparado de González (2007), brindó a la presente investigación una propuesta de marco normativo modelo, que basada en el

marco de derechos humanos internacionales, provee lineamientos de atención para los que es importante poseer determinados conocimientos y actitudes, eje central de la presente investigación. En México, Population Council (2004) realizó un estudio sobre conocimientos, actitudes y prácticas a médicos generales, familiares y gineco–obstetras. En los resultados se encontraron necesidades de capacitación en aspectos legales, técnicas quirúrgicas y farmacológicas y sobre asuntos éticos relacionados al aborto. Este estudio es probablemente el antecedente más cercano al diseño de la presente investigación, ya que se concentra en conocimientos, actitudes y prácticas de la población médica, información que es analizada desde un marco de derechos humanos y aportando un conocimiento técnico – médico y legal importante acerca de la temática del aborto. A diferencia de las investigaciones nacionales, los antecedentes internacionales se aproximan más al problema de investigación del presente estudio, ya que aportan 15 importantes referencias de investigación, específicamente el estudio del aborto terapéutico visto desde la experiencia en el sector salud

2.2. ANTECEDENTES HISTORICOS.

Es importante conocer los antecedentes históricos del aborto ya que así nos daremos cuenta de que este tema tan controversial no es de ahorita sino que ya se hablaba de él muchos años atrás. El aborto es una práctica milenaria. Se sabe que entre los asirios (personas del Asia antigua) las mujeres que abortaban y eran descubiertas eran empaladas.

En el mundo antiguo griego y latino, ambas culturas patriarcales, el aborto era comúnmente practicado por los médicos, sobre todo en caso de embarazos extraconyugales.

En Grecia era empleado para regular el tamaño de la población y mantener estables las condiciones sociales y económicas. Platón recomendaba el aborto a las mujeres embarazadas mayores de 40 años o cuya pareja era mayor de 50 años. Aristóteles sostenía que el feto se

convierte en ’humano’ a los 40 días de su concepción si es masculino y a los 90 si es femenino y recomendaba el aborto para limitar el tamaño de la familia. La decisión era dejada a la madre, salvo de que se tratara de cuestiones de Estado.

En la antigua Roma el aborto estaba permitido, pues el derecho romano no consideraba al nasciturus como persona, aunque le reconocía derechos tales como el derecho a nacer (posponiendo, por ejemplo, las ejecuciones de mujeres embarazadas condenadas a muerte).

En las culturas matriarcales y en la céltica, donde la descendencia más importante era la materna, el aborto era dejado a discreción de la mujer. Generalmente no era practicado porque era considerado un insulto a las divinidades femeninas del renacimiento y de la fertilidad. Se suponía que rechazar una vida donada por la Diosa llevara mala suerte al clan, en cambio estaba permitido dejar morir a sus propios hijos, sobre todo si nacían con alguna minoración física. Los vikingos los aventaban a un hoyo con valvas feroces. Con la afirmación del Cristianismo se restringieron las prácticas abortivas: al siglo II d.C. se remontan las primeras leyes estatales contra el aborto, con el exilio de las mujeres que abortaban y la condena o el destierro de las personas que lo practicaban.

Santo Tomás y San Agustín afirmaban que el embrión no tenía alma hasta que asumía forma humana. Sin embargo, más allá del problema de la animación del feto, la Iglesia Católica ha afirmado desde sus inicios (y hasta la fecha) que debe ser considerado como persona.

En la Edad Media, el derecho canónico establecía la distinción entre el corpus formatum (que podía recibir el alma, convirtiéndose en feto animado) y el corpus informatum (que no había llegado a ese estado). Retomando la definición de Aristóteles, el feto se volvía humano después de 40 días de la concepción, en los varones, y de 80 días, en las mujeres. Sin

embargo, el aborto y el infanticidio eran medios comunes para limitar la población.

A partir del siglo XVII muchos países del mundo promulgaron leyes que convertían el aborto en ilegal. A principios del siglo XX se empezó a despenalizar el aborto en caso de peligro de la vida de la madre y para proteger su salud. Islandia fue el primer país occidental en legalizar el aborto terapéutico en ciertas circunstancias (1935). En los Cincuenta la mayoría de los países del ex bloque soviético legalizaron el aborto voluntario en el primer semestre de embarazo. Entre finales de los años sesenta y principios de los setenta, casi todos los países industrializados de Europa y Norteamérica (Estados Unidos y Canadá) lograron despenalizarlo en el primer trimestre de embarazo y ampliar las circunstancias en que se permite practicarlo, gracias sobre todo a la revolución sexual y a las luchas feministas de esos años. Los países europeos más católicos (Italia, España, Portugal e Irlanda) fueron más recalcitrantes al legalizarlo, mientras que los países escandinavos y anglosajones fueron más sensibles hacia el derecho a decidir de las mujeres.

Durante el siglo XX la legislación ha liberalizado la interrupción de embarazos no deseados en diversas situaciones médicas, sociales o particulares. Los abortos por voluntad expresa de la madre fueron legalizados primero en la Rusia pos revolucionaria de 1920; posteriormente se permitieron en Japón y en algunos países de la Europa del Este después de la II Guerra Mundial. A finales de la década de 1960 la despenalización del aborto se extendió a muchos países. Las razones de estos cambios legales fueron de tres tipos:

- El infanticidio y la mortalidad materna asociada a la práctica de abortos ilegales.
- La sobrepoblación mundial.
- El auge del movimiento feminista.

Hacia 1980, el 20% de la población mundial habitaba en países donde la legislación sólo permitía el aborto en situaciones de riesgo para la vida de la madre. Otro 40% de la población mundial residía en países en los que el aborto estaba permitido en ciertos supuestos riesgo para la salud materna, situaciones de violación o incesto, presencia de alteraciones congénitas o genéticas en el feto o en situaciones sociales especiales (madres solteras o con bajos ingresos). Otro 40% de la población mundial residía en países donde el aborto estaba liberalizado con las únicas condicionantes de los plazos legales para su realización.

El movimiento de despenalización para ciertos supuestos, ha seguido creciendo desde entonces en todo el mundo y ha sido defendido en las conferencias mundiales sobre la mujer, especialmente en la de Pekín de 1995, aunque todavía hay países que sobre todo por razones religiosas se ven presionados a mantener legislaciones restrictivas y condenatorias con respecto al aborto; siendo el caso del Perú.

2.3. PROBLEMÁTICA DEL ABORTO.

A. Sistema criminilizador.

- **El aborto como asesinato.**

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

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

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

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

Este planteamiento equipara el valor del feto o embrión al de la persona, por lo que desconoce la trascendencia y significado del nacimiento. Desde este punto de vista, la misma relevancia tiene la vida de una persona, entre ellas la de la madre, que la del embrión o feto. Por otra parte, desconoce que la protección jurídica no es nunca de carácter absoluto y que siempre es necesario reconocer zonas de conflicto, que obligan a establecer determinados límites.

- **El aborto y conflicto de intereses.**

Se parte de la tesis que la protección del Derecho penal no es absoluta y, por tanto, ha de reconocerse la existencia de ciertas zonas de conflicto. A pesar de la existencia de una rigurosa incriminación del delito de aborto, la cifra de abortos clandestinos es bastante elevada, frente a los escasos procesos penales que tienen por objeto su práctica; de ahí que las disposiciones sobre el delito de aborto aparezcan como puramente simbólicas.[1]

En esta zona de conflictos, donde se encuentra, de un lado, la vida del embrión o feto y de otro la vida, salud y libertad de la madre, hay que admitir la preponderancia de la posición de la mujer, tanto porque ella es una "persona", como porque la vida del embrión o está dependiendo de

1 FRANCISCO CHIRINOS SOTO, Código Penal comentado, concordado, anotado, sumillado-Jurisprudencia. Editorial Rodhas Lima Perú 2006.

su vida, ello obliga a tener en cuenta como bien jurídico preponderantemente la vid de la madre.

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

B. Sistema discriminalizador.

❖ Sistema del plazo.

Este modelo, evidentemente exagerado, sostiene que debe descriminalizarse el aborto cuando es practicado al comienzo de la gestación (generalmente durante las primeras doce semanas) y por un especialista en la medicina. Se fija aquel límite por la circunstancia de que al ser practicado con posterioridad puede traer graves consecuencias para la salud o vida de la embarazada

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

La limitación de la impunidad del aborto a los tres primeros meses se debe hasta dos circunstancias determinantes. Primero, porque a partir de aquel tiempo el producto del embarazo comienza a adquirir una forma semejante a la humana.

Antes, hasta carece de actividad cerebral. La segunda, por el hecho concreto que su práctica, siempre por un especialista en la ciencia

médica, de modo alguno pone en peligro la salud y menos la vida de la abortante.

Se afirma que de producirse la despenalización del aborto practicado en las primeras semanas para todas las mujeres sin importar la condición social a la que pertenecen, se evitará los innumerables abortos clandestinos con sus consiguientes riesgos para la integridad física y hasta la vida de las madres que decidan someterse a la práctica abortiva.[2]

- **Sistema de las indicaciones.**

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

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

- ✓ La indicación terapéutica.

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

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

- ✓ La indicación ética, sentimental, jurídica o humanitaria.

---

[2] MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal Parte General”. 7ma Edición. Editorial Repertor. 2004.

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

- ✓ La indicación eugenésica.

Consiste en autorizar el aborto cuando se determina que el producto de la gestación nacerá con graves taras físicas o psíquicas de continuarse con él. No hay duda que la finalidad de esta indicación es prevenir el nacimiento de seres con graves taras degenerativas. Entre los países que recogen, en sus respectivas legislaciones, esta indicación encontramos a España, Alemania, Francia, Italia, etc.

- ✓ La indicación social

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

2.4. DEFINICION DE ABORTO

Existe una gran variedad de conceptos de Aborto no siendo consecuentemente posible definirlo desde un solo punto de vista, por tal motivo es necesario auxiliarse de varios especialistas, para que mediante sus particulares opiniones se engloben en forma general los diferentes criterios que al respecto se sostienen. Etimológicamente aborto viene del

latín “abortus” que significa no nacido. De tal manera que existe un aborto cuando se da la destrucción o la expulsión del producto de la concepción.[3]

También ha sido definido como la pérdida espontánea o provocada del producto de la concepción antes de que sea viable. Según la época en que el aborto se efectúe se le denomina “ovular” (en el primer mes), “embrionario” (del primer al tercer mes) y “fetal” (del cuarto mes en adelante).Para Antón Oneca y Rodríguez Muñoz, aborto es "la muerte del feto mediante la destrucción en el seno de la madre o por su expulsión prematura, provocada por cualquier medio (interno o externo, mecánico o químico)"

LA CASSAGNE basa el delito en la intervención voluntaria que determina la muerte o la expulsión del producto, modifica o suspende el curso normal del embarazo.

NERIOS ROJAS define el aborto como la interrupción provocada del embarazo, con la muerte del feto, fuera de las excepciones legales.

La Enciclopedia Esparza Calpe define el aborto como “Un género de delito consistente en el uso voluntario de métodos adecuados para producir un mal parto con el fin mediato o inmediato de que perezca el feto, sea cualquiera la época de la preñez.

Para el derecho Canónico, aborto es la expulsión del feto del claustro materno antes de ser viable, o antes del tiempo que tiene fijado la naturaleza para su salida.

La mayoría de las definiciones son contrarias al intento de establecer una que contenga elementos invariables. Una de las causas, es en razón de los intereses que se encuentran en juego y que se tratan de proteger, ya que

---

3 FRANCISCO CHIRINOS SOTO, Código Penal comentado, concordado, anotado, sumillado-Jurisprudencia. Editorial Rodhas Lima Perú 2006.

unos lo valoran desde el punto de vista jurídico, otro desde el punto de vista médico o social.

EL ABORTO EN LA JURISPRUDENCIA

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

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

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

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

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

El Código Penal de 1924, penalizó todas las figuras de aborto, con excepción del terapéutico. Actualmente el aborto está penalizado con la única excepción del aborto terapéutico, el que se da cuando es el único medio para

salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

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

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

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

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

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

En los juicios revisados donde se declara que las procesadas son responsables de cometer el delito de aborto, ninguna va literalmente a la cárcel, solo se presentan condenas suspendidas o reserva del fallo condenatorio. Por tanto es ínfimo el número de mujeres que llegan a ser procesadas y sentenciadas por abortar. La incidencia de la penalización del aborto está más en el terreno de lo simbólico cultural que en el terreno de la justicia propiamente dicha. Las mujeres procesadas y sentenciadas son mujeres con escasos recursos y que se sometieron a abortos inseguros. Las complicaciones a las que llegan por haber abortado en malas condiciones constituyen una prueba fundamental de la ocurrencia del delito.[4]

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

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

---

[4] SALINAS SICCHA, Ramiro. "DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL". 3era edición. Grijley 2008.

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

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

- Enfocar la punición del aborto como un problema de género(desigualdad entre hombres y mujeres) y de justicia social (un lío entre pobres y ricos) no hace sino poner en evidencia el total desprecio hacia la vida humana que se va gestando en el vientre materno. Se le ignora por completo, de pronto se convierte en un objeto incómodo y desechable, pues “sólo la mujer puede decidir sobre un asunto que concierne directamente a su cuerpo”.

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

- Cierto es que el consentimiento tiene por virtud eliminar el injusto típico, más para que ello ocurra se exige una cuestión fundamental: que el autor obre “con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición” (artículo 20 inc. 10 CP). Y es el caso que la madre gestante no

es titular del derecho a la vida del concebido, ella no puede disponer libremente de esa vida que lleva en sus entrañas.

- No hay derechos absolutos! Desde el punto de vista jurídico-penal eso no se discute, está sumamente claro. Basta citar la legítima defensa y el estado de necesidad exculpante (este último con el clásico ejemplo de la Tabla de Carneades, donde un náufrago mata a otro con el fin de hacerse de la tabla que sólo puede soportar el peso de uno, para así salvarse) como supuestos donde ese acto de matar no genera responsabilidad penal.

Entendemos que cuando el comisionado Prado Saldarriaga propone despenalizar el aborto eugenésico y el aborto por violación no niega el desvalor de la conducta (hay merecimiento de pena), pero seguro considera que desde el punto de vista político criminal no hay necesidad de pena, pues, siempre especulando, no se afectaría los fines preventivos del derecho penal.

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

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

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

2.5. TIPOS DE ABORTO EN GENERAL

A. Aborto Espontáneo:

Se considera aborto espontáneo a la pérdida de la gestación antes de las 26 semanas, cuando el feto no está aún en condiciones de sobrevivir con garantías fuera del útero materno. Un aborto espontáneo ocurre cuando un embarazo termina de manera abrupta. Un 8 y 15 por ciento de los embarazos, según las fuentes, que se detectan terminan de esta manera, aunque un número importante y difícilmente valorable pasan desapercibidos. Existen muchas doctas opiniones que dicen que incluso el 50 por ciento de los embarazos pueden considerarse fracasados y terminar de forma espontánea. La mayoría de los abortos espontáneos, tanto conocidos como desconocidos, tiene lugar durante las primeras 12 semanas de embarazo y en muchos casos no requieren de ningún tipo de intervención médica ni quirúrgica. De igual forma también la inmensa mayoría de los abortos inducidos se dan antes de las 12 semanas.

- **Causas del Aborto Espontáneo:**

  Las alteraciones cromosómicas constituyen la causa más común de esta alteración. El aborto espontáneo recurrente (AER) ha sido definido como la verificación de 3 o más AE reconocidos clínicamente. Datos epidemiológicos indican que el riesgo de un nuevo aborto después de un AE (aborto espontaneo) es del 24%, pero asciende a un 40% después de 4 AE (abortos espontáneos) consecutivos. También se han

propuesto como causa de AER (aborto espontaneo recurrente) las alteraciones de la arteria uterina. Entre los factores anatómicos adquiridos están las adherencias intrauterinas, los miomas, la adenomiosis, las cirugías tubarias y la endometriosis que es una enfermedad que ocurre cuando el tejido endometrial, es decir, el tejido que reviste internamente el útero y que se expulsa durante la menstruación, crece fuera de él. En el caso de los miomas, se dice que su asociación con los AER (aborto espontaneo recurrente) puede obedecer a factores mecánicos, tales como reducción de la cantidad de sangre que se irriga, alteraciones de la placenta y contracciones uterinas que determinan la expulsión fetal. Se cree que el AER (aborto espontaneo recurrente) en mujeres con endometriosis puede deberse a la secreción de toxinas o a una mayor producción de prostaglandinas, que generan contracciones uterinas y alteraciones hormonales. Sin embargo, no se sabe si el aborto es ocasionado por la endometriosis o por mecanismos inmunológicos indirectos. Los problemas de salud de la madre pueden ser las causas de un aborto. Fumar, consumir alcohol, los traumas y el abuso en el consumo de drogas, aumentan las posibilidades de un aborto.

B. **Aborto Inducido:**

El aborto inducido, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) es el como el resultante de maniobras practicadas deliberadamente con ánimo de interrumpir el embarazo. Las maniobras pueden ser realizadas por la propia embarazada o por otra persona por encargo de esta. Desde las primeras leyes a principios del siglo pasado, el aborto provocado ha ido siendo despenalizado en muchos países, tanto del primer, segundo o tercer mundo y su despenalización ha supuesto en

estos países una disminución drástica de la morbilidad y mortalidad materna.

C. **Aborto Legal:**

Se considera aborto inducido legal cuando es realizado bajo las leyes despenalizadoras del país donde se practica. En el Perú el único aborto que es legal es el aborto terapéutico.[5]

D. **Aborto Ilegal**

Se considera aborto ilegal o clandestino cuando es realizado en contra de alguna de las leyes del país donde se practica. Cuando el aborto está prohibido por la ley, las circunstancias hacen que muchas mujeres busquen a comadronas o a médicos que se prestan a colaborar. Pero el aborto practicado en estas circunstancias es peligroso y mantiene unas estadísticas de mortalidad y morbilidad materna infinitamente superiores a las del aborto legal. El aborto ilegal se practica generalmente en las peores condiciones higiénicas y con las posibilidades escasas de recurrir con urgencia a un hospital.

2.6. TIPOS DE PRÁCTICAS DE ABORTO

A) Aborto por succión

El aborto por succión se hace entre los 3 y 4 meses. Este método se lleva a cabo introduciendo un tubo a través de la cérvix (la entrada del útero), el cual está conectado a un aspirador muy potente que destroza el cuerpo del bebé mientras lo extrae. Después con un cuchillo curvo de acero, el abortista corta en

---

5 HURTADO POZO, “MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL. HOMICIDIO CULPOSO”.

pedazos las placenta separándola en paredes del útero y la extrae". Este es el aborto más popular que se hace, ya que casi el 95% de abortos se realizan bajo esta forma.

Complicaciones del método de succión:

"Infección, trauma en la cérvix, Peritonitis, Endometritis, Laceración del útero, trauma renal, inflamación de la pelvis, embolismo, trombosis, esterilidad", entre otros.

B) Dilatación y Legrado: Curetaje (D y C)

Se utiliza en casos donde la madre curse entre las 3 y 4 semanas, este método es parecido al anterior sólo que en vez de una máquina succionadora, se utiliza un cuchillo, unido a una especie de cuchara, con una punta previamente afilada con la cual se va cortando al bebé en pedazos, tratando de extraerlo por el cuello de la matriz , luego los pedazos se siguen extrayendo con la ayuda de un fórceps.

Este aborto trae aún más riesgos que el aborto de succión.

C) Aborto por Solución (inyección) Salina

Es usado cuando el bebé es pasado de las de las 5 semanas y por lo tanto como el bebé ya es más grande es muy riesgoso para la madre. Aunque este tipo de aborto se ha declarado ilegal, generalmente es usado en Estados Unidos.

Esto consiste en una extracción del líquido amniótico, de manera que se le inyecta al líquido amniótico una solución de concentración salina. Entonces, ocurre que el bebé ingiere esta solución con el fin de envenenarlo, lo que le producirá una muerte segura 12 horas más tarde, destruyendo con su paso órganos, sistemas y convulsiones del feto, además de producirle

quemaduras graves en la piel del bebé, luego, unas horas después, la madre da a luz un bebé muerto.

2.7. DESCRIPCION TIPICA DEL ABORTO EN EL CODIGO PENAL PERUANO

A) 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.

Tipo objetivo

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

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

Autoría y participación

Sólo puede ser autor de este injusto, la madre que da muerte a su hijo, mediante actos dirigidos a tal propósito, pues ella tiene el dominio del hecho; cualquier error que haya de presentarse en este caso, puede dar lugar a un aborto no consentido. Son coautores, todos aquellos que se ponen de acuerdo para cometer un delito,

determinándose un co dominio funcional del hecho, que se manifiesta en el reparto de roles; cuando la madre acuerda con un tercero, en virtud de un pago, la ejecución de la práctica abortiva, podría conducir a dicha conclusión, sin embargo, el legislador optó por normar una tipificación penal autónoma (art. 115° del C.P.) para la represión del tercero, de todos modos haciendo alusión a dicha participación en el artículo 114°.

Tipo subjetivo y formas imperfectas

Sólo es reprimible esta figura a título de dolo, conciencia y voluntad de la gestante de provocar por ella misma la muerte del feto, donde la cognición debe cubrir todos los elementos constitutivos del tipo penal: saber que está embarazada y que los medios empleados son eficaces para producir la eliminación del nasciturus.[6]

La consumación de esta figura delictiva se alcanza con la muerte del fruto de la concepción, como se sostuvo se trata de un delito de resultado. Será calificada como una tentativa, aquellos actos que se encaminaron a lograr dicho resultado lesivo, pero que por una serie de circunstancias no logro perfeccionarse; v.gr., la sala de operación lista, para ser sometida a la práctica abortiva la gestante, iniciada ésta, justo se produce una intervención policial; no confundamos el inicio de la ejecución típica con los actos meramente preparatorios, no resulta punible cuando la madre acude a una farmacia a comprar la sustancia abortiva o cuando acude al centro médico para concertar la cita.

B) ABORTO CONSENTIDO

[6] FELIX TASAYCO, Gilberto. “DERECHO PENAL: DELITOS DE HOMICIDIO CULPOSO”. Editorial Grijley. 2011.

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.
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.

Tipicidad objetiva

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

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

Acción típica: Bajo esta hipótesis delictiva, el agente dirige su plan criminal, a provocar la muerte del feto, mediando acto unívocamente demostrativo a dicha finalidad (factor final), no la encauza entonces, a lesionar a la gestante, pues si así sucede sería un caso de aborto preterintencional. La referencia que hace la ley con la palabra "causa", nos indica que la conducta puede asumir las más variadas manifestaciones, pero siempre destinadas a provocar el aborto.[7]

[7] CARO CORIA, Dino Carlos, “Código penal comentado, Gaceta Jurídica” Editores. Lima. 2004. 1006 p.

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

Autoría y participación

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

En el caso de la madre, será penalizada como autora del delito contemplado en el tipo penal de autoaborto, no obstante ser considerada una instigadora de la figura delictiva in comento, pero por razones de política criminal amento una tipificación penal autonómica.[8]

[8] FIGARI Rubén – PARMA Carlos, El Homicidio y Aborto en la legislación peruana. Lima, Editora Jurídica Motivensa, 2010

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

Circunstancia agravante (preterintencional)

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

En el caso del aborto, la muerte de la mujer debe ser consecuencia directa de la maniobra abortiva, ejecutada por el agente, pero ésta le debió ser previsible, de que los medios empleados eran idóneos para propiciar el de- ceso de la gestante. Aquello implica que el autor no era en realidad consciente de que dichos medios, podrían producir el resultado alcanzado, pues de ser así, la muerte de la embarazada sería abarcada a título de dolo eventual, dando lugar a un concurso ideal de un aborto consentido con un homicidio simple (art. 106° del C.P.); quiere decir esto, que si los medios empleados implicaban de por si un riesgo para la vida de la madre (conciencia del riesgo típico), será un homicidio doloso.

Habiéndose producido el aborto, el autor decide matar a la madre, para ocultar su ilícito accionar, será el tipo penal de asesinato para ocultar otro delito, pero a mi entender, en concurso real con aborto consentido.

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

C) ABORTO SIN CONSENTIMIENTO

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.

Tipicidad objetiva

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

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

Acción típica: En este caso, el agente realiza la modalidad del tipo penal, dirigiéndola no sólo a la eliminación del feto, mediando maniobras abortivas, sino que previamente ha de procurar que la madre no impida dicha realización, por lo que ésta debe mostrarse renuente a que se de muerte a la vida humana en formación.
Particularidad del tipo penal es la ausencia de consentimiento de la gestante, lo que ha de incidir en ciertos medios que puedan incidir en una voluntad viciada o, dígase en error. Si la negativa se da a posteriori, cuando ya había prestado con anterioridad su asentimiento, deberá tipificarse un aborto consentido, pues no se pueden confundir retractación con arrepentimiento[9].

Autoría y participación

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

[9] GARCÍA MARIN, José Ma. El Aborto criminal en la legislación y la doctrina, Madrid, Revista de Derecho Privado, 58p.

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

Circunstancia agravante (preterintencionalidad)

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

De igual forma como se sostuvo en el artículo 115°, el resultado más grave "no querido", para que pueda ser imputado al agente, debe ser sometido al factor "previsibilidad", es decir, el autor pudo haber evitado el resultado lesivo acaecido, sí que hubiese sido más diligente al momento de realizar la acción que desencadenó la muerte de la mujer. Por lo que se dice, que importa una acción dolosa dirigida a causar la muerte del feto, con la muerte de la gestante a título de culpa, lo que en realidad supone un concurso ideal de delitos.

El autor no debe haber medido el alcance nocivo de la conducta que realiza, ora para dar muerte al nasciturus, ora para eliminar la resistencia de la gestante, para conseguir su consentimiento

(viciado); no olvidemos que el tipo penal del artículo 116°, puede concurrir con las figuras típicas de lesiones.

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

D) AGRAVACIÓN DE LA PENA POR LA CALIDAD DEL SUJETO.

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.

E) 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 cincuentidós a ciento cuatro jornadas.

F) ABORTO TERAPEÚTICO

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.

G) ABORTO SENTIMENTAL Y EUGENÉSICO

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

- Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente.[10]
- Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.

2.8. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL ACCESO AL ABORTO SENTIMENTAL Y EUGENESICO

Cuando el derecho de las mujeres a tomar decisiones autónomas con respecto al aborto está restringido queda amenazada una amplia gama de derechos humanos.

Los instrumentes internacionales de derechos humanos y las interpretaciones directamente relevantes emitidas al respecto por las entidades autorizadas de las Naciones Unidas llevan a la conclusión que la mujer tiene el derecho a decidir en asuntos relacionados con el aborto. Varios derechos humanos corren riesgo cuando el acceso de las mujeres a los servicios de aborto legal y seguro está restringido.

[10] CASTAÑEDA, Martha, La interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones teóricas, filosóficas y políticas, México, Plaza y Valdes, 2003, 112p.

A) EL DERECHO A LA VIDA.

Las restricciones legales al aborto tienen un impacto devastador en el derecho a la vida de las mujeres. La evidencia sugiere no solamente que las leyes que restringen el aborto empujan a las mujeres a someterse a abortos inseguros, sino que además ellas mueren a consecuencia de dichos abortos. Un estimado 13 por ciento de las muertes maternas a nivel mundial se atribuyen al aborto inseguro (entre 68000 y 78000 muertes anuales). En su mayoría, estas muertes podrían haber sido evitadas.

El Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han repetidamente hecho notar con preocupación la relación entre las leyes que restringen el aborto, el aborto clandestino y los riesgos para las vidas de las mujeres. Estos comités han recomendado la revisión o enmienda de las leyes que penalizan o restringen el aborto.

Algunos de los que se oponen al aborto seguro y legal argumentan que el derecho a la vida del feto debe ponerse por encima de los derechos humanos de las mujeres, en particular los derechos a la no discriminación y a la salud. Es más, algunos opositores se refieren al supuesto derecho a la vida del feto en los argumentos en contra del uso de anticonceptivos que actúan después de la fertilización, pero antes de que el óvulo fertilizado se implante en la pared uterina (la implantación siendo la definición médicamente aceptada del inicio del embarazo).

La mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos guardan silencio respecto a cuándo comienza el derecho a la vida, pese a que la historia de la negociación de los tratados, la jurisprudencia y la mayoría de los análisis jurídicos parecen sugerir que el derecho a la vida, como se contempla en dichos

documentos, no tiene vigencia antes del nacimiento de un ser humano.

B) DERECHOS A LA SALUD Y A LA ATENCIÓN MÉDICA.

Donde no existe acceso a servicios de aborto legal y seguro y sí existen barreras generalizadas para acceder a otros servicios de salud reproductiva, incluyendo los anticonceptivos, ocurrirán embarazos no deseados y se practicarán abortos inseguros. Ambas situaciones generan una serie de problemas claramente evitables para la salud física y mental de la mujer. Adicionalmente, las clínicas, los médicos, y las parteras que practican abortos ilegales no tienen ningún incentivo legal para preocuparse por la vida y salud de las mujeres que son sometidas a sus servicios.[11]

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el órgano de expertos de la ONU principal en la supervisión e interpretación del derecho a la salud. Este comité consistentemente ha afirmado que el respeto por el derecho a la salud de las mujeres requiere la despenalización del aborto, por lo menos en ciertas circunstancias.

Algunos gobiernos buscan defender la negación del acceso al aborto desde una perspectiva de recursos. Este argumento no es justificable. La atención adecuada a las complicaciones producto de abortos inseguros es mucho más cara que la provisión de abortos médicamente seguros. Mientras que el aborto es un procedimiento de bajo costo, especialmente en las etapas tempranas del embarazo cuando se pueden usar técnicas de

[11] VILLANUEVA FLORES, Rocío, “el aborto y sus consecuencias”, Lima: Editorial Defensoría del Pueblo, 2000, 79p.

aspiración o farmacéuticas, el costo del cuidado de mujeres con complicaciones por abortos inseguros puede ser significativo.

Las leyes que restringen el aborto también afectan la salud de las mujeres de otras maneras, no sólo limitando su acceso a servicios de aborto seguros. Por ejemplo, el derecho a la salud es violado cuando se le niega a la mujer arbitrariamente el tratamiento necesario en caso de abortos incompletos o cuando se le otorga tratamiento sin entregársele paliativos para el dolor cuando estos medicamentos están disponibles.

C) DERECHOS A LA NO DISCRIMINACIÓN Y A LA IGUALDAD.

El acceso a servicios de aborto legal y seguro es esencial para proteger los derechos de las mujeres a la no discriminación y a la igualdad sustantiva. En la práctica es más probable que sean las mujeres, y no los hombres, las que enfrenten las mayores dificultades y desventajas sociales en el ámbito económico y profesional, además de otros cambios que afectan su vida de facto, cuando tienen hijos. Cuando se obliga a las mujeres a continuar con embarazos no deseados, dichas consecuencias ponen necesariamente a las mujeres en situación de desventaja.

El aborto es un procedimiento clínico requerido sólo por mujeres. El Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer ha dejado implícito que la denegación de procedimientos clínicos requeridos sólo por las mujeres es una forma de discriminación en su contra. Por tanto, en ciertos casos las leyes que restringen el aborto pueden, por sí mismas, constituir una violación del derecho a la no discriminación.

En repetidas ocasiones, el Comité de Derechos Humanos de la ONU también ha establecido un vínculo claro entre la igualdad de

las mujeres y el acceso a los servicios de salud reproductiva, incluyendo el aborto.[12]

D) DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL

El derecho a la seguridad personal, incluyendo el derecho a la integridad física, es central al tema del aborto y los derechos humanos. Cuando un embarazo no es deseado y la ley requiere que la mujer lo continúe, esta situación puede constituir una intrusión gubernamental en el cuerpo de la mujer, violándose de este modo este derecho.

E) DERECHO A LA LIBERTAD.

Las sentencias carcelarias a mujeres que se han sometido a un aborto ilegal constituyen un ataque adicional a los derechos de la mujer, al encarcelarse arbitrariamente a mujeres que buscan satisfacer sus necesidades de salud.

El derecho a la libertad también se ve amenazado cuando las mujeres son disuadidas de solicitar ayuda médica a causa del temor a ser denunciadas a las autoridades policiales por doctores u otros profesionales de la salud, si éstos llegan a sospechar la acción ilícita de la mujer.

En varias ocasiones, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha exhortado a los gobiernos a revisar sus leyes para que suspendan los castigos y encarcelamientos de los que voluntariamente se someten a abortos.[13]

[12] http://centauro.cmq.edu.mx/dav/libela/pdfS/legisla/080109055.pdf

[13] http://www.hrw.org/es/node/80116/section/8

F) DERECHO A LA PRIVACIDAD

Las decisiones sobre embarazos y maternidad son sumamente personales y son precisamente el tipo de interés que el derecho a la privacidad debe proteger. El derecho a la privacidad de la mujer embarazada le empodera a decidir si quiere tener un aborto, ninguna mujer debe tomar esta decisión bajo la amenaza de una prosecución legal

El derecho a la privacidad también está amenazado cuando el personal de salud divulga información confidencial sobre mujeres que buscan tener un aborto o que necesitan atención post-aborto.

El Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer de la ONU ha clarificado que la divulgación de información confidencial de salud afecta a las mujeres de manera diferente que a los varones porque puede desalentar la mujer de buscar atención médica por un aborto incompleto. Esta atención es esencial, pues puede salvarle la vida. Del mismo modo, la mujer puede morir si no obtiene atención post-aborto.[14]

G) DERECHO A LA INFORMACIÓN.

En el derecho internacional de los derechos humanos, los Estados tienen una obligación de proveer la información completa, correcta y necesaria para proteger y promover el derecho a la salud, incluyendo la salud reproductiva. Donde el aborto no está prohibido, esta información completa y correcta debe incluir información sobre las opciones disponibles de aborto seguro.

Las mujeres están desproporcionadamente afectadas cuando la información sobre los servicios seguros de aborto es restringida o

[14] http://www.hrw.org/es/node/80116/section/8

denegada. Por tanto, la denegación o restricción de información relacionada con el aborto puede, en ciertos casos, constituir discriminación.

H) DERECHO A NO SER SOMETIDO AL TRATO CRUEL, INHUMANO Y DEGRADANTE.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha indicado que las restricciones al acceso al aborto legal y seguro pueden llevar a situaciones que constituyen un trato cruel, inhumano o degradante. Estas situaciones incluyen el de forzar a una mujer embarazada a llevar a término un embarazo no deseado o riesgoso para su salud.

La evidencia sugiere que las restricciones al aborto frecuentemente conllevan restricciones a la atención post-aborto. Estas restricciones también pueden ser incompatibles con el derecho a no ser sometido al trato cruel, inhumano y degradante. Podría ser inconsistente con este derecho, por ejemplo, la denegación sistemática de la atención post-aborto o cuando se les otorga tratamiento post-aborto a las mujeres sin entregárseles paliativos para el dolor cuando estos medicamentos están disponibles. Este derecho también podría estar amenazado cuando se condiciona la atención médica post-aborto a que las mujeres proporcionen información para la prosecución penal.

I) DERECHO A DECIDIR EL NÚMERO DE HIJOS E INTERVALO ENTRE LOS NACIMIENTOS.

El derecho de las mujeres a decidir independientemente sobre el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos solo puede ser plenamente realizado cuando las mujeres tienen el derecho a decidir de manera autónoma si quieren llevar a término su embarazo sin interferencia del Estado.

Para que este derecho se cumpla, las mujeres también deben tener acceso a todos los métodos efectivos y seguros para controlar el tamaño de su familia, incluyendo el aborto como parte de una gama completa de servicios de salud reproductiva.

En sus comentarios sobre países específicos, el Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer ha reconocido que el aborto en ciertas circunstancias puede ser la única manera disponible para que una mujer pueda realizar su derecho a decidir independientemente sobre el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos. Esto es particularmente cierto para situaciones donde la mujer está embarazada como resultado de violación y porque le falló su método de anticoncepción, o si no tiene acceso a servicios de planificación familiar.

J) DERECHO A GOZAR DE LOS BENEFICIOS DEL PROGRESO CIENTÍFICO.

El derecho a gozar de los beneficios del progreso científico aplica a la salud reproductiva y a los derechos reproductivos. Este derecho puede estar amenazado cuando a la mujer se le niega acceso a tecnología y medicinas nuevas que son afectivas para el aborto seguro o para la atención humanizada post-aborto.

Este derecho también puede estar en riesgo cuando se le somete a las mujeres a atención post-aborto dolorosa como por ejemplo curretaje, el raspado del útero de una mujer con un instrumento afilado sin entregarle paliativos para el dolor cuando estos medicamentos están disponibles.

K) DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CONCIENCIA.

La fe religiosa es un asunto sumamente personal, como lo es el aborto. El derecho humano a la libertad religiosa y de conciencia no permite ninguna limitación, y aplica a las religiones establecidas y no establecidas y al derecho a no tener una religión.

La libertad de religión incluye el ser libre de la obligación de cumplir con leyes diseñadas exclusivamente, o principalmente, en función de las doctrinas de una religión; incluye también la libertad de actuar según la propia conciencia respecto a doctrinas religiosas no compartidas.

Con respecto al aborto, no se puede obligar a que las mujeres cumplan con leyes basadas exclusiva o principalmente en doctrinas de fe. Éste es el caso de muchas de las leyes que restringen el aborto. Del mismo modo, donde el aborto es legal no se les debe obligar a tener un aborto a las mujeres que no consientan debidamente al procedimiento, que sea por razones religiosas o de otra índole.

La libertad religiosa y de conciencia muchas veces es usado por médicos y otro personal de salud que se oponen al aborto cuando invocan su “objeción de conciencia” a la provisión de ciertos servicios, notablemente abortos. Mientras el marco de derechos humanos contempla la posibilidad de un derecho a la objeción de conciencia en algunos casos, este derecho no es absoluto. Por ejemplo, la conciencia no justifica la negativa a llevar a cabo un aborto que le puede salvar la vida a una mujer cuando no existen alternativas adecuadas para la mujer embarazada.

El Comité de la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha manifestado explícitamente que los derechos humanos de las

mujeres son vulnerados cuando los hospitales se niegan a proveer abortos a causa de la objeción de conciencia de los médicos. El Comité ha expresado su preocupación por el limitado acceso que tienen las mujeres al aborto debido a esta misma razón. El Comité también ha recomendado expresamente que los hospitales públicos provean servicios de aborto en el contexto del aborto legal.

2.9. EL DERECHO Y LA CAPACIDAD DE LA MUJER PARA DECIDIR SOBRE LA VIDA.

A) CAUSAS POR LAS CUALES LAS MUJERES ABORTAN.

A fin de precisar las diferentes perspectivas que definen el problema del aborto y la propuesta de posibles soluciones, debe procederse inicialmente, a responder una pregunta calve, ¿Por qué abortan las mujeres? Existe una respuesta obvia: porque no desean continuar con el embarazo. Y las respuestas a los por qué surgidos con esa respuesta, están enlazadas con las razones o sinrazones de la maternidad. Estas que desde su nacimiento, le son inculcadas a cada mujer a través de un gran caudal de mensajes que dan un valor tan alto al hecho de ser madres, que si una mujer no lo es, su existencia es cuestionada. Aún en estos tiempos una mujer adulta sin hijos o hijas es para la sociedad una mujer incompleta, tanto como lo es aquella que siendo madre no convive con sus infantes.[15]

[15] SÁNCHEZ PÉREZ, Jorge, Análisis del aborto derivados de casos de violencia sexual dentro del modelo jurídico vigente en el Perú, Primera Edición. Lima: Editorial PUCP,2011.

Estas razones o sinrazones, orillan a las mujeres a tener hijos e hijas en aras de ese instinto materno el cual, sorpresivamente para muchas, desaparece en el instante en que cargan a esa hija o hijo que llevaron durante nueve meses en el útero, y se dan cuenta de que no tienen ni la más remota idea de qué hacer para que deje de llorar o cuando descubren cuan doloroso puede ser en los primeros momentos amamantar, por más que les hayan dicho todas las ventajas de la lactancia materna y se sepan de memoria las ideas sublimes que se han tejido en torno.

Con esto no pretendo argumentar en contra de la maternidad, simplemente pretendo evidenciar la irracionalidad e inconsistencia que existe detrás de este hecho biológico que conlleva uno de los compromisos de vida más esenciales para el ser humano: el que debiera existir entre madre e hijo y pretendo hacerlo con el fin de explicar las verdaderas causas por las cuales las mujeres, en determinadas circunstancias, se ven obligadas a recurrir al aborto para interrumpir el embarazo no deseado. Causas matizadas en su mayoría por miedo a un compromiso desconocido o no deseado. Causas que han sido devaluadas porque no se reconoce la capacidad de cada mujer para decidir por sí misma cuándo y cómo quiere ser madre, y es la sociedad la que suplanta esa voluntad a través de un gran número de prácticas y costumbres, algunas de ellas muy sutiles como la construcción de reacciones culpígenas, otras más evidentes, como los programas de planificación familiar y la tipificación del aborto como delito.

Prácticas y costumbres contradictorias en sí mismas porque a través de ellas la sociedad impone un determinado ritmo a la capacidad reproductora de las mujeres al limitar los embarazos deseados e impedir la interrupción de los no deseados;

defendiendo un supuesto derecho a la vida del embrión o feto frente a la necesidad de interrumpir, mediante un aborto, el embarazo no deseado y permitiendo la experimentación con embriones para el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción asistida; presionando a las mujeres casadas para que tengan hijos o hijas lo más pronto posible y condenando a aquellas que los tienen fuera de los parámetros fijados por las políticas demográficas o a las solteras que los tienen a través de las técnicas de fecundación asistida que el propio sistema social está perfeccionando.

En todo caso la sociedad establece el cómo y el cuándo de los embarazos, pero cada mujer debe asumir y enfrentar sola su maternidad desde la concepción, pasando por el parto, la crianza y hasta el cuidado del desarrollo vital de ese niño a niña que nació, siendo esto un proceso difícil, incierto y complejo; por eso algunas no se consideran capaces o no pueden o no quieren vivirlo y recurren a la interrupción de su embarazo, cuando éste llegó sin desearlo e, incluso, habiendo tomado todas las precauciones que se recomiendan para evitarlo. Entonces las mujeres siguen abortando porque no encuentran otra alternativa y porque el miedo a esta experiencia lacerante par todas y para cada una de las que lo han vivido en carne propia, es menor que el profundo rechazo a afrontar una maternidad no deseada.

El abanico de estas causas es tan amplio como parece puesto que se trata de un problema multifacético; estas razones y sinrazones se han definido y argumentado como causas psicológicas, económicas, de salud, sociales e, inclusive morales

En aras de la objetividad académica, se han agrupado las respuestas obtenidas en entrevistas informales con mujeres que

han abortado y las respuestas, en orden de frecuencia son: dificultades económicas, problemas familiares, miedo a malformaciones fetales, riesgo durante el embarazo o parto anterior, etcétera, número de hijos e hijas, indicaciones médicas, estado civil y conflictos en la relación con la pareja. Estas causas se han relacionado con grupos de edades, de tal modo que, entre las mujeres de menos de 20 años de edad, la causa más frecuente que orilla a recurrir al aborto es la de dificultades familiares; las mujeres entre 21 y 30 años de edad presentan como motivo más frecuente el número de hijos e hijas que ya tenían, y de los 36 años en adelante, la causa más importante es el miedo al parto y a las malformaciones fetales.[16]

Sin embargo las causas que más predominan para realizar un aborto son porque el embarazo es producto de una violación sexual o cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas. Entonces pues tenemos que las mujeres abortan a pesar de las circunstancias adversas, porque para cada una de las que ha pasado por esta experiencia, el aborto es una necesidad.

B) FACTORES DE DESINCRIMINACION

La amplia respuesta expresada a la pregunta del porqué las mujeres abortan es el sustento de la demanda de las mujeres para decidir sobre su propio cuerpo y sobre el número y esparcimiento de sus hijos e hijas; demanda a la que se han sumado otros factores que les atañen de manera menos directa pero que inciden en las políticas legislativas sobre esta materia. Dos son muy

[16] Centro de Ayuda a la Mujer CAM, Estadísticas nacionales, agosto 1989-1999

importantes: las necesidades sanitarias y económicas de las comunidades, y las nuevas perspectivas de población, proyectadas tanto a nivel nacional como internacional. Sin embargo estos factores no son necesariamente los más importantes dentro de los considerandos que han tenido en mente las legislaturas de aquellos lugares que han decidido adoptar una política criminológica más amplia y permisiva. Entre los que han sido utilizados como argumento de discriminación se encuentran:

a).- Impunidad real del aborto: Este argumento tiene que ver con la convicción con que se persigue la acción penal contra quienes realizan o se hacen realizar prácticas abortivas. Si bien no es posible dar cifras exactas, precisamente por la clandestinidad que envuelve a estas prácticas, es evidente su impunidad real.

La desesperación frente a un embarazo no deseado es tan grande que la mujer no encuentra obstáculos en una norma punitiva, ni en los riesgos reales que implica la intervención abortiva clandestina, ni en los sentimientos de culpa. De todas maneras las mujeres siguen recurriendo al aborto como el último y desesperado recurso para evitar una maternidad que, por razones que cada una valora, no están preparadas ni capacitadas para atender. Este hecho es reconocido en la sociedad con mayor comprensión tácita que explicita, lo cual explica la casi nula represión legal real.
En otras palabras, una de las razones por las que el aborto no se castiga o se persigue es que no existe la convicción de que el hecho reprimido sea del todo ilícito y sin esta convicción, es imposible la persecución. De esta manera la política criminal que se estructura en torno e sumamente frágil puesto que, con su penalización, no se garantiza ni la disminución de los abortos ni su castigo; sólo hace que las mujeres recurran a él pagando precios

muy altos, cuando tienen recursos, o arriesgando su salud y su vida cuando no los tienen.

b).- El problema de salud pública: Sin lugar a dudas este es el punto neurálgico que cuestiona la penalización del aborto con mayor claridad y objetividad.

Independientemente de las propias convicciones sobre el valor moral de las prácticas abortivas, la realidad del peligro que representan para la vida y la salud de la gestante cuando se realizan en la clandestinidad, con los riesgos que ello conlleva, se impone a cualquier otro criterio.

Si bien es imposible confiar en los datos estadísticos sobre el número de abortos, precisamente por la clandestinidad a la que ya se ha hecho referencia, no se puede desconocer que el número de mujeres que año con año mueren a causa de abortos mal practicados es muy elevado. De las que sobreviven a tales prácticas, otro gran número tiene complicaciones que afectan seriamente su salud y corren el riesgo de secuelas que pueden llevarlas a la esterilidad definitiva. Son muchas las mujeres que acuden a los servicios médicos con graves complicaciones (perforaciones de útero, quemaduras vaginales, hemorragias severas), derivadas de abortos mal practicados, solicitando se salve su vida. Esto, además del problema de atención a la salud, estrictamente hablando, conlleva un problema de tipo económico y que de alguna manera tiene que resolver el Estado.

Los abortos mal atendidos son un problema que afecta a un gran número de personas, por tanto, es un problema de salud pública que se presenta de manera más dramática en los sectores de población de escasos recursos. Estas mujeres por carecer de

medios, se auto-producen el aborto con agujas de tejer, pócimas de alto grado de toxicidad, o mediante la colocación en la zona vaginal de pastillas de permanganato, las cuales al quemar las paredes de la vagina, les provocan hemorragias serias y complicaciones graves, sin provocarles el aborto.

c) El problema económico-social: El aborto clandestino es, además, un hecho que se convierte fácilmente en un problema económico para el propio estado, debido al alto costo que significa la atención medica de las complicaciones derivadas de estas intervenciones.

Así mismo se estima que la despenalización del aborto no requiere de una gran inversión económica, pues con las instalaciones que ya se tienen se puede prestar el servicio en condiciones adecuadas y se reduciría considerablemente el gasto que el Estado eroga en perseguir la clandestinidad, cuando se llega a dar, y la atención de las complicaciones que se originan en esas circunstancias.

d).- La problemática individual (aspectos económicos y psicológicos): Otro de los factores que se ha tomado en cuanta para la desincriminación del aborto es la carencia de recursos de la mujer embarazada. En la mayoría de países, las causas fundamentales por las cuales abortan las mujeres son de índole económica: falta de recursos para atender al niño o niña que va a nacer; existencia de un numero ya elevado de hijos o hijas previos; la amenaza real de perder el trabajo a causa del embarazo, etcétera. Todas estas causas colocan a la mujer en una tensión psicoemotiva insostenible; en un específico y real estado de necesidad que puede conducir a un excluyente de responsabilidad, a la no exigibilidad de otra conducta.

Es cierto que el aborto mismo produce en cada una de las mujeres que han pasado por esta experiencia depresiones, angustia, culpa y otros sentimientos o conflictos emocionales derivados de las condiciones de vergüenza, indignidad y clandestinidad de las propias intervenciones. Sin embargo los especialistas en enfermedades psicológicas estiman que estos padecimientos no son más graves que los que padecen las mujeres durante el puerperio, aunque se haya dado a luz en condiciones adecuadas y de aceptación social. Consideran que son más graves los padecimientos para las mujeres que se ven obligadas a pasar por el embarazo, parto y crianza del hijo o hija no deseada. Esto sucede porque, en el primer caso, los padecimientos tienden a desaparecer con el tiempo pues se trata de situaciones transitorias; en cambio, cuando una mujer se ve obligada a dar a luz contra sus intereses, deseos y temores, se enfrenta a una situación permanente, y por tanto, fuente constante de desequilibrios emocionales para ella

Estos factores aunque subjetivos deben tomarse seriamente en cuanta en cualquier elaboración de políticas incriminadoras del aborto, precisamente porque atañen directamente a la libertad de decidir sobre cada proyecto de vida en el que se incluye el disfrute de la sexualidad y la responsabilidad frente a la reproducción; libertad que debe gozar toda persona humana, sea mujer o varón.

2.10. FORMAS DE DESINCRIMINACIÓN.

Casi todos los países que han decidido evitar el costo social e individual de la clandestinidad de las prácticas abortivas, se han inclinado por uno de dos sistemas: el que contiene la fórmula de

plazos o el que contiene fórmulas de indicaciones de tipo médico o socioeconómico para discriminar el aborto.

a).- El sistema de plazos: En general, los países que se han inclinado por este sistema han establecido una libertad de la gestante para someterse a la intervención abortiva dentro del primer trimestre de la gestación. Además de esa libertad, se establecen una serie de apoyos que se proporcionan a la mujer embarazada, entre los cuales está la información legal y médica que pueda requerir en tal circunstancia, a fin de que ella misma pueda valorar la situación, las dificultades y los riesgos de la intervención y decida si interrumpe o no le embarazo.

b).- Sistema de indicaciones: Los países que lo han adoptado, establecen una serie de causas concretas de tipo médico, social o económico por las cuales se autoriza la interrupción del embarazo. Este sistema se fundamenta en el reconocimiento de la existencia de estados de necesidad suficientemente graves por los cuales debe atenderse a la mujer para evitar males mayores, independientemente de lo que pueda significar la defensa del derecho a la vida del cigoto, embrión o feto. En esta medida, las indicaciones son supuestos que han sido valorados como estados de necesidad más específicos que los considerados para todos los demás delitos.

Dentro del sistema de indicaciones, las que más comúnmente se encuentran son:

- Indicaciones médicas: Ligadas a la existencia de un peligro real para la salud o la vida de la madre. En estos casos, la definición de salud que se utiliza es la amplia, proporcionada por la OMS, es decir, el estado general de bienestar de las personas.
- Indicaciones eugenésicas: ligadas al diagnóstico de posibles malformaciones o problemas genéticos y congénitos del embrión o feto.

- Indicaciones sociales: vinculadas estrechamente con la situación personal de la mujer embarazada y de su familia. En ellas se consideran todos los problemas del tipo económico, psicológico o de relaciones que indiquen la imposibilidad real de la gestante de continuar con el embarazo o de atender el parto y la crianza de la niña o niño que naciere.
- Indicaciones éticas: Ligadas a la existencia de una conducta delictuosa como causa del embarazo, en la que la gestante fue víctima.

Además de éstas, en algunos países se empiezan a señalar también algunas indicaciones que tienen que ver directamente con la voluntad de la mujer en la concepción. Por ejemplo, se encuentran ordenamientos que permiten el aborto cuando el embarazo tuvo su origen en cualquiera de las manipulaciones de fecundación asistida (inseminación artificial o fecundación in Vitro) sin el consentimiento de la gestante, o cuando el uso de anticonceptivos fue ineficaz.

2.11. CAPACIDAD DE ELECCION DE LA MUJER.

Una de las preguntas que muchas mujeres se han planteado alguna vez, es el momento de pensar sobre el puesto que se le ha permitido ocupar en el mundo, es: acaso que la mujer nunca ha sido dueña de su cuerpo. Todas recuerdan la frase que pusieron en sus pancartas las mujeres europeas cuando desfilaron reclamando la legalización del aborto “Mi vientre es mío”.

En esencia trata de una verdad incontrastable que, de algún modo, está presente y a la vez diluida en la mente de todas las mujeres.

Pensemos en los innumerables derechos que el hombre se ha concedido a sí mismo: la patria potestad, el derecho de propiedad, el derecho de territorialidad tantos otros que sería largo enumerar. Analicemos el primero de ellos:

> La Patria Potestad. Según las leyes romanas en algunos aspectos todavía rigen, el padre tenía plenos derechos de vida y muerte sobre los hijos. Según el doctor Rasocwsky, el derecho incluía la posibilidad de revocarlos, si era su voluntad.

Lo que si llama la atención es que el padre podía disponer de los hijos gestados, paridos y amamantados por una mujer. Ella, no sólo no tenía ningún derecho sobre esa vida que era de su creación personal, sino que entraba a formar parte de los bienes de su marido.

No deja de impresionar a las mentes pensantes, el hecho de que la mujer haya permitido, a lo largo de tantos años de sometimiento, esta injusticia flagrante contra su persona. Pero esto se aclara si pensamos que, en realidad, las mujeres nunca se han permitido el derecho de ser dueña de su persona. De una definición tan simple se puede concluir que la mujer no posee dominio sobre él.

La pregunta que surge enseguida es: ¿Quién ha determinado que, en el momento de la concepción, la mujer pierda todos sus derechos como ser humano para disponer de su propiedad más inalienable que es su propio cuerpo?

Pasemos ahora al derecho de territorialidad. En él está incluida la facultad de defender los límites de un país cuando éste es amenazado por una agresión externa. En el caso de muchas mujeres, el embarazo constituye una agresión, puesto que se produce en contra de su voluntad, y naturalmente no podemos menos que preguntarnos: ¿La mujer es la única que no puede ejercer esa defensa dentro de los límites de su propio territorio corporal?

A lo largo de la historia de la humanidad han existido, en todas las civilizaciones santuarios sagrados e inviolables donde la justicia de los

hombres no podía penetrar. El cuerpo de la mujer debe aceptar todos los embarazos que se produzcan en su cuerpo es más moral que la convicción interna femenina de que ella sólo puede ser una verdadera madre de los hijos que acepte y no de los que se le impongan, madres de ocho o diez hijos reconocen amargamente que su capacidad de amor no alcanza para satisfacer la demanda de todos ellos y que, indudablemente, algunos de sus hijos les reprochan no haber sido amados lo suficientes.

Una de las críticas más difundidas que se hace al aborto es que, en caso de que se permita, las mujeres se dedicarán a abortar como si fuera su vocación más definida y que la vida entonces peligraría en su futuro desarrollo. Una afirmación de este tipo está llena de falacias. Antes que nada, podríamos decir que el hombre solamente en los últimos 50 años, mató alrededor de cien millones de sus congéneres totalmente desarrollados y con pleno derecho a continuar viviendo. Entonces, no puede menos que preguntarse por qué se castiga a la mujer que ejerce derecho de territorialidad sobre su cuerpo y se levantan monumentos a los grandes asesinos que ejercen derecho de vida y muerte sobre sus semejantes ya nacidos, hay una injusticia con la mujer que detiene un proceso que le afecta directamente y se gastan miles de millones en fabricar bombas atómicas, quién es más asesino: la mujer que decide que no está en condiciones de dar a su futuro hijo el amor y la aceptación a los cuales tiene derecho, o los que utilizan la inteligencia para fabricar armas cada vez más mortales y llenan las primeras planas de los periódicos con sus amenazas de muerte, dónde está ese respeto a la vida, el mismo que utilizan con pretexto para esclavizar a la mujer. Estoy consciente de que a muchos de ustedes puede parecerles exagerada la palabra esclavizar, sin embargo cómo definimos al esclavo, es aquel que no es dueño de sí mismo, que pertenece a quien lo ha comprado apliquemos esto a la situación reproductiva de la mujer.

Helen Deutsch afirma, “En nuestra civilización las mujeres que no han recibido amor maternal en su infancia presentan menos tendencia maternal que otras. Muchas veces el propio rechazo de la madre, inhibe sus sentimientos maternales”. Parece, que la carencia de amor temprano, trae consigo una secuela similar, en donde la mujer, rige devastadoramente, imponiendo culpa, limitaciones en la creatividad, en fin que tiene como consecuencias frustraciones importantes y generales. Por lo tanto toda mujer tiene derecho de lograr la maternidad o renunciar a ella sea o no legal la situación. Pero como dice Helen Deutsch, tendría que ver realmente que tan capaz es la mujer de llegar libremente a esa situación; y para ello habría que ver entonces, que tan sujeta esta y ha estado la mujer dentro del lugar que la sociedad le ha asignado, y que tanto está consciente de ello, para que después más cabalmente y con conciencia pueda decidir realmente con libertad si desea o no tener un hijo.

La mujer debe saber que es mucho más que una máquina de hacer hijos, que su justificación como ser humano no se encuentra sólo en un papel de madre, el cual es digno pero no es el único. Debe saber que tiene el derecho de elegir, ante todo, entre dos alternativas: Tener hijos o no tenerlos y si elige la primera que le asiste pleno derecho de determinar cuántos hijos quiere tener y en qué momento. La maternidad no debe de ser nunca un fardo que la mujer reciba como inevitable resultado de una voluntad independiente a la suya. Si debe ser, en cambio una responsabilidad muy seria que cuando se asuma se lleve a cabo con plenitud y alegría como producto de una decisión libre. Al tener un control real de su fecundidad la mujer adquiere la posibilidad de criar hijos en vez de dejarlos crecer; de amarlos en vez de fabricarlos.

2.12. POSTURAS EN CONTRA Y A FAVOR DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO SENTIMENTAL O POR VIOLACIÓN SEXUAL.

Con respecto a este conjunto de posturas, consideramos que es viable resumirla en dos grupos, las posturas de carácter jurídico esbozadas por académicos en el Perú y las posturas de carácter ético religioso esbozadas comúnmente por grupos religiosos y grupos civiles conocidos como “Provida

A) POSTURAS EN CONTRA DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR VIOLACIÓN SEXUAL.

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

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

   El profesor Caro empieza su desarrollo teórico indicando con respecto a los argumentos propuestos para despenalizar el aborto en determinados supuestos (eugenésico y sentimental) por la comisión revisora del código penal, que los mismos no reflejan la identidad normativa de la sociedad de nuestra época ni captan el tratamiento normativo del arraigado espíritu del aborto en los ordenamientos jurídico contemporáneos. Así, conforme se puede desprender del texto, no cabría alegar la despenalización del aborto en tanto la sanción del mismo refleja las expectativas normativas de la población y estas expectativas con respecto a la vida del feto son su indiscutida protección. Tales expectativas, a su vez, responden a un proceso histórico social de evolución

b) El bien jurídico “Vida del Concebido” debe ser tutelado penalmente de forma indiscutida.El profesor Oré enfoca su crítica a la despenalización del aborto desde la postura de la tutela de los bienes jurídicos como fin del derecho penal: atentan contra un bien jurídico de máxima importancia en cualquier sociedad regida bajo los cánones de un Estado democrático de Derecho: el derecho a la vida. Sin el respeto del derecho a la vida, los demás derechos pierden sentido, Así, el bien jurídico a tutelar dentro de la lógica planteada por el profesor Oré, no será otro más que la vida del feto. Así siendo que el feto, desde la lógica del citado profesor, constituye vida humana por su mera existencia y por ende merece toda la protección que el Estado por medio del derecho penal pueda ofrecerle. En ese sentido podemos apreciar su texto cuando hace el cuestionamiento a la falta de necesidad de la pena en algunos supuestos, Entiendo que cuando el Dr. Víctor Prado propone despenalizar el aborto eugenésico y el aborto por violación no niega el desvalor de la conducta (hay merecimiento de pena), pero seguro considera que desde el punto de vista político criminal no hay necesidad de pena. Como los casos arriba señalados de los hurtos entre padres e hijos, o los delitos de bagatela, donde se estima innecesaria la intervención del derecho penal.

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

B) POSTURAS A FAVOR DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR VIOLACIÓN SEXUAL.

Siguiendo el orden planteado previamente, tal y como dentro de las posturas en contra de la despenalización del aborto presente dos

argumentos que me parecían lo suficientemente claros para ser expuestos como un marco de discusión del tema central, corresponde realizar lo mismo con respecto a los argumentos planteados a favor del aborto.

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

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

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

b) El número de abortos ilegales en el Perú como referencia de inutilidad de la sanción penal. En el año 2006 se desarrolló en el Perú un estudio muy interesante que refleja el nivel de abortos en el Perú, en ese sentido, las conclusiones de tal estudio fueron las siguientes: De acuerdo a la ENDES 2004-2005, el 57% de nacimientos ocurridos en los últimos cinco años se produjeron sin que sus padres los hubieran deseado. Esta cifra en caja con estadísticas sobre exposición al riesgo de embarazo. En el país de 3.8 millones de mujeres sexualmente activas, alrededor del 30% o sea 1.4 millones está en riesgo de salir embarazada sin desearlo.

Frente a esta contingencia algunas optan por tener un hijo no deseado y otras por interrumpir el embarazo. En este sentido cada año se producirían 376 mil abortos clandestinos en el país y aproximadamente 1.8 millones de nacimientos no deseados

A raíz de las cifras derivadas en la citada investigación, se apela al alto número de abortos ocurridos en el país para proponer que su despenalización sea el reflejo de un comportamiento que se viene dando desde hace largo tiempo dentro del estado peruano. En ese sentido, se propone que en base a la información obtenida acerca de la cantidad de personas (mujeres) que incumplen con la normatividad vigente y llevan a cabo un aborto, se expresa en políticas que permitan eliminar las desigualdades sociales y beneficiar a las mujeres que se ven obligadas a llevar a cabo el aborto. Como argumento adyacente al previamente presentado, también se indica que en realidad, la norma penal únicamente genera un perjuicio contra aquellas ciudadanas que no tienen los medios económicos para pagar por el secreto profesional de médicos y personal capacitado, ya que es vox populi que un aborto en el Perú

puede realizarse de forma higiénica y segura detener los medios económicos necesarios.[17]

Las cifras del aborto clandestinos en el Perú

- 370,000 abortos clandestinos se producen anualmente en el país, lo que significa que hay 5 mujeres que abortan por cada100 gestantes.
- Los abortos inseguros y las complicaciones derivadas de ellos son la tercera causa de mortalidad materna y la primera causa de morbilidad de hospitalización de las mujeres.
- La mayoría de mujeres que interrumpe su embarazo acude a personas no calificadas (44%), el 39% a una obstetriz y el 17% aun/a profesional médico/a.
- Estos porcentajes se agravan en las zonas rurales donde la gran mayoría (65%) recurre a personal no calificado.
- El 57% de nacimientos ocurridos entre el 2000-2005 se dio sin haber sido deseados, es decir, un estimado de 1.8 millones.
- De 3.8 millones mujeres sexualmente activas, cerca del 30%,1.4 millones, están expuestas al riesgo de embarazos no deseados por falta de acceso a métodos anticonceptivos.
- Al 2015, el 13.7 de las adolescentes en el país se encontraba gestando o ya era madre por primera vez.

[17] PRADO SALDARRIAGA, Víctor, “Política Criminal Peruana”, Lima, Perú. Cultural Cuzco S.A., Editores, 1985, p. 45.

2.13. LA PENA EN EL DELITO DE ABORTO SENTIMENTAL Y EUGENESICO.

La pena que impone la ley para este delito es de tres meses de pena privativa de libertad. Se trata de una pena simbólica, pues si bien no se libera de responsabilidad al agente infractor (la mujer), esta nunca será efectiva por las siguientes razones

- La investigación preparatoria para estos delitos tiene un plazo de 120 días naturales, prorrogable, por causas justificadas a 60 días más; tiempo en el cual el delito prescribiría conforme a las disposiciones del Código Penal.
- De no ser así, el artículo 68 del Código Penal prevé la figura de la exención de pena, que puede ser aplicada por el juez en los casos en que el delito esté previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa, si la responsabilidad del agente fuere mínima.
- También se podría hacer valer instituciones como el de la reserva de fallo condenatorio que opera cuando el juez omite en su sentencia la parte resolutiva, en supuestos que la ley prevea para el delito una pena inferior a los tres años, obviamente sujetándolo a reglas por un periodo de tiempo al final del cual se tiene por no pronunciada la condena.
- Podría aplicarse el principio de oportunidad, que viene a constituir aquel mecanismo a través del cual se faculta al fiscal titular de la acción penal para decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad penal, o en su caso a solicitar el sobreseimiento cuando concurran los requisitos exigidos por ley Estaríamos pues frente a lo

que la doctrina denomina el autor-víctima, es decir ,cuando el autor del hecho se ve afectado como consecuencia del delito que él mismo cometió. Pues la mujer que ocasiona su aborto se ve afectada por este hecho tanto física como emocionalmente. Como la mujer casada que producto de una violación sexual cometida por su esposo se provoca un aborto no incurre en aborto "sentimental" (con el que tendrá una pena privativa de libertad simbólica de tres meses), sino que comete un aborto sin atenuantes, es doblemente víctima: de un acto de violación por un lado, y de una pena por abortar por el otro.

2.14. FUNDAMENTOS DE LA ATENUACIÓN DEL ABORTO SENTIMENTAL Y EUGENESICO.

Para algunos autores, como Chirinos Soto, el fundamento de la atenuación radica en que se le impone a la mujer una maternidad no deseada y se reconoce de algún modo el derecho a librarse de ello, o por lo menos, la ley se muestra tolerante para quien lo haga. Según Bramont Arias, el fundamento estriba en la libertad de la mujer para abortar cuando ha quedado embarazada en contra de su voluntad. Para Peña Cabrera, el fundamento de la atenuación es el reconocimiento a la mujer de una maternidad libre y consciente, y que no sea impuesta contra su libre voluntad. En este sentido, Jiménez de Asúa sostiene que el fundamento de la atenuación está dado por las íntimas convicciones de la mujer, las que deben respetarse, máxime si fueron víctimas de un grave delito sexual.

El fundamento se halla en la idea de no exigibilidad, entendida como aquel criterio orientador para decidir la prevalencia de intereses en conflicto: El Derecho no puede obligar a la mujer embarazada a soportar las consecuencias de orden personal, familiar y social que se

derivarían del nacimiento de un hijo que es fruto de un gran atentado a su dignidad y libertad. Por mi parte, consideramos que el fundamento es la libertad de la mujer para abortar cuando ha quedado embarazada mediante un acto ilícito, no consentido y traumático, lo que sucede incluso en los casos en que la mujer ha quedado embarazada producto del acto carnal forzado por parte de su esposo, es decir, dentro del vínculo matrimonial. En otras palabras, la libertad para interrumpir el embarazo que se le otorga a la mujer víctima de una violación sexual comprende tanto a la mujer que ha sido violada dentro como fuera del matrimonio, ya que en ambos casos se ha vulnerado su libertad sexual.

Asimismo el fundamento principal por el cual se atenúa el aborto eugenésico es porque cuando se presentan estos casos generalmente no se piensa en la angustia de la madre, si no en la propia criatura, en sí podrá poseer una mente y un cuerpo suficiente útiles para justificar que su vida continua, pensar así es entrar en razonamiento, pero no todas las personas piensan de la misma manera ya que también se preocupan en el sufrimiento del rechazo de la humanidad.

2.15. EL DELITO DE ABORTO "SENTIMENTAL Y EUGENESICO" EN EL DERECHO COMPARADO.

❖ **En Argentina**, el artículo 86 del CP preceptúa: "El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:(…) 2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

❖ **En Bolivia**, el artículo 266 del CP prescribe: "Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, rapto no seguido

de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna siempre que la acción penal hubiese sido iniciada. Tampoco será punible si el aborto hubiese sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios. En ambos casos el aborto deberá ser practicado por un médico con consentimiento de la mujer y la autorización judicial del caso".

❖ **En Colombia**, el artículo 124 del CP señala: "Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

❖ **En México**, el artículo 333 del CP expresa: "No es punible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación".

❖ **En España**, el artículo 417 bis del CP apunta: "No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:(…) 2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado".

❖ **En Uruguay**, el artículo 328, inciso 2 señala: "Si el aborto se cometiere, para eliminar el fruto de la violación, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, y si se efectuare con su consentimiento será eximido de castigo

2.16. ANÁLISIS DE SENTENCIAS

A. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Exp. N° 2005-2009-PA/TC

Fundamento 10: Dado que el derecho a la vida no se agota en el derecho a la existencia físico-biológica, a nivel doctrinario y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo encontramos definido también desde una perspectiva material. Así, se ha dicho que "actualmente, la noción de Estado social y democrático de Derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad."[STC N.° 01535-2006-PA, fundamento 82].

COMENTARIO:

En la presente sentencia se realiza un análisis respecto al derecho a la vida, el mismo que no solo comprende garantizar el acto del nacimiento mismo, sino que también involucra otros aspectos materiales que tendrían que darse con la finalidad de garantizar el respeto a este derecho fundamental que es el derecho a la vida, en ese sentido, haciendo una interpretación de lo expuesto en la sentencia sobre vulneración del derecho a la vida por la distribución de la píldora del día siguiente, si bien la píldora está comprobada que resulta abortiva, si analizamos el derecho que se protege, el derecho a la vida se logrará proteger al 100 % cuando se garantice el desarrollo de esta vida y se brinden las condiciones mínimas de supervivencia, donde el menor de edad tenga las condiciones mínimas o básicas para lograr su desarrollo en el estado, siendo función del Estado defender y asegurar el derecho a la vida y solo cumplir con que se proteja la vida.

Exp. N° 2005-2009-PA/TC FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Fundamento 5: Constituye un derecho de la mujer, según el artículo 10° inciso h) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre la planificación de la familia. (…) Sin embargo, lo que puede ser bueno y oportuno desde las razones de la política, tiene que ser compatible con el techo ético de la Constitución. Es decir, como lo han dicho los jueces Brennan, Powell, Marshall, Douglas, Stewart y Burger en el caso *Roe Vs. Wade (1973)* "nuestra tarea es resolver la cuestión desde criterios constitucionales al margen de las inclinaciones personales y las pasiones".

En este orden de ideas, soy consciente que la PDS puede servir para posibilitar un sistema de indicaciones a fin de evitar abortos traumáticos de la mujer o embarazos no deseados en los siguientes casos:

a) Motivaciones terapéuticas o médicas; para evitar que el embarazo ocasione un grave daño para la vida o salud de la madre.
b) Motivación criminológica; para evitar el embarazo por violación sexual.
c) Motivaciones eugenésicas; cuando es probable que el concebido conlleve al nacimiento graves taras físicas.

COMENTARIO:

Con esta opinión se está sustentando que el aborto puede ser razonable en ciertos casos, teniendo en cuenta las circunstancias en las que ocurren y el post trauma que se generaría al concebir un niño que no se desea. Por ello, comparto la opinión del magistrado al señalar la viabilidad el uso de la píldora del día siguiente como un medio abortivo en los casos expuestos, sirviendo el argumento para sustentar la investigación que planteo, ya que si la idea es no generar perjuicios en la madre una vez que resulta embarazada producto

de una violación o al conocer que su embarazado presenta complicaciones para el feto, es útil acudir al aborto en ambos casos.

B. DICTAMEN DE LA ONU CONTRA PERÚ: Comunicación No. 1153/2003 - Caso Noelia Llantoy (adjunto en anexos de la tesis):

Antecedentes del hecho:

- La autora quedó embarazada en marzo de 2001, cuando tenía 17 años de edad. El 27 de junio de 2001 se le realizó una ecografía en el Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima, dependiente del Ministerio de Salud. Del examen se estableció que se trataba de un feto anencefálico.

- El 3 de julio de 2001, el Doctor Ygor Pérez Solf, médico gineco-obstetra del Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima, informó a la autora sobre la anomalía que sufría el feto y los riesgos contra su vida en caso de continuar con el embarazo. El doctor Pérez le señaló que tenía dos opciones: continuar o interrumpir la gestación; recomendándole la interrupción mediante un legrado uterino. La autora decidió interrumpir el embarazo, por lo cual se le practicaron los estudios clínicos necesarios, los cuales confirmaron el padecimiento del feto.

- El 19 de julio de 2001, cuando la autora se presentó en el hospital en compañía de su madre para ser internada para la intervención, el Doctor Pérez le informó que debía solicitarse la autorización por escrito al Director del hospital. Siendo la autora menor de edad, su madre, la Señora Elena Huamán Lara, presentó dicha solicitud. El 24 de julio de 2001, el Doctor Maximiliano Cárdenas Díaz, Director del Hospital, respondió por escrito, que no era posible realizar la interrupción de la gestación, por cuanto hacerlo sería contravenir a las normas legales, ya que de conformidad con lo establecido en el

artículo 120 del Código Penal, el aborto era reprimido con “pena privativa de liberta no mayor de tres meses (2) cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas » y que, conforme al artículo 119 del mismo Código, “solo el aborto terapéutico está permitido cuando “la suspensión del embarazo es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave permanente”.

- El 16 de agosto de 2001, la Señora Amanda Gayoso, Asistente Social adscrita al Colegio de Asistentes Sociales del Perú, realizó una evaluación del caso y concluyó que se recomendaba la intervención médica para interrumpir el embarazo « ya que de continuar solo se prolongaría la angustia e inestabilidad emocional de Karen y su familia ». Sin embargo, la intervención no se realizó debido a la negativa de los funcionarios médicos adscritos al Ministerio de Salud.

- El 20 de agosto de 2001, la Doctora Marta B. Rendón, médico psiquiatra adscrita al Colegio Médico Peruano rindió un informe médico psiquiátrico de la autora, concluyendo que: “el presunto principio de la beneficencia para el feto ha dado lugar a maleficencia grave para la madre, pues se le ha sometido innecesariamente a llevar a término un embarazo cuyo desenlace fatal se conocía de antemano y se ha contribuido significativamente a desencadenar un cuadro de depresión con las severas repercusiones que esta enfermedad tiene para el desarrollo de una adolescente y para la futura salud mental de la paciente”.

- El 13 de enero de 2002, con una demora de tres semanas respecto a la fecha normalmente prevista para el parto, la autora dio a luz una niña anencefálica, que vivió cuatro días; periodo durante el cual debió amamantarla. Después de la muerte de su hija, la autora se sumió en un estado de profunda depresión. Así lo diagnosticó la psiquiatra

Marta B. Rondón. Asimismo, la autora afirma que padeció de una inflamación vulvar que requirió tratamiento médico.

ANÁLISIS:

El Gobierno Peruano se sometió a un dictamen de la ONU que le obliga a indemnizar y responsabilizarse por vulnerar los derechos de Noelia Llantoy, a quien se le negó un aborto terapéutico en 2001 y dio a luz un feto anencefálico (sin cerebro) que falleció cuatro días después, informó la defensa de la víctima; dado que se consideró que no aplicaba bajo el término de terapéutico, dado que las malformaciones del feto no afectaban la vida de la madre, dándole contextualización de eugenésico, el cual no es permitido.

En aquel entonces las opiniones fueron distintas. El ex director del Hospital Arzobispo Loayza, Max Cárdenas, aseguró que se procedió de manera correcta cuando se le negó el aborto, ya que la malformación del bebé –señaló– no afectaba su vida. “El caso de la joven no se configuraba en aborto terapéutico, sino un aborto sentimental cuando estaba confirmada la malformación del bebé. No había riesgos en la salud de la gestante”,

El Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS) y el Centro de Derechos Reproductivos, llevaron en el 2002 el caso conocido como K.L. al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. El dictamen comprometió al estado a adoptar medidas para evitar que este caso vuelva a ocurrir en el futuro y el Ministerio de Salud sería el encargado de indemnizar económicamente a Llantoy por "la vulneración de sus derechos fundamentales".

Este fue un "hecho histórico" porque fue la primera vez que el comité emite una resolución enmarcada en una petición individual y "reafirma el derecho de las mujeres a un aborto".

Noelia Llantoy estuvo sometida a un problema de "depresión constante y de salud mental", durante y después del parto, y además advirtió que esta

práctica sí era legal dadas las condiciones que sufría la víctima, que además en ese momento era menor de edad, un hecho que agravaba la situación.

El Estado peruano considera el aborto "un delito contra la vida, el cuerpo y la salud", y solo lo despenaliza en el caso de que la vida de la madre esté en peligro; sin embargo aún en dichos casos existen "muchas dificultades" para que a una mujer peruana se le practique un aborto terapéutico.

Personalmente y como lo manifesté líneas arriba, la concepción de terapéutico puede asimilarse también al aborto sentimental y al eugenésico porque en ambos se afecta la psiquis de la mujer, la cual es parte de su salud mental; lo cual queda comprobado con el caso que se acaba de analizar.

C. SENTENCIA CASO ABORTO NO PUNIBLE - ARGENTINA: (adjunto en anexos de la tesis):

FUNDAMENTO JURÍDICO A FAVOR DEL ABORTO SENTIMENTAL

Se ha considerado la sentencia argentina sobre aborto no punible por violación de una chica de 15 años. A ella le autorizan el aborto, pero aquella decisión fue recurrida por medio de un recurso extraordinario interpuesto, en representación del nasciturus, por el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces.

Que, ante ello se le confirió traslado a la señora Defensora General de la Nación, quien asumió la representación de la chica. y expresó que correspondía confirmar la sentencia apelada al tiempo que entendía que todos los casos de embarazo forzado —víctimas de violaciones— debían ser considerados como abortos no punibles, más precisamente, como casos particulares de la hipótesis general de peligro para la salud de la gestante (artículo 86, inciso 1º, del Código Penal Argentino)

Tal como lo ha señalado la Organización Mundial de la Salud, la exigencia de que las víctimas de violación, para calificar para el aborto, tengan que elevar cargos contra su agresor, obtener informaciones policiales, requerir autorización de un tribunal o satisfacer cualquier otro requisito que no sea médicamente necesario, puede transformarse en una barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana. Estos requisitos, diseñados para identificar casos fabricados, retrasan el cuidado necesario y aumenta la probabilidad de abortos no seguros o, incluso, pueden llevar a la negativa de la práctica porque el embarazo está muy avanzado.

Que, si bien el tribunal argentino advierte la posibilidad de configuración de casos fabricados, considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud

D. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007 Y SU ACUMULADA 147/2007. PROMOVENTES: COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

MÉXICO, DISTRITO FEDERAL. ACUERDO DEL TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CORRESPONDIENTE AL DÍA VEINTIOCHO DE AGOSTO DE DOS MIL OCHO

FUNDAMENTO JURÍDICO A FAVOR DEL ABORTO SENTIMENTAL

Se trata de un caso muy importate donde se impugnó la constitucionalidad de una reforma que despenaliza el aborto en el DF durante las primeras doce semanas del embarazo. La mayoría de los ministros del Pleno de la Suprema Corte votaron en favor de reconocer la constitucionalidad de la reforma, sin embargo, debido a que las razones que esgrimieron fueron de diversa índole y no hubo plena coincidencia entre los ministros de la mayoría, el engrose resultó muy polémico y se emitieron numerosos votos particulares.

CAPITULO III

3. ANALISIS Y DISCUSION DE LOS RESULTADOS O DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS.

3.1. DISEÑO DE CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS.

En la presente investigación se realizó un campo de estudio, con la información doctrinaria expuesta y la información estadística de las encuestas o cuestionarios que se realizaron en el distrito judicial de Lambayeque, en donde se demuestra considerando la hipótesis planteada al inicio del presente trabajo.

3.2. POBLACION Y MUESTRA

La población está constituida por los jueces penales y fiscales del departamento de Lambayeque; donde el campo de estudio serán 50 jueces penales y 80 fiscales.

3.3. CUADROS ESTADISTICOS DEL CAMPO DE INVESTIGACION

POBLACION ENCUESTADA

- De un total de 50 fiscales encuestados, el 70% son mujeres y el 30% son varones

- **ENCUESTA DIRIGIDA A MUJERES**

PREGUNTA 1:

1. **¿Usted está de acuerdo que se sancione el aborto en el ordenamiento peruano?**

✓ El 53 % de las mujeres consideran que si, de los cuales el 28 % tienen entre 18 a 24 años de edad y el 25% tienen entre 25 a 29 años de edad.

- Y un 47% de mujeres consideran que no, de los cuales el 30% tiene entre 18 a 24 años de edad y el 17 % tiene entre 25 a 29 años de edad.

EDAD	18-24		25-29		TOTAL	
	n°	%	n°	%	n°	%
SI	22	28	20	25	32	64
NO	24	30	14	17	38	47
TOTAL	46	58	34	42	80	100

FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

PREGUNTA 2:

2. ¿Qué tipo de aborto cree usted que debería legalizarse?

- El 46% de las mujeres encuestadas, considera que se debería legalizar tanto el aborto eugenésico como el aborto sentimental del cual el 25% tienen entre 18-24 años de edad y el 21% tienen entre 25-29.
- Y un 23% del total dicen que se deberían legalizar solo el aborto eugenésico.

EDAD	18-24		25-29		TOTAL	
	N	%	N	%	N	%
A. EUGENESICO	11	14	7	9	18	23
A. SENTIMENTAL	9	11	6	7	15	18
AMBOS	20	25	17	21	37	46
NINGUNA DE LAS A.	6	8	4	5	10	13
TOTAL	46	58	34	42	80	100

FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

PREGUNTA 3:

3. ¿Cuáles cree usted que son las causas de un aborto?

- De un total de 80 mujeres encuestadas, el 40 % consideran que la causa principal del aborto es la presión de la pareja o familia, de los cuales el 23% son mujeres entre 18 -24 y el 17% tiene entre 24-29 años.
- Asimismo el 35% de encuestadas considera que en segundo lugar como causa del aborto se encuentra el miedo al rechazo social.

EDAD	18-24		25-29		TOTAL	
	N	%	N	%	N	%
Presión de la pareja o familia.	18	23	14	17	32	40
Inestabilidad de las relaciones sentimentales.	8	10	4	5	12	15
Falta de educación sexual afectiva.	5	6	3	4	8	10
Miedo al rechazo social.	15	19	13	16	28	35
TOTAL	46	58	34	42	80	100

FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

PREGUNTA 4:

4. ¿Cuáles son las consecuencias del aborto clandestino?

- De un total de 80 mujeres encuestadas, el 50% considera que la principal consecuencia de los abortos clandestinos es la muerte de la mujer gestante.
- Y en segunda lugar se encuentra tanto el útero perforado como la esterilidad ambas con un 20%.

EDAD	18-24		25-29		TOTAL	
	N	%	N	%	N	%
Muerte	25	32	15	18	40	50
Trastornos psicológicos	5	6	3	4	8	10
Útero perforado	9	11	7	9	8	20
Esterilidad	7	9	9	11	16	20
TOTAL	46	58	34	42	80	100

FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

PREGUNTA 5:

5. ¿Crees que se debería sancionar a las personas que practican o realizan abortos clandestinos?

- El 90% de un total de 80 mujeres encuestadas considera que si debería sancionar a las personas que realizan abortos clandestinos poniendo en riesgo la vida de la mujer gestante.

EDAD	18-24		25-29		TOTAL	
	n°	%	n°	%	n°	%
SI	42	53	30	37	72	90
NO	4	5	4	5	8	10
TOTAL	46	58	34	42	80	100

FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

- **<u>ENCUESTA DIRIGIDA A FISCALES</u>**

RESPUESTA A LA PREGUNTA 1:

1. **¿Usted como operador del Derecho considera que el aborto está regulado correctamente en el Ordenamiento Jurídico?**

- Al formularles la pregunta Usted, **Usted como operador del Derecho considera que el aborto está regulado correctamente en el Ordenamiento Jurídico** el 80 % de personas consideran que si, de los cuales el 60 % son mujeres y el 20 % son varones.

- Y un 20% de personas consideran que no, de los cuales el 10 % son mujeres y el 10% son varones.

SEXO	MUJERES		VARONES		TOTAL	
	n°	%	n°	%	n°	%
SI	30	60	10	20	40	80
NO	5	10	5	10	10	20
TOTAL	35	70	15	30	50	100

FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

RESPUESTA A LA PREGUNTA 2:

2. **¿Qué tipo de aborto cree Usted que debería permitir nuestro Ordenamiento Jurídico?**

   - El 54 % de un total de 50 personas encuestadas, opinan porque en nuestro Ordenamiento Jurídico debería permitirse tanto aborto sentimental y el aborto eugenésico, de las cuales el 40 % son mujeres y el 14 % son varones.
   - Un 28% del total opinan que debería permitirse el aborto Sentimental, de los cuales el 18% son mujeres y el 10% son varones y un 16% opinan que no debería permitirse ningún tipo de aborto de los cuales el 12 % son Mujeres y el 4 % son Varones.

SEXO	MUJERES		VARONES		TOTAL	
	n	%	n	%	n	%

EUGENESICO	-	0	1	2	1	2
SENTIMENTAL	9	18	5	10	14	28
AMBOS	20	40	7	14	27	54
N.A	6	12	2	4	8	16
TOTAL	35	70	15	30	50	100

FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

RESPUESTA A LA PREGUNTA 3:

3. **¿Según su experiencia, Como operador del derecho en qué edad es más frecuente el aborto?**

   - El 60% de las personas encuestadas manifiestan que la edad más frecuente por la que es practicado el Delito de aborto oscila entre los 18 a 24 años, un 30 % manifiesta que son entre 13 y 17 años y un 10 % manifesto que también se presenta entre los 25 y 29 años

SEXO / EDAD	**MUJERES**		**VARONES**		**TOTAL**	
	n	**%**	**n**	**%**	**n**	**%**
13 – 17	10	20	5	10	15	30

18 – 24	22	44	8	16	30	60
25 - 29	3	6	2	4	5	10
TOTAL	35	70	15	30	50	100

FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

RESPUESTA A LA PREGUNTA 4:

4. **¿Considera Usted que despenalizar el delito de aborto Eugenésico y/o sentimental disminuirá la muerte de mujeres?**

- De un total de 50 personas encuestadas, el 80% considera que al despenalizar este tipo de delito si disminuiría la muerte de mujeres que decidieron practicarse un aborto, de los cuales un 58% son mujeres y un 22% son varones.

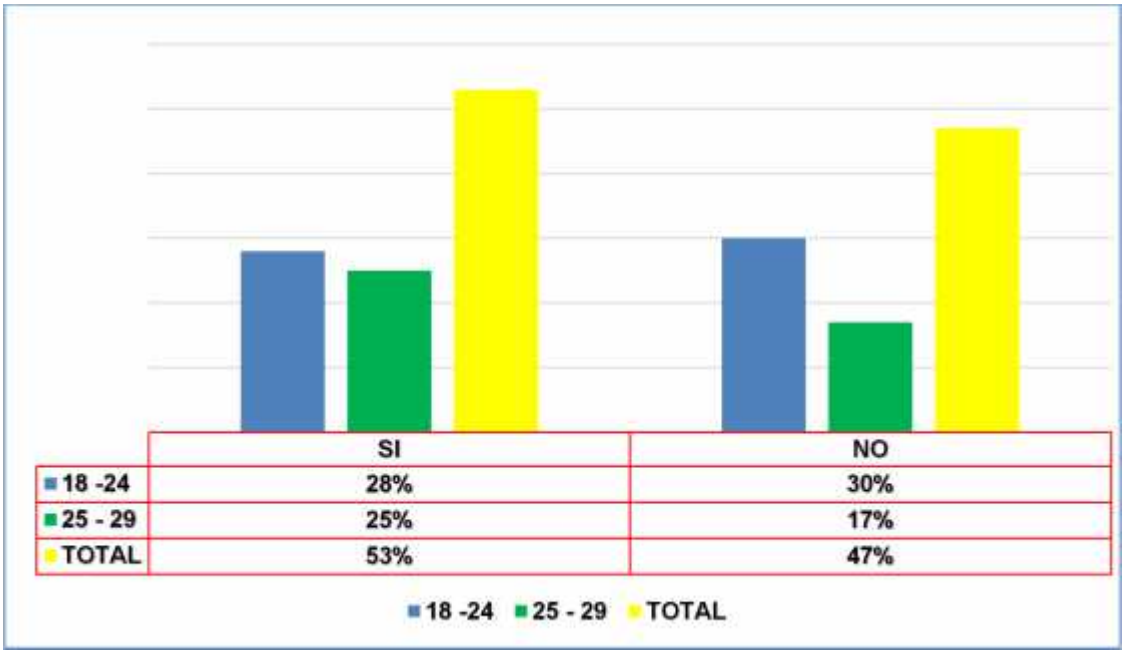
SEXO	**MUJERES**		**VARONES**		**TOTAL**	
	n	**%**	**n**	**%**	**n**	**%**
SI	29	58	11	22	40	80
NO	6	12	4	8	10	20
TOTAL	35	70	15	30	50	100

FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

❖ ENCUESTA DIRIGIDA A LAS MUJERES

PREGUNTA 1:

1. **¿Usted está de acuerdo que se sancione el aborto en el ordenamiento Peruano?**



FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

ANÁLISIS:

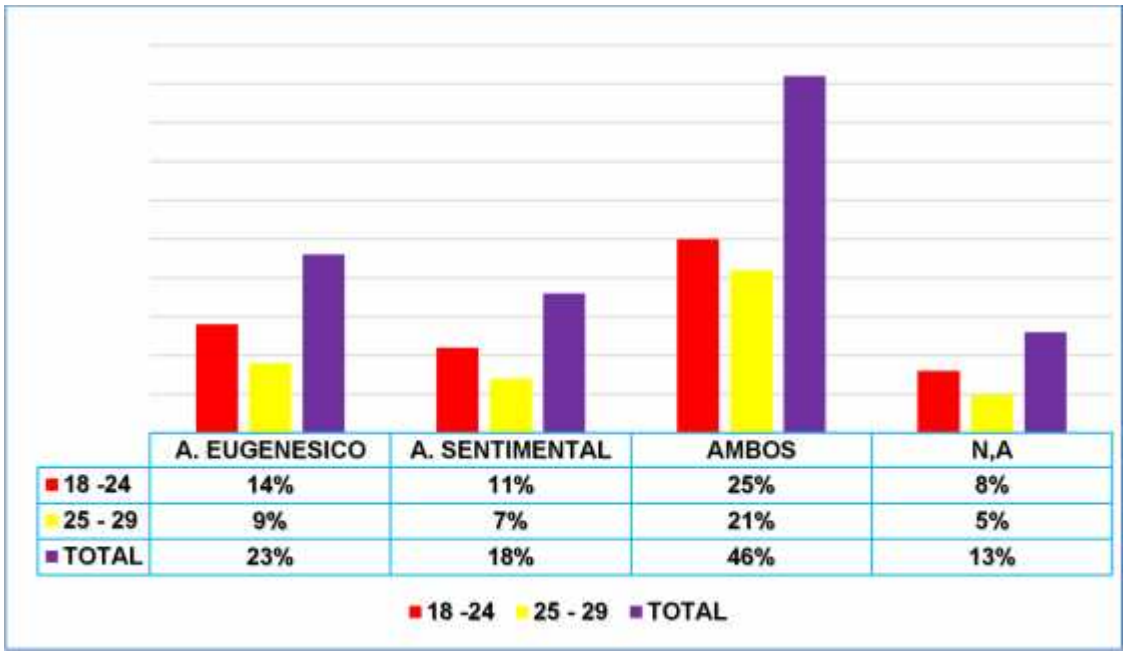
Del siguiente grafico se aprecia que un 53% de las mujeres encuestadas consideran que si debe sancionarse el aborto, de las cuales el 28% tienen entre 18 a 24 años de edad y el 25% tiene entre 25 y 29 años.

INTERPRETACIÓN:

Como se puede apreciar en el siguiente grafico la mayoría de las mujeres considera que si se debe sancionar el aborto; ya que lo ven como un delito.

PREGUNTA 2:

2. ¿Qué tipo de aborto cree usted que debería legalizarse?



FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

ANÁLISIS:

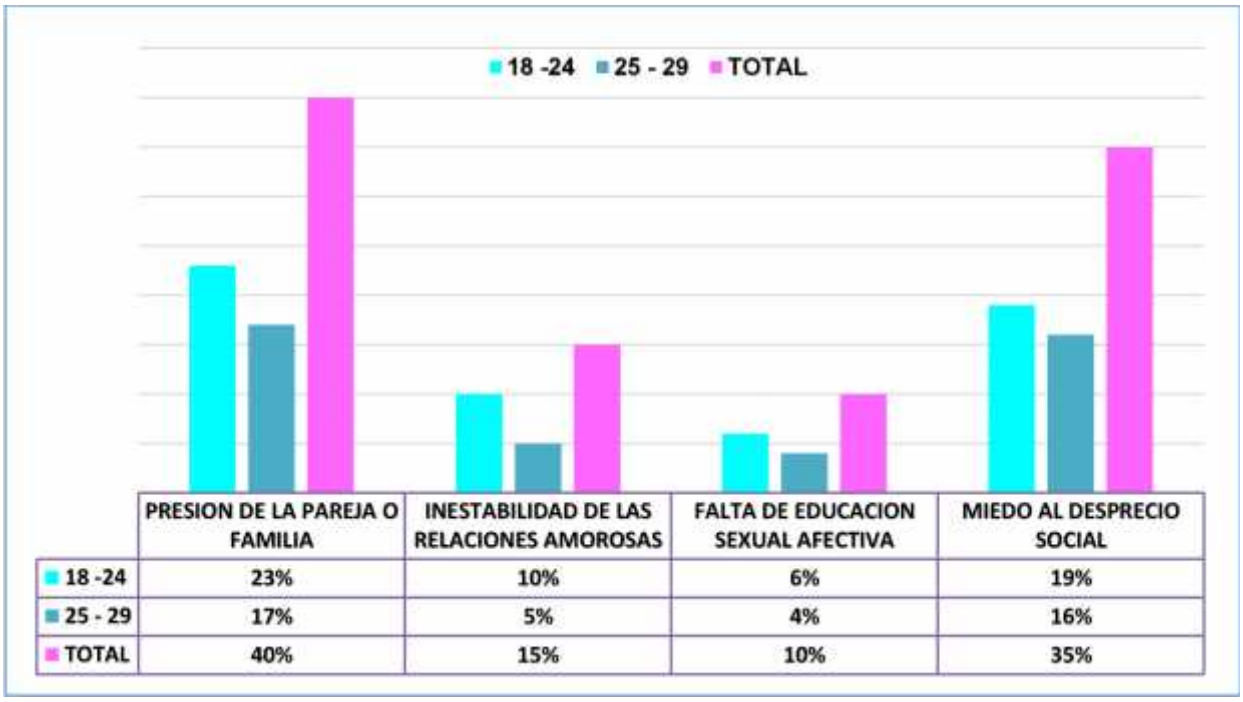
Según el cuadro se deduce que un 46 % de las mujeres encuestadas respondieron que se debería legalizar tanto el aborto eugenésico como el aborto sentimental; del cual el 25% tiene entre 18 – 24 años de edad y el 21% tiene entre 25 – 29 años.

INTERPRETACIÓN:

Los resultados indican que la mayoría de mujeres encuestadas del departamento de Lambayeque creen que si debería legalizarse el aborto sentimental y eugenésico porque así se evitaría tantas muertes que causan los abortos clandestinos.

PREGUNTA 3:

3. **¿Cuáles cree usted que son las causas de un aborto?**



	PRESION DE LA PAREJA O FAMILIA	INESTABILIDAD DE LAS RELACIONES AMOROSAS	FALTA DE EDUCACION SEXUAL AFECTIVA	MIEDO AL DESPRECIO SOCIAL
18 -24	23%	10%	6%	19%
25 - 29	17%	5%	4%	16%
TOTAL	40%	15%	10%	35%

FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

ANÁLISIS:

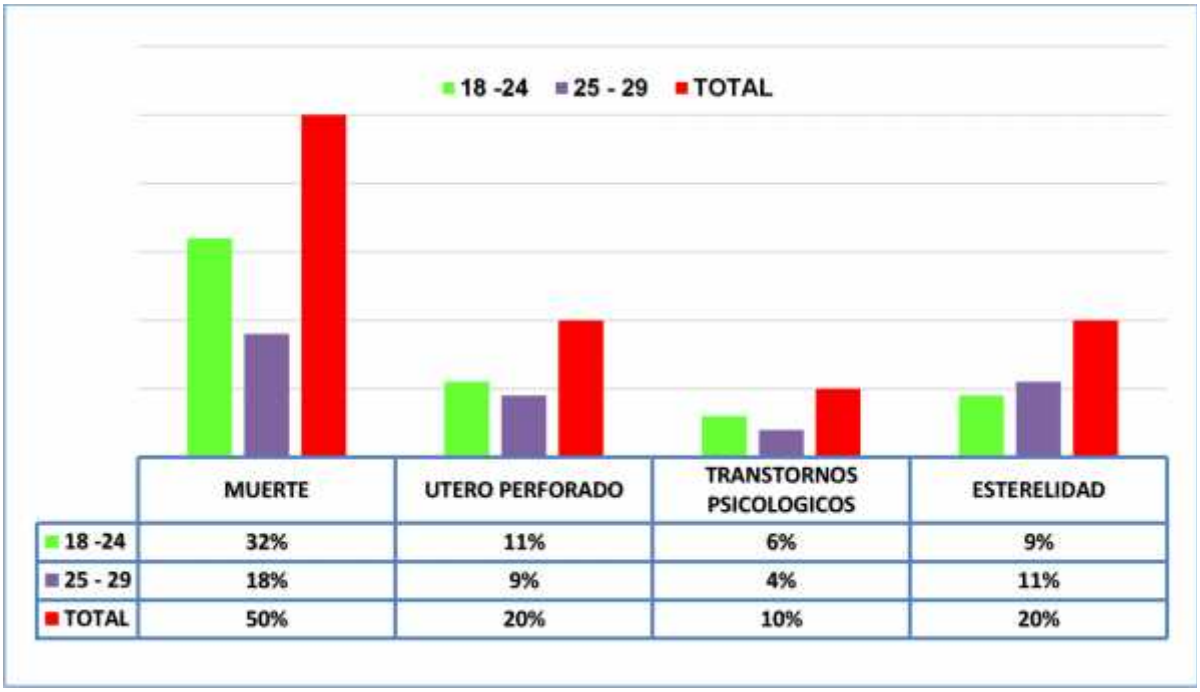
Según el gráfico se observa que las causas más frecuentes por lo que una mujer decide abortar es la PRESION DE LA PAREJA O FAMILIA con un 40 %, así como el miedo al desprecio social con un 35 % y con un 15 % la inestabilidad de las relaciones amorosas.

INTERPRETACIÓN:

Los resultados indican que la mayor parte de las mujeres encuestadas del departamento de Lambayeque; tanto de 18-24 como de 25-29 años de edad considera que la causa del aborto es la presión de la pareja o familia.

PREGUNTA 4:

4. **¿Cuáles son las consecuencias del aborto clandestino?**



	MUERTE	UTERO PERFORADO	TRANSTORNOS PSICOLOGICOS	ESTERELIDAD
18 -24	32%	11%	6%	9%
25 - 29	18%	9%	4%	11%
TOTAL	50%	20%	10%	20%

FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

ANALISIS:

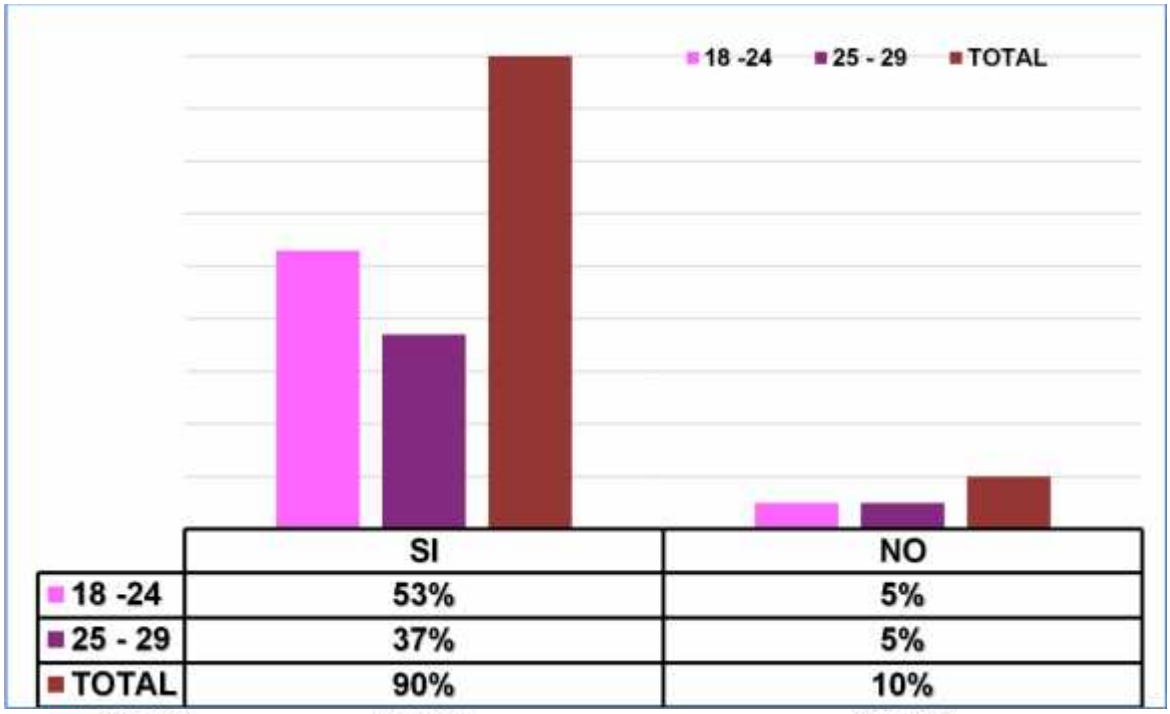
Según el cuadro se observa que un 50% de las mujeres encuestadas considera que la principal consecuencia del aborto clandestino genera la MUERTE DE LAS MUJERES y en un segundo lugar se encuentra tanto el útero perforado como la esterilidad ambas con un 20%.

INTERPRETACIÓN:

Los resultados indican que efectivamente LA MUERTE DE LAS MUJERES es la principal consecuencia que genera el aborto clandestino por ende se deben tomar medidas para que estas muertes disminuyan.

PREGUNTA 5

5. **¿Crees que se debería sancionar a las personas que practican o realizan abortos clandestinos?**



	SI	NO
18 -24	53%	5%
25 - 29	37%	5%
TOTAL	90%	10%

FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

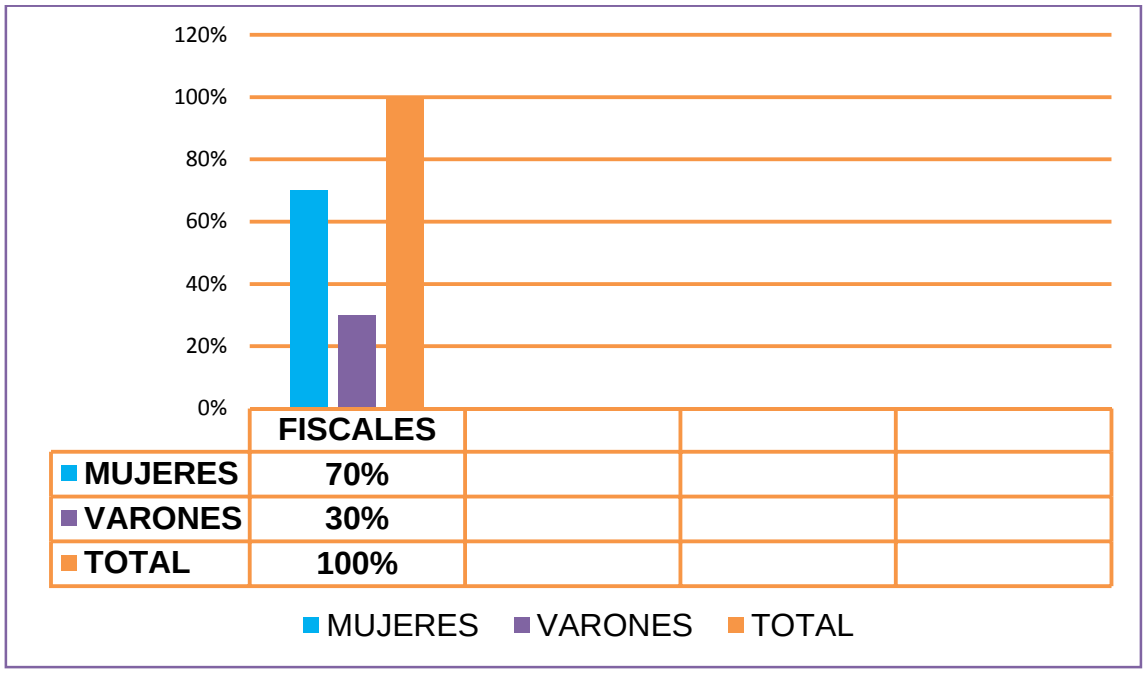
ANALISIS:

Según el cuadro se observa que un 53% de las mujeres encuestadas considera que si se deberían sancionar a las personas que practican abortos clandestinos; de los cuales el 53% tiene entre 18 – 24 años de edad y el 37% tienen entre 25 – 29 años.

INTERPRETACIÓN:

Los resultados muestran que la mayoría de mujeres encuestadas cree que se debe sancionar a las personas que clandestinamente practican los abortos los cuales en la mayoría de casos generan la muerte en las gestantes.

- **DATOS GENERALES DE LAS ENCUESTAS DIRIGIDAS A FISCALES**



FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

ANÁLISIS:

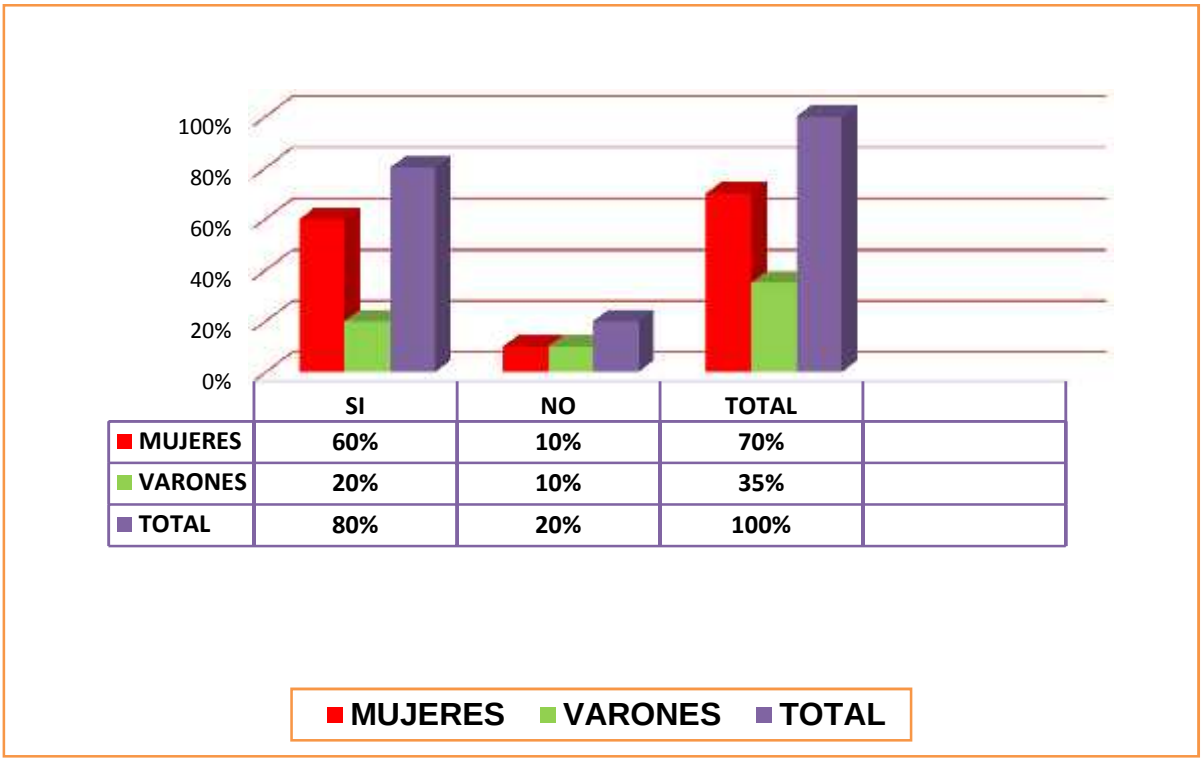
Según el cuadro se deduce que un 70 % de fiscales encuestadas son mujeres y un 30 % son varones.

INTERPRETACIÓN:

Los resultados indican que la mayor parte de los fiscales encuestados son mujeres.

PREGUNTA 1:

1. **¿Usted como operador del Derecho considera que el aborto está regulado correctamente en el Ordenamiento Jurídico?**



	SI	NO	TOTAL	
MUJERES	60%	10%	70%	
VARONES	20%	10%	35%	
TOTAL	80%	20%	100%	

FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

ANÁLISIS:

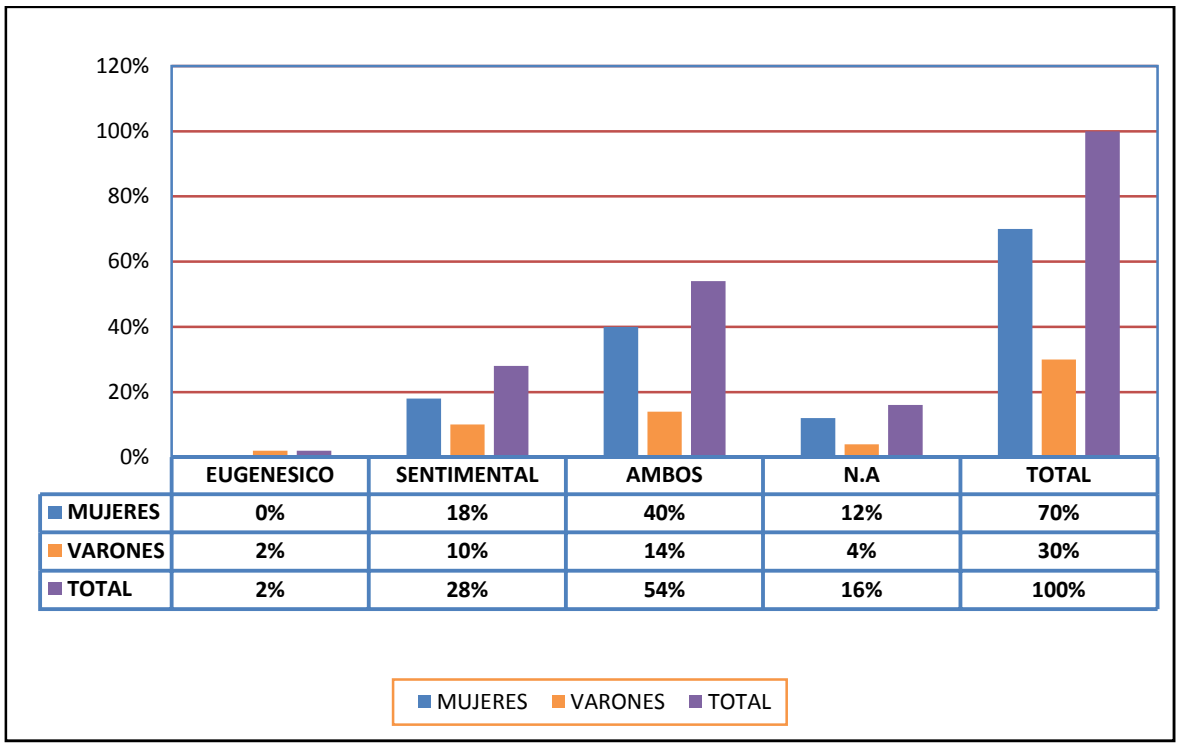
Según el gráfico se observa que la mayoría de personas encuestadas considera que el aborto está regulado correctamente en nuestro ordenamiento jurídico con un 80%; de los cuales, el 20% son hombres y el 60% de mujeres.

INTERPRETACIÓN:

Los resultados indican que la mayor parte de los fiscales encuestados del departamento de Lambayeque; consideran que el aborto está regulado correctamente en nuestro ordenamiento jurídico.

PREGUNTA 2:

2. **¿Qué tipo de aborto cree Usted que debería permitir nuestro Ordenamiento Jurídico?**



	EUGENESICO	SENTIMENTAL	AMBOS	N.A	TOTAL
MUJERES	0%	18%	40%	12%	70%
VARONES	2%	10%	14%	4%	30%
TOTAL	2%	28%	54%	16%	100%

FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

ANALISIS:

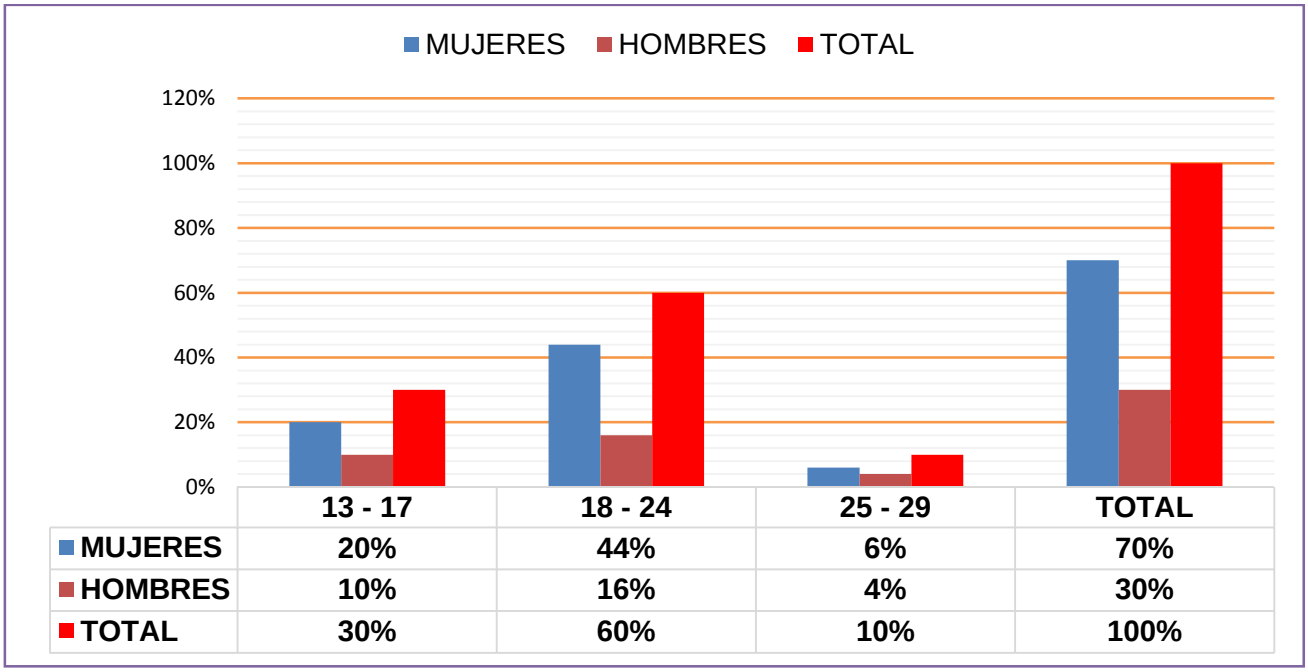
Según el cuadro se observa que un 54% de los fiscales encuestados encuestados considera que debería permitirse el aborto eugenésico y sentimental en nuestro ordenamiento jurídico

INTERPRETACIÓN:

Los resultados indican que la mayor parte de los fiscales encuestados del departamento de Lambayeque con un 28% considera que debería permitirse el aborto sentimental en nuestro ordenamiento jurídico y un 54 % el aborto eugenésico y sentimental.

PREGUNTA 3:

3. **¿Según su experiencia, Como operador del derecho en qué edad es más frecuente el aborto?**



	13 - 17	18 - 24	25 - 29	TOTAL
MUJERES	20%	44%	6%	70%
HOMBRES	10%	16%	4%	30%
TOTAL	30%	60%	10%	100%

FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

ANÁLISIS:

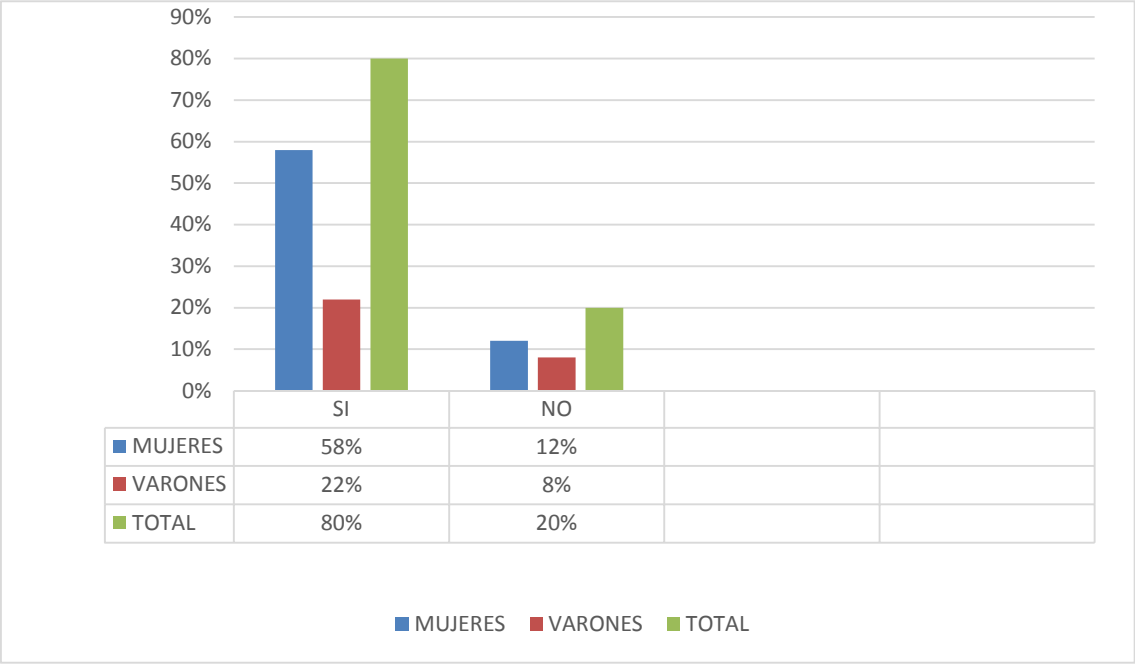
Según el cuadro se observa que un 60% de los fiscales encuestados considera que la mayoría de casos que se presenta se ve que la realización de abortos se realiza en jóvenes de 18 a 24 años.

INTERPRETACIÓN:

Los resultados indican que la mayor parte de los fiscales consideran que en el departamento de Lambayeque los casos más frecuentes de abortos se presentan en jóvenes en edad de 18 a 24 años.

PREGUNTA 4:

¿Considera Usted que despenalizar el delito de aborto Eugenésico o/Y sentimental disminuirá la muerte de mujeres?



	SI	NO		
MUJERES	58%	12%		
VARONES	22%	8%		
TOTAL	80%	20%		

FUENTE: ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL.

ANÁLISIS:

Según el cuadro se deduce que el 80 % de los fiscales encuestados consideran que está de acuerdo con despenalizar el delito de aborto eugenésico y sentimental.

INTERPRETACIÓN:

- Los resultados indican que la mayor parte de los fiscales encuestados del departamento de Lambayeque consideran que debería despenalizarse el delito de aborto sentimental y eugenésico.

CONCLUSIONES

- La norma penal referente al aborto sentimental y eugenésico, únicamente genera un perjuicio contra aquellas ciudadanas que no tienen los medios económicos para pagar por el secreto profesional de médicos y personal capacitado, lo cual genera más muertes de mujeres.

- Los abortos en todos sus tipos son inseguros y las complicaciones derivadas de ellos son la tercera causa de mortalidad materna y la primera causa de morbilidad de hospitalización de las mujeres.

- Ambos tipos de aborto son una figura despenalizada en forma encubierta ya que poseen una pena privativa de la libertad simbólica de tres meses, cuya efectividad es inviable; por tal razón despenalizarlo sería una cuestión de mero trámite.

- El aborto sentimental constituye una agravio psicológico para la mujer, lo que pone en riesgo su capacidad moral, emocional y le impide continuar progresando en la vida, puede constituir una barrera de naturaleza permanente que puede llevarla incluso a un cuadro psiquiátrico, en tal sentido la mujer víctima de una violación sexual no se encuentra en las condiciones básicas y necesarias para dar atención y calidad de vida a su futuro hijo.

- Frente a la criminilización que provoca la práctica del aborto sentimental (embarazo a causa de una violación sexual) sin recaer que ésta responde a múltiples violaciones al Derecho a la Libertad, que es un Derecho Fundamental reconocido en diferentes tratados y convenios de carácter internacional de protección y erradicación de toda violencia contra la Mujer de los cuales el Perú ha ratificado “Convención de Belem do Para”; pues éste derecho -libertad- al ser ponderado frente al valor “vida” la afectación del primero implica una Jerarquía Superior frente al segundo, y es así que estaríamos frente a una conclusión que una sanción sobre

el primero es inconstitucional; y por ende la propuesta de despenalización cuenta con criterio jurídico sustentable de aprobación.

- En relación al aborto eugenésico, es necesario considerar que cuando el feto presenta graves taras físicas y psíquicas; al nacer estaría sometido a diversos tratamientos no solo costosos, sino difíciles de afrontar, lo cual expondría su vida constantemente a sufrimientos; asimismo, es necesario precisar que si el niño una vez nacido no sobrevive mucho tiempo, no se podrá eliminar la angustia y sufrimiento de los padres, generándoles inseguridad para volver a concebir.

- En la gran mayoría de países la figura del aborto eugenésico y sentimental no está penalizado; sin embargo se exigen determinados requisitos como que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que tratándose de una violación sexual, el mencionado hecho hubiese sido denunciado"; requisitos que se podrían aplicar también en el Perú.

RECOMENDACIONES

1. Se debería dejar de lado la opinión de la Iglesia Católica porque el principal motivo por el cual el aborto sentimental y eugenésico aún no se ha legalizado en el Perú es por la oposición de la Iglesia Católica.

2. Se deberían implementar más programas de ayuda dirigido a las mujeres en edades de 15 años hasta los 25 años para que les brinden orientación a cerca de los métodos anticonceptivos y así poder evitar los embarazos no deseados y por ende los abortos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ARIAS TORRES, Luis; GARCIA CANTIZANO, Maria, “Manual de Derecho Penal - Parte Especial”, 4° Edición Aumentada y actualizada. Lima:Editorial San Marcos,2009; p. 222.
- CARO CORIA, Dino Carlos, “Código penal comentado, Gaceta Jurídica” Editores. Lima. 2004. 1006 p.
- CASTILLO FREYRE, Mario. Código civil. Lima. Asesoramiento y Análisis Laborales S.A. 2004. 516 p.BRENES QUESADA, Carlos. Tesis Justicia Restaurativa “Una Herramienta para la Solución al fenómeno de la Criminalidad Costarricense” San Jose de Costa Rica. Julio de 2009.
- CASTILLO ALVA, José Luis, “El Delito de Aborto” .Lima: Ara Editores 2009, 98p.
- CASTAÑEDA, Martha, La interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones teóricas, filosóficas y políticas, México, Plaza y Valdes, 2003, 112p.
- GARCÍA MARIN, José Ma. El Aborto criminal en la legislación y la doctrina, Madrid, Revista de Derecho Privado, 58p.
- FIGARI Rubén – PARMA Carlos, El Homicidio y Aborto en la legislación peruana. Lima, Editora Jurídica Motivensa, 2010
- GARCÍA DEL RIO, Flavio; “Manual de Derecho Penal”, Lima: Editorial Ediciones Legales Iberoamericana, 2004

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

- PRADO SALDARRIAGA, Víctor, “Política Criminal Peruana”, Lima, Perú. Cultural Cuzco S.A., Editores, 1985, p. 45.

- ROY FREYRE, Luis, “Derecho penal peruano: Parte especial”, Tomo I. 2da. Edición. Lima: Editorial San Marcos, 1996; p. 178

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

- VILLANUEVA FLORES, Rocío, “el aborto y sus consecuencias”, Lima: Editorial Defensoría del Pueblo, 2000, 79p.

ANEXOS

ANEXO 1

LA PRESENTE ENCUESTA ESTA DIRIGIDA A MUJERES DEL DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE

Fecha: _____

ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL

EDAD: ……

1. **¿Usted está de acuerdo que se sancione el aborto en el ordenamiento peruano?**

SI ☐ NO ☐

2. **¿Qué tipo de aborto cree usted que debería legalizarse?**

A.EUGENESICO ☐
A.SENTIMENTAL ☐
AMBOS ☐
N.A ☐

3. **¿Cuáles cree usted que son las causas de un aborto?**

Presiona de la pareja o familia ☐
Inestabilidad de las relaciones sentimentales ☐
Falta de educación sexual afectiva ☐

Miedo al rechazo social ☐

4. **¿Cuáles son las consecuencias del aborto clandestino?**

   Muerte ☐

   Trastornos psicológicos ☐

   Útero perforado ☐

   Esterilidad ☐

5. **¿Crees que se debería sancionar a las personas que practican o realizan abortos clandestinos?**

   SI ☐ NO ☐

ANEXO 2

LA PRESENTE ENCUESTA ESTA DIRIGIDA A LOS FISCALES DE LA REGION DE LAMBAYEQUE

Fecha: _____

ENCUESTA SOBRE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EUGENESICO Y SENTIMENTAL

Marca con una (x)

☐ Masculino

☐ Femenino

1. **¿Usted como operador del Derecho considera que el aborto está regulado correctamente en el Ordenamiento Jurídico?**

SI ☐ NO ☐

2. **¿Qué tipo de aborto cree Usted que debería permitir nuestro Ordenamiento Jurídico?**

A.EUGENESICO ☐
A.SENTIMENTAL ☐
AMBOS ☐
N.A ☐

3. **¿Según su experiencia, Como operador del derecho en qué edad es más frecuente el aborto?**

13- 17 ☐
18 – 24 ☐
25 – 29 ☐

4. **¿Considera Usted que despenalizar el delito de aborto Eugenésico o/Y sentimental disminuirá la muerte de mujeres?**

SI ☐ NO ☐

ANEXO 3

NACIONES UNIDAS

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

17 de noviembre de 2005

Original: ESPAÑOL

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

85º período de sesiones

17 de octubre a 3 de noviembre de 2005

DICTAMEN

Comunicación No. 1153/2003

Presentada por: Karen Noelia Llantoy Huamán (representada por las organizaciones DEMUS, CLADEM y "Center for Reproductive Law and Policy"

Presunta víctima: La autora

Estado Parte: Perú

Fecha de la comunicación: 13 de noviembre de 2002 (comunicación inicial)

Referencias: Decisión del Relator Especial con arreglo al artículo 91 del reglamento, transmitida al Estado Parte el 8 de enero de 2003 (no se publicó como documento)

Fecha de aprobación del dictamen: 24 de octubre de 2005

Habiendo concluido el examen de la comunicación Nº 1153/2003, presentada en nombre de Karen Noelia Llanytoy Huamán con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Habiendo tenido en cuenta toda la información que le han presentado por escrito la autora de la comunicación y el Estado Parte, Aprueba el siguiente:

Dictamen emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo

1. La autora de la comunicación es Karen Noelia Llantoy Huamán, nacida en 1984, quien alega ser víctima de una violación por parte de Perú, de los artículos 2, 3, 6, 7, 17, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Está representada por las organizaciones DEMUS, CLADEM y “Center for Reproductive Law and Policy”. El Protocolo Facultativo entró en vigor para Perú el 3 de octubre de 1980.

Antecedentes de hecho

2.1 La autora quedó embarazada en marzo de 2001, cuando tenía 17 años de edad. El 27 de junio de 2001 se le realizó una ecografía en el Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima, dependiente del Ministerio de Salud. Del examen se estableció que se trataba de un feto anencefálico.

2.2 El 3 de julio de 2001, el Doctor Ygor Pérez Solf, médico gineco-obstetra del Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima, informó a la autora sobre la anomalía que sufría el feto y los riesgos contra su vida en caso de continuar con el embarazo. El doctor Pérez le señaló que tenía dos opciones: continuar o interrumpir la gestación; recomendándole la interrupción mediante un legrado uterino. La autora decidió interrumpir el embarazo, por lo cual se le practicaron los estudios clínicos necesarios, los cuales confirmaron el padecimiento del feto.

2.3 El 19 de julio de 2001, cuando la autora se presentó en el hospital en compañía de su madre para ser internada para la intervención, el Doctor Pérez le informó que debía solicitarse la autorización por escrito al Director del hospital. Siendo la autora menor de edad, su madre, la Señora Elena Huamán Lara, presentó dicha solicitud. El 24 de julio de 2001, el Doctor Maximiliano Cárdenas Díaz, Director del Hospital, respondió por escrito, que no era posible realizar la interrupción de la gestación, por cuanto hacerlo sería contravenir a las normas legales, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del Código Penal, el aborto era reprimido con “pena privativa de liberta no mayor de tres meses (2) cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas » y que, conforme

al artículo 119 del mismo Código, “solo el aborto terapéutico está permitido cuando “la suspensión del embarazo es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave permanente”.

2.4 El 16 de agosto de 2001, la Señora Amanda Gayoso, Asistente Social adscrita al Colegio de Asistentes Sociales del Perú, realizó una evaluación del caso y concluyó que se recomendaba la intervención médica para interrumpir el embarazo « ya que de continuar solo se prolongaría la angustia e inestabilidad emocional de Karen y su familia ». Sin embargo, la intervención no se realizó debido a la negativa de los funcionarios médicos adscritos al Ministerio de Salud.

2.5 El 20 de agosto de 2001, la Doctora Marta B. Rendón, médico psiquiatra adscrita al Colegio Médico Peruano rindió un informe médico psiquiátrico de la autora, concluyendo que: “el presunto principio de la beneficencia para el feto ha dado lugar a maleficencia grave para la madre, pues se le ha sometido innecesariamente a llevar a término un embarazo cuyo desenlace fatal se conocía de antemano y se ha contribuido significativamente a desencadenar un cuadro de depresión con las severas repercusiones que esta enfermedad tiene para el desarrollo de una adolescente y para la futura salud mental de la paciente”.

2.6 El 13 de enero de 2002, con una demora de tres semanas respecto a la fecha normalmente prevista para el parto, la autora dio a luz una niña anencefálica, que vivió cuatro días; periodo durante el cual debió amamantarla. Después de la muerte de su hija, la autora se sumió en un estado de profunda depresión. Así lo diagnosticó la psiquiatra Marta B. Rondón. Asimismo, la autora afirma que padeció de una inflamación vulvar que requirió tratamiento médico.

2.7 La autora presenta al Comité la declaración médica de los Doctores Annibal Faúdes y Luis Távara, especialistas de la asociación “Center for Reproductive Rights”, quienes el 17 de enero de 2003 estudiaron el expediente clínico de la autora y señalaron que la anencefalia es una enfermedad fatal para el feto en todos los

casos. La mayoría mueren inmediatamente después del nacimiento. Además pone en peligro la vida de la madre. En su opinión, al haber rechazado
interrumpir el embarazo, el personal médico tomó una decisión perjudicial para la autora.

2.8 En cuanto al agotamiento de recursos internos, la autora alega que, se exceptúa este requisito cuando los recursos judiciales disponibles a nivel nacional son ineficaces para el caso que se plantea, y recuerda que el Comité ha establecido en múltiples ocasiones que el autor no está obligado a agotar un recurso que sería ineficaz. Agrega que en el Perú no existe ningún recurso administrativo que permita interrumpir un embarazo por motivos terapéuticos, y no
existe tampoco ningún recurso judicial que opere con la celeridad y eficacia necesarias para que una mujer pueda exigir a las autoridades la garantía de su derecho a un aborto legal dentro del periodo limitado, en virtud de la circunstancias especiales que se requieren en estos casos.
Asimismo, señala que sus limitaciones económicas y las de su familia le impidieron obtener asesoría legal.

2.9 La autora afirma que la denuncia no se encuentra pendiente ante otro procedimiento de arreglo internacional.

La denuncia

3.1 La autora alega una violación del artículo 2 del Pacto, ya que el Estado parte incumplió su obligación de garantizar el ejercicio de un derecho. El Estado debió haber tomado medidas frente a la resistencia sistemática de la comunidad médica a cumplir con la disposición legal que autoriza el aborto terapéutico y a la interpretación restrictiva que hace de éste. Dicha interpretación restrictiva fue patente en el caso de la autora, al considerar que un embarazo de feto anencefálico no ponía en peligro su vida y su salud. El Estado debió haber tomado medidas que hicieran posible la aplicación de la excepción a la penalización del aborto, con el fin

de que, en los casos donde la integridad física y mental de la madre corre peligro, ésta pueda acceder a un aborto seguro.

3.2 La autora alega haber sido objeto de discriminación, en violación del artículo 3 del Pacto por los siguientes motivos:

(a) En el acceso a los servicios de salud, ya que no se reconocieron sus diferentes necesidades particulares por razón de su sexo. La autora afirma que la ausencia de medidas estatales para evitar que se vulnerar su derecho a un aborto legal por motivos terapéuticos, solo requerido por las mujeres, sumado a la arbitrariedad del personal de salud, trajo como resultado una práctica discriminatoria que violó sus derechos y que esta vulneración es aún más grave si se tiene en cuenta que se trataba de una menor.

(b) Discriminación en el ejercicio de sus derechos, ya que a pesar de que la autora tenía derecho a un aborto terapéutico, las actitudes y prejuicios sociales no permitieron que esto se llevara a cabo; impidiéndole el disfrute de sus derechos a la vida, salud intimidad y a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes en igualdad de condiciones con los hombres.

(c) Discriminación en el acceso a los tribunales; teniendo en cuenta los prejuicios de los funcionarios del sistema de salud y de la rama judicial en relación con las mujeres y la ausencia de una acción legal apropiada para exigir el respeto del derecho a obtener un aborto legal cuando se cumplen las condiciones establecidas por la ley, en el tiempo y las condiciones adecuadas.

3.3 La autora alega una violación al artículo 6 del Pacto. Señala que la experiencia por la que tuvo que pasar le dejó graves secuelas en su salud mental de las que todavía no se ha recuperado. Recuerda que el Comité ha señalado que el derecho a la vida no puede entenderse de manera restrictiva, sino que de hecho requiere que los Estados adopten medidas positivas para su protección, incluyendo las medidas necesarias para evitar que las mujeres recurran a abortos clandestinos que

pongan en peligro su salud y su vida especialmente cuando se trata de mujeres pobres. Agrega que el Comité ha considerado la falta de acceso de las mujeres a servicios de salud reproductiva, incluido el aborto, como una violación del derecho de la mujer a la vida, y que esto ha sido reiterado por otros comités como el Comité por la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La autora alega que en el presente caso, la vulneración del derecho a la vida se configuró en el hecho de que el Estado peruano no adoptó las medidas para que la autora obtuviera una
interrupción segura de un embarazo por inviabilidad fetal. Afirma que la negativa a prestar el servicio de aborto legal la dejó entre dos opciones igualmente peligrosas para su vida e integridad: optar por buscar servicios de aborto clandestino -y por lo tanto altamente riesgosos-, o continuar con un embrazo peligroso y traumático, que puso en peligro su vida.

3.4 La autora alega una violación al artículo 7 del Pacto. Señala que la obligación que se le impuso de continuar de manera forzada con el embarazo constituye un trato cruel e inhumano, ya que tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que sus horas de vida estaban contadas. Afirma que esta fue una terrible experiencia que sumó más dolor y angustia a la ya acumulada durante el período en que estuvo obligada a continuar con el embarazo, ya que se le sometió al « funeral prolongado » de su hija, y que después de su muerte, se sumió en un estado de profunda depresión.

3.5 La autora recuerda que el Comité ha señalado que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no solo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral, y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores1. Recuerda que el mismo Comité, al examinar el reporte del Perú en 1996 opinó que las normas restrictivas sobre el aborto sometían a las mujeres a un trato inhumano, contrariando el artículo 7 del Pacto; y que en 2000,
el Comité reiteró al Estado parte que la penalización del aborto era incompatible con los artículos 3, 6 y 7 del Pacto.

3.6 La autora alega una violación del artículo 17, argumentando que este derecho protege a las mujeres de la intrusión en las decisiones que recaen sobre sus cuerpos y sus vidas, y les da la posibilidad de ejercer su derecho a decidir de manera autónoma sobre su vida reproductiva. La autora afirma que el Estado parte interfirió de manera arbitraria en su vida privada, tomando por ella una decisión sobre su vida y salud reproductiva que la sometió a llevar a término un
embarazo forzado, violando con ello su derecho a la intimidad. Agrega que la prestación del servicio estaba disponible y si no hubiera sido por la injerencia que los agentes del Estado tuvieron en su decisión, que estaba amparada en la ley, ella habría podido interrumpir el embarazo. Recuerda al Comité, que las niñas y adolescentes tienen una protección especial por su condición de menores, como está reconocido en el artículo 24 del Pacto y en la Convención de los Derechos del Niño.

3.7 La autora alega una violación del artículo 24, ya que no recibió la atención especial que requería, en su condición de niña adolescente, por parte de las instancias de salud. Ni su bienestar ni su estado de salud fueron un objetivo de las autoridades que se negaron a practicarle el aborto. La autora recuerda que El Comité ha establecido en su Observación General No. 17, sobre el artículo 24, que el Estado debe también tomar medidas de orden económico, social y cultural para garantizar este derecho. Por ejemplo, deberían adoptarse todas las medidas posibles de orden económico y social para disminuir la mortalidad infantil y evitar que se les someta a actos de violencia o a tratos crueles o inhumanos, entre otras posibles violaciones.

3.8 La autora alega una violación del artículo 26, argumentando que el hecho de que las autoridades peruanas hayan considerado que su caso no encuadraba dentro del aborto terapéutico contemplado en el código penal como no penalizado, la dejo en un estado de desprotección incompatible con la garantía de protección ante la ley garantizada por el artículo 26. La garantía de una igual protección frente a la ley requiere otorgar especial protección a ciertas categorías de situaciones que requieren un tratamiento específico. En el presente caso, en razón de una

interpretación sumamente restrictiva de la ley penal, las autoridades de salud desprotegieron a la autora ignorando la protección especial que su situación requería.

3.9 La autora alega que la dirección del centro de salud la dejó en estado de indefensión como consecuencia de una interpretación restrictiva del artículo 119 del Código Penal. Agrega que no existe nada en la letra de la ley que indique que la excepción legal del aborto terapéutico debe aplicarse solo en casos de peligro para la salud física. Las autoridades hospitalarias sí distinguieron y dividieron el concepto de salud, transgrediendo así el principio jurídico que señala donde la ley no distingue, no debemos distinguir. Señala que, la salud es « un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de dolencias o enfermedades », que por lo tanto, cuando el Código penal peruano habla de salud, lo hace en sentido amplio e integral protegiendo, tanto la salud física como la mental de la madre.

Omisión del Estado parte de cooperar conforme al artículo 4 del Protocolo Facultativo

4. El 23 de julio de 2003, el 15 de marzo y el 25 de octubre de 2004, se enviaron recordatorios al Estado parte, para que presentara al Comité información sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación. El Comité observa que dicha información no se ha recibido. El Comité lamenta el hecho de que el Estado Parte no haya proporcionado ninguna información en relación con la admisibilidad o el fondo de las alegaciones de la autora. Recuerda que está implícito en el Protocolo Facultativo que los Estados Partes deben poner a disposición del Comité toda la información de que dispongan. Ante la falta de respuesta del Estado Parte, debe darse el peso debido a las alegaciones de la autora, en la medida en que estas hayan quedado debidamente fundamentadas.

Deliberaciones del Comité Examen relativo a la admisibilidad

5.1 De conformidad con el artículo 93 de su reglamento, antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si la comunicación es admisible en virtud de Protocolo Facultativo del Pacto.

5.2 El Comité observa que según la autora el mismo asunto no ha sido sometido a ningún otro procedimiento internacional de examen. El Comité también toma nota de sus argumentos en el sentido de que en el Perú no existe ningún recurso administrativo que permita interrumpir un embarazo por motivos terapéuticos, y no existe tampoco ningún recurso judicial que opere con la celeridad y eficacia necesarias para que una mujer pueda exigir a las autoridades la garantía de su derecho a un aborto legal dentro del periodo limitado, en virtud de la circunstancias especiales que se requieren en estos casos. El Comité recuerda su jurisprudencia en el sentido de que un recurso que no puede prosperar no puede contar y no tiene que agotarse a los fines del Protocolo Facultativo 4. No se ha recibido ninguna objeción del Estado Parte en este sentido, por lo que debe darse el peso debido a las alegaciones de la autora. Por lo tanto, el Comité considera que se han satisfecho los requisitos de los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

5.3 El Comité considera que las alegaciones de la autora relativas a una presunta violación de los artículos 3 y 26 del Pacto no han sido debidamente fundamentadas, ya que la autora no ha traído a la consideración del Comité elementos de juicio sobre los hechos ocurridos que pudieran establecer algún tipo de discriminación a los que se refieren los artículos citados. Por consiguiente, la parte de la comunicación que se refiere a los artículos 3 y 26 se declara inadmisible con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

5.4 El Comité observa que la autora ha alegado una violación del artículo 2, del Pacto. El Comité recuerda su constante jurisprudencia consistente en que el artículo 2 constituye un compromiso general de los Estados, y por su carácter accesorio, no puede ser invocado aisladamente por particulares en virtud del Protocolo

Facultativo. Por consiguiente, la denuncia relacionada con el artículo 2 será analizada conjuntamente con las demás alegaciones hechas por la autora.

5.5 En cuanto a las alegaciones relativas a los artículos 6, 7, 17 y 24 del Pacto, el Comité considera que están suficientemente fundamentadas, a efectos de la admisibilidad, y que parecen plantear cuestiones en relación con esas disposiciones. En consecuencia, procede a examinar la comunicación en cuanto al fondo.

Examen relativo al fondo

6.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información recibida, según lo estipulado en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.2 El Comité observa que la autora acompañó una declaración médica que acredita que debido a su embarazo estuvo sujeta a un riesgo vital. Además, quedó con secuelas psicológicas severas acentuadas por su situación de menor de edad, como lo estableció el dictamen psiquiátrico del 20 de agosto de 2001. El Comité nota que el Estado parte no ha presentado ningún elemento para desacreditar lo anterior. El Comité observa que las autoridades estaban en conocimiento del riesgo vital que corría la autora, pues un médico gineco-obstetra del mismo hospital le había recomendado la interrupción del embarazo, debiendo realizarse la intervención médica en ese mismo hospital público. La negativa posterior de las autoridades médicas competentes a prestar el servicio pudo haber puesto en peligro la vida de la autora. La autora señala que no contó con un recurso eficaz para oponerse a tal decisión. A falta de cualquier información del Estado parte, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora.

6.3 La autora alega que, debido a la negativa de las autoridades médicas a efectuar el aborto terapéutico, tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo. Esta fue una experiencia que

sumó más dolor y angustia a la ya acumulada durante el periodo en que estuvo obligada a continuar con su embarazo. La autora acompaña un certificado psiquiátrico del 20 de agosto de 2001, que establece el estado de profunda depresión en la que se sumió y las severas repercusiones que esto le trajo, teniendo en cuenta su edad. El Comité observa que esta situación podía preverse, ya que un médico del hospital diagnosticó que el feto padecía de anancefalia, y sin embargo, el director del hospital Estatal se negó a que se interrumpiera el embarazo. La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión de Comité, la causa el sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar. El Comité ha señalado en su Observación General No.20 que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no solo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores. Ante la falta de información del Estado parte en este sentido, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora. En consecuencia, el Comité considera que los hechos que examina revelan una violación del artículo 7 del Pacto. A la luz de esta decisión, el Comité no considera necesario, en las circunstancias del caso, tomar una decisión relativa al artículo 6 del Pacto.

6.4 La autora afirma que al negarle la posibilidad de una intervención médica para suspender el embarazo, el Estado parte interfirió de manera arbitraria en su vida privada. El Comité nota que un médico del sector público informó a la autora que tenía la posibilidad de continuar con el embarazo o de suspenderlo de acuerdo con la legislación interna que permite que se practiquen abortos en caso de riesgo para la salud de la madre. Ante la falta de información del Estado parte, debe darse el peso debido a la denuncia de la autora en el sentido de que cuando los hechos ocurrieron, las condiciones para un aborto legal, conforme a lo establecido por la ley, estaban presentes. En las circunstancias del caso, la negativa de actuar conforme a la decisión de la autora, de poner fin a su embarazo, no estuvo justificada y revela una violación del artículo 17 del Pacto.

6.5 La autora alega una violación del artículo 24 del Pacto, ya que no recibió del Estado parte la atención especial que requería en su condición de menor de edad.

El Comité observa la vulnerabilidad especial de la autora por ser menor de edad. Nota además que, ante la falta de información del Estado parte, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora en el sentido de que no recibió, ni durante ni después de su embarazo, el apoyo médico y psicológico necesario en las circunstancias específicas de su caso. En consecuencia, el Comité considera que los hechos que examina revelan una violación del artículo 24 del Pacto.

6.6 La autora alega haber sido objeto de violación del artículo 2 porque no contó con un recurso adecuado. Ante la falta de información del Estado parte el Comité considera que debe otorgar el peso debido a las alegaciones de la autora en cuanto a la falta de un recurso adecuado y concluye, por consiguiente, que los hechos examinados revelan igualmente una violación del artículo 2 en relación con los artículos 7, 17 y 24 del Pacto.

7. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto, considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación de los artículos 2, 7, 17 y 24 del Pacto.

8. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte tiene la obligación de proporcionar a la autora un recurso efectivo que incluya una indemnización. El Estado Parte tiene la obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

9. Teniendo presente que, por ser Parte en el Protocolo Facultativo, el Estado Parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a ofrecer un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para dar cumplimiento al presente dictamen. Se pide al Estado Parte asimismo que publique el dictamen del Comité.

APÉNDICE

VOTO EN DISIDENCIA DEL MIEMBRO DEL COMITÉ HIPOLITO SOLARI-YRIGOYEN

Fundo a continuación mi opinión disidente con el voto de la mayoría en el punto que no ha considerado violado el artículo 6º del Pacto en la comunicación en examen:

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

El Comité observa que la autora, cuando era menor de edad, y su madre, fueron informadas por el médico ginecólogo-obstetra del Hospital Nacional de Lima al que concurrieron con motivo del embarazo de la primera, que el feto sufría de una anencefalia, que provocaría fatalmente su muerte al nacer. Le señaló entonces a la autora que tenía dos opciones, a saber:

1) Continuar el embarazo lo que pondría en riesgo su propia vida o 2) interrumpir la gestación mediante un aborto terapéutico, recomendándole esta última opción. Ante este concluyente consejo del médico especialista que la puso al tanto de los riesgos que corría su vida de continuar el embarazo, la autora decidió seguir el consejo del profesional y aceptó la segunda opción, motivo por el cuál se le hicieron todos los análisis clínicos necesarios que ratificaron los dichos del médico sobre los riesgos de lo vida de la madre de continuar el embarazo y sobre la muerte inexorable del feto al nacer.

Con los certificados médicos y psicológicos acompañados, la autora ha acreditado todas sus afirmaciones sobre el riesgo vital que corría con la continuidad del embarazo. Pese a dichos riesgos el director del Hospital público no permitió el aborto terapéutico permitido por la ley del Estado Parte, por considerar que no era un aborto de tales características sino que sería un aborto voluntario e infundado

reprimido por el Código Penal. No acompañó al respecto ningún dictamen legal que respaldase su encuadramiento extraprofesional ni que desvirtuara las acreditaciones médicas que señalaban los serios riesgos de la vida de la madre. El Comité puede observa, además, que el Estado Parte no ha presentado ningún elemento de prueba que contradiga los dichos de la autora y las pruebas por ella aportadas. La negativa al aborto terapéutico no solo puso en riesgo la vida de la autora sino que le produjo serias consecuencias, las que también han sido acreditadas por la autora ante el Comité con certificados válidos.

No solo quitándole la vida a una persona se viola el artículo 6º del Pacto sino también cuando se pone su vida ante serios riesgos, como ha ocurrido en el presente caso. En consecuencia considero que los hechos expuestos revelan una violación del artículo 6 del Pacto.

ANEXO 4 (sólo extracto tiene 1313 hojas)

(ANÁLISIS)

SE TRATA DE UN CASO MUY IMPORTATE DONDE SE IMPUGNÓ LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA REFORMA QUE DESPENALIZA EL ABORTO EN EL DF DURANTE LAS PRIMERAS DOCE SEMANAS DEL EMBARAZO. LA MAYORÍA DE LOS MINISTROS DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE VOTARON EN FAVOR DE RECONOCER LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA, SIN EMBARGO, DEBIDO A QUE LAS RAZONES QUE ESGRIMIERON FUERON DE DIVERSA ÍNDOLE Y NO HUBO PLENA COINCIDENCIA ENTRE LOS MINISTROS DE LA MAYORÍA, EL ENGROSE RESULTÓ MUY POLÉMICO Y SE EMITIERON NUMEROSOS VOTOS PARTICULARES.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007 Y SU ACUMULADA 147/2007.
PROMOVENTES: COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

PONENTE: MINISTRO SERGIO SALVADOR AGUIRRE ANGUIANO.

ENCARGADO DEL ENGROSE: MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ.
SECRETARIOS: RAÚL MANUEL MEJÍA GARZA
LAURA PATRICIA ROJAS ZAMUDIO
MIGUEL ENRIQUE SÁNCHEZ FRIAS

ROBERTO LARA CHAGOYÁN

México, Distrito Federal. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día **veintiocho de agosto de dos mil ocho.**

V I S T O S; y,

R E S U L T A N D O:

PRIMERO. Presentación de las demandas y normas impugnadas.

José Luis Soberanes Fernández, Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y Eduardo Medina-Mora Icaza, Procurador General de la República, promovieron acción de inconstitucionalidad, mediante oficios recibidos el veinticuatro y veinticinco de mayo de dos mil siete, respectivamente, en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación; ambos solicitaron la invalidez de la reforma a los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, así como la adición de los artículos 16 Bis 6, tercer párrafo, y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal, realizadas mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad de veintiséis de abril de dos mil siete, expedido por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y promulgado por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

El Procurador General de la República también solicitó la invalidez del artículo Tercero transitorio del Decreto de reformas y adiciones mencionado, y el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que la invalidez de las normas impugnadas se hiciera extensiva a los artículos 148 del Código Penal y 16 Bis 7 de la Ley de Salud, ambos ordenamientos del Distrito Federal.

SEGUNDO. Artículos constitucionales que se señalan como violados.

Artículos 1°, 4°, 6°, 14, 16, 22, 24, 73, fracción XVI, 122, Apartado C, Base Primera, fracción V, primer párrafo, incisos h) e i), 123 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

TERCERO. Conceptos de invalidez.

I. Conceptos de invalidez expresados por el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos plantea, en esencia, los siguientes conceptos de invalidez:

PRIMER CONCEPTO DE INVALIDEZ

Derecho a la vida del producto de la concepción

El actor reclama la inconstitucionalidad de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal por contravenir el derecho a la vida del producto de la concepción reconocido en los artículos 22, 123, apartado A, fracciones V y XV y apartado B, fracción XI, inciso c de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el artículo tercero transitorio de la reforma a los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución publicado el veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete.

Para hacer evidente la inconstitucionalidad que alega explica cómo se realizó la reforma de nueve de diciembre de dos mil cinco a los artículos 14 y 22 de la Constitución.

Especifica algunas de las razones que son impulso de la reforma: prohibir la pena de muerte, preservar la vida como límite al poder del Estado para aplicar sanciones contrarias a los derechos humanos, impedir la aplicación de sanciones inusitadas y trascendentes, abolir una pena que se considera contraria al sentimiento humanitario de la Nación, homologar el objetivo de los instrumentos internacionales de derechos humanos que buscan la preservación de la vida y la prohibición de la pena de muerte, la ineficacia de la pena de muerte para combatir el crimen.

El Comisionado resalta que la finalidad de eliminar la palabra "vida" del artículo 14 fue que no se pudiera privar a nadie de ella, ni siquiera mediante un juicio seguido con las formalidades esenciales del

procedimiento. Insiste que la reforma al artículo 22 logró que la pena de muerte se prohibiera en todos los casos.

En su opinión, la vida es un derecho imprescriptible del ser humano, por lo que aun cuando no esté reconocida expresamente en algún texto positivo jurídico, se trata de la dimensión de lo humano, de la esencia de la persona humana y por esa situación deben tomarse en consideración cuando se trata de discernir lo mejor, especialmente tratándose del ser humano, constituyendo así el fundamento del orden constitucional.

Cita las tesis de rubro: "DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL", "CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. EN AMPARO PENAL EN REVISIÓN OPERA CUANDO BENEFICIE AL INCULPADO" y "AUTO DE SUJECIÓN A PROCESO. DEMANDA DE AMPARO EN SU CONTRA. PUEDE INTERPONERSE EN CUALQUIER TIEMPO."

Con esos argumentos el accionante concluye que el derecho a la vida está reconocido en la Constitución y constituye un valor fundamental de la persona, así como que el derecho a la vida esta reconocido por la Constitución, aun cuando ninguno de sus artículos lo prevé expresamente.

Así, el actor continua su línea de argumentación para precisar que el derecho a la vida reconocido en la Constitución queda protegido desde el momento de la concepción; además que el contenido del artículo 4° constitucional es un marco de seguridad para la familia y la

sociedad; para el bienestar físico y mental, para el adecuado desarrollo y la calidad de vida; precepto que también contiene los derechos de igualdad, salud, vivienda y alimentación.

En apoyo a sus afirmaciones transcribe la exposición de motivos y el dictamen de la Cámara de Senadores, correspondientes a la reforma del artículo 4° constitucional, realizada en mil novecientos ochenta y tres; ésta reforma resalta que se reconoció a la mujer embarazada ciertas prerrogativas, para velar por la salud del hijo que desde antes del nacimiento goza de la protección del Estado. En el dictamen de la Cámara de Diputados se menciona que el derecho a la protección de la salud debe alcanzar tanto a la madre como a su hijo desde el momento de la gestación.

Transcribe las partes del artículo 123 de la Constitución así como la exposición de motivos de la reforma constitucional de mil novecientos setenta y cuatro a éste y al artículo 4° en las partes que atienden a la maternidad. Señala que la protección abarca tanto a la mujer como al producto.

Cita la tesis: "DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES."

El actor precisa que otra evidencia de la protección que se otorga a la vida del producto es el artículo tercero transitorio de la reforma de veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete que dice: "Las disposiciones vigentes con anterioridad a la fecha en que el presente decreto entre en vigor, seguirán aplicándose, respecto a la nacionalidad mexicana, a los nacidos o concebidos durante su vigencia."

Cita la tesis: "LEGALIDAD TRIBUTARIA. DICHO PRINCIPIO NO SE TRANSGREDE POR EL HECHO DE QUE EN LOS ARTÍCULOS TRANSITORIOS DE UNA LEY SE PREVEA UN TRIBUTO O SUS ELEMENTOS ESENCIALES, SALVO QUE EN ELLA NO SE PRECISE ALGUNO DE ÉSTOS."

Por otra parte, el actor destaca que los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal reformados según decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de veintiséis de abril de dos mil siete entran en colisión con el derecho a la vida del producto de la concepción, toda vez que sólo penalizan la conducta que atenta contra el producto de la concepción después de las doce semanas de haberse implantado el embrión en el endometrio.

Al efecto, transcribe los artículos impugnados y concluye que en todos ellos se penaliza la conducta realizada después de la duodécima semana de gestación. Además, que no se pueden desproteger las distintas etapas de la vida humana, ya que implican un desarrollo de la vida misma y no solo una condición para vivir independiente del cuerpo de la madre. La Constitución impone al Estado la obligación de

abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso de gestación y la de establecer un sistema eficiente de protección a la vida, cosa que no se cumple al desproteger al producto de la concepción hasta la duodécima semana de embarazo, pues también esta desprotegiendo el producto desde el momento de la concepción hasta la implantación del embrión en el endometrio.

El accionante, precisa que no importa que las disposiciones no digan que deba privarse de la vida al producto sino que no se impondrá sanción si se produce la muerte, es decir, no se aplican las excluyentes de responsabilidad del artículo 148 ya que en ese periodo de gestación las conductas no están penalizadas por lo que no procede aplicar dichas excluyentes de responsabilidad pues éstas se aplican respecto del delito de aborto y el artículo 144 cambió el tipo penal.

En consecuencia, al no estar penalizada la conducta que atente contra la vida del producto de la concepción ni poder aplicarse alguna de las excluyentes de responsabilidad, aun cuando existe una protección constitucional a favor del producto de la concepción, es dable concluir que prácticamente se está propiciando la interrupción de la vida desde la concepción hasta la duodécima semana de gestación, lo que contradice frontalmente la normativa constitucional y por ello deben declararse invalidas con efectos generales las normas legales impugnadas.

Los argumentos del actor lo llevan a concluir que no pueden oponerse los derechos fundamentales de la madre en esa fase del

proceso de gestación por las razones que señalan las Comisiones Unidas de la Asamblea Legislativa. Para él la Asamblea Legislativa comprende de manera errónea el artículo 4°—para demostrarlo transcribe la exposición de motivos y el dictamen de la Cámara de Diputados y de Senadores de la reforma constitucional de mil novecientos setenta y cuatro— pues ese órgano legislativo pondera derechos fundamentales, sin que se pueda realizar esa operación entre los derechos de la mujer de autonomía reproductiva y derecho a la maternidad libre y responsable y la vida del producto de la concepción.

En otro sentido, el actor sustenta que el derecho de procreación es libre, pues no se puede obligar a los individuos a que lo ejerzan, su ejercicio es conjunto o en pareja y una vez ejercido el derecho de procreación "debe considerarse siempre en sentido positivo", porque no se ejerce la libertad sexual, "en su faceta de procreación", para no lograr esta última, toda vez que si se decidió procrear, no debe actuarse contra la procreación por la voluntad de una persona; además, ejercido el derecho, se establecen derechos y obligaciones tanto para los progenitores como para el Estado. El accionante enfatiza su argumentación señalando que el producto de la concepción tiene derechos, como los sucesorios.

De esta manera, el derecho a la vida del producto no puede ser disminuido frente a la libertad de otra persona, porque la autodeterminación de la mujer se encuentra antes de ejercer el derecho a la procreación y la faceta de responsabilidad que comporta el ejercicio de la libertad sexual implica que se evalúe la situación antes de ejercer

el derecho, ya que después estará limitada por la vida del producto y el progenitor y, no se puede otorgar un derecho fundamental con el propósito de anular otro. Son derechos con diferente rango, ya que sin vida no hay derechos.

Además, la libertad de configuración del legislador no es ilimitada, pues la labor del legislador debe ser respetuosa al contenido esencial del derecho fundamental, por lo que no puede hacer una ponderación como la que hizo el legislador.

SEGUNDO CONCEPTO DE INVALIDEZ

Derecho a la vida

El actor inicia su argumentación precisando que los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal violan el derecho a la vida, el derecho a la vida antes del nacimiento y el derecho a la vida desde la concepción reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Cita la tesis: "TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES,

FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL."

El actor precisa lo siguiente:

La Convención de los Derechos del Niño habla en su preámbulo de una protección tanto antes como después del nacimiento.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege el derecho a la vida y prohíbe que se prive arbitrariamente de ella.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es de observancia obligatoria y cita el contenido del artículo 4° de ésta.

Declaración Interpretativa:

Con respecto al párrafo I del artículo 4° considera que la expresión "en general", usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción", ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

Lo que se reconoce con la declaración interpretativa es que frente a lo general, hay excepciones en virtud de una causa justificada. Además, esto no significa que el Estado pueda adoptar leyes que vayan contra la vida desde la concepción. Pensar lo contrario sería ir en contra del objeto y fin del tratado. Cualquier ampliación a las excepciones

existentes al momento de adherirse el Estado Mexicano, deben pasar por la aprobación de los Estados parte para obtener sus observaciones. En el caso especifico, los artículos reformados rebasan la declaración interpretativa por desproteger una etapa de la vida.

TERCER CONCEPTO DE INVALIDEZ

Derecho a la protección del proceso de gestación

El Comisionado alega que los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal contravienen el derecho del producto de la concepción a la protección del proceso de gestación a partir de la concepción misma contenida en los artículos 4° y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para sustentar sus argumentos hace referencia al proceso de reforma de los artículos constitucionales 4° y 123 de mil novecientos setenta y cuatro, de la cual resalta que se debe proteger la salud del producto de la concepción, pues considera que hay evidencia de un ánimo marcado de protección tanto para la mujer como para el producto, esta protección tiene que ver con el proceso de gestación, porque existe un derecho del producto de la concepción a la protección del proceso de gestación desde la concepción misma, entonces, concluye que al existir este derecho, deben de respetarse todas las etapas de dicho proceso ya que es una condición necesaria para que se llegue al nacimiento.

CUARTO CONCEPTO DE INVALIDEZ

Derechos de igualdad, procreación y paternidad

El actor argumenta que los artículos 145 y 146 del Código Penal para el Distrito Federal contravienen el derecho a la igualdad ante la ley del varón y la mujer, así como el derecho a la procreación y a la paternidad del progenitor establecidos en los artículos 1° y 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo anterior lo sustenta en el contenido del artículo 4° constitucional, en el cual se estableció el principio de igualdad entre el varón y la mujer junto con el derecho a la procreación, pues el derecho a la procreación pertenece a la pareja.

Asimismo, transcribe los dictámenes y la exposición de motivos de la reforma de mil novecientos noventa y cuatro, resaltando aquellas partes en donde se habla de la pareja para tratar de demostrar que la decisión de procrear debe ser libre, informada y responsable por lo que el derecho de procreación es de cada uno de los integrantes de la pareja, pero de ejercicio conjunto. Una vez ejercido, existen límites ante el producto y el progenitor. No es admisible que solamente una persona decida sobre el producto de la concepción.

El derecho fundamental de la mujer para decidir de manera libre y responsable se ejerce antes de la concepción, a partir de este momento, se generan obligaciones para la mujer y derechos para el padre

progenitor, pues de otro modo se privaría al padre de su derecho a tener descendencia. Esta desigualdad se aprecia más si la mujer está casada.

La maternidad libre y responsable no puede hacer nugatorio el derecho a la procreación del progenitor, ni mucho menos el derecho a la vida del producto. Al generarse un conflicto entre dos derechos, (interrupción del embarazo y procreación del padre) se deben ponderar para llegar a una solución conjunta. Los artículos impugnados, al no contemplar este derecho del progenitor, violan la garantía de igualdad. El derecho a la procreación se genera al momento de la concepción y perdura hasta que nace el producto. Cualquier decisión relacionada con el producto debe ser tomada por ambos. La no participación no descansa en una base objetiva y razonable, por lo que la medida tomada por el legislador es arbitraria. Cita tesis "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL."

QUINTO CONCEPTO DE INVALIDEZ

Derecho a la igualdad y no discriminación

Los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal contravienen el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad del producto de la concepción del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El artículo 1° reconoce la igualdad para todos, incluidos la vida y proceso de gestación del producto. Al regular una situación particular debe hacerlo con una base objetiva, razonable, ponderada.

Cita tesis "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL" y "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 1° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)"

Los artículos regulan de manera distinta un producto que tenga menos de doce semanas y otro que tenga más de doce, sin atender a criterios objetivos, razonables y proporcionales. De las opiniones emitidas por los diputados no se logra entender, porque no se debe proteger la vida del producto antes de las doce semanas pero sí se protege después. Los argumentos de los legisladores giran entorno a la salud de la madre y los riesgos de interrumpir el embarazo antes de las doce semanas de gestación.

La distinción no es objetiva porque no respeta las previsiones constitucionales que reconocen el derecho a la vida del producto y del proceso de gestación. No es razonable porque se introdujo un plazo sin decir como se cuenta dicho plazo. No es proporcional porque se afecta la vida del producto de la concepción.

Cita en apoyo de sus argumentos la tesis de rubro: "ABORTO. EL ARTICULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE IGUALDAD, PUES NO AUTORIZA QUE SE PRIVE DE LA VIDA AL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN."

SEXTO CONCEPTO DE INVALIDEZ

Derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad

El Comisionado alega que los artículos 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal contravienen el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad de la mujer menor de edad que protege el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La igualdad radica en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. La regulación de situaciones precisas debe hacerse sobre una base objetiva, razonable y proporcional.

Cita tesis de rubro: "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL." e "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 1° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)"

No se reguló el caso de las menores de edad por lo que no se respetó la objetividad, razonabilidad o proporcionalidad. La menor de edad no puede otorgar su consentimiento para interrumpir su embarazo, pues no tiene capacidad de ejercicio. En la reforma debió haberse previsto el consentimiento otorgado por el padre, la madre o el tutor. Señala que esto es congruente con la responsabilidad civil en que pueden incurrir los que ostentan la patria potestad por poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso la vida de los menores que están a su encargo.

SÉPTIMO CONCEPTO DE INVALIDEZ

Inexacta aplicación de la Ley Penal

El accionante alega que los artículos 144 a 147 del Código Penal para el Distrito Federal, reformados mediante Decreto publicado el veintiséis de abril de dos mil siete, contravienen el principio de exacta aplicación de la ley penal previsto por el artículo 14 de la Constitución Federal, toda vez que dichos preceptos no son claros ni precisos, llegando a provocar interpretaciones o aplicaciones erróneas.

El actor explica que de conformidad con el principio citado previsto por el artículo 14 de la Constitución Federal, no puede considerarse como delito un hecho que no esté señalado como tal por la ley y, por tanto, menos aun puede acarrear la imposición de una pena.

Así considera que el legislador no sólo está obligado a precisar los hechos que deban ser considerados como delictuosos, sino también debe describirlos con claridad y precisión, es decir, debe delimitar su contenido, esencia, alcance y límites, sin contener ambigüedades.

Lo anterior, a su parecer tiene como objeto evitar que el gobernado esté colocado en una situación de incertidumbre y, a la vez, impedir la actuación arbitraria del intérprete de la norma, pues si no se describe exactamente la conducta punible, se podría sancionar a los gobernados por conductas que no están contempladas en el tipo penal o, a la inversa, podría eximírseles de responsabilidad aunque la conducta si esté prevista en el tipo, lo cual lleva a concluir que la construcción de las normas penales debe hacerse para que no se induzca o favorezca una interpretación o aplicación errónea de las mismas.

En este sentido, según el actor, la primera inexactitud que se advierte en las normas impugnadas se refiere al término "después de las doce semanas", en tanto la temporalidad a la que se refiere no es fácil de contabilizar. En principio porque no es fácil determinar el inicio de ese plazo, aun y cuando en el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal se establezca que el embarazo comienza con la implantación del embrión en el endometrio, pues para determinar con exactitud el momento en que ello sucede se requieren mecanismos e instrumentos médicos, aunado a lo cual, se mezclan los conceptos de gestación y embarazo, que aumentan la dificultad para determinar con certeza el cómputo de las doce semanas.

La segunda inexactitud que señala el accionante se refiere al consentimiento de la mujer, porque los artículos 145 y 146 del Código Penal para el Distrito Federal hablan de consentimiento, pero en ningún caso ofrecen parámetro alguno para evitar los vicios que pudieran recaer en el mismo.

En tercer lugar, precisa el demandante, las penalidades señaladas para la comisión del delito de aborto también se traducen en una inexactitud, en la medida en que las penas para quienes auxilien a la mujer a abortar son mayores que para la propia mujer que aborta, además de que la pena para esta última resulta insignificante y no guarda proporción alguna con el bien jurídico protegido, sobre todo si se estima que la pena prevé sanciones alternativas, incluido el trabajo comunitario.

El Comisionado señala que la cuarta inexactitud se refiere al hecho de que, conforme al artículo 144 del Código Penal impugnado, se identifican tres etapas distintas en el proceso de gestación. La primera que iría de la concepción hasta el embarazo (implantación del embrión en el endometrio), la segunda a partir de este momento hasta las doce semanas y la tercera a partir de la décimo tercera semana hasta el nacimiento, de tal suerte que ahora el bien jurídico protegido por la norma parece ser no la vida, sino el proceso de gestación, pues es sólo la tercera etapa de éste la que encuentra protección jurídica.

Este cambio en el bien jurídico protegido provoca múltiples confusiones, porque las normas resultan incongruentes y parecen proteger un proceso diverso al de la vida, con lo cual podría llegarse al absurdo de propiciar el concurso de delitos, al permitirse la comisión –con una sola conducta– de lesiones, homicidio y aborto, lo cual indudablemente contraviene el principio de exacta aplicación de la ley penal.

Cita el actor como apoyo a sus conceptos de invalidez las tesis de rubros: "EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE. SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA.", "ABORTO. REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL." y "ENCUBRIMIENTO POR RECEPTACIÓN. LOS ARTÍCULOS 275, PÁRRAFO SEGUNDO (VIGENTE HASTA EL 11 DE OCTUBRE DE 2004) Y 275-B (DE ACTUAL VIGENCIA), AMBOS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, QUE PREVÉN ESE DELITO, AL CONTENER LA EXPRESIÓN 'PRECAUCIONES NECESARIAS' VIOLAN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL."

OCTAVO CONCEPTO DE INVALIDEZ

Invasión de competencias

El actor argumenta que los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, así como los artículos 16 bis 6 y 16 bis 8 de la Ley de Salud para el Distrito Federal contravienen la competencia de legislar en materia de salud en forma concurrente que establecen los artículos 4° y 73, fracción XVI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En ese sentido, precisa que la Federación tiene facultad de legislar en toda la Republica en materia de salud, expidiendo para tal efecto una Ley General, mientras que a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal corresponde normar la salud y asistencia social en los términos que establece el artículo 44 del Estatuto de Gobierno conforme a lo dispuesto por el artículo 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso i de la Constitución.

Así, a su parecer, en los artículos reclamados, la asamblea utilizó una definición de "embarazo" distinta a aquella que se utiliza en la Ley General de Salud y su Reglamento, porque en este último se considera embarazo a la fecundación del óvulo, mientras que en el otro se define como la implantación del embrión en el endometrio; con estas razones concluye que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal invade la competencia del Congreso de la Unión. La noción de embarazo que debe prevalecer es la establecida por la Ley General de Salud.

El Comisionado cita como apoyo a sus consideraciones la tesis "SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL." y

“LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 133 CONSTITUCIONAL.”

NOVENO CONCEPTO DE INVALIDEZ

Derecho de objeción de conciencia

El artículo 16 bis 7 de la Ley de Salud para el Distrito Federal contraviene el derecho de objeción de conciencia que reconocen los artículos 6 y 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los artículos 12 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

ANEXO 5

PROYECTO DE LEY PARA MODIFICAR EL ARTÍCULO 120 DEL CÓDIGO PENAL

I. Exposición de motivos:

En el Perú se realizan más de 1000 abortos por día, lo que nos lleva a la conclusión que estamos ante un tipo penal que por un lado protege en la práctica la vida del concebido, que es un bien jurídico tutelado y por otro lado que si bien puede no llegar a condenar a una mujer, la puede llevar a pasar por un proceso penal, sumándose a ellos los traumas que ha tenido que pasar: la violación, el conocimiento de su embarazo y el aborto en un lugar insalubre.

El derecho de la mujer a decidir sobre que hace con su vida, con su cuerpo el sólo de ella, no debe estar condicionado a factores externos y no debe ser el estado quien vulnere ese derecho, pese a que se quiera proteger la vida de otra persona, puesto que las únicas personas que pueden dar a luz a un nuevo ser son las mujeres y no por ser las únicas que se encuentran en la posibilidad de engendrar vida tengan que verse inmersas en disputas, en análisis la libre decisión que todo ser humano tiene.

Al penalizar el aborto de tipo eugenésico y sentimental lo que se realiza es una doble vulneración al derecho de la mujer, primero porque se ratifica el hecho producto de una violación o de una relación sexual que produjo un feto mal formado o con deficiencias y segundo porque se pretende decidir por la mujer y negarle el derecho de que sea ella quien elija si desea tener un niño en las condiciones que le ha tocado engendrar (sea por una violación sexual) o sea con taras físicas o psicológicas.

Hacer que una mujer que ha quedado embarazada por una violación sexual llegue al termino con un embarazo es permitir que se realice con ella una tortura paciente, lenta y dolorosa, al perturbarla mentalmente con el recuerdo terrible que fue ser objeto sexual, por ese momento que la condeno de repente a perder la virginidad o a ser una víctima más de un hombre quien por darle rienda suelta a sus bajos instintos termino dejándola embarazada y con huellas a veces imborrables. Pasar nueve meses viendo cómo se transforma su cuerpo y recordar los momentos de la violación resulta ser una tortura a la que estamos obligando que pase una mujer si seguimos sancionando el aborto sentimental.

II. Base Legal vigente: Artículo 120 del Código Penal:

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 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

III. Propuesta legislativa: Modificación del Artículo 120 del Código Penal:

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

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

Quedan exceptuadas de esta sanción:

a. Las madres psicológicamente enfermas

b. Las pacientes psiquiátricas

c. Las madres con discapacidad psicológica y/o física

d. Las mujeres cuyo estado mental se vea alterado producto de una violación, debidamente demostrado con evaluación médica.

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