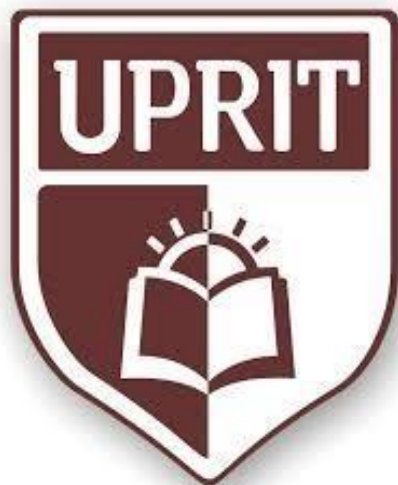


UNIVERSIDAD PRIVADA DE TRUJILLO
FACULTAD DE DERECHO
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO
“DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE ABORTO SENTIMENTAL”

AUTOR

Julio Román Valverde Matías.

Tirzo Jesse Valverde Matias

ASESOR

Ms. Guillermo Alexander Cruz Vegas

TRUJILLO- PERU

2020

HOJA DE FIRMAS

DEDICATORIA

Dedicamos la presente tesis a nuestra MADRE que está en el cielo, que es nuestra fortaleza para seguir alcanzado nuestros objetivos y metas planteadas en nuestra vida, a nuestro PADRE por el apoyo constante día a día y a nuestras familias por la tolerancia, comprensión y amor.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a los docentes de esta prestigiosa Universidad que compartieron con nosotros sus conocimientos y quiero agradecer de forma especial a nuestro Asesor de tesis Ms. Guillermo Alexander Cruz Vegas por su asesoría, por la cual llegamos a concluir y desarrollar la presente tesis.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I. INTRODUCCIÓN	9
1. Realidad Problemática	9
2. Formulación del Problema.....	12
3. Justificación	12
4. Objetivos.....	13
1.4.1. Objetivo General.....	13
1.4.2. Objetivos específicos.....	13
5. Antecedentes	13
6. Bases Teóricas	15
7. Definición de términos básicos.....	23
8. Formulación de la hipótesis.....	24
9. Propuesta de aplicación profesional.....	24
II. MATERIAL Y MÉTODOS	25
1. Material	25
2. Material de estudio.....	26
2.2.1. Población.....	26
2.2.2. Muestra	26
3. Métodos, técnicas e instrumentos	26
2.3.1. Métodos.....	26
2.3.2. Técnicas	27
4. Variables.....	27
III. RESULTADOS	28
IV. DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	34
V. CONCLUSIONES.....	41
VI. RECOMENDACIÓN	42
VII. BIBLIOGRAFÍA	43

ÍNDICE DE TABLAS y GRÁFICOS.

Cuadro 1	28
Cuadro 2	29
Cuadro 3	30
Grafico 1	30
Cuadro	31
Cuadro	32
Cuadro	33

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo demostrar que existe la imperiosa necesidad de revisar la estructura típica del aborto por violación con la finalidad de subsanar los vacíos o deficiencias legales o de lo contrario proponer una alternativa de solución frente a la problemática que se presenta actualmente en la Doctrina y Jurisprudencia, algunos puntos aclararán mejor la cuestión. Desde el punto de vista social, es necesario entender que esta investigación pretende reducir la cifra negra de abortos, que tienen como efecto el riesgo en la vida de la gestante, al practicarse el aborto en clínicas clandestinas y sin procedimientos adecuados. Para ello se ha formulado como enunciado: Fundamentos para despenalización del aborto sentimental. Se ha trabajado con la población: Legislación comparada: países que no está penalizado el aborto sentimental; y como muestra. La legislación comparada: Argentina, Chile, Colombia, Uruguay, Bolivia. Se ha usado el método hermenéutico y como técnicas: el análisis documental, y como instrumentos: un cuadro comparativo de la legislación comparada y un cuadro comparativo del impacto social de la penalización de este delito y los países que no lo sancionan (Argentina).

ABSTRACT

La presente investigación tiene como objetivo demostrar que existe la imperiosa necesidad de revisar la estructura típica del aborto por violación con la finalidad de subsanar los vacíos o deficiencias legales o de lo contrario proponer una alternativa de solución frente a la problemática que se presenta actualmente en la Doctrina y Jurisprudencia, algunos puntos aclararán mejor la cuestión. Desde el punto de vista social, es necesario entender que esta investigación pretende reducir la cifra negra de abortos, que tienen como efecto el riesgo en la vida de la gestante, al practicarse el aborto en clínicas clandestinas y sin procedimientos adecuados. Para ello se ha formulado como enunciado: Fundamentos para despenalización del aborto sentimental. Se ha trabajado con la población: Legislación comparada: países que no está penalizado el aborto sentimental; y como muestra. La legislación comparada: Argentina, Chile, Colombia, Uruguay, Bolivia. Se ha usado el método hermenéutico y como técnicas: el análisis documental, y como instrumentos: un cuadro comparativo de la legislación comparada y un cuadro comparativo del impacto social de la penalización de este delito y los países que no lo sancionan (Argentina).

I. INTRODUCCIÓN.

1. Realidad Problemática:

He optado por realizar una investigación jurídica de este tema tan importante debido a que en nuestra Administración de Justicia se viene observando la falta de unidad de criterios de interpretación entre los Fiscales, Jueces y Vocales en el momento de la aplicación del tipo penal del aborto por violación y que muchas veces traen como consecuencia resoluciones judiciales que en vez de buscar la difícil conciliación de exigencia de justicia atenta contra el Principio de Seguridad Jurídica.

El embarazo forzado como producto de una violación sexual, se convierte en un segundo hecho de violencia sexual, que es ejercida ya no por el perpetrador sino por el Estado, quien no solo desprotege a la mujer frente al primer hecho, sino que, desconociendo el sufrimiento y dolor psíquico de orden traumático de la víctima, le impone la continuación de un embarazo. El embarazo forzado además significa la actualización permanente del hecho violento a través del hijo/a, sumando la culpa y el estigma social que recae en la madre y el hijo/a producto de estas violencias, vistos como los que alteran el orden de la comunidad y de sus ideales. (ESCRIBENS PAULA M, 2012)

En el ámbito mundial ocurre un promedio de 80 millones de embarazos no deseados y más de la mitad de estos embarazos termina en abortos. Actualmente en nuestro país las autoridades del gobierno central, no están dando la importancia debida al Programa de Planificación Familiar, por ello vemos con asombro, los hospitales como en el Cercado de Lima falta insumos en Planificación Familiar, y con esto se limita el acceso de la población a los servicios de planificación.

En el Perú, según información proporcionada por el Ministerio de Salud y el Fondo de Población de Naciones Unidas, el 34% de niñas y adolescentes, entre 10 y 18 años, víctimas de una violación sexual resultan embarazadas. Asimismo, una publicación del año 2007 da cuenta de estudios que reportan la frecuencia de embarazos entre 10 hasta 30% en las mujeres violadas. En el documento se establece que si la información mencionada se ajusta a la investigación de Holmes en USA y se admite que el 5% de las mujeres violadas resultan con un embarazo no planeado, ocurre que en el Perú se pueden estar dando 35,000 embarazos producto de violación al año, el estudio reconoce que este es un numero bastante conservador, pudiendo ser en la realidad mucho mayor.

En el Cercado de Lima no está determinado ni demostrado si los embarazos no deseados aumentan las tasas de aborto; tampoco está determinado si la educación sexual que se imparte en los colegios disminuyen las tasas de aborto; tampoco se ha determinado si al impulsar los programas de Planificación Familiar, permitirá a las autoridades de salud controlar las altas tasas de aborto. De igual forma en el ámbito del Cercado de Lima no se ha determinado que la penalización del aborto solo contribuye a que las mujeres busquen como método de solución el aborto clandestino. No existe un estudio si el uso de la llamada “píldora del día siguiente” (píldora de emergencia); permita controlar y disminuir las tasas de aborto ni que la legislación que prohibía el aborto terapéutico disminuiría o aumentaría las tasas de aborto. En una de las publicaciones de la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología (Vol47) no encontramos que el aborto en el ámbito nacional, causo 16,3 del total de las muertes maternas registradas en 31 hospitales.

En consecuencia, la presente investigación tiene como objetivo demostrar que existe la imperiosa necesidad de revisar la estructura típica del aborto por violación con la finalidad de subsanar los vacíos o deficiencias legales o de lo contrario proponer una alternativa de solución frente a la problemática que se presenta actualmente en la Doctrina y Jurisprudencia, algunos puntos aclararán mejor la cuestión.

Respecto al aborto por violación el Código Penal vigente señala:

Artículo 120.- el aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: 1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente.

La violencia sexual en sus diversas modalidades genera graves consecuencias en la salud física, psicológica y en la salud sexual y reproductiva de las mujeres que la padecen. Las víctimas se encuentran a altos riesgos de contraer infecciones de transmisión sexual – ITS – entre ellas el VIH, así como de embarazos no esperados ni deseados, además de problemas relacionados a la depresión e ideación suicida.

Es necesario establecer si debe comprenderse o no en el tipo penal del artículo 170 C.P., para efectos del aborto por violación, a la muerte ocasionada. No todas las mujeres embarazadas producto de una violación sexual deciden abortar, sin embargo, las que deciden hacerlo se encuentran con un marco jurídico que penaliza la conducta y las obliga a llevar adelante un embarazo forzado que

afecta su salud mental y coloca en riesgo su integridad física al exponerse a un aborto inseguro.

Finalmente, es necesario comprobar si realmente la sanción penal que señala el Delito de aborto por violación sexual cumple la Función Preventiva, Protectora o Resocializadora de la pena (Artículo 120 numeral 1 del C.P)

Cabe señalar que el tipo penal contenido en el artículo 120 nos indica que la pena a aplicarse en este hecho punible es la privativa de libertad no mayor de tres meses. El máximo de la pena a imponerse se deduce de la interpretación del artículo 29 que señala que la pena temporal tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años.

¿Realmente la pena privativa de libertad que impone el delito del aborto por violación cumple los fines de la pena que son objetivo de Reeducción, Rehabilitación y Reincorporación del penado a la Sociedad?

2. Formulación del Problema

Fundamentos para despenalización del aborto sentimental.

3. Justificación

Desde el punto de *vista jurídico*, la investigación se sustenta en que es necesario establecer si debe comprenderse o no en el tipo penal del artículo 170 C.P., para efectos del aborto por violación, a la muerte ocasionada. No todas las mujeres embarazadas producto de una violación sexual deciden abortar, sin embargo, las que deciden hacerlo se encuentran con un marco jurídico que penaliza la conducta y las obliga a llevar adelante un embarazo forzado que afecta su salud mental y coloca en riesgo su integridad física al

exponerse a un aborto inseguro. Finalmente, es necesario comprobar si realmente la sanción penal que señala el Delito de aborto por violación sexual cumple la Función Preventiva, Protectora o Resocializadora de la pena (Artículo 120 numeral 1 del C.P).

Desde el punto de vista social, es necesario entender que esta investigación pretende reducir la cifra negra de abortos, que tienen como efecto el riesgo en la vida de la gestante, al practicarse el aborto en clínicas clandestinas y sin procedimientos adecuados.

4. OBJETIVOS:

4.1. Objetivo General:

- Determinar los fundamentos para despenalización del aborto sentimental.

4.2. Objetivos específicos:

- Determinar los alcances del tipo penal de aborto sentimental.
- Identificar las relaciones de identidad, similitud y diferencias entre nuestro ordenamiento jurídico y otros sistemas jurídicos.
- Establecer una fórmula legal despenalizadora de este tipo penal.

5. Antecedentes:

- **(GARCÍA APAZA D, 2016)** En su tesis denominada “reconocimiento al derecho de aborto en casos de violación sexual incestuosa como derecho fundamental de las mujeres en la provincia de San Román en el año 2016”, planteado sobre la

necesidad de abordar el tema de la defensa de la mujer víctima de agresiones sexuales dentro de su entorno más cercano, como es la familia. La metodología de investigación fue mixta, cuantitativa y cualitativa, utilizando un diseño de investigación jurídica histórica, descriptiva y exploratorio. Dentro de los principales resultados, se logró revisar que no existe legislación nacional sobre el tema estudiado, pero si existe a nivel internacional donde el Perú forma parte, como desde la Organización de las Naciones Unidas.

- **(BERMEJO GONZÁLES L, 2016)** El presente proyecto es de diseño descriptivo simple, su objetivo fue determinar la actitud de abogados frente a la despenalización del aborto en el Distrito de Puno en el 2015, las técnicas que se empleadas fueron el análisis documental y la encuesta por medio del instrumento cuestionario, para la tabulación, análisis y procesamiento de datos se utilizaron medidas de tendencia central, la población estuvo constituida por el total de abogados del Distrito de Puno, y para determinar la muestra se utilizó el muestreo aleatorio simple; obteniendo como resultado que la mayoría de los abogados mostró actitud positiva frente a la despenalización del aborto en caso de violación en el Distrito de Puno en el 2015; 36% del total de abogados encuestados creen que se debe despenalizar el delito de aborto en caso de violación sexual.
- **(LOPEZ DE LEON M, 2014)** en su tesis tuvo como principal objetivo Analizar la necesidad de despenalizar el aborto cuando sea producto de una violación. Para realizar este estudio se tomó una muestra de: 25 Abogados y Notarios de la ciudad de Quetzaltenango, tomando en cuenta su especialidad penal en el

tema del aborto. 6.2 Instrumentos La información se recopiló a través de una entrevista estructurada con diez preguntas cerradas diseñadas específicamente para abogados en el ejercicio de la profesión en la ciudad de Quetzaltenango, que permitieron analizar las variables de estudios. Concluyendo que en base al criterio de abogados de la ciudad de Quetzaltenango que es necesario despenalizar el aborto cuando sea producto de una violación, por la victimización que se da en algunas mujeres, y no traer al mundo hijos no deseados, que en algunas ocasiones sufren de malos tratos por parte de la madre. Por otro lado de acuerdo a criterios de abogados que las personas que han sido víctimas de una violación sexual y producto de la misma resulten embarazadas, si sufren posteriormente de traumas psicológicos tales como depresión, estrés, autoestima baja, ideas suicidas, trastornos en la intimidad, desviaciones sexuales, miedo, odio rechazo a una relación posterior y rechazo al futuro hijo.

6. Bases Teóricas

El delito de aborto en el Perú

a. definición

Si el homicidio significa dar muerte a un hombre, el aborto es causar la muerte de un feto. Es decir, el delito de aborto exige que el sujeto pasivo no pueda ser considerado como objeto de homicidio. Figura que cubre desde la concepción hasta antes del parto.

El aborto se puede definir como la interrupción provocada dolorosamente del proceso de la gestación, con o sin

expulsión del feto o producto de la concepción, pero con muerte del mismo²⁶. Consideramos de vital importancia para la configuración de este delito la viabilidad del feto. Para cuello calón el feto debe ser viable, si no lo fuere, sino pudiera llegar al fin del proceso de su madurez no existiría delito, pues el aborto es aniquilamiento de una esperanza de vida humana²⁷. Por viabilidad entendemos la posibilidad que tiene el feto, al dejársele de su natural evolución, de convertirse al final del proceso en un ser humano.

b. Bien jurídico:

La doctrina no es uniforme en cuanto a la tutela penal en este delito. Así, unos opinan que es el derecho del feto a la vida (carrara). Es el derecho al orden de la familia (Ambrosio). El derecho de la sociedad a la conservación de todos sus seres (puglia). El interés del estado de garantizar la continuidad de la estirpe (manzini). El interés demográfico del estado (vannini). El derecho de la comunidad a propagarse (Jiménez de Asua).

Como la naturaleza de este juego es de divulgación, preferimos postergar la polémica en vista de que nuestro ordenamiento jurídico ubica al delito de aborto entre los delitos contra la vida. Para nosotros, el bien jurídico protegido en esta infracción es la vida del feto.

Evidentemente la ley se encuentra aquí, no con una persona, sino con una simple esperanza, lo que explica el carácter atenuado del castigo al autor del delito de aborto. Esta esperanza es protegida, con independencia de su desarrollo intrauterino. En tal sentido, el embrión y el feto gozan de una personalidad jurídica autónoma y, por tanto, fuera de la

disponibilidad de la madre quien está prohibida de vulnerar al ser que lleva en su vientre.

Pero debe quedar claro por embarazo o preñez, se entiende la existencia de un huevo y con vida, peor lo que la expulsión de molas o productos patológicos no constituye aborto²⁸; tampoco constituye aborto la expulsión provocada del feto ya muerto (aunque tal situación no sea conocida), pues la preñez supone un feto vivo capaz de llegar a la madurez; si no hay preñez no puede existir aborto, y ni siquiera en grado de tentativa, pues no se ha puesto en peligro una vida²⁹. El C.C en su art.1 considera que la vida humana comienza con la concepción. Y como tal el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La constitución de 1979 en art.2, inc.1, establece que al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece.

Con la concepción comienza la vida humana y nace el derecho a la salud. El cuidado de la salud durante la gestación comprende tanto a la madre como al concebido (art.17 Código Sanitario). El que está por nacer tiene el derecho al cuidado de su salud (art. 18 C.S).

La ley sanitaria establece además que el proceso de gestación debe concluir con el nacimiento, salvo hecho inevitable de la naturaleza o peligro para la salud y la vida de la madre (art. 19 C.S).

Así mismo, prohíbe el aborto eugenésico, basado en consideraciones de orden moral, social y económico (art. 22) y como medio de control de la natalidad.

En realidad- escribe Francesco antolisei- lo que se ofende con este hecho criminoso es la vida humana, ya que el producto de

la concepción- el feto- no es una “spes vitae” y mucho menos una “pars ventris”, sino un ser viviente verdadero y propio, el cual crece, tiene su propio metabolismo orgánico y en el periodo avanzado de la gravidez se mueve y tiene latidos en el corazón.

c. tipo objetivo:

El tipo objetivo se delinea a partir de los siguientes elementos:

i. Preexistencia de un embarazo:

Es decir, se supone una fecundación. Desde el punto de vista legal, la gestación se inicia con la implantación del huevo en la cavidad uterina. Medicamente la gestación se entiende cuando se forma el huevo en la trompa, resultado de la unión de espermatozoide y del ovulo fecundado en el útero. Recorrido que tiene una duración aproximada de tres a seis días. A partir de aquí es posible el aborto.

Si falta la gestación, aunque la acción se dirija a una mujer que se cree erróneamente embarazada, se daría un delito imposible (ahora impune) y no el de aborto. Si los medios abortivos producen daño en la mujer, se configura el delito de lesiones, o el de homicidio culposo si muriese la presunta gestante. No se consuma este delito cuando simplemente se utiliza medios anticonceptivos que impiden la fecundación. El tiempo del embarazo no interesa. El derecho protege igualmente al embrión como al feto.

El art.182 del Código de Procedimientos Penales exige la constatación de preexistencia de la preñez. Incumbe

esta tarea a la medicina legal. Los médicos legistas son los encargados de indicar pormenores, como el tiempo de gestación.

Tampoco constituye delito la interrupción de la gravidez extrauterina porque allí no va a producirse vida; ni la exclusión de la sustancia dominada (mola). En estos dos casos, si concurrieran la intención de realizar el aborto se configuraría un hecho impune.

ii. Medios:

La voluntaria interrupción del embarazo no exige necesariamente determinados y especializados conocimientos técnicos: los medios empleados son muy variados y cambian según las épocas. Los efectos pueden apreciarse en el diagnóstico médico legal del aborto calificado de licito. El perito logra fácilmente verificar que, efectivamente, la mujer ha estado embarazada y que, inclusive, realmente se ha producido un aborto. Esto ocurre naturalmente, en caso de accidente en la ejecución del aborto, situación no frecuente, lo común es el anonimato, pues la prueba del aborto voluntaria resulta harto difícil, explicando en gran parte, la monstruosa cifra negra en la delincuencia abortiva. No obstante estas dificultades las técnicas abortivas pueden reconocerse en cuatro grandes grupos: mecánicos, químicos, tóxicos y psíquicos.

Los procedimientos mecánicos pueden ser:

- a) extra genitales:** traumatismos abdominales ubicados en la zona cerca del útero; son unos masajes uterinos, consistentes en una presión sobre las paredes abdominales para conseguir el desprendimiento del huevo. Entre los medios extragenitales también debe comprenderse la presión abdominal suficiente, utilizando para el efecto fajas u objetos análogos.
- b) genitales:** el taponamiento vaginal, las cauterizaciones del cuello uterino, punción de las membranas de la cavidad uterina y vaciamiento uterino (raspado uterino).

Los instrumentos punzantes que se utilizan para provocar los resultados deseados pueden ser de diversa naturaleza; podemos mencionar: varilla, alambres, tijeras finas, plumas de ave, tallos de madera, agujas y, especialmente, sondas; este último es un medio mecánico. Cuyo uso es muy extendido. También debe considerarse a la inyección intrauterina, a la presión de líquidos, como el agua y jabón.

Recientemente en los países industrializados se viene usando la técnica de la aspiración en el vacío (consiste en un tubo de plástico, vidrio o metal, vinculado a una botella, que mediante una bomba de succión se reduce la presión de la botella con el fin de lograr la aspiración del feto). El cuello del útero se

dilata menos, se emplea menos anestesia y la operación dura apenas cinco minutos.

Los procedimientos físicos: es la utilización del calor, esto es, duchas vaginales calientes que gravitan sobre el cuello uterino. Este es el método más empleado por las mujeres que realizan su propio aborto. Aunque complejo, debe agregarse el uso de la electricidad, mediante corriente galvánica o aplicaciones diatérmicas.

Los procedimientos tóxicos: lógicamente, el riesgo de intoxicación es bastante grande. Puede mencionarse al fosforo blanco que se prepara en infusión las cabezas de cerillas fosfóricas en leche, el anhídrido arsenioso, aplicado tanto oral como vaginalmente. Desde la antigüedad se emplea la quinina que con cierta dosis puede provocar la expulsión del feto. Agréguese el cornezuelo de centeno usado en polvo o en infusión.

Entre los fármacos de uso terapéutico se encuentran los purgantes, que causan en el intestino grueso congestión, repercutiendo en los órganos genitales internos.

Vegetales como el azafrán en dosis elevadas ejerce presión sobre el útero, provocando hemorragia y, por tanto, la interrupción del embarazo. Otras plantas ricas en aceite, aunque menos extendidas, son el laurel, mente y la nuez moscada.

Hay otros fármacos que en grandes dosis pueden producir aborto, vgr., La penicilina, la prostaglandina, esta última de reconocida eficacia abortiva.

Los procedimientos psíquicos: (emociones intensas: sustos, terrores). Este medio extraña dificultad probatoria. Jurídicamente no es discutible³².

- iii. **Muerte del producto de la concepción** – Es indiferente que la muerte del feto se realice en el claustro materno o fuera de él, porque en el caso del feto expulsado vivo, este parece, consecuencia de su incapacidad de vivir autónomamente. Cualquier acción después del nacimiento prematuro, pero con vida, encaminada a dar muerte a la criatura, constituye homicidio. Claro está, sin embargo, que si se trata de un feto totalmente inmaduro, espontáneamente expulsado, la extinción de los leves rastros de vida que en él quedan no constituye homicidio³³.

La gravidez debe ser interrumpida por el agente, no por causas naturales, como enfermedades, intoxicaciones, alteraciones patológicas del óvulo. Siendo este, delito contra la vida, no se dará infracción cuando la muerte del feto es anterior a las maniobras abortivas. Provocar la expulsión de un feto muerto no es un delito.

En tal sentido, el delito se consuma con la muerte del feto. La tentativa es admisible. Esta figura puede darse hora en la práctica sin éxito, ora en la expulsión del feto que logra vivir autónomamente.

d. Tipo Subjetivo:

El delito de aborto en nuestra legislación admite mayoritariamente la tipicidad dolosa. Sin embargo, muchas de las estructuras típicas de este capítulo presentan supuestos de tipicidad compleja tal como sucede, por ejemplo, en el aborto consentido, aborto no consentido y el aborto no intencional, que son casos que se solucionan por la vida del concurso ideal.

Nuestra legislación no contempla el aborto culposo cometido por la propia mujer; este criterio nos parece acertado, toda vez que resultaría injusto agregar a su sufrimiento, una sanción por su imprudencia. En cambio, la conducta imprudente de un tercero que causa un aborto es punible a título de lesiones dolosas (solución del concurso ideal).

El tipo subjetivo (dolo) está constituido por el propósito específico de provocar el aborto y, por tanto, la muerte del feto. Como dijimos anteriormente, nuestro ordenamiento jurídico no autoriza el aborto, por movibles eugenésicos (art. 22 del Código Sanitario), sentimentales, sociales o éticos, lo que no obsta para que el juez valore estos motivos como circunstancias atenuantes genéricas (art. 46 C.P.).

7. Definición de términos básicos.

- **Aborto:**

Interrupción provocada dolorosamente del proceso de la gestación, con o sin expulsión del feto o producto de la concepción, pero con muerte del mismo.

- **Aborto sentimental:**

Es una hipótesis de aborto voluntario cuando la concepción es resultado de un acto sexual delictivo, de seducción de una mujer menor, raptó y principalmente cuando es resultado de una violación.

8. Formulación de la hipótesis.

Al ser una investigación descriptiva, no presenta hipótesis.

9. Propuesta de aplicación profesional

Se necesita un proyecto de ley que permita la despenalización de este tipo penal, indicando que en ese supuesto de aborto, no debe imponerse una pena.

II.
MATERIAL Y MÉTODOS

1. Material:

a) Materiales:

RECURSOS MATERIALES		
Descripción	Cantidad	Unidad de Medida
Tinta Color	01	Unidad
Papel Bond A4	1/4	Millar
Tóner HP	01	Unidad
Lapiceros	01	Unidad
Lápiz	01	Unidad
Borrador	01	Unidad
Corrector	01	Unidad
USB	1	Unidad
Porta Cd	-	-
Folder Manila	6	Unidad
Memoria USB	-	-

b) Humano.:

Recurso Humano	Apellidos y Nombres	Cantidad
Investigador	Julio Román Valverde Matías. Tirzo Jesse Valverde Matías.	2
Asesor Especialista	Ms. Guillermo Alexander Cruz Vegas	1

c) Servicios.

SERVICIOS		
Descripción	Cantidad	Unidad de Medida
Internet	04	Meses

Movilidad	120	Días
Fotocopiado	100	Hojas
Impresiones	100	Hojas
Servicio de Luz	4	Meses
Empastado	-	Unidad
Anillados	-	Unidad
Grabado de CDs	-	Unidad

2. Material de estudio

2.1. Población:

- **Legislación comparada:** países que no está penalizado el aborto sentimental.

2.2. Muestra:

- **Legislación comparada:** Bolivia, México, Uruguay, Ecuador, Panamá, Argentina.

3. Métodos, técnicas e instrumentos:

3.1. Métodos:

- **Método Hermenéutico- comparativo:**

Debido a que se va a analizar la legislación de los países contenidos en la muestra (Argentina, Chile, Colombia, Uruguay, Bolivia.) a fin de establecer un símil con la legislación peruano a fin de poder comprobar nuestra hipótesis.

3.2. Técnicas:

Para poder recoger los datos provenientes de la observación de las variables de estudio, durante su aplicación se consideró las siguientes técnicas:

- **Análisis documental:**

Esta técnica de investigación estará destinado al análisis teórico y comparativo de la legislación de los países que no penalizan el aborto sentimental, por lo que se realizará un cuadro comparativo detallado.

- También se analizarán los datos e información sobre el impacto en la reducción o aumento de abortos clandestinos, que pone en riesgo la vida e integridad de la gestante.

3.3. Instrumentos

- **Registro de análisis documental:**

Mediante este instrumento se realizará un cuadro comparativo detallado de la fórmula legal de los países en los que no se penaliza este tipo penal y nuestro código penal, identificando las diferencias sustanciales en la configuración de estos tipos. Se realizará:

- Un cuadro comparativo de la legislación comparada.
- Cuadro comparativo del impacto social de la penalización de este delito y los países que no lo sancionan.

4. Variables:

Fundamentos jurídicos para despenalización del aborto sentimental.

III. RESULTADOS

Cuadro 1:

PAISES DONDE EL ABORTO SENTIMENTAL NO ES PUNIBLE

País	Regulación
Bolivia	Artículo 266.- (ABORTO IMPUNE).- 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 hubiere sido iniciada.
Ecuador	Artículo 447.- El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer o de su marido o familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible: (...) 2o.- Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer.
México	Artículo 333.- No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.
Panamá	Artículo 144. No se aplicarán las penas señaladas en los artículos anteriores: 1. Si el aborto es realizado con el consentimiento de la mujer para provocar la destrucción del producto de la concepción ocurrida como consecuencia de violación carnal, debidamente acreditada en instrucción sumarial.

<p style="text-align: center;">Uruguay</p>	<p>Artículo 328. (Causa atenuantes y eximentes) Si el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer, 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.</p>
<p style="text-align: center;">Argentina</p>	<p>Artículo 86: El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:</p> <p>1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.</p> <p>2º 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.</p>

Cuadro 2:

Países donde el aborto sentimental se sanciona con una pena atenuada

País	Regulación
<p style="text-align: center;">Perú</p>	<p>Artículo 120.- Aborto sentimental y eugenésico El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: 1.Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio...</p>
<p style="text-align: center;">Colombia</p>	<p>Artículo 124. 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.</p>

Cuadro 3:**Países donde se sanciona sin atenuantes el aborto sentimental**

País	Regulación
Chile	Se sanciona todo tipo de aborto salvo el Terapéutico
El Salvador	Se sanciona todo tipo de aborto salvo la tentativa de aborto y el culposo cuando es causado por la propia mujer embarazada.
Guatemala	Se sanciona todo tipo de aborto salvo el Terapéutico, la tentativa de aborto y el culposo cuando es causado por la propia mujer embarazada.
Nicaragua	Se sanciona todo tipo de aborto salvo el Terapéutico

Reducción de muertes maternas por abortos clandestinos en países donde el aborto sentimental no es punible**1. Argentina:**

Antes de la despenalización del aborto sentimental	Después de la despenalización del aborto sentimental
40, 000 abortos clandestinos (60% de muertes maternas por abortos)	8 000 abortos clandestinos (10% de muertes maternas por abortos)

Fuente:
Investigación de Holmes en USA
Fondo de Población de Naciones Unidas

2. Uruguay:

Antes de la despenalización del aborto sentimental	Después de la despenalización del aborto sentimental
25.000 uruguayas interrumpieron voluntariamente de forma clandestina	Uruguay redujo la mortalidad materna en un por abortos clandestinos 59.9%

Fuente:

Organización Panamericana de la Salud (OPS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) <https://www.elespectador.com/noticias/salud/las-lecciones-de-uruguay-tras-cinco-anos-de-aborto-legal-articulo-754578>

3. Bolivia:

Antes de la despenalización del aborto sentimental (antes de 2015)	Después de la despenalización del aborto sentimental (después de 2015)
Entre 40.000 a 80.000 abortos clandestinos	Bolivia redujo la mortalidad materna en un por abortos clandestinos 39.76%

Fuente:

Según un informe de la Ong IPAS <https://www.laizquierdadiario.com/Ampliacion-de-causales-para-el-aborto-en-Bolivia-un-poco-menos-presas-un-poco-menos-muertas>

4. México:

Antes de la despenalización del aborto sentimental (antes de 2007)	Después de la despenalización del aborto sentimental (después de 2007)
De 533 000 a 875 000 abortos clandestinos	México redujo la mortalidad materna en un por abortos clandestinos 19.9 %

Fuente:
Organización Mundial de Salud (OMS)
<http://www.redalyc.org/pdf/267/26700103.pdf>

5. Ecuador:

Antes de la despenalización del aborto sentimental (antes de 2014)	Después de la despenalización del aborto sentimental (después de 2014)
El 84% del total de abortos son abortos que se realizan de manera clandestina	Se redujo la tasa de abortos clandestinos hasta en un 66.05%

Fuente:
Ministerio de Salud Pública Ecuador. [«Ministerio de Salud aclara los alcances de memorando sobre atención de mujeres que llegan con abortos en curso y secuelas de abortos»](#)

6. Panamá

Antes de la despenalización del aborto sentimental (antes de 2007)	Después de la despenalización del aborto sentimental (después de 2007)
Tasa de abortos clandestinos son el 77 % del total de abortos.	Se redujo la tasa de abortos clandestinos en 48%, y se redujo la tasa de muertes maternas a consecuencia de ello.

Fuente:

<https://www.quieroapuntos.com/consideraciones-juridicas-sobre-el-aborto-en-panama.html>

IV.

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

El aborto “sentimental” es un tipo atenuado del aborto, por lo tanto, se deben dar todos los elementos típicos de este.

Por eso, debemos entender la definición general de aborto para luego poder comprender los alcances del aborto “sentimental” (ético). Así, Cobo del Rosal define penalmente el aborto como “toda interrupción provocada del proceso fisiológico de gestación que ocasiona la muerte del producto de la concepción”.

El aborto sentimental es aquel que se configura cuando el embarazo es consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación sexual. Peña Cabrera, citando a Quintano Ripollés, señala este delito es una hipótesis de aborto voluntario cuando la concepción es resultado de un acto sexual delictivo, de seducción de una mujer menor, raptó y principalmente cuando es resultado de una violación.

El aborto ético o sentimental es, en suma, aquel tipo atenuado de aborto (debe reunir, por ende, todos los elementos de este: interrupción del proceso de gestación voluntaria que conduzca a la muerte del feto) que se realiza como consecuencia de un embarazo no deseado producto de una violación sexual o una inseminación artificial no permitida, sin que sea relevante que la violación sexual se haya producido dentro o fuera del matrimonio, teniendo como requisito que los hechos se hayan denunciado o investigado por lo menos policialmente.

1. FUNDAMENTO DE LA ATENUACION DEL ABORTO ETICO O SENTIMENTAL:

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 Brarnont-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 medio, Jimenez 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.

Para Cobo del Rosal, el fundamento se haya 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 el fruto de un gran atentado a su dignidad y libertad.

Por nuestra 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.

2. LA PENA EN EL DELITO DE ABORTO SENTIMENTAL:

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:

- a. La investigación preparatoria para este delito tiene un plazo de 120 días naturales, prorrogables, por causas justificadas a 60 días más, tiempo en el cual el delito prescribiría conforme a las disposiciones del Código Penal.
- b. De no ser así, el artículo 68 del Código Penal prevé la figura de la excepción de pena, que puede ser aplicada por el juez en los casos en que el delito este 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 fuera mínima.
- c. 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 resolutive, en supuestos que la ley prevea para el delito una pena inferior a los 3 años, obviamente sujetándolo a reglas por un periodo de tiempo al final del cual se tiene por no pronunciada la condena.

- d. Podría aplicarse el principio de oportunidad, definido por oré Guardia como 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 sobreseimiento cuando concurren los requisitos exigidos por ley.

Estaríamos pues frente a lo que la doctrina denomina el autor-victima, es decir, cuando el autor del hecho se ve afectado como consecuencia del delito que el 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 3 meses), si no que comete un aborto sin atenuantes, es doblemente víctima; de un apto de violación, por un lado, y de una pena por abortar por el otro.

3. DERECHO COMPARADO

En Colombia, el artículo 124 del CP señala: **circunstancias de atenuación punitiva**. La pena señala 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 del ovulo 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 12 primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado”.

En Argentina el artículo 86 del CP preceptúa: “el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta, 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, raptó 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 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 se efectuare con su consentimiento será eximido de castigo”.

De lo expuesto por la legislación comparada, se aprecia claramente que hay legislaciones en las que no se sanciona este tipo de aborto,

algunas en que se sanciona de forma atenuada, y otras en las que si se sanciona el aborto sentimental, como si estuviéramos ante un aborto o auto aborto. Con respecto a ello cabe anotar que las legislaciones, cuando se trata de una interrupción dolosa de un embarazo producto de una violación sexual no hacen diferenciación alguna entre la violación fuera o dentro del matrimonio para que configure el delito de aborto “sentimental” o ético. Los códigos penales simplemente se refieren a la “violación sexual” sin hacer ningún distingo si se produce dentro o fuera del matrimonio con lo que se entiende que el sujeto pasivo puede ser la mujer soltera o casada.

Así mismo, son más específicos en señalar que, la existencia de un proceso penal de violación sexual, así como el consentimiento de la mujer para que se realice el aborto, además de la practica abortiva que debe ser realizada por un médico o profesional de la salud, a fin de que la salud de la madre no se vea perjudicada.

4. INCIDENCIA EN LOS ABORTOS CLANDESTINOS:

En el Perú, según información proporcionada por el Ministerio de Salud y el Fondo de Población de Naciones Unidas, el 34% de niñas y adolescentes, entre 10 y 18 años, víctimas de una violación sexual resultan embarazadas. Asimismo, una publicación del año 2017 da cuenta de estudios que reportan la frecuencia de embarazos entre 10% hasta 30% en las mujeres violadas. En el documento se establece que si la información mencionada se ajusta a la investigación de Holmes en USA y se admite que el 5% de las mujeres violadas resultan con un embarazo no planeado, ocurre que en el Perú se pueden estar dando 35,000 embarazos producto de violación al año, el estudio reconoce que este es un numero bastante conservador, pudiendo ser en la realidad mucho mayor.

La penalización del aborto solo contribuye a que las mujeres busquen como método de solución el aborto clandestino. El 80% de embarazos producto de violación sexual. En los países donde este tipo penal no se sanciona, como en Argentina, la tasa de abortos producto de violación sexual al año es menor a la de los países como Perú donde se sanciona esta conducta.

V. CONCLUSIÓN

Los fundamentos para despenalizar el aborto sentimental en el Perú son:

- En el derecho comparado existen muchos países en los que este tipo de aborto no es punible: Bolivia, México, Uruguay, Ecuador, Panamá, Argentina.
- Se disminuye la tasa de abortos clandestinos y muertes maternas por abortos clandestinos.

VI.
RECOMENDACIÓN

El artículo 120 inciso 1 debe prescribir de esta forma:

*Artículo 120.- **No es punible** el aborto cuando:*

*1. el embarazo sea consecuencia de violación sexual o inseminación artificial no consentida siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente y **haya consentimiento de la mujer, con intervención de un médico o profesional de la salud.***

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BERMEJO GONZÁLES L. (15 de Octubre de 2016). *Actitud de Abogados del distrito de Puno frente a la despenalización del Aborto en caso de Violación Sexual - 2015*. Obtenido de ALICIA: Acceso libre a informacion Cientifica para la Innovacion :
http://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UANT_5c6675cf39abc72a8d32e8397d87b28e/Details
- Diario El Comercio. (27 de Junio de 2015). *El 52% a favor de despenalizar el aborto en casos de violación*. Obtenido de El Perú es uno de los más conservadores en lo que se refiere al derecho de decidir de la mujer:
<http://elcomercio.pe/lima/52-favor-despenalizar-aborto-casos-violacion-367012>
- ESCRIBENS PAULA M. (2012). *la violencia del conflicto armado interno. Una maternidad Forzada*. Lima: DEMUS.
- GARCÍA APAZA D. (06 de 12 de 2016). *Reconocimiento Al Derecho De Aborto En Casos De Violación Sexual Incestuosa Como Derecho Fundamental De Las Mujeres En La Provincia De San Román En El Año 2015*. Obtenido de Universidad Andina Nestor Caceres Velasquez REPOSITORIO DE TESIS:
<http://repositorio.uancv.edu.pe/handle/UANCV/557>
- LOPEZ DE LEON M. (OCTUBRE de 2014). *LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO CON OCASIÓN DE UNA VIOLACIÓN*. . Obtenido de UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES :
<http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesisjcem/2014/07/01/Lopez-Sara.pdf>