



ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

TESIS

**“TIPIFICAR EL DELITO DE AUTOABORTO COMO
PARRICIDIO”**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
DERECHO PENAL

AUTOR:

GERVASSI GONZALES, PEDRO ERNESTO

ASESOR:

DR. ZUMAETA MUÑOZ, PEDRO PABLO

JURADO:

MG. NINAMANGO MENDIZABEL, ESPERANZA

MG. DÍAZ PÉREZ, JOSÉ JOAQUÍN

DR. PAULETT HAUYON, DAVID SAUL

LIMA – PERÚ

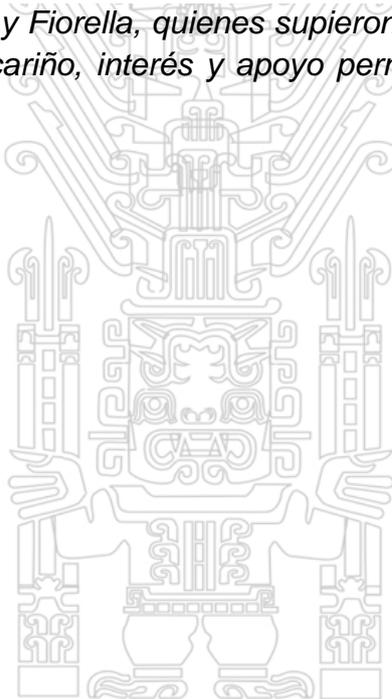
2018

DEDICATORIA

A Dios, por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

A mi esposa Noemí, admirable mujer, soporte de mi vida.

A mis amados hijos Pedro y Fiorella, quienes supieron apoyarme y aportar con una importante cuota de cariño, interés y apoyo permanente en el desarrollo del presente estudio.

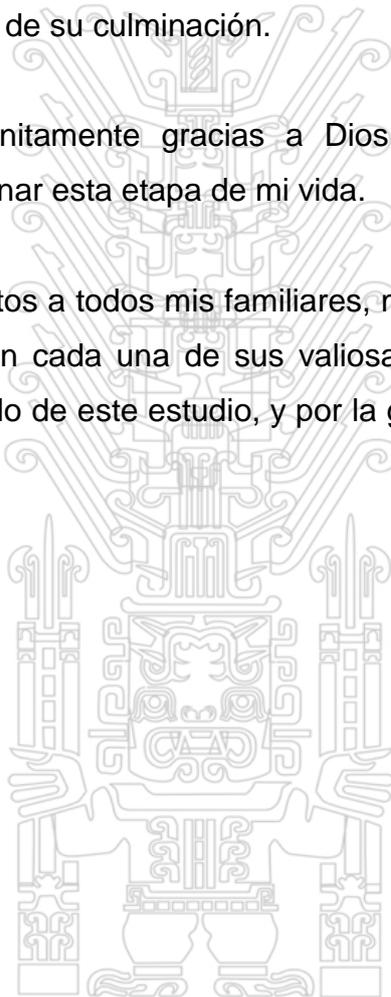


AGRADECIMIENTO

Los resultados de este estudio, está dedicado a todas aquellas personas que, de alguna forma, son parte de su culminación.

En primer lugar, doy infinitamente gracias a Dios, por haberme dado la fortaleza y valor para culminar esta etapa de mi vida.

Mis sinceros agradecimientos a todos mis familiares, mis amigos y, como no, a mis profesores, porque con cada una de sus valiosas aportaciones, también hicieron posible el desarrollo de este estudio, y por la gran calidad humana que me han demostrado.



Índice

DEDICATORIA	1
AGRADECIMIENTO	2
Índice	3
Resumen	7
Abstrac	8
Introducción	9
CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	10
1. Antecedentes (Bibliografía/Contextual)	10
1. Aproximación temática	16
2. Planteamiento del problema	21
2.1. Problema general	21
2.2. Problemas específicos	21
3. Objetivos	21
3.1. Objetivo general	21
3.2. Objetivos específicos	21
4. Justificación	22
4.1. Justificación Científico-Teórica	22
4.2. Justificación Legal	25
5. Alcances y limitaciones	28
6. Definición de Variables	28
6.1. Variable 1: Autoaborto	28
6.2. Variable 2: Parricidio	29
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO	30
2.1. Teorías sobre el aborto	30
2.1.1. La teoría del derecho a la vida del nasciturus	32
2.1.2. La teoría del derecho a la integridad física y moral de la madre	34
2.2. Bases teóricas especializadas sobre autoaborto y parricidio	35
2.2.1. El autoaborto	35
2.2.1.1. Definición	35
2.2.1.2. Antecedentes históricos sobre el aborto	41
2.2.1.3. La Punición o impunidad del aborto	45
2.2.1.4. Tipos de aborto	48

2.2.1.5. Análisis jurídico del derecho a la vida de la embarazada y del concebido	50
2.2.1.6. Derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Perú de 1993. Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar	64
2.2.1.7. Protección del concebido	80
2.2.1.8. Principio de la persona y de la vida humana	85
2.2.1.8. Reconocimiento Judicial del Embarazo o Parto	99
2.2.1.9. Sujeto de derecho	101
2.2.1.10. Determinación del momento a partir del cual el ser humano es sujeto de derecho	103
2.2.2. El Parricidio	104
2.2.2.1. Definición de parricidio	104
2.2.2.2. Análisis jurídico del parricidio	108
2.2.3. Marco Conceptual	123
2.2.4. Hipótesis	135
2.2.4.1. Hipótesis general	135
2.2.4.2. Hipótesis específicos	135
CAPÍTULO III: MÉTODO	136
3.1. Tipo	136
3.2. Diseño de Investigación	136
3.3. Estrategia de prueba de hipótesis	137
3.4. Variables	137
3.4.1. Definición de la Variable 1: Autoaborto	137
3.4.2. Dimensiones o criterios de medición del autoaborto	137
3.4.3. Operacionalización de la variable 1: Autoaborto	140
3.4.4. Definición de la Variable 2: Parricidio	141
3.4.5. Dimensiones o criterios de medición de la variable parricidio	141
3.4.6. Operacionalización de la variable 2: Parricidio	144
3.5. Población	145
3.6. Muestra	146
3.7. Técnicas de Investigación	147
3.8. Procesamiento y Análisis de datos	147
CAPÍTULO IV PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	148
4.1. Presentación de los resultados	148
Tabla N° 5: Correlaciones de variables	148
4.2. Contrastación de Hipótesis	149

4.3. Análisis e interpretación	153
CAPÍTULO V DISCUSIÓN	166
5.1. Discusión	166
5.2. Conclusiones	168
5.3. Recomendaciones	169
5.4. Referencia Bibliográfica	170
5.5. ANEXOS:	176
1. Definición de términos básicos	177
2. Jurisprudencia de la corte suprema de justicia – Sala Penal Permanente de Ayacucho expediente R.N. N° 3336 – 2015, delito de: parricidio.	179
3. Instrumento de recojo de datos	180
4. Oficio a la Corte Superior de Justicia de Lima para encuesta a Jueces Penales	175
Tabla N° 28: Matriz de consistencia	0

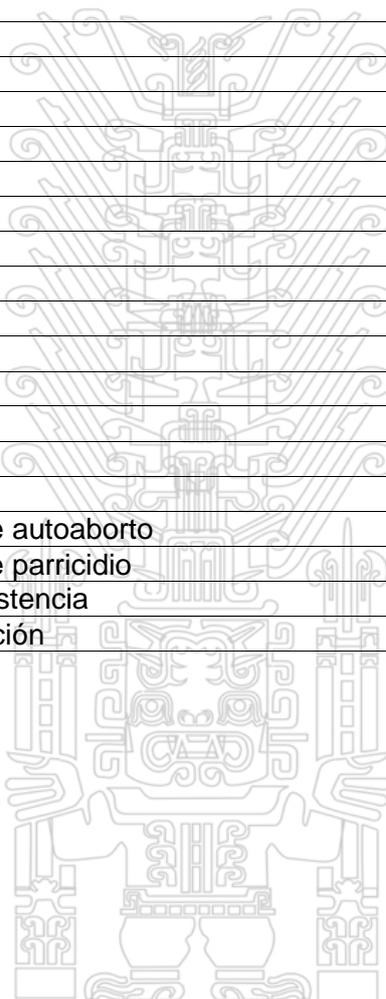
Índice de figuras pág.

Figura N° 01. Diseño correlacional	133
Figura N° 02: Curva de Gauss de HG	146
Figura N°03: Curva de Gauss de HE 1	147
Figura N° 04: Curva de Gauss de HE 2	147
Figura N° 05 Curva de Gauss de HE 3	148
Figura N° 06 Barras Frecuencia en %	149
Figura N° 07: Barras Frecuencia en %	150
Figura N° 08: Barras Frecuencia en %	150
Figura N° 09, Barras Frecuencia en %	151
Figura N° 10, Barras Frecuencia en %	152
Figura N° 11, Barras Frecuencia en %	153
Figura N° 12: Barras Frecuencia en %	154
Figura N° 13: Barras Frecuencia en %	155
Figura N° 14: Barras Frecuencia en %	155
Figura N° 15: Barras Frecuencia en %	156
Figura N° 16: Barras Frecuencia en %	157
Figura N° 17: Barras Frecuencia en %	157
Figura N° 18: Barras Frecuencia en %	158
Figura N° 19: Barras Frecuencia en %	159
Figura N° 20: Barras Frecuencia en %	160
Figura N° 21: Barras Frecuencia en %	161
Figura N° 22: Barras Frecuencia en %	162
Figura N° 23: Barras Frecuencia en %	163
Figura N° 24: Barras Frecuencia en %	164
Figura N° 25: Barras Frecuencia en %	165

Índice de Tablas

pág.

Tabla N° 01: Operacionalización de variable autoaborto	136
Tabla N° 02: Operacionalización de la variable parricidio	140
Tabla N° 03: Población	141
Tabla N° 04: estadística de aborto	142
Tabla N° 05: Correlación de variables (baremo)	144
Tabla N° 06: Frecuencia y %	149
Tabla N° 07: Frecuencia y %	149
Tabla N° 08: Frecuencia y %	150
Tabla N° 09: Frecuencia y %	150
Tabla N° 10: Frecuencia y %	151
Tabla N° 11: Frecuencia y %	153
Tabla N° 12: Frecuencia y %	153
Tabla N° 13: Frecuencia y %	154
Tabla N° 14: Frecuencia y %	155
Tabla N° 15: Frecuencia y %	155
Tabla N° 16: Frecuencia y %	156
Tabla N° 17: Frecuencia y %	157
Tabla N° 18: Frecuencia y %	157
Tabla N° 19: Frecuencia y %	158
Tabla N° 20: Frecuencia y %	158
Tabla N° 21: Frecuencia y %	159
Tabla N° 22: Frecuencia y %	159
Tabla N° 23: Frecuencia y %	160
Tabla N° 24: Frecuencia y %	161
Tabla N° 25: Frecuencia y %	161
Tabla N° 26: Cuestionario de autoaborto	179
Tabla N° 27: Cuestionario de parricidio	184
Tabla N° 28: Matriz de consistencia	186
Tabla N° 29: Data de correlación	188



Resumen

En el desarrollo de la presente investigación se ha podido determinar el alto índice de prácticas abortivas, llegando a la impresionante estimación de 370,000 abortos clandestinos que se producen anualmente en el Perú, lo que quiere decir que hay 5 mujeres que abortan por cada 100 gestantes. Esta grave situación, permite revisar nuestro ordenamiento jurídico penal y evaluar si el autoaborto sancionado por la ley penal peruana es justa y proporcional; teniendo en cuenta la condición del sujeto activo (la madre), la condición de garante de ésta y la indefensa víctima (el feto); se ha podido arribar a la necesidad de invocar una pena que sea proporcional al acto criminal cometido. En virtud a lo señalado precedentemente, se debe considerar al autoaborto como un delito de parricidio por la gravedad en relación al parentesco en línea recta que existe entre la víctima y su victimaria, donde el sujeto activo revela mayor peligrosidad porque no solo viola y destruye el bien jurídico de la vida debidamente tutelada por la ley, sino que vulnera principios y sentimientos elementales como el respeto a los parientes más próximos, provocando el reproche y alarma colectiva.

En la vigente legislación el delito de autoaborto se sanciona con una pena no mayor de 2 años o cincuentidos a ciento cuatro jornadas de trabajo comunitario que en muchos casos no se cumple, por lo que a juicio de nuestros informantes la penalización actual del autoaborto no tiene efectos disuasivos a no cometer el ilícito penal, muy por el contrario se incrementan; razón por la cual proponemos al Congreso de la república un proyecto de ley que modifique el Código Penal en su artículo 114°, debiéndose subsumir al artículo 107° donde al delito de autoaborto se le considere como parricidio, sancionándose con una pena de 15 años de prisión efectiva.

Palabras claves: Autoaborto, parricidio, delito.

Abstrac

Overview on the development of this research is possible to determine the high index of practice abortion, coming to the stunning estimate of 370,000 illegal abortions that occur annually in the Peru, which means that there are five women who they aborted for every hundred pregnant women. This serious situation, allows you to review our criminal legal system and assess whether the autoaborto sanctioned by the Peruvian criminal law is fair and proportional; taking into account the active subject (mother), the guarantor of this condition and the helpless victim (the fetus), has been able to arrive at the need to invoke a pity that it is proportional to the criminal act committed. Pursuant to the designated above, should be considered to the autoaborto as a crime of parricide by gravity in relation to kinship in a straight line between the victim and the perpetrator, where the active subject reveals greater dangerousness because not only viola and destroy the legal right of life adequately protected by the law, but it violates principles and basic feelings as respect to the next of kin, causing the reproach and collective alarm.

In the existing legislation of autoaborto crime is punishable by one penalty not exceeding two years or fifty-two to four-hundred days of community work which in many cases is not met, so according to our informants the current criminalization of the autoaborto not you Jan effects deterrents to not commit the illicit criminal, on the contrary increase; reason why we are proposing to the Congress of the Republic a draft amendment of the Penal Code where article 114° be subsumed in item 107° where to parricide is a criminal sanction of fifteen years of effective prison.

Key words: Autoaborto, parricide, crime.

Introducción

El autoaborto comporta la acción u omisión lesiva (dolosa) que recae sobre la vida humana en formación (el embrión o el feto), generando su eliminación, sea por vías físicas, psíquicas, mecánicas y artificiales, propiciando en todo caso la interrupción de la gestación, la muerte del embrión o feto (vida pre natal). Por lo que la acción dolosa no puede incidir sobre el feto muerto (imposibilidad del objeto), y tampoco cuando se ejecuta con anterioridad a la fecundación, antes de la anidación (métodos anticonceptivos). El tiempo del embarazo no interesa, así como los medios que han de emplearse para la realización de la acción abortiva, solo interesa a efectos de una mayor pena la calidad del agente. El delito que se advierte cumple completamente con los requisitos del Iter Criminis, cuando la gestante intencionalmente provoca la muerte del feto, por lo tanto, estamos frente a un delito de resultado. Ahora bien, el motivo del presente proyecto recae única y exclusivamente en el sujeto activo (la madre), quien tiene el dominio del hecho, al sostener en el claustro materno al nuevo ser en formación, como también el deber de cuidado que debe tener, de allí que considero que la tipicidad puesta en el marco legal penal sobre el delito de autoaborto no es compatible y proporciona al acontecimiento, máxime cuando el tema sujeto a estudio versa sobre la naturaleza jurídica del autoaborto, acto criminal provocado dolosamente por la progenitora, quien sostiene una relación de consanguinidad en línea recta por ser la (madre del ser); y que la actual regulación típica no se ajusta a derecho y atenta contra el principio de razonabilidad, por ser incongruente a la realización material del ilícito que se advierte. En virtud de ello no se puede dar licencia permisible de una pena privativa de libertad de 2 años; para aquella persona que dolosamente le extingue la vida a su propio hijo (a) en formación, practicándose el autoaborto sin respetar la condición indefensa del sujeto pasivo, razón por la cual la sanción penal debe adecuarse al delito de parricidio, por la naturaleza jurídica a que aborda dicho ilícito. Por otro lado el estudio sub materia me permite investigar en un radio determinado el porcentaje y frecuencia con la cual el sujeto activo (la madre) provoca su aborto; dejando rastros probatorios en los distintos nosocomios del País, siendo objeto del presente estudio el que se da en el distrito de San Martín de Porres de esta capital, cuya investigación prolija

se concluye con los cuadros de sustento que más adelante se darán a conocer. Indudablemente que la intensión de normativizar correctamente el autoaborto es para que la sociedad en especial los padres, sean más responsables y consientes al decidir la llegada de un nuevo ser al seno de su hogar y que la norma especial sancionará con prisión de 15 años a aquellas mujeres que intencionalmente provoquen su autoaborto, también es parte del proyecto que las instituciones educativas de nivel secundaria, superior, estamentos de salud promuevan con responsabilidad el no practicar el aborto en ninguna de sus modalidades excepto aquellas que pongan en eminente peligro la vida de la madre u otro que la ley permita con justificada probanza. Por estas consideraciones el auto aborto debe calificarse como delito de parricidio, derogándose el artículo 114º del Código Penal vigente y trasladarlo al artículo 107º del acotado cuerpo legal.

CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Antecedentes (Bibliografía/Contextual)

Nacionales

Hoyos (2016) en el estudio “El delito de aborto y sus implicancias en el derecho a la vida”, mediante una investigación correlacional, para lo cual se identificó una población de 34,800 abogados del Colegio de Abogados de Lima, con una muestra de 380 abogados habilitados, se utilizó el cuestionario que por intermedio de una encuesta se recogió los datos, la interpretación de la información recopilada tenemos: el 96% de los abogados hábiles del CAL considerados en el estudio, opinaron que en este ilícito penal existe la interrupción maliciosa en el proceso de concepción; mientras el 3% no estuvieron de acuerdo con lo señalado por el grupo anterior y el 1% manifestaron desconocer, arribando al 100%; el análisis estadístico mediante el coeficiente de correlación de Pearson con un nivel de confianza del 95% se arribó a las siguientes conclusiones: 1) la interrupción maliciosa del proceso de concepción, restringe la generación de alternativas para el desarrollo familiar.

2) la interrupción provocada y sin fines terapéuticos, atenta contra la protección integral de la persona humana. 3) el aborto inducido en el primer mes de concepción (ovular), atenta contra la persona humana y el derecho a nacer. 4) el aborto inducido en el segundo y tercer mes de concepción (embrionario), afecta la salud física y psicológica de la madre. 5) la configuración delictiva en la ejecución del delito de aborto, incide limitando el derecho primordial que tiene la persona humana. 6) el aborto del cuarto mes en adelante (muerte fetal) limita los derechos señalados en la legislación peruana. 7) el delito de aborto consentido, tiene implicancias directas en el derecho de vida en la legislación peruana.

Sandoval (2005) en el estudio "Aborto clandestino: factores asociados, impacto en la salud pública y análisis de la situación legal", la discusión de los resultados de las indagaciones nos revela que el embarazo no deseado sigue siendo una de las mayores debilidades del sistema de salud de nuestro país, se considera que dos tercios de los embarazos producidos son no deseados y la mitad de estos son interrumpidos clandestinamente. El aborto es una de las prácticas ilegales más frecuentemente realizadas en el Perú y la condición de clandestinidad arroja, a cientos de miles de mujeres al año, a la exposición de su integridad física, cuando no, a la muerte propiamente; el estudio concluye que en: 1) El Perú es uno de los países latinoamericanos donde se practica el mayor número de abortos. Sólo un reducido número de abortos clandestinos es denunciado. Por lo tanto es uno de los delitos más cometido y menos sancionado legalmente. Agentes comprometidos en el tema, como pacientes y médicos ginecólogos, opinan que la legislación debería ser modificada y que el aborto debe permitirse bajo circunstancias específicas. 2) El número de abortos incompletos hospitalizados se ha incrementado en los últimos 10 años, pero han disminuido los abortos infectados. Las mujeres actualmente abortan mayormente por tener excesivo número de hijos, en la mitad de los casos provocados en el propio domicilio, por automedicación, facilitado por el dispensador de farmacia 3) El impacto del aborto en la salud pública se manifiesta en las muertes maternas por aborto que, según nuestra investigación, resulta ser en un mayor porcentaje que las cifras oficiales del

MINSA y en una mayor morbilidad, sobre todo problemas de infertilidad por causa de obstrucción tubaria.

Calderón y Alzamora (2006) en el artículo científico “Influencia de las relaciones familiares sobre el aborto provocado en adolescentes”; cuyo objetivo fue determinar la influencia de las relaciones familiares sobre el aborto provocado en adolescentes, se estudió una población conformada por adolescentes de 15 a 19 años que pertenecen al estrato socioeconómico C y D, 70% de ambos grupos realizaron o están cursando la educación secundaria. No hubo diferencias entre el estado civil de los padres, 67% eran casados y 24% convivientes en el grupo caso, mientras que 51% era casado y 34% conviviente en el grupo control ($p < 0,05$). La conclusión es : 1) los factores familiares que influyen en el aborto provocado son por la falta de confianza hacia los padres, que se traduce en que la adolescente no cuenta su condición de embarazo a los padres, así como la reacción negativa de parte de los padres y de los demás miembros de la familia ante la noticia del embarazo; y se recomienda, que el problema del aborto provocado en adolescentes se trabaje con un enfoque integral, especialmente considerando a los padres, mejorando la comunicación y confianza con sus hijos, facilitando la información sobre aspectos de sexualidad y planificación familiar con la finalidad de evitar de forma oportuna y adecuada el aborto inducido.

Internacionales

Pérez (2015) en su estudio “El aborto: Una alternativa en el código orgánico integral penal en casos de violación a cualquier mujer, al amparo del derecho de igualdad y no discriminación y el derecho a la libertad sobre su vida sexual y reproductiva. “El aborto en Ecuador lo prohíbe el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 147° estipula la sanción penal es de trece a dieciséis años a la persona que suministre maniobras abortivas a la mujer embarazada, causando su muerte si la mujer no consintió el aborto, y de siete a diez años si consintió el acto, el artículo 148° estipula que la persona que haga abortar a una mujer que no ha consentido, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años, en el artículo 149° sanciona a la mujer con pena

privativa de la libertad de seis meses a dos años, el artículo 150° estipula que la mujer puede acudir a la práctica del aborto sin acarrear consecuencias de carácter penal, es permisivo el aborto cuando la salud y la vida de la madre corra grave peligro y que no se pueda evitar por otros medios, el segundo inciso se refiere a que la mujer demente o idiota puede dar por terminado su embarazo cuando este sea producto de una violación sexual. Del análisis del problema se tiene que la norma penal vulnera las garantías y derechos de carácter constitucional, porque las mujeres son potenciales víctimas de violación sexual y a consecuencia de ello pueden quedar embarazadas como consecuencia del delito de violación, del cual son víctimas; la mujer tiene el derecho constitucional a la igualdad constitucional y derecho a la libertad de decidir en forma libre y voluntaria acerca de su vida sexual y reproductiva, sobre esta base de estos derechos proponen demandar la inconstitucionalidad de la norma respecto al aborto no punible, en el Código Orgánico Integral Penal. En la conclusión, sobre la base del principio de igualdad y no discriminación fue posible evidenciar la discriminación injustificada por la cual se faculta el derecho al aborto no punible, únicamente a la mujer demente, excluyente a la mujer que no lo es y que también fue víctima de un acto delictivo. Sin embargo el Estado al mantener un embarazo, producto de una violación sexual, constituye segunda victimización, luego de un hecho violento, pues a través de normas punibles, ejerce su fuerza coercitiva, obligando a la mujer violada a tener hijo concebido a través de una violación sexual, lo cual es cruel e inhumano, atenta contra el derecho a la integridad física, psíquica y sexual de la mujer, contra el derecho de la autonomía reproductiva de decidir cuantos hijos o hijas tener contemplados en los artículos 11° y 66° en el numeral 10, por tanto la propuesta de despenalizar el aborto en casos de violación en el contexto actual ecuatoriano es viable y es derecho constitucional de la mujer violada.

Arévalo, López y Mejía (2014) en su estudio “La aplicación del Estado de Necesidad en el Aborto Terapéutico en el Salvador”, identifica el problema de estudio ¿Cuáles son los criterios jurídicos adoptados por los jueces en la aplicación del estado de necesidad en el delito de aborto terapéutico?, la muestra fueron madres, adolescentes y jóvenes a quienes se les hizo

entrevistas y encuestadas para determinar los criterios que se adoptan para poder practicar el aborto y no penalizar a las personas que lo practican o que consienten que se les practique, debido a la gravedad de la situación, se utilizó como técnicas de investigación la observación, la encuesta, la entrevista, y el estudio de casos los instrumentos tales como la guía de observación, cuestionarios, cédulas de entrevistas y las fichas bibliográficas y contenido. El estudio concluye en: 1) El Salvador es un país considerado a nivel internacional como violatorio a los derechos de las mujeres gestantes por no establecer en su ordenamiento jurídico casos excepcionales claros y específicos en los cuales se pueda practicar un aborto sin sanción penal para la mujer y el médico. 2) En el aborto Terapéutico existe un conflicto de bienes jurídicos mayor contra menor rango, y de igual rango, y siempre se debe tomar en cuenta en un juicio, que estos bienes jurídicos en contraste no son absolutos. 3) Las leyes que regulan sobre los derechos del no nacido vienen a limitar la protección del derecho a la vida de la madre en embarazos de alto riesgo, pues pareciera que la vida humana todavía no nacida, llamada vida humana dependiente, en formación o prenatal es un bien jurídico protegido mayormente que el bien jurídico vida de la madre gestante, persona ya nacida. 4) La falta de regulación expresa en el Código Penal sobre circunstancias precisas en las cuales puede permitirse la práctica del aborto genera una incertidumbre e inseguridad jurídica para las mujeres embarazadas con graves problemas de salud a causa de su embarazo. 5) El Artículo 27 numeral tercero del C. P., da la pauta para tratar los casos de aborto terapéutico bajo la circunstancia de un Estado de Necesidad, pues la mujer contempla un peligro actual, real o inminente de lesión o pérdida de un bien jurídico, por lo que se ve obligada a practicar el aborto con el único fin de salvaguardar su vida. 6) La sanción penal de la que puede ser acreedor/a quien provoque un aborto o al que lo practique con lleva a una realidad jurídica perjudicial a los derechos de las mujeres gestantes, con graves problemas de salud que ponen en riesgo su vida, ya que en el afán de salvaguardar su vida se ven obligadas a practicar el aborto de forma clandestina e inadecuada para su salud, esto debido al temor de una sanción penal.

García (2013) en el estudio “Cuestiones de Vida y Muerte. Los dilemas éticos del aborto”. España. Analiza el aborto que sigue siendo una cuestión controvertida entre los juristas. La discusión sobre la legitimidad o ilegitimidad del aborto voluntario se suele condensar en cuatro argumentos o tópicos del debate. 1) el argumento de quien afirma que resulta imposible prohibir el aborto con eficacia o lo que es lo mismo que las normas jurídicas a este respecto no son capaces de controlar o limitar la realidad. 2) el argumento central de los llamados anti-abortistas, la tesis de la personalidad del feto (embrión o preembrión). 3) la justificación del aborto voluntario a través de su presentación como estado de necesidad y finalmente, la afirmación de la legitimidad del aborto apoyada en la idea de libertad o autonomía de las mujeres. El examen de estos argumentos necesariamente debe detenerse en consideraciones de carácter moral de las que resulta extremadamente relevante conocer sus consecuencias o su posible o imposible traducción en normas jurídicas. La discusión adquiere así una mayor complejidad y se nutre de múltiples matices que bien puede ser abordado interdisciplinariamente.

Guerra, (2013) en el estudio “La Constitucionalidad del Aborto Voluntario en el Ecuador”. Ecuador. Es una tesis de carácter socio-jurídico examina las repercusiones graves e inclusive irreparables que viven las mujeres que se han practicado un aborto clandestino e inseguro a causa de la invisibilización de su incidencia como un problema de salud pública, y como un mecanismo de apropiación de los cuerpos desde la sociedad patriarcal; situación que se traduce en violaciones a numerosos derechos constitucionales de las mujeres a pesar de encontrarnos en un nuevo paradigma constitucional garantista de derechos. Bajos estos presupuestos de análisis, esta investigación finalmente demuestra la inconstitucionalidad de la penalización del aborto y la necesidad del reconocimiento a un aborto seguro como un derecho emancipador y garantista de los derechos reconocidos en la Constitución ecuatoriana de 2008. El estudio ha demostrado ampliamente la irrazonabilidad de la criminalización del aborto voluntario como mecanismo de protección de los derechos constitucionales de la mujer y del no nato, pues más bien ésta se ha configurado como un justificativo irracional de la inoperancia del Estado frente a la formulación de políticas efectivas que protejan la vida del no nacido, así

como, ha avalado la violación del derecho a la vida, la integridad personal, salud integral, autonomía reproductiva, intimidad personal, libre desarrollo de la personalidad, vida digna, y principios como la igualdad, dignidad humana y prohibición de no discriminación.

López, (2014) en el estudio “La Despenalización del Aborto con ocasión de una violación” en Guatemala. Es un tema controversial, se critica que se le restrinja el derecho a vivir a un ser humano inocente y con este acto cometer un hecho reprochable para el derecho penal, ya que se vulnera y se priva al embrión del derecho de nacer y consecuentemente el derecho de vivir, derechos que son protegidos y garantizados por las constituciones de todos los países, sin embargo en algunas legislaciones como la española, está permitido el aborto, pero cuando existe un motivo necesario para proceder a practicarse el mismo, cuando la concepción ha sido consecuencia de una violación, pero siempre y cuando se practique dentro de las primeras doce semanas de embarazo y exista una denuncia previa al delito de violación; en la legislación guatemalteca el aborto no está permitido, pero existe la excepción cuando se habla del aborto terapéutico, que se refiere al aborto en estado de necesidad y el aborto culposo propio, en las otras modalidades el aborto es considerado como delito. La tesis propone que en Guatemala la legislación penal tenga una norma permisiva para la mujer o niña que ha sido violada y consecuentemente haya quedado en estado de gestación y que la víctima pueda decidir si traer o no al mundo el producto de una violación. Se concluye 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.

1. Aproximación temática

De los antecedentes, en el Perú tenemos un alto índice de prácticas abortivas en sus diferentes modalidades, que ha dado lugar a apasionadas controversias por cuanto se trata de la interrupción de la existencia de un ser humano ya concebido. El delito de autoaborto se encuentra sancionadas de

acuerdo a su naturaleza y modalidad en nuestro ordenamiento sustantivo penal vigente; sin embargo, poco se estima colocarse en la posición del sujeto pasivo (el feto), un ser completamente indefenso. (Chirinos, 2004, p. 233), señala que: El precepto constitucional fue tomado del Código Civil de 1936, cuyas disposiciones remontan el inicio de la personalidad humana al instante mismo de la concepción y le ponen término en el momento de la muerte. El hombre, es sujeto de derecho desde que es fecundada en la madre hasta la muerte. A través de todo ese lapso dilatado o pequeño, su vida goza de la protección de la Ley. La posición de nuestro ordenamiento jurídico es contraria al aborto. Solamente en vía excepcional y restringida puede ser autorizado. La palabra aborto proviene del latín (ab, privación: ortus, nacimiento): privación del nacimiento. Ezaine (1999) define el aborto como “la interrupción del proceso fisiológico del desarrollo del feto; expulsión prematura del fruto de la concepción y su destrucción dentro del claustro materno” (p. 1282). Deben hacerse algunas precisiones. Por regla general, la muerte del feto precede a la expulsión. Empero admitimos con Luis Roy Freyre la posibilidad de casos en que la muerte del feto se produzca después de la expulsión, cuando carecía de viabilidad.

Diversos médicos consultados reconocen esa misma posibilidad. Otra precisión: no siempre habrá expulsión del feto después de la interrupción del embarazo. Si ésta se produce a los pocos días de la concepción, no hay necesariamente expulsión. Ahora bien, veamos los medios que pueden emplearse para la ejecución del delito de aborto. Según Ezaine Chávez, se clasifican de la siguiente manera: 1. Medios mecánicos, tales como frotamientos o masajes aplicados al útero. 2. Medios químicos, a través del empleo de sustancias letales que producen la muerte del feto. 3. Medios traumáticos, consistentes en la aplicación de golpes a la embarazada. 4. Medios quirúrgicos, como la peroración del útero o intervenciones asimilables a la operación cesárea; y 5. Medios afectivos o morales, a través de provocar en la gestante estados agudos de ansiedad y terror. Aunque no hay acuerdo acerca de la efectividad de estos últimos medios, la opinión mayoritaria de los especialistas se inclina por la posibilidad. El ejemplo histórico es el de la gestante que abortó de susto al ver que un hombre caía del tren.

Raúl Chanamé Orbe (La Constitución Comentada Volumen I pág. 171) Señala que: El derecho a la vida es el derecho más importante y el que abarca todo el resto de derechos ya que sin vida no podría haber derecho a la libertad, a la igualdad, etc. El derecho a la vida implica no solo el derecho de nacer, a salir del vientre de la madre, sino también que la persona ya nacida desarrolle todas sus aptitudes en plenitud, contando con la máxima calidad de vida. La vida es el derecho originario por excelencia y una parte de lo que abarca todo el derecho a la vida es el derecho a la integridad física y moral.

La Corte Suprema de Justicia, declaró no haber nulidad en la sentencia de fojas 559 de fecha 17-09-15, emitida por la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho Exp. R.N. N° 3336 – 2015, que condenó a Stevalis Dolorier Carbajal, como autora del delito contra la vida el cuerpo y la salud parricidio, en agravio del feto N.N. a doce años de pena privativa de libertad y fijó por concepto de reparación civil la suma de cinco mil nuevos soles. Suficiencia probatoria: a) la prueba científica es contundente sobre el motivo y las circunstancias de la muerte el neonato: “asfixia mecánica por sumersión”, teniendo como agente causante: “agua”. b) las explicaciones de la encausada son contradictorias. A pesar de ello, admitió lo irregular que resultó aplicarse un dilatador para acelerar el alumbramiento del feto; c) el reproche de culpabilidad reside en haber arrojado al neonato (recién nacido) a un balde lleno con agua, obligándole la muerte por “asfixia”; d) la pena y la reparación civil no fueron aplicadas proporcionalmente; sin embargo, no pueden incrementarse, por el principio *Non Reformatio un Pelus*.

La fundamentación de la gravedad del parricidio en la legislación peruana es el de “la mayor culpabilidad del autor presumida objetivamente a partir de la complicación profunda de las relaciones interpersonales con acumulación de tensiones durante la convivencia”. Tesis que en efecto compartimos aunque no la consideramos incompatibles con la de la mayor peligrosidad el agente, que se descarta por razones de política criminal, ni con la tesis de la mayor intensidad del injusto pues en la mayoría de los casos matar al próximo es más grave que al extraño, como lo demuestra coherentemente con esta tesis la

atenuante para el parricidio pasional consagrado en el párrafo del artículo 109° del Código Penal. En realidad la coherencia en la que aludimos, es decir, a la que existe en la aceptación de la tesis de peligrosidad y la de mayor intensidad del injusto por un lado y la atenuación contenida en el artículo 109°, citado es plena, pues qué duda cabe que el desvalor de la conducta parricida es menor y la peligrosidad social del agente es inexistente o menor cuando medía en ambos supuestos un estado emotivo violento excusable. Peña Cabrera dice al respecto: “el fundamento de esta agravación consiste en que el sujeto activo revela mayor peligrosidad porque no solo viola y destruye el bien jurídico de la vida tutelada por la ley, sino que vulnera principios y sentimientos elementales como el respeto y acatamiento a los parientes más próximos, provocando una singular alarma social. La excesiva penalidad tiene sus fundamentos pues, en la convivencia social de otorgar al núcleo familiar y al matrimonio (y al concubinato legítimo, agregaríamos nosotros al texto del maestro San Marquino) una tutela adecuada a la importancia que poseen”.

A su turno Roy Freyre en posición discrepante con la de Peña Cabrera: “en nuestra opinión la autonomía del parricidio no hay que deducirla de una cuestión que solo atañe a la pura técnica legislativa (buena o defectuosa) consiste en concederle o no a un articulado distinto al del homicidio simple. El vínculo consanguíneo y el jurídico operan aquí como elementos constitutivos de la infracción... No es suficiente, en nuestro concepto, agregar el parentesco al homicidio simple a manera de circunstancia para que tengamos ya la figura del parricidio. El elemento subjetivo en orden a lo injusto a sabiendas, lejos de cumplir aquí con el papel de especificar el dolo, desempeña la función de engarzar la subjetividad del agente con la objetividad de un resultado para dar al parentesco, así el carácter de elemento constitutivo del parricidio”.

Hurtado Pozo, por el contrario dice que: “el homicidio ha sido erigido en delito único, comprensivo de todos los homicidios intencionales. De este homicidio se separa los casos calificados (asesinato, parricidio) y los privilegiados (homicidio por emoción violenta, infanticidio). Plantear el carácter

figura derivada del homicidio simple. Resulta particularmente interesante la opción contenida en el nuevo Código Español de 1995, en el que se ha suprimido el tipo penal del parricidio quedando el supuesto de hecho como una agravante prevista en su artículo 23º de la circunstancia mixta de parentesco – mixta, pues la previsión general comprende la agravación como la atenuación.

Ubicándonos en contexto del Poder Judicial de Lima Norte donde identificamos el problema del autoaborto de ejecución clandestina de las causas multifactoriales la correspondiente al aspecto legal vemos que el incremento del autoaborto es la penalidad benigna de dos años de prisión que hasta la fecha no se han hecho efectiva en ningún caso, las consecuencias del autoaborto se ve el incremento con mayor riesgo de muertes por ejecutarse en manos empíricos recetadas por farmacéuticos, médicos, enfermeras aborteros, nuestro aporte para la solución del problema es proponer un proyecto de reforma del código penal en donde se anule el artículo 114º y en el artículo 107º se especifique como parricidio el autoaborto por ser un acto de quitarle la vida a un descendiente en línea directa con una penalidad de quince años de prisión efectiva serviría a disuadir la comisión del delito, lo cual el estado debe desarrollar campañas intensas de educación sexual en los colegios, en salud la prevención de las consecuencias de hacerse un aborto clandestino y el sector de apoyo a la mujer preocuparse por dar mayores oportunidades laborales a la madre, orientación sexual para no tener embarazos no deseados porque ya tiene muchos hijos y no tienen como mantenerlos.

2. Planteamiento del problema

2.1. Problema general

¿En qué medida el delito de autoaborto, está asociado con el delito de parricidio?

2.2. Problemas específicos

1-¿De qué manera la interrupción maliciosa del proceso de concepción se asocia con el delito de parricidio?

2-¿Cómo el Grado de configuración delictiva en la ejecución del autoaborto se asocia con el delito de parricidio?

3-¿De qué manera la sanción penal del autoaborto no tiene efectos disuasivos en la comisión del autoaborto por no ejecutarse la prisión efectiva?

3. Objetivos

3.1. Objetivo general

Determinar si el delito del autoaborto, está asociado con el delito de parricidio.

3.2. Objetivos específicos

1- Determinar la interrupción maliciosa del proceso de concepción se asocia con el delito de parricidio.

2- Determinar que la configuración delictiva en la ejecución del autoaborto se asocia con el delito de parricidio.

- 3- Determinar que la sanción penal del autoaborto no tiene efectos disuasivos en la comisión del autoaborto, por no ejecutarse la prisión efectiva.
- 4- Proponer un proyecto de modificatoria del código penal que tipifique al autoaborto como parricidio y sea penalizado con quince años de prisión efectiva con el artículo 107° y anular el artículo 114°.

4. Justificación

4.1. Justificación Científico-Teórica

El estudio aporta al debate sobre el inicio de la concepción. La teoría de la fecundación y la teoría de la anidación. El inicio de la vida y el inicio del derecho a esta

Aunque el derecho a la vida involucra tanto a la persona como al concebido, siendo dicha premisa aceptada a nivel interno como incluso aunque parcialmente, a nivel supranacional, en los que aun suele darse debate y digámoslo de verdad, aún existen ciertos márgenes de incertidumbre, es en torno al momento o instante preciso en que se inicia la denominada concepción.

Más que como un tema jurídico, es dentro del plano científico donde fundamentalmente se ha intentado dar respuesta a la interrogante. Aunque son diversas las posiciones esbozadas, se suele aceptar que han sido dos de ellas las más difundidas, la teoría de la fecundación y la teoría de la anidación. Ambas han venido polemizando acerca del momento en el que con toda certeza puede hablarse del inicio de la concepción.

Para la denominación teórica de la fecundación el inicio de la concepción se produce desde el instante en que el espermatozoide penetra en el ovulo.

Tras quedar fusionados ambos elementos y generarse una nueva celular (cigoto), es que recién puede hablarse de la concepción de un nuevo ser.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

UNFV

dotado de características únicas e irrepetibles. Se discute en todo caso y a pesar de tal aseveración, el tiempo que dura la formación de la citada nueva célula, pues aunque se acepta como referente de determinación la fusión antes descrita, esta no sería inmediata sino que necesariamente de varias horas luego de producida una relación sexual.

La teoría de la anidación, por su parte, estima que solo puede hablarse de concepción en aquel supuesto en el que el ovulo fecundado obtenga las condiciones naturales que le permitan con toda certeza, asegurar su desarrollo. Esto último, por lo demás, solo puede darse en aquellos casos en los que el cigoto, una vez evolucionado en blastocito, que da alojado en la cavidad interna del útero (endometrio). Situación que recién se produce a los siete días de la fecundación, demorando otro siete más, para quedar totalmente concluido. En el marco de la teoría descrita, la concepción supone la certeza o garantía de un embarazo en un curso y tal situación requiere necesariamente del proceso de anidación.

Desde nuestro punto de vista y sin que el derecho tenga por qué ser el factor demostrativo de una situación que a la ciencia primariamente corresponde definir, creemos sin embargo que es perfectamente posible optar por una respuesta al tema sobre la base de los propios referentes jurídicos de los que se dispone y sin desvirtuar en lo absoluto el aporte de cada teoría.

Entendemos que lo que el ordenamiento jurídico impone es definir el momento de la concepción, no el momento del inicio de la vida. Puede parecer poco sutil decirlo, pero aunque para algunos resulte controversial, se trata de dos situaciones rigurosamente diferentes, sin que por cierto ello signifique que se encuentren desvinculados la una de la otra.

La mayor parte de los instrumentos jurídicos antes analizados, permiten considerar que el punto de debate o incertidumbre gira en torno al momento del inicio de la concepción, no específicamente en torno al momento del inicio de la vida. Aunque el artículo 1 del Código Civil reza que: “la vida humana comienza con la concepción”, tal situación no parece sino limitarse a una proclama de

buenas intenciones, antes que una verdad rigurosa o incuestionable. Como ya lo hemos dicho, el derecho no define situaciones naturales, por más respetable que sea la posición de sus autores. Lo que hace el derecho es optar por respuestas a partir de los insumos que le proporcionan otras ciencias y en este caso, poco es lo que aporta una norma en referencia cuando ni siquiera intenta precisar lo que debe entenderse por concepción.

El inicio de la vida humana, puede en efecto ser individualizado a partir de la fecundación, por ello no es igual ni puede asimilarse a lo que se entiende por concepción, que es la situación determinante a los efectos de individualizar si nos encontramos o no ante un derecho. Esta última, no porque lo imponga la ley, sino porque así lo acredita la ciencia, solo se produce cuando existe la certeza de un embarazo en curso, no antes del mismo. Y el estado de embarazo no es algo que se mida conforme aproximaciones o posibilidades, sino de acuerdo a situaciones fisiológicas muy concretas, que guste o no, solo se patentizan en el instante en que el ovulo fecundado ha encontrado en el endometrio o cavidad interna del útero, las condiciones necesarias como para poder desarrollarse.

El estado de fecundación será sin duda alguna importante a los efectos de determinar las probabilidades de desarrollo que pueda tener una vida, pero definitivamente irrelevante si lo que se quiere es determinar el estado de gestación que, para fines prácticos, es lo mismo que concepción. Tan evidente es esta posición que en el ámbito de nuestro Derecho Penal, se tipifica como delito de aborto, no al atentado contra el embrión fecundado, sino a la supresión del feto que anida en el vientre de la gestante o embarazada, como se deduce con toda nitidez de los artículos 115, 118, 119 y 120 del Código Penal.

En resumidas cuentas, el derecho bien puede asumir una posición sobre la base de los insumos que le proporciona la propia ciencia y para ello no es necesario ni manipular los conceptos ni fantasear con el pensamiento para quedar bien con algunas ideologías o corrientes de pensamiento.

4.2. Justificación Legal

El objetivo cuarto del estudio es hacer una propuesta de reforma legislativa en el Código Penal solicitando la nulidad del artículo 114° y sea subsumido en el artículo 107° tipificando y otorgando las consecuencias penales al autoaborto como delito de parricidio sobre el amparo de la Constitución de 1993 cuando en el inciso 1) de su artículo 2° se enuncia que el concebido es un “sujeto de derecho” en todo lo que lo favorece. Esta misma tesis es seguida y desarrollada en el artículo 1 del Código Civil peruano de 1984. En este se determina que el concebido es un “sujeto de derecho” y que la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo. La condición a que se refiere este numeral no puede ser otra, según una correcta interpretación, que una *resolutoria* pues, si fuese suspensiva, estaríamos frente a una contradicción jurídica y lógica ya que no se puede ser “sujeto de derecho” sin la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. No se puede ser y no ser, al mismo tiempo, “sujeto de derecho”. Doctrinariamente se define al “sujeto de derecho”, precisamente, como el ente capaz de ser titular de derechos y deberes. No es concebible, por lo tanto, un “sujeto de derecho” carente de ellos.

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 cincuentidos a ciento cuatro jornadas.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) sostiene que “el aborto es la interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable, es la expulsión o extracción de su madre de un embrión o feto que pese 500 gramos o menos”.

La Medicina entiende por aborto toda expulsión del feto, natural o provocada, en el período no viable de su vida intrauterino, es decir, cuando no tiene ninguna posibilidad de sobrevivir. Si esa expulsión del feto se realiza en

período viable pero antes del término del embarazo, se denomina parto prematuro, tanto si el feto sobrevive como si muere.

El autoaborto, es negarle la vida al embrión ya fecundado, un hecho egoísta que no prevé lo que podría ser un futuro bueno, ya que el feto no tiene otra alternativa más que el de morir en manos prácticamente de quien decide hacerse el aborto y por los que son sujetos activos de dicho “asesinato”. Apoyar el aborto sería una forma indirecta de encubrir una conducta sexual irresponsable, que puede tener una vida sexual activa y si por casualidades queda embarazada la fémina, la solución rápida es la de matar al embrión ya fecundado en su vientre sin importarle, ni tomar en cuenta que ellos también lo fueron. Sin embargo decide interrumpir el proceso natural de la vida con elementos traumáticos externos como son las pinzas, aspiradoras o pastillas abortivas,

Parricidio

Artículo 107.- Parricidio. El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años. La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.” “En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36.”(*)

Artículo 108.- Homicidio calificado Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Por ferocidad, codicia, lucro o por placer.
2. Para facilitar u ocultar otro delito.
3. Con gran crueldad o alevosía.
4. Por fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas”.

que, para algunos iniciados, suponía la lectura del artículo 1º acordó, por unanimidad, en su sesión del 27 de octubre de 1997, la redacción de un numeral lo más didáctico posible, sacrificando en cierta medida, los dictados de una buena técnica legislativa para la que hubiera bastado señalar, escuetamente, que el concebido es “sujeto de derecho”. La fórmula propuesta expresa que: “La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derechos personales se extinguen si el concebido muere. Tratándose de los derechos patrimoniales los readquiere el titular original o, en su caso, sus sucesores”.

La comisión considero que, por la novedad del concepto “sujeto de derecho”, había que remarcar el hecho de que por poseer el concebido tal calidad jurídica gozaba de manera “actual” – y no futura – de todos sus derechos. De otro lado, establece, con el objetivo de lograr una mayor calidad conceptual, que si el concebido muere, al dejar de ser “sujeto de derecho”, sus derechos patrimoniales se extinguen y los readquiere el titular original y, en su caso, sus sucesores. Así, si el concebido que recibió de un tío por donación un inmueble deja de existir, su derecho lo readquiere este último y si, hubiere premuerto, lo readquieren sus sucesores. Lo mismo ocurre tratándose de una sucesión. Si el concebido muere, el porcentaje ideal que le correspondía en ella lo readquieren los sucesores, acrecentándose, de este modo, la masa hereditaria.

Levene (h) Ricardo, en relación a los antecedentes históricos del infanticidio refiere que: “En la antigüedad se mataba a los niños recién nacidos cuando escaseaban los alimentos, o se los inmolaba en ceremonias religiosas. Tampoco era delito matarlos cuando eran deformes o tenían un físico tan pobre que evidenciaba su futura ineptitud para la guerra, de ahí que se los precipitase desde el Taigeto, en Grecia y desde la roca Tarpeya en Roma, a lo que se agregaba que esta última, el *pater familia* tenía derecho de vida o muerte sobre sus hijos. Posteriormente es castigado el infanticidio como homicidio simple en el derecho griego y romano esbozándose una diferencia entre aquel delito y el homicidio en el Código Justiniano, hasta que por fin se lo considera, por influencia del derecho germánico un delito *sui generis* en la *Constitutio Carolina* y en edictos dictados al respecto por Enrique II, Enrique III y Luis XIV,

pero para poder atenuar la pena se exigía la viabilidad de la víctima” (Cfme. LEVENE (h) Ricardo “*El delito de homicidio*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1970,p. 347)

5. Alcances y limitaciones

El estudio tiene un alcance de una repercusión social, toda vez que existe repercusión de las dos posiciones antagónicas a nivel internacional, en el mundo existen dos corrientes de opinión contrapuestas que se identifican internacionalmente con los nombres de “pro life” y “pro choice”. En un extremo están quienes creen que el embrión o el feto tienen prioridad absoluta sobre las decisiones personales de la mujer y parecen ignorar por completo los derechos de ésta. El extremo opuesto privilegia resueltamente los derechos de la mujer a decidir por si misma, ya sea la continuación o la interrupción del embarazo, y parece hacer caso omiso de cualquier valor posible del embrión o el feto.

Las limitaciones son: muy pocos estudios se refieren al autoaborto tipificando como parricidio, en el Perú hay fuerte influencia de la Iglesia católica sobre el debate, hay una corriente de opinión que propugnan la despenalización del autoaborto y su legalización levantando la decisión de la madre embarazada de decidir si continua o interrumpe el embarazo. En esta situación, resulta que el parricidio no ha sido suficientemente estudiado en el Perú.

6. Definición de Variables

6.1. Variable 1: Autoaborto

Definición

En el código penal en el Título I Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud Capítulo II sobre el Autoaborto en el 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

Tesis publicada con autorización del autor

No olvide citar esta tesis

UNFV

cincuentidós a ciento cuatro jornadas (Gaceta Jurídica, Primera Edición Pág. 89) Código Penal Decreto Legislativo N° 635

Autoaborto, Bien Jurídico Protegido por Javier Villa Stein señala que en un carácter restrictivo este tipo penal tutela la vida humana dependiente, es decir, la vida del feto, del embrión, lo que equivale a decir que la tutela empieza desde la anidación del óvulo fecundado. Con un criterio más amplio en cambio se puede decir que el tipo penal del aborto tutela la perpetuidad de la especie humana, la *filogenia*. Guarda concordancia este tipo penal con el artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, que establece el derecho a la vida que tiene toda persona, lo que le alcanza al concebido pues es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (Villa, 2004, p. 163-164)

6.2. Variable 2: Parricidio

Definición

En el código penal en el Título I Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud Capítulo I El Homicidio simple, Parricidio, Artículo 107.- Parricidio El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años. La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108." "En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36."(*) (*) Artículo modificado (*) NOTA SPIJ por el Artículo 1 de la Ley N° 30323, publicada el 07 mayo 2015.

El infanticidio, como figura atenuada del parricidio, tiene una historia relativamente reciente ya que no aparecen en el derecho antiguo ni el medieval disposiciones que tiendan a suavizar el castigo de la muerte del recién nacido ocasionado por la madre o por ambos progenitores. Al contrario, en lo concerniente al móvil del honor se consideró en un tiempo que debía sumarse

al parricidio el *crimen carnis* que motivaba la concepción ilícita pues de lo contrario suponía atenuar un delito por un vicio (Carrara) ([4]) ([5]).-

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1. Teorías sobre el aborto

En el contexto mundial existen dos teorías controversiales en torno al aborto “la interrupción del embarazo”: 1) La teoría del derecho a la vida que está en contra del aborto 2) El derecho a la integridad física y moral; es la madre la que tiene ese derecho a la integridad y a decidir el aborto. Del análisis de ambas posiciones teóricas llegamos a un conflicto de intereses en el que tenemos que sopesar dos bienes jurídicos protegidos como son, la vida del nasciturus y el derecho a la integridad física y moral de la mujer embarazada.

Teoría sobre el parricidio

La teoría del parricidio sirve para entender la estructura del delito en la hermenéutica jurídica desde el parricidio simple donde la jurisprudencia se refiere a un caso del cónyuge, también es cierto que sirve para los demás casos previstos como parricidio. El parricidio simple se configura objetivamente cuando el agente o sujeto activo da muerte a su ascendiente o descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga, sabiendo o conociendo muy bien que tiene tales cualidades respecto de su víctima. En otras palabras, el parricidio aparece o se evidencia cuando el agente con pleno conocimiento de sus vínculos consanguíneos (padre, hijo natural, etc.) o jurídicos (hijo adoptivo, cónyuge, concubino, conviviente) o análogos a los primeros aun sin convivencia (novio, pareja, enamorado, ex cónyuge, ex concubino, ex conviviente, ex pareja, ex novio, etc.) con su víctima, dolosamente le da muerte. Raúl Peña Cabrera fundamentaba la gravedad del parricidio en el hecho que el sujeto activo revela mayor peligrosidad, porque no solo viola y destruye el bien jurídico de la vida tutelada

por la ley, sino que vulnera principios y sentimientos elementales como el

Tesis pública, sin autorización por escrito
No olvide citar esta tesis

UNFV

respeto y acatamiento a los parientes más próximos, provocando una singular alarma social. El agravante será mayor si el parricidio lo comete la madre de pleno acuerdo con el padre al terminar la vida de su hijo por nacer (feto) siendo su ascendiente en línea directa, por tanto se debe subsumir tal hecho en el delito de parricidio por omisión en el artículo 107° del código penal peruano, no solo es autoaborto y no puede ser tipificado como autoaborto en el acotado artículo 114°.

El delito de parricidio es un delito que consiste en matar a cualquiera de los ascendientes, descendientes en línea recta, natural o adoptiva, o a su cónyuge o concubino, lo que hace evidente que se afecta un bien jurídico fundamental: la vida humana. En ese contexto, el autor analiza de manera correcta y profunda las distintas categorías jurídico-penales básicas (la estructura típica) y anota sus reflexiones personales, sin perder de vista el análisis y solución de casos complejos como cuando se interroga: ¿el hijo adoptivo que mata a su padre biológico y adoptivo, será responsable por dos parricidios?, ¿el concubinato de una pareja por menos de dos años tiene valor para los efectos penales, en cuanto a la posible atribución de responsabilidad por este delito para alguno de ellos?. Esto hace evidente que en la actualidad exista poca claridad respecto de cómo se debe entender el componente parentesco del artículo 107° del Código Penal, lo que no puede hacernos perder de vista que su aplicación no es automática y fuera de todo soporte conceptual.

Es de acotar que es interesante el desarrollo que se realiza sobre la autoría y la participación en estos delitos, y concretamente sobre la presencia de la autoría mediata en los instrumentos:

- 1) Cuando éstos carecen de capacidad de culpabilidad,
- 2) Cuando han obrado sin dolo,
- 3) Cuando actúan por la concurrencia de una causa de justificación,
- 4) Cuando obran coaccionados o por error de prohibición
- 5) Cuando actúan atípicamente.

convenientemente la valoración jurídico penal que merecen tales casos la intervención del instrumento.

2.1.1. La teoría del derecho a la vida del nasciturus

Existen dos vertientes cuya divergencia es sobre el momento en que empieza la protección de la vida. A efectos penales, la vida prenatal va desde el momento de la anidación hasta el del nacimiento, cuando ya se habla de vida independiente. Esta vida prenatal se puede dar en forma de embrión o de feto. Se considera embrión desde la anidación del óvulo fecundado en el útero materno, se produce a los 14 días de la fecundación. Se denomina feto cuando pasan dos meses y medio desde la anidación. Por ello existen dos teorías, 1) De la anidación y 2) De la fecundación. La primera considera que hay que proteger la vida prenatal desde que el óvulo fecundado anida en la pared del útero, y la segunda, indica que la protección debe darse desde la fecundación (Souto, 2009, p. 779).

Durante el proceso del embarazo, el concebido puede provocar tanto expectativas de bienestar como de incomodidad a sus progenitores, de ser de bienestar será un embarazo deseado, mientras que el rechazo en la embarazada genera el impulso a abortar, ya que lo considera como una carga. Por tanto, la interrupción voluntaria del embarazo se trata de ponerle fin a la vida del concebido y no nacido, que es una carga y fuente de dolor (Silva, 2007, p. 5)

Después de realizar la ponderación, de los abortos por causales terapéuticos, eugenésica y ética, surgen las indicaciones como única forma en la que pesan más los derechos constitucionales de la madre que la vida del concebido.

1) **La indicación terapéutica**, se debe dividir en dos partes: por un lado, el grave peligro para la vida de la embarazada, y por otro lado, el grave peligro para su salud. El grave peligro para la vida de la embarazada, plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del

nasciturus. En este caso, si la vida del nasciturus se protegiese de manera incondicional, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido. Por ello resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre.

2) **La indicación eugenésica**, por el supuesto de grave peligro para su salud afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física, por lo que la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional. En la indicación eugenésica, el Tribunal señala que sancionarla penalmente conllevaría imponer una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia, y que los padres se encuentran en una situación excepcional. Esto se agrava por la falta de prestaciones sociales. Por tanto esta indicación no puede estimarse contraria a la Constitución. Es necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud de la embarazada; que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas; que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada; lo cual se analiza la constitucionalidad de cada una de las indicaciones que declaran no punible la interrupción del estado de embarazo. La indicación terapéutica se debe dividir en dos partes: 1) Por un lado, el grave peligro para la vida de la embarazada, y 2) Por otro lado, el grave peligro para su salud. La contradicción se expresa entre el grave peligro para la vida de la embarazada, que plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del nasciturus. Si la vida del nasciturus se protegiese de manera incondicional, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido. Por ello resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre.

3) **La indicación ética**, si se considera que la gestación se ha producido por un acto contrario a la voluntad de la mujer y lesionando su dignidad personal y libre desarrollo de su personalidad y vulnerando su derecho a la integridad física y moral, hacerla soportar las consecuencias de tal acto es inexigible. Por lo que dicha indicación no se considera inconstitucional.

2.1.2. La teoría del derecho a la integridad física y moral de la madre

Desde el momento de inicio del embarazo, se produce rechazo en la madre, este sentimiento de rechazo de la embarazada genera el impulso a abortar, ya que lo considera como una carga. Por tanto, la interrupción voluntaria del embarazo se trata de ponerle fin a la vida del concebido y no nacido, que es una carga y fuente de dolor (Silva, 2007, p. 7)

Se percibe al concebido no deseado como atacante de los bienes y libertades de los progenitores. Por ello, se le ve como enemigo. Se ejerce sobre el enemigo una pretensión de exclusión y una desprotección jurídica derivada de su percepción como no-persona. De esta forma es posible negarle sus derechos. Los tipos penales que se refieren a la interrupción voluntaria del embarazo, tienen como fin la protección de la vida prenatal o la vida humana en proceso de desarrollo. En ese momento es cuando aparece la libertad de la embarazada a la hora de tomar la decisión sobre si quiere continuar con el embarazo o no. Lo que lleva consigo el debate sobre si el aborto es un hecho punible (Souto, 2009, p. 775).

Existen tres casos de aborto en los que el derecho a la integridad de la embarazada está por encima del derecho a la vida del concebido en cualquier circunstancia: en primer lugar, el aborto por indicación terapéutica, se destruye el feto para salvar la vida de la embarazada o evitar graves riesgos para su salud física o mental; en segundo lugar, por indicación eugenésica, cuando hay razones suficientes para pensar que el feto presenta algún tipo de defecto incurable, somático o psíquico, debido a herencia o algún daño durante el periodo del embarazo y por último, la indicación ética, referida a las situaciones en que el embarazo es la consecuencia de un acto sexual delictivo realizado contra la mujer (Landrove, 1985, p. 116).

En el debate de hasta qué punto es punible o no el hecho del aborto aparecen diferentes posiciones ideológicas: 1) La conservadora extrema, no admite su licitud en absoluto, en ningún caso; 2) La conservadora moderada, acepta un sistema de indicaciones limitado a la terapéutica, la eugenésica y la

ética; 3) La intermedia, propone un sistema de indicaciones más abierto, aceptando la indicación social; 4) La liberal, que acepta el sistema del plazo; 5) La radical que reivindica el derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente el embarazo en cualquier momento (Landrove, 1985, p. 191).

2.2. Bases teóricas especializadas sobre autoaborto y parricidio

2.2.1. El autoaborto

2.2.1.1. Definición

Definición del Aborto **por Cabanellas** ((Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo I pág. 41 al 42):

Definición etimológica, la palabra aborto viene del latín **abortus**, formada del prefijo ab-(privación, separación del exterior de un límite) y **ortus** (nacimiento) entonces la entendemos como “privación del nacimiento”.

Siendo distinto el aborto según la causa que lo provoque, *son también diversas las definiciones* que sobre el mismo pueden darse. Estas son:

- a) Aborto en general: hay aborto siempre que el producto de la concepción es expelido del útero antes de la época determinada por la naturaleza;
- b) Aborto médico: la expulsión del huevo antes de que el feto sea viable o la provocada muerte del feto dentro del cuerpo de la madre;
- c) Aborto espontáneo: la expulsión del feto, no viable, por causas fisiológicas;
- d) Aborto delictivo: La interrupción maliciosa del proceso de la concepción.

En el enfoque fisiológico, pueden clasificarse en:

- a) El aborto puede ser ovular, si ocurre en el primer mes del embarazo;
- b) El aborto puede ser embrionario, cuando se produce en el segundo y tercer mes.
- c) El aborto puede ser fetal, cuando ocurre del cuarto mes en adelante.

Por las causas exteriores que lo originan, se distingue:

- a) El *accidental*, el producido por casual desgracia
- b) El *artificial*, que es el provocado;
- c) El *criminal*, el provocado y no necesario para fines terapéuticos;
- d) El *espontáneo*, el que ocurre naturalmente;
- e) El *habitual*, cuando ocurre en embarazos sucesivos, cuya causa más frecuente está en la sífilis; y
- f) El *terapéutico* provocado para salvar la vida de la madre, cuando esta esté en peligro o se produzca por indicación del médico competente.

2. La posición del Derecho Romano.- Según Marongiu, durante el clasismo jurídico de la antigua Roma, *el aborto* no fue considerado delito sino un acto inmoral, que permitía incluir en las sanciones sensorias al padre si hubiera autorizado el de la mujer. No se encuentran condenas explícitas en los autores de la época, salvo una referencia de Cicerón a una mujer de Mileto que había sido acusada de *aborto*. La configuración delictiva proviene de un rescripto de los emperadores Severo y Antonino. Si el *aborto* había sido violento, se imponía la pena de exilio temporal; de haberse provocado por “filtros amorosos”, la sanción era la “relegatio”. En el enfoque de la época el bien protegido no era frustrado vida extra uterina del feto, sino el agravio impedido al marido, al que se privaba de un descendiente. En el derecho justiniano se introduce el cambio jurídico por la protección del concebido y se admite que el *aborto* causado por la mujer sin consentimiento o complicidad del marido facultaba a éste para el repudio de aquella.

3. La Posición de la iglesia.- En el antiguo testamento aparece una condena del *aborto* provocado por extraños. En el éxodo (XXI, XXIV) se expresa que, si alguien hiere a una mujer preñada y ésta aborta, resarcirá el daño, según lo que pida el marido y juzguen los árbitros. De morir la mujer, aquel pagará vida por vida (Cabanellas, 2006, p. 41-42).

de persona, entre los cuales está el derecho inviolable de todo ser inocente a la vida. Los defensores del aborto han procurado cubrir su naturaleza criminal mediante terminología confusa o evasiva, ocultando el asesinato con jerga como "interrupción voluntaria del embarazo" o bajo conceptos como "derecho a decidir" o "derecho a la salud reproductiva". Ninguno de estas expresiones, sin embargo, puede ocultar el hecho de que el aborto es un infanticidio. La Iglesia Católica siempre ha condenado el aborto por tratarse del homicidio directo de una persona inocente.

4. Definición Jurídica.-

Autoaborto Descripción Típica.- Código Penal, 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. (Código penal, 2018, p. 89)

La actual Constitución Política del Perú que en su artículo 2, inciso 1 señala: "toda persona tiene derecho: 1. a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física, a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece".

Código Civil: el artículo 1° del Código Civil establece que: "La persona humana es sujeto de derechos desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

El código de niños y adolescentes, en el artículo 1° del título preliminar y el artículo 1° señalan que:

Título preliminar:

"Artículo 1.- Definición.- Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta los dieciocho años de edad.

Tratados Internacionales firmados por el Perú.

El derecho a la vida no sólo figura en nuestra Constitución sino también en Tratados Internacionales sobre DD.HH.

Ratificados por el Perú y que, por lo tanto, forman parte de del derecho nacional:

Declaración Universal de los Derechos Humanos. En su artículo 3º, señala: "TODO individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948) en su Artículo 1 - Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona, señala: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona."

El comentario de Villa Stein, Javier sobre el Autoaborto Bien Jurídico Protegido, señala que en un carácter restrictivo este tipo penal tutela la vida humana dependiente, es decir, la vida del feto, del embrión, lo que equivale a decir que la tutela empieza desde la anidación del óvulo fecundado. Con un criterio más amplio en cambio se puede decir que el tipo penal del aborto tutela la perpetuidad de la especie humana, la *filogenia*. Guarda concordancia este tipo penal con el artículo 2º de la Constitución Política del Perú de 1993, que establece el derecho a la vida que tiene toda persona, lo que le alcanza al concebido pues es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. (Villa, 2004, p. 162-164).

Concepto de aborto de un jurista muy connotado a nivel internacional

Uno de los grandes juristas en el mundo es Francisco Carrara hablaba del feticidio y lo definía como "la muerte dolosa del feto en el útero; o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual haya derivado la muerte del feto, poniendo como extremos del delito: la gravidez, el dolo, los medios violentos y la muerte consiguiente del feto", el sustento de su postura es: "Por vituperable

que sea, nunca puede equiparse en gravedad con el homicidio, pues la vida que en él se extingue, no puede considerarse todavía como *definitivamente adquirida*, es más una esperanza que una certeza, y entre el estado de feto y el de hombre hay tanto intervalo y se interponen tantos obstáculos y peligros que siempre puede quedar en duda si, aun sin la expulsión violenta, esa vida esperada hubiera podido llegar a convertirse en una realidad” (Carrara, 1973, p. 336-337).

Definición jurídica y médica del Autoaborto.

La legislación no define en que consiste el aborto, sino que pune al que causare el mismo, pero ello no es óbice para ser una descripción desde dos puntos de vista, esto es: jurídico y médico.

Etimológicamente. Digamos que la palabra “aborto” deriva del latín *abortus*. Ab. Partícula privativa y Ortus, nacer. Esto es, *no nacer*.

Desde la primera óptica – jurídica – como delito contra la vida se fundamenta en la muerte provocada del feto con o sin expulsión del seno materno, sea que el embarazo provenga de fecundación natural como artificial, su esencia reside, desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del proceso de gestación mediante la muerte de aquel. También como interrupción del proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del ovulo, o como la interrupción del proceso fisiológico de la preñez, con muerte del producto de la concepción en el seno materno o mediante la expulsión. La muerte del producto de la concepción, que puede tener lugar en el seno materno o provocando su expulsión prematuramente, o el aniquilamiento del producto de la concepción en cualquiera de sus dos momentos anteriores al término de la preñez, ya sea por la expulsión violenta del feto o por su destrucción en el vientre de la gestante. La muerte del feto, sea como consecuencia de la expulsión del seno materno, sea dentro del seno materno. La interrupción del embarazo que tiene como consecuencia la destrucción del embrión o feto, ocurrido con posterioridad a los catorce días desde el momento de la unión de los gametos, desde cuando el *naciturus* debería gozar de la total protección del derecho penal.

momentos anteriores al término de la preñez, ya sea por la expulsión violenta del feto o por su destrucción en el vientre de la gestante. La muerte del feto voluntariamente ocasionada bien en el seno de la madre, bien provocando su expulsión prematuramente.

Desde la óptica médica, es decir, desde el punto de vista médico y específicamente ginecólogo, se establece la diferencia entre aborto y parto prematuro. Esta noción es mucho más restringida que el médico legal y así el aborto es la muerte del producto de la concepción antes de ser viable. La *viabilidad* implica aptitud física para tener vida autónoma, es decir, para poder vivir fuera del claustro materno. Esta viabilidad está dada por los ciento ochenta días de duración del embarazo. A partir de esta fecha se habla no ya de aborto sino de parto prematuro. Así mismo, se le ha considerado al aborto desde este punto de vista como la expulsión de un embrión o feto que pesa menos de quinientos gramos con edad gestacional aproximada de veinte a veintidós semanas completas o de ciento cuarenta o ciento cincuenta días completos. De las veinte a las veintiocho semanas será considerado como un parto inmaduro.

De todas formas el concepto legal es más amplio que el estrictamente médico porque en este caso se prescinde del resultado de las maniobras para la vida del feto, en tanto que en el otro, el aborto consiste en la muerte del feto, ya sea como consecuencia de su expulsión violenta y prematura o por su destrucción en el seno materno, tal como se aclaró.

Aborto y embarazo artificial

En definitiva, se podría definir el aborto como la interrupción del embarazo de una mujer debido a la muerte del feto causada por la madre o por un tercero, con o sin expulsión del seno materno, la fecundación extracorpórea o *in vitro* (FIVET) – realidad posible merced a recientes avances científicos- que se efectúan en probeta en la que se mezclan los gametos masculinos – que pueden ser homóloga, cuando el semen es proporcionado por el marido heteróloga, cuando es provisto por un tercero – con los gametos femeninos – los cuales pueden ser proporcionados por la esposa o por otra mujer – antes

del trasplante de los óvulos fecundados al útero de la mujer integrante de la pareja o al de aquella que los ha dado, no cuenta con la protección jurídico penal que brinda la figura del aborto por la razón de que la destrucción de esos óvulos no se ha operado en el seno de la madre ni expulsados del prematuramente y una interpretación contraria opondría al principio de reserva penal.

2.2.1.2. Antecedentes históricos sobre el aborto

Al remontarse en la historia parece que el documento escrito más antiguo que precisa métodos y formas de abortar es un manuscrito chino que data desde hace más de cuatro mil años. Es a partir de allí que se han elaborado una gran cantidad de normativa respecto.

Así las cosas, y teniendo en cuenta la variada legislación a la que aludíamos, el aborto ha sido tenido en cuenta tanto en una forma positiva como negativa por todas las civilizaciones a lo largo de la historia de la humanidad. De modo que, solamente se pueden señalar hitos fundamentales dado la imposibilidad de llevar adelante una historia concisa y certera de la figura en cuestión. No obstante lo dicho, el feto fue tenido en consideración y por ende objeto de tutela, aunque no siempre como sujeto autónomo independiente tal como sucede en nuestros días.

Ya en el código de Hammurabi (arts. 209 y 212) se castigaba el aborto imponiendo como sanción desde penas pecuniarias hasta la pena de muerte. Sin embargo, se tendía a proteger la integridad física de la madre y los intereses del marido en cuanto a su descendencia. Desde luego, que las penas variaban según se tratara de una mujer libre o esclava y según si el marido tuviere otros hijos o no, en este último caso la pena para el agresor era la muerte. Así mismo, se sancionaba a la mujer que hiciera abortar intencionalmente con la pena de empalamiento.

Las legislaciones sumerias anteriores al mencionado Código diferenciaban el aborto intencional del provocado, basándose en la

composición, mientras tanto que en las asirias se penaba con empalamiento el aborto realizado sin el consentimiento del marido.

Los egipcios mediante su normativa castigaban también el aborto, aunque lo hacían más severamente con el infanticidio. Por otra parte, en esa civilización se discutía acerca de la naturaleza del embrión, circunstancia que también se imbrico en la civilización hebrea pues para los rabinos y los fariseos el feto era una parte visceral del cuerpo de la madre, concepción que lleva adelante también el Derecho romano. Es así que para los hebreos, para quienes el aborto podría haber llegado a ser una violación al marido divino – “creced y multiplicaos” – consideraban que solo resultaba punible cuando era provocado por un tercero, aplicándose la pena del Talión si ocurría la muerte de la mujer y la pena de multa en los otros casos cuyo monto era determinado por el marido.

La legislación judía posterior al Código Mosaico no sanciona al aborto como delito en sí mismo sino que suponía el feto como una parte de la madre y su destrucción en el seno materno es solamente susceptible de una multa. El aborto terapéutico se encontraba permitido siempre y cuando el feto se encontrara completamente dentro del seno materno, pero si estuviera afuera una porción mayor de la que se encontraba en el interior estaba totalmente prohibido matarlo ya que se entendía como ya nacido y no se debía matar a un individuo para salvar a otro.

En la india el texto más antiguo conocido, el Veda, contiene un solo pasaje referido al aborto donde se hace una invocación a *Aní* a fin de que mate y aleje de la mujer embarazada los espíritus malignos y de este modo impida que muera el fruto de concepción.

Las leyes de Manu castigan al aborto pero basándose en un tabú religioso, juzgando como impuras a aquellas personas que contribuyen a causarlo.

En la antigua Persia se condenaba tanto a la mujer encinta, al instigador y al que practica el aborto haciendo una reseña de las drogas abortivas y a los especialistas en aborto o sea, abortadores habituales.

En Grecia se conoce la práctica que se llevaba a cabo en los pueblos helénicos sobre el infanticidio pero ya con respecto a los documentos existentes.

Licurgo y Solón lo penaban e Hipócrates en su juramento, indicaba que el médico no podía prescribir a la mujer embarazada un medicamento abortivo aunque recomendaba a la que tuviese la preocupación de estar encinta hacer un movimiento violento, siempre cuando no hubiera pasado el sexto día del embarazo.

Ya en Roma se consideraba al feto como víscera materna – *portio mulieris* - quedando afuera de toda protección penal automática, aunque se le reconozca al *naciturus* ciertos derechos, siempre que le resultaran favorables. Aristóteles lo aceptaba por motivos demográficos antes de que se genere en el embrión la sensación y la vida. El aborto fue una práctica común en la época imperial y el único sujeto punible era la mujer que causaba su propio aborto sin el consentimiento del esposo, aunque se veía como una inmoralidad que podía ser castigada por el *pater familiae*. Las penas eran diversas e iban de multa, destierro, confiscación e incluso la pena capital, cosa que ocurrió en la época de Septimus Severus alrededor del año 200 d.C. La sanción fincaba en el fraude al marido que el aborto suponía, de modo que el efectuado con consentimiento era impune, la equiparación del aborto con la esterilización y su tipificación en la “*Lex Cornelia de Sicario*” entre los delitos de envenenamiento muestran sin embargo que el objeto de protección penal no era tanto la vida individual, como los intereses demográficos del Estado.

Al arribar el Cristianismo, se cambia el criterio sustentado frente al aborto, es así, que la doctrina de la iglesia castigaba al mismo equiparándolo al homicidio. Para esta doctrina tuvo una relevante importancia la distinción entre feto animado y no animado, admitiéndose que el cuerpo se forma en el útero a los cuarenta días de la concepción de los varones y a los ochenta de las

hembras. En algunas codificaciones canónicas del siglo XII no se consideraba homicida al que causaba la muerte del feto antes de la anidación racional del embrión, adhiriendo a la teoría de la anidación retardada. Esta línea se mantuvo durante el papado de Inocencio III, volviendo a aplicarse la anidación inmediata el papado de Gregorio IX.

Pero la máxima severidad represiva aparece en el antiguo Derecho francés que sin hacer la distinción antes enunciada lo castigaba con la pena capital del homicidio. Con el correr de los tiempos las dos figuras de aborto – homicidio comienzan a distinguirse y se van morigerando las sanciones en los Códigos europeos del siglo XIX con penas más razonables, tales son el caso del Código de Parma de 1820, Código de Badén de 1845, Código Prusiano de 1851 y el Código de Módena de 1855 que preveían una sanción de pena privativa de la libertad que no excedía los seis años.

En el Derecho español, el Fuero juzgo castigaba el aborto violento causado por un tercero y se hacía la distinción entre feto formado y no formado, poniéndose más severamente al primero; la distinción no aparecerá al sancionarse el aborto no violento, el consentido y el causado por la propia mujer, castigado por pena de muerte. Las Partidas sancionaron todas las formas de aborto, pero mantenían la distinción entre feto vivo y no vivo a los efectos de una graduación de la pena. Es recién a partir del Código de 1822 cuando el aborto tiene una sanción penal distinta a la del homicidio e incluso se admite la modalidad atenuada del aborto *honoris causa*. Estas disposiciones se trasladaron al Código de 1848 que ya distingue perfectamente el aborto del infanticidio e incorpora algunas innovaciones tales como prescindir en primer término de la hipótesis agravatoria por la realidad del aborto, que pasa a ser la normal de tipo consumado, como en cualquier inspección de resultado, pero en cambio sí dio la modalidad culposa del aborto violento sin ánimo de causarlo y la agravación específica por la condición de facultativo que abusare de su arte para causar el aborto. Estos conceptos fueron recogidos por el código de 1870, de 1928 y de 1932 incorporando este último la agravante cuando como consecuencia del aborto se produce la muerte de la mujer y elimina el aborto imprudente sobre la mujer encinta.

La problemática del aborto presenta un perfil singular en los Códigos Penales fascistas de la primera mitad del siglo XX. Por ejemplo, el código italiano de 1930 incluye el aborto entre los delitos que atentan contra la integridad sexual y la salud de la estirpe. Rocco sostenía que el aborto constituye una ofensa a la subsistencia misma de la raza, porque aniquila un sustrato elemental para la conservación del interés demográfico del Estado. Un criterio similar se adopta en el código alemán que trata al aborto dentro de “los ataques contra la raza”, una extrema protección del interés demográfico y la estirpe, se hace alusión en una ordenanza nazi de 1943 donde se declara la impunidad del aborto practicado por los no nacionales, siendo autorizadas únicamente las mujeres ajenas a la raza aria, consideradas superiores. Estos códigos rompen con la idea del aborto como delito contra la persona, y los ubican sistemáticamente entre los delitos contra la integridad y la salud de la especie. Es así que, Von Liszt, ha negado que el feto sea una persona por lo que su vida es tan solo un interés de la comunidad.

2.2.1.3. La Punición o impunidad del aborto

La punidad o no del aborto es un cuestión que ha suscitado una controversia desde tiempos distantes y así en pos de defender estas antinómicas posturas se han invocado las más disimiles tesis.

A favor de la impunidad de adujo que el feto constituía una porción del cuerpo de la madre (*pars viscerum matris*) razón por la cual si esta tiene el derecho de destruir toda existencia ello alcanza a las membranas que limitan el proceso de la concepción. Esta idea venia de autores franceses y fue adoptada por Irureta Goyena y trasladada al Código Uruguayo de 1934 para ser establecida en 1938. Se esgrimió la postura referida a la ineficacia de la pena para evitar la ejecución de los abortos y el número de estos que llegan a los estratos judiciales es muy pequeño en relación a las prácticas pues todos tienen interés en callar y en definitiva se agrava en detrimento de la salud de la madre.

Otra de las motivaciones a favor de la impunidad radica en que el aborto es una ley de excepción que va en contra de las clases humildes, pues allí además de las dificultades económicas para mantener a los niños, se tropieza con la inconveniencia de pagar una adecuada intervención que eluda al mismo tiempo los riesgos para la salud y la intervención de la justicia, cosa a la que puedan acceder las clases pudientes. Estas razones llevaron al legislador soviético a declarar la impunidad del aborto en los Códigos Penales de 1922 y 1926.

También se pregonaba la necesidad de proteger la vida y la salud de las mujeres que ante la ilicitud del hecho recurrían a procedimientos riesgosos para su salud o a la intervención de personas inescrupulosas e inexpertas, situación que no se daría si el aborto no fuera punible y su práctica quedara a cargo de una intervención por parte de médicos estatales.

Asimismo se adujo, como se anticipó en el acápite anterior, que el concebido no es bien jurídico individual sino un interés de la comunidad que solo en ciertos casos puede ser protegido. Elucubración que fundamenta los ordenamientos fascistas, según se vio.

Por el contrario, los alegatos a favor de la punición se fincan en que el derecho a disponer de la propia vida no tiene justificativo en el ataque a ese bien llevado por un tercero como tampoco se justifica el consentimiento, las lesiones y la muerte. Coetáneamente, si bien se admite que el feto no es equiparable jurídicamente a la persona individual, numerosas legislaciones conceden a la persona por nacer derechos supeditados a su nacimiento. Se descarta la circunstancia de que si bien es un delito frecuentemente escapa a la concreción de la amenaza penal, esta alternativa también ocurre con otros delitos. Finalmente se exponen como razones de peso la defensa de la familia, de la moralidad pública, el interés general, demográfico e incluso a la salud de la estirpe. Pero también tiene en cuenta la indisponibilidad de la vida humana en cualquiera de sus etapas como asimismo que la vida de la madre tiene tanto valor como la del concebido, pero la tutela tendría que ser más enérgica con este que con aquella por el estado de indefensión en que se halla el feto. La

iglesia Católica es particularmente severa seguidora de esta tesis que se nutre con consideraciones de orden ético religioso.

Es interesante también rescatar la tesis de la ponderación de bienes que se sustenta básicamente en que el Derecho Penal como *última ratio* antes de aplicarse en forma mecánica debe confrontar el peso relativo de los bienes jurídicos en conflicto en el caso concreto de un embarazo. Esto da apoyo al embarazo terapéutico.

Conforme a la Constitución del Perú de 1993 y sus enmiendas queda claro de acuerdo a lo prescripto por el art. 1 y 2 apartado 1) la protección al feto no solo lo abarca el Código Penal. Además cabe acotar que la normativa peruana, como lo hacen otras comparadas, protege al ser en gestación sin ninguna duda, ello lo demuestra la ubicación del delito en el Código y además el hecho de que el feto no puede ser atacado por nadie, trátase de la madre, padre o tercero en general.

Hay que tener en cuenta que el Derecho peruano, de acuerdo a la normativa del Código Civil el feto no es titular de derechos de igual forma que el ser nacido. Sobre el particular el catalogo aludido es bastante claro pues en su art. 1 dispone que: “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

El derecho se adecua a la realidad biológica, pues desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la fecundación del ovulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de especie humana que existe antes del nacimiento ya que este hecho solo cambia el medio en que se desarrolla la vida del nuevo ser. Sin embargo, la ley condiciona al hecho del nacimiento el reconocimiento de la persona, lo que implica, que la personalidad de la persona por nacer no es perfecta sino imperfecta en cuanto está subordinada a la condición resolutoria del nacimiento sin vida. De acuerdo a ello, no hay duda de que el tratamiento jurídico también debe ser diferente. Y

esto es lo que hace el código Penal. No es posible deducir de los preceptos constitucionales ya citados, que se exija igual protección a la persona por nacer que de la ya nacida. Se ha discutido, por parte de la doctrina, desde cuando existe la vida humana protegida jurídicamente. Se ha dicho que el objeto de la acción en el aborto es ya el ovulo fecundado, antes inclusive de su nidación (teoría de la fecundación), por una parte, y por otra, que solo existirá dicho objeto una vez producida la fijación del ovulo fecundado en las paredes del útero (teoría de la nidación) – sobre este particular nos remitimos a lo dicho en el Capítulo I.

Según sea la postura que se siga, serán distintas las consecuencias legales. De los que no hay duda, en principio, es que la vida se protege desde la concepción hasta la muerte, pero lo que cambia es la fuerza de la protección.

Será mayor desde el nacimiento hasta la muerte, y menor desde la concepción al nacimiento. Por lo demás, la cuestión ha sido legalmente decidida en virtud del Pacto de San José de Costa Rica, ya que en el art. 4 expresamente afirma que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

2.2.1.4. Tipos de aborto

Según el Capítulo II el Aborto del Código Penal actualizado a 2018:

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 cincuentidos a ciento cuatro jornadas.

Aborto consentido

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

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.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

UNFV

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.

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.

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 cincuentidos a ciento cuatro jornadas.

Aborto terapéutico

Artículo 119.- No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

CONCORDANCIAS: R.M. N° 486-2014-MINSA (Aprueban la “Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal”) PROYECTO DE LEY N° 3839-2014-IC (Proyecto de Ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas)

Aborto sentimental y eugenésico

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

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

UNFV

matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o concordancias: Proyecto de Ley N° 3839-2014-IC (Proyecto de Ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas)

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

2.2.1.5. Análisis jurídico del derecho a la vida de la embarazada y del concebido

1.1. El derecho a la vida de la persona y el concebido

La vida, resulta en principio y de conformidad con el enunciado contenido en el artículo 2 inciso 1 de nuestra norma fundamental, existencia de la persona. Por extensión y de acuerdo con el último párrafo del citado dispositivo, también implica la existencia del *nasciturus* o concebido, esto es, de la persona en formación. Cuando aquella existencia todavía no se individualiza o cuando esta se extingue como consecuencia del deceso, no cabe, en puridad, formular enjuiciamiento respecto del citado derecho.

Aunque es bien conocido que para fines jurídicos, es una idea generalizada que la noción de persona, solo se refiere a quien ha nacido, mas no así a quien está por nacer, hay que precisar que la vida como proceso natural, no se inicia en rigor con el nacimiento de la persona – aunque ciertamente a partir de allí se dé su principal manifestación – sino que se proyecta, a título de derecho, desde el significativo momento en que acontece la concepción.

De allí si hemos sostenido que la vida es inescindible de la persona, hay que advertir empero, que por lo dicho, también lo es la del concebido o *naciturus*, ya que aquel no es ni representa, una simple prolongación de la existencia natural del ser humano, sino su primera o inicial etapa. Por lo

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

demás, si quisiéramos utilizar una terminología que engloba a una y otra

UNFV

situación, diríamos que la dimensión existencial de la vida se refiere a la presencia tangible o individualizada del “ser humano” u este último, o puede ser la persona o puede ser el concebido.

Nuestro ordenamiento acoge la Teoría de la Fecundación como aquel en el cual se debe comenzar a proteger la vida, y por lo tanto protegerlo de cualquier comportamiento que genere un riesgo ante el normal desarrollo de aquel.

Ahora bien, a esto se debe añadir que, el **Tribunal Constitucional** cita dos principios sumamente importantes en la sentencia N° 2005-2009-AA sobre la protección del concebido: El principio *pro debilis*, y el principio precautorio. Sobre el primero, se establece que este es una pauta “interpretativa” de los derechos fundamentales, que junto al principio “pro homine” configuran “el principio de centralidad del ser humano”. Ahora bien, este principio consagra que se debe tener especial consideración a la parte más débil ante un conflicto de derechos fundamentales. En este caso en concreto, se debería dar prevalencia a la defensa del concebido toda vez que este se encuentra en una posición de desventaja respecto de la madre, al depender totalmente de ella.

Sobre el segundo, también llamado de “prevención”, exige el proteger al concebido de la existencia de cualquier amenaza, peligro o riesgo de un daño, de tal forma que se adopte acciones positivas para que dicho peligro o daño sea prevenido. Es decir, no bastara proteger al concebido de acciones que pongan en peligro concreto su vida, sino también aquellas posibles amenazas o riesgos que puedan afectarlo.

En conclusión, nuestro ordenamiento, según la doctrina del Tribunal Constitucional, tiene el deber de proteger al concebido, considerado fuente de derechos desde la fecundación, de tal forma que se le proteja por su especial condición de desventaja, tanto de acciones en concreto que atenten contra su vida, como de posibles amenazas.

1.2. El derecho a la vida y el tratamiento jurídico diferencial entre la persona y el concebido

Aunque es perfectamente admisible que el proceso existencial comprenda o unifique, tanto a quien nació como a quien está por nacer, hay que precisar, sin embargo, que ello tampoco significa ni debe entenderse como que ambas situaciones respondan a supuestos exactamente iguales.

En realidad, tanto la primera como la segunda hipótesis se encuentran primariamente diferenciadas por la naturaleza, ya que mientras la vida de la persona es independiente o autónoma de cualquier otra presencia vivencial y, por ende, es absoluta dentro de su propio desarrollo, la vida del concebido es, a la inversa, orgánicamente indesligable o inseparable de la vida de la madre ⁽¹⁾. Por lo mismo aquella se nos presenta decisivamente limitada, cuando menos hasta la etapa o periodo de la viabilidad, lo que como veremos más adelante, solo se produce dentro de un contexto de gestación bastante avanzado.

El derecho obviamente reconoce y protege la presencia o existencia del ser humano en cualquiera de sus facetas, pero ya que como se ha visto, el proceso existencial natural supone dos situaciones con características propias, resulta evidente que ese mismo derecho se ve en la necesidad cuando no en la obligación de estructurar un tratamiento que aunque desde luego, no deviene ni puede ser discriminatorio, si resulta en cambio y por certeza lógica, diverso, desde que como repetimos no se trata de hipótesis en estricto iguales.

Tal vez una de las principales manifestaciones de dicho tratamiento diferencial sea la de considerar que mientras el nacido tiene y mantiene su personalidad jurídica, siendo además destinatario tanto de las situaciones favorables como de aquellas desfavorables que sobre aquel recaigan, el que está por nacer, en cambio ⁽²⁾, carece de absoluto de personalidad jurídica y, por el contrario, solo resulta beneficiario cuando determinadas situaciones, en efecto, le favorecen ⁽³⁾.

No puede sorprender, por consiguiente, que a partir de tan elemental constatación se pueda hablar de un cierto paralelismo en el tratamiento, pero no pues, de una absoluta identidad o de una igualdad jurídica estrictu sensu.

1.3. El derecho a la vida y los componentes de la personalidad moral: la animación, la viabilidad, la socialización y la individualización

Aunque nos queda claro que el derecho a la vida del nacido supone concebirle una indudable personalidad jurídica no precisamente reconocible en el caso del concebido, ello no supone tampoco que desde el plano de la moral no existan elementos prejurídicos que permitan justificar en mayor o menor medida, la necesidad de tutela o protección, de cualquier manifestación existencial.

En este contexto, hablar de la personalidad moral del nacido no es momento ni el propósito central de nuestro análisis, desde que aquella resulta fácilmente demostrable y por lo demás tampoco se encuentra en discusión. El tema de fondo viene en todo caso, por lo que representa, la personalidad del ser en formación, pues si bien puede ser aceptable que no se le considere estrictu sensu, como persona, ello no significa tampoco desconocer ciertos atributos preliminares o condiciones de su especial estatus.

La doctrina, por lo general, discute respecto de diversas variables en torno de las que podría considerarse como rasgos humanos del concebido. Se suelen invocar al respecto, conceptos como la animación, la viabilidad, la socialización y la individualización.

De todos los mencionados, puede decirse que *la animación*, representa el más tradicional aunque quien sabe si a la par, el menos objetivo de los rasgos. Se trata, en rigor, de una idea de raíces espirituales o religiosas según la cual todo ser vivo es poseedor de una esencia o alma que no puede ser desconocida. Quien comulga con esta idea o la acepta o la rechaza, pero no puede desconocerla, por estar inspirada en razones de fe o de convicción. Son por consiguiente dichas razones las que propugnarían la necesidad de tutela o protección del no nacido.

La viabilidad suele ser un elemento mucho más objetivo en términos científicos, aun cuando no por ellos carente de ciertas controversias, como lo demuestra el hecho de que haya sido utilizado por la jurisprudencia comparada a los efectos de delimitar la licitud o no del aborto. Con el mismo, se busca determinar el periodo de subsistencia del feto fuera del vientre materno, o como algunos dice, su capacidad de vida independiente. Aunque no existe exactitud en los criterios que determinan dicho periodo, se puede coincidir en que el mismo opera hacia el sexto mes de embarazo; cuando el peso del feto es de aproximadamente 1200 gramos. En consecuencia, en la idea de delimitar, la existencia automática, es que reside la necesidad de protección.

El tercer criterio al que se suele apelar es la llamada socialización, criterio con el que se hace referencia a la capacidad de aprendizaje o percepción humana que va ostentando el concebido desde su proceso de formación. Dicha condición no solo es medida desde la perspectiva de la gestante, quien va adentrando su comportamiento a partir del sentimiento especial que profesa para con el concebido, sino y fundamentalmente, desde la posición que este ocupa y que le permite ir adquiriendo rasgos de conducta esencialmente humanos, a la par que distintos a los de cualquier otra especie viviente. La socialización, es pues un ingrediente de connotaciones si se quiere mixtas, pues tiene tanto de vínculos subjetivos como de ingredientes eminentemente objetivos o reales.

El cuarto y último rasgo es tal vez el más complejo de todos, pues por individualización, no se entiende un solo y único criterio, sino diversos, aun cuando todos ellos vinculados por la idea de la característica propia, es decir, la condición única e irrepetible de cada ser vivo. En dicho contexto, suele hablarse hasta de tres variables, el código genético (que se encuentra asociado a la configuración cromosomática típica y exclusiva de cada ser humano), la capacidad de sentir (que puede ser asumida como la condición de sensibilidad físico-funcional, que le permite al feto distinguir las sensaciones y dolores desde muy temprano momento), y la autoconciencia (que sería un estatus de razonamiento o autodeterminación individual). Mientras que el primero de

dichos factores se generaría desde el momento mismo de la fecundación, en el caso de los otros dos no estaría muy claro el momento preciso de su aparición, optándose en todo caso por discutir su presencia a partir de ciertos elementos indiciales.

En suma, existen, como es fácil percibir, diversos referentes que nos permiten considerar la posición especial del concebido y la correlativa necesidad de una adecuada protección. Consecuentemente y al margen de que aquella no resida o se sustente en el reconocimiento de una personalidad jurídica, no supone ello de que al Derecho, no le corresponda un papel a cumplir, pero la determinación del mismo, deberá marchar, como se dijo precedentemente, por un camino no precisamente igual al de la persona.

1.4. La vida de la persona y del concebido en la Constitución peruana de 1993, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Código Civil, la Ley de política Nacional de Población y la Ley General de Salud

Admitida la extra población de las dos situaciones existenciales que hemos precisado, conviene detenerse unos instantes en el tratamiento que, respecto del derecho a la vida, han desarrollado nuestra vigente Constitución, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, de la que somos signatarios como Estado, el Código Civil, la Ley de Política Nacional de Población y la Ley General de Salud.

Nuestra norma fundamental ha señalado en el inciso 1 de su artículo 2 que:

“toda persona tiene derecho: A la vida (...)” agregando, asimismo, que “El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Por su parte, el inciso 1, del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica, sostiene que:

“toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción (...)”.

Esta cláusula, por otra parte, debe concordarse con el artículo 1 del mismo instrumento internacional, cuyo inciso 2 ha establecido, previamente, que: “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

El código civil de 1984, establece en su artículo 1 que:

“la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece (...)”.

Dentro del mismo ámbito interno, el Decreto Legislativo N° 346 o Ley de Política Nacional de Población del 06/07/1985 reconoce en el artículo IV, inciso I, de su Título Preliminar que:

“La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: a la Vida” y que “el concebido es sujeto de derecho desde la concepción”.

Por último, la Ley General de Salud N° 26842 del 20 de julio de 1997 establece en el artículo III de su Título Preliminar que “toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establezca la ley (...)” así como que “el concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud”.

Pues bien, auscultadas dichas normas por su contenido, no cabe duda, que el atributo existencial del concebido, aparece como un postulado incuestionable. Consecuentemente y en líneas generales puede afirmarse que en este específico aspecto, coinciden todo y cada uno de los dispositivos en mención.

Sin embargo, muy a pesar de los contenidos descritos, lo cierto es que si se les analiza con algún detenimiento, es posible percibir, que entre lo que proclama el derecho interno, por vía de la Constitución, el Código Civil, la Ley de Política Nacional de Población y la Ley General de Salud, y los que proclama el derecho externo, por vía de la Convención, se puede extraer algunas conclusiones no precisamente coincidente en todos sus alcances.

Por de pronto, la vigente Constitución de 1993, que en este aspecto ha efectuado ciertas modificaciones con relación a su predecesora ⁽⁶⁾, ha previsto, reiterando un criterio reconocido precedentemente por el Código Civil,

que el concebido es sujeto de derecho en todo aquello que pueda resultarle favorable.

Conviene recordar, que cuando el código civil de 1984, utilizo la noción de sujeto de derecho, lo hizo, por cierto, entendimiento que se trataba un estatus jurídico de alcances generales, a partir del cual era factible invocar derechos y exigir obligaciones (centro de imputación de derechos y obligaciones). Como tal comprendía, no solo a la persona sino al propio concebido, e incluso y de modo extensivo a las personas jurídicas colectivas (sean o no inscritas).

Por consiguiente, si para la Constitución, el Código Civil, la Ley de Política Nacional de Población y la Ley General de Salud, el que está por nacer resulta un centro de imputación de derechos, y es sin duda unos de tales derechos, la vida, queda claro que para el ordenamiento interno, por lo menos desde una perspectiva rigurosamente positiva, nadie puede negar el atributo existencial del concebido.

Por el contrario y a diferencia de los que sucede con nuestro ordenamiento estrictamente interno, el criterio que nos proporciona la Convención Americana sobre Derechos Humanos, resulta en alguna medida discutible, pues por la forma como se encuentra redactadas las normas concernientes con el derecho a la vida, parecería recogerse la posición (en algún momento, también manejada por la Constitución peruana, aunque con distinto lenguaje) de que quien está por nacer o ha sido concebido, resulta para los efectos de lo que se propone, una suerte de persona imaginaria.

En efecto, cuando la Convención Americana identifica a la persona como “ser humano”, postulando que su derecho a la vida se protege por ley desde el momento de la concepción, no hace sino trasladar la idea implícita de concebido, que obviamente es un ser humano – aunque en proceso de formación – y unificarla con la idea de persona que anticipadamente propone.

Ahora bien, no obstante que la fórmula de igualación enarbolada por la referida normatividad, pareciera inspirarse en un sentido fundamental deontológico o estimativo, creemos que sus alcances no dejan de ser más reales que formales. La verdad es que una norma jurídica, así como no puede decir, que el día comienza con el crepúsculo y la noche con la alborada, tampoco puede convertir al concebido en persona solo porque así se le ocurre a sus artífices. Ambas nociones – como ya dijimos – se refieren a situaciones diferentes a pesar de que forman parte de la dimensión existencial de la vida.

El concebido es solo y como hemos adelantado, un ser humano cuya vida resulta condicionada a la vida de la muerte, sino que para fines jurídicos carece de personalidad.

No ocurre lo mismo – repetimos – con la persona, con el ya nacido, con el ser humano individualizado frente a cualquier otra forma de vida, puesto que este último tiene una personalidad que el derecho le reconoce y que, desde luego, nadie discute.

No se necesita pues ser muy exhaustivo para reparar en algo tan elemental, salvo claro está, que se pretenda – como ha ocurrido con el instrumento internacional citado – adoptar una tesis acentuadamente fundamentalista, pero como hemos visto discutible y hartamente confusa.

Si se trata por consiguiente, de optar desde la perspectiva doctrinaria, creemos que el criterio correcto nos lo proporciona nuestro propio derecho interno, pues la categoría enunciada “sujeto de derecho”, como ya se ha visto, tiene alcances genéricos e incluye tanto a la persona como al concebido, idea que presupone una distinción jurídica entre ambas situaciones, sin descartar y antes por el contrario defender, que la vida es un atributo o derecho inescindible de estas. Por lo tanto –contra lo que ha pretendido alguna doctrina– no es cierto cuando se dice que el no considerar como persona al concebido, origine el riesgo absoluto de negarle su atributo existencial.

1.5. La vida de la persona y el concebido en otros instrumentos internacionales

El derecho a la vida, por otra parte, no solo lo tenemos reconocido en los instrumentos jurídicos mencionados, sino que otros textos internacionales, aplicables dentro de nuestro sistema se refieren explícitamente a dicho atributo.

El artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que: “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

El artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, por su parte, señala que: “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona”.

Y por último, el inciso 1) del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

Ahora bien, si resulta cierto que, por los alcances que respecto del derecho a la vida tienen estos instrumentos, se deduce una posición no necesariamente coincidente con aquella que postula nuestro ordenamiento interno por vía de la Constitución y el Código, e incluso parte del derecho internacional por vía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo importante es subrayar, que de una lectura preliminar de los textos en referencia, no aparece una tentativa explícita de fusionar dentro de la nomenclatura de persona, nociones como las del concebido y el ya nacido.

La comprobación de tal criterio, por otra parte, no resulta difícil, porque tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos utilizan, respectivamente, los términos de “individuo” y “persona humana”, sin efectuar precisiones en torno del momento en que se inicia propiamente la tutela del derecho a la vida. Con

ello, a nuestro juicio, no solo eluden la referencia explícita al concebido, sino que en el fondo denotan, que su preocupación se orienta exclusivamente e inobjetivamente, respecto del estatus del nacido.

Aunque por cierto, alguna confusión podría originarse con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, habida cuenta que aquella se refiere al derecho a la vida de “todo ser humano”, y dicha terminología – como sugerimos anteriormente – si podría englobar dentro de sus alcances al concebido, la verdad es que dicha posibilidad resulta discutible por decir lo menos, cuando ha sido la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que al conocer de un caso en que se cuestionaba la legislación de un estado por la que se legalizaba el aborto ha opinado que: “el criterio según el cual la vida humana debe ser protegida a partir de la concepción no está implícito en la Declaración Americana, siendo obligatorio, entonces, únicamente para los Estados Partes de la Convención Americana”.

Naturalmente la posición asumida por la comisión podría merituar un enjuiciamiento crítico a favor o en contra y, más aún, si lo que está en discusión es el derecho a la vida.

No obstante, para fines de lo que venimos exponiendo, lo que nos interesa es reconocer la idea de que en este instrumento, al igual que en los anteriores, tampoco se estaría fusionando la idea del concebido con la persona.

La tendencia entonces no deja de ser uniforme. Se trata, como dijimos, de dos situaciones particulares o con características propias a las que, por consiguiente, el derecho les otorga un tratamiento diferenciado.

Si esto repercute sobre los alcances del derecho a la vida, de modo relativo, es una controversia que dejamos para otro momento. Ya hemos visto que internamente el problema está resuelto. La vida preliminarmente significa existencia o como persona o como concebido. Externamente (aunque con alguna vinculación sobre nuestro sistema interno) la vida es un derecho

inalienable de la persona. La del concebido, en cambio, resultaría discutible en algunos casos, salvo que se quiera aceptar como preferente, la teoría que, estricto sensu, postula la Convención Americana. Sin embargo, habría de recordar que esta, a tenor de las reglas del Derecho Internacional y nuestra Constitución en particular, solo sería marco referencial para aquellos países que, como el Perú, en su oportunidad la suscribieron.

1.6. El debate sobre el inicio de la concepción. La teoría de la fecundación y la teoría de la anidación. El inicio de la vida y el inicio del derecho a esta

Aunque el derecho a la vida involucra tanto a la persona como al concebido, siendo dicha premisa aceptada a nivel interno como incluso aunque parcialmente, a nivel supranacional, en los que aun suele darse debate y digámoslo de verdad, aún existen ciertos márgenes de incertidumbre, es en torno al momento o instante preciso en que se inicia la denominada concepción.

Más que como un tema jurídico, es dentro del plano científico donde fundamentalmente se ha intentado dar respuesta a la interrogante. Aunque son diversas las posiciones esbozadas, se suele aceptar que han sido dos de ellas las más difundidas, la teoría de la fecundación y la teoría de la anidación. Ambas han venido polemizando acerca del momento en el que con toda certeza puede hablarse del inicio de la concepción.

Para la denominación teórica de la fecundación el inicio de la concepción se produce desde el instante en que el espermatozoide penetra en el ovulo. Tras quedar fusionados ambos elementos y generarse una nueva celular (cigoto), es que recién puede hablarse de la concepción de un nuevo ser, dotado de características únicas e irrepetibles. Se discute en todo caso y a pesar de tal aseveración, el tiempo que dura la formación de la citada nueva célula, pues aunque se acepta como referente de determinación la fusión antes descrita, esta no sería inmediata sino que necesariamente de varias horas

La teoría de la anidación, por su parte, estima que solo puede hablarse de concepción en aquel supuesto en el que el ovulo fecundado obtenga las condiciones naturales que le permitan con toda certeza, asegurar su desarrollo. Esto último, por lo demás, solo puede darse en aquellos casos en los que el cigoto, una vez evolucionado en blastocito, que da alojado en la cavidad interna del útero (endometrio). Situación que recién se produce a los siete días de la fecundación, demorando otro siete más, para quedar totalmente concluido. En el marco de la teoría descrita, la concepción supone la certeza o garantía de un embarazo en un curso y tal situación requiere necesariamente del proceso de anidación.

Desde nuestro punto de vista y sin que el derecho tenga por qué ser el factor demostrativo de una situación que a la ciencia primariamente corresponde definir, creemos sin embargo que es perfectamente posible optar por una respuesta al tema sobre la base de los propios referentes jurídicos de los que se dispone y sin desvirtuar en lo absoluto el aporte de cada teoría.

Entendemos que lo que el ordenamiento jurídico impone es definir el momento de la concepción, no el momento del inicio de la vida. Puede parecer poco sutil decirlo, pero aunque para algunos resulte controversial, se trata de dos situaciones rigurosamente diferentes, sin que por cierto ello signifique que se encuentren desvinculados la una de la otra.

La mayor parte de los instrumentos jurídicos antes analizados, permiten considerar que el punto de debate o incertidumbre gira en torno al momento del inicio de la concepción, no específicamente en torno al momento del inicio de la vida. Aunque el artículo 1 del Código Civil reza que: “*la vida humana comienza con la concepción*”, tal situación no parece sino limitarse a una proclama de buenas intenciones, antes que una verdad rigurosa o incuestionable. Como ya lo hemos dicho, el derecho no define situaciones naturales, por más respetable que sea la posición de sus autores. Lo que hace el derecho es optar por respuestas a partir de los insumos que le proporcionan otras ciencias y en este caso, poco es lo que aporta una norma en referencia cuando ni siquiera intenta precisar lo que debe entenderse por concepción.

El inicio de la vida humana, puede en efecto ser individualizado a partir de la fecundación, por ello no es igual ni puede asimilarse a lo que se entiende por concepción, que es la situación determinante a los efectos de individualizar si nos encontramos o no ante un derecho. Esta última, no porque lo imponga la ley, sino porque así lo acredita la ciencia, solo se produce cuando existe la certeza de un embarazo en curso, no antes del mismo. Y el estado de embarazo no es algo que se mida conforme aproximaciones o posibilidades, sino de acuerdo a situaciones fisiológicas muy concretas, que guste o no, solo se patentizan en el instante en que el ovulo fecundado ha encontrado en el endometrio o cavidad interna del útero, las condiciones necesarias como para poder desarrollarse.

El estado de fecundación será sin duda alguna importante a los efectos de determinar las probabilidades de desarrollo que pueda tener una vida, pero definitivamente irrelevante si lo que se quiere es determinar el estado de gestación que, para fines prácticos, es lo mismo que concepción. Tan evidente es esta posición que en el ámbito de nuestro Derecho Penal, se tipifica como delito de aborto, no al atentado contra el embrión fecundado, sino a la supresión del feto que anida en el vientre de la gestante o embarazada, como se deduce con toda nitidez de los artículos 115, 118, 119 y 120 del Código Penal.

En resumidas cuentas, el derecho bien puede asumir una posición sobre la base de los insumos que le proporciona la propia ciencia y para ello no es necesario ni manipular los conceptos ni fantasear con el pensamiento para quedar bien con algunas ideologías o corrientes de pensamiento.

2.2.1.6. Derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Perú de 1993. Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar

Según el Artículo 2° Toda persona tiene derecho:

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

Comentario de Carlos Fernández Sessarego:

1. Derecho a la vida

1. El inciso 1) del artículo 2 de la Constitución de 1993 se refiere a los derechos fundamentales de la persona humana como la vida, la libertad, la identidad y la integridad psicosomática, los mismos que son interdependientes. Se trata del núcleo de los derechos fundamentales, los mismos que podemos designar como “fundamentales”, pues todos los demás derechos de la persona encuentran en ellos su fundamento, su razón de ser. Los derechos “fundamentales” constituyen el presupuesto de todos los demás derechos, y a su vez, encuentran su fundamento en la dignidad inherente a la persona humana.

Otros derechos fundamentales, como la igualdad, la intimidad en todas sus manifestaciones, el honor, el ejercicio de la libertad de información, de expresión, de opinión, asociación o creación intelectual, la salud, el trabajo, la educación, la constitución de una familia, la propiedad o los derechos políticos, entre otros, encuentran su fundamento y razón de ser en la preexistencia de una persona humana que, por ser libre, idéntica a sí misma y poseedora de una estructura psicosomática, requiere de todos aquellos derechos para realizarse integralmente como ser humano y cumplir con su personal “proyecto de vida”. Por ellos, consideramos a estos derechos como “fundados” en

relación con aquellos otros antes mencionados en los que encuentran su fundamento y sentido.

Es imposible concebir la extroversión de la libertad ontológica, la forja de una propia identidad, la protección de la estructura psicosomática o el despliegue de las potencialidades y energías de la persona humana, si esta careciese en un discurrir existencial de la posibilidad de ejercer alguno o algunos de tales derechos. Es impensable, por ello, un pleno desarrollo del proyecto de vida del ser humano si se le impidiese, por ejemplo, educarse, restablecer su salud o trabajar. Estos derechos fundamentales están en función y al servicio de la libertad, la vida y la integridad psicosomática de la persona humana. En estos encuentra, como está dicho, su razón de ser.

2. El derecho- deber a la vida –o tal vez vivir, como sería más pertinente expresar- es el derecho primario, básico y natural que posee la persona. Por ello merece la protección de la sociedad y del estado. El ser humano goza de este derecho, que le es inherente simplemente por ser tal, por el hecho de haber sido concebido. El derecho objetivo a la vida, recogido por los ordenamientos jurídicos, es la consecuencia de una exigencia existencial. No se adquiere el derecho a la vida porque el Derecho positivo se lo atribuya a la persona, sino que se trata de un derecho natural que aquel solo debe reconocer y proteger. El derecho a la vida es el presupuesto indispensable de todos los demás derechos. Sin vida no cabe el goce y disfrute de todos los derechos que son inherentes a la persona humana.

Tratándose de un derecho subjetivo, el ordenamiento jurídico protege a la persona de cualquier amenaza, agresión o atentado que ponga en peligro su vida y castiga, en su caso, a los homicidas. Es por ello que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, salvo en los casos excepcionales fijados por ley.

En cuanto al deber, la persona está obligada a mantener y cuidar de su vida en tanto es un ente coexistencial destinado a convivir en sociedad, por lo que se debe a los demás que son los que contribuyen y permiten el cumplimiento de su destino personal, de su “proyecto de vida”.

3. El artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, reconoce que todo individuo tiene derecho a la vida. En tanto la vida humana es un proceso continuo e ininterrumpido, el inciso 1) del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, prescribe que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.

Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Dicha protección, que se inicia con la concepción o fecundación, se prolonga hasta la muerte de la persona.

Hasta antes de la Constitución de 1979, no existía ninguna norma del ordenamiento jurídico positivo nacional que reconociera y protegiera explícitamente el derecho a la vida. Ello debido, precisamente, a que se le valoraba como una indiscutible exigencia existencial o derecho natural de la persona, por lo que no requería, necesariamente de un expreso reconocimiento legal. Es en virtud de lo manifestado el que cualquier atentado contra la vida se le consideraba como un delito sancionado por el Código Penal. El código Civil de 1936 no traía, tampoco, ninguna disposición que tutelase la vida de la persona.

El artículo 5 del Código Civil de 1984, actualmente vigente, consagra el derecho a la vida y, al igual que todos los demás derechos fundamentales inherentes a la persona, prescribe su indisponibilidad. Es por ello irrenunciable y su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria.

Cabe señalar que tanto el derecho a la vida como los demás derechos de la persona son materias tratadas desde antiguo en el Derecho Civil. No obstante, en el siglo XX comprobamos que dichos derechos pasan a integrar el núcleo axiológico de las Constituciones contemporáneas. Así, el artículo 2 de la Constitución italiana de 1947 enuncia que la Republica “reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad...”. La utilización del verbo “reconocer” en dicho numeral significa que el derecho a la vida, considerado entre los derechos inviolables del ser humano, es anterior al derecho objetivo. Este último solo lo “garantiza” o protege.

4. La vida es un don, un extraordinario y bello don que participa del misterio que significa todo lo relacionado con la existencia y destino del ser humano. Ninguna persona pidió vivir, ni fijó el siglo o el lugar de su nacimiento. El ser humano se encuentra viviendo y, por ello, se halla compelido a otorgarle un sentido a su vida a través de los valores que vivencia y realiza en el curso de su existencia terrena. Estos valores, más allá de su condición de animal mamífero, elevan a la persona a la categoría de un ser espiritual. En esto reside la inherente dignidad de la persona humana.

En el transcurso de su existencia, la persona cumple una doble misión desde que cada una es simultáneamente, un ente individual y social. Cada ser humano tiene que cumplir con su destino individual, es decir, realizarse a través del ejercicio de su personal “proyecto de vida” en consonancia con el interés social. A través de la realización de su proyecto de vida la persona alcanza su pleno desarrollo y, al mismo tiempo, tratándose de un ser estructuralmente coexistencial, mediante su actividad y su trabajo se inserta en la sociedad. Es así como cumple una misión social, contribuyendo de esta manera al bien común, que es el de todos y el de cada uno.

5. Si la vida misma no pertenece a la persona por cuanto es un don, esta no puede disponer de aquella por respeto a su propia dignidad, a los seres que de ella dependen, a los que trajo al mundo sin consulta previa, así como a la sociedad donde transcurre su existencia y a la que le debe la posibilidad de su desarrollo personal. La persona, al ser estructuralmente un ser coexistencial, no puede prescindir de su misión social, de su vocación de servicio, por lo que no es posible desconocer que se debe a los demás seres que con ella conviven, de los que se sirve para vivir y a los que en reciprocidad, debe servir.

Son otros seres humanos los que nos han traído al mundo y los que nos han permitido desarrollarnos integralmente por lo que a ellos nos debemos y gracias a los cuales, y a pesar de los cuales, somos los que somos. Lo expresado nos lleva a la conclusión de que la vida humana es indispensable. En este sentido se afirma con razón que “la vida no posee un valor puramente individual, sino familiar y social”, por lo que “el ordenamiento jurídico debe negar a la persona el poder de quitarse la vida”.

Por lo expuesto, no podemos soslayar que la vida humana tiene sentido en función de los otros seres humanos con los cuales se constituye en sociedad. El hombre dignifica y da sentido a su existencia no solo cumpliendo con su “proyecto de vida”. Sino mediante el servicio que presta a la comunidad. La existencia es así un bien compartido, coexistencia, que no tiene tan solo una vertiente individual. La vida humana no puede, por ello, ser concebida fuera de la comunidad. Vivir es convivir.

La constitución italiana de 1947, en el segundo párrafo de su artículo 4, prescribe, precisamente, el que “cada ciudadano tiene el deber de desarrollar, según sus propias posibilidades y su propia preferencia, una actividad o una función que concurra el progreso material o espiritual de la sociedad”.

6. Por lo expuesto, la tendencia imperante en el Derecho comparado contemporáneo es la de abolir la pena de muerte. Ello se comprueba de la lectura de los incisos 2) al 6) de artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los mismos que se refieren a la pena de muerte. Así el inciso 2) se prescribe que en los países en que aún no la han abolido “esta solo podría imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena dictada con anterioridad a la comisión del delito”, agregándose que “tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente”.

En el inciso 3) del mencionado artículo 4 se dispone que “no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”. En los siguientes incisos de dicho numeral se prescribe que “en ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos políticos”. De otro lado, se establece que dicha pena no se impondrá a las personas que “en el momento de la comisión del delito tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se aplicara a las mujeres en estado de gravidez”. Finalmente, se dispone que la persona condenada a muerte “tiene derecho a solicitar amnistía, el indulto o la conmutación de la pena”, estableciéndose que no se podrá aplicar la pena “mientras la solicitud este pendiente de decisión ante autoridad competente”.

7. En los ordenamientos jurídicos positivos se castiga el homicidio, así como se impide el suicidio. En este último caso a través de penas que, por lo general, se atribuyen a quienes instigan o ayudan a cometerlo. El artículo 108 y siguientes del Código Penal peruano de 1991 penan el homicidio en todas sus modalidades, mientras que el artículo 113 reprime también a “quien instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, si el suicidio se ha consumado o intentado”. El artículo 129 del citado cuerpo legal pena el genocidio.

Del mismo modo, se prohíbe el aborto aunque, excepcionalmente y en ciertos países, se le permite en determinadas situaciones y bajo ciertas precisas condiciones.

El artículo 114 y siguientes del Código Penal peruano reprime el aborto. Se prohíbe también la eutanasia activa, con la excepción de recientes leyes aparecidas en Holanda y Bélgica. Por su parte, el artículo 112 del Código Penal sanciona a quien “por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores”.

El homicidio –como también el aborto– es moral y jurídicamente punible “en razón que implica la privación de una vida ajena sobre la cual no existe derecho o facultad alguna por parte del agresor, inclusive en el caso del denominado homicidio consentido” ⁽⁴⁾, con excepción de la legítima defensa debidamente justificada y acreditada. Esta se halla garantizada en el inciso 23) del artículo 2 de la Constitución de 1993.

En el artículo 12 del Código Civil de 1984 se establece que no son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida de la persona. “salvo que correspondan a su actividad habitual y se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias”. El numeral 125 del Código Penal castiga a quien expone en peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud o abandona en iguales circunstancias a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por sí misma que estén legalmente bajo su protección o se hallen de hecho a su cuidado”.

Los artículos 126 a 128 del citado Código contemplan diversas penas para quienes omiten prestar socorro a una persona herida o incapacitada poniendo en peligro su vida, o a quienes omiten prestar auxilio sin riesgo propio o de tercero a quien se encuentra herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro, o se abstienen de dar aviso a la autoridad, o a quienes por diversos medios

exponen a peligro la vida de una persona colocada bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia.

8. El desarrollo y los cambios biotecnológicos han configurado en la actualidad la postulación de nuevos derechos vinculados con la protección a la vida humana, los mismos que se hallan en un proceso de estudio y análisis crítico. Así, se hace referencia al denominado “derecho a la existencia” que tiende a proteger los elementos biológicos del ser humano que tienen un contenido vital aunque no poseen vida en sí, pero que sirven para producirla ⁽⁵⁾. Es el caso de los gametos o “células *stem* o toti potenciales” que merecen una protección jurídica especial,

Se menciona, asimismo, el llamado “derecho a sobrevivir” que se considera “una proyección del derecho a la vida”, como es el caso de los embriones crio conservados. Se trata de seres humanos a quienes “sin haberseles privado de la vida, han sufrido una paralización en su proceso fisiológico, con el fin de algún día “reiniciarlo” de verificarse ciertas condiciones preestablecidas por otros”.

9. La vida humana tiene un valor propio, independiente del patrimonial. Por ello, la privación de la vida es una causa específica de indemnización.

2. Derecho a la identidad personal

La identidad es, precisamente, lo que diferencia a cada persona de los demás seres humanos, no obstante ser estructuralmente igual a todos ellos. Es, pues, el derecho a ser “uno mismo y no otro”. La identidad del ser humano consigo mismo hace que cada persona sea “ella misma y no otra”. La singularidad o mismidad de cada persona determina el que cada una posea su “propia verdad personal”. Se “es como se es”, con atributos, calidades, virtudes, defectos, vicios, perfil psicológico, características, apariencia, exterior, nombre, ideología, profesión, creencias filosóficas y religiosas, convicciones políticas, conductas o

acciones que correspondan exclusivamente a cada cual, deméritos. Cada persona posee su propio pasado y su personal proyecto de vida enderezado al futuro. Ello significa que nadie puede desnaturalizar o deformar la identidad, atribuyendo a la persona calidades, atributos, defectos, conductas, rasgos psicológicos o de otra índole que no le son propios ni negar su patrimonio ideológico-cultural, sus comportamientos, sus pensamientos o actitudes.

La identidad dinámica está compuesta por un complejo de atributos y calificaciones de la persona que pueden variar con el tiempo, en mayor o menor medida según la coherencia y consistencia de la personalidad y la cultura de la persona. Se trata de las creencias filosóficas o religiosas, la ideología, los principios morales, la profesión, las opiniones, las actitudes, la inclinación política, la adhesión a ciertas soluciones económico-sociales, el perfil psicológico, la sexualidad, entre otros atributos y calificaciones dinámicas de la persona.

La identidad dinámica de la persona puede variar, en mayor o menor medida, con la madurez y la evolución de la personalidad. Estos cambios pueden presentarse en aspectos sustanciales de la personalidad o limitarse o concentrarse en alguno o algunos de ellos. Así por ejemplo, cierta persona pudo haber sido religiosamente descreída o agnóstica durante una etapa de su vida para, luego, convertirse en creyente de cierta religión, o bien pudo haber sido fervoroso militante socialista en su juventud y conservador en su edad adulta. Estos u otros cambios que puede ocurrir en la identidad se agravan por las contradicciones, las incoherencias o los simples cambios de opinión en las que incurre la persona en su discurrir existencial. Ellos pueden ser voluntarios y conscientes o involuntarios, sin que en este caso la persona cobre conciencia de ello.

La identidad dinámica origina, en razón de los cambios anteriores expuestos, una especial situación en lo que concierne a su determinación en cierto momento del devenir existencial de la persona.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar la fuente

UNFV

El ser humano se despliega en el tiempo, desde su concepción o fecundación hasta la muerte. No obstante lo expresado cabe señalar que no todos los rasgos o características definitorios de la identidad personal varían necesariamente con el tiempo. El derecho a la identidad que, como los demás derechos de la persona, se fundamenta en su inherente dignidad, posee su propia autonomía conceptual.

3. Derecho a la integridad psicosomática

Se consagra en la Constitución Política del Perú de 1993, en el “Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho:

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

El derecho a la integridad psicosomática está destinado a proteger la unidad estructural en lo que consiste a la persona, es decir, tanto su soma –o cuerpo en sentido estricto- como su psique. El ser humano requiere preservar dicha unidad psicosomática a fin de utilizarla, en óptimas condiciones, para cumplir con su doble misión existencial: su realización plena como persona, es decir, el cumplimiento de su “proyecto de vida”, así como, en tanto ente coexistencial, prestar, a través de su trabajo, el servicio que debe a los demás miembros de la asociación en la que discurre su existencia. Estas misiones han de realizarse mejor y más adecuadamente si la persona cuenta con la incolumidad de su cuerpo así como con su buen funcionamiento.

En la Constitución vigente se alude a la integridad psicosomática, desagregando esta unidad existencia en su aspecto psíquico y físico, a los cuales se añade el de carácter moral. Este último aspecto ha sido incorporado, por primera vez en la Constitución de 1993. La Carta Magna de 1979 solo se refería a la integridad “física”, sin mencionar aquella de carácter psíquico ni moral.

El artículo 5 del Código Civil peruano desarrolla, entre los derechos fundamentales, el correspondiente a la integridad psicosomática:

“Irrenunciabilidad de los derechos fundamentales

Artículo 5º.- El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el Artículo 6º.”

El mencionado numeral califica este derecho como irrenunciable, que no puede sufrir limitación voluntaria y que es indisponible mediante cesión, salvo lo dispuesto en el artículo 6 del mismo cuerpo legal

No obstante lo precedentemente expresado sobre la indisponibilidad del cuerpo, el artículo 6º del Código Civil de 1984 permite disponer excepcionalmente del propio cuerpo si con ello no se ocasiona una disminución permanente de la integridad psicosomática o cuando dichos actos de disposición no sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Es así que el derecho a la integridad psicosomática no impide disponer de todo aquello que en el cuerpo humano es regenerable como, por ejemplo, los cabellos, la sangre, el líquido seminal, las uñas, la leche materna.

En el mismo sentido excepcional, se consideran también válidos aquellos actos de disposición del propio cuerpo que correspondan a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico, o si están inspirados por motivos humanitarios. Así, será válido el acto de cercenar una pierna de una persona si medicamento ello se requiere, ineludiblemente, para salvar su vida. De otro lado, también será válido el acto humanitario por el cual la persona dispone de parte de su cuerpo para efectos de trasplantes, siempre que ello no ocasione, como está dispuesto, una disminución permanente de su integridad psicosomática. En todos estos

casos se requiere obtener el expreso consentimiento de la persona después de haber sido adecuadamente informada sobre todo lo relacionado con la intervención que ha de practicar y, en especial, de sus posibles riesgos y consecuencias.

El artículo 7 del Código Civil peruano establece, en relación con lo anteriormente expresado, que los actos de disposición de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneren “no deben perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante”. Por ellos es posible disponer, por ejemplo, de ciertos órganos dobles como es el caso de los riñones o de partes de otros órganos o tejidos siempre que ello, como está dicho, no comprometa gravemente la salud o el tiempo de vida del disponente.

Cabe señalar que la persona, tanto en ejercicio de su libertad, del derecho a su salud como del derecho a su integridad psicosomática, puede oponerse a cualquier examen, tratamiento médico o intervención quirúrgica a que se le deba someter para restablecer su salud o mitigar las consecuencias de su enfermedad, salvo disposición contraria a ley. En estos casos, con la finalidad de que la persona pueda adoptar una adecuada decisión al respecto, el médico tratante deber informarle previamente, con las formalidades que la situación exige, sobre el diagnóstico, el pronóstico y las consecuencias del examen, tratamiento o intervención quirúrgica que se le propone. Solo así se obtendrá su consentimiento informado o el rechazo a cualquier intervención sobre su cuerpo.

Dentro de los alcances del derecho a la integridad psicosomática, el artículo 12 del Código Civil peruano de 1984 prescribe que no son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la integridad psicosomática de la persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias.

El derecho a la integridad psicosomática protege a la persona desde la concepción o fecundación, es decir, desde la aparición de la vida que es el momento de la fusión de los núcleos del ovulo y del espermatozoide (singamia) y el de la creación de un singular código genético. La protección del derecho bajo comentario alcanza al genoma humano en el sentido de que no debe modificarse, salvo que tenga por finalidad prevenir, disminuir o eliminar enfermedades graves, del mismo modo, se prohíben las manipulaciones genéticas, incluyendo la clonación, en cuanto atentan contra la integridad y la identidad del ser humano.

Bajo el entendido de que la creación científica es tutela por el inciso 8) del artículo 2 de la Constitución de 1993, resulta también claro que la experimentación científica se debe orientar y dirigir a beneficiar al ser humano, es decir, a mejorar, en todo sentido, su calidad de vida. De ahí que se proteja la integridad psicosomática frente a cualquier experimentación sobre la persona que signifique un atentado contra dicha integridad. La persona, antes de prestar su consentimiento en cualquier caso de experimentación sobre su cuerpo, debe ser previa y plenamente informada sobre los riesgos que pudieran presentarse en relación con su integridad como consecuencia de la aplicación experimental de tratamientos o de medicamentos.

4. Derecho a la libertad

La libertad no puede desligarse de la vida misma, desde que esta es “la vida de la libertad”. La transcendencia de la libertad reside en que ella se constituye como lo que diferencia a la persona de los demás seres del mundo en cuanto es su *ser*. La persona es, así, una unidad psicosomática constituida y sustentada en *su* libertad. La libertad es lo que hace a la persona *ser* de la persona y, con ella, su vida misma, su razón de ser y su propia identidad. En esto radica la importancia del

derecho a la libertad.

Acudiendo a la experiencia de la persona, de cada persona, es dable sostener que la libertad se nos muestra como la capacidad inherente al ser humano de decidir por sí mismo, su proyecto de vida. La libertad permite que la persona sea “lo que decidió ser” en su vida, lo que considera que debe hacer “en” y “con” su vivir. La vida, a través de sus actos conductas, se constituye en la manifestación de la libertad. Esta es un constante proyectar, presente y actuante en la realidad del mundo. La persona, en tanto libre, decide sobre su vida, construye su propio destino, realiza su “proyecto de vida”, así como perfila su propia identidad. Todo ello hace que la persona, que cada persona, sea única, singular, irrepitible, no estandarizada. La dignidad inherente a la persona deriva, precisamente, de su condición de *ser libertad*.

La libertad es el *ser* del hombre, cuya protección corre pareja con la tutela de la vida. Pero la protección de la libertad no se agota con la tutela de la vida que ella sustenta sino que el Derecho protege sus manifestaciones en el mundo, su exteriorización en la realidad, las que se concretan en el personal “proyecto de vida”.

Por ello, el axioma jurídico fundamental denota el *prius* en que consiste la libertad al enunciar que “toda conducta humana intersubjetiva está permitida, salvo que se halle expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico o atente contra el orden público o las buenas costumbres”. Es el mismo axioma que, a través de un texto diminuto, aparece refundido en el punto literal a) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución de 1993 con la siguiente redacción: “*nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*”.

5. Derecho al Bienestar

La constitución de 1993 incorpora por primera vez en un texto constitucional peruano el derecho al bienestar. El inciso 1) del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se

refiere a la noción de bienestar cuando reconoce el derecho de la persona “a un nivel de vida adecuado que le asegure así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. Estos derechos constituyen algunos de los componentes del amplio concepto de “bienestar” según el texto que acabamos de glosar.

Por lo expuesto, la noción de bienestar comprende otras diversas situaciones o calidades de vida que, además de la salud en sentido estricto, son necesarias para que la persona alcance el estado de “bienestar” considerado en su más lata acepción. Entre las varias aspiraciones comprensivas de este concepto se consideran, aparte de aquellas que aparecen en el texto del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos antes glosado, el tener un empleo mediante el cual se perciba una retribución suficiente para llevar una vida decorosa, poseer una vivienda, disfrutar de un equilibrio emocional logrado a través del afecto proveniente de su entorno familiar y social, tener un adecuado nivel de educación, disponer de tiempo libre para dedicarse a los placeres de la vida y a los goces familiares, tener vacaciones, periódicas que faciliten una sana diversión y un debido reposo, entre otras.

En dicho orden de ideas, el Diccionario de la Lengua Española se refiere al bienestar como el poseer “las cosas necesarias para vivir bien” o, en una segunda acepción, tener una “vida holgada o abastecida de cuanto condice a pasarlo bien y con tranquilidad”. Se suele también equiparar el concepto de bienestar con el de “comodidad” que, comúnmente, se entiende como tener la posibilidad de disponer de las cosas indispensables para una vida holgada, tranquila, con conciencia de un estado de satisfacción y plenitud psicosomática.

Para lograr el estado de bienestar o de salud integral se requeriría, por consiguiente, satisfacer, al menos, todas las situaciones antes señaladas. De no ser así, la persona no obtendría el equilibrio emocional, la tranquilidad espiritual que se logra al haber alcanzado dicho estado de bienestar. En suma, la noción de “bienestar” es de una extensión tal que supone poseer todo aquello que permita a la persona lograr un estado o sensación que se puede definir como el de *sentirse bien*. Solo poseyendo este estado de bienestar podría decirse que la persona se encontraría en las mejores condiciones para cumplir con su proyecto de vida, así como contribuir, con su trabajo y otras actividades, al bien común.

La situación antes señalada, en términos generales y aproximativos, puede ser considerada como la amplia connotación del “derecho de bienestar” al que se refiere el inciso 1) del artículo 2 de la Constitución de 1993.

Cabe señalar que el concepto de “salud”, en sentido estricto y en tanto núcleo central de la noción de bienestar, lo encontramos referido en el artículo 7 de la constitución de 1993. En este numeral se enuncia que “todos tienen el derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”. Esta explícita referencia al derecho a la salud psicosomática denota que el concepto “bienestar”, al que refiere el inciso 1) del artículo 2 bajo comentario comprende, por su amplitud conceptual, no solo el derecho a la salud en sentido estricto sino, además, todas las situaciones antes brevemente enumeradas.

De otro lado, cuando se menciona el derecho al bienestar surge de inmediato la pregunta sobre quien o quienes son los sujetos de derecho a los cuales es oponible.

En otros termino, quien o quienes son los sujetos que asumen el correlativo deber frente al mencionado derecho. Si se revisa el artículo

de la Constitución peruana de 1993 encontramos que lo correlativos deberes se atribuyen tanto el Estado como la comunidad.

Se trata de un derecho de la persona que, en la medida de lo posible, deber ser atendido por el Estado y la sociedad en los términos antes señalados. El estado, si bien no está obligado a garantizar o asegurar el bienestar personal en todas las circunstancias, si lo está en cuanto a promover y crear, al menos, las condiciones mínimas necesarias para su logro, así como asumir el deber de remover los obstáculos que impidan su realización.

2.2.1.7. Protección del concebido

Protección jurídica del concebido

Artículo 2 – toda persona tiene derecho:

1. (...)

El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

(...)

Comentario de Carlos Fernández Sessarego en Gaceta jurídica, 2005, p. 13-45)

1. La constitución Peruana de 1993 es la primera en el mundo que, al reconocer su naturaleza de *ser humano*, le otorga al concebido la categoría de “sujeto de derecho”. Constituye, así un aporte al constitucionalismo comparado.

El que se reconozca constitucionalmente que el concebido es un “sujeto de derecho” significa que, en cuanto ser humano, el concebido tiene la capacidad actual –y no futura- de ser titular de derechos y obligaciones. La constitución, sin embargo, remarca que esta capacidad se extiende tan solo a lo que lo favorece. De este modo, se le confiere

un trato privilegiado en tanto es un ser humano carente de la capacidad de ejercer, por sí mismo, los derechos que le son inherentes.

2. La vida del concebido, en cuanto ser humano, se inicia en el instante en que se produce la fusión de los núcleos del ovulo y el espermatozoide en la trompa uterina. En el momento de la concepción o fecundación surge un nuevo ser humano, independiente de la madre, con una clave o código genético que reúne toda información sobre su desarrollo. en la primera célula del nuevo ser viviente, que se le designa como cigoto o huevo, “de no mediar alteraciones de cualquier tipo que interfieran en el proceso a partir del momento en que empiece a funcionar el primer gen en dicho cigoto, la programación genética conducirá inexorablemente a la formación del individuo adulto”.

El momento de la fusión de los núcleos del ovulo y del espermatozoide científicamente se designa como *singamia*. La clave genética idéntica al nuevo ser humano para toda la vida. En ella está dada, como se ha señalado, toda la información sobre lo que será la persona, incluyendo desde el color de los ojos hasta el sexo, el mismo que se transmite a través de los cromosomas provenientes del padre.

El nuevo ser humano, que surge en el momento de la fecundación del ovulo, es distinto del de su madre. Posee un patrimonio genético diverso del de sus progenitores, aunque los cromosomas que le dieron origen provienen de ambos. La investigación genética de nuestro tiempo confirma que el embrión humano es único e irrepetible, poseedor de una vida autónoma, aunque con una dependencia extrínseca de la madre como sucede con el recién nacido, el niño, el discapacitado o el anciano.

3. Por lo anteriormente expuesto se ha desechado una antigua teoría que consideraba al concebido como una parte de la madre, como si fuera un víscera más de aquellas que por naturaleza posee (*portio mulieris vel víscera*). Se ha dejado también de lado la clásica y difundida teoría de la fijación en tanto carece de sentido decir, por un lado, que el concebido es

un ser humano y, por otro, negar su calidad de “sujeto de derecho”. El código civil peruano de 1936, que recogía la teoría de la ficción, enunciaba que: “al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo”.

Atenta contra la ciencia y la lógica reconocer, por una parte, la existencia del concebido como un ser humano y expresar que se le considera *nacido* para todo lo que le favorece mientras que, por la otra al mismo tiempo, se niega su condición de nacido –sujeto de derecho- al remitir al momento del nacimiento la adquisición de sus derechos. Es decir, que al concebido, a quien se le equipara jurídicamente con el nacido, se le desconoce, simultáneamente, esta calidad al decirse que hay que “esperar” a que nazca para que adquiriera los derechos que tenía al considerársele jurídicamente como nacido. De ser así, estaríamos ante una nada jurídica, una ficción, un ser espectral. Es contrario a toda lógica sostener que el concebido recién es “sujeto de derecho” cuando se produce el hecho biológico del nacimiento, es decir, cuando dejo de ser concebido para convertirse en una persona natural. Según la tesis de la ficción “el concebido es lo que no es –nacido- y cuando es, ya no es –concebido-desde que es persona natural”. Es decir, que es y no es al mismo tiempo.

La tesis de la ficción ha sido superada en la Constitución de 1993 cuando en el inciso 1) de su artículo 2 se enuncia que el concebido es un “sujeto de derecho” en todo lo que lo favorece. Esta misma tesis es seguida y desarrollada en el artículo 1 del Código Civil peruano de 1984. En este se determina que el concebido es un “sujeto de derecho” y que la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo. La condición a que se refiere este numeral no puede ser otra, según una correcta interpretación, que una *resolutoria* pues, si fuese suspensiva, estaríamos frente a una contradicción jurídica y lógica ya que no se puede ser “sujeto de derecho” sin la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. No se puede ser y no ser, al mismo tiempo, “sujeto de derecho”. Doctrinariamente se define al “sujeto de

derecho”, precisamente, como el ente capaz de ser titular de derechos y deberes. No es concebible, por lo tanto, un “sujeto de derecho” carente de ellos.

La comisión encargada de elaborar por mandato legal una ley de enmiendas al código civil de 1984, al comprender la dificultad interpretativa que, para algunos iniciados, suponía la lectura del artículo 1 acordó, por unanimidad, en su sesión del 27 de octubre de 1997, la redacción de un numeral lo más didáctico posible, sacrificando en cierta medida, los dictados de una buena técnica legislativa para la que hubiera bastado señalar, escuetamente, que el concebido es “sujeto de derecho”. La fórmula propuesta expresa que: “La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derechos personales se extinguen si el concebido muere. Tratándose de los derechos patrimoniales los readquiere el titular original o, en su caso, sus sucesores”.

La comisión considero que, por la novedad del concepto “sujeto de derecho”, había que remarcar el hecho de que por poseer el concebido tal calidad jurídica gozaba de manera “actual” – y no futura – de todos sus derechos. De otro lado, establece, con el objetivo de lograr una mayor calidad conceptual, que si el concebido muere, al dejar de ser “sujeto de derecho”, sus derechos patrimoniales se extinguen y los readquiere el titular original y, en su caso, sus sucesores. Así, si el concebido que recibió de un tío por donación un inmueble deja de existir, su derecho lo readquiere este último y si, hubiere premuerto, lo readquieren sus sucesores. Lo mismo ocurre tratándose de una sucesión. Si el concebido muere, el porcentaje ideal que le correspondía en ella lo readquieren los sucesores, acrecentándose, de este modo, la masa hereditaria.

4. la ciencia considera que la vida humana del concebido no aparece en el

Tesis publicada con autorización del autor

No olvide citar como “anidación”, sino en el de la fusión de los núcleos de los

UNFV

gametos femenino y masculino. Si recién en la anidación apareciese un nuevo ser viviente no se explica que clase de ser es aquel que, surgiendo en el momento de la concepción o fecundación, existe en el cuerpo de la madre hasta su implantación en el útero. ¿Sería, acaso, una pepita de oro, una pepita de algodón, un árbol de algarrobo o un corderito?

La respuesta nos la ofrece la ciencia cuando se comprueba que la primera célula humana, el cigoto, tiene, como no podía ser de otra manera, una naturaleza humana. En esta célula se inscribe, como está dicho, toda la información que, de adulto, será dicho ser: desde su sexo, que es apoderado por el cromosoma del padre, hasta la formación de gemelos ya que el cigoto posee una capacidad genética “de multiplicación vegetativa, vale decir, de la información de un nuevo individuo por un proceso de escisión”. El único salto cualitativo es el de la fusión de los núcleos del ovulo y del espermatozoide. Los cromosomas “no contienen información alguna para desarrollar características no- humanas”. De un cigoto ha de surgir, siempre y únicamente, un ser de la misma especie de quienes proveen los cromosomas que le dan origen: un ser humano.

La vida del ser humano es un proceso continuo y sin interrupción desde la fertilización del ovulo hasta la muerte. No existe, por consiguiente, momento o fase de dicho proceso en que exista algún ser diferente, que no corresponda a la naturaleza humana. Si bien la morfología del ser humano varía en cada momento, desde la fecundación hasta la muerte, se trata del mismo ser: ya sea que adopte sucesivamente la forma de una célula, de un embrión, de un feto, de un bebe, de un niño, de un adolescente, de un adulto o de un anciano. Son etapas morfológicamente distintas del mismo y único ser. Existe, por lo tanto, un cambio morfológico y no de naturaleza del ser en sí mismo.

La vida del ser humano no es discontinua, solo se interrumpe con la muerte. La implantación del embrión en el útero o anidación no es el inicio de la vida sino una fase del proceso continuo de la vida.

5 De todo lo anteriormente expuesto se desprende que, desde el momento de la concepción o fecundación, existe un ser dotado de dignidad, que ostenta la calidad jurídica del concebido o persona por nacer. De ahí que el Derecho protege y respeta a este ser humano. En conclusión, el concebido, en cuanto a persona por nacer y tal como lo reconoce el inciso 1) del artículo 2 de la Constitución de 1993, es un “sujeto de derecho”, es decir, centro de imputación de derechos y deberes, merecedor de plena protección jurídica desde el instante de la concepción o fecundación.

2.2.1.8. Principio de la persona y de la vida humana

Artículo 1° “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

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

Comentario de Luz Monge Talavera del Código Civil / Tomo I (Derecho de las Personas Acto Jurídico)/en la Gaceta Jurídica / Página 93 – 104:

De origen doctrinal pero con vocación legislativa, el artículo primero del código civil peruano consagra una concepción a su vez original e innovadora, que marca una clara diferencia dentro de la historia de la legislación peruana, así como en el ámbito de la legislación comparada. El contenido de este artículo presenta un interés primordial en la comprensión del Libro Primero, cuyas normas constituyen un conjunto homogéneo y reflejan una unidad de pensamiento y de estilo.

La disposición, redactada en forma de declaración de principios, es de orden público y de carácter imperativo. A efectos de su análisis se pueden

El artículo primero: 1) institucionaliza la calidad de sujeto de derecho del ser humano; 2) determina el momento a partir del cual el ser humano es sujeto de derecho; 3) define el estatus jurídico del ser humano antes de su nacimiento; 4) establece el régimen jurídico de sus derechos y obligaciones; 5) afirma el principio clásico referido a la adquisición de la personalidad.

1. Institucionalización de la calidad de sujeto de derecho del ser humano

El artículo primero pone de manifiesto el vínculo indisoluble entre los términos sujeto de derecho y ser humano. El principio de base sobre el cual se funda el ordenamiento jurídico es el reconocimiento de la calidad de sujeto de derecho del ser humano. Desde su concepción hasta su último suspiro, percibido en su dimensión individual o en una dimensión colectiva, la calidad de sujeto de derecho aparece como un derecho innato del ser humano, inherente al ser humano. Todo ser humano por el solo hecho de existir en este mundo es sujeto de derecho. Esta calidad aparece indisolublemente ligada a su existencia, lo cual significa que es el fenómeno biológico de la vida humana, el que desencadena la adquisición o la pérdida de la posibilidad de ser considerado como titular de derechos y de obligaciones.

Conviene observar, sin embargo, que dentro de nuestro Código Civil las categorías jurídicas de sujeto de derecho y de la persona, a pesar de describir una misma realidad (el ser humano), no se identifican. Rompiendo la tradicional identidad y unidad entre estos términos, el legislador peruano, apoyándose en la doctrina y legislación italiana, establece entre ellos una distinción “de carácter lingüístico” y los coloca en una relación de género especie. La distinción lingüística –dice el ponente del Libro Primero- “nos facilita resolver a nivel formal - normativo la atribución de la categoría de “sujeto de derecho” a diversas manifestaciones de la vida humana no designadas o conocidas en nuestra doctrina o legislación bajo la palabra “persona”

Poniendo de manifiesto la potestad del estado de atribuir (o negar) la calidad de sujeto de derecho, el legislador engloba dentro del término sujeto de derecho no solamente a las categorías clásicas de persona natural y persona jurídica, sino también a dos categorías nuevas, el concebido y la organización de personas no inscrita.

El término designa entonces, por un lado, al ser humano percibido en una dimensión individual ya sea antes de su nacimiento o después de producido este acontecimiento; por otro lado el término de sujeto de derecho designa al ser humano observado, esta vez, en una dimensión colectiva, es decir, organizado en una colectividad que busca la realización de alguna finalidad loable ya sea constituida según las formalidades previstas por la ley o sin haber cumplido dicho procedimiento para su reconocimiento legal.

En suma la categoría de sujeto de derecho es utilizada, exclusivamente, para referirse a las diversas fases de la vida del ser humano. De lo cual se desprende que es el hombre el único y natural sujeto y destinatario del Derecho. Un aforismo del jurista Hermogeniano contenido en el Digesto expresa la misma idea: *hominum causa omne jus constitutum* (el derecho en su conjunto ha sido instaurado para los hombres).

2. Determinación del momento a partir del cual el ser humano es sujeto de derecho

Dado que la categoría de sujeto de derecho alude siempre al ser humano, es necesario saber a partir de cuando existe el ser humano. El momento preciso en que aparece la vida humana ha sido siempre tema de debates apasionados. Durante muchísimo tiempo, el conocimiento científico, lleno de incertidumbres, sostenía que la aparición de la vida del ser humano se producía no de modo instantáneo sino más bien gradualmente. Uno de los descubrimientos más importantes de la biología, en el milenio que acaba de transcurrir, es que la vida comienza

en un momento preciso: en el momento de la fecundación del ovulo por un espermatozoide. Sin embargo a pesar de que los biólogos han descubierto los secretos del proceso de la creación de la vida, es posible afirmar que no existe aún una posición de consenso en la materia.

Médicos, biólogos, filósofos, teólogos, moralistas y juristas expresan posiciones contrarias respecto a la definición del comienzo de la vida. Si la iglesia católica invoca la revelación científica para consolidar su posición, muchos no admiten la sumisión del derecho a los criterios biológicos.

En efecto, a nivel internacional, las diversas Declaraciones o convenciones Internacionales evitan pronunciarse sobre el comienzo de la vida humana. A pesar de que una Resolución del Parlamento Europeo de fecha 16 de marzo de 1989 afirma “la necesidad de proteger la vida humana desde la fecundación”, los estados miembros no adoptan medidas destinadas a concretizarla positivamente.

En el plano del derecho comparado, el derecho positivo de la generalidad de países prefiere no definir el punto de partida de la vida humana. Únicamente el derecho alemán, según tenemos conocimiento, se ha pronunciado al respecto. La Corte Constitucional Federal Alemana, en una sentencia del 25 de febrero de 1975, interpretando la Ley fundamental de ese país que establece que “cada uno tiene derecho a la vida” ha precisado que “la vida, en sentido de existencia histórica del ser humano, existe según los conocimientos biológicos y fisiológicos establecidos, al menos a partir del 14^o día siguiente a la concepción (anidación). El desarrollo que se opera en seguida es continuo...”.

El Derecho francés, por su parte, establece en el artículo 16 del Código Napoleón que la ley “garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida”, pero no señala en que momento preciso comienza la vida. En sus publicaciones las comisiones revisoras del Código Civil afirman la existencia de la vida humana desde la

fecundación, pero la doctrina contesta frontalmente esta afirmación y pone en relieve que el derecho positivo francés no contiene disposición expresa al respecto. Las controversias demuestran la existencia de una gran dificultad para llegar a una solución de consenso en la materia. La definición de ese momento comporta múltiples implicaciones que dependen de juicios de valor difíciles de conciliar.

En lo que concierne a nuestro derecho, el legislador peruano ha adoptado una posición de principio en la materia. El segundo párrafo del artículo primero enuncia que “la vida humana comienza con la concepción”. Cabe entonces preguntarse si, legalmente, existe vida humana desde el momento en que un espermatozoide humano fecunda un ovulo humano. La respuesta es, a nuestro entender, negativa. Observemos que el artículo primero se refiere al momento de la concepción y no al momento de la fecundación. Según el Diccionario de la Real Academia Española, concepción es la “acción y efecto de concebir”; a su vez concebir significa “quedar preñada la hembra”. En otros términos, la concepción de un ser humano supone, además de la unión del elemento reproductor masculino al femenino (fecundación), la formación del embrión, seguida de su implantación y de su anidación en el útero materno (que se produce al final de las dos primeras semanas de la gestación y corresponde a la aparición del sistema nervioso y a la diferenciación de células).

En consecuencia, el principio consagrado en el Código según el cual “la vida humana comienza con la concepción”, debe entenderse como referido al inicio de la gestación (que marca la concepción).

El derecho constata esa realidad biológica, a través de un diagnóstico médico, y determina a partir de ella numerosos efectos jurídicos (artículos 2, 363 inc. 2, 386, 402 incs. 3 y 5, 404, 805).

es un acto biológico, el cual, en el estado de la legislación, no genera ningún efecto jurídico. Dicho de otro modo no hay concepción antes de la transferencia del embrión *in útero*. Y si, de acuerdo al artículo primero “la vida humana comienza con la concepción”, es posible afirmar que jurídicamente el embrión obtenido *in vitro* no es tratado como vida humana. No se puede, en nombre del embrión *in vitro*, reivindicar un supuesto derecho de acceder a la vida. No existe obligación a cargo de la mujer de asumir la gestación.

Dentro de nuestra legislación el huevo humano *in vitro* no es titular de derechos. Solamente, una vez producido el hecho de la concepción en el seno materno, la vida merece una protección específica, por más efímera que sea. Es a partir de ese momento que podemos hablar de existencia y de eventuales derechos del ser humano. De ninguna manera antes.

3. Definición del estatus jurídico del ser humano antes de su nacimiento

Anteriormente a la promulgación del Código Civil de 1984, el ser humano antes de su nacimiento estaba ya en el campo del Derecho. El código de 1936, consagrando positivamente la más célebre de las ficciones jurídicas, establecía que “al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo” (*infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*).

Así, el código derogado reconocía al ser humano nacido con vida la posibilidad de retrotraer ficticiamente la aparición de su personalidad al día presumido de su concepción con la finalidad de permitirle adquirir retroactivamente derechos, de ninguna manera obligaciones. La doctrina subraya que antes del nacimiento, el concebido no adquiría propiamente ningún derecho y solo tenía una expectativa en relación a la adquisición de éste, con acuerdo con la interpretación de la doctrina clásica:

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar correctamente

Observemos que a pesar de reconocer al concebido derecho potencial,

UNFV

el legislador de 1936 no se pronunció sobre su condición jurídica (persona o cosa). La misma posición ha sido adoptada a nivel de la legislación comparada. La máxima latina está consagrada en diversos Códigos Civiles; es el caso de Suiza, España, Portugal, los países latinoamericanos; otros países, en cuyas codificaciones no existe expresamente, la consideran como un principio general del Derecho, como es el caso de Francia, Bélgica o Canadá.

El Código Civil Peruano de 1984, marcando una clara diferencia respecto a la concepción imperante, descarta la ficción latina, reconoce al ser humano antes de su nacimiento un verdadero estatus jurídico y define a partir de este un régimen jurídico particular. El artículo primero proclama que “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”. Lo cual evidencia que el ser humano antes de su nacimiento no es una persona ficticia, tampoco una persona, menos aún una cosa. El concebido se beneficia del estatus jurídico del sujeto de derecho. El ponente del Libro Primero expresa que el concebido “es un sujeto de derecho distinto y autónomo, un centro de referencia de derechos desde el instante de la concepción y hasta el nacimiento”. La solución adoptada es audaz, novedosa, única en la legislación comparada.

4. Régimen jurídico

El concebido se beneficia de un régimen jurídico privilegiado, protector. Es él, el único sujeto de derecho al cual la ley le atribuye solo lo que le favorece. Lo que equivale a decir que goza de una capacidad limitada. En efecto, según el artículo primero, “el concebido es sujeto de derecho para todo en cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”. Observemos que el enunciado distingue, implícitamente, el régimen aplicable a los derechos que tienen un valor pecuniario de aquel al cual somete aquellos derechos que no tienen valor pecuniario.

- **Derechos patrimoniales**

La expresión para todo cuanto le favorece es invocada tradicionalmente para reservar al concebido derechos patrimoniales, como por ejemplo derechos sucesorios, donaciones, legados o indemnizaciones. Sin embargo, los derechos patrimoniales no se concretizan antes del nacimiento. El artículo primero supedita la atribución de derechos patrimoniales a la condición del nacimiento con vida.

En consecuencia, antes de que se produzca el hecho del nacimiento con vida, no se tiene capacidad para recibir donaciones, legados o indemnizaciones. Evidentemente, imaginemos que el concebido, supuestamente legatario o donatario, nace muerto; ¿a quién se le va atribuir el beneficio del legado o la donación? La muerte de un concebido no origina apertura de sucesión alguna. Contrariamente, basta su llegada al mundo con vida para que el niño, instituido legatario o donatario, reciba por testamento, siempre que se demuestre que estaba concebido al momento del deceso. Cabe remarcar, asimismo, que si durante la gestación el concebido sufre un traumatismo a causa de un tercero, tendrá derecho a una indemnización por el daño sufrido en el útero si nace vivo (pero herido o discapacitado).

Dentro de esta misma idea, el Código ordena que la partición que comprende los derechos de un heredero concebido sea suspendida hasta su nacimiento (artículo 856). Consecuentemente, faculta el nombramiento de un curador para que se encargue de velar por los bienes que han de corresponder al que está por nacer (artículo 598). De lo cual se desprende que el concebido no es instituido, de modo efectivo y actual, de la calidad de heredero. La concepción es aprehendida como un hecho jurídico que, como tal, justifica la suspensión de la partición. Se espera la llegada de un acontecimiento exterior susceptible de afectarla. Parece evidente que

no se puede proceder a la partición pues nos expondríamos a volver a hacerla en caso de que el concebido no nazca con vida.

Por lo tanto, los eventuales derechos patrimoniales del concebido están subordinados a la condición suspensiva de su llegada al mundo con vida. Contrariamente a la opinión del ponente del Libro Primero, quien sostiene que los referidos derechos están sujetos a la condición resolutoria (Fernández, 1990), nos permitimos afirmar que la lectura de los citados artículos exige otra interpretación. La condición hubiera podido ser calificada como resolutoria si el artículo primero prescribiera lo siguiente: “los derechos patrimoniales que benefician al concebido se resuelven si el hecho de su nacimiento con vida no se produce”.

En realidad, el concebido aparece únicamente como titular condicional de un patrimonio. Mutatis mutandis, el concebido sería también apto para devenir titular condicional de obligaciones, como por ejemplo aquellas que se derivan del mantenimiento, custodia, pago de impuestos o seguros destinados a conservar los bienes que le han de corresponder y que por lo tanto redundan en su beneficio. Observemos, paralelamente que su estatus de sujeto de derecho privilegiado (solo para todo cuanto le favorece) le permite sustraerse a aquellas obligaciones que no lo favorecen.

Siendo así, necesariamente advertir que la gestación es un hecho jurídico que genera en favor de la futura madre la atribución de ciertas ventajas patrimoniales. La mujer trabajadora encinta puede invocar su situación para obtener derechos sociales, estos últimos están incontestablemente destinados a protegerla. Asimismo, conforme al artículo 856, si la partición de la herencia está suspendida a la espera del nacimiento, “en el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos”. Pero dado que la existencia del concebido depende

íntimamente de la mujer, es posible afirmar que ese derecho a alimentos lo beneficia indirectamente.

- **Derechos extra patrimoniales**

La expresión “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece” es interpretada también para atribuirle derechos que no tienen un valor pecuniario, los cuales no están sujetos a condición alguna. La pregunta es cuales son esos derechos.

¿El concebido tiene filiación? La respuesta es negativa. En tanto no se produzca nacimiento con vida, el concebido no tiene filiación alguna. En el Registro del Estado Civil se inscriben los nacimientos (Ley N° 26497, artículos 44 y ss.), esa partida determina la identidad del individuo. La filiación aparece en el momento del nacimiento, en función a la actitud de los padres. Podríamos, sin embargo, interrogarnos sobre las consecuencias o el significado de un reconocimiento prenatal (en escritura pública o en testamento, artículos 390 y 392). Conviene observar que ese reconocimiento equivale a una “confesión” y comporta consecuencias únicamente en el terreno de la prueba. Una vez producido el hecho del nacimiento, esa confesión servirá para probar el vínculo de filiación entre el niño y su progenitor. Si el reconocimiento prenatal crease un vínculo de filiación, la acción en contestación de paternidad sería posible durante la gestación. Ahora bien, conforme al artículo 365, no se puede contestar la paternidad del hijo por nacer.

¿El concebido podría ser titular del derecho al honor, a la imagen o a la integridad física? ¿Aquel que cuestiona su origen atenta contra su honor? ¿Aquel que reproduce su fotografía haciendo notar alguna malformación atenta contra su imagen? ¿Aquel que le causa una lesión atenta contra su integridad física? En realidad no se puede ejercer acción judicial en tanto el hecho del nacimiento con vida no se haya producido, pues no se puede invocar la violación de

derechos inherentes a la persona (artículo 5, Título II, Libro II). Tan es así que el artículo 130 del código penal, por ejemplo, sanciona “el que ofende o ultraja una persona”, no a un concebido. Por su parte, la mujer encinta puede demandar, a título personal, el atentado a la intimidad de su vida privada, a su honor, a su imagen o a su integridad física. Este último caso es posible acreditar la comisión del delito de lesiones graves en perjuicio de la mujer encinta. Parecería entonces que el concebido no dispone de un derecho dissociado al de su madre permitiéndole beneficiarse de una protección especial. Contrariamente, una vez producido el hecho del nacimiento con vida es posible reclamar, en nombre del niño, la reparación de los daños que haya sufrido durante el periodo de la gestación.

Queda sentado entonces que el enunciado “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”, está siempre supeditada a la condición de su nacimiento. Sin embargo, existen dos excepciones, el derecho a la integridad física y el derecho a la vida.

La incorporación en el Código Penal del artículo 124-A que sanciona el delito de lesiones en el concebido tutela su integridad física. Sin embargo, la pertinencia y la aplicabilidad del dispositivo puede ser cuestionada. Según los dictámenes de la Comisión de Salud, Población, Familia y Personas con Discapacidad y de la Comisión de Justicia recaídos en el proyecto de ley N° 839/2001-CR que propusieron la incorporación del delito de lesiones en el concebido, la norma busca sancionar aquellos actos que mediante “la administración de medicamentos en las farmacias, tales como anticonceptivos producen como consecuencias secundarias graves daños en la salud del feto”. Tal es el caso de una deformidad.

Conviene advertir que las malformaciones pueden ser diversas y de gravedad variable. Ellas resultan ser anomalías cromosómicas, hereditarias o anomalías ligadas al embarazo. Pueden manifestarse

inmediatamente (malformación cardíaca o de un miembro) o posteriormente (malformación digestiva o urinaria). Sin embargo, la identificación cierta de la causa de la deformación se realiza después del nacimiento mediante estudios clínicos radiográficos y del cariotipo. Es más de acuerdo a estudios científicos acreditados, las causas de las malformaciones serían entre el “50 a 70 % de casos inciertas (Diccionario *Larousse Medical*).

De lo cual se deduce que es únicamente a partir del nacimiento, una vez que se ha establecido el origen de la deformidad, que se podrá sancionar la comisión del delito de sanciones. Y en este caso corresponderá invocar no el artículo 124-A, sino propiamente el artículo 124 del Código Penal que prevé la modalidad culposa del delito de lesiones a la persona.

Por otra parte, la vida del concebido está incuestionablemente protegida por la ley.

Pero como ningún texto consagra explícitamente ese derecho —el Código Penal (Arts. 114 a 120) se limita a condenar el aborto en tanto delito contra la vida humana— entendemos que más que un derecho a la vida, lo que el ordenamiento jurídico prevé es una obligación, a cargo de la sociedad en su conjunto, de respetar la vida humana naciente. Por respeto a la realidad biológica de su existencia y porque tiene una individualidad propia, existe el deber social de proteger su vida.

Sin embargo, es necesario constatar que el concebido no tiene autonomía vital. Su subsistencia y desarrollo requieren de la matriz de la mujer. No es posible ni razonable entonces pretender que la mujer encinta no tiene ningún derecho a decidir sobre el destino de su gestación. Si admitimos que el embrión tiene derechos, es cierto

también que no es el único que los tiene y que sus derechos no pueden prevalecer incondicionalmente al punto de sacrificar todos los

otros. El reconocimiento en su favor, de un pretendido derecho **absoluto** a la vida conduciría a desdeñar de plano la libertad y la autonomía de la mujer.

Advirtamos entonces la contradicción flagrante entre el derecho a la vida del concebido y el derecho de la mujer a la disposición de su propio cuerpo. Este conflicto centra la necesidad de armonizar la coexistencia de derechos que se excluyen mutuamente. La única posibilidad de salir del embrollo es adoptando una solución de conciliación. El respeto que la sociedad debe a la vida humana desde su aparición puede y debe admitir, excepcionalmente, una restricción, en caso de necesidad extrema si la mujer estima no estar en medida de asumir la gestación. La atribución de la calidad de sujeto de derecho del concebido y su derecho a la vida no es incompatible con el reconocimiento del derecho de la mujer a decidir, únicamente dentro de ciertas condiciones y límites previstos por la propia ley, la interrupción de la gestación.

Es oportuno señalar que es esta la tendencia predominante en el ámbito del derecho comparado. En numerosas legislaciones extranjeras el derecho a la vida del concebido no aparece como un principio absoluto. En general, los legisladores tratan de conciliar el respeto de la vida embrionaria y la libertad de la mujer, a quien le permiten recurrir, en ciertos casos, a la interrupción de su gestación. El aborto en caso de violación, incesto, malformación del niño y aun voluntario está permitido en todos los países desarrollados (Alemania, Australia, Canadá, Francia, Inglaterra, Italia, Escocia, España, Holanda, Estados Unidos, Japón, Suecia, Noruega, Dinamarca, Portugal, Suiza, Bélgica, Grecia y Rusia). Un caso particular constituye el de Irlanda, donde se sanciona penalmente el aborto; sin embargo, desde hace aproximadamente cuarenta años ninguna pena ha sido pronunciada.

A nivel internacional, el derecho a la vida es presentado como un derecho ligado a la noción de persona humana y aparece como el corolario del nacimiento. Es lo que se puede constatar de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Convención Europea de los Derechos del Hombre y de Libertades Fundamentales, el pacto Internacional de las Naciones Unidas relativo a los Derechos Civiles y Políticos y aun la Convención relativa a los Derechos del Niño. La Convención Americana de los Derechos del Hombre, por su parte establece que toda persona tiene derecho a la vida, pero relativiza el principio al establecer en el artículo 4 que “ese derecho debe ser protegido por la ley, en general, a partir de la concepción”. La expresión “en general” significa precisamente que la protección de la vida desde la concepción puede admitir excepciones.

5. Afirmación del principio clásico referido a la adquisición de la personalidad

El primer párrafo del artículo primero consagra el principio clásico según el cual *la persona humano es sujeto de derecho desde su nacimiento*. El nacimiento es considerado como el elemento determinante para la adquisición de la personalidad. Un principio admitido en doctrina establece que “es por el nacimiento y al nacimiento que se exterioriza la aptitud a ser sujeto de derecho”, titular de derechos y de obligaciones.

La personalidad es una noción instituida por el derecho, una categoría construida por el sistema jurídico; en suma “es un don de la ley”, antiguamente ciertos seres humanos no eran considerados como personas (los esclavos en Roma, el caso de la muerte civil). Observemos entonces que, dentro del ordenamiento jurídico nacional, la noción de persona exige no solamente la existencia de vida humana sino además el nacimiento. Vida, humanidad y nacimiento fundan la noción de persona y aparecen por ende como las condiciones necesarias para la atribución del estatus de persona humana.

Contrariamente la noción de sujeto de derecho que es reciente y de origen doctrinal, la noción de persona ha sido forjada por el derecho romano y consagrado así en la legislación civil. Tradicionalmente equivalentes, nuestro código hace una distinción “lingüística” entre personas y sujeto de derecho. Es necesario entonces saber que los distingue. Los distingue, por ejemplo, la plenitud de su capacidad; la persona tiene vocación al goce pleno de los derechos civiles mientras que los otros sujetos de derecho lo son solo de ciertos derechos (el concebido es sujeto de derecho solo para lo que le favorece, la persona jurídica y las organizaciones no inscritas se manifiestan solo en los casos y en la forma señalados por ley).

2.2.1.8. Reconocimiento Judicial del Embarazo o Parto

Artículo 2° La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento.”

La solicitud se tramita como prueba anticipada, con citación de las personas que por indicación de la solicitante o a criterio del juez, puedan tener derechos que resulten afectados. El juez puede ordenar de oficio a actuación de medios probatorios que estime pertinentes. En este proceso no se admite oposición. (*)

Comentario de Juan Espinoza Espinoza: Este artículo esta (seguramente) inspirado en el código civil argentino que elaborara Dalmacio Vélez Sarsfield basado en el proyecto que hiciera el brasileño Augusto Texeira de Freitas, que a la letra dice: “la mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento”.

Este artículo se aleja de su predecesor, el artículo 2 del Código Civil de 1936, en el cual se otorga el derecho de cerciorarse de la realidad del nacimiento a los terceros interesados y al marido, en ciertos

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

UNFV

casos. La Comisión Revisora, siguiendo el razonamiento de Vélez Sarsfield, sostenía que tal hecho violaba el derecho a la intimidad de la madre. Sin embargo, hay que recordar que el Código Civil argentino entro en vigencia en 1871, época en la cual la medicina no contaba con los avances que tenemos hoy en día, por cuanto los diagnósticos del embarazo son seguros y tienen un mínimo de porcentaje de inexactitud.

Soy de la opinión que el derecho de solicitar ante el juez el reconocimiento del embarazo o parto, debe hacerse extensivo al marido, en los casos de divorcio, separación de cuerpos, nulidad o anulabilidad del matrimonio, para los efectos de la filiación. El legítimo interés del marido o de un tercero no puede verse limitado de esta manera, por cuanto, en la época en que fue realizado el Código Civil argentino –o sea hace más de cien años- el parto era cuestión domestica (y mucho más privada que en la actualidad): ahí se justificaría esta norma legal, por cuanto si se estaría vulnerando el derecho a la intimidad que tiene todo ser humano.

En la actualidad la gran mayoría de partos son asistidos por profesionales de la medicina, los cuales podrían cerciorarse de ello. Dentro de este contexto no se ve ningún inconveniente para que el mismo facultativo se cerciore de la veracidad del parto.

Por tal motivo, propongo que se modifique el mencionado numeral otorgándole al marido el derecho a que solicite judicialmente la certidumbre del parto. En tanto, para tutelar al marido o al tercero interesado, será necesario recurrir al artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, el cual faculta a quien tenga “legítimo interés” para ejercitar un acción, en este caso, de reconocimiento judicial de embarazo o de parto (como sostiene también Fernández Sessarego). En este mismo sentido es también pertinente la regulación contenida en el artículo IV del Código Procesal Civil, que hace referencia al interesa y a la legitimidad para obrar.

Entiendo como legítimo interés a la situación jurídica de ventaja inactiva que se encuentra dentro de una relación jurídica de complementariedad con un derecho subjetivo (situación jurídica de ventaja activa). El titular del derecho subjetivo tiene que ejercer el mismo de manera discrecional. Caso contrario se configura un abuso de derecho que lesiona el legítimo interés (Bigliuzzi Geri). Con ello distingo conceptualmente el legítimo interés (categoría material) de interés procesal (categoría procesal), entendiendo este último como “el estado de necesidad de tutela jurídica en el que se encuentra un sujeto de derechos, en un determinado momento. Este interés se caracteriza por ser insustituible o irremplazable, actual o inminente, egoísta y abstracto” (Monroy Gálvez). En efecto, si bien es cierto que el código solo le reconoce a la mujer el derecho de solicitar judicialmente el reconocimiento del embarazo o del parto, sin embargo, el marido (por ejemplo) le asiste el legítimo interés. En efecto, al no ejercer discrecionalmente este derecho la mujer, el marido estaría legitimado para interponer la acción correspondiente.

2.2.1.9. Sujeto de derecho

El Artículo I del Código Civil del Perú, pone de manifiesto el vínculo indisoluble entre los términos sujeto de derecho y ser humano. El principio de base sobre el cual se funda el ordenamiento jurídico es el reconocimiento de la calidad de sujeto de derecho del ser humano. Se considera sujeto de derecho al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. El centro de referencia normativo tiene como su correlato a la vida humana, a los seres humanos en relación. Ellos son el concebido y aquellas organizaciones de personas que actual en la vida social como si fueran personas jurídicas, pero no han cumplido con la formalidad prescrita pro el ordenamiento jurídico de proceder a su inscripción o reconocimiento, según sea el caso. En ambos supuestos nos hallamos frente a vida humana. En el primero, como está dicho, tratase del ser humano antes de nacer y, en el segundo, de una pluralidad de personas individuales que actúan organizadamente en el cumplimiento de determinados

El código civil de 1936, como es notorio, reconocía solo dos de aquellas cuatro categorías, la persona natural y la jurídica, mientras que el vigente regula, además de ellas, dos otros centros autónomos de referencia normativa, de imputación de derechos y deberes, o sea, el concebido y las organizaciones de personas que, comportándose como personas jurídicas, no han cumplido con el requisito de su inscripción en el registro respectivo. En suma la categoría de sujeto de derecho es utilizada, exclusivamente, para referirse a las diversas fases de la vida del ser humano. De lo cual se desprende que es el hombre el único y natural sujeto y destinatario del Derecho. Un aforismo del jurisconsulto Hermogeniano contenido en el Digesto expresa la misma idea: *hominum causa omne jus constitutum* (el derecho en su conjunto ha sido instaurado para los hombres).

Todo “sujeto de derecho” reconocido por el ordenamiento jurídico está dotado de subjetividad y, por ende, de capacidad jurídica, es decir, de la idoneidad a ser titular de derechos o deberes, aunque su disciplina normativa difiera tratándose de una de las diversas categorías en que el “sujeto de derecho” ha sido normativamente sistematizado por el Código Civil.

Lo expresado es particularmente importante para una correcta lectura del segundo párrafo del artículo I del Código Civil de 1984, el artículo I del código, como se advierte, contiene un novedoso aporte al otorgar al concebido la calidad de sujeto de derecho, de centro de imputación normativo. Esta importante innovación se sustenta en la realidad, desde que el concebido constituye vida humana, genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un ovulo por un espermatozoide, de este modo se supera la ficción que se alojaba en el artículo primero del código civil de 1936 en cuanto se reputa nacido al concebido, no obstante que, en virtud, aún no había nacido. El concebido no es aun persona: es un sujeto de derecho distinto y autónomo, un centro de referencia de derechos desde el instante de la concepción y hasta el nacimiento.

Régimen jurídico

El concebido se beneficia de un régimen jurídico, protector. Es él, el único sujeto de derecho al cual la ley le atribuye solo lo que le favorece. Lo que equivale a decir que goza de una capacidad limitada. En efecto, según el artículo primero, “el concebido es sujeto de derecho para todo en cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”. Observemos que el enunciado distingue, implícitamente, el régimen aplicable a los derechos que tienen un valor pecuniario de aquel al cual somete aquellos derechos que no tienen valor pecuniario.

2.2.1.10. Determinación del momento a partir del cual el ser humano es sujeto de derecho

Dado que la categoría de sujeto de derecho alude siempre al ser humano, es necesario saber a partir de cuando existe el ser humano. El momento preciso en que aparece la vida humana ha sido siempre tema de debates apasionados. Durante muchísimo tiempo, el conocimiento científico, lleno de incertidumbres, sostenía que la aparición de la vida del ser humano se producía no de modo instantáneo sino más bien gradualmente. Uno de los descubrimientos más importantes de la biología, en el milenio que acaba de transcurrir, es que la vida comienza en un momento preciso: en el momento de la fecundación del ovulo por un espermatozoide. Sin embargo a pesar de que los biólogos han descubierto los secretos del proceso de la creación de la vida, es posible afirmar que no existe aún una posición de consenso en la materia.

Médicos, biólogos, filósofos, teólogos, moralistas y juristas expresan posiciones contrarias respecto a la definición del comienzo de la vida. Si la iglesia católica invoca la revelación científica para consolidar su posición, muchos no admiten la sumisión del derecho a los criterios biológicos. En consecuencia, el principio consagrado en el Código según el cual “la vida humana comienza con la concepción”, debe entenderse como referido al inicio de la gestación (que marca la concepción).

El derecho constata esa realidad biológica, a través de un diagnóstico médico, y determina a partir de ella numerosos efectos jurídicos (artículos 2, 363 inc. 2, 386, 402 incs. 3 y 5, 404, 805).

De lo cual se desprende que el embrión creado *in vitro* no es un sujeto de derecho. La fecundación de células sexuales en un laboratorio es un acto biológico, el cual, en el estado de la legislación, no genera ningún efecto jurídico. Dicho de otro modo no hay concepción antes de la transferencia del embrión *in útero*. Y si, de acuerdo al artículo primero “la vida humana comienza con la concepción”, es posible afirmar que jurídicamente el embrión obtenido *in vitro* no es tratado como vida humana. No se puede, en nombre del embrión *in vitro*, reivindicar un supuesto derecho de acceder a la vida. No existe obligación a cargo de la mujer de asumir la gestación.

Dentro de nuestra legislación el huevo humano *in vitro* no es titular de derechos. Solamente, una vez producido el hecho de la concepción en el seno materno, la vida merece una protección específica, por más efímera que sea. Es a partir de ese momento que podemos hablar de existencia y de eventuales derechos del ser humano. De ninguna manera antes.

2.2.2. El Parricidio

2.2.2.1. Definición de parricidio

Definición Jurídica

Parricidio Descripción Típica.- (Código Penal Juristas Ediciones pág. 140)

Artículo 107°.- El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años. La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108°. En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de

inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36° (Código penal, 2018, p,

Según Villa Stein, Javier: Parricidio Consideraciones.- Lo sustantivo en el tipo penal del parricidio para la determinación de su gravedad son las vinculaciones habidas entre víctima y victimario. Su etimología ya está definiendo el carácter y fundamento de esta figura delictiva al punto que la dogmática reciente menciona este ilícito como un “homicidio de autor”. Se ha discutido largamente el origen filológico del vocablo parricidio y según los romanistas se derivarían de la voz “*parecenderé*” que alude a padres y parientes, otros en cambio entroncan el vocablo actual con el histórico *paricidium* (sin “rr”) que refería a los “pares” o “semejantes”. Roy Freyre puntualmente informado y siguiendo el análisis que al respecto hace Carrara, nos dice que: “en una ley regia dictada por Rómulo y reproducida después con enmiendas por Numa dice: “*Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, paricida esto*” (‘Si alguno dolosamente y a sabiendas, le diera muerte a un hombre libre será parricida’). En este sentido parricida (sin ‘rr’) no era el que daba muerte a su padre, sino al que mataba a un igual suyo “(Villa, 2004, p. 49-54).

Definición de Parricidio.- Conforme el texto de la ley penal vigente y la dogmática dominante podemos definir el parricidio como el homicidio agravado por el conocimiento que tuvo el agente, del vínculo de parentesco consanguíneo en línea recta que lo unía a la víctima o por el conocimiento del vínculo jurídico existente con ella por acto de matrimonio civil, adopción civil o concubinato legalmente amparado.

Fundamento de Parricidio.- La fundamentación de la gravedad del parricidio en la legislación peruana es el de “la mayor culpabilidad del autor presumida objetivamente a partir de la complicación profunda de las relaciones interpersonales con acumulación de tensiones durante la convivencia”. Tesis que en efecto compartimos aunque no la consideramos incompatibles con la de la mayor peligrosidad del agente, que se descarta por razones de política criminal, ni con la tesis de la mayor intensidad del injusto pues en la mayoría de los casos matar al próximo es más grave que al extraño, como lo demuestra

consagrado en el párrafo del artículo 109° del Código Penal. En realidad la coherencia en la que aludimos, es decir, a la que existe en la aceptación de la tesis de peligrosidad y la de mayor intensidad del injusto por un lado y la atenuación contenida en el artículo 109°, citado es plena, pues qué duda cabe que el desvalor de la conducta parricida es menor y la peligrosidad social del agente es inexistente o menor cuando media en ambos supuestos un estado emotivo violento excusable. Peña Cabrera dice al respecto: “el fundamento de esta agravación consiste en que el sujeto activo revela mayor peligrosidad porque no solo viola y destruye el bien jurídico de la vida tutelada por la ley, sino que vulnera principios y sentimientos elementales como el respeto y acatamiento a los parientes más próximos, provocando una singular alarma social. La excesiva penalidad tiene sus fundamentos pues, en la convivencia social de otorgar al núcleo familiar y al matrimonio (y al concubinato legítimo, agregaríamos nosotros al texto del maestro San Marquino) una tutela adecuada a la importancia que poseen”.

Quintano Ripolles nos dice de un Reproche ético, agregando que “si el derecho penal no tiene la función de retribuir la mayor reprochabilidad ética, sino la de prevenir la lesión de bienes jurídicos, no importa para la determinación de la pena el significado ético de la acción” lo que en el fondo es una prédica eufeminística pues la pena además de sus otras pretendidas funciones (resocialización, prevención general y especial) tiene la de retribuir y porque el parricidio como venimos de sostener revela, más allá de las particularidades de cada caso, peligrosidad, culpabilidad y mayor intensidad del injusto, lo que explica la penalidad severa para castigar el desvalor del acto y del resultado, lo mismo que para prevenir y aplacar la alarma y el encono social, pues ambos sentimientos y no solo uno de ellos se dan en las colectividades y agraviados concretos afectados de un injusto grave como el que se estudia.

Parricidio Naturaleza Jurídica.- La doctrina discute el carácter autónomo o derivado que corresponde al injusto de parricidio y en tal virtud “si deber ser tratado como un delito con sustantividad propia (tipo *sui géneris*), o por el

contrario es un homicidio circunstanciado calificativamente (tipo derivado), en relación al homicidio simple (tipo básico).

Franz Von Listz, según cita Peña, era de la opinión de considerar el parricidio como una forma derivada y en tal virtud agravada del tipo base simple por la concurrencia de calificantes vinculadas al parentesco. Es de advertir que Peña Cabrera en la Comisión Revisora del Código Penal sostuvo la tesis de la supresión del injusto *parricidio* para que su tratamiento devenga en derivado y calificado del tipo de base.

Roy Freyre en posición discrepante con la de Peña Cabrera: “en nuestra opinión la autonomía del parricidio no hay que deducirla de una cuestión que solo atañe a la pura técnica legislativa (buena o defectuosa) consiste en concederle o no a un articulado distinto al del homicidio simple. El vínculo consanguíneo y el jurídico operan aquí como elementos constitutivos de la infracción... No es suficiente, en nuestro concepto, agregar el parentesco al homicidio simple a manera de circunstancia para que tengamos ya la figura del parricidio. El elemento subjetivo en orden a lo injusto a sabiendas, lejos de cumplir aquí con el papel de especificar el dolo, desempeña la función de engarzar la subjetividad del agente con la objetividad de un resultado para dar al parentesco, así el carácter de elemento constitutivo del parricidio”.

Hurtado Pozo, por el contrario dice que: “el homicidio ha sido erigido en delito único, comprensivo de todos los homicidios intencionales. De este homicidio se separa los casos calificados (asesinato, parricidio) y los privilegiados (homicidio por emoción violenta, infanticidio). Plantear el carácter *sui generis*, autónomo del asesinato o del parricidio no nos parece”. Por nuestra parte sostenemos el planteamiento según el cual el parricidio es una figura derivada del homicidio simple. Resulta particularmente interesante la opción contenida en el nuevo Código Español de 1995, en el que se ha suprimido el tipo penal del parricidio quedando el supuesto de hecho como una agravante prevista en su artículo 23º de la circunstancia mixta de parentesco – mixta, pues la previsión general comprende la agravación como la atenuación.

2.2.2.2. Análisis jurídico del parricidio

1. Asociando el Autoaborto con el parricidio

Comentario de Villa Stein J. /Derecho Penal/Parte Especial I–A/ Pág. 50– 51.

Art.114º “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 cincuentidos a ciento cuatro jornadas”.

Esta figura penal tiene como antecedentes inmediatos el art. 159º del Código Penal de 1924, y el artículo 243º del Código Penal de 1863, donde se consideraba como atenuante la buena fama de la mujer embarazada.

El fundamento de la menor punibilidad del delito de aborto en estos casos, respecto de la penalidad establecida para el tercero que causa el aborto con consentimiento de la madre, se explica porque en este supuesto se aprecia un menos grado de culpabilidad de la mujer, ya que le es menos exigible el respeto de las normas que protege la vida humana prenatal, cuando ve condicionada su libertad, su autonomía, y en definitiva, su forma de vida; situación que no se presenta respecto de los terceros que carecen de motivos tan intensos para infringir las normas penales; por tal motivo ante injustos valorativamente equivalentes la mujer recibe un reproche menor que cualquier tercero en virtud de sus circunstancias personales.

En base a lo expuesto precedentemente, consideramos que este artículo no debe considerarse como un tipo autónomo o independiente, sino como un tipo atenuado del art. 115º C.P, que como se va a explicar más adelante, constituye el tipo básico de los delitos contra la vida humana dependiente. Su configuración en un artículo diferente obedece a que nuestro legislador ha optado por sancionar a la mujer que causa su propio aborto o consiente en ello, con pena inferior a la prevista para los terceros. Asimismo, cabe precisar que la naturaleza de la atenuación, conforme se puede deducir de lo expuesto, es estrictamente personal, no pudiendo beneficiar a los terceros –inductores o

cómplices- que participan en el hecho, quienes responderán a partir del tipo básico (Art. 115° CP).

Comentarios de Gálvez Villega, Tomás Aladino y Delgado Tovar, Walther Javier, sobre: Derecho Penal - Parte Especial (introducción a la parte general), Tomo I, Pág. 721-722.

2. El Aborto como asesinato:

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

Este planteamiento descansa sobre el siguiente principio: el 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. Cuando mediante la realización del acto sexual, resulta fecundada la mujer, este proceso jamás debe ser interrumpido, ya que sería una intervención “contra la naturaleza”. Los inconvenientes o males que pueda traer un nuevo nacimiento o deben imputarse al niño, sino a la sociedad, en general, o a determinadas personas concretas, quienes originan esa serie de males.

Este planteamiento, al reconocer el valor del feto o embrión, los está equiparando al de la persona, por lo que desconoce la trascendencia y significado del nacimiento. Igual vale 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.

3. Aborto y conflicto de intereses:

En este planteamiento se parte de la idea de que la protección del Derecho penal no es absoluta y, por tanto, se tiene que reconocer la existencia de zonas de conflicto. Por un lado, 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 de las disposiciones sobre el delito de aborto aparezcan como puramente simbólicas.

En esta zona de conflicto, 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 en dicho conflicto, tanto porque ella es una “persona”, como porque la vida del embrión o feto está dependiendo de su vida, ello obliga a tener en cuenta como bien jurídico preponderante la vida de la madre.

Este planteamiento es el que actualmente sostiene la mayoría de la doctrina y el 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.

4. Autoaborto

ARTICULO 114º.- la mujer que causa su aborto o consiente que otro se lo practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuentidos a ciento cuatro jornadas.

La primera modalidad del aborto que nos corresponde estudiar es la del cometido por la propia mujer embarazada, denominado también autoaborto. “es el cometido por la propia mujer en estado de gravidez, adoptando cualquier medio para la comisión de este delito”, señala Ezaine Chávez. Nos permitimos una pequeña rectificación: la gestación no podría adoptar sobre sí misma medios morales o psicológicos.

El sujeto activo del delito, con calidad de único, es la gestante quien adopta la resolución criminal y ella misma la ejecuta. El sujeto pasivo es el feto, ser distinto y dueño, por decirlo así, de su propia personalidad. El feto no es, como dice Ezaine Chávez, una *partio viscerum matris* (parte de las vísceras de la madre). El feto es un sujeto de derecho, tal como lo reconocen la Constitución y la Ley. Es ya una persona. En esta apreciación discrepamos con el propio Ezaine quien sostiene que el feto todavía no es una persona y que la regla del Código Civil en orden a reputar nacido al que está por nacer surte sus efectos solo en el área del Derecho Civil, sin que tales efectos trasciendan al Derecho Penal. En cuanto persona, la eliminación del feto configura un homicidio – sui generis, ciertamente- pero homicidio de todos modos.

Otra forma del aborto que tiene que como corresponde a la mujer embarazada es el aborto consentido, o sea aquel que otra persona practica con la conformidad de la gestante. En esa hipótesis, hay dos sujeto activos de la infracción: la mujer, aunque su comportamiento es pasivo, y realiza las maniobras destinadas a consumar el aborto. Uno y otro responden a título de dolo, pero la penalidad es diversa.

La represión, según lo dispuesto por el artículo bajo comentario, registra una visible atenuación respecto del código anterior. No cabe duda que nuestros legisladores han cedido parcialmente a la presión de una corriente mundial que apunta, en algunos casos, a la legalización del aborto y, en otros, cuando menos, a la disminución sustancial de las penas. El código anterior fijaba hasta cuatro años de prisión, y el actual limita a dos y abre la opción a una benigna

pena de prestación de servicio comunitario. No podemos olvidar, además, que el procedimiento judicial, hasta no hace mucho tiempo, impedía la concesión de libertad provisional y las penas por aborto, en la mayoría de casos, eran de prisión efectiva.

Jurisprudencia

1. Probada plenamente la responsabilidad penal de acusado como coautor del delito de aborto, así como su peligrosidad, la represión debe ser severa.

Exp. N° 605-97, SP – Lima. Frisancho Aparicio. Op. cit., pag.135.

2. En el delito de aborto consentido la parte agraviada es la sociedad y no la mujer embarazada que consintió el ilícito.

Exp. N° 1410-97. P.P.J., Ed. Normas Legales, T. 19, 020.

Comentario de Chirinos Soto F./Código Penal –/ Pág. 231 – 235

Autoaborto. Artículo 114°: “La mujer que causa su aborto, o consiente que otro lo practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuentidos a ciento cuatro jornadas.”

Jurisprudencia de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores

Configuración del delito de aborto. Para la configuración del delito de aborto, se requiere estudiar en forma indubitable no solo el estado de preñez preexistente a los hechos, sino que este se hubiera interrumpido abruptamente con muerte del feto por maniobras atribuibles a los procesados (Exp. N° 4241-97, del 28-11-1997. Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, Texto completo: LA ROSA, *JP Sumario*, p. 20).

Bien Jurídico Protegido. En esta clase de delitos se protege la vida humana dependiente, esto es, la vida del embrión o feto, teniendo en cuenta que nuestra Constitución Política consagra en su artículo 2° inciso 1 como derecho fundamental de la persona, la vida humana y establece además que el

concebido es además sujeto de derecho en todo cuanto le favorezca (Exp. N° 5821-97, del 26-01-1997, Sala Penal de Apelaciones para procesos Sumarios con reos libres de La Corte Superior de Justicia de Lima. Texto completo: BACA-ROJAS-NEIRA *JPP Sumarios*, p. 117).

Aborto Involuntario. La interrupción del embarazo se debió a causas ajenas a su voluntad, esto es, un accidente donde se concluye que no se puede detectar un aborto, ya que el útero era normal, el cuello no estaba abierto y no tenía restos placentarios. (Exp. 144 - 97, Sala Penal. Texto completo: GOMEZ MENDOZA, *J Penal* 4, p 62).

SUMMA Penal 2017/José Antonio Caro Jhon / Pág. 307-308

Artículo 114°: Autoaborto. “La mujer que cause 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 cincuentidos a ciento cuatro jornadas.”

Jurisprudencia de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores

Configuración del delito de aborto. Para la configuración del delito de aborto, se requiere acreditar en forma ineludible no solo el estado de preñez preexistente a los hechos, sino que este se hubiera interrumpido abruptamente con muerte del feto por maniobras atribuibles a los procesados. (Exp. N° 4241-97, del 28-11-1997. Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. Texto completo: La Rosa, *JP Sumario*, p.20).

Bien jurídico Protegido. En esta clase de delitos se protege la vida humana dependiente, esto es, la vida del embrión o feto, teniendo en cuenta que nuestra Constitución Política consagra en su artículo 2° inciso 1 como derecho fundamental de la persona, la vida humana y establece además que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorezca. (Exp. N° 5821-97, del 26-01-1997. Sala Penal de apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Texto completo: BACA-ROJAS-NEIRA, *JPP Sumarios*, p.117).

Aborto involuntario. La interrupción del embarazo se debió a causas ajenas a su voluntad, esto es, un accidente, donde se concluye que no se puede detectar un aborto, ya que el útero era normal, el cuello no estaba abierto y no tenía restos placentarios. (Exp. N° 144-97, Sala Penal. Sala Penal. Texto completo: GOMEZ MENDOZA, *J Penal* 4, p.62).

SUMMA Penal 2018 / José Antonio Caro Jhon /Pág. 414

5. Parricidio.

Muerte criminal dada al padre y, por extensión, a cualquier pariente cercano. La doctrina incluye dentro de esta figura al matricidio, al filicidio y al conyugicidio. El artículo 151° del C.P del Perú (modificado por D.L. N° 18968), dice: “se impondrá internamiento a quien a sabiendas, matare a su ascendente, descendente o cónyuge”.

El código penal español emplea expresamente este término de parricidio para diferenciarlo del asesinato. Otras legislaciones penales no hacen referencia expresa al parricidio. El Código Francés lo define como el homicidio del padre o madre, legítima naturales o adoptivas, o de todo otro ascendente legítimo.

Diccionario de Términos Jurídicos / Pedro Flores Polo / Tomo II / Pág. 268

- En el capítulo II del Código Penal Peruano desarrolla una serie de conductas que afectan a la vida humana dependiente. Por lo consiguiente el aborto es un delito contra la vida del embrión, ser en formación o feto
- En el derecho penal Peruano, el aborto es la muerte del embrión o feto provocado dentro o fuera del claustro materno, según el aforismo latino americano deriva de los vocablos **ab** que significa **mal** y **ortus** que significa nacimiento, significando **abortus parto prematuro**, impedimento de nacimiento. Interrupción provocada del embarazo en el seno de la madre.

realizan actos culposos como es el caso en que la madre se administra medicamentos inadecuados como anticonceptivos que producen como consecuencias secundarias graves daños en la salud del feto.

- La ejecución del delito de aborto implica, por un lado que la mujer esté embarazada y, por otro que el embrión o feto esté vivo, no importando si tiene graves taras físicas o psíquicas. En caso de no concurrir dichos requisitos, nos encontraríamos ante un delito imposible por la absoluta impropiedad del objeto tal como lo prescribe el artículo 17° del Código Penal

Consideraciones de política criminal

- Al respecto Luis Baramont Áreas (1ra. Edición – 1995 pág. 325) señala que la tipificación del aborto en el Código Penal, pretende en principio, erradicar el aborto de nuestra sociedad. Tal pretensión está lejos de nuestra realidad. Hay que tomar en cuenta, a este respecto, la cifra negra de éste delito, la cual alcanza cuotas bastantes altas. La clandestinidad de estas actividades es un impedimento que no puede ser superado por los estudios estadísticos. La incriminación del aborto lleva en otros países, y tal vez en el nuestro, a lo que se denomina “turismo abortivo”, esto es, el desplazamiento de la mujer embarazada que desea abortar en un país en el que tal práctica está autorizada a este respecto véase Landrove Díaz, voluntaria interrupción del embarazo y derecho penal CPC, 1980 n° 10, págs. 75 y ss.

6. Antecedentes en la Legislación Nacional

- 1) Código Penal del año 1863 artículo 243° 2) Código Penal derogado de 1924 artículo 159°.- La mujer que por cualquier medio adoptado por ella. O por otro con su consentimiento, causare su propio aborto, sufrirá prisión no mayor de cuatro años. 3) Código Penal vigente de 1991 artículo 114° - La pena privativa de libertad es no mayor de dos años.

6.1. Tipicidad Objetiva

El sujeto activo en la conducta típica sólo puede serlo la madre tanto si por mano propia propicia su aborto, cuanto si presta su consentimiento para que otro lo haga por ella.

Cuando la Ley entonces alude “a otro”, ese otro no responde sin embargo por la previsión del tipo bajo estudio (artículo 114° del Código Penal); sino por la norma prevista en el artículo 115° del Código antes acotado.

El sujeto pasivo es el embrión sea cual fuere su tiempo de vida, es el propio *naciturus*.

Sin embargo es muy importante aclarar que para tener la condición de sujeto pasivo requiere de un requisito sine cuanum, y no puede ser el embrión de cualquier edad o tiempo de vida; y estando a lo recién resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República. En atención a la sentencia de la Sala Penal Permanente de Ayacucho mediante R.N. N° 3336 – 2015, Por el delito de parricidio. Suficiencia probatoria: a) La prueba científica es contundente sobre el motivo y las circunstancias de la muerte del neonato: “asfixia mecánica por sumersión”, teniendo como agente causante “agua”, b) las explicaciones de la encausada son contradictorias. A pesar de ello, admitió lo irregular que resultó aplicarse un dilatador para acelerar el alumbramiento del feto; c) La pena y la reparación civil no fueron aplicadas proporcionalmente; sin embargo, no pueden incrementarse, por el principio Non Reormatio un Pelus. En el octavo fundamento de la recurrida sentencia de la Corte Suprema, se establece que el autoaborto ocurre siempre que el producto o feto tuviese menos de veinte semanas y un peso mínimo de quinientos gramos. El comportamiento de la mujer embarazada puede adoptar dos modalidades:

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar su fuente

UNFV

destructora del embrión que lleva en su seno, mediante cualquiera de los procedimientos físicos, químicos, o psicológicos a su alcance.

La conducta esperada para la realización del tipo puede ser comisiva u omisiva.

La conducta omisiva se da cuando la madre omite, pudiendo prestarlos, los cuidados o medicamentos que se le ha prescrito para impedir el aborto. La posición de garante además ocurre si el médico de guardia omite medidas si el caso lo requiere. Entre los medios físicos idóneos para producir el aborto tenemos manipulaciones localizadas como golpes, baño de asiento caliente, corriente eléctrica, rayos “roentgen”, etc.

Entre los medios químicos idóneos tenemos todo género de fármacos que propician el aborto como el purgante, penicilina, las prostaglandinas, etc. O infusiones diversas.

Entre los medios psicológicos están las emociones fuertes, sustos, etc.

El resultado a verificarse debe ser la muerte del feto como consecuencia de las maniobras abortivas.

- b) La mujer consiente que otro le practique en el aborto: En este caso – autoaborto pasivo – la mujer presta su consentimiento o instiga a que un tercero haga las maniobras abortivas.

Esta segunda modalidad objetiva que prevé el tipo penal del artículo 114° del Código Penal comprende a la madre más no al tercer interviniente a quien se le aplicará el artículo 115° del Código acotado, salvo que su conducta, siendo especializada, se subsuma en el artículo 117° del Código Penal que prevé el aborto agravado.

6.2. Tipo Legal Subjetivo

- El delito de aborto es siempre doloso (Bramont, p. 29; Peña, p. 191; Rudolphi, 1938, p. 424). La mujer que se practica maniobras abortivas debe ser consciente de su estado de embarazo, de la naturaleza de los medios abortivos que utiliza, de los actos que realiza y del fin que persigue (muerte del feto). Debe querer este resultado, al menos en

forma de dolo eventual, (Rudolphi, 1938, p. 12). En caso de sólo consentir el aborto, la mujer ha de ser igualmente consiente de la intervención a la que se somete. Por eso, afirmábamos anteriormente que cualquier vicio que afecta su consentimiento lo anula; por ejemplo: la coacción y el engaño. El tercero que realiza el aborto con el consentimiento de la mujer ha de ser consiente de todas las circunstancias de hecho de su acción y de la autorización de la madre. Salvo esta última circunstancia, lo demás es igualmente válido en relación con el aborto no consentido. En ambos casos, los autores deben querer producir, mediante sus comportamientos, la muerte del feto. En los casos de coacción y error se aplican las reglas generales (ver Hurtado, 1987, p. 435 y ss., 448 y s.).

- Un caso límite es el de la mujer embarazada que se provoca el aborto al intentar suicidarse. Conociendo que se encuentra encinta, la madre acepta - al intentar causarse la muerte - destruir el fruto de la concepción. Probar si la madre obró con dolo de destruir el feto o si le causó la muerte sólo por culpa resulta bastante difícil. Si con cierto rigor, se prefiere castigarla esto implicaría no tener en cuenta la situación especial en que la mujer toma la decisión desesperada de quitarse la vida y equivaldría a reprimir la tentativa de suicidio con lo que se desvirtuaría la concepción admitida por el legislador en ese dominio (Rudolphi, 218, n. 7; Stratenwerth, 2, n. 9; Schubarth, art. 118, n. 55; Hurtado 1993, n. 313 y ss.).

6.3. La Antijuricidad

- Si la agente ha cumplido con los elementos de la tipicidad del delito materia de estudio, nos toca comprobar si esta acción típica es antijurídica, sino concurre ninguna causa de justificación, en la que la realización del tipo penal no es contraria al derecho, ya que la antijuricidad es una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. En el delito de autoaborto pueden concurrir un estado de necesidad justificante o miedo insuperable. El estado de

necesidad previsto en el Inciso 5 del artículo 20° del Código Penal puede darse cuando la gestante toma conocimiento que su embarazo la está llevando a la muerte, se practica su propio aborto.

6.4. Proceso Ejecutivo y Consumación

- El aborto se consuma con la muerte del feto (Bramont, p; 28 Peña, 190; Roy, p.258). Se trata de un delito de daño y no de peligro (Lay, 218, n. 79). Cuando las maniobras abortivas producen la expulsión del feto, sin causarle – en razón de su desarrollo – la muerte, solo hay tentativa (Lay, 218, n. 24). La muerte del feto, momento en que se consuma el delito, puede no coincidir plenamente con la ejecución de las prácticas abortivas. La muerte puede sobrevenir después de la expulsión del vientre materno; pero debe ser la consecuencia de dichas maniobras. Si el nuevo ser sobrevive a las maniobras, la muerte que luego se le produzca constituirá homicidio, atenuado o agravado según las circunstancias (Lay, 218, n. 25).

6.5. La Tentativa

- En las tres formas del delito de aborto es factible la tentativa en sus diversos grados (Bramont, p. 28 Roy, p. 259, 265). Según lo hemos expuesto al estudiar las disposiciones generales (ver Hurtado, 1987, p. 461), se debe recurrir tanto al aspecto objetivo como subjetivo del comportamiento para saber cuándo se da la tentativa. De ahí que consideramos que la mujer que es sorprendida en el acto de preparar la poción abortiva, por más que se compruebe su voluntad de abortar no podrá ser sancionada; pues, su acción es un mero acto preparatorio. Tampoco, puede ser sancionada por el simple hecho de haber proporcionado su consentimiento o de haber concurrido al local donde se va a practicar el aborto. Sin embargo, tampoco es indispensable que se haya comenzado a matar al feto; basta que se realicen actos física y temporalmente relacionados de manera estrecha con esta acción (R. J.P.

- La tentativa es reprimida en todas sus formas y con relación a todas las figuras de aborto. Mediante la sola interpretación no se puede concluir a la impunidad de la madre que incurre en tentativa (Prado, p. 97). Esta excepción debe ser establecida expresamente. Así lo ha hecho el legislador argentino, art. 88 CP.: “La tentativa de la mujer no es punible” (siguiendo literalmente a Soler, p. 107, Peña Cabrera, 1966, p. 69, admitió la impunidad de la madre; los argumentos que expone últimamente 1992, p. 195 – no son convincentes). En Alemania, 218, inc. 4, después de estatuir que se reprime la tentativa, excluye a la madre tanto cuando ella misma trata de causar el aborto como cuando lo hace un tercero que obra con su consentimiento (Maurach/Schroder/Maiwald, 6 II, n. 7; Lackner, 218, n. 14; Rudolphi, 218, n. 27). Si la mujer se somete a prácticas abortivas, por creerse embarazada sin estarlo realmente, no será punible por falta de idoneidad del objeto sobre el que recae la acción delictuosa (art. 17). Lo mismo sucede, en caso que la mujer embarazada utilice medios no idóneos con el objeto de interrumpir el embarazo. Esto es igualmente válido respecto a los demás tipos delictivos. En el Código de 1924, estas conductas eran reprimidas a título de delito imposible (un caso de tentativa, art. 99).

6.6. Aborto cometido por la Madre

- Sobre el particular José Hurtado Pozo (Manual de Derecho Penal Parte Especial 2 Aborto Lima 1994 pág. 51), precisa el tipo básico del aborto no consentido (Maurach / Schroeder / Maiwald 5 V, n.11) se desprende la figura atenuada del aborto cometida por la madre misma. Según el artículo 114° del Código Penal se presentan dos casos. En primer lugar, la madre, por ejemplo, se practica ella misma las maniobras abortivas o toma productos abortivos. Por eso, se llama aborto activo cometido por la madre.

aborto. La mujer no ejecuta, ella misma, las maniobras abortivas (Peña, p. 194). Se somete o las soporta voluntariamente. Se trata del denominado aborto pasivo cometido por la propia madre.

- El tercero que causa el aborto no es reprimido de acuerdo al artículo 114° del Código Penal, salvo que se limite a instigar o ayudar a la madre. Esta es sancionada según el artículo 114, cualquiera que sea la forma de su intervención. Es decir, desde la realización de los actos ejecutivos hasta la dación de su simple consentimiento. Por esto, la misma disposición será aplicada a la mujer que instiga a un tercero para que la haga abortar.
- En principio, es suficiente que la mujer se abstenga de oponerse a las prácticas abortivas. Así, comete una acción de comisión por omisión: teniendo el deber de garante e relación con el feto, no hace lo necesario para evitar su destrucción.

Sin embargo, con frecuencia, la mujer no sólo consiente el aborto, sino que busca a quien la puede hacer abortar, le solicita sus servicios y le remunera.

De modo que desempeña, con frecuencia, el papel de una “instigadora” (Stratenwerth, 2, n. 40). Si se excluyen estos dos casos del dominio de aplicación del artículo 114°, se desnaturaliza totalmente su finalidad: reprimir en forma atenuada a la mujer, debido a la peculiar situación material y psíquica que la conduce a comportarse de esa manera.

- Según el artículo 114° del Código Penal, reprime en forma atenuada a la mujer. Es de destacar que el mencionado artículo difiere de su antecesor (artículo 159°) al establecer como sanción para esta figura la privación de libertad no mayor de dos años o la prestación de servicios comunitarios de 52 a 104 jornadas, mientras que en el anterior Código la sanción era prisión no mayor de cuatro años.

6.7. Legalización del Aborto

- Esta posición se apoya en dos argumentos: a) La posición feminista que dice: “el vientre es mío”. Acá se otorga una absoluta primacía al cuerpo de la madre y se considera al feto o embrión como un apéndice corporal sin importancia alguna, absolutamente dependiente.

La madre es la que únicamente tiene derecho a disponer de su propio organismo, de esa parte que es suya. Puede ella, pues, dar curso al embarazo o expedirlo. Es ella la que decide el destino del feto o del embrión.

Esto significa, de un lado desconocer que existe otra vida, no confundible con la de la madre; y de otro, implica una absolutización completamente abusiva y sin justificación de una teoría de la dependencia; b) El feto o el embrión no constituye ningún bien jurídico: se plantea el total desconocimiento del valor de la vida del feto o del embrión.

Se muestra el embrión o feto como un “no hombre” como carente de autonomía biológica y psicológica, como un ser privado de derechos no hay ninguna obligación de admitirlo a la vida y de reconocerle por ley sus derechos.

Todo esto contradice la protección que el derecho concede al que está por nacer y resulta contradictorio “que eso” adquiera valor en un momento determinado (el del nacimiento), y antes carezca totalmente de él.

6.8. 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 la idea de alevosía, en la medida en que dicha agravante siempre concurrirá por tratarse de un desvalido.

Este planteamiento descansa sobre el siguiente principio: El 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 deban ser reconocidos por la sociedad y por la ley. La sexualidad humana tiene su objetivo primordial en la fecundidad cuando mediante la realización del acto sexual, resulta fecundada, este proceso jamás debe de ser interrumpido. Ya que sería una intervención “contra naturaleza” los inconvenientes o males que pueda traer un nuevo nacimiento no deben imputarse al niño, sino a la sociedad, en general, o a determinadas personas concretas, quienes originan.

Este planteamiento, al reconocer el valor del feto o embrión, los está equiparando al de la persona, por lo que desconoce la trascendencia y significado del nacimiento. Igual vale 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.

2.2.3. Marco Conceptual

1. El aborto como asesinato,

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

Este planteamiento descansa sobre el siguiente principio: el 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. Cuando mediante la realización del acto sexual, resulta fecundada la mujer, este proceso jamás debe ser interrumpido, ya que sería una intervención “contra la naturaleza”. Los inconvenientes o males que pueda traer un nuevo nacimiento o deben imputarse al niño, sino a la sociedad, en general, o a determinadas personas concretas, quienes originan esa serie de males.

Este planteamiento, al reconocer el valor del feto o embrión, los está equiparando al de la persona, por los que desconoce la trascendencia y significado del nacimiento. Igual vale 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 (Gálvez y Delgado, 2017, p. 721-722).

2. Autoaborto: conflicto de intereses,

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 en dicho conflicto, tanto porque ella es una “persona”, como porque la vida del embrión o feto está dependiendo de su vida, ello obliga a tener en cuenta como bien jurídico preponderante la vida de la madre.

Este planteamiento que actualmente sostiene la mayoría de la doctrina y el 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 (Bramont, 1995, p. 326-327).

3. El autoaborto y la atenuación de la pena.

La primera modalidad del aborto que nos corresponde estudiar es la del cometido por la propia mujer embarazada, denominado también autoaborto. Ezaine Chávez señala “es el cometido por la propia mujer en estado de gravidez, adoptando cualquier medio para la comisión de este delito” (Ezaine, 1984, p. 9-10). Nos permitimos una pequeña rectificación: la gestación no podría adoptar sobre sí misma medios morales o psicológicos.

El sujeto activo del delito, con calidad de único, es la gestante quien adopta la resolución criminal y ella misma la ejecuta. El sujeto pasivo es el feto, ser distinto y dueño, por decirlo así, de su propia personalidad. El feto no es, como dice Ezaine Chávez, una *partio viscerum matris* (parte de las vísceras de la madre). El feto es un sujeto de derecho, tal como lo reconocen la Constitución y la Ley. Es ya una persona. En esta apreciación discrepamos con el propio Ezaine quien sostiene que el feto todavía no es una persona y que la regla del Código Civil en orden a reputar nacido al que está por nacer surte sus efectos solo en el área del Derecho Civil, sin que tales efectos trasciendan al Derecho Penal. En cuanto persona, la eliminación del feto configura un homicidio – sui generis, ciertamente- pero homicidio de todos modos.

Otra forma del aborto que tiene que como corresponde a la mujer embarazada es el aborto consentido, o sea aquel que otra persona practica con la conformidad de la gestante. En esa hipótesis, hay dos sujetos activos de la infracción: la mujer, aunque su comportamiento es pasivo, y realiza las maniobras destinadas a consumar el aborto. Uno y otro responden a título de dolo, pero la penalidad es diversa.

La represión, según lo dispuesto por el artículo bajo comentario, registra una visible atenuación respecto del código anterior. No cabe duda que nuestros legisladores han cedido parcialmente a la presión de una corriente mundial que apunta, en algunos casos, a la legalización del aborto y, en otros, cuando

menos, a la disminución sustancial de las penas. El código anterior fijaba hasta cuatro años de prisión, y el actual limita a dos y abre la opción a una benigna pena de prestación de servicio comunitario. No podemos olvidar, además, que el procedimiento judicial, hasta no hace mucho tiempo, impedía la concesión de libertad provisional y las penas por aborto, en la mayoría de casos, eran de prisión efectiva.

4. Configuración de delito del aborto.

La configuración del delito de aborto, para la configuración del delito de aborto, se requiere acreditar en forma ineludible no solo el estado de preñez preexistente a los hechos, sino que este se hubiera interrumpido abruptamente con muerte del feto por maniobras atribuibles a los procesados. (Exp. N° 4241-97, del 28-11-1997. Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. Texto completo: La Rosa, *JP Sumario*, p.20).

Bien jurídico Protegido. En esta clase de delitos se protege la vida humana dependiente, esto es, la vida del embrión o feto, teniendo en cuenta que nuestra Constitución Política consagra en su artículo 2º inciso 1 como derecho fundamental de la persona, la vida humana y establece además que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorezca. (Exp. N° 5821-97, del 26-01-1997. Sala Penal de apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Texto completo: BACA-ROJAS-NEIRA, *JPP Sumarios*, p.117).

5. El análisis del aborto en el Código Penal peruano,

Según el Pedro Polo Flores:

- En el capítulo II del Código Penal Peruano desarrolla una serie de conductas que afectan a la vida humana dependiente. Por lo consiguiente el aborto es un delito contra la vida del embrión, ser en

formación o feto

- En el derecho penal Peruano, el aborto es la muerte del embrión o feto provocado dentro o fuera del claustro materno, según el aforismo latino americano deriva de los vocablos ab que significa mal y ortus que significa nacimiento, significando abortus parto prematuro, impedimento de nacimiento. Interrupción provocada del embarazo en el seno de la madre.
- Es menester destacar que solo se protege la vida del embrión o del feto pero no de su salud, lo cual provoca lagunas de punibilidad cuando se realizan actos culposos como es el caso en que la madre se administra medicamentos inadecuados como anticonceptivos que producen como consecuencias secundarias graves daños en la salud del feto.

La ejecución del delito de aborto implica, por un lado que la mujer esté embarazada y, por otro que el embrión o feto esté vivo, no importando si tiene graves taras físicas o psíquicas. En caso de no concurrir dichos requisitos, nos encontraríamos ante un delito imposible por la absoluta impropiedad el objeto tal como lo prescribe el artículo 17° del Código Penal (Flores, 1980, p. 268).

6. Conceptualización de Parricidio

SUMMA Penal 2018

Muerte criminal dada al padre y, por extensión, a cualquier pariente cercano. La doctrina incluye dentro de esta figura al matricidio, al filicidio y al conyugicidio. El artículo 151° del Código Penal del Perú (modificado por D.L. N° 18968), dice: “se impondrá internamiento a quien a sabiendas, matare a su ascendente, descendente o cónyuge”.

El código penal español emplea expresamente este término de parricidio para diferenciarlo del asesinato. Otras legislaciones penales no hacen referencia expresa al parricidio. El Código Francés lo define como el homicidio del padre o madre, legítima naturales o adoptivas, o de todo otro ascendente legítimo.

Al respecto Luis Bramont Arias Torres, señala que la tipificación del aborto en el Código Penal, pretende en principio, erradicar el aborto de nuestra

Tesis publicada con autorización del autor
No olvidar el Código

UNFV

sociedad (Baramont, 1995, p. 325). Tal pretensión está lejos de nuestra realidad. Hay que tomar en cuenta, a este respecto, la cifra negra de éste delito, la cual alcanza cuotas bastantes altas. La clandestinidad de estas actividades es un impedimento que no puede ser superado por los estudios estadísticos. La incriminación del aborto lleva en otros países, y tal vez en el nuestro, a lo que se denomina “turismo abortivo”, esto es, el desplazamiento de la mujer embarazada que desea abortar en un país en el que tal práctica está autorizada a este respecto (Landrove, 1980, p. 75).

7. Antecedentes en la legislación nacional sobre el aborto tipificado como parricidio

1) Código Penal del año 1863 artículo 243° 2) Código Penal derogado de 1924 artículo 159°.- La mujer que por cualquier medio adoptado por ella. O por otro con su consentimiento, causare su propio aborto, sufrirá prisión no mayor de cuatro años. 3) Código Penal vigente de 1991 artículo 114°.- La pena privativa de libertad es no mayor de dos años.

2) Una denuncia de autoaborto, que fue fallado como delito de parricidio en la Corte Suprema de Justicia de la República, que declararon NO HABER NULIDAD en la Sentencia emitida por la 2da. Sala Penal liquidadora de Ayacucho.

EXPEDIENTE N° 3336 – 2015 / Segunda Sala Penal Permanente de Ayacucho. Y Corte Suprema de la República.

DENUNCIADA: STEVALIS DOLORIER CARBAJAL

2) AGRAVIADO: Neonato de 33 semanas aprox. Peso de 2kg. 300gr.

3) DELITO: PARRICIDIO

HECHOS: El 08 de julio del 2009 doña: Stevalis Dolorier Carbajal fue denunciada por el presunto delito de parricidio, hecho cometido en el Jr. Garcilaso de la Vega N° 584, Ciudad de Huamanga Departamento de Ayacucho.

4) PRUEBAS: a) Se encontró en el dormitorio de la acusada una Boleta de venta expedida por la Farmacia “Milagros” del producto de un ampolla llamada

“Dilator” de 10 x 10 mg. X2ml., b) Una jeringa con una aguja de calibre 21x1^{1/2} adquiridos el mismo día (08-07-2009). c) Se encontró el colchón volteado con sangre en la parte central y múltiples salpicaduras de sangre en la pared y el piso. d) El protocolo de necropsia N° 0141-2009 fs. 24 en la cual indica que la muerte fue por “Asfixia mecánica por aspiración” e) Contradicción en las declaraciones de la imputada.

5) FALLO: La Corte Suprema de Justicia de la República, declararon NO HABER NULIDAD en la Sentencia emitida por la 2da. Sala Penal de Ayacucho que condenó a STVALIS DOLORIER CARBAJAL, como autora del delito Contra la Vida el Cuerpo y la Salud – Parricidio en agravio del feto N.N., a 12 años de pena privativa de libertad, y fijaron por concepto de reparación civil la suma de S/. 5,000 Soles, que deberá abonar la sentenciada a favor de los herederos legales del agraviado. Y lo devolvieron a su Juzgado de origen.

8. Tipicidad objetiva

El sujeto activo en la conducta típica, sólo puede serlo la madre tanto si por mano propia propicia su aborto, cuanto si presta su consentimiento para que otro lo haga por ella.

Cuando la Ley entonces alude “a otro”, ese otro no responde sin embargo por la previsión del tipo bajo estudio (artículo 114° del Código Penal); sino por la norma prevista en el artículo 115° del Código antes acotado.

El sujeto pasivo es el embrión sea cual fuere su tiempo de vida, es el propio *naciturus*.

Sin embargo es muy importante aclarar que para tener la condición de sujeto pasivo requiere de un requisito sine cuanum, y no puede ser el embrión de cualquier edad o tiempo de vida; y estando a lo recién resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República. En atención a la sentencia de la Sala Penal Permanente de Ayacucho mediante R.N. N° 3336 – 2015, Por el delito de parricidio. Suficiencia probatoria: a) La prueba científica es contundente sobre el motivo y las circunstancias de la muerte del neonato: “asfixia mecánica por sumersión”, teniendo como agente causante “agua”, b) las explicaciones de la encausada son contradictorias. A pesar de ello, admitió lo irregular que resultó aplicarle un dilator para acelerar el alumbramiento del feto; c) La

pena y la reparación civil no fueron aplicadas proporcionalmente; sin embargo, no pueden incrementarse, por el principio Non Reormatio un Pelus. En el octavo fundamento de la recurrida sentencia de la Corte Suprema, se establece que el autoaborto ocurre siempre que el producto o feto tuviese menos de veinte semanas y un peso mínimo de quinientos gramos. El comportamiento de la mujer embarazada puede adoptar dos modalidades:

- a) La mujer que causa su aborto: La realización del tipo en este supuesto implica que la agente opere cualquier género de conducta destructora del embrión que lleva en su seno, mediante cualquiera de los procedimientos físicos, químicos, o psicológicos a su alcance. La conducta esperada para la realización del tipo puede ser comisiva u omisiva.

La conducta omisiva se da cuando la madre omite, pudiendo prestarlos, los cuidados o medicamentos que se le ha prescrito para impedir el aborto. La posición de garante además ocurre si el médico de guardia omite medidas si el caso lo requiere

Entre los medios físicos idóneos para producir el aborto tenemos manipulaciones localizadas como golpes, baño de asiento caliente, corriente eléctrica, rayos “roentgen”, etc.

Entre los medios químicos idóneos tenemos todo género de fármacos que propician el aborto como el purgante, penicilina, las prostaglandinas, etc., o infusiones diversas.

Entre los medios psicológicos están las emociones fuertes, sustos, etc.

El resultado a verificarse debe ser la muerte del feto como consecuencia de las maniobras abortivas.

- b) La mujer consiente que otro le practique en el aborto: En este caso – autoaborto pasivo – la mujer presta su consentimiento o instiga a que un tercero haga las maniobras abortivas.

Esta segunda modalidad objetiva que prevé el tipo penal del artículo 114° del Código Penal comprende a la madre más no al tercer interviniente a quien se le aplicará el artículo 115° del Código

acotado, salvo que su conducta, siendo especializada, se subsuma en el artículo 117° del Código Penal que prevé el aborto agravado.

9. Tipo legal subjetivo

El delito de aborto es siempre doloso (Bramont, 1980, p. 29; Peña, p. 191; Rudolphi, 1938, p. 424). La mujer que se practica maniobras abortivas debe ser consciente de su estado de embarazo, de la naturaleza de los medios abortivos que utiliza, de los actos que realiza y del fin que persigue (muerte del feto). Debe querer este resultado; al menos en forma de dolo eventual, (Rudolphi, 1938, p. 218). En caso de sólo consentir el aborto, la mujer ha de ser igualmente consiente de la intervención a la que se somete. Por eso, afirmábamos anteriormente que cualquier vicio que afecta su consentimiento lo anula; por ejemplo: la coacción y el engaño. El tercero que realiza el aborto con el consentimiento de la mujer ha de ser consiente de todas las circunstancias de hecho de su acción y de la autorización de la madre. Salvo esta última circunstancia, lo demás es igualmente válido en relación con el aborto no consentido. En ambos casos, los autores deben querer producir, mediante sus comportamientos, la muerte del feto. En los casos de coacción y error se aplican las reglas generales (Hurtado, 1987, p. 435, 448).

Un caso límite es el de la mujer embarazada que se provoca el aborto al intentar suicidarse. Conociendo que se encuentra encinta, la madre acepta - al intentar causarse la muerte – destruir el fruto de la concepción. Probar si la madre obró con dolo de destruir el feto o si le causó la muerte sólo por culpa resulta bastante difícil. Si con cierto rigor, se prefiere castigarla esto implicaría no tener en cuenta la situación especial en que la mujer toma la decisión desesperada de quitarse la vida y equivaldría a reprimir la tentativa de suicidio con lo que se desvirtuaría la concepción admitida por el legislador en ese dominio (Rudolphi, 1938, p. 7; Hurtado 1993, p. 313).

10. La antijuricidad

Si la agente ha cumplido con los elementos de la tipicidad del delito materia de estudio, nos toca comprobar si esta acción típica es antijurídica, sino concurre ninguna causa de justificación, en la que la realización del tipo penal no es contraria al derecho, ya que la antijuridicidad es una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. En el delito de autoaborto pueden concurrir un estado de necesidad justificante o miedo insuperable. El estado de necesidad previsto en el Inciso 5 del artículo 20° del Código Penal puede darse cuando la gestante toma conocimiento que su embarazo la está llevando a la muerte, se practica su propio aborto.

11. Proceso Ejecutivo y Consumación

El aborto se consuma con la muerte del feto (Bramont, 1980, p. 28). Se trata de un delito de daño y no de peligro. Cuando las maniobras abortivas producen la expulsión del feto, sin causarle – en razón de su desarrollo – la muerte, solo hay tentativa. La muerte del feto, momento en que se consuma el delito, puede no coincidir plenamente con la ejecución de las prácticas abortivas. La muerte puede sobrevenir después de la expulsión del vientre materno; pero debe ser la consecuencia de dichas maniobras. Si el nuevo ser sobrevive a las maniobras, la muerte que luego se le produzca constituirá homicidio, atenuado o agravado según las circunstancias.

12. La Tentativa

En las tres formas del delito de aborto es factible la tentativa en sus diversos grados (Bramont, 1980, p. 28). Según lo hemos expuesto al estudiar las disposiciones generales (Hurtado, 1987, p. 461), se debe recurrir tanto al aspecto objetivo como subjetivo del comportamiento para saber cuándo se da la tentativa. De ahí que consideramos que la mujer que es sorprendida en el acto de preparar la poción abortiva, por más que se compruebe su voluntad de abortar no podrá ser sancionada: pues, su acción es un mero acto preparatorio.

su consentimiento o de haber concurrido al local donde se va a practicar el aborto. Sin embargo, tampoco es indispensable que se haya comenzado a matar al feto; basta que se realicen actos física y temporalmente relacionados de manera estrecha con esta acción (Rudolphi, 1969, p. 112).

La tentativa es reprimida en todas sus formas y con relación a todas las figuras de aborto. Mediante la sola interpretación no se puede concluir a la impunidad de la madre que incurre en tentativa. Esta excepción debe ser establecida expresamente. Así lo ha hecho el legislador argentino, art. 88 CP.: “La tentativa de la mujer no es punible” (Peña, 1966, p. 69), admitió la impunidad de la madre; los argumentos que expone últimamente. En Alemania, 218, inc. 4, después de estatuir que se reprime la tentativa, excluye a la madre tanto cuando ella misma trata de causar el aborto como cuando lo hace un tercero que obra con su consentimiento (Rudolphi, 1969, p. 27). Si la mujer se somete a prácticas abortivas, por creerse embarazada sin estarlo realmente, no será punible por falta de idoneidad del objeto sobre el que recae la acción delictuosa (art. 17). Lo mismo sucede, en caso que la mujer embarazada utilice medios no idóneos con el objeto de interrumpir el embarazo. Esto es igualmente válido respecto a los demás tipos delictivos. En el Código de 1924, estas conductas eran reprimidas a título de delito imposible (un caso de tentativa, art. 99).

13. Aborto cometido por la madre

Sobre el particular José Hurtado Pozo (Manual de Derecho Penal Parte Especial 2 Aborto Lima 1994 pág. 51), precisa el tipo básico del aborto no consentido se desprende la figura atenuada del aborto cometida por la madre misma. Según el artículo 114° del Código Penal se presentan dos casos. En primer lugar, la madre, por ejemplo, se practica ella misma las maniobras abortivas o toma productos abortivos. Por eso, se llama aborto activo cometido por la madre.

Ahora bien, en segundo lugar, se equipara a esta figura la acción de la mujer consistente en aceptar o consentir que un tercero le cause el aborto. La mujer

no ejecuta, ella misma, las maniobras abortivas (Peña, 1966, p. 194). Se somete o las soporta voluntariamente. Se trata del denominado aborto pasivo cometido por la propia madre.

El tercero que causa el aborto no es reprimido de acuerdo al artículo 114° del Código Penal, salvo que se limite a instigar o ayudar a la madre. Esta es sancionada según el artículo 114, cualquiera que sea la forma de su intervención. Es decir, desde la realización de los actos ejecutivos hasta la dación de su simple consentimiento. Por esto, la misma disposición será aplicada a la mujer que instiga a un tercero para que la haga abortar.

En principio, es suficiente que la mujer se abstenga de oponerse a las prácticas abortivas. Así, comete una acción de comisión por omisión: teniendo el deber de garante e relación con el feto, no hace lo necesario para evitar su destrucción.

Sin embargo, con frecuencia, la mujer no sólo consiente el aborto, sino que busca a quien la puede hacer abortar, le solicita sus servicios y le remunera.

De modo que desempeña, con frecuencia, el papel de una “instigadora”. Si se excluyen estos dos casos del dominio de aplicación del artículo 114°, se desnaturaliza totalmente su finalidad: reprimir en forma atenuada a la mujer, debido a la peculiar situación material y psíquica que la conduce a comportarse de esa manera.

Según el artículo 114° del Código Penal, reprime en forma atenuada a la mujer. Es de destacar que el mencionado artículo difiere de su antecesor (artículo 159°) al establecer como sanción para esta figura la privación de libertad no mayor de dos años o la prestación de servicios comunitarios de 52 a 104 jornadas, mientras que en el anterior Código la sanción era prisión no mayor de cuatro años.

14. Legislación del aborto

Esta posición se apoya en dos argumentos: a) La posición feminista que dice: “el vientre es mío”. Acá se otorga una absoluta primacía al cuerpo de la madre

y se considera al feto o embrión como un apéndice corporal sin importancia alguna, absolutamente dependiente.

La madre es la que únicamente tiene derecho a disponer de su propio organismo, de esa parte que es suya. Puede ella, pues, dar curso al embarazo o expedirlo. Es ella la que decide el destino del feto o del embrión.

Esto significa, de un lado desconocer que existe otra vida, no confundible con la de la madre; y de otro, implica una absolutización completamente abusiva y sin justificación de una teoría de la dependencia; b) El feto o el embrión no constituye ningún bien jurídico: se plantea el total desconocimiento del valor de la vida del feto o del embrión.

Se muestra el embrión o feto como un “no hombre” como carente de autonomía biológica y psicológica, como un ser privado de derechos no hay ninguna obligación de admitirlo a la vida y de reconocerle por ley sus derechos. Todo esto contradice la protección que el derecho concede al que está por nacer y resulta contradictorio “que eso” adquiera valor en un momento determinado (el del nacimiento), y antes carezca totalmente de él.

2.2.4. Hipótesis

2.2.4.1. Hipótesis general

Si está asociado el delito del autoaborto, con el delito de parricidio.

2.2.4.2. Hipótesis específicos

- 1- Si se asocia la interrupción maliciosa del proceso de concepción con el delito de parricidio.
- 2- Si se asocia la configuración delictiva en la ejecución del autoaborto con el delito de parricidio.

3- Si la sanción penal del autoaborto no tiene efectos disuasivos en la comisión del autoaborto, por no ejecutarse la prisión efectiva.

CAPÍTULO III: MÉTODO

3.1. Tipo

El diseño de estudio es no experimental, descriptivo, correlacional, transversal y prospectiva. Se aplica un diseño no experimental, relacional, que tomará los datos de ambas variables mediante un cuestionario en una sola vez (transversal), para evaluar si hay relación entre las variables.

El estudio se efectuará desde el enfoque cuantitativo, porque realizaremos el análisis estadístico de los datos mediante el chi cuadrado de Pearson, para la prueba de la hipótesis.

3.2. Diseño de Investigación

El diseño de investigación es no experimental, descriptivo, correlacional.

El diseño de estudio es no experimental, correlacional, transversal y prospectiva. Se aplica un diseño no experimental, correlacional, que tomará los datos de ambas variables cualitativas nominales complejas que se medirán mediante dos cuestionarios en una sola vez (transversal), para evaluar si hay relación entre ambas variables.

El diseño de investigación es no experimental, descriptivo, correlacional.

M = Muestra

X1 = Autoaborto

Y1 = Parricidio

r = correlación de las variables

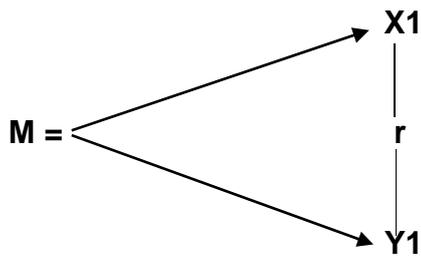


Figura N° 1. Diseño correlacional

3.3. Estrategia de prueba de hipótesis

Las hipótesis, en el enfoque cuantitativo, se someten a prueba en la realidad, cuando se aplica un diseño de investigación, se recolectan datos con uno o varios instrumentos de medición, y se analizan e interpretan esos mismos datos. (Hernández y otros, 2014, p. 4)

3.4. Variables

3.4.1. Definición de la Variable 1: Autoaborto

El autoaborto es una variable compleja nominal, se puede medir su tipificación en función a los elementos del acto punible y las evidencias presentadas, para la tipificación del delito se requieren de criterios o dimensiones para medirlo a través de los indicadores.

Definido en el Código Penal en el Título I Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud Capítulo II sobre el Autoaborto en el 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 cincuentidos a ciento cuatro jornadas”.

3.4.2. Dimensiones o criterios de medición del autoaborto

1. Interrupción maliciosa del proceso de concepción

El comentario de José Hurtado Pozo, precisa el tipo básico del aborto no consentido se desprende la figura atenuada del aborto cometida por la madre misma. Según el artículo 114° del Código Penal:

1. La madre, por ejemplo, se practica ella misma las maniobras abortivas o toma productos abortivos. Por eso, se llama aborto activo cometido por la madre.
2. Se equipara a esta figura la acción de la mujer consistente en aceptar o consentir que un tercero le cause el aborto. La mujer no ejecuta, ella misma, las maniobras abortivas (Peña, 2008, p. 194). Se somete o las soporta voluntariamente. Se trata del denominado aborto pasivo cometido por la propia madre.
3. La que causa del aborto no es reprimido de acuerdo al artículo 114° del Código Penal, salvo que se limite a instigar o ayudar a la madre, es sancionada según el artículo 114°, cualquiera que sea la forma de su intervención. Desde la realización de los actos ejecutivos hasta la dación de su simple consentimiento. La normatividad será aplicada a la mujer que instiga a un tercero para que la haga abortar (Hurtado, 1994, p. 51).

En principio, es suficiente que la mujer se abstenga de oponerse a las prácticas abortivas. Así, comete una acción de comisión por omisión: teniendo el deber de garante e relación con el feto, no hace lo necesario para evitar su destrucción, con frecuencia, la mujer no sólo consiente el aborto, sino que busca a quien la puede hacer abortar, le solicita sus servicios y le remunera.

2. Configuración delictiva en la ejecución del autoaborto.

Para que se tipifique el delito de aborto se requieren los siguientes elementos:

- a) Muerte del feto: El comienzo de ejecución está dado por la muerte del feto provocada por un tercero, ya sea que se produzca en el seno materno o a consecuencia de la expulsión prematura. Se ha objetado el concepto de “expulsión” pues el feto puede morir y no ser expulsado. Si se hace descansar sobre el concepto expulsión la existencia o no del aborto, tendremos que en esos casos de “no expulsión” no habrá

aborto. Pero no es concepto determinante la expulsión sino la interrupción prematura del proceso, exista o no expulsión del seno materno, ya importe la muerte en el claustro materno, o de la expulsión provocada”.

- b) Maniobras abortivas: Se admiten medios físicos, químicos y aún psíquicos, y también la comisión por omisión, el delito está constituido sobre la base de la interrupción de embarazo con aquel resultado. Los medios utilizados pueden ser de cualquier naturaleza (física, química, termina, eléctrica, psíquica u hormonal), lo esencial es que ellos en su empleo hayan causado el aborto.
- c) Anterioridad al nacimiento: Es necesario que el hecho se cometa antes de que comience el nacimiento, pues si se ejecuta luego se tratará de homicidio, parricidio o infanticidio, según el caso, pero no es de aborto,
- d) Dolo: El autor debe actuar con intención de matar el feto pues nuestro código no contempla la forma culposa, “se requiere la concurrencia de dolo específico, consistente en el propósito de conseguir la interrupción del embarazo, o sea la muerte del producto de la concepción.

En consecuencia no sería punible como aborto la expulsión provocada no con el propósito de matar al feto, sino de anticipar su nacimiento, para conseguir la fijación de determinados derechos (herencia, filiación, etc.) aun cuando resultare la muerte de aquél.

3. Sanción penal del autoaborto

La sanción penal es a través de la aplicación del artículo 114° reprime con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuentidos a ciento cuatro jornadas comunitarias a la mujer que causa su propio aborto, o consiente en que otro le practique.

En el caso que la mujer sea la autora de su propio aborto – autoaborto activo – y la participación de un tercero en actos de ejecución destinados a realizar maniobras abortivas mutan el hecho en aborto consentido por la mujer y se aplica al tercero el artículo 115° del Código Penal Peruano – autoaborto pasivo-. Es así que la figura del Art. 114° debe siempre hacerse jugar armónicamente con la del Art. 115°. En el caso de delito de acción bilateral, pues requiere la

acción conjunta de tercero que practica el aborto y de la mujer que presta el consentimiento.

No obstante la ejecución por parte de la mujer de su propio aborto no lo hace incompatible con actos de participación, primaria o secundaria, de terceros en el hecho de la mujer que no importan actos de ejecutivos de delito. En dichas situaciones corresponde la aplicación de las reglas comunes de la participación en el hecho de otro y la punibilidad se adecua a los términos del Art. 25° del C.P. peruano.

No hay variables independientes y dependientes, porque no se medirá la causalidad, sino se medirá la asociación de variables cualitativas o conceptos, nominales:

3.4.3. Operacionalización de la variable 1: Autoaborto

Variable 1: Autoaborto.				
Dimensiones	Indicadores	Nª Ítems	Escalas y Valores	Nivel o Rangos
1. Interrupción maliciosa del proceso de concepción	-Autoaborto como ilícito penal -Interrupción de la vida, puede presentarse provocada y sin fines terapéuticos. -Autoaborto inducido en el primer mes de concepción (ovular). -Autoaborto inducido en el segundo y tercer mes de concepción (embrionario). -Autoaborto del cuarto mes en adelante (muerte fetal)	03 Ítems	Si = 2 No = 1 Desconoce= 0	Alto Medio Bajo
2. Configuración delictiva en la ejecución del autoaborto.	-Evidencias relacionadas al autoaborto. -Dos presupuestos básicos: 1) Que exista embarazo y 2) Que el feto esté vivo. -Elementos del Autoaborto como ilícito penal: 1) Muerte del feto, 2) Maniobras abortivas, 3) Antes del nacimiento, 4) Dolo	02 Ítems	Si = 2 No = 1 Desconoce= 0	Alto Medio Bajo
3.- Sanción penal del autoaborto	-Sanción penal del Autoaborto	05 Ítems	Si = 2 No = 1	Alto Medio

no tiene efectos disuasivos	-Medida disuasiva -Factores incidentes en la ejecución del delito de autoaborto. -Hay incrementos de autoabortos clandestinos		Desconoce= 0	Bajo
-----------------------------	---	--	--------------	------

Tabla N° 1: Operacionalización de variable autoaborto

3.4.4. Definición de la Variable 2: Parricidio

Conforme el texto de la ley penal vigente y la dogmática dominante (Código Penal peruano), podemos definir el parricidio como el homicidio agravado por el conocimiento que tuvo el agente, del vínculo de parentesco consanguíneo en línea recta que lo unía a la víctima o por el conocimiento del vínculo jurídico existente con ella por acto de matrimonio civil, adopción civil o concubinato legalmente amparado.

3.4.5. Dimensiones o criterios de medición de la variable parricidio

1. La sanción penal del autoaborto debe adecuarse al delito de parricidio.

El parricidio como el homicidio agravado por el conocimiento que tuvo el agente, del vínculo de parentesco consanguíneo en línea recta que lo unía a la víctima o por el conocimiento del vínculo jurídico existente con ella por acto de matrimonio civil, adopción civil o concubinato legalmente amparado. Peña Cabrera dice al respecto: “El fundamento de esta agravación consiste en que el sujeto activo revela mayor peligrosidad, porque no solo viola y destruye el bien jurídico de la vida tutelada por la ley, sino que vulnera principios y sentimientos elementales como el respeto y acatamiento a los parientes más próximos, provocando una singular alarma social. La excesiva penalidad tiene sus fundamentos pues, en la convivencia social de otorgar al núcleo familiar y al matrimonio (y al concubinato legítimo, agregaríamos nosotros al texto del maestro San Marquino) una tutela adecuada la importancia que poseen” (Peña, 2008, p. 69).

2. Tipificación del autoaborto como parricidio.

Elementos para tipificar el autoaborto como delito de parricidio

Para que se tipifique el delito de aborto se requieren los siguientes elementos:

- a) Muerte del feto: El comienzo de ejecución está dado por la muerte del feto provocada por un tercero, ya sea que se produzca en el seno materno o a consecuencia de la expulsión prematura. Se ha objetado el concepto de “expulsión” pues el feto puede morir y no ser expulsado. Si se hace descansar sobre el concepto expulsión la existencia o no del aborto, tendremos que en esos casos de “no expulsión” no habrá aborto. Pero no es concepto determinante la expulsión sino la interrupción prematura del proceso, exista o no expulsión del seno materno, ya importe la muerte en el claustro materno, o de la expulsión provocada”,
- b) Maniobras abortivas: Se admiten medios físicos, químicos y aún psíquicos, y también la comisión por omisión,
- c) Anterioridad al nacimiento: Es necesario que el hecho se cometa antes de que comience el nacimiento, pues si se ejecuta luego se tratará de homicidio, parricidio o infanticidio, según el caso, pero no es de aborto,
- d) Dolo: el autor debe actuar con intención de matar el feto pues nuestro código no contempla la forma culposa, “se requiere la concurrencia de dolo específico, consistente en el propósito de conseguir la interrupción del embarazo, o sea la muerte del producto de la concepción.

En consecuencia no sería punible como aborto la expulsión provocada no con el propósito de matar al feto, sino de anticipar su nacimiento, para conseguir la fijación de determinados derechos (herencia, filiación, etc.) aun cuando resultare la muerte de aquél”.

Para la configuración del delito de autoaborto, se requiere estudiar en forma indubitable no solo el estado de preñez preexistente a los hechos, sino que este se hubiera interrumpido abruptamente con muerte del feto por maniobras atribuibles a los procesados, se protege la vida humana dependiente, esto es, la vida del embrión o feto, teniendo en cuenta que nuestra Constitución Política consagra en su artículo 2° inciso 1 como derecho fundamental de la persona, la vida humana y establece además que el concebido es además sujeto de derecho en todo cuanto le favorezca,

3. La penalización del aborto no tienen efectos disuasivos

La tipificación del aborto en el Código Penal, pretende en principio, erradicar el aborto de nuestra sociedad. Tal pretensión está lejos de nuestra realidad. Hay que tomar en cuenta, a este respecto, la cifra negra de éste delito, la cual alcanza cuotas bastantes altas. La clandestinidad de estas actividades es un impedimento que no puede ser superado por los estudios estadísticos (Bramont, 1995, p. 325).

El artículo 114° que sanciona el autoaborto se fundamenta en que la madre es la que únicamente tiene derecho a disponer de su propio organismo, de esa parte que es suya. Puede ella, pues, dar curso al embarazo o expedirlo. Es ella la que decide el destino del feto o del embrión.

Esto significa, de un lado desconocer que existe otra vida, no confundible con la de la madre; y de otro, implica una absolutización completamente abusiva y sin justificación de una teoría de la dependencia; b) El feto o el embrión no constituye ningún bien jurídico: se plantea el total desconocimiento del valor de la vida del feto o del embrión.

Se muestra el embrión o feto como un “no hombre” como carente de autonomía biológica y psicológica, como un ser privado de derechos no hay ninguna obligación de admitirlo a la vida y de reconocerle por ley sus derechos.

La penalización no se cumple, la prisión efectiva de dos años no se cumple y menos el trabajo comunitario, de ahí que no tenga efectos disuasivos.

4. La tipificación del parricidio requiere de una modificatoria del Código Penal.

El hecho punible de parricidio, por las peculiaridades especiales que deben concurrir para su perfeccionamiento, exige mayor penalidad para el agente respecto del homicidio simple. El o la parricida tiene mayor reprochabilidad penal al no respetar ni siquiera la vida de sus parientes naturales, legales o sentimentales, con quienes hacen o han tenido una vida en común o tienen o han tenido una relación sentimental, en el caso del autoaborto le termina la vida a su ascendiente de línea directa, evidenciándose de este modo que el agente

está más propenso y solícito a atacar en cualquier momento a personas que le son extrañas, demostrando peligrosidad para el conglomerado social. Por lo que la penalización del autoaborto como parricidio demanda una modificatoria del Código Penal Peruano donde el artículo 114° pueda ser subsumido en el artículo 107°.

Para la configuración del delito de aborto, se requiere estudiar en forma indubitable no solo el estado de preñez preexistente a los hechos, sino que este se hubiera interrumpido abruptamente con muerte del feto por maniobras atribuibles a los procesados

3.4.6. Operacionalización de la variable 2: Parricidio

Dimensiones	Indicadores	Ítems	Escalas y Valores	Nivel o Rangos
1.-La sanción penal del autoaborto debe adecuarse al delito de parricidio.	-Interrupción de su embarazo y la vida de su hijo (embrión o feto) -Evidencias de interrupción maliciosa con la configuración delictiva - La interrupción de la vida no tiene fines terapéuticos.	04 Ítems	Si = 2 No = 1 Desconoce= 0	Alto Medio Bajo
2. Tipificación del autoaborto como parricidio.	--Evidencias relacionadas al autoaborto. -Dos presupuestos básicos: 1) Que exista embarazo y 2) Que el feto esté vivo. -Elementos del Autoaborto como ilícito penal: 1) Muerte del feto, 2) Maniobras abortivas, 3) Antes del nacimiento, 4) Dolo	05 Ítems	Si= 2 No= 1 Desconoce= 0	Alto Medio Bajo
3.-La penalización del aborto no tienen efectos disuasivos	-Penalizado con el artículo 114° del código penal. -Incremento de autoabortos -No hay prisión efectiva -No tiene efectos disuasivos	05 Ítems	Si= 2 No= 1 Desconoce= 0	Alto Medio Bajo
4.- La tipificación del parricidio requiere de una modificatoria del	-Provoca muerte de su descendiente directo. -Debe ser penalizada con el artículo 107°	06 Ítems	Si= 2 No= 1 Desconoce= 0	Alto Medio Bajo

Código Penal.	considerando el autoaborto como parricidio. -Proyecto de modificatoria del código penal que autoaborto sea penalizado como parricidio. -Impacto disuasivo de los 15 años de prisión efectiva por parricidio.			
----------------------	--	--	--	--

Tabla N° 2: Operacionalización de variable parricidio

3.5. Población

Procesos principales ingresados referentes a delito de aborto durante los últimos 6 años por año de ingreso.

Tabla N° 3: Población

ESTADO	2013	2014	2015	2017	2018	Total General
ARCHIVO DEFINITIVO	5	6	3			14
EN PLAZO DE IMPUGNACIÓN	2	3	2			7
TRÁMITE			1	4		5
EN EJECUCIÓN	1	2	2			5
EN CALIFICACIÓN	1			1	2	4
SENTENCIADO/RESUELTO		1	3			4
ARCHIVO PROVISIONAL	4					4
EN TRÁMITE (pendiente)		1	1	1		3
SOBRESEIMIENTO	2					2
EXHORTO INGRESADO	2					2
REMITIDO A FISCALÍA			1			1
ARCHIVO			1			1
CALIFICADO				1		1
EJECUCIÓN		1				1
DICTAMEN FISCAL		1				1
EXHORT PARA DILIGENCIAR			1			1

PARA SENTENCIAR / PARA RESOLVER	1					1
TOTAL	18	15	15	7	2	57

Fuente: Área de Informática del PJ.

Procesos principales ingresados referentes a delito de aborto durante los últimos 6 años.

Tabla N° 4: Estadística de abortos del 2013-2018

DELITO	2013	2014	2015	2017	2018	Total General
AUTOABORTO	9	7	11	6	1	34
ABORTO SIN CONSENTIMIENTO	3	3	4	1	1	12
ABORTO CONSENTIDO	4	4				8
ABORTO AGRAVADO POR CALIDAD DE AGENTE	2					2
ABORTO PRETERINTENCIONAL		1				1
Total General	18	15	15	7	2	57

Fuente: Área de Informática del PJ.

Sobre la población de estudio de quienes hemos obtenido la información son los jueces penalistas que en total son 12.

3.6. Muestra

Nuestra unidad de análisis son los doce jueces penalistas del Poder Judicial Lima Norte.

Muestreo, es no probabilístico sino criterial, para seleccionar los jueces penales del Poder Judicial Lima Norte, en base a criterios de inclusión y exclusión.

Criterio de inclusión: Solo jueces de los juzgados penales del 1° al 11° y el 1° juzgado de investigación preparatoria.

Criterio e exclusión: Todos los jueces de otros juzgados no penales no serán nuestros informantes.

3.7. Técnicas de Investigación

Instrumento de recolección de datos

Para recoger la información para determinar los “Criterios para determinar que el delito de autoaborto se debe tipificar como delito de parricidio” que es el propósito del estudio, se utilizará dos cuestionario de 10 ítems o preguntas cada uno, de respuesta politómica (Si, No, Desconoce) que además deben justificar la respuesta ¿Por qué Si o por qué No?

El instrumento fue elaborada por el magíster en Derecho penal Hilda Hayde Hoyos Ayala, para el estudio “el delito de aborto y sus implicancias en el derecho a la vida” y ha sido adaptado al tema materia de investigación “Criterios para determinar que el delito de autoaborto se debe tipificar como delito de parricidio”, donde el Cuestionario 1: Aborto, tiene 3 dimensiones y 10 ítems. El cuestionario 2: Parricidio, tiene 4 dimensiones y 10 ítems.

3.8. Procesamiento y Análisis de datos

Tabulación y análisis de datos mediante el coeficiente de correlación de Spearman. La diferencia estadísticamente significativa se obtendrá con un valor de p menor a 0,05. El análisis estadístico se realizara con el software SPSS donde se medirá la frecuencia y el porcentaje de las opiniones de los jueces de los juzgados penales del Poder Judicial lima Norte.

CAPÍTULO IV PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

4.1. Presentación de los resultados

Tabla N° 5: Correlaciones de variables

			Correlaciones				
			Interrupción maliciosa del proceso de concepción	Configuración delictiva en la ejecución del autoaborto.	Sanción penal del autoaborto	Parricidio	Autoaborto
Interrupción maliciosa del proceso de concepción	Coefficiente de		1,000	-,119	-,807**	,737**	-,046
	Sig. (bilateral)		.	,712	,001	,006	,887
	N		12	12	12	12	12
Configuración delictiva en la ejecución del autoaborto.	Coefficiente de		-,119	1,000	,477	-,635*	,866**
	Sig. (bilateral)		,712	.	,117	,027	,000
	N		12	12	12	12	12
Rho de Spearman	Sanción penal del autoaborto	Coefficiente de	-,807**	,477	1,000	-,971**	,523
		Sig. (bilateral)	,001	,117	.	,000	,081
		N	12	12	12	12	12
Parricidio	Coefficiente de		,737**	-,635*	-,971**	1,000	-,622*
	Sig. (bilateral)		,006	,027	,000	.	,031
	N		12	12	12	12	12
Autoaborto	Coefficiente de		-,046	,866**	,523	-,622*	1,000
	Sig. (bilateral)		,887	,000	,081	,031	.
	N		12	12	12	12	12

** La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

* La correlación es significativa al nivel 0,05 (bilateral).

Los datos analizados con el estadístico el coeficiente de correlación de Spearman con una aproximación de error del 5% con un nivel de significancia de $\alpha = 0.05$ y una validez al 95% en donde la variable delito del autoaborto esta correlacionada inversamente con la variable delito de parricidio en la hipótesis general, siendo el valor de $\rho = -0.622$ cuya significancia es $p = 0.031$

La hipótesis específica 1 se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación demostrándose que la dimensión interrupción maliciosa del proceso de concepción con el delito de parricidio esta correlacionada directamente con la variable delito de parricidio cuyo valor de $p = 0.737$ y la significancia es $\alpha = 0.006$.

La hipótesis específica 2 se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación demostrándose que la a dimensión configuración delictiva en la ejecución del autoaborto está correlacionada inversamente con la variable delito de parricidio, el valor de $p = -0.635$ y la significancia es $\alpha = 0.027$

La hipótesis específica 3 se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación demostrándose que la a dimensión sanción penal de autoaborto está altamente correlacionada inversamente con la variable delito de parricidio siendo el valor de $p = -0.971$ de alta correlación y alta significancia $\alpha = 0.000$

4.2. Contrastación de Hipótesis

Prueba de la hipótesis general

H1: Si está asociado el delito del autoaborto, con el delito de parricidio.

H0: No está asociado el delito del autoaborto, con el delito de parricidio.

Para la contrastación de hipótesis se ha tomado en cuenta los totales obtenidos en cada una de las dimensiones y los totales para las variables en estudio, es decir el auto aborto y el parricidio. Por ser la información proveniente de mediciones no paramétricas, se está considerando el coeficiente de correlación de Spearman.

$$\rho = 1 - \frac{6 \sum D_i^2}{n(n^3 - 1)}$$

Donde: $D_i = R_i - S_i$

Hipótesis nula: el coeficiente ρ es igual a cero.

El cual se evalúa mediante:

$$t = \frac{|\rho| \sqrt{n-2}}{[1-\rho^2]^{1/2}} \text{ con } n - 2 \text{ grados de libertad}$$

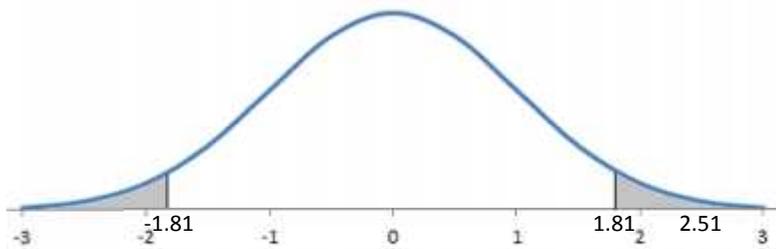
Prueba de la hipótesis general: Correlación de la variable delito del autoaborto con el delito de parricidio.

$H_0: \rho = 0$

$H_1: \rho \neq 0$

Nivel de significancia: $\alpha = 0.0$

Región crítica:



$\rho = -0.6$

$t = 2.5$

Figura N° 2: Curva de Gauss de Hipótesis general

Decisión: Como $\text{sig} = 0.031 < 0.05 = \alpha$ luego Rechazar H_0

Conclusión: La variable delito del autoaborto esta correlacionada con la variable delito de parricidio.

Prueba de la hipótesis específica 1: Correlación de la dimensión interrupción maliciosa del proceso de concepción con la variable delito de parricidio.

H1: Si se asocia la interrupción maliciosa del proceso de concepción con el delito de parricidio.

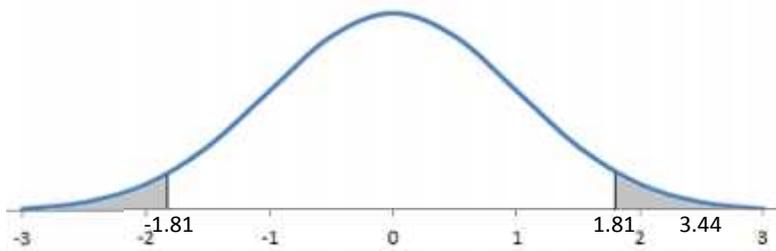
H0: No se asocia la interrupción maliciosa del proceso de concepción con el delito de parricidio.

$$H_0: \rho = 0$$

$$H_1: \rho \neq 0$$

Nivel de significancia: $\alpha = 0.05$

Región crítica:



$$\rho = 0.737$$

$$t = 3.44$$

Figura N° 3: curva de gauss de Hipótesis específica 1

Decisión: Como $\text{sig} = 0.006 < 0.05 = \alpha$ luego Rechazar H_0

Conclusión: La dimensión interrupción maliciosa del proceso de concepción con el delito de parricidio esta correlacionada con la variable delito de parricidio cuyo valor de $p = 0.006$ y la significancia es $\alpha = 0.006$

Prueba de la hipótesis específica 2

H1: Si se asocia la configuración delictiva en la ejecución del autoaborto con el delito de parricidio.

H0: No se asocia la configuración delictiva en la ejecución del autoaborto con el delito de parricidio.

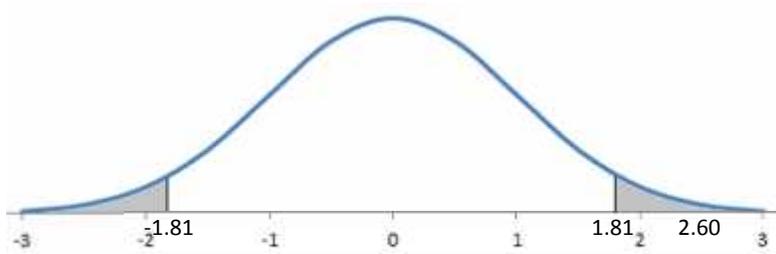
Prueba de la hipótesis específica 2: Correlación de la dimensión la configuración delictiva en la ejecución del autoaborto con la variable delito de parricidio.

$$H_0: \rho = 0$$

$$H_1: \rho \neq 0$$

Nivel de significancia: $\alpha = 0.05$

Región crítica:



$$\rho = -0.6$$

$$t = 2.6$$

Figura N° 4: Curva de Gauss de Hipótesis específica 2

Decisión: Como $\text{sig} = 0.027 < 0.05 = \alpha$ luego Rechazar H_0

Conclusión: La dimensión configuración delictiva en la ejecución del autoaborto está correlacionada directamente con la variable delito de parricidio.

Prueba de la hipótesis específica 3

H_1 : Si la sanción penal del autoaborto no tiene efectos disuasivos en la comisión del autoaborto, por no ejecutarse la prisión efectiva.

H_0 : No la sanción penal del autoaborto no tiene efectos disuasivos en la comisión del autoaborto, por no ejecutarse la prisión efectiva.

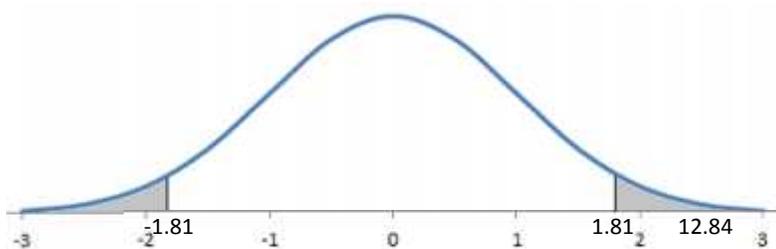
Prueba de la hipótesis específica 3: Si la sanción penal del autoaborto no tiene efectos disuasivos en la comisión del autoaborto, por no ejecutarse la prisión efectiva.

$$H_0: \rho = 0$$

$$H_1: \rho \neq 0$$

Nivel de significancia: $\alpha = 0.0$

Región crítica:



$$\rho = -0.9$$

$$t = 1.8$$

Figura N° 5: curva de Gauss de la hipótesis específica 3

Decisión: Como $\text{sig} = 0.000 < 0.05 = \alpha$ luego Rechazar H_0

Conclusión: La dimensión sanción penal de autoaborto está altamente correlacionada inversamente con la variable delito de parricidio.

4.3. Análisis e interpretación

¿En su opinión en el autoaborto como ilícito penal existe interrupción maliciosa del proceso de concepción?

Tabla N° 6: Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	11	91.7
NO	1	8.3
DESCONOCE	0	0.0
Total	12	100.0

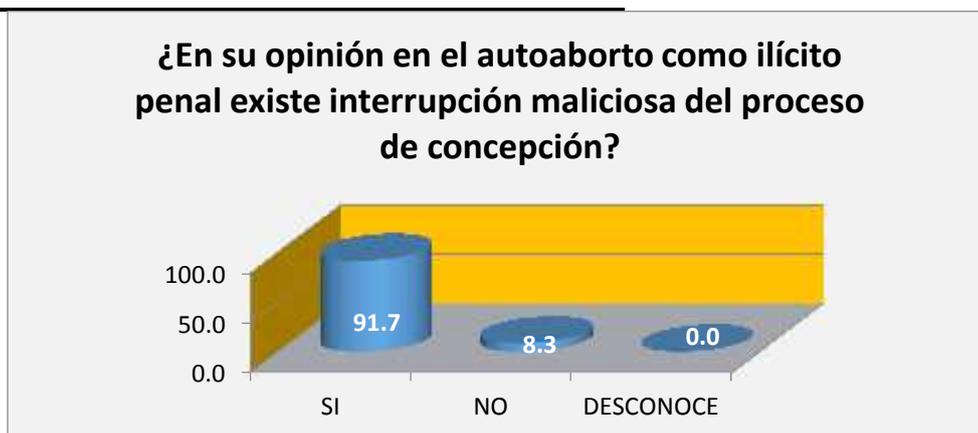


Figura N° 6: Barras de porcentajes

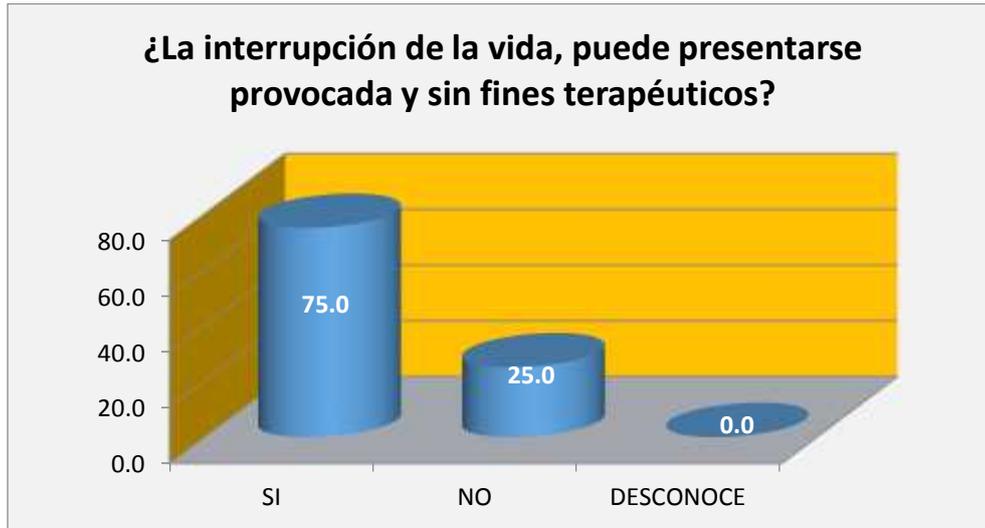
Del 100% de informantes el 91.7% dicen si estar de acuerdo que la propia madre es quien toma la decisión de interrumpir el embarazo a sabiendas que no lo debe de hacer, mientras que el 8.3% expresa no estar de acuerdo con la interrupción maliciosa del proceso de concepción.

¿La interrupción de la vida, puede presentarse provocada y sin fines terapéuticos?

Tabla N° 7: frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	9	75.0
NO	3	25.0
DESCONOCE	0	0.0
Total	12	100.0

Figura N° 7: barras en %



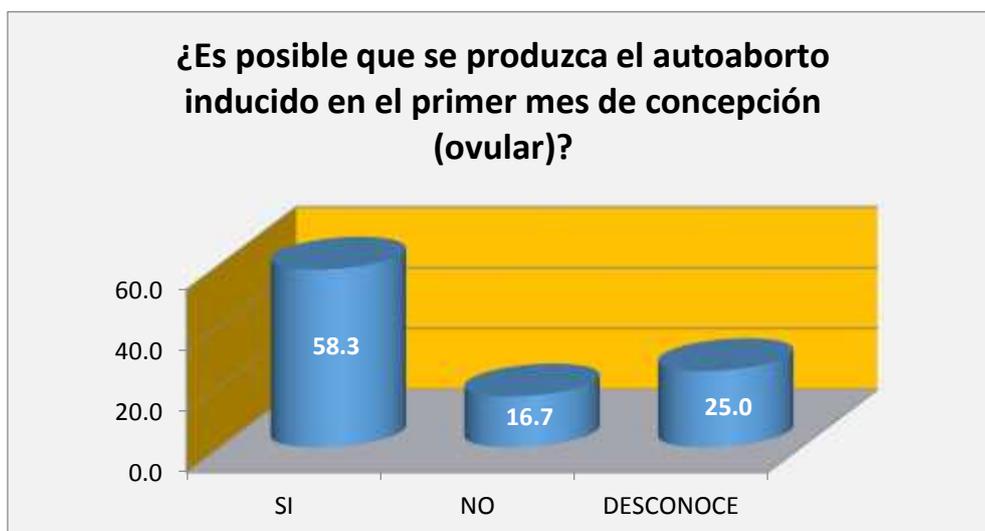
El 75% sostiene que la madre autoaborta por razones estrictamente personales y/o familiares sin que medie una justificación médica que ponga en peligro la vida de la gestante, mientras que el 25% justifica el aborto.

¿Es posible que se produzca el autoaborto inducido en el primer mes de concepción (ovular)?

Tabla N° 8. Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	7	58.3
NO	2	16.7
DESCONOCE	3	25.0
Total	12	100.0

Figura N° 8: barras en %



El 58.3% afirma que interrumpe el embarazo en el primer mes, por cuanto la propia madre sabe el grado menor de riesgo para su vida y lo hace sin temor alguno, el 15.7% niega y el 25% dice desconocer.

¿En su opinión existen evidencias relacionadas con la configuración delictiva en la ejecución del delito de autoaborto?

Tabla N° 9. Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	3	25.0
NO	4	33.3
DESCONOCE	5	41.7
Total	12	100.0

Figura N° 9: barras en %



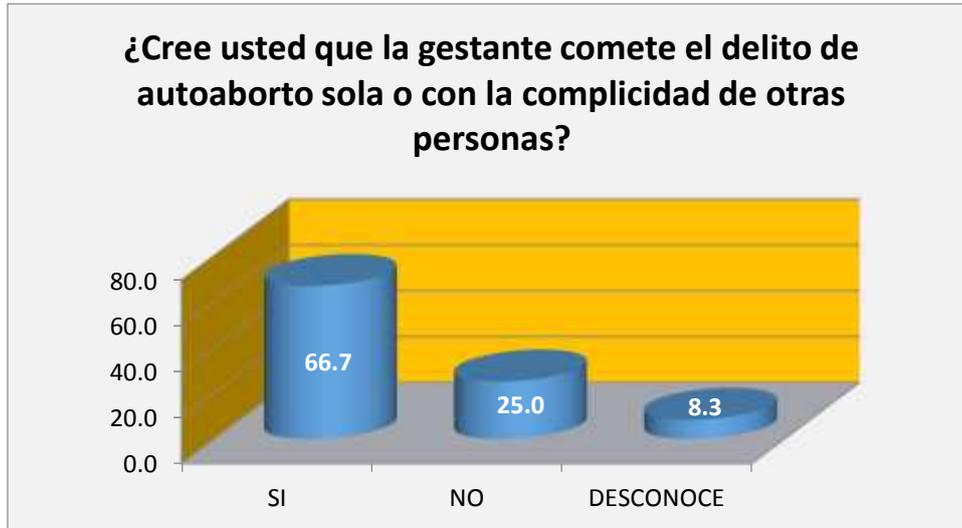
El 41.7% dice desconocer, el 33.3% niega la configuración delictiva y el 25% afirma que las evidencias del autoaborto es que existen lugares donde se realiza esta ilícita práctica, como la venta de productos abortivos sin el mínimo control, desarrolla la idea delictiva, los actos preparatorios, tentativa, ejecución del ilícito penal por aborteros clandestinamente.

¿Cree usted que la gestante comete el delito de autoaborto sola o con la complicidad de otras personas?

Tabla N° 10. Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	8	66.7
NO	3	25.0
DESCONOCE	1	8.3
Total	12	100.0

Figura N° 10: barras en %



El 66.7% afirman que el delito de autoaborto lo comete sola, pero para los actos preparatorios y su consumación mayormente lo hace en complicidad con otras personas, el 25% lo niega y el 8.3% desconoce.

¿Cree que actualmente la legislación peruana sanciona como corresponde a quien atenta contra la protección integral de la mujer en estado de gestación (ovular, embrionario y fetal)?

Tabla N° 11. Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	0	0.0
NO	12	100.0
DESCONOCE	0	0.0
Total	12	100.0

Figura N° 11: barras en %



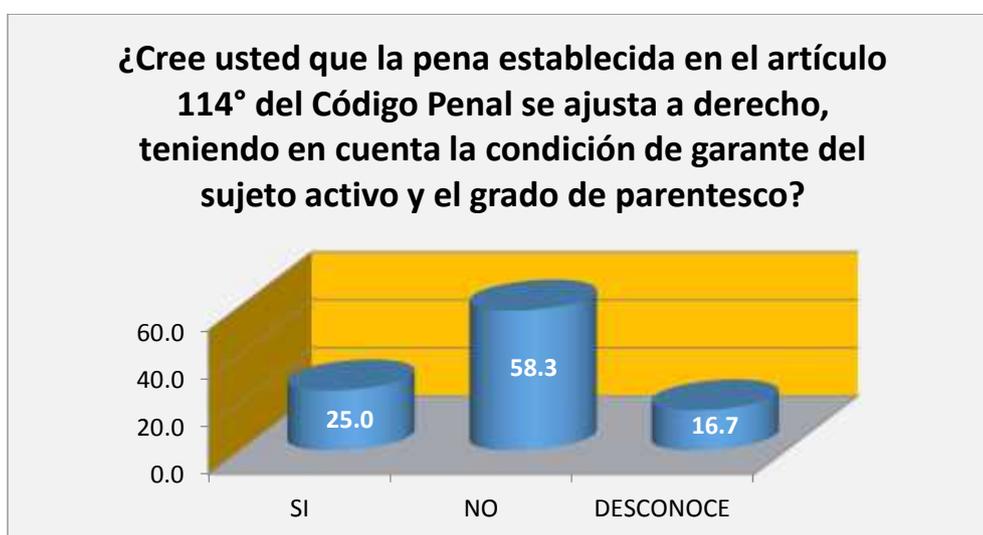
El 100% niega que el Código Penal sanciona el aborto consentido con una pena que es totalmente desproporcional, en relación al sujeto activo, su condición de garante y el parentesco en línea recta.

¿Cree usted que la pena establecida en el artículo 114° del Código Penal se ajusta a derecho, teniendo en cuenta la condición de garante del sujeto activo y el grado de parentesco?

Tabla N° 12. Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	3	25.0
NO	7	58.3
DESCONOCE	2	16.7
Total	12	100.0

Figura N° 12: barras en %



El 58.3% niega que la pena establecida en el artículo 114° del Código Penal se ajusta a derecho porque es deber de la madre cuidarse y cuidar el producto de la concepción, y más aun siendo consciente que el grado de parentesco es en línea recta de madre a hijo (a) el 25% afirma que si se ajusta a derecho, mientras que el 16.7% desconoce.

¿Considera Usted que la legislación actual en el país genera alternativas para el desarrollo familiar en lo laboral, educativo, asistencia en la salud, moral y cultural?

Tabla N° 13. Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	7	58.3
NO	5	41.7
DESCONOCE	0	0.0
Total	12	100.0

Figura N° 13: barras en %



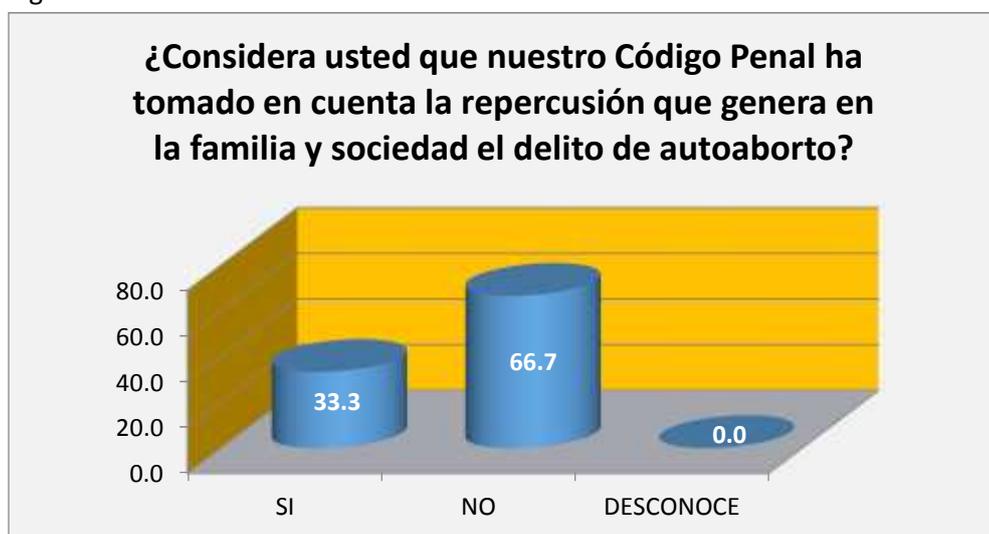
El 58.3% afirman que la legislación peruana solo son enunciados escritos, pero no se llevan a la práctica con programas integrales que tengan permanencia, la misma que se deben desarrollar en programas educativos de primaria, secundaria y superior, en salud, promoción del empleo, en asistencia a la familia, obviamente más el importante refuerzo del hogar familiar, el 41.7% lo niega que la legislación actual genere alternativas para el desarrollo familiar..

¿Considera usted que nuestro Código Penal ha tomado en cuenta la repercusión que genera en la familia y sociedad el delito de autoaborto?

Tabla N° 14. Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	4	33.3
NO	8	66.7
DESCONOCE	0	0.0
Total	12	100.0

Figura N° 14: barras en %



El 66.7% niega que el Código Penal haya tomado en cuenta la repercusión en la familia y la sociedad porque castiga este delito, con una pena no mayor de dos años, sin tener en cuenta el daño causado a la víctima (el feto), a los familiares y la sociedad, el 33.3% si lo afirma.

¿El autoaborto como ilícito penal afecta la salud física y psicológica de la Madre?

Tabla N° 15. Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	12	100.0
NO	0	0.0
DESCONOCE	0	0.0
Total	12	100.0

Figura N° 15: barras en %



El 100% afirman que si afectan a la salud de la madre porque mayormente estas prácticas las realizan en forma cacerá, sin prescripción médica y la afectación psicológica radica en la pérdida de su ser en formación en su vientre.

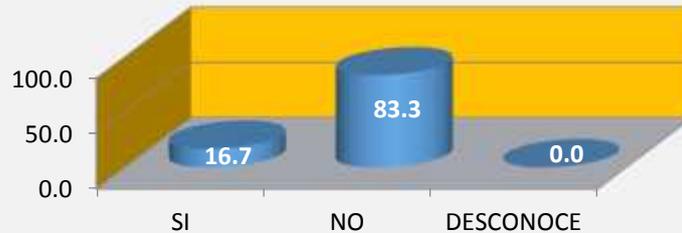
¿Considera que en el Perú la Constitución Política y la legislación peruana garantizan como debe de ser el derecho a la vida y a la salud que tiene la persona humana, aun siendo producto de concepción ovular, embrionario o fetal?

Tabla N° 16. Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	2	16.7
NO	10	83.3
DESCONOCE	0	0.0
Total	12	100.0

Figura N° 16: barras en %

¿Considera que en el Perú la Constitución Política y la legislación peruana garantiza como debe de ser el derecho a la vida y a la salud que tiene la persona humana, aun siendo producto de concepción ovular, embrionario o fetal?



El 83.3% afirman que existe en la ley la garantía a la vida y a la salud del ser humano pero no se pone en práctica un programa que haga efectivo la aplicación de estas normas, mientras que el 16.7% lo niega..

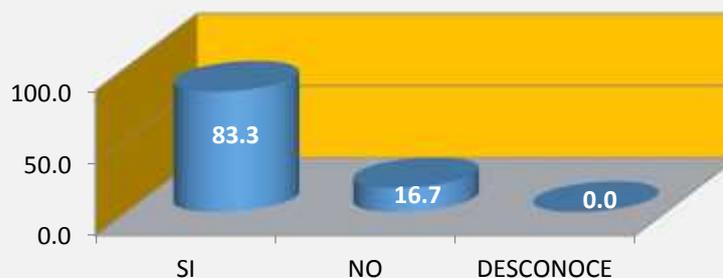
¿Considera que en el País se requiere intensas campañas de prevención del autoaborto mediante educación sexual y sus implicancias penales a fin de disuadir la comisión del delito?

Tabla N° 17. Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	10	83.3
NO	2	16.7
DESCONOCE	0	0.0
Total	12	100.0

Figura N° 17: barras en %

¿Considera que en el País se requiere intensas campañas de prevención del autoaborto mediante educación sexual y sus implicancias penales a fin de disuadir la comisión del delito?



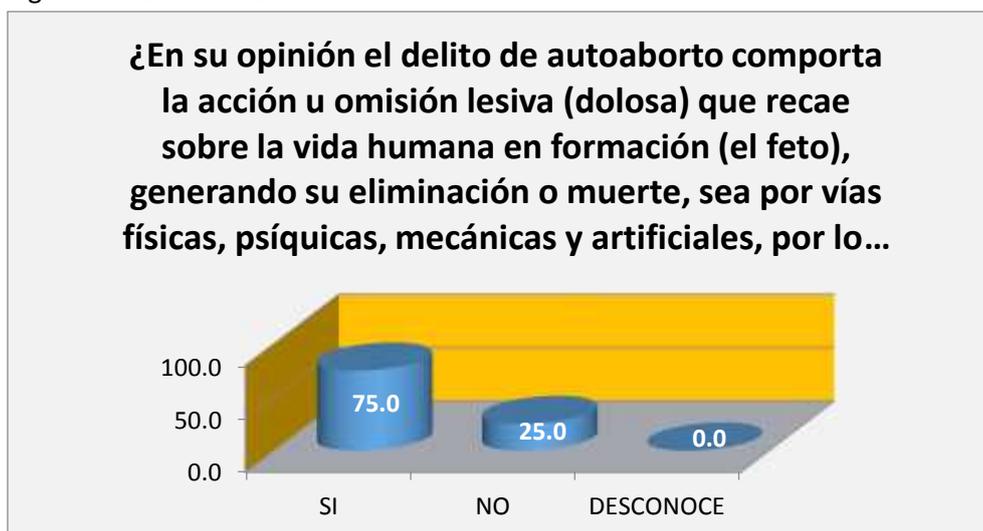
El 83.3% afirman que si es necesario de difundir el autoaborto como un grave delito, pero también hacerlo extensivo a quienes practican este ilícito penal, por la complicidad y el resultado de su proceder, mientras que el 16.7% lo niega.

¿En su opinión el delito de autoaborto comporta la acción u omisión lesiva (dolosa) que recae sobre la vida humana en formación (el feto), generando su eliminación o muerte, sea por vías físicas, psíquicas, mecánicas y artificiales, por lo cual deben ser?

Tabla N° 18. Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	9	75.0
NO	3	25.0
DESCONOCE	0	0.0
Total	12	100.0

Figura N° 18: barras en %



El 75% afirman que el delito de autoaborto debe de ser tipificadas como parricidio por darle muerte a su indefenso descendiente y no premiarla como un simple aborto a dos años, tal como lo establece el vigente art. 114° del código penal, mientras que el 25% lo niegan.

¿En su opinión para aquella persona que dolosamente le extingue la vida a su propio hijo (a) en formación, practicándose el autoaborto sin respetar la condición indefensa del sujeto pasivo, por esta razón la sanción penal debe adecuarse al delito de parricidio?

Tabla N° 19. Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	7	58.3
NO	5	41.7
DESCONOCE	0	0.0
Total	12	100.0

Figura N° 19: barras en %



El 58.3% afirma que indudablemente, la sanción debe ser mayor por cuanto la pena es retributiva y el autoaborto debe ser considerado como parricidio y sancionarse con los años de prisión que ésta sanciona, mientras que el 41% lo niega.

¿En su opinión según la naturaleza jurídica del autoaborto, acto criminal provocado dolosamente por la progenitora, quien sostiene una relación de consanguinidad en línea recta por ser la (madre del ser en formación), su conducta debe ser tipificada como delito de parricidio?

Tabla N° 20. Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	9	75.0
NO	3	25.0
DESCONOCE	0	0.0
Total	12	100.0

Figura N° 20: barras en %



El 75% afirma que se debe tener en cuenta que desde los actos preparatorios del crimen (iter criminis), la actora actúa con pleno conocimiento que va a darle muerte a su propio hijo (a),

reprochando el derecho a la vida, que tiene el ser formándose en su vientre, por lo tanto es un delito de parricidio, mientras que el 25% lo niega.

¿Cree usted que se debe considerar el autoaborto como parricidio siempre que el feto tenga menos de 20 semanas y un peso no mayor de 500 gramos, tal como lo sostiene la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Según Recurso de Nulidad N° 3336 – 2015?

Tabla N° 21. Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	5	41.7
NO	5	41.7
DESCONOCE	2	16.7
Total	12	100.0

Figura N° 21: barras en %



El 41.7% afirma que el autoaborto debe ser considerado como parricidio por cuanto son 05 meses de gestación, el ser por nacer se encuentra formado y en pleno desarrollo es un feto, mientras que el 41.7% niega que debe ser considerado como parricidio, el 16.7% desconoce.

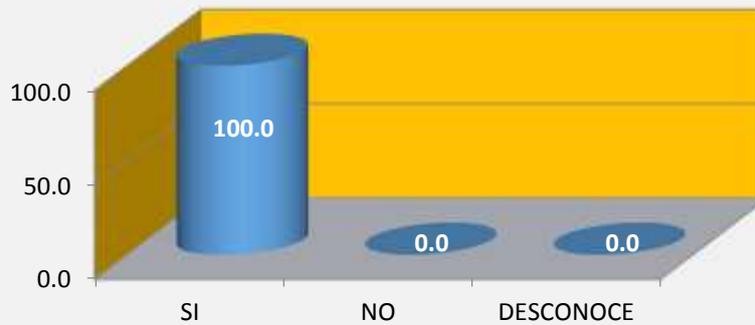
¿En su opinión existen implicancias jurídicas para quienes interrumpen (ejecuten el autoaborto) el derecho a la vida en el desarrollo ovular, embrionario y fetal?

Tabla N° 22. Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	12	100.0
NO	0	0.0
DESCONOCE	0	0.0
Total		

Figura N° 22: barras en %

¿En su opinión existen implicancias jurídicas para quienes interrumpen (ejecuten el autoaborto) el derecho a la vida en el desarrollo ovular, embrionario y fetal?



El 100% afirman que existen implicancias jurídicas para los que ejecuten el autoaborto, pero son desproporcionadas por la condición del sujeto activo, y la pena regulada en la ley penal.

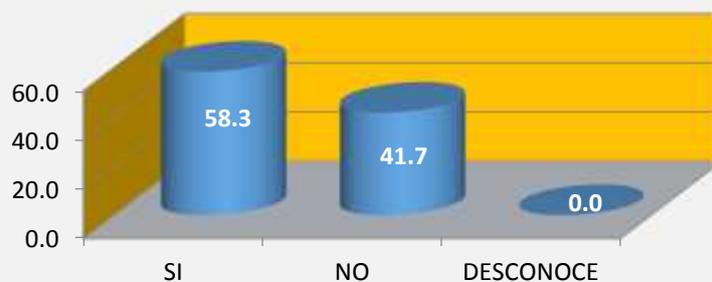
¿En su opinión el autoaborto debe calificarse como delito de parricidio, derogándose el artículo 114° del Código Penal vigente y trasladarlo al artículo 107° del acotado cuerpo legal?

Tabla N° 23 Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	7	58.3
NO	5	41.7
DESCONOCE	0	0.0
Total	12	100.0

Figura N° 23: barras en %

¿En su opinión el autoaborto debe calificarse como delito de parricidio, derogándose el artículo 114° del Código Penal vigente y trasladarlo al artículo 107° del acotado cuerpo legal?



El 58.3% afirman porque significaría proteger la vida humana tal como lo establece la constitución y demás normas legales, se evitaría que centros clandestinos sigan dando este

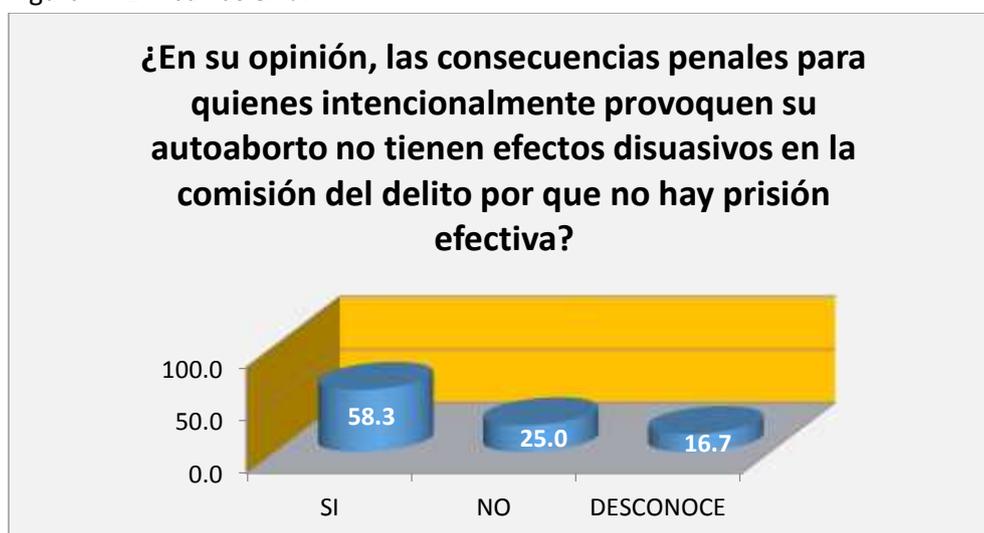
ilícito servicio, y parar con el expendio de medicinas abortivas, bajo apercibimiento de cierre, el 41.7% lo niega esa posibilidad expresando su total acuerdo con lo establecido por el código penal.

¿En su opinión, las consecuencias penales para quienes intencionalmente provoquen su autoaborto no tienen efectos disuasivos en la comisión del delito por que no hay prisión efectiva?

Tabla N° 24. Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	7	58.3
NO	3	25.0
DESCONOCE	2	16.7
Total	12	100.0

Figura N° 24: barras en %



El 58.3% afirma que efectivamente si son disuasivas por ser muy benigna (no mayor de dos años), generándose una especie de licencia a la madre actora, para que pueda volver a cometer dicho delito, o a otras madres poder cometerlo, a sabiendas que no hay prisión efectiva, el 25% niega que no tienen efectos disuasivos, el 16.7% desconocen.

¿En su opinión una reforma legislativa del Código Penal vigente, artículo 107° por delito de parricidio sancionará con prisión de 15 años a aquellas mujeres que intencionalmente provoquen su autoaborto, tendría mayores efectos disuasivos?

Tabla N° 25. Frecuencia y %

ALTERNATIVAS	Frecuencia	Porcentaje
SI	7	58.3
NO	3	25.0
DESCONOCE	2	16.7
Total	12	100.0

Figura N° 25: barras en %



El 58.3% afirma que se estaría garantizando la vida humana, el sujeto activo no cometería dicho delito por la carceraría a sufrir, y los cómplices desistirían de avalar el ilícito hecho, el 25% niega esa posibilidad y el 16.7% desconoce el tema.

CAPÍTULO V DISCUSIÓN

5.1. Discusión

Hoyos (2016) en el estudio “El delito de aborto y sus implicancias en el derecho a la vida”, encuestó a 380 abogados habilitados del CAL donde el 96% de los abogados, opinaron que en este ilícito penal (aborto) existe la interrupción maliciosa en el proceso de concepción; mientras el 3% no estuvieron de acuerdo con lo señalado por el grupo anterior y el 1% manifestaron desconocer, después de aplicar el análisis estadístico mediante el coeficiente de correlación de Pearson con un nivel de confianza del 95% se arribó a las siguientes conclusiones: 1) la interrupción maliciosa del proceso de concepción, restringe la generación de alternativas para el desarrollo familiar. 2) la interrupción provocada y sin fines terapéuticos, atenta contra la protección integral de la persona humana. 3) el aborto inducido en el primer mes de concepción (ovular), atenta contra la persona humana y el derecho a nacer; comparado con nuestros resultados 1) Del 100% de informantes el 91.7% dicen si estar de acuerdo que la propia madre es quien toma la decisión de interrumpir el embarazo a sabiendas que no lo debe de hacer, mientras que el 8.3% expresa no estar de acuerdo con la interrupción maliciosa del proceso de

concepción.2) El 75% sostiene que la madre autoaborta por razones estrictamente personales y/o familiares sin que medie una justificación médica que ponga en peligro la vida de la gestante, mientras que el 25% justifica el aborto.3) El 58.3% afirma que interrumpe el embarazo en el primer mes, por cuanto la propia madre sabe el grado menor de riesgo para su vida y lo hace sin temor alguno, el 15.7% niega y el 25% dice desconocer.

Sandoval (2005) en el estudio “Aborto clandestino: factores asociados, impacto en la salud pública y análisis de la situación legal”, la discusión de los resultados de las indagaciones nos revela que el embarazo no deseado sigue siendo una de las mayores debilidades del sistema de salud de nuestro país, se considera que dos tercios de los embarazos producidos son no deseados y la mitad de estos son interrumpidos clandestinamente. La conclusión del estudio es que el Perú es uno de los países latinoamericanos donde se practica el mayor número de abortos. Sólo un reducido número de abortos clandestinos es denunciado. Por lo tanto es uno de los delitos más cometido y menos sancionado legalmente. Agentes comprometidos en el tema, como pacientes y médicos ginecólogos, opinan que la legislación debería ser modificada y que el aborto debe permitirse bajo circunstancias específicas; comparados con nuestros resultados 1) Los informantes opinan que el autoaborto debe ser penalizado como parricidio el 58.3% afirman porque significaría proteger la vida humana tal como lo establece la constitución y demás normas legales, se evitaría que centros clandestinos sigan dando este ilícito servicio, y parar con el expendio de medicinas abortivas, bajo apercibimiento de cierre, el 41.7% lo niega esa posibilidad expresando su total acuerdo con lo establecido por el código penal.2) piden la modificatoria del código penal en cuanto a la penalización del autoaborto como parricidio donde el 58.3% afirma que se estaría garantizando la vida humana, el sujeto activo no cometería dicho delito por la carcelería a sufrir, y los cómplices desistirían de avalar el ilícito hecho, el 25% niega esa posibilidad y el 16.7% desconoce el tema.

5.2. Conclusiones

1. La variable delito del autoaborto esta correlacionada inversamente con la variable delito de parricidio, siendo el valor de $\rho = -0.622$ existe una correlación inversa, cuya significancia es $\alpha = 0.031$, lo cual indica que el autoaborto si bien es penalizada con el artículo 114° del código penal, siendo ésta muy benigna que no tiene repercusión disuasiva además ésta no se aplica con prisión efectiva, por lo cual el delito de autoaborto debe ser tipificada como delito de parricidio y que el Código Penal debe ser modificado.
2. La dimensión interrupción maliciosa del proceso de concepción de la variable autoaborto está correlacionada con el delito de parricidio cuyo valor de $p = 0.737$ y la significancia es $\alpha = 0.006$. lo cual indica que el delito de autoaborto es ejecutada conscientemente por la madre interrumpiendo el embarazo, terminando con la vida de un feto que es su ascendiente en línea directa, por lo que debe ser tipificada como delito de parricidio.
3. La dimensión configuración delictiva en la ejecución del autoaborto de la variable autoaborto está correlacionada inversamente con la variable parricidio siendo el valor de $p = -0.635$ y la significancia es $\alpha = 0.027$, lo cual indica que existe disconformidad con la configuración delictiva del autoaborto debiendo ser configurado como delito de parricidio.
4. La dimensión sanción penal del autoaborto de la variable autoaborto está altamente correlacionada inversamente con la variable delito de parricidio siendo el valor de $p = -0.971$ de alta correlación y alta significancia $\alpha = 0.000$, lo cual es una tendencia fuerte de acuerdo en cambiar o modificar el Código Penal en lo referente a la sanción penal del autoaborto debiendo ser la penalización como delito de parricidio.

5.3. Recomendaciones

1. Se recomienda a los magistrados de los juzgados penales y de preparación del Poder Judicial de Lima Norte, que el delito del autoaborto debe ser tipificada como delito de parricidio.
2. Se recomienda a los magistrados de los juzgados penales y de preparación del Poder Judicial de Lima Norte, que la interrupción maliciosa del proceso de concepción delito de autoaborto debe ser penalizada como delito de parricidio.
3. Se recomienda a los magistrados de los juzgados penales y de preparación del Poder Judicial de Lima Norte, que la configuración delictiva en la ejecución del autoaborto debe ser tipificada como delito de parricidio.
4. Se recomienda a los magistrados de los juzgados penales y de preparación del Poder Judicial de Lima Norte, la sanción penal del autoaborto no tiene efectos disuasivos por lo que debe ser modificado el Código Penal para penalizar el autoaborto como delito de parricidio.
5. Se propone al Congreso de la República un proyecto de modificatoria del Código penal subsumiendo el artículo 114° en el Artículo 107° donde se aplica una pena efectiva más severa de 15 años de privación de la libertad por el delito de parricidio.

5.4. Referencia bibliográfica:

a. Libros

Bramont Arias, Luis (1995). *Código Penal Anotado*, primera edición. Lima, Perú: San Marcos.

Cabanellas, Guillermo (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Tomo I-VIII. Madrid. Editorial: Heliasta, 29°, Edición Española.

Caro John. José. A. (2017). *Summa Penal 2017*, segunda edición. Lima, Perú: Nomos & Tesis.

Caro John. José. A. (2018). *Summa Penal 2018*, tercera edición. Lima, Perú: Nomos & Tesis.

Carrara, Francisco (1973) *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Bogotá, Colombia: Temis.

Calderón J. y Alzamora L. (2006). *Influencia de las relaciones familiares sobre el aborto provocado en adolescentes, Servicios Personalizados. Artículo publicado en la Revista Scielo Analytics. Revista peruana de Medicina Experimental y Salud Pública. Versión impresa ISSN 1726-4634. Rev. Perú. Med. Exp. Salud Pública V.23, Lima Oct./Dic. 2006*

Chanamé Orbe, Raúl (1993). *La Constitución Comentada*. Lima, Perú: Ediciones legales.

Chirinos Soto, Francisco (2004). *Código Penal*, segunda edición. Lima, Perú: Editorial rodhas.

Ezaine Chávez, Amado (1984). *El Iter Criminis*, quinta edición. Lima, Perú: Ediciones jurídicas lambayecanas.

- Fernández Sessarego, Carlos (1987). *Derecho de las Personas*, segunda edición. Lima, Perú: Librería Studium.
- Figari Rubén y Parma Carlos (2010). *El Homicidio y Aborto en la Legislación Peruana*, primera edición. Lima, Perú: Motivensa, editora jurídica.
- Flores Polo, Pedro. (1984). *Diccionario de Términos Jurídicos*, Tomo II. Lima, Perú: Editores importadores SA.
- Gaceta Jurídica 2008). *Código Civil Comentado*, primera edición. Tomo I. Derechos de las Personas – Acto Jurídico. Lima, Perú: Gaceta Jurídica SA.
- Gálvez Villega, Tomas Aladino y Delgado Tovar, Walther Javier. (2017) *Derecho Penal Parte Especial (Introducción a la Parte General)*, Tomo I. Lima, Perú: Jurista editores.
- Gutiérrez Camacho, Walter (2005). *La Constitución Comentada*, primera edición, Tomo I. Lima, Perú: Gaceta jurídica SA.
- Gutiérrez Camacho, Walter (2013). *La Constitución Comentada*, segunda edición, Tomo I. Lima, Perú: Gaceta jurídica SA.
- Hurtado, José (1994). *Manual de Derecho Penal - Parte Especial*, Tomo II - El aborto. Lima, Perú: Ediciones Juris
- Juristas Editores (2017). *Código Penal*, edición abril. Lima, Perú: Jurista editores EIRL.
- Lamas L. y Gaceta Jurídica (2012). *Código Penal*, cuarta edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

- Landrove Díaz, Gerardo (1985). *El aborto y el futuro código penal*. Madrid, España: Anales de derecho.
- Landrove Díaz, Gerardo (1985). *La tímida despenalización del aborto en España*. Madrid, España: Estudios Penales y Criminológicos.
- Landrove Díaz, Gerardo (1980). *Voluntaria interrupción del embarazo y derecho penal*. Madrid, España: CPC.
- Melgarejo Barreto, Pepe (2014). *Curso de Derecho Penal (parte general)*, segunda edición. Lima, Perú: Jurista editores.
- Roy, L. (1974). “*Derecho Penal Peruano*”. Parte Especial. Tomo I, Instituto Peruano de Ciencias Penales.
- Santillán, Delgado, Barandiaran, Barrientos, Izquierdo y Marco. *El aborto enfocado en la perspectiva del derecho a la vida y la necesidad de establecer parámetros para el respeto del mismo*.
- Silva Sánchez, J.M. (2007). *Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae*. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
- Souto García, E.M. (2009). *Mujer y vida prenatal: ¿ Dos realidades irreconciliables?: Análisis sobre la posible reforma en materia de aborto*. Anuario da Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña. Revista Jurídica Interdisciplinar Internacional.
- Villa Stein, Javier (2004). *Derecho Penal (parte especial)*, segunda edición. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- Villa Stein, Javier (2014). *Derecho Penal (parte general)*. Lima, Perú: ARA Editores EIRL.

b. Tesis

- Arévalo López, Diana Elizabeth. López Hernández, Reyna Isabel. Mejía Landaverde, José Adrian (2014). *La aplicación del Estado de Necesidad en el Aborto Terapéutico en el Salvador*, tesis para obtener el grado de licenciado en ciencias jurídicas en la Universidad de El Salvador Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales Escuela de Ciencias Jurídicas, San Salvador. Recuperado de <http://www.librosperuanos.com/libros/detalle/17718/El-parricidio-entre-la-infraccion-del-deber-y-el-feminicidio>
- Gallardo Hurtado, Gloria valeska. y Salazar Navia, Andrea Stella (2013). Tesis el Aborto y los Derechos Humanos Universidad de Chile Marzo del 2013. Recuperado de http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113333/de-gallardo_g.pdf;sequence=1.
- López De León, Sara Maritza (2014). La Despenalización del Aborto con ocasión de una violación. Tesis de grado para optar la licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Rafael Landívar Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala. Recuperado de <http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesisjcem/2014/07/01/LopezSara.pdf>
- Pérez Balelo, Solange Stefania (2015). "El aborto: Una alternativa en el código orgánico integral penal en casos de violación a cualquier mujer, al amparo del derecho de igualdad y no discriminación y el derecho a la libertad sobre su vida sexual y reproductiva." Tesis para obtener el título de Abogada de los tribunales y juzgados de la república en la Universidad de las Américas. Ecuador. Recuperado de <http://dspace.udla.edu.ec/handle/33000/4481>

Sandoval Paredes, José Del Carmen(2005). Aborto clandestino: factores asociados, impacto en la salud pública y análisis de la situación legal. Tesis para optar el grado de doctor en medicina en la UNMSM, Facultad de Medicina, Unidad de posgrado. Recuperado de <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/2922>

Hoyos Ayala, Hilda Hayde (2016). “El delito de aborto y sus implicancias en el derecho a la vida”. Tesis para optar el Grado de maestría en derecho penal en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Recuperado de http://repositorio.uigv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.11818/1138/T_MAESTRIA%20EN%20DERECHO%20PENAL_09310222_HOYOS_AYALA_HILDA%20HAYDE.pdf?sequence=1&isAllowed=y

c. Webgrafía

Berducido Mendoza, Héctor Eduardo (2008). *Concepto del Delito Elementos y formas, Penal I, II*. Recuperado de www.hectorberducido.wordpress.com.

Corte Suprema de Justicia (2015). *Sala Penal Permanente de Ayacucho R.N. N° 3336 – 2015, Delito de Parricidio*. Delitos contra la vida y la salud. Recuperado de <https://legis.pe/r-n-3336-2015-ayacucho-parricidio-agravio-feto-asfixia-mecanica-sumersion/>

Ezaine Chávez, Amado (1999) Diccionario de Derecho Penal. Tomo I. AFA Editores. Primera Edición. Lima-Perú. 1999. Recuperado de <https://www.monografias.com/trabajos34/despenalizacionaborto/despenalizacion-aborto.shtml>

Ezaine Chávez, Amado (1981). *Iter Criminis*. San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981, 3-4 p. poligrafiado. (Localizada en la Biblioteca de Derecho, de la Universidad de Costa Rica bajo la

signatura 364.2 E99i. Recuperado de <https://vdocuments.site/iter-criminis-56477e6d2b0c3.html>

García Pascual, Cristina (2013). “*Cuestiones de Vida y Muerte. Los dilemas éticos del aborto*”. En la Universidad de Valencia. ISSN: 1133-0937 Derechos Y Libertades Número 16, Época II, enero 2007, pp. 181-209. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/41717808_Cuestiones_de_vida_y_muerte_Los_dilemas_eticos_del_aborto

Guerra Rodríguez, Elsa (2013). La Constitucionalidad del Aborto Voluntario en el Ecuador. Para optar el grado de maestría internacional en derecho con mención e derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar con sede en Ecuador. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4076>

Guevara Vásquez, Iván Pedro (2012). El Parricidio: Entre la infracción del deber y el feminicidio. Primera edición. Lima. Perú. Recuperado de <http://www.librosperuanos.com/libros/detalle/17718/El-parricidio-entre-la-infraccion-del-deber-y-el-feminicidio>

Peña Cabrera Freyre, Alonso r. (2008). Derecho Penal Parte Especial. Tomo I “Delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud”. IDEMSA. Importadora y Distribuidora Editorial Moreno S.A. Lima - Perú, noviembre 2008. Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/142423030/pena-cabrera-penalespecial-tomo>

5.5. ANEXOS:

1. Definición de términos básicos
2. Jurisprudencia de la corte suprema de justicia – Sala Penal Permanente de Ayacucho expediente R.N. N° 3336 – 2015, delito de: parricidio.
3. Encuesta a 11 magistrados de los juzgados penales de la corte superior de justicia de Lima Norte.
4. Solicitud de proyecto de ley presentado al congreso de la república para tipificar el delito de auto aborto como parricidio.
5. Matriz de consistencia
6. Tablas de tabulación de datos

1. Definición de términos básicos

AUTOABORTO. -Desde la óptica médica: el autoaborto como la interrupción del embarazo de una mujer debido a la muerte del feto causada por la madre o por un tercero, con o sin expulsión del seno materno, provocado por la madre o con su consentimiento por otro. Desde la óptica jurídica: delito contra la vida por la propia madre o con su consentimiento, se fundamenta en la muerte provocada del feto con o sin expulsión del seno materno, sea que el embarazo provenga de fecundación natural como artificial, su esencia reside, desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del proceso de gestación mediante la muerte de aquel. También como interrupción del proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del ovulo, o como la interrupción del proceso fisiológico de la preñez, con muerte del producto de la concepción en el seno materno o mediante la expulsión.

BAREMOS. - Es el conjunto de normas establecidas convencionalmente para evaluar algo.

CONCEPTURUS. - No se le tiene ni por concebido, ni por nacido

EMBRION. - Óvulo fecundado en las primeras etapas de su desarrollo.

EXENTA. - Quedar libre de una carga u obligación, culpa o compromiso.

FECUNDACIÓN. - La fecundación, también llamada singamia, es el proceso por el cual dos gametos se fusionan durante la reproducción sexual para crear un nuevo ser con un genoma derivado de ambos progenitores.

FETICIDIO. - La muerte dolosa del feto en el útero; o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual haya derivado la muerte del feto, poniendo como extremos del delito: la gravidez, el dolo, los medios violentos y la muerte consiguiente del feto. Las palabras suicidio, magnicidio, fratricidio, homicidio y feticidio tienen algo en común: la idea de matar a alguien, pues el sufijo cidio significa, precisamente, matar. Así, un feticidio es la acción de acabar con la vida de un feto humano.

IN VITRO. - Fertilización in vitro es una tecnología reproductiva asistida (tra) comúnmente conocida como la FIVE. FIVE es el proceso de fertilización por la combinación manualmente de un ovulo y el esperma en un plato de laboratorio y luego la transferencia del embrión al útero.

ÓVULO. - Célula reproductora femenina que se forma en el ovario de las hembras de los mamíferos y que una vez fecundada por el espermatozoide da origen al embrión; en la especie humana, es una célula redonda de 0,1 milímetro de diámetro.

PARRICIDIO.- Conforme el texto de la ley penal vigente y la dogmática dominante, parricidio es el homicidio agravado por el conocimiento que tuvo el agente, del vínculo de parentesco consanguíneo en línea recta que lo unía a la

víctima o por el conocimiento del vínculo jurídico existente con ella por acto de matrimonio civil, adopción civil o concubinato legalmente amparado.

RECALCITRANTE. - Persona que se manifiesta firme con su comportamiento, aptitud, ideas o intenciones, a pesar de estar equivocado. Que, es insistente o se mantiene firme.

SINGAMIA. - Es el proceso por el cual dos gametos se fusionan durante la reproducción sexual, para crear un nuevo ser vivo.

STRICTO SENSU. - Es una expresión latina que significa “en sentido estricto” o “en sentido restringido”.

VIABLE. - Que puede ser realizado, transitado o recorrido.

2. Jurisprudencia de la corte suprema de justicia – Sala Penal Permanente de Ayacucho expediente R.N. N° 3336 – 2015, delito de: parricidio.

RESUMEN

1) EXPEDIENTE N° 3336 – 2015 / Segunda Sala Penal Permanente de Ayacucho. Y Corte Suprema de la República.

DENUNCIADA: STEVALIS DOLORIER CARBAJAL

2) AGRAVIADO: Neonato de 33 semanas aprox. Peso de 2kg. 300gr.

3) DELITO: PARRICIDIO

HECHOS: El 08 de julio del 2009 doña: Stevalis Dolorier Carbajal fue denunciada por el presunto delito de parricidio, hecho cometido en el Jr. Garcilaso de la Vega N° 584, Ciudad de Huamanga Departamento de Ayacucho.

4) PRUEBAS: a) Se encontró en el dormitorio de la acusada una Boleta de venta expedida por la Farmacia “Milagros” del producto de un ampolla llamada “Dilator” de 10 x 10 mg. X2ml., b) Una jeringa con una aguja de calibre 21x1^{1/2} adquiridos el mismo día (08-07-2009). c) Se encontró el colchón volteado con sangre en la parte central y múltiples salpicaduras de sangre en la pared y el piso. d) El protocolo de necropsia N° 0141-2009 fs. 24 en la cual indica que la muerte fue por “Asfixia mecánica por aspiración” e) Contradicción en las declaraciones de la imputada.

5) FALLO: La Corte Suprema de Justicia de la República, declararon NO HABER NULIDAD en la Sentencia emitida por la 2da. Sala Penal de Ayacucho que condenó a STVALIS DOLORIER CARBAJAL, como autora del delito Contra la Vida el Cuerpo y la Salud – Parricidio en agravio del feto N.N., a 12 años de pena privativa de libertad, y fijaron por concepto de reparación civil la suma de S/. 5,000 Soles, que deberá abonar la sentenciada a favor de los herederos legales del agraviado. Y lo devolvieron a su Juzgado de origen.

3. Instrumento de recojo de datos

Encuesta a 11 magistrados de los juzgados penales de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

La Norte, 28 de Junio de 2018

CARGO

OFICIO N° 001 - 2018 - PEGG

SEÑOR
PRESIDENTE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE
RUBEN ROGER DURAN HUARINGA
Juez Superior Titular
Av. Carlos Izaguirre N° 176
Independencia.-

28 JUN 2018
MESA DE PARTES
Hora: 11:54

Asunto : Solicito apoyo para trabajo de Investigación de Tesis a presentar en la UNFV en materia Penal y encuesta a Jueces Penales de Lima Norte

Referencia : Oficio N° 2304-2018-OAL-CSJLN/PJ :

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en relación al documento de la referencia mediante el cual solicité información estadística para el Proyecto de Investigación denominado "Criterios para determinar que el delito de autoaborto se debe tipificar como delito de parricidio", proyecto de tesis presentado a la Universidad Nacional Federico Villarreal para optar el grado de Magister en Derecho Penal.

En tal sentido, y para complementar con el avance de la investigación puesta a su conocimiento, solicito que los señores Magistrados de los juzgados penales adscritos a la Corte Superior de Justicia de Lima Norte que usted dignamente preside, tengan la gentileza de contestar las encuestas que con la presente adjunto para los once juzgados penales de Lima Norte; consistente en (11 encuestas de 20 preguntas cada una).

Sobre el particular, acompaño con la presente la correspondiente Constancia de haber aprobado el plan de tesis antes mencionado.

Sin otro particular, le expreso las muestras de estimación y deferencia personal.

Atentamente,


PEDRO ERNESTO GERVASSI GONZALES
DNI N° 09887203

Calle Santa Patricia 39° 6349 Urb. Santa Rosa de Infantas
Distrito de San Martín de Porres
Teléfono: 0795-19581
@gg2302@hotmail.com

CUESTIONARIO SOBRE AUTOABORTO

INSTRUCCIONES: La presente técnica de la Encuesta, tiene por finalidad recoger información sobre la investigación titulada: "TIPIFICAR EL DELITO DE AUTOABORTO COMO PARRICIDIO", la misma que está compuesta por un conjunto de preguntas, donde luego de leer dicha interrogante debe elegir la alternativa que considere correcta, marcando para tal fin con un aspa (X) y justificar su respuesta. Se le recuerda, que esta técnica es anónima, se agradece su participación.

Dimensión 1- Interrupción maliciosa del proceso de concepción

1. ¿En su opinión en el autoaborto como ilícito penal existe interrupción maliciosa del proceso de concepción?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....
.....
.....
.....
.....

2. ¿La interrupción de la vida, puede presentarse provocada y sin fines terapéuticos?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....
.....
.....
.....
.....

3. ¿Es posible que se produzca el autoaborto inducido en el primer mes de concepción (ovular)?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....
.....

.....
.....
.....

Dimensión 2; Configuración delictiva en la ejecución del autoaborto.

4. ¿En su opinión existen evidencias relacionadas con la configuración delictiva en la ejecución del delito de autoaborto?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....
.....
.....
.....

5. ¿Cree usted que la gestante comete el delito de autoaborto sola o con la complicidad de otras personas?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....
.....
.....
.....

Dimensión 3: Sanción penal del autoaborto

6. ¿Cree que actualmente la legislación peruana sanciona como corresponde a quien atenta contra la protección integral de la mujer en estado de gestación (ovular, embrionario y fetal)?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....
.....
.....

7. ¿Cree usted que la pena establecida en el artículo 114° del Código Penal se ajusta a derecho, teniendo en cuenta la condición de garante del sujeto activo y el grado de parentesco?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....
.....
.....
.....
.....

8. ¿Considera Usted que la legislación actual en el país genera alternativas para el desarrollo familiar en lo laboral, educativo, asistencia en la salud, moral y cultural?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....
.....
.....
.....
.....

9. ¿Considera usted que nuestro Código Penal ha tomado en cuenta la repercusión que genera en la familia y sociedad el delito de autoaborto?

- a) Si ()
 - b) No ()
 - c) Desconoce ()
- Justifique su respuesta: a) Si ()

- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....
.....
.....
.....
.....

10. ¿El autoaborto como ilícito penal afecta la salud física y psicológica de la Madre?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....
.....
.....

N°	Variable 1: Autoaborto	Valor		
		Desconoce	No	Si
		0	1	2

MUCHAS GRACIAS POR SU PARTICIPACIÓN

	Dimensión 1- Interrupción maliciosa del proceso de concepción			
1	¿En su opinión en el autoaborto como ilícito penal existe interrupción maliciosa del proceso de concepción?			
2	¿La interrupción de la vida, puede presentarse provocada y sin fines terapéuticos?			
3	¿Es posible que se produzca el autoaborto inducido en el primer mes de concepción (ovular)?			
	Dimensión 2; Configuración delictiva en la ejecución del autoaborto.			
4	¿En su opinión existen evidencias relacionadas con la configuración delictiva en la ejecución del delito de autoaborto?			
5	¿Cree usted que la gestante comete el delito de autoaborto sola o con la complicidad de otras personas?			
	Dimensión 3: Sanción penal del autoaborto			
6	¿Cree que actualmente la legislación peruana sanciona como corresponde a quien atenta contra la protección integral de la mujer en estado de gestación (ovular, embrionario y fetal)?			
7	¿Cree usted que la pena establecida en el artículo 114° del Código Penal se ajusta a derecho, teniendo en cuenta la condición de garante del sujeto activo y el grado de parentesco?			
8	¿Considera Usted que la legislación actual en el país genera alternativas para el desarrollo familiar en lo laboral, educativo, asistencia en la salud, moral y cultural?			
9	¿Considera usted que nuestro Código Penal ha tomado en cuenta la repercusión que genera en la familia y sociedad el delito de autoaborto?			
10	¿El autoaborto como ilícito penal afecta la salud física y psicológica de la Madre?			
TOTAL				

Tabla N° 26 cuestionario de autoaborto

CUESTIONARIO SOBRE PARRICIDIO

INSTRUCCIONES: La presente técnica de la Encuesta, tiene por finalidad recoger información sobre la investigación titulada: "TIPIFICAR EL DELITO DE AUTOABORTO COMO PARRICIDIO", la misma que está compuesta por un conjunto de preguntas, donde luego de leer dicha interrogante debe elegir la alternativa que considere correcta, marcando para tal fin con un aspa (X) y justificar su respuesta. Se le recuerda, que esta técnica es anónima, se agradece su participación.

Dimensión 1 La sanción penal del autoaborto debe adecuarse al delito de parricidio

1. ¿Considera que en el Perú la Constitución Política y la legislación peruana garantizan como debe de ser el derecho a la vida y a la salud que tiene la persona humana, aun siendo producto de concepción ovular, embrionario o fetal?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....
.....
.....
.....
.....

2. ¿Considera que en el Perú la Constitución Política y la legislación peruana garantiza como debe de ser el derecho a la vida y a la salud que tiene la persona humana, aun siendo producto de concepción ovular, embrionario o fetal?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....
.....
.....
.....
.....

3. ¿Considera que en el País se requiere intensas campañas de prevención del autoaborto mediante educación sexual y sus implicancias penales a fin de disuadir la comisión del delito?

- a) Si ()

- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....

.....

.....

.....

Dimensión 2; Tipificación del autoaborto como parricidio.

4. ¿En su opinión para aquella persona que dolosamente le extingue la vida a su propio hijo (a) en formación, practicándose el autoaborto sin respetar la condición indefensa del sujeto pasivo, por esta razón la sanción penal debe adecuarse al delito de parricidio, por la naturaleza jurídica a que aborda dicho ilícito?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....

.....

.....

.....

5. ¿En su opinión según la naturaleza jurídica del autoaborto, acto criminal provocado dolosamente por la progenitora, quien sostiene una relación de consanguinidad en línea recta por ser la (madre del ser en formación), su conducta debe ser tipificada como delito de parricidio?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....

.....

.....

.....

6. ¿Cree usted que se debe considerar el autoaborto como parricidio siempre que el feto tenga menos de 20 semanas y un peso no mayor de 500 gramos?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....

.....
.....
.....
.....

Dimensión 3: La penalización del aborto no tienen efectos disuasivos

7. ¿En su opinión existen implicancias jurídicas para quienes interrumpen (ejecuten el autoaborto) el derecho a la vida en el desarrollo ovular, embrionario y fetal?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....
.....
.....
.....

8. ¿En su opinión el auto aborto debe calificarse como delito de parricidio, derogándose el artículo 114º del Código Penal vigente y trasladarlo al artículo 107º del acotado cuerpo legal?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....
.....
.....
.....

Dimensión 4: La tipificación del parricidio requiere de una modificatoria del Código Penal.

9. ¿En su opinión, las consecuencias penales para quienes intencionalmente provoquen su autoaborto no tienen efectos disuasivos en la comisión del delito por que no hay prisión efectiva?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....

.....
.....
.....
.....

10. ¿En su opinión una reforma legislativa del Código Penal vigente, artículo 107° por delito de parricidio sancionará con prisión de 15 años a aquellas mujeres que intencionalmente provoquen su autoaborto, tendría mayores efectos disuasivos?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:

.....
.....
.....
.....
.....

MUCHAS GRACIAS POR SU PARTICIPACIÓN

N°	Variable 2: Parricidio	Valor		
		Desconoce 0	No 1	Si 2
	Dimensión 1 La sanción penal del autoaborto debe adecuarse al delito de parricidio			
1	¿Considera que en el Perú la Constitución Política y la legislación peruana garantizan como debe de ser el derecho a la vida y a la salud que tiene la persona humana, aun siendo producto de concepción ovular, embrionario o fetal?			
2	¿Considera que en el País se requiere intensas campañas de prevención del autoaborto mediante educación sexual y sus implicancias penales a fin de disuadir la comisión del delito?			
3	¿En su opinión el delito de autoaborto comporta la acción u omisión lesiva (dolosa) que recae sobre la vida humana en formación (el feto), generando su eliminación o muerte, sea por vías físicas, psíquicas, mecánicas y artificiales, por lo cual deben ser tipificados como parricidio?			
	Dimensión 2; Tipificación del autoaborto como parricidio.			
4	¿En su opinión para aquella persona que dolosamente le extingue la vida a su propio hijo (a) en formación, practicándose el autoaborto sin respetar la condición indefensa del sujeto pasivo, por esta razón la sanción penal debe adecuarse al delito de parricidio, por la naturaleza jurídica a que aborda dicho ilícito?			
5	¿En su opinión según la naturaleza jurídica del autoaborto, acto criminal provocado dolosamente por la progenitora, quien sostiene una relación de consanguinidad en línea recta por ser la (madre del ser en formación), su conducta debe ser tipificada como delito de parricidio?			
6	¿Cree usted que se debe considerar el autoaborto como parricidio siempre que el feto tenga menos de 20 semanas y un peso no mayor de 500 gramos?			
	Dimensión 3: La penalización del aborto no tienen efectos disuasivos			
7	¿En su opinión existen implicancias jurídicas para quienes interrumpen (ejecuten el autoaborto) el derecho a la vida en el desarrollo ovular, embrionario y fetal?			
8	¿En su opinión el auto aborto debe calificarse como delito de parricidio, derogándose el artículo 114° del Código Penal vigente y trasladarlo al artículo 107° del acotado cuerpo legal?			
	Dimensión 4: La tipificación del parricidio requiere de una modificatoria del Código Penal.			
9	¿En su opinión, las consecuencias penales para quienes intencionalmente provoquen su autoaborto no tienen efectos disuasivos en la comisión del delito por que no hay prisión efectiva?			
10	¿En su opinión una reforma legislativa del Código Penal vigente, artículo 107° por delito de parricidio sancionará con prisión de 15 años a aquellas mujeres que intencionalmente provoquen su autoaborto, tendría mayores efectos disuasivos?			
TOTAL				

Tabla N° 27: cuestionario de parricidio

4. Solicitud de proyecto de ley presentado al congreso de la república para tipificar el delito de auto aborto como parricidio.

CARGO

69973

Lima, 22 de Junio del 2018

SEÑOR
ALBERTO OLIVA CORRALES
Congresista de la República
Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos
Presente.-

RECIBIDO
Firma _____ Hora _____

De mi mayor consideración:

Por intermedio de la presente misiva, me permito saludarlo y hacerlo extensivo a los señores miembros de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos que usted dignamente preside; conocedor de su alto espíritu de justicia me dirijo a su persona para que por su intermedio se promueva el proyecto de Ley que vengo elaborando como consecuencia de la tesis próximo a sustentar en la Escuela de POS GRADO de la Universidad Nacional Federico Villarreal, para optar el grado de **MAGISTER EN DERECHO PENAL**, referido al Art. 114° del Código Penal (Delito de auto aborto), por falta de proporcionalidad de la pena, la misma que contraviene con lo dispuesto en el primer artículo de nuestra vigente norma fundamental, que protege y garantiza la vida humana.

Se ha tomado en cuenta en el proyecto de ley y de tesis, que el vínculo consanguíneo y el jurídico operan aquí como elementos constitutivos de la infracción, por la condición de garante de la madre quien es el (sujeto activo), en agravio del ser en formación o (feto) y, los familiares como agraviados colaterales.

Estando a lo solicitado precedentemente pido se sirva programar la fecha y hora a efectos que mi parte sustente ante la Comisión de Justicia y Derechos Humanos el aludido proyecto de ley, y se tramite el mismo según su naturaleza, ante la

majestad del congreso, salvo mejor parecer o disponga usted lo conveniente sobre el particular.

Adjunto con la presente carta, los siguientes Anexos:

1.- Copia del DNI de la recurrente	ANEXO 1-A
2.- Copia de la Constancia que aprueba el proyecto de tesis expedida por la UNFV	ANEXO 1-B

Dentro de este contexto, solicito la atención de mi misiva dándome respuesta conforme a ley.

Sin otro particular quedo de usted.

Atentamente,



PEDRO ERNESTO GERVASSI GONZALES
DNI 09887508

Dirección: Calle Santa Patricia N° 6549 Urbanización Santa Rosa de Infantas, distrito de San Martín de Porres.

Tef. 9795 – 39581

Correo electrónico: pgg2302@hotmail.com

Tabla N° 28: Matriz de consistencia

Título: “TIPIFICAR EL DELITO DE AUTOABORTO COMO PARRICIDIO”

Definición del problema	Objetivos	Formulación de hipótesis	Variables	Definición Operacional	Metodología	Población y muestra	Instrumento
Problema general	Objetivo general	Hipótesis general	Variable 1: El Aborto Dimensión -Interrupción maliciosa del proceso de concepción -Configuración delictiva en la ejecución del aborto -Sanción penal del aborto no tiene efectos disuasivos.	1.-Aborto inducido hasta el cuarto mes de concepción y en adelante (muerte fetal). 2.- Grado de configuración delictiva en la ejecución del delito de aborto. 3.-La legislación peruana sanciona a quien comete el aborto. 4.-El aborto consentido se ejecuta clandestinamente	Tipo: Descriptivo y correlacional. Nivel: correlacional de aplicación (con una propuesta de modificatoria del código penal. Diseño: No experimental, correlacional, transversal y prospectivo. Método y Diseño: Se estudiará hechos ya ocurridos (Ex post facto) proponiendo un proyecto de modificatoria del código penal, por ende prospectiva.	Población: A nivel del Poder judicial de Lima Norte en los juzgados penales. Muestra: doce jueces. Muestreo: No probabilístico seleccionado críticamente sólo aplicados a jueces penales.	Para el estudio se utilizará la encuesta con respuestas políticas
¿En qué medida el delito de aborto, está asociado con el delito de parricidio?	Determinar si el delito del aborto, está asociado con el delito de parricidio.	Si está asociado el delito del aborto, con el delito de parricidio.					
Problemas específicos	Objetivos específicos	Hipótesis específicos					
1-¿De qué manera la interrupción maliciosa del proceso de concepción se asocia con el delito de parricidio?	1- Determinar la interrupción maliciosa del proceso de concepción se asocia con el delito de parricidio	1-Si se asocia la interrupción maliciosa del proceso de concepción con el delito de parricidio.	Variable 2: El parricidio Dimensión -La sanción penal actual -Medida disuasiva de la actual sanción penal. -La penalización del aborto no tienen efectos disuasivos. -La penalización del parricidio requiere de una modificatoria del Código Penal.	1.-Tipificación del aborto como parricidio. 2.- La sanción penal debe adecuarse al delito de parricidio por la naturaleza jurídica a que aborda dicho ilícito del aborto. 3.-La penalización del aborto no tienen efectos disuasivos en la comisión del delito por que no hay prisión efectiva 4.- La tipificación del parricidio requiere de una reforma legislativa del Código Penal.	Técnica e instrumento Se aplicará una encuesta con dos cuestionarios de 10 ítems (c/u) políticos de Si, No y desconoce, debiendo justificarlos, aplicados a los jueces penales de los juzgados penales (11) del Poder Judicial de Lima Norte. Análisis de datos Se aplicará el coeficiente de correlación de Spearman y la interpretación de la información recabada en el cuestionario.		
2-¿Cómo el Grado de configuración delictiva en la ejecución del aborto se asocia con el delito de parricidio?	2- Determinar que la configuración delictiva en la ejecución del aborto se asocia con el delito de parricidio	2-Si se asocia la configuración delictiva en la ejecución del aborto con el delito de parricidio.					
3-¿De qué manera la sanción penal del aborto no tiene efectos disuasivos en la comisión del aborto por no ejecutarse la prisión efectiva?	3-Determinar que la sanción penal del aborto no tiene efectos disuasivos en la comisión del aborto, por no ejecutarse la prisión efectiva 4-Proponer un proyecto de modificatoria del código penal que tipifique al aborto como parricidio y sea penalizado con quince años de prisión efectiva con el artículo 107° y anular el artículo 114°.	3- Si la sanción penal del aborto no tiene efectos disuasivos en la comisión del aborto, por no ejecutarse la prisión efectiva.					

Tabla N° 29: Data de correlación

VARIABLE 1: AUTOABORTO													VARIABLE 2: PARRICIDIO														
Dimensión 1				Dimensión 2				Dimensión 3					DIMENSIÓN 4				DIMENSIÓN 5				DIMENSIÓN 6			DIMENSIÓN 4			
Interrupción maliciosa del proceso de concepción				Configuración delictiva en la ejecución del autoaborto.				Sanción penal del autoaborto					La sanción penal del autoaborto debe adecuarse al delito de parricidio				Tipificación del autoaborto como parricidio				La penalización del aborto no tienen efectos disuasivos			La tipificación del parricidio requiere de una modificatoria del Código Penal.			
	p1	p2	p3	t1	p4	p5	t2	p6	p7	p8	p9	p10	t3	p11	p12	p13	t4	p14	p15	p16	t5	p17	p18	t6	p19	p20	t7
7	2	1	0	3	0	2	2	1	0	2	2	2	7	2	2	2	6	1	2	1	4	2	1	3	2	0	2
5	2	2	0	4	0	2	2	1	1	2	2	2	8	1	1	2	4	2	2	0	4	2	2	4	0	2	2
6	2	2	0	4	0	2	2	1	1	2	2	2	8	1	1	2	4	2	2	0	4	2	2	4	0	2	2
4	1	2	2	5	0	2	2	1	0	2	2	2	7	2	2	2	6	1	2	1	4	2	1	3	2	0	2
1	2	2	2	6	1	2	3	1	1	1	1	2	6	1	2	2	5	2	2	2	6	2	2	4	2	2	4
2	2	1	2	5	2	2	4	1	2	2	1	2	8	1	2	1	4	1	1	1	3	2	1	3	1	1	2
3	2	2	2	6	0	1	1	1	1	1	1	2	6	1	2	2	5	2	2	2	6	2	2	4	2	2	4
8	2	2	2	6	1	1	2	1	1	1	1	2	6	1	2	2	5	2	2	2	6	2	2	4	2	2	4
9	2	2	2	6	1	1	2	1	1	1	1	2	6	1	2	2	5	2	2	2	6	2	2	4	2	2	4
10	2	2	2	6	1	0	1	1	1	1	1	2	6	1	2	2	5	2	2	2	6	2	2	4	2	2	4
11	2	1	1	4	2	2	4	1	2	2	1	2	8	1	2	1	4	1	1	1	3	2	1	3	1	1	2
12	2	2	1	5	2	2	4	1	2	2	1	2	8	1	2	1	4	1	1	1	3	2	1	3	1	1	2