

UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA ACADEMICA PROFESIONAL DE DERECHO



Aborto Consentido

TRABAJO DE SUFICIENCIA PARA OBTENER EL
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autora

Pilar Maria Lizondro Ramírez

Asesor

Mg. Javier Clemente Cabanillas Sulca

Huacho – Perú

2018

PALABRAS CLAVES

Tema	Aborto Consentido
Especialidad	Derecho Penal

Keywords:

Text	Abortion
Specialty	Criminal Law

Línea de Investigación: DERECHO

DEDICATORIA

A mis padres por estar pendiente de lo que me sucede y por permitirme culminar mi estudio y elaboración de mi trabajo.

¡Gracias mamá y papá!

AGRADECIMIENTO

A mis padres y a mi hermana, por sus instrucciones y colaboración permanente para la obtención de mi carrera y la realización del presente trabajo.

INDICE GENERAL

CARATULA	
PALABRAS CLAVES	i
DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
INDICE GENERAL	iv
RESUMEN	1
DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	2
MARCO TEÓRICO	3
1. Antecedentes.....	3
2. Etimología.....	12
3. Concepto	12
4. Posiciones Doctrinarias	13
5. El Sistema de las Indicaciones	17
6. La Solución del Plazo	18
7. Aborto Consentido	20
8. Legislación Nacional	29
8.1 Constitución Política del Perú.....	29
8.2 Código Penal.....	29
9. Jurisprudencias.....	30
10. Derecho Comparado.....	31
10.1 Argentina.....	31
10.2 Bolivia	33
10.3 Chile.....	34
10.4 Colombia.....	35
ANÁLISIS DEL PROBLEMA	37
CONCLUSIONES	38
RECOMENDACIÓN	39
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	40
PAGINAS VIRTUALES	41
ANEXO	42

RESUMEN

El aborto, es la expulsión del producto de la concepción cuando todavía no es capaz de sobrevivir fuera del vientre materno, es tan antiguo como la propia humanidad, y ha sido objeto de estudio permanente desde diferentes puntos de vista.

El aborto es el aniquilamiento del producto de la gestación en el periodo comprendido entre la anidación, hasta antes que comience el parto, ya sea provocando su expulsión violenta o por su destrucción en el mismo vientre de la gestante, o como afirman Bramont Arias Torres y García Cantizano (1997) en derecho penal, existe delito de aborto, cuando de manera intencional se provoca la interrupción del embarazo, causando la muerte del embrión o feto en el seno de la madre o logrando su expulsión prematura.

El delito de aborto consentido, se encuentra debidamente tipificado en el artículo 115 del código penal peruano, donde prescribe: “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”.

El bien jurídico protegido del delito conocido como aborto consentido es el derecho a la vida producto de la concepción, el mismo que produce el estado de gestación o embarazo de la mujer.

El aborto consentido se perfecciona cuando el agente que actúa con el consentimiento de la mujer que se encuentra gestando, logra su objetivo de provocar la muerte del producto de la concepción mediante maniobras abortivas.

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El aborto consentido es un problema social, era conocida muchos siglos antes de nuestra era, en los pueblos primitivos, donde el jefe de la familia podía vender e incluso matar a sus hijos, aun antes de nacer, en esos tiempos el aborto no tenía carácter punible, se pensaba que el feto pertenecía al cuerpo femenino, a sus entrañas; y dado que la mujer tenía un estado de minoridad, el padre o el jefe de la familia ejercía absolutos derechos sobre el fruto de la concepción.

En la práctica, la mujer favorecida económicamente al encontrarse ante un embarazo no querido, inmediatamente se pone en manos de inescrupulosos profesionales de la salud, quienes lucran con su proceder ilegal, y se practican el aborto sin poner en peligro su integridad física. En cambio, si una mujer humilde económicamente se encuentra ante un embarazo no deseado, la ilegalidad del aborto le obliga la mayor de las veces a ponerse en manos de personas sin ningún conocimiento de la medicina a fin de hacerse maniobras abortivas con el inminente peligro de poner en riesgo su salud y hasta su vida.

El aborto constituye un delito de escasa frecuencia, debido a que se descubre el acto ilícito de aborto por haberse infectado la mujer a consecuencia de la falta de higiene de los instrumentos utilizados para las maniobras abortivas. En efecto, se observa que un 95% de los procesos penales por aborto se siguen a personas de escasa economía que decidieron por diversas razones someterse a maniobras abortivas por inexpertos en medicina.

MARCO TEÓRICO

1. Antecedentes

El aborto, es la expulsión del producto de la concepción cuando todavía no es capaz de sobrevivir fuera del seno materno, es tan antiguo como la propia humanidad, y ha sido permanente objeto de estudio desde diferentes puntos de vista.

De cada 10 embarazos, 1 se pierde bajo la forma de aborto. Es el llamado aborto espontáneo, con una morbilidad muy baja y una mortalidad prácticamente nula. Se considera que su etiología fundamental es la malformación del nuevo ser que va a nacer, convirtiéndose de esta forma en un hecho deseable. (Sgambatti S., 1986 citado por Mayo D., 2000, p. 128).

Pero lo que hace a la interrupción del embarazo tema de discusión diaria en los diferentes medios, es la posición que se asume ante el aborto terapéutico y el que se hace por petición.

No obstante la amplia difusión de los métodos anticonceptivos en la segunda mitad del presente siglo, el aborto continúa siendo utilizado incorrectamente como un método de control de la natalidad. Se estima que en el mundo se producen al año más de 40 millones de abortos provocados. (Sgambatti S., 1986 citado por Mayo D., 2000, p. 128).

La práctica del aborto era ya conocida muchos siglos antes de nuestra era. En los pueblos primitivos, de patriarcado absoluto, el jefe de la familia podía vender e incluso matar a sus hijos, aún antes de nacer. En esas circunstancias, el aborto no tenía carácter punible. Se pensaba que el feto pertenecía al cuerpo femenino, a sus entrañas; y dado que la mujer

tenía un estado de minoridad, el padre o el jefe de la familia ejercía absolutos derechos sobre el fruto de la concepción. (Zimmernman M., 1977 citado por Mayo D., 2000, p. 128-129).

Durante siglos, no mejoró mucho la subestimación a la madre, que incluía o presuponía la del vientre también.

En general, las antiguas legislaciones no castigaron al aborto. En Grecia Antigua, donde se consideraba que el feto no tenía alma, Platón manifestó en su obra *La República*, que el aborto debería prescribirse en caso de incesto o cuando los padres fueran personas de edad; en tanto Aristóteles y otros filósofos, lo recomendaban como fórmula para limitar las dimensiones de la familia. Aquí se consideraba al feto como parte de la madre, y era ella quien podía disponer al arbitrio de su cuerpo.

La represión al aborto comienza en Roma, cuando aparecen sustancias nocivas a la salud de las mujeres sometidas a esos métodos. La punibilidad o no del aborto ha tenido en la historia de la humanidad diversos criterios, que van desde la plena libertad, al ser el vientre de la madre prolongación del cuerpo de la mujer, hasta las concepciones cristianas que irrumpen con una nueva valoración de la vida y dan calificación de homicidio al aborto provocado. (Zimmernman M., 1977 citado por Mayo D., 2000, p. 129).

El cristianismo se instaló con una apreciación rigurosa en este sentido. Doscientos años después de Cristo, se promulgaron medidas rigurosas contra la mujer sujeta a esta acción, incluyendo la pena de muerte, castigos corporales y el exilio. (Aguirre F., 1976 citado por Mayo D., 2000, p. 129).

Este criterio se basaba en que la mujer no tenía derecho a arrebatarse

al marido su descendencia, la esperanza de la posterioridad. Si desde el principio del cristianismo se observó una sobria hostilidad frente al aborto, esto se debió al criterio de que se trataba de la muerte de un inocente. Según la concepción católica, el alma es la que brinda a un ente u organismo la categoría de ser humano. Esto es lo que se denomina, la concepción hilomórfica de la naturaleza humana. Su principal defensor fue Santo Tomás de Aquino, quien sostenía que el espíritu era forma sustancial del alma, en tanto que el cuerpo era el producto de la unión del alma con la materia.

Esta concepción hilomórfica fue adoptada por el Concilio de Oxena en 1312, de modo que hasta ese entonces, la iglesia no consideraba al aborto como un asesinato, mientras tanto el alma no animara al cuerpo.

Durante la Edad Media en Europa, especialistas de diversas disciplinas se adhirieron por unanimidad a esta teoría. Los teólogos y juristas de Derecho Canónico fijaron el momento de la animación del feto de modo ambivalente en 40 días para los varones y 90 para las hembras. (Zimmernman M., 1977 citado por Mayo D., 2000, p. 129).

La constitución Criminalis Carolina, promulgada por el emperador en 1533, fijó en el punto medio del embarazo el momento de la animación del feto, es decir, desde que la madre percibe sus movimientos.

A pesar de que algo se avanza para atenuar la pena por aborto, en 1588 el Papa Sixto V proclama en una de sus decisiones (Bula *Effraenatum*), que todos los abortos son crímenes que se castigarían con la excomuni3n. Esta Bula no tuvo mucha repercusi3n, pero en Francia se endureci3 de nuevo el r3gimen en relaci3n con esta pr3ctica, y Enrique II promulg3 una ordenanza donde revivía la pena capital para la mujer que abortara voluntariamente.

Como en general no se logran los objetivos esperados, el Pontífice Gregorio XIV adopta nuevamente el criterio de la animación y el alma. Posteriormente, el Papa Pío IX, suprime la distinción entre el aborto en la primera fase del desarrollo del embrión y el realizado después, promulgando la excomunión automática para toda mujer que abortara voluntariamente. (Zimmernman M., 1977 citado por Mayo D., 2000, p. 129-130).

Luego en 1930, Pío XI dijo que la vida de la mujer y del feto era igualmente sagrada, que nadie tenía el poder ni la autoridad para destruirlas. Pío XII refrendó esta argumentación dándole normas a la rigidez de la iglesia frente a este asunto del niño por nacer. Pablo VI en 1968, confirmó la misma concepción, y Juan XXIII recordó que la vida humana es sagrada desde su origen.

En general, la iglesia mantiene un criterio sólidamente rígido de la práctica abortiva: "Todo aborto viola la ley de Dios". Y no es hasta fines del siglo XVIII y principios del XIX, que comienzan a inquietarse las esferas intelectuales y legales, proponiendo la exclusión del aborto como una práctica punible. Los países abanderados fueron Francia y Alemania, en donde existían verdaderas ligas en relación con este problema. Se reactualizó el viejo concepto de la mujer en cuanto a disponer de sí misma, negándole autonomía al feto. En general, los principios igualitarios del XVIII fueron influyendo para que la sanción fuera más racional y humanitaria, y las leyes tendrían a ser menos severas. (Zimmernman M., 1977 citado por Mayo D., 2000, p. 130).

Un antecedente a este sano relajamiento de la severidad punible frente al aborto está dado en 1602, cuando el jurista español Tomás Sánchez, en su Tratado de Moralidad Sexual y Matrimonial, justificó la excepcionalidad abortiva en el caso de la mujer violada y embarazada, solo si estaba por casarse y no podía librarse del compromiso matrimonial sin

pérdida de reputación, o también, si era posterior a su casamiento, en caso que temiera razonablemente, que los parientes del marido la descubrieran y le dieran muerte por ello. (Mayo D., 2000, p. 130).

Este concepto del honor va tomando fuerza, y en 1882, aparece otra figura con características mitigantes en el Código español, que es el aborto honoris causa. Esta modificación tuvo eco en otras legislaciones que la adoptaron.

Ya situados en siglo XX, el famoso Antiproyecto Federal Suizo de 1916, señala en su artículo 112: "El aborto practicado por un médico titulado con el consentimiento de la embarazada, no es punible". También aparecen en términos contemporáneos la doctrina eugenésica y la doctrina feminista. La primera está basada en la idea de prever enfermedades hereditarias, así como en la planificación familiar, y la segunda dice que corresponde a la mujer el derecho de decidir tener hijos o no, y en defensa pues del aborto.

Otra legislación es la de la Unión Soviética de 1920, "Decretos sobre la protección de la salud femenina", que declara no sancionable al aborto atendido por un médico y en un hospital, basándose en un razonamiento interesante: "...ya que la represión de esta operación no conduce a ningún resultado positivo y se convierte en un acto secreto, por lo cual las mujeres se hacen víctimas de los abortadores que actúan por su cuenta y a menudo sin idoneidad científica, que hacen de la operación secreta su oficio". En esta normática, el feto desaparece como ente protegido y aparecen la mujer y la familia amparados jurídicamente, aunque no fue sino hasta bien entrada la década de los 60 que empezaron a registrarse cambios en la legislación de algunos estados. (Mayo D., 2000, p. 130).

En los años 80, la discusión sobre el aborto en Estados Unidos originó fuertes controversias públicas. Las posiciones eran 3: los que

deseaban desterrar al aborto en cualquier circunstancia (caso del movimiento en Defensa de la Vida); los que estimaban que el aborto debería practicarse a instancias de cualquier mujer embarazada (opinión del grupo favorable a la libre elección); y los que restringirían la práctica del aborto a determinadas situaciones, como el riesgo grave para la salud de la madre, o cuando el embarazo fuera el fruto de la violación o el incesto.

El criterio liberal estima que el estado no tiene derecho a limitar la libertad de elección de la madre gestante. El conservador afirma que el estado no tiene derecho a secundar la destrucción del feto, implantando la legislación del aborto. Los que se hallan en una postura intermedia, pretenden que la ley arbitre garantías que impidan la práctica "irresponsable" del aborto. (Mayo D., 2000, p. 131).

El movimiento en Defensa de la Vida está muy bien organizado, cuenta con el respaldo de la Iglesia Católica y de otros grupos religiosos, así como las personas que no profesan ninguna religión. Sus simpatizantes defienden 4 axiomas principales:

- Todos los seres humanos, incluso el feto que se halla en el vientre de la madre, reciben directamente de Dios el don de la vida.
- Los seres humanos no tienen derecho a quitarles la vida a otros seres inocentes.
- La vida humana comienza en el momento de la concepción.
- El aborto, en cualquier fase de la gestación, equivale a quitar la vida a un ser inocente.

Desde la óptica del catolicismo, sólo es lícito privar de la vida al ser humano cuando este no es inocente, como es el caso de la pena capital, o cuando es secuela involuntaria de una contingencia de otro género. (Mayo D., 2000, p. 131).

Por otra parte, el Movimiento en pro de la libre elección, enumera 4 proposiciones:

- Nadie tiene obligación de ser madre a la fuerza.
- No hay que dar a luz a hijos no deseados.
- La prepotencia masculina es la causa del rigor y la estrechez de las leyes regulares del aborto.
- La libertad de la mujer depende, en última instancia, de que sea ella la que tenga pleno y libre control de su vida procreadora.

En 1992, una encuesta de opinión en Estados Unidos reportó que el 46 % de los americanos consideraban incorrecto el aborto, mientras que el 47 % lo estimaba correcto. Sin embargo, acerca de su legalidad o no, la mayoría apoya la disponibilidad de los servicios de aborto en ciertas circunstancias; el 47 % cree que "el aborto es lo mismo que matar un niño", y el 45 % dice que "no es un asesinato porque el feto realmente no es una persona". (Blendon R.J., 1993 citado por Mayo D., 2000, p. 131).

En la actualidad, hay diversos criterios en cuanto a cuál es el momento en que el producto de la concepción se considera ser humano. Para algunos es a las 12 semanas que debe considerarse persona, cuando el sistema nervioso central está formado y pueden reconocerse los hemisferios cerebrales, el cerebelo y el bulbo. Otros han establecido que los derechos de persona humana deben ser respetados desde que es viable, o sea, entre las 24 y las 28 semanas de gestación. Estos límites cambian constantemente, gracias a los adelantos logrados en la Perinatología. (Velez, 1987 citado por Mayo D., 2000, p. 131).

En Cuba, la ley más antigua sobre el aborto es el código penal de 1870, que fue promulgado en mayo de 1879 por Decreto Real y se mantuvo vigente hasta 1936, cuando fue publicado el Código de Defensa Social, que

se mantuvo hasta 1959 y que señalaba que el aborto, intencionalmente provocado, pero amparado por una causa establecida legalmente, sería considerado lícito. Esas causas eran:

- El aborto necesario para salvar la vida de la madre o para evitar grave daño en su salud (aborto terapéutico).
- El que se provocase o llevase a cabo con su anuencia, cuando la gestación hubiese sido ocasionada por haberse cometido sobre la grávida el delito de violación, rapto no seguido de matrimonio o estupro (aborto por razón de honor).
- El que se provocase o llevase a cabo con la anuencia de los padres, cuando el propósito sea evitar la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa de carácter grave (aborto eugénico).

Durante los primeros años después de 1959, no se realizaban abortos debido principalmente al éxodo de médicos especializados, y a que aumentó de forma vertiginosa el número de embarazos que exigían al máximo las capacidades médicas existentes. Además, no se tenía un concepto claro de la necesidad y la importancia de la planificación familiar como derecho individual de la población. (Mayo D., 2000, p. 132).

Como consecuencia, se observó que la cifra de mortalidad materna por aborto ilegal y debido a maniobras autoinfringidas aumentaban considerablemente, al mismo tiempo que bajaban las demás causas de mortalidad. Hubo que tomar medidas efectivas para garantizar que la mujer hiciera uso del derecho humano elemental de decidir sobre el número de hijos que deseaba tener. Se decidió crear en 1965 las condiciones necesarias de institucionalización del aborto por el Sistema Nacional de Salud. (Mayo D., 2000, p. 132).

Bruscamente aumentó la demanda de interrupciones de embarazos

que pudieron haberse evitado por medio de anticonceptivos.

La mortalidad materna por esta causa desciende de 29,7 por 100 000 nacidos vivos en 1968, a 15,3 en 1986, 8,9 en 1988, 5,9 en 1997 y llega a 4,6 en 1998. A pesar de esta reducción, el aborto sigue estando entre las primeras causas de muerte materna.

En Cuba, la interrupción de la gestación en el primer trimestre solo se encuentra limitada a los deseos y libertad de la pareja en la planificación de su descendencia. (Mayo D., 2000, p. 132).

El aborto ha sido y es en el mundo de hoy, uno de los métodos más ampliamente practicados para regular la fecundidad. La Federación Internacional de Planificación de la Familia confía en que con más previsión y uso de los servicios anticonceptivos disminuirá la necesidad de recurrir al aborto. Se calcula que ocurren entre 30 y 50 millones de abortos inducidos anualmente en todo el mundo, lo cual se corresponde con una tasa de 40 a 50 por cada 1000 mujeres en edad fértil y una proporción de 260-450 abortos por cada 1000 nacidos vivos (MINSAP. Anuario estadístico, 1998).

Si el uso consciente y responsable de medios anticonceptivos para evitar embarazos inoportunos es la forma más apropiada de planificación familiar, tenemos que aceptar que no estamos aplicando satisfactoriamente las posibilidades existentes. No se trata de limitar el acceso al aborto, prohibirlo o ejercer presión sobre la mujer que lo solicite, pues el derecho tiene que respetarse, es inviolable. Nuestra obligación es disminuir la incidencia de este mediante la implantación de medidas educativas coordinadas y combinadas con la accesibilidad a una amplia gama de métodos anticonceptivos para toda la población. La situación actual constituye un reto para nuestro Sistema Nacional de Salud. (Mayo D., 2000, p. 132).

2. Etimología

En la doctrina, existe consenso en señalar que la expresión aborto deriva del latín abortus, la cual se entiende como "Ab", "Mal y "Ortus", "Nacimiento", es decir, mal nacimiento o nacimiento malogrado.

3. Concepto

El aborto es el aniquilamiento del producto de la gestación en el periodo comprendido entre la anidación hasta antes que comience el parto, ya sea provocando su expulsión violenta o por su destrucción en el mismo vientre de la gestante. Bramont Arias Torres y García Cantizano (1997) afirman que en derecho penal existe delito de aborto cuando de manera intencional se provoca la interrupción del embarazo, causando la muerte del embrión o feto en el seno de la madre o logrando su expulsión prematura. (p.78).

López (1975) sostiene: "El término aborto, significa la interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable. Lo más frecuente es que el aborto ocurra antes de la vigésima semana de gestación; si la interrupción tiene lugar entre el primero y tercer mes se habla de aborto precoz, denominándose aborto tardío entre el tercero y sexto mes de embarazo". (p. 322).

Como efecto inmediato de la definición del hecho punible de aborto se colige que el bien jurídico protegido, o que se pretende proteger, lo constituye la vida humana en formación o, mejor dicho, la vida humana dependiente, la que, como hemos señalado con anterioridad, comienza con la anidación del óvulo fecundado en el útero de la futura madre y concluye con las contracciones uterinas que avisan el inminente nacimiento. De ahí que el argentino Buompadre (2000) en forma atinada defina al aborto como

la interrupción del proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del óvulo. (p. 180).

El límite mínimo del objeto material del aborto está dado por el momento histórico de la anidación, antes del cual no puede hablarse propiamente de la vida en formación. El comienzo del proceso fisiológico de la gestación tan solo se produce tras la anidación del óvulo fecundado en el útero materno. Únicamente a partir de esa circunstancia puede afirmarse con cierto grado de exactitud el comienzo de la vida. En tanto no se produzca la fijación del huevo fecundado en la matriz, no podría afirmarse inequívocamente la existencia de un embarazo cuya interrupción sea abortiva. En efecto, de fijarse el comienzo de la protección penal en la fecundación, la utilización de dispositivos intrauterinos (DIU) como medios de control de natalidad quedaría comprendida dentro de las conductas prohibidas por la norma ya que, como es sabido, dichos dispositivos no impiden la concepción, sino la anidación del óvulo fecundado en el útero materno. Por lo demás, de admitirse la protección penal del nasciturus a partir de la fecundación, las conductas abortivas ocurridas durante el periodo anterior a la anidación no podrían castigarse sino como tentativa imposible, pues los medios científicos actualmente disponibles no permiten probar el embarazo en dicha etapa inicial, a lo que se debe agregar que la propia mujer solo puede sospechar su estado de embarazo, pero desconoce si el mismo realmente se ha producido. (Cfr. Buompadre, 2000, I, p. 181).

4. Posiciones Doctrinarias

No obstante que la corriente social peruana se manifiesta contraria al aborto y a favor de una planificación familiar edificada sobre las bases del respeto a la decisión personal y el acceso general a la información, adquisición y uso de medios anticonceptivos (Prado Saldarriaga, 1985, p.59), en doctrina existen posiciones encontradas entre los que consideran

que el aborto debe ser reprimido penalmente en todas sus formas; otros que consideran que el aborto debe ser impune en todas sus modalidades; y quienes sostienen la impunidad en ciertas circunstancias indicadas (ponderación de bienes). La primera posición la defienden los tratadistas católicos, quienes orientados por la doctrina católica concluyen que debe reprimirse todo atentado contra la vida, sus planteamientos al respecto siguen los lineamientos desarrollados en la Encíclica Humana Vitae, la cual puede resumirse en la siguiente frase: "El hombre y la sociedad sometidos a los mandamientos de Dios: No matar".

La segunda postura es sustentada por los movimientos liberales, como los grupos feministas que, con argumentos coincidentes, señalan que existe el derecho a decidir sobre el propio cuerpo y que de acuerdo con él, solo se puede ser madre cuando se desee. Otro argumento lo constituye la superioridad de los derechos de la gestante respecto al producto de la concepción, en el que se afirma que no se puede estar de acuerdo con el hecho de que el feto tenga más derechos que la mujer gestante. Finalmente, también sostienen que las necesidades económicas deben tenerse en cuenta para despenalizar el aborto, pues la calidad de vida que se puede ofrecer a los hijos es tan importante que la vida misma. No debemos soslayar que en aquel sentido o por fundamentos parecidos, existen países en donde la práctica del aborto es un acto lícito. (Salinas, 2018, p. 232-233).

La tercera posición, de modo realista, concluye que el respeto a la persona y a su dignidad está por encima de una vida en formación. Por tanto en circunstancias especiales debidamente prevista por la normativa penal y practicada con las debidas garantías y por persona especializada, debe ser impune el aborto.

El legislador del Código Penal de 1991, con el mismo criterio asumido desde el código derogado de 1924, pese a haber dispuesto la impunidad del

aborto terapéutico, se adhiere a la primera posición, pues reprime todas las demás conductas abortivas. De ese modo, y siendo respetuosos de los reales significados de las palabras y posiciones, no compartimos la opinión de Bramont Arias Torres y García Cantizano cuando afirman que el sistema de las indicaciones se ha introducido en forma subrepticia en nuestro Código Penal, por el hecho que al establecerse una pena mínima de tres meses, en la práctica se traduce en impunidad al operar la prescripción. Al final, de manera contundente e insoslayable, parece claro que toda conducta abortiva, excepto la terapéutica, es delito en el Perú, quizá insignificante, pero por obra y gracia del legislador nacional, constituye hecho punible. (Salinas, 2018, p. 233).

Arbitrariamente, en nuestro sistema jurídico se ha previsto que el aborto en toda circunstancia, constituye delito a excepción del terapéutico, el mismo que aplicando el estado de necesidad justificante ha quedado impune, toda vez que de haberse dispuesto lo contrario, no hubiera coherencia entre las disposiciones de la parte general y especial del corpus juris penale. Ello significa que para el legislador peruano poco importa el respeto a la persona humana y a su dignidad, que de acuerdo al numeral 1 de la Constitución Política de 1993 aparece como el fin supremo de la sociedad y del Estado.

La segunda posición aparece también desmesurada, pues entra en contradicción con todo nuestro sistema jurídico que defiende el derecho a la vida desde sus inicios.

En tanto que la tercera posición doctrinaria en forma más acertada y coherente, ponderando los bienes jurídicos en su real dimensión, ha formulado hasta dos modelos de regulación penal del aborto: el sistema de las indicaciones y la solución del plazo. (Salinas, 2018, p. 234).

Se parte de la tesis que si se reprime penalmente toda clase de aborto, la legislación aparece discriminatoria, pues, en la práctica, la mujer favorecida económicamente al encontrarse ante un embarazo no querido, inmediatamente se pone en manos de inescrupulosos profesionales de la salud, quienes lucran con su proceder ilegal, y se practican el aborto sin poner en peligro su integridad física. En cambio, si una mujer humilde económicamente se encuentra ante un embarazo no deseado, la ilegalidad del aborto le obliga la mayor de las veces a ponerse en manos de personas sin ningún conocimiento de la medicina a fin de hacerse maniobras abortivas con el inminente peligro de poner en riesgo su salud y hasta su vida.

Bien señala Prado Saldarriaga (1985) que en la práctica policial y judicial se observa que el aborto constituye un delito de escasa frecuencia, debido a que se descubre el acto ilícito de aborto por haberse infectado la mujer a consecuencia de la falta de higiene de los instrumentos utilizados para las maniobras abortivas. En efecto, se observa que un 95% de los procesos penales por aborto se siguen a personas de escasa economía que decidieron por diversas razones someterse a maniobras abortivas por inexpertos en medicina. (p.106).

Se descubre la comisión del delito de aborto cuando las maniobras abortivas acarrear consecuencias funestas para la salud y muchas veces para la vida de la abortante, caso contrario, ni llega a sospecharse. En cambio, el aborto también ilegal, practicado por el profesional inescrupuloso de la medicina, nunca se descubre pasando a engrosar lo que se conoce con la etiqueta de "la cifra negra" del delito de aborto. De modo que no es errado ni arbitrario sostener que la tipificación de las conductas delictivas de aborto aparece como meramente simbólica. (Salinas, 2018, p. 234).

5. El Sistema de las Indicaciones

Este modelo sostiene que debe legalizarse la interrupción del estado de gestación tan solo cuando concurren circunstancias determinadas que evidencian que el aborto aparece indicado. Existen cuatro supuestos: la indicación terapéutica o médica, la indicación ética, indicación eugenésica y la indicación social.

- a) La indicación terapéutica consiste en legalizar el aborto cuando el continuar con el embarazo pone en peligro la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave o permanente. Estas circunstancias solo pueden determinarse por los profesionales de la medicina. Para efectuarse necesariamente se requiere el consentimiento de la gestante y ser practicado por un titulado en medicina. Recogen este tipo de indicación las legislaciones de los países de Perú, España, Argentina, Alemania, etc. (Salinas, 2018, p. 235).
- b) La indicación ética, sentimental, jurídica o humanitaria consiste en permitir el aborto cuando la gestación es producto del delito de violación sexual y, ahora con el avance del derecho genético, también es lícito el aborto cuando el embarazo es producto de una inseminación artificial no consentida. En este tipo de indicación se valora en su real sentido la libertad de la mujer de decidir o no tener el hijo procreado por medio de un abuso sexual violento o por inseminación no querida. Recogen esta indicación las legislaciones de los países de Argentina, México, España, Uruguay, Brasil, etc. (Salinas, 2018, p. 235).
- c) La indicación eugenésica consiste en autorizar el aborto cuando se determina que el producto de la gestación nacerá

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

- d) La indicación social consiste en legalizar la interrupción del embarazo cuando por las mismas circunstancias económicas apremiantes en las que vive la gestante, se concluye que de continuarse con la gestación se producirá una situación de angustiosa necesidad económica para la madre y el infausto niño. Los países europeos que recogen en sus legislaciones esta indicación son Polonia, Dinamarca, Italia, etc. (Salinas, 2018, p. 236).

6. La Solución del Plazo

Este modelo, evidentemente exagerado, sostiene que debe descriminalizarse el aborto cuando es practicado al comienzo de la gestación (generalmente durante las primeras doce semanas) y por un especialista en la medicina. (Gimbernat Ordeic, 1990). Se fija aquel límite por la circunstancia de que al ser practicado con posterioridad puede traer graves consecuencias para la salud o vida de la embarazada.

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

de evitar. (Bramont Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 83).

La limitación de la impunidad del aborto a los tres primeros meses se debe hasta dos circunstancias determinantes. Primero, porque a partir de aquel tiempo el producto del embarazo comienza a adquirir una forma semejante a la humana. Antes, hasta carece de actividad cerebral. La segunda, por el hecho concreto que su práctica, siempre por un especialista en la ciencia médica, de modo alguno pone en peligro la salud y menos la vida de la arbotante. (Salinas, 2018, p. 236).

Se afirma que si se despenaliza el aborto practicado en las primeras semanas para todas las mujeres sin importar la condición social a la que pertenecen, se podrán evitar los innumerables abortos clandestinos con sus consiguientes riesgos para la integridad física y hasta la vida de las mujeres que decidan someterse a la práctica abortiva.

Ramiro Salinas Siccha (2018) en su opinión, pese que somos católicos, decididamente nos inclinamos por la solución de las indicaciones, pues legalizar el aborto para todos los casos durante los tres primeros meses como sostiene el penalista español Enrique Gimbernat Ordeig entre otros, nos parece exagerado y a la vez entra en contraposición con el derecho a la vida del concebido que nuestro sistema jurídico (desde la Constitución y el Código Civil) ampara y defiende desde la anidación del ovulo fecundado en el útero de la gestante. Por otro lado, entra en conflicto con los principios fundamentales del Estado democrático de derecho que alentamos y defendemos. Sistema político en el cual la defensa del derecho a la vida, desde su inicio y en todas sus formas, es la regla, siendo que las excepciones debidamente justificadas, confirman a aquella. (p. 237).

7. Aborto Consentido

7.1 Tipo Penal

El delito conocido como aborto consentido, se encuentra debidamente tipificado en el artículo 115, donde literalmente se prescribe:

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.

7.2 Tipicidad Objetiva

Antes de señalar la acción típica del aborto consentido en nuestro sistema penal vigente, cabe indicar que en el código derogado del 1924, el tipo penal pertinente recogía dos acciones delictivas diferentes: causar el aborto con el consentimiento de la abortante y prestar asistencia para que aquella se cause el aborto. Sin embargo, actualmente se ha superado tal equívoco. En efecto, con la fórmula del código derogado se confundía la cuestión. Se sancionaba un acto de complicidad primaria (prestar asistencia) como un acto de autoría. En consecuencia, se afirmaba que si bien el tercero no causaba el aborto en forma directa, él cooperaba a que la abortante se lo cause. Sólo el carácter esencial de la colaboración del tercero le hacía pasible de la sanción prevista en el artículo 160. (Salinas, 2018, p. 245).

El legislador del Código Penal de 1991, aplicando de manera coherente los conceptos y categorías del derecho punitivo moderno, ha tipificado en el artículo 115 la conducta delictiva de causar el aborto con el

consentimiento de la gestante como única conducta típica, dejando de lado la acción de "prestar asistencia", la cual se encuentra prevista como una hipótesis del artículo 25 del Código Penal que regula la complicidad, según sea el grado de cooperación del tercero.

En esa línea, actualmente el hecho punible que se conoce con el nomen iuris de aborto consentido aparece cuando el sujeto activo, contando con el consentimiento de la embarazada, le somete a prácticas abortivas y le provoca la interrupción de su embarazo. En el supuesto recogido en el tipo penal, el tercero actúa activamente ejecutando la interrupción del estado gestacional. La conducta de la mujer aparece circunscrita a prestar su consentimiento para que el tercero ejecute la acción delictiva. Resultando como circunstancia agravante del actuar del agente, la muerte de la gestante, pudiendo preverlo o suponerlo y, por ende, evitarlo. (Salinas, 2018, p. 245).

El consentimiento prestado por la gestante debe ser legal, voluntario y espontáneo y sin ningún vicio que lo invalide, esto es, debe ser emitido por mujer mayor de 18 años, sin violencia ni coacciones de algún tipo, caso contrario, estaremos frente a la figura delictiva del aborto no consentido.

Roy Freyre (1989) citado por Salinas (2018), el consentimiento de una menor de edad es equivalente a un no consentimiento y, por tanto, carece de valor alguno. También carece de valor el permiso que pudiera prestar una enajenada o débil mental. Igualmente, si el consentimiento es obtenido por violencia, intimidación, amenaza o engaño, desaparece la figura delictiva estudiada. (p. 246). Por su parte, el profesor Víctor Prado Saldarriaga (1985) citado por Salinas (2018), asevera que el consentimiento puede ser expreso o tácito, lo importante es que provenga de una mujer con capacidad para otorgarlo (mayor de 18 años y con pleno goce de sus facultades físicas y mentales). (p. 246).

Respecto del consentimiento que resulta un presupuesto importante para la configuración del aborto, debemos destacar y dejar establecido en forma tajante, que el consentimiento prestado por la mujer embarazada en nada exonera ni afecta la responsabilidad penal del sujeto activo, ello debido que nos encontramos ante un bien jurídico que no es de libre disposición.

La mujer puede cooperar con el tercero o limitarse a consentir que este le haga abortar. Es importante poner de relieve que en el presente accionar delictivo se encuadra la conducta del "otro que le practique", al que hace mención el tipo penal del artículo 114. No obstante, se hace un tratamiento diferenciado de la misma acción delictiva en razón de las personas. En efecto, el hecho único del aborto consentido es visto, primero en relación con la mujer que consiente y, segundo, en relación con el tercero que practica el aborto consentido por aquella. Mientras la mujer es sancionada de manera atenuada en aplicación del artículo 114, el tercero es sancionado de acuerdo a los parámetros del artículo 115. (Salinas, 2018, p. 246).

Aquí, para efecto de hacer derecho penal comparado, es de precisar que el inciso 1 del artículo 145 del Código Penal español de 1995 se regula el aborto consentido con el contenido siguiente: "El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigado con la pena (...)".

a) Aborto seguido de muerte

En la doctrina, aún en polémica, se le conoce como muerte preterintencional. Ello ocurre cuando el agente que dolosamente somete a prácticas abortivas a la gestante, provoca por culpa previsible su muerte.

La muerte tiene que ser a consecuencia del aborto o del

procedimiento abortivo al que fue sometida la embarazada para lograr aniquilar el producto de la concepción, exigiéndose como requisito esencial la concurrencia de la previsibilidad para reprochar penalmente la conducta del autor. De un acto doloso deviene un acto culposo. Hurtado Pozo (1982), afirma que el fallecimiento previsible de la gestante no solo ha de ser causa de las maniobras abortivas, sino que es necesario que se deba a una imprevisión culpable. (p. 203).

Roy Freyre (1989), comentando el tipo penal del artículo 160 del código derogado, explica que para hacer responsable al actor por el resultado más grave, no es suficiente la causalidad física, se necesita también la causalidad jurídica, que exige la previsibilidad del resultado letal.(p. 264). En tanto que Prado Saldarriaga (1985), entiende que la muerte se imputa como efecto de una imprevisión culpable, de una falta de cuidado, de un acto imprudente. El juicio del reproche por la muerte alcanza al tercero a título de culpa, a contrario sensu, si la muerte sobreviene como resultado imprevisible (deficiencia orgánica de la gestante imposible de detectar) el tercero no será responsable de aquella muerte. (p. 102).

El sujeto activo debe tener la posibilidad de prever el resultado muerte de la gestante, contrario sensu, es atípica la conducta. La responsabilidad es mayor no en función del resultado exclusivamente, sino en atención a que el agente no previó aquella gravísima consecuencia que pudo y debió prever, siendo su correlato el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal que claramente establece como principio de cumplimiento imperativo: "La pena requiere de responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva". (Salinas, 2018, p. 247).

Es resaltar que desde la vigencia del actual código sustantivo, ha quedado desterrada la responsabilidad penal por el simple resultado. Ahora, es requisito sine qua non la presencia del dolo o la culpa en determinada

conducta para considerarla delictiva (artículo 11 del C.P).

En consecuencia, la agravante presupone que el delito base se haya consumado, siendo suficiente establecer el nexo de causalidad entre el procedimiento abortivo y la muerte de la mujer. Sin embargo, la agravante subsiste aunque luego de producidas las maniobras abortivas, el producto de la concepción se logre salvar por intervención de terceros.

En suma, como afirman Bramont Arias Torres y García Cantizano (1997), la muerte de la gestante como consecuencia del aborto o prácticas abortivas solo agrava la conducta si se realiza de manera culposa. (p. 87). Si se determina que el sujeto activo ha tenido el dolo de matar a la gestante, ya sea dolo eventual, nos encontraremos ante un delito de homicidio o asesinato, según corresponda. (Roy Freyre, 1989, p.265).

b) Bien jurídico protegido

El derecho a la vida dependiente. El interés que se pretende tutelar con la tipificación del delito denominado "aborto consentido" lo constituye el derecho a la vida producto de la concepción, el mismo que produce el estado de gestación o embarazo en la mujer. Así lo ha entendido la jurisprudencia nacional. En efecto, la Resolución Superior del 26 de enero de 1998 emitida por la Corte Superior de Lima enseña que "en esta clase de delitos se tiende a proteger la vida humana dependiente, esto es, la vida del embrión o feto, teniendo en cuenta que nuestra Constitución Política del Perú, consagra en su artículo segundo inciso primero 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.º 5821-97, en Rojas Vargas/Baca Cabrera/Neira Huamán, 1999, p. 117).

Con la tipificación del supuesto previsto en el segundo párrafo del tipo

penal en comentario, sin duda que se pretende proteger y defender un solo bien jurídico como lo es la vida, pero en grado de desarrollo evolutivo diferente: la vida dependiente del embrión y la vida independiente de la abortante.

c) Sujeto activo

Autor puede ser cualquier persona, desde un profesional de la ciencia médica hasta una comadrona, siendo suficiente la verificación del desarrollo de su conducta dolosa, después de haber obtenido el consentimiento de la mujer que se dispone a abortar. En este supuesto, solo se excluye a la gestante que presta su consentimiento, pues su conducta se encuadra en el tipo penal del artículo 114 ya tratado en su calidad de autora. (Salinas, 2018, p. 249).

d) Sujeto pasivo

El producto de la gestación, sobre el cual recae la acción dolosa del agente.

De producirse el supuesto agravado, víctima será la mujer fallecida a consecuencia del aborto o del procedimiento abortivo empleado por el sujeto activo.

7.3 Tipicidad Subjetiva

El agente debe actuar con conocimiento y voluntad de practicar el aborto con pleno consentimiento de la abortante. Es un acto doloso. El tercero debe tener la intención de aniquilar el producto de la concepción. Caso contrario, si se determina que el tercero solo participó para acelerar el parto y a consecuencia de una deficiente maniobra ocasionó el aborto, su

conducta será irrelevante para el derecho punitivo. Esto es, al no haberse tipificado el aborto culposo, cualquier acción que no tenga como objetivo y finalidad aniquilar al embrión, constituye conducta irrelevante penalmente, así se verifique el aborto. (Salinas, 2018, p. 249).

En el supuesto del segundo párrafo del tipo penal del artículo 115, interviene el elemento culpa como circunstancia para ocasionar un resultado más grave, motivando el aumento de la penalidad.

7.4 Antijuridicidad

Una vez que se ha verificado la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad del aborto consentido, al operador del derecho le corresponderá verificar si la conducta típica es antijurídica o conforme a derecho. Es decir, en esta etapa se determinará si en la conducta concurre o no, alguna causa de justificación como puede ser el estado de necesidad justificante o un miedo insuperable. Si llega a determinarse que en la conducta típica de aborto no concurre alguna causa de justificación estaremos ante una conducta típica y antijurídica. (Salinas, 2018, p. 250).

7.5 Culpabilidad

Ante la conducta abortiva típica y antijurídica, el operador jurídico analizara si es posible de ser atribuida personalmente a su autor, es decir, el operador del derecho verificara si es posible que el aborto típico y antijurídico sea atribuible penalmente al autor de las maniobras abortivas ocasionadas con el consentimiento, autorización o anuencia de la gestante. En primer término, se verificará si el abortante es imputable, es decir, mayor de 18 años de edad y no sufre alguna anomalía psíquica. Luego de verificarse que el agente es imputable, corresponderá determinar si al

momento de desarrollar las maniobras abortivas en la embarazada conocía que su acto era contrario al derecho (conocía la antijuridicidad de su conducta). Aquí puede presentarse la figura del error de prohibición. Estaremos ante un error de prohibición cuando, por ejemplo, el autor ocasiona o causa el aborto consentido en la creencia de que en el país tal conducta no es punible.

Luego de verificarse que el autor de las maniobras abortivas, es imputable y conocía perfectamente la antijuridicidad de su conducta, corresponderá verificar si en lugar de cometer el aborto le era exigible otra conducta, es decir, le era exigible no cometer el aborto y respetar al producto del embarazo. Si se determina que al autor del aborto no le era exigible otra conducta en el caso concreto por concurrir un estado de necesidad exculpante, la conducta no será culpable. (Salinas, 2018, p. 250).

7.6 Consumación

El aborto consentido se perfecciona cuando el agente que actúa con el consentimiento de la mujer que se encuentra gestando, logra su objetivo de provocar la muerte del producto de la concepción mediante maniobras abortivas. En ese sentido, queda claro que es indiferente la circunstancia que se cause o no la expulsión del producto del embarazo, debido a que es perfectamente posible que se ocasione la muerte del feto dentro del vientre de la madre sin producirse la expulsión al exterior.

Al tratarse de la conducta indicada en el segundo párrafo del tipo penal, en hermenéutica, se consuma o perfecciona al producirse la muerte de la gestante. Bramont Arias (1990) enseña que la agravante se considera consumada en el momento que se verifica la muerte de la mujer y para su consumación se requiere la consumación del aborto. Si el aborto queda en grado de tentativa y se produce la muerte de la gestante se verifica un

concurso de homicidio culposo y tentativa de aborto. (p.32).

7.7 Participación

La participación es posible y en cada caso concreto el juzgador determinará el grado de complicidad de los partícipes. La acción puede ser por instigación al aborto o por complicidad, ya sea primaria o secundaria. Por ejemplo, será sancionado en calidad de instigador, el padre de la embarazada que le motiva e induce para que se someta a prácticas abortivas, expresando promesas de ayuda económica para que finalice sus estudios universitarios. En tanto que tendrá la calidad de cómplice primario, el causante del embarazo quien conduce a la gestante a la comadrona para que le ocasione el aborto e, incluso, paga sus servicios. También será cómplice la ayudante de la comadrona que ayuda a preparar a la gestante para ser sometida al proceso abortivo; o la amiga que indica la dirección de la clínica donde practican abortos, e incluso le presta parte del dinero para pagar al autor del aborto ilegal, etc. (Salinas, 2018, p. 251).

7.8 Tentativa

Al constituirse en una figura delictiva de resultado, la tentativa es perfectamente posible. Ocurrirá, por ejemplo, cuando por circunstancias extrañas a la voluntad del agente (es intervenido cuando ya se disponía a hacer uso de la sonda, o cuando estaba haciendo los masajes respectivos, etc.) se frustra el aborto; cuando la mujer supuestamente embarazada no lo está en la realidad; cuando los medios empleados en las maniobras abortivas no son idóneos para tal fin; o, cuando después de la expulsión violenta, el producto del embarazo no muere y logra sobrevivir. (Salinas, 2018, p. 252).

7.9 Penalidad

El agente acusado por la comisión del delito de aborto consentido será merecedor de una pena privativa de libertad que oscila entre uno a cuatro años. Si se produce la muerte de la gestante, siendo previsible o sospechada, el agente será merecedor de pena privativa de libertad que oscila entre dos y cinco años.

8. Legislación Nacional

Respecto a la legislación peruana se señala lo siguiente:

8.1 Constitución Política del Perú

“Artículo 2º.- 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.” Constitución política del Perú (1993).

En el Perú, como lo dice en nuestra constitución, toda persona tiene derecho a la vida y la vida comienza desde la fecundación cuando el espermatozoide y el ovulo se unen, por lo tanto lo dicho en el artículo 2, inciso 1 nos da a entender que el aborto va en contra de este derecho fundamental que tiene cada persona que habita en nuestro país. No solo en la constitución política del Perú hacen referencia al aborto, refiriéndome a materia legal, también se puede encontrar tipos de delitos que atentan a la vida (aborto) en el código penal.

8.2 Código Penal

El código Penal, señala los delitos tipificados en el artículo 114 al 120

del código penal aprobado mediante decreto legislativo N° 635 con relación al aborto. Aquí se encuentra los delitos que van en contra del artículo N° 2 de la constitución política del Perú.

Como se puede encontrar en el Código Penal del Libro Segundo del Título I: Delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en el Capítulo II: Aborto del “Artículo 115°.- Aborto Consentido:

- 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.” Código Penal (1991).

No solo hay pena para la gestante, el causante del aborto también tiene que cumplir una condena de acuerdo a ley. El causante del aborto tiene una pena severa aunque cuente con el consentimiento de la gestante y en caso como consecuencia del aborto la gestante también fallezca la pena será más drástica con el causante del crimen.

9. Jurisprudencias

1) “En el delito de aborto consentido la parte agraviada es la sociedad representada por el Estado y no la acusada quien presto su consentimiento para someterse a prácticas abortivas”. (Ejecutoria Suprema del 23/10/97, Exp. N° 4674-96, Huánuco).

2) “En autos se ha establecido que el procesado realizaba prácticas abortivas contando con la complicidad de la coencausada, quien en algunas ocasiones le recomendaba los clientes, está a través de sus declaraciones a lo largo del proceso admite solo parte de los hechos, señalando que su

participación concluyo cuando llevo a la menor agraviada y a sus familiares al tópico del encausado; sin embargo, dicha versión es contradicha con lo declarado por el coprocesado quien de manera clara ha explicado que efectivamente la menor agraviada fue conducida por la encausada para que le practique el aborto, quedando acreditada su participación y responsabilidad en el ilícito en calidad de cómplice, ya que gracias a su colaboración se realizó el acto abortivo con las consecuencias descritas”. (En: Castillo Alva, J. (2006). Jurisprudencia Penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República. Tomo II. Lima. Grijley. p. 82).

3) “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 consagrada en su artículo segundo, inciso primero la vida humana como derecho fundamental de la persona y se establece además que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorezca”. (Ejecutoria Superior del 26/01/98, Exp. N° 5821-97, Lima).

10. Derecho Comparado

Respecto al derecho comparado, se señala lo siguiente:

10.1 Argentina

Código Penal de la Nación Argentina

LIBRO SEGUNDO

DE LOS DELITOS

TITULO I

DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

Capítulo I

Delitos contra la vida

ARTICULO 85. - El que causare un aborto será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer.

Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

2º Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer.

El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

ARTICULO 86. - Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

ARTICULO 87. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

ARTICULO 88. - Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

10.2 Bolivia

Código Penal Según Ley N° 1768 de Modificaciones al Código Penal

TITULO VIII

DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL

Capítulo II

Aborto

ARTÍCULO 263.- (ABORTO): El que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura, será sancionado:

Con privación de libertad de dos a seis años, si el aborto fuere practicado sin el consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de diez y seis años.

Con privación de libertad de uno a tres años, si fuere practicado con el consentimiento de la mujer.

Con reclusión de uno a tres años, a la mujer que hubiere prestado su consentimiento.

La tentativa de la mujer no es punible.

ARTÍCULO 264.- (ABORTO SEGUIDO DE LESIÓN O MUERTE).- Cuando el aborto con el consentimiento de la mujer fuere seguido de lesión, la pena será de privación de libertad de uno a cuatro años: y si sobreviniere

la muerte, la sanción será agravada en una mitad. Cuando del aborto no consentido resultare una lesión, se impondrá al autor la pena de privación de libertad de uno a siete años: si ocurriere la muerte, se aplicará la de privación de libertad de dos a nueve años.

ARTICULO 265.- (ABORTO HONORIS CAUSA): Si el delito fuere cometido para salvar el honor de la mujer, sea por ella misma o por terceros, con consentimiento de aquélla, se impondrá reclusión de seis meses a dos años, agravándose la sanción en un tercio, si sobreviniere la muerte.

ARTÍCULO 266.- (ABORTO IMPUNE).- Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, raptó no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiere sido iniciada.

10.3 Chile

Código Penal de la República de Chile

Libro Segundo

CRIMENES Y SIMPLES DELITOS Y SUS PENAS

Título VII

CRIMENES Y SIMPLES DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS Y CONTRA LA MORALIDAD PÚBLICA

1. Aborto

Art. 342.- El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.

Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la

ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.

Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.

Art. 343.- Será castigado con presidio menor en sus grados mínimos a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hecho.

Art. 344.- La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.

Art. 345.- El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado.

10.4 Colombia

Código Penal de Colombia. Ley 599 de 2000

CAPITULO IV.

DEL ABORTO

ARTICULO 122. ABORTO. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

ARTICULO 123. ABORTO SIN CONSENTIMIENTO. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

ARTÍCULO 124. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

ANÁLISIS DEL PROBLEMA

En el delito conocido como aborto consentido, se encuentra debidamente tipificado en el código penal, en el artículo 115, pero debería ser más severa la pena para las personas con estudios superiores como por ejemplo: médicos, obstetricia, etc.; realicen el aborto consentido; porque son personas capacitadas que están haciendo uso de su profesión para cometer el ilícito penal.

Se debería de fomentar charlas informativas a las personas, hay métodos para que no tengan un embarazo no deseado y así mismo que tomen conciencia que el aborto no es una solución, porque se debe respetar al ser humano más pequeño e indefenso. Abortar es un delito, pero se debe tener en cuenta, que hay otras soluciones como dar en adopción a tu bebe, si no te sientes preparada como madre, que no tienes que recurrir a abortar, siendo que puedes adoptar medidas que pueden preservar su vida y permitir su nacimiento.

Ramiro Salinas Siccha (2018) en su opinión, pese que somos católicos, decididamente nos inclinamos por la solución de las indicaciones, pues legalizar el aborto para todos los casos durante los tres primeros meses como sostiene el penalista español Enrique Gimbernat Ordeig entre otros, nos parece exagerado y a la vez entra en contraposición con el derecho a la vida del concebido que nuestro sistema jurídico (desde la Constitución y el Código Civil) ampara y defiende desde la anidación del ovulo fecundado en el útero de la gestante. Por otro lado, entra en conflicto con los principios fundamentales del Estado democrático de derecho que alentamos y defendemos. Sistema político en el cual la defensa del derecho a la vida, desde su inicio y en todas sus formas, es la regla, siendo que las excepciones debidamente justificadas, confirman a aquella. (p. 237).

CONCLUSIONES

1. En efecto, se debe observar lo que la ley determina como aborto consentido. Así, en el artículo 115 del C.P. establece: 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.

2. En el delito denominado aborto consentido, se pretende tutelar en esta clase de delitos a proteger la vida humana dependiente, esto es, la vida del embrión o feto, teniendo en cuenta que nuestra Constitución Política del Perú, consagra en su artículo segundo inciso primero como derecho fundamental de la persona, la vida humana y establece, además, que el concebido es sujeto de derecho a todo cuanto le favorezca.

3. La penalidad del agente por la comisión del delito de aborto consentido será merecedor de una pena privativa de libertad que oscila entre uno a cuatro años. Si se produce la muerte de la gestante, el agente será merecedor de pena privativa de libertad que oscila entre dos y cinco años.

RECOMENDACIÓN

1. Que según el Código Penal regula el aborto consentido, pero se ve en la actualidad solo se da a conocer a la policía o ministerio público, cuando la mujer muere y se puede corroborar, porque no hay muchas jurisprudencias sobre el aborto consentido; pero que pasaría con la mujeres que abortan y siguen con vida, no hay una condena para la mujer como también para la persona que lo ha practicado.
2. La Constitución Política del Perú, protege la vida humana y establece, además, que el concebido, es sujeto de derecho a todo cuanto le favorezca, así que abortar es un delito, pero se debe tener en cuenta, que hay otras soluciones como dar en adopción a tu bebe, si no te sientes preparada como madre, que no tienes que recurrir a abortar.
3. Asimismo, debería ser más severa la pena en el delito del aborto consentido, para las personas con estudios superiores como por ejemplo: médicos, obstetricia, etc.; realicen el aborto consentido; porque son personas capacitadas que están haciendo uso de su profesión para cometer el ilícito penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Salinas Siccha, Ramiro. (2018). Derecho Penal. Parte Especial - Volumen 1. (7ª Ed.). Editorial Iustitia S.A.C. Lima.
- Bramont Arias Torres, Luis Alberto y Garcia Cantizano, Mª del Carmen. (1996). Manual de Derecho Penal. Parte Especial. (3ª Ed). Editorial San Marcos. Lima.
- Buompadre, Jorge E. (2000). Derecho Penal. Parte Especial. Mave. Corrientes. T. I Y II.
- Roy Freyre, Luis Eduardo. (1989). Derecho Penal. Parte Especial. 1º reimp. Lima. T.I.
- Prado Saldarriaga, Víctor. (1985). Política Criminal Peruana. Editorial Cuzco. Lima.
- Hurtado Pozo, José. (1982). Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Homicidio y Aborto. Sessator. Lima. T.I.
- Peña Cabrera, Raúl. (1992). Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Ediciones Jurídicas. Lima. T.I.
- Bramont Arias, Luis. (1990a). Temas de Derecho Penal. SP Editores. Lima. T.1.
- Sánchez Velarde, Pablo. Código Penal Peruano. (2018). Estudio Introductorio del Título Preliminar del NCPP y Reformas. (1ª Ed.). Editorial Moreno S.A.

PAGINAS VIRTUALES

Mayo Abad, Digna. (2000). Algunos Aspectos Históricos- Sociales del Aborto. Consultado en:
http://www.bvs.sld.cu/revistas/gin/vol28_2_02/gin12202.pdf_ (30 de mayo del 2018).

Del castillo Villacorta, Luis Humberto. (5 de mayo del 2013). El aborto. Consultado en:
http://elabortoue.blogspot.com/2013/05/marco-teorico.html_ (4 de junio del 2018).

Arámbula Reyes, Alma. (2008). Legislación Internacional y Derecho Comparado sobre el Aborto. Consultado en:
<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-19-08.pdf> (11 de junio del 2018).

ANEXO

SENTENCIA

SEGUNDO JUZGADO PENAL TRANSITORIO CORTE SUPERIOR JUSTICIA HUAURA – HUACHO.

EXPEDIENTE N° 307-2005

Inculpado : Gladys Isabel Espinóla Vega
Delito : Aborto Consentido y otro
Agravado : Elka Edith Escobar Estupiñán y otra
Secretaria : María Alcántara Díaz

SENTENCIA

RESOLUCIÓN No. 67

Huacho a veintiocho de setiembre del año dos mil siete.-

AUTOS, VISTOS: La presente Causa Penal N° 307-2005, seguido en contra de **GLADYS ISABEL ESPINOLA VEGA**, cuyas calidades personales son: peruana, con DNI 06638222, natural de Trujillo - La Libertad, nacido el veintinueve de diciembre de mil novecientos sesenta, hija de Segundo e Isabel, casada, católica, obstetriz, con instrucción superior, domiciliada en la Urbanización Huacho E - 06 - Huacho, por la Comisión del delito contra La Vida, El Cuerpo y La Salud, en la modalidad de Aborto Consentido, en agravio La Sociedad; y, por la Comisión del delito contra La Vida, El Cuerpo y La Salud, en la modalidad de Homicidio, en agravio de Elka Edith Escobar Estupiñán.

HECHOS: Se le imputa a la procesada Gladys Isabel Espinóla Vega, que con fecha 29 y 30 de marzo del años 2005, ha realizado prácticas abortivas a la agraviada Elka Edith Escobar Estupiñán, para lo cual contó con su consentimiento, habiendo realizado la atención y la operación en su domicilio ubicado en la Urb. Huacho, Mz E, Lt 06 - Huacho, lugar donde la

agraviada concurrió acompañada del sentenciado Wally Jesús Barrón Curioso y prima Gaudi Barrón Curioso; sin embargo, debido al estado de salud y condición física de la gestante Elka Edith Escobar Estupiñán, esta no resistió a dichas prácticas, lo que ocasionó su posterior fallecimiento; y que dio origen a que mediante dictamen de fojas 264 a 267 el Representante del Ministerio Público ampliara su denuncia por el delito de Homicidio, ampliándose la instrucción contra Gladys Isabel Espinóla Vega, por el delito de Homicidio en agravio de Elka Edith Escobar Estupiñán como es de verse de la resolución que corre de fojas 268 a 270 .

INTINERARIO DEL PROCESO: Este proceso se inicia en mérito al Atestado Policial N° 019-2005-VII-DIRTEPOL-DIVPOL-H-DEPICAJ de fecha 31 de marzo del 2005 y a la Denuncia Fiscal obrante en autos, el Juzgado dictó el Auto de Apertura de Instrucción y auto de ampliación, tramitándose el proceso según su naturaleza, acopiándose las pruebas que le respectan durante los términos instruccional y ampliatorio, a cuyo vencimiento, remitidos los autos al Ministerio Público su representante formuló Acusación Fiscal a fojas 351 a 358; y, puestos que fueron para los alegatos de las partes, vencido el término legal correspondiente, habiéndose sobreseído el proceso a favor de Gladys Isabel Espinoza Vega, Wally Jesús Barrón Curioso, Rosa Milagros Loza León y Gaudi Barrón Curioso, por el delito de aborto consentido en agravio de Elka Edith Escobar Estupiñán, dictado sentencia absolutoria a favor de las procesadas Rosa Milagros Loza León y Gaudi Barrón Curioso, y condenado a Wally Jesús Barrón Curioso, mediante sentencia de fojas 429 a 238 (Resolución N° 54) su fecha 26 de julio del 2007; y, declarada reo contumaz la acusada Gladys Isabel Espinóla Vega según resolución de fojas 466, la misma que se ha puesto a derecho en la fecha, el estado de la causa es el de expedir sentencia; y, **CONSIDERANDO:** Que, de las investigaciones policiales, judiciales así como de las pruebas acopiadas, se ha logrado determinar lo siguiente:

PRIMERO: En cuanto a las diligencias actuadas se tiene:

- i) La acusada **GLADYS ISABEL ESPINOLA VEGA**, en su Declaración Instructiva de fojas 58 a 62, refiere que es obstetriz, no acepta haberle practicada el aborto a la agraviada, ya que el día 28 de marzo sólo la atendió, porque al auscultar y estimular el feto de dos meses no tenía vida, así mismo indica que la declarante solo se limitó a sacar restos de membranas de la vagina de la agraviada y los botó al desagüe; reconoce que le dio de tomar y le colocó en la vagina de la agraviada CICOTEX para que le ayude a dilatar y que nunca recibió pago alguno.- En su Manifestación Policial de fojas 17 a 20, la misma que se tomó con la presencia del representante del Ministerio Público, además de reconocer que a la agraviada Escobar Estupiñán le dio CICOTEX con la finalidad de que expulse el feto, asevera que el feto tenía cuatro meses de vida, explicando que entre los efectos directos o colaterales que tiene esta pastilla, es la de causar una "hipertomía" o sea el útero acelera rápidamente, puede causar su rotura y provocar un Shock Hipovolémico que en ciertos casos provoca la muerte de la paciente; y que el día 30 de marzo la declarante le introdujo unas pinzas para sacar restos de membranas de la vagina de la agraviada que luego los arrojó al desagüe.
- ii) El sentenciado **WALLY JESÚS BARRON CURIOSO**, en su Declaración Instructiva de fojas 49 a 55, refiere que la agraviada Elka Edith Escobar Estupiñán, era su pareja, que era ella quien no quería tener el hijo que esperaban; así mismo, refiere que se enteró que su pareja estaba haciendo tratos para abortar orientada por su prima Gaudi Barron Curioso ya que ella conocía a la enfermera Rosa Milagros Loza León quien trabajaba en la Clínica del Niño que el día 28 de marzo del 2005 la agraviada conjuntamente con su prima Gaudi Barron se encontraron con la enfermera Rosa Loza León frente al Hospital Regional para tratar sobre el aborto y que el declarante se encontraba a dos cuadras, pero tenía conocimiento de lo que se

trataba; para luego dirigirse a la casa de Gladys Isabel Espinola Vega para la primera revisión, y que fue ese día cuando se le entregó S/. 500.00 Nuevos Soles, que era lo acordado para que le practique el aborto; y, que el día 29 de Marzo del 2005 alrededor de las dos de la tarde se reunieron frente al hospital con su pareja Elka Edith Escobar Estupiñán y con su prima Gaudi, y que luego fueron a la casa de Gladys Isabel, en donde él se queda en el carro con su prima; posteriormente su pareja regresa y le comenta que le habían cortado la placenta y aplastado la barriga, que había perdido mucha sangre, luego se retiraron a su casa, pero la inculpada Gladys Isabel le había dicho a su pareja que en algún momento iba a salir el feto y que tan solo lo jalara; pero el día 30 alrededor de las 7: 30 regresaron al consultorio de Gladys Isabel ya que el feto no salía, pero fue en ese lugar donde la agraviada se puso mal quedando inconsciente, luego la llevó al hospital lugar donde llegó cadáver.

- iii) **GAUDI CORALI BARRON CURIOSO**, en su Declaración Instructiva de fojas 143 a 146, refiere que ella conoce a Rosa Milagros Loza León por que trabajaba en la Clínica del Niño, ya que en esa Clínica trataba a su hijo; y que el día 29 de Marzo llegó a la casa de su primo Wally Jesús Barron Curioso por ser su cumpleaños, pero que lo encontró preocupado diciéndole que a su enamorada le dolía el estómago ya que estaba embarazada, a lo cual le recomendó que la llevara al hospital, pero su coincepado le dijo que quería que la revisara un especialista, entonces le dijo que la llevara a la Clínica del Niño, ya que allí trabajaba una amiga y que ella le recomendaría un especialista; luego fueron a la clínica en compañía de la agraviada Elka y una vez en dicha clínica bajaron a buscar a su amiga Rosa Milagros Loza León y fue su primo Wally Jesús quien hablo con ella, escuchando que Rosa Milagros le dijo que conocía a una doctora que tenía su consultorio por el Hospital, pero que no sabía su dirección; y,

que en ningún momento sabía que la enamorada de su primo quería abortar, y menos le acompañó al Hospital.

- iv) La Diligencia de confrontación entre el acusado **WALLY JESÚS BARRON CURIOSO** y la sentenciada **GLADYS ISABEL ESPINOLA VEGA**; de fojas 244 a 249, resulta irrelevante, al haberse mantenido en sus dichos.

- v) De fojas 299 a 304 obra la Diligencia de Ratificación e Ilustración del Perito Medico **DR. JORGE ALVINEZ PEREZ**, el mismo que refiere que la occisa falleció por una hemorragia masiva, producida por un desgarró y perforación del útero, que el feto fue seccionado por una pinza fester, con el que se coge el feto, destroza y extrae; que hubo una dilatación del cuello uterino, que la pinza utilizada logró desgarrar el útero e inclusive cogió una parte del intestino sigmoide - en la pared externa; si el MISOPROSOL o SICOTEX se proporciona en una cantidad de 4 pastillas de doscientos microgramos en un 95% puede causar aborto, ya que esta pastilla produce una maduración cervical, haciendo que el feto se ablande permitiendo su dilatación por efecto de la contracción del efecto del útero; así mismo indica que por el tipo de instrumental empleado en el aborto ha sido un profesional quien lo ha realizado.

SEGUNDO: Respecto a las pruebas documentales, se observa:

- i) A fojas 21, la copia del Certificado de Necropsia de Elka Edith Escobar Estupiñán emitido por el Dr. Jorge Albinez Pérez, cuyo diagnóstico es muerte por Shock Hipovolémico, Hemorragia Externa e interna y Ruptura Uterina.

- ii) De fojas 23 a 27, el Acta de Registro Domiciliario en la Vivienda de la acusada Gladys Isabel Espinóla Vega, la misma que se llevó a cabo en presencia del representante del Ministerio Público; incautándose entre otros: 01 estuche completo de pinzas de cirugía, 02 pinzas de cirugía menor metálica, 01 pinza tirabala usada para jalar útero y poner Te de Cobre; 01 equipo de transfusión sanguínea; etc.; así mismo en un pasadizo de la vivienda se encontró una tapa de desagüe que al levantarse se ubicó manchas pardas oscuras en una de sus bases y un papel mojado con adherencias de manchas pardas oscuras al parecer sangre.

- iii) A fojas 114 obra copia del Título de Licenciada en Obstetricia de la acusada Gladys Isabel Espinóla Vega emitido por la Universidad San Martín de Porres de Lima.

- iv) De fojas 128 a 130, el Protocolo de Necropsia de Elka Edith Escobar Estupiñán, en el que se describe lesiones traumáticas en el cuello uterino, como son: orificio central, abierto estrellado de 01 cm de diámetro con signos de pinzamiento y lesiones erosivas, además de los restos de feto encontrados; se concluye que la muerte es el resultado de una ruptura uterina, con muerte del feto, sangrado profuso, que le ocasionó un shock hipovolémico de curso y evolución fatal, de tipo violenta; CAUSAS DE LA MUERTE: shock hipovolémico hemorrágico, hemorragia interna y externa, ruptura uterina.

- v) A fojas 231 y 232 Dictámenes Periciales de Medicina Forense y Examen Físico respectivamente, practicados en el instrumental incautado, concluyéndose que no presenta evidencias físicas de interés criminalístico; y de fojas 233 a 244, corre el Dictamen Pericial de Química y Toxicología Forense, en donde se han analizado las diversas medicinas incautadas, concluyéndose que se utilizan entre

otros como reguladores menstruales, sangrado uterino funcional, deshidratación, tratamientos de vértigo, náusea, vómitos, sedantes miorrelajantes, anticonceptivos hormonales, tratamiento de hemorragia post aborto entre otros; y, que la OXITOCINA incautada es utilizada en la inducción del parto, reducción y control de las hemorragias post parto, EL TRAMADOL: es un analgésico opioide con potente acción analgésica indicada en el tratamiento del dolor agudo o crónico de intensidad moderada a severa.

- vi) A fs. 219, corre la partida de defunción de la occisa Elka Edith Escobar Estupiñán, otorgado por el Municipio Provincial de Huaura - Huacho, ocurrido el 30 de marzo del 2005.

TERCERO: En cuanto a la responsabilidad penal de la acusada **GLADYS ISABEL ESPINOLA VEGA**, por la Comisión del delito contra La Vida, El Cuerpo y La Salud, en la modalidad de Homicidio, en agravio de Elka Edith Escobar Estupiñán; es necesario indicar que en el homicidio Simple previsto en el art. 106 del C.P. se sanciona a aquella persona que mata a otra, requiriéndose que dicha conducta sea dolosa; es decir que el sujeto activo de este delito tiene que tener la intención de matar al sujeto pasivo; de las diligencias y pruebas acopiadas, se ha acreditado que la muerte de Elka Edith Escobar Estupiñán ha sido como consecuencia de la práctica abortiva a la que se sometió la víctima con la imputada Gladys Isabel Espinola Vega, por lo tanto, no se ha demostrado en autos fehacientemente que la acusada haya tenido la intención y voluntad de causarle la muerte a la agraviada Elka Edith Escobar Estupiñán; que por el contrario la muerte de la mencionada occisa es consecuencia del aborto al que ella se sometió voluntariamente, por lo que su deceso no puede ser considerado como un homicidio doloso, si no como consecuencia del actuar negligente de la acusada Gladys Isabel Espinola Vega.

CUARTO: Teniendo en cuenta el anterior considerando, el principio de determinación alternativa, permite al juez realizar de oficio la correcta adecuación típica de los hechos submateria, haciendo uso del criterio de conciencia que le faculta el Código de Procedimientos Penales, siempre y cuando concurren los siguientes elementos: **a)** Homogeneidad del bien jurídico tutelado; **b)** Inmutabilidad de los hechos y pruebas; **c)** preservación del derecho de defensa; **d)** coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo; y, **e)** Favorabilidad; y como es de verse de autos tanto en el homicidio doloso como en el culposo, previstos en el artículo 106 y 111 del C.P. el bien jurídico protegido es la vida humana, existen las mismas pruebas, se ha garantizado el derecho de defensa de lo acusada y la aplicación del artículo 111 resulta más favorable a la acusada; por lo que, al haberse producido la muerte de la agraviada Elka Edith Escobar Estupiñán, por el actuar negligente de la acusada Gladys Isabel Espinola Vega, en aplicación del principio de determinación alternativa, la conducta de la acusada en mención se subsume dentro de la descripción del artículo 111 tercer párrafo del Código Penal, que sanciona al agente que por culpa le causa la muerte de otra, si esta se produce por la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria.

QUINTO: De lo que se **CONCLUYE** que la conducta de la acusada: **GLADYS ISABEL ESPINOLA VEGA** se adecúa dentro de la descripción típica del Artículo 115 del Código Penal con la agravante prevista en el Artículo 117 de la misma norma sustantiva, concordante con su numeral 111, párrafo tercerol - según los argumentos glosados en el tercer y cuarto considerando de la presente resolución; ya que está acreditado en autos que la imputada no solo causó el aborto, sino también tuvo dominio del hecho junto con la gestante, como es de verse de su propia declaración instructiva de fojas 58 a 62 y manifestación policial y de fojas 17 a 20; al haber reconocido que la imputada le dio de tomar CICOTEX con el fin de que

pueda dilatar y expulsar el feto, así como también acepta haber retirado restos de membranas de la vagina de la occisa con una pinza y haberlas arrojado al desagüe de su vivienda, lo que se corrobora con el Protocolo de Necropsia que corre de fojas 128 a 130, donde se concluye que la agraviada falleció por habersele perforado el útero; cuanto más, que durante el proceso en su condición de licenciada en obstetricia, contaba con el equipo suficiente como para poder llevar a cabo dichos abortos, tal como consta del acta del Acta de Registro Domiciliario del fojas 23 a 27.

SEXTO: GRADUACION DE LA PENA: Habiéndose acreditado la materialidad del ilícito perpetrado; y, a fin de poder fundamentar y determinar el quantum de la pena que le corresponde a la acusada es necesario tener en cuenta el grado de participación que tuvo en los hechos, el medio social en que se desenvuelve, sus costumbres, su situación económica, su grado de instrucción: superior, profesión obstetrix y carencia de antecedentes penales, según certificado de fojas 170.

SEPTIMO: REPARACION CIVIL: Debe fijarse prudencialmente a tenor de lo previsto en los artículos 93 y 94 del C. P., considerando los bienes jurídicos tutelados, así como el perjuicio ocasionado a las partes agraviadas.

Por estas consideraciones, apreciando los hechos y las pruebas con criterio de conciencia que la Ley faculta, en aplicación del principio de determinación alternativa según los fundamentos precisados en el tercer y cuarto considerandos de la presente resolución y además lo dispuesto en los artículos once, doce, veintitrés, veintiocho, cuarenta y cinco, cuarenta y seis y noventa y dos del Código Penal, concordante con los artículos 283 y 285 del Código de Procedimientos Penales, administrando justicia a nombre de la Nación; **FALLO:** **CONDENANDO a GLADYS ISABEL ESPINOLA VEGA, como autora del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de aborto consentido, en agravio de la sociedad;** y por el delito **contra la vida, el**

cuerpo y la salud, en la modalidad de homicidio culposo, en agravio de Elka Edith Escobar Estupiñán, como a tal le **IMPONGO** CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad, suspendida por el término de TRES AÑOS, bajo las siguientes reglas de conducta: a) No ausentarse del lugar de su domicilio sin conocimiento escrito al Juez de la Causa; b) Comparecer personal y obligatoriamente ante la Oficina de Servicios Judiciales Integrados de ésta Sede uno de los tres últimos días de cada mes a dar cuenta de sus actividades y firmar el libro de sentenciados, c) No ingerir bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes, d) No incurrir en hechos análogos a los de su juzgamiento; bien entendido sea que el incumplimiento de cualesquiera de éstas reglas de conducta dará lugar a la aplicación de lo dispuesto en los Artículo 59 y 60 del C. P.; e **INHABILITACIÓN** por el término de un año según lo dispuesto en los artículos 36.4.8 y 38 del Código Penal, para que pueda ejercer la profesión de obstetriz, oficiándose al Colegio de Obstetrices del Perú y el Hospital Regional de Huacho en donde presta servicios, para su cumplimiento; **FIJO:** en la suma de DIEZ MIL NUEVOS SOLES, el monto que por concepto de reparación civil pagará la sentenciada Gladys Isabel Espinóla Vega a favor de los Herederos Legales de la agraviada Elka Edith Escobar Estupiñán; y la suma de QUINIENTOS NUEVOS SOLES, el monto que por concepto de reparación civil pagará a favor de la Sociedad, en la forma legal correspondiente; **MANDO:** Que, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia se expidan los correspondientes Boletines de Condena y se proceda a su inscripción en los Registros de Condena de la Corte Suprema de la República. Y; por ésta mi sentencia, así la pronuncio mando y firmo en la Sala de mi Despacho.-
TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.-