

**José Hurtado Pozo**

# **MANUAL DE DERECHO PENAL**

**Parte Especial 2**

**ABORTO**

## PROLOGO

*"El aborto voluntario es un homicidio verdaderamente alevoso e indigno de la inmunidad Eclesiástica: que el delito de los más horrendos que puede hacer un hombre, y en especial una Madre, pues priva de la vida corporal y Eterna al inocente fruto de sus entrañas, en cuya formación ha empleado el Creador su inmenso poder, su amor infinito y su más esquisita sabiduría"*

Padre González Laguna - 1781 - citado por Pablo Macera, p. 315.

Las disposiciones del Código penal referentes al aborto son raramente aplicadas. ¿Por qué dedicar tiempo y cuidado a su estudio? Una razón de orden práctico podría ser que su análisis constituye una de las materias del curso de Derecho penal especial en las Facultades de Derecho. De modo que esta publicación tendría como destinatarios a los estudiantes. Esta respuesta no resulta convincente, pues cabe preguntarse si los programas universitarios son obsoletos por comprender materias sin interés práctico. Esto es cierto en la medida en que el estudio del aborto consiste sólo en la explicación dogmática de las disposiciones penales que lo regulan. No lo es en cuanto se le estudia en una perspectiva de política criminal con el fin de comprender, de un lado, por qué no se aplican las normas penales a pesar que el número de abortos clandestinos es bastante elevado y, de otro lado, cuáles son las medidas adecuadas para evitar las graves consecuencias sociales y personales que tiene este tipo de comportamiento. La intensidad y profundidad de los debates sobre el aborto se explican en razón que se trata de un hecho que concierne la supervivencia del género humano, así como la dignidad de la persona y, en especial, de la mujer. Esto explica que la discusión este intensamente marcada por consideraciones de orden filosófico, moral, biogenético, político y, al mismo tiempo, por actitudes dogmáticas y fanáticas que constituyen a veces reacciones viscerales o atávicas.

Por todo esto hemos creído conveniente dedicar la primera parte de esta obra a describir y analizar el contexto sociopolítico que condiciona la regulación de la interrupción del embarazo. En la segunda parte, interpretamos los artículos 114 a 120 del nuevo Código penal, tratando de tener en cuenta los criterios admitidos o discutidos en la primera parte.

De esta manera, cumplimos la promesa, expresada en el prólogo de nuestro anterior libro consagrado al Homicidio, de actualizar y publicar por partes el primer volumen de nuestro Manual de Derecho Penal, Parte Especial.

Dedicamos este modesto libro a las mujeres que son objeto tanto del discurso como de la regulación en materia de aborto y padecen esta situación injusta sin poder hacer respetar sus derechos fundamentales debido a la discriminación social, política y económica de que son víctimas en su gran mayoría.

Nuestros más sincero agradecimiento para Hortensia Delgado del Sol, joven docente en la Universidad de La Habana, por su entusiasta y proficua ayuda como nuestra asistente en el Séminaire de Droit Pénal de l'Université de Fribourg.

# INDICE

<b>PROLOGO</b> .....	<b>2</b>
<b>INDICE</b> .....	<b>4</b>
<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>6</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>7</b>
L. CONTEXTO SOCIAL .....	7
2. POLÍTICA DEMOGRÁFICA .....	8
3. CONTRACEPCIÓN .....	9
4. BREVE RESEÑA HISTÓRICA .....	12
5. VIDA INTRAUTERINA .....	15
6. BIEN JURÍDICO .....	17
7. CRITERIO DEMOGRÁFICO. ....	20
8. REALIDAD DELICTIVA .....	23
9. CONTEXTO ACTUAL .....	26
9.a. Legislación .....	26
9.b. Aborto clandestino: consecuencias .....	26
9.c. Ineficacia de la ley .....	27
9.d. Educación sexual .....	28
9.e. Aspecto socio-económico .....	29
10 DEBATE EN TORNO AL ABORTO .....	29
11. SOLUCIONES LEGISLATIVAS .....	30
11.a. Orientación tradicional .....	31
11.b. Concepción liberalizadora .....	34
11.b.1. Sistema de plazos .....	35
11.b.2. Sistema de las indicaciones .....	38
12. POLÍTICA CRIMINAL .....	40
<b>II. DELITOS DE ABORTO</b> .....	<b>43</b>
1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS .....	43
2. TÉCNICA LEGISLATIVA .....	44
3. DEFINICIÓN DEL ABORTO .....	45
4. TIPO LEGAL OBJETIVO .....	47
4.a. Objeto del delito .....	47
4.b. Medios de ejecución .....	49
4.c. Figuras delictivas básicas .....	50
4.c.1. Aborto no consentido (art. 116) .....	50
4.c.2. Aborto cometido por la madre (art. 114) .....	50
4.c.3. Aborto consentido (art. 115) .....	51
4.d. Consumación .....	52
4.e. Tentativa .....	53
5. TIPO LEGAL SUBJETIVO .....	54
6. ABORTO PRETERINTENCIONAL (ART. 118) .....	55
<b>III. ABORTOS AGRAVADOS</b> .....	<b>58</b>
1. MUERTE DE LA MADRE (ARTS. 115, PF. 2 Y 116, PF.2) .....	58
2. ABUSO DEL ARTE O CIENCIA DE CURAR (ART. 117) .....	58
<b>IV. ABORTOS ATENUADOS (ART 120)</b> .....	<b>60</b>
1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS .....	60
2. TÉCNICA LEGISLATIVA .....	60
3. TERMINOLOGÍA .....	61
4. FUNDAMENTO .....	62
5. CALIFICACIÓN DE LAS INDICACIONES .....	64
6. CIRCUNSTANCIAS COMUNES .....	66

6.a. Antijuricidad .....	66
6.b. Aspecto subjetivo.....	67
6.c. Intervención médica .....	67
6.d. Consentimiento.....	67
7. CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES .....	68
7.a. Graves taras físicas o psíquicas.....	68
7.b. Embarazo no deseado .....	70
<b>V. ABORTO IMPUNE (ART. 119) .....</b>	<b>72</b>
1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS .....	72
2. INTERVENCIÓN MEDICA .....	73
3. NECESIDAD DEL ABORTO .....	74
4. CONSENTIMIENTO .....	75
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>77</b>

## **ABREVIATURAS**

A.J.	Anales Judiciales
Art./arts.	Artículo(s)
B.C.A.	Boletín del Colegio de Abogados de Lima
B.J.	Boletín Judicial. Corte Suprema de la República
D.L.	Decreto Ley
D. Leg.	Decreto Legislativo
Ed.	Edición
Inc.	Inciso
N.	Número
P.	Página
Pf.	Párrafo
R.J. P.	Revista de Jurisprudencia Peruana
R.T.	Revista de los Tribunales
S./ss.	Siguiente(s)
T.	Tomo/volumen

# I. INTRODUCCIÓN

## I. Contexto social

- 1 El análisis de los problemas relativos al aborto, en sociedades como la nuestra - donde se ha transformado prácticamente en un medio de control de natalidad - está estrechamente condicionado tanto por la situación del país como por la política demográfica del Estado.
- 2 En las últimas décadas, la distribución de la población ha cambiado sustancialmente. Entre 1940 y 1981, la población, calculada en seis millones de habitantes, se triplicó y, en 1989, se le estimó en cerca de veintidos millones (Dirección de demografía, Boletín n. 5; Vergara, p. 62 y ss.; Matos Mar, p. 43, 72; Vega-Centeno, p. 38). De un país rural, el Perú se ha convertido en un país urbano. El 65 % de población vive en centros urbanos. Lima ocupa el lugar central. En 1940, el 10 % de la población nacional habitaba en la capital; en 1961, 17 % ; en 1972, el 23 %; en 1981, el 27 %; en la actualidad, constituye alrededor del 30 % (seis millones de habitantes) (Vergara, p. 52 y s.; Guerrero/Sánchez, p. 38 y ss.; Golt/Adams, p. 36 y ss.; Matos Mar, p. 71). El 37 % de esta población vive en pueblos jóvenes (barriadas); el 23 %, en urbanizaciones populares; y el 20 %, en tugurios y callejones. Por regiones geográficas, la población se agrupa: 50 % en la costa, 40 % en la sierra y el resto en la selva (ver Vega-Centeno, p. 221).
- 3 Este proceso de urbanización, debido a diversas causas, sólo es comprendido si se tiene en cuenta la situación del Perú en el sistema mundial: país dependiente y productor de materias primas. A diferencia de lo sucedido en los países desarrollados, en el Perú, la urbanización no es el resultado de un proceso de industrialización. Si se observa lo sucedido en Lima, pueden indicarse como causas determinantes de la migración del interior del país hacia la Capital: el desarrollo de las vías de comunicación, la crisis agrícola, el incremento de la administración estatal, las ventajas, por ejemplo, en materia de educación y salud en comparación con los servicios casi inexistentes en el interior del país (Soto, p. 8 y ss.; Sánchez-Albornoz, p. 127 y ss.; Vega-Centeno, 218 y ss.).
- 4 La urbanización del país ha significado una profunda transformación social y económica. A diferencia de lo sucedido en los países industrializados, la invasión de las ciudades ha determinado, en el aspecto económico, que los inmigrantes desarrollen "formas de producción cuasi artesanales, de producción a domicilio, de formas de sobreexplotación de mano de obra en

relaciones de producción en las cuales priman el clientelaje, el parentesco y el paisanaje, amén que se desarrollan al margen de todas las conquistas obreras de decenios anteriores, y también al margen de la fiscalización social y estatal. Esto vendría a constituir 'la informalidad de la economía'" (Golt/Adams, p.34).

- 5 En el nivel social y a partir de los años cincuenta, las migraciones se producen espontáneamente y sin respetar frecuentemente el marco legal. Ante la incapacidad del Estado para controlar y rentabilizar este fenómeno, en razón de la profunda crisis económica de la década del setenta, los inmigrantes crean y desarrollan comportamientos y medios propios en todos los ámbitos de la actividad social (Matos Mar, p. 78 y ss.).
- 6 La ilegalidad desarrollada, debido a las deficiencias del aparato estatal, se ha manifestado igualmente en el campo de la delincuencia. La violencia y la inseguridad han aumentado. La mentalidad de las personas en cuanto al respeto por el orden jurídico se ha relajado. No se confía más en la eficacia del aparato estatal y se considera conveniente sacar provecho recurriendo, por ejemplo, a la corrupción, al contrabando, al tráfico de drogas, al lavado de dinero de origen ilícito, a la violencia, al robo. De esta manera, "una completa alteración de los medios y los fines ha trastocado la vida social, a tal punto que hay actos que formalmente son delitos, pero que la conciencia colectiva ya no reprueba" (Soto, p. 6).

## **2. Política demográfica**

- 7 En 1976, el Gobierno encargó a una comisión especial la elaboración de un informe respecto a las bases sobre las que debería establecerse la política demográfica del país. Los resultados de sus trabajos fueron publicados bajo el título de Lineamientos de Política Demográfica en el Perú. Una de sus partes, Política de Población, fue integrada en el Plan Nacional de Desarrollo 1976-1978.
- 8 Según la comisión, los objetivos de la política demográfica deben ser: (1) crecimiento demográfico conforme a la decisión libre de las personas sobre la dimensión de la familia, (2) disminución importante de la mortalidad tanto infantil como de las madres y (3) distribución adecuada de la población en el territorio nacional.
- 9 Para facilitar la realización de la política demográfica delineada, se plantearon medidas de diferente índole. En el plano legislativo, se debía proceder a una revisión o derogación de las normas legales que constituyen un obstáculo para alcanzar dichos objetivos: por ejemplo, las disposiciones de derecho civil que consagran la desigualdad en razón del sexo, las que regulan



la adopción de menores, la paternidad responsable, la planificación familiar, y el abandono de los hijos. En el dominio de la salud, reorganizar y mejorar los servicios de sanidad. En el de la educación, organizar programas de educación familiar y sexual. En relación con la fecundidad, transformar las estructuras económicas, sociales y culturales para favorecer la decisión libre y responsable de los padres, así como excluir toda medida coactiva o manipuladora de las personas, comprendida la esterilización en cuanto medio de control de la natalidad.

- 10 Estos criterios fueron mantenidos en el Plan de Gobierno para el periodo 1977-1980, así mismo en el Plan Nacional de Desarrollo para 1978-1979. En la realidad, casi todas estas propuestas no fueron materializadas por falta de recursos económicos.
- 11 Al elaborarse la Constitución de 1979, los constituyentes no consideraron necesario establecer una norma específica sobre la política demográfica del Estado. No aceptaron la propuesta del Colegio Médico del Perú de prever - en el Capítulo V, Seguridad y Bienestar Social - la siguiente disposición: "El Estado promoverá una adecuada política de población respetando el derecho individual que fluye de una paternidad responsable destinada a mejorar la calidad de vida humana". En el art. 5 de la Constitución, sólo establecieron que "El Estado ampara la paternidad responsable". En 1980, se dictó el Decreto Legislativo n. 346, intitulado Ley de Política Nacional de Población. Según su art. 3, "El Estado garantiza el ejercicio de la paternidad responsable, entendiendo por ésta el derecho básico de la pareja a decidir de manera libre y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, y el deber que tienen los padres de educarlos y a atender adecuadamente las necesidades esenciales de los mismos".
- 12 En la nueva Constitución de 1993, art. 6, párrafo primero, se estatuye: "La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y la maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud".

### **3. Contracepción**

- 13 Tanto la política demográfica como la referente a la represión o liberalización en materia de aborto están estrechamente relacionadas con el problema de la política relativa a la contracepción; es decir la utilización de medios para prevenir el embarazo. Mediante una aplicación amplia de medios contraceptivos se puede influir fuertemente la tasa de natalidad y, así mismo, evitar embarazos no deseados que luego terminarían en abortos clandestinos. En Europa,

se ha constatado que los abortos son menos frecuentes en los países donde la práctica de la contracepción (o de la esterilización) es más difundida y eficaz. Según encuestas realizadas, la disminución del número de niños por mujer depende tanto de una disminución de hijos "deseados" como del número de embarazos "no deseados" (Blayo, p. 12).

- 14 La política nacional referente a los contraceptivos se ha caracterizado, en un principio, por su orientación conservadora. Esto se ha debido a la influencia de la Iglesia Católica. Esta se opone a su utilización y admite como único medio de control de nacimientos el que tiene en cuenta los períodos de esterilidad de la mujer. Según la Iglesia, las prácticas anticonceptivas excluyen del acto sexual la posibilidad natural de procreación y, al mismo tiempo, disocian los fines esenciales del matrimonio: unión y procreación (Congrégation, p. 26). En la encíclica *Humanae Vitae* (1968), el Papa Paulo VI afirmó que la contracepción no era permitida cuando se recurría a métodos artificiales (píldora, preservativo) (ver igualmente Jean-Paul II, n. 47 y ss.). Estos criterios son ratificados en la Carta apostólica a las familias del 22 de febrero de 1994, en la que el Papa Jean-Paul II afirma que la unión y la procreación no pueden ser separados artificialmente sin alterar la verdad íntima del acto conyugal mismo. En los hechos, sin embargo, muchos sacerdotes, sin renegar esta directiva, adoptan una actitud comprensiva respecto a las parejas que utilizan contraceptivos. Su actitud resulta evidentemente condicionada por la realidad socioeconómica en que ejercen su actividad pastoral (Vera, p. 70).
- 15 En 1958, se prohibió la fabricación de contraceptivos mecánicos, considerando que es "deber del Estado defender la natalidad, base del capital humano" y "velar por la moral y las buenas costumbres" de los peruanos (R.S. del 5 de agosto de 1958). Al respecto, es de recordar la posición de la Iglesia Católica ante el control de la natalidad (ver supra, n. 14) y su criterio según el cual es deber de la autoridad pública de establecer como fundamento de la ley civil las normas fundamentales de la ley moral en todo lo que concierne los derechos del hombre, la vida humana y la familia (Congrégation, 1987, p. 37).
- 16 En el Código Sanitario (art. 24), se dispuso que "todo anticonceptivo será usado bajo control de un médico quien es directamente responsable de los efectos secundarios consecuentes de su uso" y que "es prohibida la venta de anticonceptivos sin receta médica".
- 17 Por consiguiente, el empleo de anticonceptivos es lícito; pero sometido al monopolio farmacéutico y al control médico. La práctica del control de la natalidad no presenta, en el nivel legal, un problema particular. En todo caso, en la medida en que constituye un acto sometido a la sola voluntad de la mujer, el Estado no debe imponer la utilización de contraceptivos, ni

el aborto como medio de control de natalidad. Así, de acuerdo con el art. 6 de la Constitución, la política de población debe respetar la libertad de las personas y, según el art. 23 del Código Sanitario, "está prohibido el aborto como medio de control de natalidad".

- 18 En la realidad, la venta de anticonceptivos es libre y el control médico es casi inexistente. Su utilización depende, de un lado, de la política de información y de educación sexual y, de otro lado, de una política de precios bajos que ponga al alcance de todos los medios anticonceptivos.
- 19 En tanto que por estos medios se impide la fecundación, su utilización permanece atípica con relación a las disposiciones sancionadoras del aborto. Las dudas surgen respecto a determinados dispositivos (espiral) o productos, frutos del progreso espectacular de la ciencia, que impiden la continuación del proceso biológico y fisiológico iniciado con la fecundación. Es el caso, por ejemplo, del producto llamado UR 486 (esta denominación hace referencia al laboratorio francés que lo descubrió: Roussel-Udaf). Se trata de una sustancia que neutraliza los receptores celulares de la progesterona, hormona segregada durante la segunda etapa del ciclo menstrual e indispensable tanto para la implantación del óvulo fecundado en la matriz como para la conservación ulterior del embarazo. Para aumentar su eficacia y evitar los efectos negativos en el sistema cardiovascular de la mujer, se le hace tomar por vía oral una dosis de prostaglandina. En Francia, se ha constatado que, de esta manera, el tratamiento tiene éxito en un 96,7 % de casos; el mismo que aumenta a 98,7 % si se toma otra dosis de prostaglandina a las 52 horas de no producirse la interrupción del embarazo. A pesar de su aparente simplicidad, este tratamiento debe ser practicado bajo control médico por el riesgo de posibles hemorragias. Este producto tiene dos usos: primero, la provocación de la menstruación en fechas regulares (26a y 27a día del ciclo), haya o no fecundación (inducción menstrual); y, segundo, la interrupción del embarazo, en las primeras semanas, por la administración de pequeñas dosis de antiprogesterona.
- 20 Lejos estamos de la época en que, bajo la influencia preponderante de la Iglesia Católica, se consideraba necesario prever un "delito anticoncepcional". Delito que debía ser reprimido porque su "comisión impide la aparición de un nuevo ser, ya que la función reproductora, a cuyo cumplimiento no puede ni debe abstenerse hombre alguno, tiene por grandiosa finalidad la propagación de la especie y su perpetuación; y para el crecimiento de la propagación, de tan funestos resultados es el sacrificio de los seres ya formados, en pleno proceso vital, por el aborto criminal o el infanticidio, como obstaculizar la procreación en la conjunción sexual"

(Avendaño, p. 248). Este autor llegó a proponer, igualmente, la represión del "procedimiento criminal" de la "propaganda anticoncepcional". En esta perspectiva, poco le faltó para sugerir que se reprima como delito la masturbación. De manera más razonable, aunque conforme a la terminología de la época, Viterbo Arias (ver Hurtado, 1982, p. 190), sostuvo que "no falta quien pretenda que se castigue como aborto todo acto encaminado a impedir la concepción, inmediatamente después de la aproximación sexual o durante ella, pero a nuestro juicio, semejante pretensión es inaceptable; tanto por la dificultad de la prueba, que en la mayoría de los casos rayaría en la imposibilidad, cuanto porque no existiendo la tercera persona que reciba el daño, no hay derecho herido y, por consiguiente, no hay delito. Estos actos serían todo lo inmoral que se quiera, pero no antijurídicos". Sin embargo, las ideas opuestas no quedaron sin eco. Así, en el Proyecto Cornejo - Jiménez de 1928, art. 378, se preveía la represión de quien "públicamente incitare a prácticas contra la procreación, o el que hiciere propaganda de los medios para evitarla". Esta disposición figuraba entre los delitos contra las buenas costumbres y designado con la nota marginal "Prácticas anticoncepcionales".

#### **4. Breve reseña histórica**

- 21 Sobre el derecho anterior a la llegada de los españoles sólo existen fuentes indirectas, en especial las obras de los denominados cronistas (Porrás, p. 147 y ss.; Vargas, p. 59 y ss.). Esto es debido a que tanto los incas como los pueblos que ellos sometieron desconocieron la escritura (respecto a las fuentes históricas de la época inca, Porrás, p. 104 y ss., y a la posibilidad de estudiar el derecho inca, Basadre, p. 215 y ss).
- 22 El derecho penal incaico se caracterizó por su gran severidad (Valcárcel, p. 631 y ss.; Vargas, p. 194 y s., sobre las fuentes ver nota 1 de la p. 195; Alzamora, p. 32). El responsable de aborto era castigado con la pena de muerte o el apedreamiento (Valcárcel, p. 639). Igual pena merecía la mujer embarazada que tomaba algo para abortar (Valcárcel, p. 647; Vargas, p. 225). Se considera que éste delito se reprimía por constituir un atentado contra el orden familiar y contra el Estado que perdía un futuro tributario (Vargas, p. 225; Trimborn, p. 78).
- 23 La conquista española incorporó el Nuevo Mundo al sistema del mundo europeo. Al imponer España a los pueblos nativos su sistema económico, social y cultural, los sometió también a su sistema jurídico. Sistema que se desarrolló sobre todo destruyendo las instituciones del ordenamiento autóctono; pero también asimiló y conservó algunas. Esta continuidad nos obliga a mirar hacia atrás para comprender nuestras leyes actuales.

- 24 En la Antigüedad, el aborto fue ampliamente aceptado y vinculado con el fenómeno demográfico. Platón y Aristóteles (*Política*, lib. VII, c. 14; *De animalium generatione*, lib. II, c. 3), preocupados por el problema del equilibrio demográfico, consideraron el aborto como un medio moralmente neutral. Según el primero, las mujeres sólo debían de procrear entre los veinte y los cuarenta años de edad. Aristóteles opinaba que el aborto podía ser practicado antes que el embrión tuviese vida y sensibilidad; es decir antes que el alma vivifique el feto (animación retardada). Esto sucedía, en el caso del hombre, a los 40 días de la concepción y, en cuanto a las mujeres, a los 90 días. Este también era el criterio seguido por Hipócrates (Simson/Geerds, p. 87, nota 285a). Dentro de estos plazos, con el fin de mantener el equilibrio demográfico, los fetos excesivos debían ser destruidos. En el juramento de Hipócrates (siglo IV antes de Jesucristo), se dice, sin embargo, que no debe proporcionarse a la mujer encinta producto alguno destinado a destruir el embrión. Prohibición que subsistió durante el largo periodo en que no existió norma penal sancionadora del aborto. Grosso modo se puede decir que lo mismo sucedió entre los germanos (Simson/Geerds, p. 88)
- 25 Esta fue así mismo la situación en el Imperio romano: el embrión nunca fue protegido en dominio penal y se le consideró más bien como parte del cuerpo de la mujer. Sólo en el tiempo de Septimus Severus, se sancionó con el exilio a quien causaba el aborto a una mujer casada sin el consentimiento del marido (Simson/Geerds, p. 85). Así, se protegía los intereses del marido e implícitamente los del Estado (Maurach/Schröder/Maiwald, § 5, n. 1).
- 26 La prohibición del aborto fue prescrita debido, sobre todo, a la influencia del cristianismo. Un nuevo criterio fue introducido: el alma ya se encuentra en el semen, tanto el aborto como el uso de medios contraceptivos constituyen delito (Simson/Geerds, p. 85 y ss.). En la Edad Media, esta concepción subsiste. Santo Tomás de Aquino la vincula con la de Aristóteles al aceptar, simultáneamente, el plazo en el que - según éste - el alma entraba en el cuerpo humano y el criterio que el aborto cometido en este periodo constituye un homicidio. Sólo a partir de fines del siglo XVIII, comienza a imponerse progresivamente y de manera clara la idea que desde la concepción el alma habita el nuevo ser. Es el Papa Pio IX quien, en 1869, declara que el quinto mandamiento protege igualmente la vida embrionaria (Simson/Geerds, p. 88).
- 27 En la medida que estas ideas permanecieron en el dominio teológico no tuvieron mayores consecuencias prácticas. En Alemania, la situación cambia con la Ordenanza Penal de Carlos V, de 1532, vigente hasta el siglo XVIII. Su art. 133 preveía la represión del aborto y, para los efectos de una mayor represión, distinguía entre feto viable y no viable. En la aplicación de

esta Ordenanza y legislativamente cincuenta años después de su entrada en vigencia (Codex Juris Bavarici Criminalis de 1751), se recurrió, en lugar del que consideraba el momento en que el alma ingresa al cuerpo humano, a un nuevo criterio: la constatación de manifestaciones de vida por los primeros movimientos del feto, tal como se producen a partir del inicio de la segunda fase del embarazo (Maurach/Schroder/Maiwald, § 5, n. 1). Aunque Carzpov pusiera en discusión la calidad humana del feto, afirmó la necesidad de reprimir el aborto. Admitiendo esta afirmación, Poeckel consideró que el aborto provocaba intranquilidad pública y, por tanto, atacaba la seguridad del Estado (Stukenbrock, p. 12 y ss.).

- 28 En Francia, Henri II, mediante un edicto de 1556, dispuso que el aborto fuera castigado con la "*peine de mort et du dernier supplice*" o "*réclusion criminnelle*". Esta severa represión era común, desde la Bambergensis (1507), a las leyes penales europeas (Simsons/Geerds, p. 90). Bajo la influencia de los Enciclopedistas, en el Código de 1794, se atenuó la represión: la pena de muerte fue remplazada por la de veinte años "de fers", pero no se sancionó a la mujer que se practicaba el aborto. La pena de "*réclusion criminnelle*" fue establecida, en el Código de 1810 para todos los casos, salvo para los médicos que eran sancionados con "*travaux forcés á temps*". La represión continuaba así siendo muy severa. Esto dio lugar a que los Tribunales buscaran siempre la forma de eludir su aplicación; por ejemplo, absolviendo a los acusados.
- 29 Estas ideas llegan a nosotros con la colonización española. El derecho de los conquistadores era parte del derecho europeo en formación mediante la recepción del derecho romano justiniano y el derecho canónico (Basadre, p. 283, 290, 294). El derecho impuesto a los conquistados fue el derecho castellano (Basadre, p. 309 y s.; Basadre Ayulo, p. 268). Este derecho no fue aplicado, razón por la que tuvieron mayor importancia las leyes especiales y las ordenanzas (Sobre la imposición del derecho español en la Colonia, ver: Hurtado, 1979, p. 27). De esta legislación formaron parte las Leyes de Indias. El sétimo libro de la Recopilación de Indias estaba destinado a los asuntos criminales.
- 30 En las Siete Partidas, se sancionaba a la mujer con la pena de muerte si la "criatura" "era ya viva" o con la de destierro en "alguna isla por cinco años" cuando "por ventura no fuese aún viva" (Es decir aún no animada, sin alma. La diferencia entre criatura animada e inanimada fue establecida en el derecho canónico). Esta pena era prevista también para el hombre que, mediante maltrato, causara el aborto a su mujer. En caso de un "hombre extraño", la pena de

muerte si la "criatura fuera ya viva" o de destierro por cinco años en caso que aún no lo fuera (Sétima Partida, Título octavo, Ley octava, Los Códigos españoles, t. IV, Madrid, 1845).

- 31 Las Leyes de Indias, como otras muchas dictadas por la Corona española, fueron acatadas pero no cumplidas. Este fenómeno particular que caracterizó el régimen del Virreinato hace muy difícil saber cuales fueron los comportamientos reprimidos y las penas aplicadas. Las verdaderas fuentes legales, según Levene (p. 415), fueron las Ordenanzas de los Cabildos referentes a los delitos de policía principalmente (sobre el aborto en la Colonia, ver Macera, p. 297 y ss.).
- 32 Según el Reglamento Provisional del 12 de febrero de 1821 (art. 18) y el Estatuto Provisional del 8 de agosto de 1821 (art. 2 de la última sección), dictados por el Libertador San Martín, el derecho colonial se debía seguir aplicando en cuanto no contradijese los ideales de libertad e independencia. La severidad de la represión se mantiene, por ejemplo, en el Proyecto de Vidaurre. El aborto figura entre los homicidios: la pena es de diez años de "trabajos públicos" si el autor es el marido, de quince en caso de un "extraño" (Ley 24). La mujer casada que toma algún brebaje o emplea algún otro medio para abortar debía ser "destinada al hospicio por diez años; si es tenida por doncella, por dos; y si es mujer pública, por toda la vida".

## 5. Vida intrauterina

- 33 El recién nacido, el feto y el embarazo no han sido siempre percibidos de la misma manera. En la Antigüedad, el feto constituye un misterio; existe como algo imaginario, hasta mágico. En la Edad Media y el Renacimiento, el feto y el recién nacido son "representados"; pero no son objeto de estudio de la ciencia.
- 34 En el siglo XVII, se comienza a percibir de manera racional la vida intrauterina (Descartes publica su Tratado sobre la formación del feto) y la medicina a ocuparse del embarazo (Minkowski, p. 20; quien menciona a François Mauriceau como el primer partero de Francia, en el siglo XVII). Hasta entonces, el embarazo y el nacimiento habían sido tradicionalmente asuntos de mujeres (la madre y la comadrona). Esta evolución va dar lugar, a partir del siglo XVIII, a una confrontación entre las matronas (depositarias del conocimiento empírico) y los médicos (titulares de la ciencia) (Stukenbrock, p. 26). En esta época, se establecen las condiciones para el desarrollo que tuvo lugar en los siglos siguientes.
- 35 La obstetricia moderna se forma y consolida a lo largo de los siglos XVII y XVIII. De esta manera, se pone fin a la concepción mágica y sagrada del embarazo y nacimiento. En Francia,

Napoleón crea la primera cátedra de obstetricia, organiza la instrucción de las parturientas e introduce en los hospitales una sección especial (Minkowski, p. 23. Según este autor, la política de Napoleón estaba destinada a dar a Francia futuros buenos soldados).

- 36 Aun cuando en el Perú, en 1638, se fundan en la Universidad de San Marcos las cátedras de Prima y Vísperas de medicina; y, en 1691 la de clínica interna, los estudios en esta materia estaban completamente atrasados. La diagnosis, la clasificación de las enfermedades, la circulación de la sangre, conocimientos admitidos en Europa, eran ignorados por las personas más dedicadas al estudio de la medicina. Esta situación permite decir a Barreda (p. 144) "que no estamos en error al afirmar que en medicina, vivíamos en la Edad Media; y que en todo el siglo XVII las ciencias estuvieron entre nosotros relegadas al abandono y al olvido". En opinión de este autor, "la producción intelectual en universidades y colegios coloniales del siglo XVII se distingue por su completa insuficiencia científica, y la absoluta preponderancia de la Teología: Los establecimientos de educación y enseñanza, se habían convertido en dependencias de monasterios" (Barreda, p. 140). En el siglo XVIII, la situación no era muy diferente. En 1752, sólo existían cuatro graduados en la Facultad de Medicina. Los conocimientos permanecían estancados, sin que los progresos científicos hechos en Europa, en el siglo precedente, llegaran a ejercer una influencia significativa. Había, por consiguiente, un siglo de retraso en medicina (Barreda, p. 209).
- 37 El progreso científico efectuado en los siglos XVII y XVIII, junto a la preponderancia adquirida en el campo de la demografía de una concepción maximalista y al sometimiento del dominio de la obstetricia - antes en manos del empirismo de las mujeres dedicadas a ayudar y acompañar a las parturientas - al poder de los médicos, determinaron que el aborto se convirtiera en un problema cuya solución corresponde al Estado y al poder médico. Esta evolución significó al mismo tiempo una restricción cada vez más importante de las posibilidades de intervenir de la mujer.
- 38 En las últimas décadas, se ha producido una verdadera revolución científica que ha conducido a un excelente conocimiento de la vida intrauterina. Hasta hace algunos años, sólo los movimientos del feto sentidos por la madre y los latidos del corazón escuchados por el médico permitían seguir de manera parcial el desarrollo del nuevo ser. Los progresos técnicos espectaculares de los últimos años (por ejemplo, la ecografía) han hecho posible conocerlo mejor y, de esta manera, controlar la concepción, tratar convenientemente las dificultades del embara-



zo, detectar y evitar las afecciones que pueden lesionar o destruir el feto, disminuir los riesgos propios al nacimiento.

## 6. Bien jurídico

- 39 El bien jurídico protegido, fundamentalmente, es la vida del nuevo ser durante el embarazo (Bramont, p. 23; Roy, p. 255). Este es el criterio rector, aun cuando en segundo plano se encuentren otros bienes como la salud o la vida de la madre y, más lejanamente, el capital demográfico de la sociedad. No tener en cuenta esta situación crearía problemas casi insolubles en los casos de colisión de distintos bienes jurídicos.
- 40 Si bien se trata de la misma vida (Eser, Vor § 218, n. 5; Rudolphi, Vor § 218, n. 24; Gropp, p. 102; Lorenz, § 218, p. 68, donde resume tesis sostenidas por el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia del 25 de febrero de 1975), ésta no es un fenómeno estático al que sea posible atribuir un valor único e invariable. Las diferentes etapas de su evolución comportan modificaciones sustanciales que condicionan la valoración social y jurídica (Laurenzo, p. 88). Esta realidad es desconocida por quienes afirman la protección absoluta de la vida en todos sus niveles de realización (ver Diez Ripollés, p. 59; Arroye, 1986, p. 62 y ss.). El cambio radical de valoración está marcado por el comienzo del nacimiento (Hurtado, 1993, n. 7 y ss.).
- 41 Esta diferencia en la apreciación es patente en las diversas leyes penales modernas. Por esta razón, se reprime con mayor severidad al homicida que al responsable de un aborto; se sanciona el homicidio culposo, pero no la producción culposa de la muerte del feto; se reprime las lesiones dolosas o culposas en agravio de una persona, pero no cuando se trata del feto (Ver Hurtado, 1993, n. 12; Maurach/Schröder/Maiwald, § 5, n. 17; Wessels, § 4, II1; Rudolphi, § 218, n.2 y 6).
- 42 La misma disimilitud en la valoración se nota, igualmente, en la manera como las personas se comportan respecto al cadáver de una persona fallecida y al feto muerto. A pesar que la actitud de los padres y de los médicos ha cambiado debido al mejor conocimiento del proceso del embarazo y a los medios técnicos que permiten ver y sentir el feto, los despojos sin vida de éste son tratados como cosas.
- 43 En Francia, por ejemplo, se considera que el feto que no sobrepasa los 180 días es asimilado a los deshechos de los hospitales, de la misma manera que las partes del cuerpo humano separadas mediante operación. Este criterio, vigente desde hace años, ha sido confirmado por la Ley del 8 de enero de 1993 y la circular de aplicación publicada en el Journal officiel del 24

de marzo de 1993. Mediante Ley de enero 1994 (se trata de una de las tres leyes relativas a la regulación de la bioética, presentadas por la Ministra de la Salud Simone Veil), el Parlamento francés se ha fijado un plazo de reflexión para decidir qué hacer con los embriones sobrantes de los procesos de procreación artificial (actualmente 68,000, de los cuales cerca de 2,000 son considerados "abandonados" o "huérfanos").

- 44 Desde 1988, en España, se obliga a los equipos médicos y científicos a destruir los embriones que no hubieran sido congelados más allá del decimocuarto día desde la fecundación, prohibiendo expresamente mantenerlos en vida (Ley reguladora de nuevas tecnologías reproductivas). En Alemania, mediante la Ley de protección del embrión del 13 de diciembre de 1990 (*Embryonenschutzgesetz*, vigente desde el 1 de enero de 1991, BGBI. I n. 69 v. 19. 12. 1990) se reprimen el empleo abusivo de técnicas de trasplante, la utilización abusiva de embriones, la violación de la prohibición de escoger el sexo, la fecundación arbitraria, la fecundación artificial después de la muerte del donador, la transferencia arbitraria de embriones, la modificación artificial de la estructura genética de célula humana, la producción de seres de configuración quimérica o híbrida.
- 45 Los problemas se multiplican y diversifican debido a los progresos realizados en el campo de la genética; por ejemplo, en la práctica de la fecundación *in vitro*. El fruto obtenido mediante este proceso de fecundación es, biológicamente, idéntico al embrión producto de la fecundación natural. Sin embargo, esto no basta para admitir que su destrucción constituye un aborto. El tratar de implantar el embrión en el seno de la madre estéril supone la producción de varios embriones y la destrucción de los innecesarios. La aprobación de la experimentación *in vitro* tiene su fundamento, precisamente, en la diferente valoración de la vida embrionaria y de la vida realizada. Fuera de reconocer que todas estas actividades médico-científicas requieren una cierta reglamentación para evitar abusos, es de admitir que estos avances científicos repercuten, sin duda y de manera directa, en el tratamiento del aborto (Iglesias, p. 20 y 21; Deleury, p. 290 y 291). La Iglesia Católica denuncia vehemente la destrucción voluntaria de embriones humanos obtenidos *in vitro*. En su opinión, es inmoral producir embriones humanos destinados a ser explotados como material biológico disponible (Congrégation, p. 18). La determinación del status del embrión resulta problemática y, directa o indirectamente, su regulación supone el cuestionamiento de las diferentes respuestas dadas a los problemas relacionados con la interrupción del embarazo. Este ha sido el caso, en Francia, en ocasión del debate sobre la reglamentación de las principales cuestiones sobre bioética. En cuanto al embrión,

por ejemplo, se prohíbe su creación con fines de investigación y se autoriza su conservación durante cinco años, por pareja de padres, con miras a una futura procreación.

- 46 En nuestra Constitución, debido a la influencia en sus primeras disposiciones de las declaraciones de los derechos humanos, se refleja esta realidad. De acuerdo con el art. 1 de la Constitución de 1994, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. En el inciso 1 del art. 2, se estatuye que toda perióca tiene derecho a la vida. Al mismo tiempo, se establece, que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.
- 47 Para comprender las normas constitucionales citadas, es de tener en cuenta que dichas disposiciones no sólo consagran derechos subjetivos, garantías contra las posibles intervenciones abusivas del Estado, sino también un reconocimiento de los bienes esenciales sobre los cuales se estructura y organiza la vida comunitaria. En cuanto a la vida, esto implica tanto el deber del Estado a respetarla absteniéndose de intervenciones lesivas, como de hacerla respetar por los demás en razón de constituir un bien jurídico fundamental. Su titular no es, por ende, únicamente el titular de derechos subjetivos (la persona) sino todo portador de vida (realidad biológica) (Rodríguez Mourullo, 1983, p. 299). El Estado tiene, por tanto, el deber de crear las condiciones indispensables para el desarrollo y bienestar de todos los portadores de vida humana.
- 48 De las normas constitucionales no se deduce sin embargo, necesariamente, que la protección de la vida sea absoluta. En España, sostienen el criterio contrario, por ejemplo Rodríguez/Serrano (p. 103): "En el derecho español, la 'legalización' del aborto no es, como algunos pretenden, un problema político, sino eminentemente jurídico, pues mientras la Constitución 1978, artículo 15, mantenga su redacción actual, la prohibición de matar incluye la de destruir la vida del feto cualquiera que sea la etapa de su gestación".
- 49 Las disposiciones constitucionales suponen, más bien, una diferencia entre la persona y el concebido. Esta diferencia es de orden fáctico y esta estrechamente relacionada con la valoración jurídica que se hace del nacido titular de derechos y obligaciones. El feto no es sujeto de derechos de la misma manera que lo es el ser nacido. Esto es verdad aún respecto a los derechos mencionados en el art. 1, inc. 1, de la Constitución: a la identidad, a la integridad moral, síquica y física y al libre desarrollo y bienestar. Si no fuera así, no se comprende, por ejemplo, por qué no se reprime como lesiones los daños corporales y síquicos causados al embrión antes del nacimiento. La protección constitucional de la vida embrionaria es una necesidad in-

negable, pero su admisión no tiene como base la protección absoluta e indiferenciada de la vida en todas las etapas de su evolución. Esta protección diferenciada es amplia, de acuerdo a las particularidades de la vida embrionaria, y no está restringida sólo a los intereses patrimoniales. Por esto, nuestro legislador, ha hecho muy bien, en declarar que sólo "la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo [el concebido]" (art. 1, inc. 2, Código Civil). Como ya lo hemos indicado, es con el comienzo del nacimiento que el nuevo ser deviene una individualidad, que se incorpora de manera definitiva a la comunidad. Este hecho trae consigo una variación significativa de su apreciación social y jurídica (Laurenzo, p. 121).

50 Esta percepción de la vida humana pervive aún en las concepciones que, partiendo de la afirmación que nuestra Constitución substituye la idea "patrimonialista" de la persona por la "personalista", consideran que el concebido o persona humana por nacer es "un sujeto de derecho" y no una mera "ficción" o una "mera esperanza de ser humano" (Fernández, 1992, p. 18). Y, al mismo tiempo, afirman que "la dimensión normativa del derecho no hace sino reconocer a la persona como un ser de estructura bidimensional, libre y coexistencial... como una inescindible unidad sicosomática" (Fernández, 1992, p. 45). Esta definición no comprende al feto (sujeto de derecho), sobre todo si se declara que la vida humana comienza con la concepción (art. 2, inc. 2, Código Civil). Por consiguiente, la protección penal no puede ser fijada sin tomar en cuenta esta diferencia (ver Fernández, 1992, p. 28 y ss., quien, p. 32, confusamente dice: "Paradójicamente se deja para los códigos penales el sancionar su muerte"). El destruir el óvulo fecundado después que se haya instalado en el útero de la mujer o el feto ya desarrollado no constituye un acto de la misma índole que el de matar a una persona. El feticidio no es un homicidio.

51 La corrección del criterio interpretativo expuesto se revela, igualmente, en el hecho que ni después de adoptada la Constitución de 1979 o la de 1993 se ha considerado necesario equiparar la protección de la vida embrionaria a la de la vida realizada. Por el contrario, en el nuevo Código Penal se ha atenuado la represión en consideración a situaciones en las que la vida del feto se haya en conflicto con otros bienes jurídicos. De esta manera, se respeta la vida como bien jurídico constitucional y, teniendo en cuenta las diversas etapas de su desarrollo, se matiza dicha protección en consideración a ciertos criterios axiológicos y determinadas circunstancias que hacen necesaria una reacción proporcionada del Estado (*ultima ratio*).

## 7. Criterio demográfico.

- 52 El interés demográfico no debe ser considerado como el bien jurídico protegido mediante la represión del aborto (Sostuvo criterio diferente Jiménez de Asúa, 1958, p. 91 y ss.; 1946, p. 43 y ss. Actualmente, Querelat, p. 49; contra Roy, p. 255). Como ya lo hemos señalado (ver supra n. 52 y ss.), el aborto produce efectos directos e innegables en el dominio de la población. Pero, de este hecho no puede deducirse que la protección de la población sea el factor determinante para decidir sí y cómo, en el ámbito penal, debe regularse el aborto.
- 53 Históricamente, la preocupación por el problema demográfico ha condicionado y condiciona la política de los Estados referente al aborto. Esta experiencia enseña que la protección de la vida embrionaria y la solución de los conflictos que pueden presentarse entre este bien y ciertos intereses de la madre no pueden supeditarse a la salvaguarda de un interés colectivo, en favor del cual se tendría que sacrificar derechos personales fundamentales.
- 54 Los excesos a que puede conducir la aceptación del criterio contrario fueron materializados por el nacional socialismo. Durante su gobierno en Alemania, se situó en primer plano la protección de los recursos biológicos del pueblo alemán (el feto fue considerado *Volksgut* (bien perteneciente al pueblo). En Resolución secreta (1940) del Ministro de la Salud (*Reichsgesundheitsführer*), se estatuyó que en caso de "relaciones sexuales racialmente vergonzosas" (con no arios) el aborto debía ser provocado aún contra la voluntad de la madre. La pena de muerte fue prevista para los casos en que la madre era aria y, por el contrario, la impunidad cuando no fuera alemana o no se atentara contra la pureza del pueblo alemán (Simson/Geerds, p. 83 y ss.; Maurach/Schröder/Maiwald, § 5, n. 2; Lay, § 218, n. 7). Si el interés demográfico fuera el factor primordial, debería también elevarse a figuras delictivas la esterilización y el uso de contraceptivos (Eser, Vorbem § 218, n. 23; Manzini, t. VII, p. 636).
- 55 En Italia fascista también predominó ese criterio. El aborto fue regulado, en el Código Rocco de 1930, como delito contra "*la integrità e la sanità della stirpe*". Se consideró que éste es el bien jurídico protegido, en cuanto convenía impedir que la natural potencia procreadora de la población italiana fuese, de un lado, perjudicada o amenazada por causas artificiosas como el aborto, la impotencia provocada o las prácticas contraceptivas y, de otro lado, amenazada por el peligro inherente a la propagación de las enfermedades venéreas.
- 56 En la jurisprudencia nacional, las dificultades referentes a la determinación del bien jurídico se han presentado al precisarse quién es el sujeto agraviado y titular de la acción civil. Según

el art. 54 del Código procesal derogado, podía constituirse en parte civil el agraviado, sus ascendientes o descendientes, su cónyuge, sus parientes y afines dentro del segundo grado; sus padres o hijos adoptivos, o su tutor o curador. La Corte Suprema se pronunció, al responder a una consulta formulada por un Tribunal Correccional, en el sentido que "tienen la condición de agraviados la propia gestante, sus herederos o terceros, según corresponde" y que no cabe "ninguna intervención al Procurador General de la República por cuanto el Estado no tiene condición de agraviado". Al mismo tiempo indica que el Ministerio Público interviene "por tratarse de un delito perseguido de oficio y en salvaguarda del interés social" (Resolución del 18 de marzo de 1980 sobre la consulta no. 350-80, Callao). Criterio diferente sostuvo el Fiscal Supremo al afirmar que, de acuerdo a ley, debe tenerse "como agraviada a la Sociedad en el delito del aborto" (Dictamen n. 453-82-FSP del Fiscal Supremo en lo Penal, referente a la instrucción n. 750-81 del décimo cuarto Tribunal Correccional de Lima). Este error puede ser cometido cuando se parte de la idea que "la vida humana en formación constituye un bien jurídico de toda la comunidad y no exclusivo a la mujer o del propio *nasciturus*" (Peña, p. 170). Opiniones de este tipo sólo son correctas en el contexto de una legislación penal que considere al aborto como un comportamiento punible en razón de atentar contra el interés demográfico de la sociedad, en tanto bien jurídico protegido.

- 57 Las dudas de los tribunales y jueces no surgen de defectos de nuestra ley penal sustantiva, sino de la incorrecta determinación del bien jurídico atacado mediante la realización del aborto. Conforme al art. 101 del nuevo Código Penal, la reparación civil se rige, además de los artículos respectivos del Código Penal, "por las disposiciones pertinentes del Código Civil". Según el art. 1969 de este código, "aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro esta obligado a indemnizarlo". Por consiguiente, el titular del derecho a la reparación es el agraviado, quien es afectado por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico atacado. En caso de muerte del perjudicado, el derecho a exigir la reparación se transmite a sus herederos (art. 96). Esto es confirmado por los arts. 82 y ss., del Código de Procedimientos Penales. Según el art. 86 de este Código, el actor civil "puede fundamentar su derecho a una reparación civil". En caso de aborto, el problema es que, por ejemplo, la madre o el padre no son titulares del bien jurídico vida embrionaria. El feto no es tampoco considerado como constituyendo una parte del cuerpo de la mujer. El consentimiento dado por ésta no justifica la interrupción del embarazo. Además, los padres no pueden ser considerados herederos del feto; pues no se cumple la condición de que nazca vivo (art. 1, pf. 2, del Código Civil). En consecuencia y dentro de esta perspectiva, ellos no pueden constituirse actores civiles. Pero tampoco puede estimarse titular

del derecho de exigir la reparación civil la sociedad: en razón a que ésta no es el titular del bien jurídico vida embrionaria. La excesiva amplitud del criterio contrario, llevaría a aceptar que no hay ningún delito cometido contra una persona individual que no causaría un perjuicio a la sociedad (por ejemplo, matar un padre de familia numerosa). Por estas consideraciones es incorrecto considerar que el aborto se comete en "agravio de la sociedad" y que la reparación civil debe fijarse en su favor (Corte Superior, 1990, p. 73). Cuestión diferente es la de saber si la madre debe ser indemnizada por daño moral. De acuerdo con el art. 1984 del Código Civil, esta indemnización debe ser establecida "considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia". Por daño moral es de comprender los sufrimientos físicos o síquicos que soporta la víctima a consecuencia de un ataque a su personalidad. En caso de aborto consentido o aborto cometido por la madre misma, la madre asume al mismo tiempo los padecimientos corporales y espirituales de su comportamiento. Situación diferente se presenta cuando se trata de un aborto no consentido, los padres padecen un daño moral. Por último, se debe tener en cuenta que el daño en la salud causado a la madre constituye una lesión a su bien jurídico salud (arts. 121 a 124) que debe ser indemnizado.

## **8. Realidad delictiva**

- 58 Numerosos estudios sociológicos y criminológicos han demostrado que, en diversos tipos de delincuencia, el número de casos no reprimidos es bastante elevado. Este fenómeno es conocido con el nombre de cifra negra de la criminalidad. Entre estos casos se encuentran, por ejemplo, el aborto y la delincuencia económica. Ante esta realidad, los especialistas y legisladores se han preguntado sobre la conveniencia de acentuar la represión. Con relación a la delincuencia económica o de cuello blanco, se ha sostenido la necesidad de aumentar la efectividad de los medios de control de tales infracciones y hacer más severa la represión. En el caso del aborto, por el contrario, se ha defendido y materializado una política penal tendiente a liberalizar la reacción social. La conveniencia de una u otra actitud no es una cuestión de simple dogmática penal. Ante esta crítica relación entre derecho penal y cifra negra, la decisión es sobre todo de política criminal en sentido amplio (Lüderssen, p. 245). La comisión frecuente de abortos es un problema complejo y que no puede ser tratado sólo en una perspectiva puramente jurídica o moral, sociológica o biológica. Así, por ejemplo, se ha señalado que la actitud respecto al aborto depende de su relación estrecha con la vida íntima de la mujer y de la concepción ética adoptada. La mayor estima de la vida íntima favorece la corriente liberal, mientras que su dependencia de criterios morales y religiosos crea una resistencia a la liberalización.

- 59 Las investigaciones prácticas y las estadísticas referentes al aborto son, en nuestro país, casi inexistentes. Los escasos datos con que se cuenta son dispersos, incompletos y sin posibilidades de verificación. Se considera, sin embargo, que es bastante elevado el número de abortos clandestinos. En otros países, por el contrario, los datos estadísticos son numerosos y relativamente fiables. No obstante, los defensores de una política liberal en materia de aborto y sus opositores se han acusado recíprocamente de manipular las estadísticas para apoyar sus planteamientos.
- 60 A pesar de la falta de información, se debe admitir que no se ha reprimido a los responsables de abortos con el celo exigido por los partidarios de la solución represiva. La severidad de la ley no ha producido los efectos esperados. El informe Hall, elaborado en 1965, mostró que, en Lima, de cada 10,000 embarazos, 2,217 terminaron en aborto; es decir, uno de cada cuatro embarazos (Para mayor información estadística, ver Prado, p. 46 a 52 y, en especial, p. 60 y ss; Vera, p. 65).
- 61 La Encuesta nacional de fecundidad de 1978, por el contrario, señaló una tasa de aborto bastante baja: 5.6 por cada 100 embarazos. Este resultado, sin embargo, parece no corresponder del todo con la realidad. Estudios realizados, en los años siguientes, sobre los casos de abortos registrados en tres hospitales de Lima (Hospital Loayza, Maternidad de Lima y Hospital de San Bartolomé) muestran que más del nueve por ciento de hospitalizaciones se debe a abortos, de los cuales el 96 por ciento de los declarados como espontáneos son provocados. Según estas mismas investigaciones, "las cifras de abortos van en aumento y se dan en todos los niveles socio-económicos, principalmente entre mujeres de 20 a 31 años, sin distinción de estado civil" (Vera, p. 65, 70).
- 62 En relación con los años 1981 - 1991, se pueden considerar los datos proporcionados por la policía respecto a las veces en que ha debido intervenir. Antes de referirnos al aborto, es de señalar que, según la Oficina de Estadística de la Policía Nacional del Perú - Policía General, el total de intervenciones llegó a su máximo en 1986 (177,069); siendo en 1981 de 127,391 y en 1991 de 149,982. De estos totales, las intervenciones más numerosas fueron con relación a las infracciones contra el patrimonio: 1981, 86,551; 1986, 103,765; 1991, 77,922. En cuanto a las infracciones contra la vida, el cuerpo y la salud, la correlación cambia: 1987 es año en que las intervenciones de la policía son más numerosas (26,248); el menor número se dio en 1983 (17,803). En 1981, fueron 19,708 y, en 1991, 22,410. Las intervenciones en caso de aborto presentan una evolución diferente: del año 1983 (no se dan datos sobre los dos años anterior-



res), en el que se dan 83 intervenciones, se nota una progresión que llega al máximo en 1985 (308) y luego desciende hasta el año 1989 (134), para ascender luego en los dos años siguientes (en 1990, 170; en 1991, 803).

- 63 Estos datos son relativamente confirmados por los proporcionados por la Policía Nacional del Perú - Policía Técnica (Instituto, p. 42) sobre las denuncias por delitos comunes registradas del año 1989 a 1991. Los totales fueron de 86,611, 102,210 y 104,029, que comparados con los datos antes citados permiten constatar que la tendencia es la misma. Esta similitud, en cambio, no se presenta en cuanto a los delitos contra la vida y la salud que muestran una progresión ascendente (6,539; 9,248 y 104,029, respectivamente). Ambas fuentes, indican con relación al aborto una aumentación anual; pero la Policía Técnica da cifras más elevadas (en 1989, 183; en 1990, 326; en 1991, 173).
- 64 De manera global, se calcula que en 1991 fueron recibidas 32,627 denuncias en las 47 fiscalías provinciales de Lima: la incidencia más alta correspondió a los delitos contra el patrimonio, con una tasa de 50.1 % (16,349); el segundo lugar lo ocuparon los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, con una tasa del 17.7 % (5,780); en tercer término se ubicaron los delitos contra la libertad, con una tasa de 8.2 % (2,704) y después los delitos contra la administración pública (5.6 %) y de tráfico ilícito de drogas (4.9 %) (Poder Judicial, n. I, 2 y 3). En cuanto a los juzgados penales del mismo distrito judicial y con respecto al mismo año, se calcula que de las 22,335 denuncias ingresadas, el mayor índice correspondió a los delitos contra el patrimonio (49.5 %), en segundo lugar los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (15.6 %), en tercer lugar los delitos de tráfico ilícito de drogas (6.3 %), en cuarto lugar los delitos contra honor (6.2 %) y en quinto lugar los delitos contra la libertad (5.6 %) (Poder Judicial, n II, 3).
- 65 Por falta de datos complementarios, nos resulta difícil explicar las diferencias que existen entre los datos proporcionados por las fuentes de información citadas. Una de las causas puede ser el hecho que la Policía Técnica se encarga sólo de la investigación destinada a constatar la comisión de delitos e identificar los responsables. Las estadísticas judiciales globales no determinan en que proporción las intervenciones de la policía o los casos denunciados dan lugar a un proceso penal y en cuantos casos se condena a los procesados por aborto (ver Hurtado 1982, p. 165).
- 66 Aun si sólo se consideran, de un lado, las cifras policiales y. de otro lado, el número extremadamente reducido de sentencias publicadas referentes a casos de aborto (en los tres volúmenes de sentencias penales publicadas por la Corte Superior de Lima (1988, t. II, p. 187 y 303;

1990, p. 72) sólo tres, se refieren a caso de aborto) se debe admitir que pocos son los casos denunciados o investigados por la policía que son juzgados. En consideración a la experiencia de otros países, los abortos clandestinos son, con seguridad, mucho más numerosos que los conocidos por la Policía.

## **9. Contexto actual**

### ***9.a. Legislación***

<sup>67</sup> A pesar de las modificaciones introducidas con ocasión de la adopción del nuevo Código, la severidad de la represión sigue siendo la característica preponderante de nuestra legislación referente al aborto. Esta severidad es justificada mediante dos afirmaciones apriorísticas: primero, la necesidad absoluta de proteger toda manifestación de la vida humana y, segundo, la eficacia intimidante de la pena (prevención general). El resultado es el empleo abusivo de la pena y la promulgación de normas penales que, a pesar de las buenas intenciones y finalidades que las inspiran, causan graves perjuicios individuales y sociales en lugar de evitarlos (Zaffaroni, p. 92 y s.). El legislador, influenciado por la tradición represiva, no ha comprendido aún cuán onerosa y poco provechosa resulta, desde la perspectiva de una buena defensa social, esta forma de reacción penal. Se olvida así que el derecho penal no es sino una medida extrema (*ultima ratio*). Tampoco se tienen en cuenta los factores sociales que condicionan, muchas veces, el comportamiento de las personas. Las mujeres que no desean - por diversas razones - dar a luz el ser concebido, son empujadas hacia la práctica del aborto clandestino por la reacción estatal fundamentalmente punitiva.

### ***9.b. Aborto clandestino: consecuencias***

<sup>68</sup> La práctica del aborto clandestino tiene alarmantes consecuencias negativas en relación, primero, con la mujer misma por el grave riesgo que comporta el aborto para su vida y salud física o mental; segundo, con el Estado por los altos costes de hospitalización y asistencia médica que, en el mejor de los casos, trae consigo el aborto clandestino; y, por último, con la sociedad en general por la muerte frecuente de la mujer y por la aparición de una verdadera industria del aborto que lucra con las necesidades de las mujeres. Por esto, Simone Veil pudo muy bien decir, al defender como Ministro de Justicia el Proyecto de ley liberalizando el aborto en Francia, que "al no proporcionar consejo y ayuda a la mujer decidida a interrumpir su embarazo, se le empuja a la soledad y a la angustia de un acto a cometerse en las peores condiciones y con el riesgo que muera o resulte mutilada para siempre" (Le Monde, 28. 11. 1974, p. 5).

69 Al particular, es de recordar que la capacidad económica de la mujer condiciona directamente quién y en qué condiciones le practicará las maniobras abortivas. Las mujeres con recursos económicos suficientes abortan asistidas por personal competente y en buenas condiciones higiénicas. Esto les permite disminuir o eliminar tanto los riesgos para su vida o salud como la posible represión. Lo contrario sucede con las mujeres provenientes de los sectores sociales menos favorecidos. Son éstas las que casi sólo caen en manos del aparato judicial o sufren las peores consecuencias físicas o mentales. Así, por ejemplo, el reproche más fuerte que se hizo frecuentemente al sistema de represión francés, antes de 1975, fue el ser injusto en la medida en que sólo las mujeres de pocos recursos económicos eran objeto de persecución penal por aborto clandestino y sólo ellas se exponían a sufrir grave daño en su salud; pues las "más afortunadas" se hacían practicar el aborto en el extranjero y en buenas condiciones médicas.

### ***9.c. Ineficacia de la ley***

70 Las normas legales que reprimen el aborto resultan inaplicables, acentuándose así el marcado alejamiento que existe entre el sistema normativo y la realidad social. Como sucede también en los demás países, el elevado número de abortos clandestinos que se practican hacen de las normas sancionadoras del aborto un puro símbolo que se aplica de manera aislada a alguna mujer y/o participante que "por puro accidente" tiene la "desgracia de caer en las redes de la Administración de Justicia" (Muñoz Conde, p. 83). Sobre el particular, es de considerar las transformaciones producidas en el dominio técnico y cultural. Los progresos de las ciencias médicas y biológicas han conducido a disminuir en forma radical los riesgos del embarazo o del nacimiento, a aumentar la seguridad de la previsión del daño fisiológico o psíquico sufrido por el feto durante el embarazo y a facilitar la interrupción del embarazo durante los primeros meses. De esta manera, se ven reducidos los casos de aborto terapéutico por peligro para la vida o salud de la mujer, se aumentan las posibilidades de admitir la interrupción eugenésica del embarazo y, por último, se mejoran las condiciones para que se reflexione sobre la conveniencia de permitir el aborto en los primeros meses del embarazo como uno de los medios para evitar la solución extrema, el aborto clandestino y sus consecuencias negativas a nivel individual y social.

71 En relación con este último aspecto es de recordar que la maniobra abortiva puede reducirse, si es practicada en los inicios del embarazo, a una succión del feto mediante un instrumento que crea el vacío. Técnica que practicada en China desde 1958 y calificada por los especialistas como simple y no traumatizante, fue introducida, primero, en el Japón y en la desaparecida Unión Soviética, y, en 1969, en los EE UU, por un psicólogo llamado Karman y con cuyo

nombre se le conoce, actualmente, en Europa occidental. Las ventajas de esta técnica, cuando es empleada por un perito y en condiciones sanitarias adecuadas, han constituido un argumento importante en los debates que han conducido, en algunos países, a la adopción de un régimen liberal en relación con el aborto en detrimento del anterior sistema represivo.

- 72 Paralelamente, los criterios socio-culturales referentes a la importancia del papel social de la mujer, el reconocimiento de la igualdad de derechos con el hombre y su cada vez más intensa participación en la vida social, han provocado el surgimiento de un movimiento profundo tendiente a reconocer el derecho de la mujer de decidir sobre la maternidad. No es raro entonces que los movimientos feministas pregonen como principio que "ninguna mujer se puede considerar libre en tanto que no tenga el poder de decidir conscientemente si quiere o no ser madre" El reconocimiento de mayor libertad y autonomía de la mujer es indispensable para el desarrollo del país. No sólo porque dicho reconocimiento actúa favorablemente con relación al bienestar personal, sino que facilita también una mejor utilización de los recursos humanos. La participación activa de la mujer, por ejemplo, permite comprender mejor la lucha por la supervivencia diaria de los sectores menos favorecidos de nuestra población.
- 73 También ha influido de manera importante en el planteamiento del problema del aborto, el hecho que la planificación familiar, de modo paulatino y constante, haya ganado adeptos entre las personas ya sea por iniciativa personal o por impulso de organismos privados u oficiales, nacionales o internacionales.

#### ***9.d. Educación sexual***

- 74 Un aspecto importante de las transformaciones en la esfera cultural esta constituido por la evolución de los criterios y prácticas imperantes en el dominio de la vida sexual de los individuos. Estos condicionan la manera como se reprime el aborto, se califican como delictivos ciertos comportamientos sexuales y se regula el uso de los contraceptivos. No debe sorprender la frecuencia con que se invoca la necesidad de conservar las buenas costumbres y de proteger la moral, cuando se trata de justificar la severidad de la represión del aborto y las restricciones propugnadas en cuanto al empleo de anticonceptivos (ver considerandos de la Resolución Suprema del 5.8.1958, que prohibía la producción de anticonceptivos mecánicos. De igual manera la Iglesia Católica invoca las buenas costumbres y la moral, Congrégation, p. 35 y ss.).
- 75 En nuestro medio, es notoria la ausencia en el sistema educativo de una orientación temprana y seria en el dominio sexual, en general, y en el campo de los medios contraceptivos, en parti-

cular. El uso oportuno y adecuado de éstos impide los embarazos no queridos y permite a muchas mujeres desarrollar una actividad sexual normal y sin angustias, a la cual tienen también derecho. Una política racional en este dominio tiene el efecto positivo de evitar o restringir el número de embarazos no deseados y, por ende, impedir la futura realización de abortos clandestinos.

### ***9.e. Aspecto socio-económico***

- 76 Todos los factores que hemos explicado deben ser entendidos considerando el contexto socio-económico (ver Prado, p. 11 y ss.). Los bajos salarios, la desocupación, la vivienda insalubre, la promiscuidad en que se desarrolla la vida familiar, la falta de un efectivo sistema de seguridad social son algunas de las circunstancias que condicionan en gran medida la actitud de las personas, en especial de las mujeres, en relación con la práctica del aborto. Cuando estas circunstancias no se presentan, los factores culturales ejercen, muchas veces, una influencia decisiva. Es el caso, por ejemplo, de la pretensión justificada de la mujer a la independencia que le permita realizarse en otros ámbitos sociales (político, profesional, artístico...) y no únicamente en el del hogar. En estos casos, la maternidad o el número de hijos pueden ser percibidos como obstáculos para la actividad social proyectada.
- 77 En todo caso, no se debe olvidar que por las peculiares condiciones imperantes en los países subdesarrollados, como el nuestro, el aborto se ha transformado en "un problema mayor de salud" y ha llegado a constituirse en "un medio de control de natalidad" (a posteriori) (Armijo, p. 155).

## **10. Debate en torno al aborto**

- 78 La problemática del aborto ha provocado una complicada y larga discusión. La causa no sólo es la complejidad del problema, sino también el hecho de que las actitudes adoptadas se basan en creencias, convicciones y prejuicios vinculados con el origen de nuestra propia persona y con la supervivencia de nuestra especie. Esto explica por qué la militancia religiosa o política de los individuos no nos dice nada definitivo con relación a su actitud ante el aborto. En los Parlamentos donde se ha discutido y votado proyectos de liberalización de la represión del aborto, la aprobación o el rechazo final no ha supuesto la votación monolítica de los miembros de los partidos conservadores y progresistas en bandos opuestos.
- 79 La pasión puesta en el debate ha conducido a distinguir, con criterio maniqueo, dos grandes grupos opuestos: de un lado, los buenos, partidarios de la represión del aborto por considerar-

lo un crimen contra la vida humana y, del otro lado, los malos, defensores de la no represión del aborto y partidarios, por tanto, del aniquilamiento del ser por nacer.

- 80 Desde otra perspectiva y con el afán de simplificar las tendencias existentes, se ha tratado de determinar cuáles son los intereses en conflicto. Se contraponen, de un lado, un ser desprovisto de existencia autónoma y que, no siendo sino un germen, no es un ser social (aun cuando en ciertos aspectos sea un ser jurídico) y, de otro lado, la madre: una persona que está en el mundo; es decir un ser vivo y social, dotado de una personalidad, inteligencia y voluntad, cuya libertad de decidir sobre la maternidad y si asume o no las cargas que ésta representa constituye un interés que también merece ser garantizado jurídicamente (Conseil Fédéral, 1983, t. II, p. 21). Dicho brevemente, se trataría de un conflicto entre el derecho a la vida del ser concebido y ciertos derechos personales de la mujer
- 81 Teniendo en cuenta las consecuencias negativas del aborto, se ha considerado igualmente que los términos de la alternativa no son, en la práctica, la continuación del embarazo o su interrupción médica, sino más bien: intervención médica o aborto clandestino.
- 82 Los numerosos malentendidos y confusiones en que se incurren son debidos, en un buen número de casos, a la manera incorrecta de plantear el problema. No debe olvidarse que una cuestión es si la vida embrionaria constituye un bien jurídico que merece protección y otra si la pena es el medio adecuado para reprimir los responsables o prevenir los atentados contra ese bien jurídico (necesidad y conveniencia de recurrir al derecho penal). Además, se debe ser consciente que del hecho de considerar como perjudicial tal comportamiento no se deduce que sea indispensable calificarlo y reprimirlo como hecho delictivo Todo esfuerzo para encontrar una solución satisfactoria será vano si no se tienen en cuenta los diversos aspectos del aborto, los diferentes problemas que condicionan su existencia y evolución.

## **11. Soluciones legislativas**

- 83 Hasta antes de 1965, el aborto era, generalmente, reprimido; salvo en China, Japón, los antiguos países socialistas y parcialmente en Escandinavia. A partir de entonces y progresivamente, en 39 países, se modificó la legislación en el sentido de no reprimir más ciertas formas de aborto. En los últimos años, la instauración de nuevos regímenes en los antiguos países del este o en los nuevos formados por la desaparición de algunos de aquellos ha provocado la modificación de la regulación del aborto. Resulta por consiguiente difícil describir la situación

actual y, al mismo tiempo, fácil de comprender que limitemos nuestra exposición a los casos más representativos

### *11.a. Orientación tradicional*

- 84 El criterio tradicional, principalmente defendido por la Iglesia Católica (Encíclica *Humane Vitae* del 25 de setiembre de 1968; Iglesia Católica Peruana, Declaración sobre el aborto), se manifiesta en la expresión siguiente "la vida una vez concebida debe ser protegida absolutamente; el aborto, al igual que el infanticidio es un crimen abominable" (Congrégation, p. 12; consultar pastoral *Gaudium el Spes*, p. 51). El fruto de la concepción debe ser protegido, consecuentemente, como si fuera una persona. Los defensores de esta concepción rechazan toda excepción. El sólo hecho de aceptar una, en este dominio delicado y sagrado de la vida del ser por nacer, es visto por ellos como muestra de que vivimos en un período de terrible decadencia moral (ver Graven, 1952, p. 81).
- 85 De acuerdo con esta corriente, un Estado que renunciara a calificar el aborto de acto criminal, otorgando a algunos el derecho de demandarlo y a otros el de practicarlo, realizaría un acto arbitrario y se atribuiría un poder que no posee (Congrégation, p. 11, 39 : sólo Dios es Señor de la vida desde el comienzo hasta el final. Nadie, en ninguna circunstancia, puede adjudicarse el derecho de destruir directamente un ser humano inocente). Por tanto, exige que toda regulación normativa del aborto debe partir de la calificación del aborto como una acción delictiva.
- 86 Desde el siglo XIX, la única excepción que admite la Iglesia católica es cuando la interrupción del embarazo resulta necesaria para salvar la vida de la mujer y esté relacionada con una situación de peligro o de muerte del fruto de la concepción (Arzt/Weber, n. 341). El Episcopado Peruano (punto n. 4, letra b) ha declarado de manera general que "desde el punto de vista moral, el aborto jamás es permitido, incluso en los casos graves de conflicto. El hombre y la sociedad están sometidos al mandamiento de Dios: No matar" (ver: la Carta apostólica del Papa Juan Pablo II *Familiaris consortio*, del 15 de diciembre de 1981).
- 87 En los países en donde se ha adoptado una legislación liberal en materia de aborto, las autoridades eclesíásticas católicas mantienen posiciones de franca crítica y rechazo. En los EE UU, por ejemplo, la Conferencia de Obispos invitó a la "desobediencia civil" y recordó que todo aquel que practique o participe en la comisión de un aborto queda automáticamente excomulgado (Hessmann/Marty, p. 381, nota 14). El 3 de febrero de 1994, al hablar en un National Prayer Breakfast, en Washington y en presencia del Presidente de los EE UU, Madre Teresa

de Calcuta dijo: "el primer destructor de la paz actualmente es el aborto, porque se trata de una guerra contra la infancia, un homicidio de un niño inocente cometido por la madre misma; y se preguntaba ¿si aceptamos que una madre mate su propio niño, cómo podemos exigir a las personas que no se maten entre si? (La Liberté, del 12/13 febrero de 1994, p. 10). Esto permite de comprender las acciones violentas de las organizaciones contrarias a la liberación del aborto; las mismas que han recurrido a la violencia tanto contra el personal médico y sanitario favorables a la interrupción voluntaria del embarazo como contra los centros hospitalarios donde ésta es practicada.

- 88 En España, donde hasta 1985 primó la penalización total del aborto provocado, la oposición contra la nueva legislación liberal ha sido permanente. En un primer momento, mediante la aplicación restrictiva de la reglamentación administrativa con que se acompañó la reforma del Código Penal y que dejaba en manos de una Comisión técnica la decisión sobre la existencia de la indicación eugenésica o terapéutica. Y, luego, recurriendo ante el Tribunal Supremo contra el Real Decreto 2409/1986 del 21 de noviembre, "sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, en el que se facilitan enormemente los trámites burocráticos, se prescinde de las Comisiones y, sobre todo, se diferencia entre abortos que no impliquen alto riesgo y abortos de alto riesgo, siendo para el primer caso verdaderamente fácil la realización del aborto" (Muñoz Conde, p. 84).
- 89 La influencia de la Iglesia Católica es inmensa en América Latina, donde la regulación del aborto se halla claramente marcada por los criterios que ella sostiene (ver Prado, p. 54). Esta no ha sido sin embargo siempre la concepción de la Iglesia Católica. Como ya lo hemos señalado (ver supra n. 26 y ss.), primero, adoptó - siguiendo las enseñanzas de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino un criterio semejante al de los plazos en cuanto tenía en cuenta la creencia que el alma se incorporaba en el feto posteriormente a la concepción. Este criterio fue abandonado realmente al substituirse, en 1917/18 el Corpus Iuris Canonici por el Codex Iuris Canonici. Este cambio fue inspirado por el progreso de la ciencia: en 1875, se describió por primera vez con exactitud el origen de la vida consistente en la fecundación del óvulo maduro por el espermatozoide.
- 90 Las Iglesias protestantes (ver, por ejemplo, la Declaración del Rat der Evangelischen Kirche; así como el documento de la Kammer der Evangelischen Kirche; Barth, p. 92), en clara progresión en el Perú y en América Latina, sostienen generalmente una concepción menos rígida.



Sus posiciones frente a las posibles regulaciones legislativas del aborto son fuertemente marcadas por dos cuestiones: de un lado, si la solución propuesta es capaz de disminuir el número elevado de abortos clandestinos, así como de brindar una mejor protección a la vida embrionaria; y, de otro lado, si respeta y protege con más eficacia la dignidad de las personas relacionadas con la situación en la que se encuentra la mujer embarazada.

- 91 Después de señalar que los diversos tipos de legislación establecidos hasta ahora no han impedido que siga aumentando el número de abortos clandestinos, se preguntan sobre las causas que empujan una madre a interrumpir su embarazo. Destacan que esta decisión no sólo depende de la voluntad o de la situación de la madre, sino que es de considerar igualmente su entorno familiar y social. En esta perspectiva, se interrogan sobre la labor misma de la iglesia en vista de reforzar en los creyentes el respeto por la vida, la consolidación de la familia, la solidaridad social... En su opinión, si la causa de la interrupción del embarazo es debida a la insuficiencia de uno de los aspectos mencionados, la modificación de la ley, en cualquier sentido, no influirá la realidad del aborto. Dentro de este contexto, las iglesias protestantes adoptan una actitud más comprensiva respecto a la utilización de contraceptivos para evitar embarazos no deseados que culminan, con cierta frecuencia, en un aborto.
- 92 El hecho de considerar, junto a la madre y al feto, las personas implicadas en la interrupción del embarazo (principalmente, el padre, el médico) les permite sostener que el derecho de la madre a la autodeterminación está limitado por el respeto de los intereses de dichas personas. Sin embargo, señalan que no es de olvidar que la vida personal y social de la mujer será fuertemente condicionada por la conservación del embarazo y el nacimiento del nuevo ser. Si no se le puede imponer coercitivamente una solución, también es claro que la protección eficaz del feto no será una realidad sino con el acuerdo de la madre. Para esto es indispensable, concluyen, desarrollar una política dinámica e intensa de información sobre las implicancias de la interrupción del embarazo, así como sobre los derechos de la mujer.
- 93 La influencia de la Iglesia católica es notoria en la legislación de nuestro país relativa al aborto. Sin remontarnos muchos años atrás, encontramos que en los considerandos de un Decreto Supremo del 24.5.46, estableciendo la obligación de las autoridades policiales a perseguir el aborto, se afirmó que estando la maternidad bajo la protección del Estado, conforme al art. 51 de la Constitución (de 1933), éste debe propender por todos los medios a su alcance al incremento de la natalidad "y que su obligación es perseguir la práctica del aborto en todas sus formas y poner término a la alarmante impunidad que hasta la fecha ha favorecido la comisión

de este delito". En el art. 19 Código Sanitario (Decreto Ley n. 17505 del 31 de marzo de 1980), se estatuyó, en forma de declaración de principio, que el "proceso de la gestación debe concluir con el nacimiento, salvo hecho inevitable de la naturaleza o peligro para la salud y vida de la madre" Además, se prohibió el aborto terapéutico "basado en consideraciones de orden moral, social o económico" (art. 22) y, al mismo tiempo, se señaló que este aborto "sólo es permitido cuando existe prueba indubitable de daño en la salud con muerte del producto de la concepción o de la madre y con la opinión de dos médicos que tratarán el caso en consulta" (art. 21). De esta manera, se restringió la interesante regla contenida en el art. 163 del Código Penal derogado. En esta norma, de manera clara, se disponía la impunidad del "aborto practicado por un médico con consentimiento de la mujer encinta, si no hubiera otro medio de salvar la vida de la madre o de evitar en su salud un mal grave y permanente". Dicha influencia se mantiene, pero no ha podido evitar un tímido cambio en favor de la atenuación de la represión. Así, el art. 163 del Código derogado fue nuevamente considerado al modificarse el art. 21 Código Sanitario mediante el Decreto Legislativo n. 121 del 12 de junio de 1981 (ver infra n. 223). En cuanto al fondo, el criterio consagrado en el mencionado art. 163 ha sido restablecido en el art. 119 del Código vigente. Además, se han previsto dos nuevas formas atenuadas: en caso de violación o inseminación artificial no consentida y de graves taras físicas o psíquicas del feto.

- 94 Esta es la orientación imperante en América Latina. El Código colombiano (art. 345) se asemeja al nuestro, en la medida que sólo preve un caso de atenuación de la pena: el aborto sentimental, en caso de embarazo causado por "acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida". Sin embargo, los códigos que regulan los casos de aborto eugenésico o sentimental optan por la impunidad de los autores, aunque no siempre de la misma manera. Así, por ejemplo, el Código argentino (art. 86, texto según la Ley n. 23.077, art. 1) declara que no es punible el aborto sentimental, cometido por un médico y con el consentimiento del representante legal de la madre, sólo cuando "el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente". En el Código brasileño (art. 128, inc. II), no se establece esta limitación y, a diferencia de nuestro art. 120, inc. 1, se menciona expresamente la intervención de un médico No se preve, por el contrario, el aborto eugenésico

## ***11.b. Concepción liberalizadora***

### *11.b.1. Sistema de plazos*

- 95 De acuerdo con este sistema, la interrupción del embarazo no es punible cuando es practicada dentro de un plazo determinado y conforme a un procedimiento de control y asistencia previo. La madre decide libremente. Esta solución ha sido adoptada en Dinamarca (doce primeras semanas del embarazo), Suecia (dieciocho semanas), Estado de New York (veinticuatro semanas). El plazo de doce semanas fue igualmente establecido en los países denominados socialistas (Unión Soviética, Alemania Democrática, Hungría). Siguiendo el modelo de estos países, Cuba regula, en una ley especial, el sistema de plazos (diez semanas después de producido el embarazo).
- 96 Si es cierto que, en los EE UU., los Estados de New York, Alaska y Hawaii tomaron la iniciativa de modificar la legislación, fue la Corte Suprema, quien - en 1973 - cambió radicalmente el panorama mediante su decisión en el famoso caso *Roe v. Wade* (Resolución del 22 de enero de 1973). En esta resolución, la Corte estatuyó, en primer lugar, que nada puede impedir a un médico practicar, durante las doce semanas que siguen el comienzo del embarazo, el aborto en una mujer que consiente; en segundo lugar y en relación con el período comprendido entre el cuarto y sexto mes, estableció que el aborto será regulado por cada Estado y se practicará en un Hospital; y, finalmente, indicó que siempre será reprimido el aborto cometido después del sexto mes, salvo que se practique en caso de peligro grave para la vida o la salud de la mujer. Con el fin de fundamentar su fallo, la Corte Suprema invocó el "derecho de la protección de la esfera íntima de la persona" (*right of privacy*) que prohíbe al Estado de interferir, de cualquier manera, en la decisión de la mujer de tener o no un hijo.
- 97 Se trata en el fondo de un modelo combinado de libertad plena del aborto practicado en un período inicial y de su admisión, en las demás etapas, bajo ciertas condiciones (médica, eugénica, ética y social). Según el criterio de los jueces supremos norteamericanos, el Estado sólo puede intervenir protegiendo en dominio penal al fruto de la concepción a partir del momento que es viable; es decir, generalmente, después del sexto mes. En los demás casos y siempre según ellos, no se puede reconocer al feto los mismos derechos que a una persona nacida, ni ignorar completamente los derechos de la mujer encinta; por lo que en este contexto, el "dominio privado o íntimo" de la mujer merece una protección especial (Hessmann/Marty, p. 385).

En resoluciones posteriores, la Corte Suprema ha ido aclarando y concretando su criterio en relación con el "*right of privacy*" y con determinadas circunstancias relativas al aborto: por ejemplo, estableció la necesidad de consultar una comisión y que la decisión final fuera monopolio de la mujer, en la que el marido no podía intervenir.

- 99 Una de las críticas más serias que se han hecho a la argumentación de la Corte Suprema reside en que, en su afán de liberalizar la regulación del aborto, ha tratado ligeramente el problema de fondo. Si se admite, como lo hace la Corte Suprema americana, que no existe seguridad sobre cuando comienza la vida, resulta difícil establecer, al mismo tiempo, una regla obligatoria (Weigend, p. 1091).
- 100 Un elemento que permite comprender la evolución operada en los Estados Unidos es la mentalidad liberal, en esta materia, de una buena parte de la población. Con relación a los católicos (sesenta millones), se estima que son mayoritariamente favorables, por ejemplo, a la ordenación sacerdotal de las mujeres, a la eliminación del celibato de los sacerdotes y al control de la natalidad. Sin embargo, consideran no estar en contradicción con su condición de católicos. El 85 % reconoce al Papa como líder espiritual, pero el 78 % no lo considera infalible
- 101 Dos casos interesantes son los de Alemania Federal y Austria. En este último país y a la ocasión de la adopción del nuevo Código Penal de enero de 1974, se introdujo el sistema de plazos. Junto a la represión del aborto cometido por la madre o por un tercero con o sin el consentimiento de ésta (arts. 96 y 98), el legislador austriaco declara impune la interrupción del embarazo, primero, cuando es practicada por un médico dentro de los tres meses siguientes al comienzo del embarazo (art. 97, inc. 1) y, segundo, cuando es motivada por una razón terapéutica, eugenésica, minoría de la madre al momento de la concepción (art. 97, inc. 2) y estado de necesidad (art. 97, inc. 3). Una sistemática semejante siguió el legislador alemán en junio de 1974: represión del aborto doloso, impunidad del aborto consentido dentro de las doce semanas posteriores al comienzo del embarazo, previsión de las indicaciones terapéutica, eugenésica y sentimental.
- 102 Ambas reglamentaciones fueron atacadas por inconstitucionales ante los Tribunales Constitucionales respectivos. La Corte Constitucional austriaca desestimó el recurso considerando que las disposiciones del nuevo Código Penal no violaban el derecho constitucional a la vida (no escrito) porque el Estado sólo se abstenía de prever una sanción penal y no atacaba dicho derecho. También consideró que respetaba el art. 2 de la Convención Europea de Derechos

Humanos, alegando que esta disposición protege únicamente la vida de la persona nacida y no la vida embrionaria.

- 103 El Tribunal Federal Constitucional alemán, por el contrario, decidió que el art. 219a del Código Penal (en el que se preveía la solución de plazos) era incompatible con el principio constitucional de la protección de la vida y, por ende, lo anuló. Ante esta decisión, el Parlamento, en mayo de 1976, modificó el Código Penal (§ 218 y ss.) en el sentido siguiente: declarar la penalidad de la interrupción voluntaria del embarazo (§ 218) y, enseguida, su impunidad en caso de indicación terapéutica, eugenésica (dentro de las veintidós semanas después de la concepción), sentimental o criminológica (doce semanas) y de estado de desamparo grave (doce semanas) (art. 218a). El problema vuelve a discutirse con ocasión de la Ley del 27 de julio de 1992, dictada dentro de los acuerdos relativos a la reunificación alemana, y contra la cual recurren el Gobierno bávaro y un buen número de diputados. El Tribunal Constitucional se pronunció el 28 de mayo de 1993. En su sentencia, este Tribunal fija el marco dentro del cual debe regularse la interrupción del embarazo: impunidad dentro de las doce primeras semanas del embarazo y, excepcionalmente, cuando no se pueda exigir a la madre un comportamiento diferente. Además, señala el deber del Estado tanto de asegurar un proceso de consultación adecuado como de hacer lo necesario para resolver el conflicto de intereses en que se encuentra la madre: brindándole asistencia económica, habitación, etc.). Los partidos políticos no han logrado, hasta ahora (febrero 1994), ponerse de acuerdo sobre un texto único. Si bien, en razón de la decisión del Tribunal Constitucional, no existen más discrepancias en cuanto a la impunidad del aborto practicado dentro de las doce primeras semanas del embarazo y después que la mujer haya recurrido a una oficina estatal de consejo y orientación; desacuerdo subsiste en cuanto, primero, la modalidad de la consultación; segundo, la represión del autor del embarazo y de los padres de la madre menor de edad cuando no hayan ayudado a la gestante; y, tercero, el pago por el seguro de salud de los gastos que comporta la interrupción del embarazo. Los demócratacristianos y los liberales, en el poder, exigen que la consultación tenga como objetivo convencer a la madre para que no interrumpa el embarazo; así como que se reprima el abandono de la madre por parte del padre del niño o de los padres de la madre menor de edad; y que la asistencia social sea brindada únicamente a las madres necesitadas económicamente. Los opositores socialdemócratas preconizan un sistema de consultación orientado a la protección de la vida y fundado en la responsabilidad de la madre; rechazan el delito propuesto por los oficialistas y lo remplazan por la agravación del delito de coacción (§ 240 Código Penal alemán) cuando el agente imponga a la mujer la interrupción del embarazo; y, por

último, exigen una intervención más amplia del seguro de salud cuyo límite debe establecerse con respecto a un monto mínimo de renta mensual.

- 104 En Francia, se afirma la prohibición del aborto mediante la represión de su realización voluntaria (arts. 223-10 a 223-12 del nuevo Código Penal). Según el Código Sanitario (arts. 162-1 y ss., modificado por Ley n. 75-17 del 17 de enero de 1975) la interrupción del embarazo, en las diez primeras semanas, no es punible a condición, primero, que la madre consienta; segundo, que sea practicado por un médico en establecimiento hospitalario; y, tercero, que se siga un procedimiento en el que se trate de convencer a la madre de continuar el embarazo. La cesación del embarazo es decidida libremente por la madre, quien debe encontrarse en "*une situation de détresse*" provocada por el embarazo. Además la interrupción del embarazo es autorizada por razones terapéutica (peligro grave para la salud de la madre) y eugenésica (persona por nacer afectada de un mal grave e incurable). En ambos casos, es indispensable la constatación médica previa. Los profesionales de la salud son protegidos mediante una cláusula que los autoriza a no participar en la realización de un aborto por razones de conciencia.
- 105 Por considerar que la ley reguladora del sistema de plazos era inconstitucional, un grupo de parlamentarios recurrió ante el Consejo Constitucional. Este decidió que la ley no contradecía ni la Constitución, ni el art. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos

#### *11.b.2. Sistema de las indicaciones*

- 106 El tercer modelo que explicaremos es el suizo. Su análisis resulta conveniente por el interés que tiene para nosotros la evolución de la legislación que ha constituido la fuente principal de nuestro Código. En el Proyecto de setiembre de 1974, denominado: "Ley federal sobre la protección del embarazo y el nuevo régimen de represión de su interrupción", se adoptó un "sistema ampliado de indicaciones" (*solution élargie des indications*).
- 107 Los expertos criticaron el sistema de plazos por considerar que legaliza toda interrupción ejecutada, durante el lapso indicado, por un médico sin tener en cuenta que la decisión de la madre puede ser irreflexiva, el resultado de un momento de pánico o de la presión de terceros, de índole egoísta o puramente arbitraria (Conseil fédéral 1974, p. 744). En su opinión es preferible el modelo de las "indicaciones" porque protege mejor la vida (en sentido general) debido a que la ampara mientras se desarrolla y que no admite derogaciones sino en casos excepcionales, expresa y objetivamente delimitados. En la exposición de motivos del proyecto, se dice (Conseil fédéral 1974, p. 744): "cuando hay un conflicto de intereses, la interrupción no será castigada si la destrucción de la vida embrionaria aparece en tal medida excusable en conside-

ración de otros bienes jurídicos amenazados - cuyo valor es comparable al del ser humano concebido - que el legislador puede renunciar a prever una sanción penal".

- 108 En este sentido, se considera (indicación médica) no punible la interrupción del embarazo cuando es practicada por un médico diplomado y autorizado a ejercer en Suiza, con el objeto de "evitar un serio peligro para la vida o la salud" de la mujer encinta e "imposible de descartar de otra manera" ("*en vue d'écarter un danger sérieux tí impossible à détoumer autrement pour la vie ou la sanie de la personne enceinte*") (art. 4, inc. 1, pf. 1, *Interruption de la grossesse pour raisons médicales*). Siempre que la mujer consienta y se obtenga un informe médico favorable. Se aprecia mejor la amplitud de esta fórmula, si se tiene en cuenta la manera como, en el proyecto, se describe la situación de peligro: "cuando la continuación del embarazo hasta su término o las condiciones de vida a que daría lugar el nacimiento del niño, provocarían con gran probabilidad una enfermedad física o mental grave y de larga duración en la mujer encinta" (art. 4, inc. 1, pf. 2).
- 109 La indicación social es regulada en el art. 5. Esta norma es una "cláusula general" que autoriza el aborto, a condición que la intervención tenga lugar dentro de las doce semanas posteriores a la suspensión de las reglas, cuando resulte altamente probable que el mantenimiento del embarazo hasta su fin llevaría a la mujer a un estado de apremio grave, imposible de evitar de otra manera. Para los efectos de la evaluación de tal situación, se dispone que se tendrá en cuenta, en particular, la edad de la madre, el número de hijos y la situación familiar. La existencia de tal estado de apremio deberá ser establecida por un especialista designado por la autoridad sanitaria cantonal.
- 110 Según el art. 6 del Proyecto, es impune la interrupción del embarazo cuando éste es producto de un atentado sexual contra la mujer (indicación jurídica o ética). En opinión de los autores del proyecto, debido a que se trata de salvaguardar los intereses de la mujer "no se puede exigir que el acto delictivo sea probado con la precisión que se exige para la represión del autor" (Conseil fédéral 1974, p. 759). La determinación de esta condición es competencia de una Comisión que los cantones deben organizar.
- 111 Por último, se regula en el Proyecto la "indicación eugenésica". Según el art. 7, la interrupción del embarazo es permitida cuando se prevé que el feto sufre "muy probablemente lesiones físicas o psíquicas graves y durables". Esta manera amplia de formular la regla, se debe a la ausencia de métodos del todo exactos para detectar la presencia de tal tipo de lesiones en el feto. No se trata de cualquier tara, sino de aquellas incompatibles con la existencia normal de

una persona, por ejemplo: aberraciones cromosomáticas, graves trastornos del desarrollo psíquico o malformaciones somáticas (mongolismo), etc. Según los autores del proyecto, la admisión de esta indicación no implica la distinción cuantitativa entre la vida de las personas, ni la aceptación de cualquier forma de eutanasia.

- 112 Junto a estas reglas, se prevén otras que tienden, de un lado, a mejorar la protección del embarazo y, de otro lado, a reafirmar la represión del aborto. Todas estas normas se encuentran, según los especialistas suizos, debidamente apuntaladas por las reformas practicadas o a realizarse en el dominio de la adopción, de las condiciones de trabajo de la mujer y de la familia en general.
- 113 El sistema de las indicaciones fue adoptado en España con la introducción del art. 417 bis en el Código Penal, mediante la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio. Esta ley fue el resultado de una sentencia del Tribunal Constitucional, de 11 de abril de 1985, que declaró inconstitucional un proyecto de reforma por el que se introducía el sistema de plazos. Según el Tribunal Constitucional, el proyecto "era disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución". Al mismo tiempo consideró la vida dependiente como bien jurídico merecedor de protección penal y afirmó que la vida, la salud, la libertad y la dignidad de la madre son también bienes fundamentales que el Estado debe proteger igualmente.

## **12. Política criminal**

- 114 La elección de uno de los sistemas que venimos de describir como el mejor, no debe fundamentarse sólo en cuestiones de principio; por ejemplo, la absoluta e incondicional protección de la vida humana o la total libertad de la mujer a disponer del fruto de la concepción. Resulta indispensable tener en cuenta las circunstancias sociales imperantes. La aceptación de un sistema de legalización o liberalización de la represión del aborto, tal como ha sido regulada en la mayor parte de los países desarrollados, implica tanto la organización de una red de oficinas de consulta, orientación y consejo sobre el pro y el contra de la práctica del aborto, como la de un sistema de establecimientos hospitalarios y de seguridad social para asistir médica y financieramente a las madres sin medios económicos suficientes. Si no existe la infraestructura necesaria, la ley que prevea la impunidad del aborto, bajo las condiciones y en los plazos generalmente admitidos, no será convenientemente aplicada.



- 115 La incapacidad económica de nuestro Estado hace bastante ilusoria la realización de tales condiciones. Es de concluir que no hay otra opción que la de conservar y, tal vez, acentuar la severidad de la represión para quien cometa un aborto o ayude a su realización. Además, esta solución sería ventajosa por no comportar mayores gastos al erario nacional, pues se limita a la modificación del texto legal y al mantenimiento del anacrónico sistema de establecimientos carcelarios. Sin embargo y como ya lo hemos señalado, tal solución supone, en realidad, una serie de cargas económicas y sociales a causa de las nefastas consecuencias provocadas por el gran número de abortos clandestinos ejecutados en las condiciones más desfavorables. Situación que se agrava por el hecho de que el aborto "constituye acaso el método singular más ampliamente usado como contraceptivo en el mundo actual" y que muy presumiblemente continuará siéndolo durante muchos años más (Klinger, p. 163).
- 116 La experiencia general muestra que el sistema represivo es más negativo que positivo. La simple represión no impedirá que sigan aumentando los abortos clandestinos, que sean pocos los casos que lleguen al Poder Judicial y que los jueces busquen siempre causas que excluyan o eliminen la represión de la mujer que se practica o se hace practicar el aborto. El derecho penal no puede convertirse, mediante la severa represión del aborto o la restricción del uso de contraceptivos, en un medio de política demográfica. No se logrará aumentar la población tratando de asegurar, mediante el derecho penal, el nacimiento de todos los seres concebidos. En nuestro medio, los esfuerzos deben más bien orientarse a lograr que los niños nacidos no fallezcan prematuramente a causa del hambre y de las enfermedades.
- 117 Por esto, comprendemos la actitud de Jean Rostand (p. 130), biólogo francés que consagró su vida a tratar de mejor entender lo que es la vida y que, reafirmando que nada es más respetable que la vida misma, explicó que se decidió a formar parte de la agrupación francesa "Choisir", defensora del aborto libre, en primer lugar, porque en nuestro mundo donde la agresión, la humillación, la injusticia - sin decir nada del problema atómico - degradan diaria y profundamente la especie humana, le pareció una hipocresía o una actitud mal intencionada la de justificar ante sí mismo la pretensión que la prohibición del aborto significa el mantenimiento del respeto de la vida. En segundo lugar, porque si se desea ser consecuente al responder a la pregunta ¿dónde comienza la vida? debería responderse que sería más justo proteger, por todos los medios, a la mujer portadora de óvulos, y al hombre, portador de espermatozoides.
- 118 En nuestro país, debe plantearse de manera seria y franca la problemática del aborto teniendo en cuenta el aspecto demográfico, reconociendo el fracaso patente de la política legislativa

sobre todo represiva; y constatando las consecuencias nefastas de los abortos clandestinos cometidos, generalmente, en caso de embarazos no deseados.

- 119 El reconocimiento de la libertad de la mujer a decidir sobre la maternidad no sólo constituye una expresión del respeto que merece en tanto persona, sino también la imposición de un deber respecto a la maternidad responsable. En la medida en que se le brinden los medios económicos suficientes, se consolide y desarrolle su responsabilidad tanto personal como social, se limitarán sensiblemente las condiciones que provocan los embarazos no deseados y los abortos clandestinos que son su consecuencia.
- 120 Además de esta libertad que debe ser ejercitada, bajo ciertas condiciones, en las primeras semanas del embarazo, es de prever la impunidad de la interrupción del embarazo practicada en circunstancias excepcionales, en las que no se puede exigir razonablemente a la mujer un comportamiento diferente.
- 121 Todo está condicionado, sin duda alguna, a la realización de una política socio-económica tendiente a mejorar, sustancialmente, las condiciones de vida de los sectores sociales menos favorecidos. No es de olvidar que, en los países pobres, el embarazo y el parto figuran entre las principales causas de la muerte de las mujeres (Garitas, p. 4).

## II. DELITOS DE ABORTO

### 1. Antecedentes legislativos

- 122 En el art. 516 del Código de Santa Cruz, se decía quien "procure que alguna mujer embarazada aborte" y en el artículo siguiente, "la mujer embarazada que para abortar". La expresión "causar un aborto" fue utilizada en el Proyecto de 1859 (arts. 279 a 281). El codificador de 1863, empleó, por el contrario, tanto la expresión "causar el aborto" (arts. 243 y 245) como la de "ocasionar el aborto" (art. 244). En el Código de 1924, se recurrió generalmente al término "causar" (art. 159 y 160); así como a las expresiones "hacer abortar" (art. 161) y "practicar el aborto" (art. 163). En el Código vigente, se utiliza, el término "causar" (arts. 114, 115, 117); y en el art. 116, "hacer abortar". Si hasta el Proyecto de 1916, la influencia española fue predominante; las disposiciones del Código de 1924 fueron redactadas conforme al modelo helvético. En los Proyectos suizos de 1916 y 1918, así como en el texto definitivo del Código suizo de 1942, tampoco se describió la acción delictiva.
- 123 Desde los antecedentes del Código de 1924, ya se tuvo en cuenta el consentimiento de la mujer embarazada como circunstancia influyente en la determinación de la pena. Así se reprimía menos severamente a la mujer - causante de su propio aborto - que al tercero - autor de aborto con o sin el consentimiento de la madre - (arts. 237 y 280 del Proyecto de 1859, arts. 243 y 244 del Código de 1863). Lo novedoso del Código de 1924, en este aspecto, fue la manera como se reguló la participación delictiva: el hecho de "prestar asistencia" a la mujer que causa su propio aborto fue equiparado al aborto consentido por la mujer (art. 160). Esta regulación, de notoria impronta helvética, fue conservada en los Proyectos de 1984 a 1986. Desapareció en el Proyecto de 1990 y tampoco figura en el nuevo Código.
- 124 La agravación de la pena en relación con los médicos, parteras o farmacéuticos que abusan de su arte para causar el aborto fue prevista en el Código de Santa Cruz (art. 516), en el Proyecto de 1859 (art. 282) y en el Código de 1863 (art. 245). Con mejor técnica legislativa, se le reguló en el art. 162 del Código de 1924. El art. 117 del nuevo Código ha sido elaborado siguiendo este modelo.
- 125 El aborto terapéutico sólo fue previsto en el Código de 1924. En el Código de 1863, no se declaraba la impunidad de ninguna forma de aborto; tampoco en el Código de Santa Cruz. Por el contrario, el Proyecto de 1859 estatuyó, en su art. 282, que las disposiciones sobre el castigo

del aborto "no comprenden la expulsión o extracción del feto en caso de ser necesario salvar la vida de la madre". La norma del Código de 1924 constituyó una fiel traducción del art. 107 del Proyecto suizo de 1918. Esta influencia se mantiene en el nuevo Código (art. 119).

- 126 El denominado aborto preterintencional previsto en el art. 118 del Código vigente, tiene su antecedente inmediato en el art. 164 del Código derogado, conforme al modelo suizo. Una norma similar preveía el art. 244, parágrafo 3, del Código de 1863. Además, señalemos que nuestro codificador eliminó, desde el Código de 1924, la atenuación prevista en el parágrafo segundo del art. 243 del Código de 1863, consistente en la producción del aborto por la mujer de buena fama que obrase obcecada por el temor que se "descubra su fragilidad". Así como la represión de quienes confeccionan o expenden a sabiendas, bebidas destinadas a causar abortos (art. 243 del Código de 1863).
- 127 La regulación del delito de aborto en el Código de 1924, constituyó, sin duda alguna, un significativo progreso de política criminal y técnica legislativa, en relación con la legislación anterior. Esto se debió, fundamentalmente, a la fidelidad con que el legislador siguió el modelo suizo. Las modificaciones posteriores a ese año y anteriores a 1991, significaron con frecuencia un retroceso. La reforma de 1991, con relación al aborto, es incompleta y plena de ambigüedades.

## **2. Técnica legislativa**

- 128 Como en los antecedentes indicados y en la legislación foránea, en el Código vigente no se describe en qué consiste el acto de abortar o de hacer abortar una mujer embarazada. El legislador se limita a mencionar la acción delictuosa. Considera que el término aborto es suficientemente claro y que su significado penal ha sido precisado por la doctrina y la jurisprudencia.
- 129 Desde un punto de vista objetivo, el legislador distingue entre el aborto que se causa la propia mujer y el aborto cometido por un tercero con o sin el consentimiento de la madre. Los dos primeros casos son reprimidos menos severamente que el tercero. Junio a estos casos, prevé el aborto cometido por indicación médica (aborto terapéutico o interrupción no punible del embarazo). Dos circunstancias agravantes son previstas: una, en razón de la condición de médico, obstetra, farmacéutico u profesional sanitario del responsable de la comisión de un aborto y, otra, en consideración al resultado más grave sobrevenido por culpa (muerte de la madre). En cuanto al aspecto subjetivo, al lado de los tres casos dolosos antes mencionados, ha regulado el denominado aborto preterintencional mediante un comportamiento doloso violento

(por ejemplo, agresión física), el responsable provoca culposamente la muerte del feto. El aborto causado por indicación eugenésica o por indicación criminológica son reprimidos de manera atenuada.

### 3. Definición del aborto

- 130 De dos maneras se define, en general, el aborto. Según la primera, de origen francés, el aborto consiste en la comisión de maniobras culpables destinadas a causar la expulsión prematura del fruto de la concepción. Si no se produce la expulsión (absorción del embrión), se tratará a lo más de una tentativa de aborto (Garraud, n. 2018; Goyet, p. 338; Merle/Vitu, p. 1700; Véron, p. 242; Charbonnier, p. 1). La segunda concepción es la germana. Sus partidarios afirman que el aborto es la interrupción del embarazo causando la muerte del fruto de la concepción. Este resultado es indispensable, sin importar si tiene lugar fuera o dentro del vientre materno (Peña, p. 190; Roy, p. 258; Bramont, p. 24; Stratenwerth, § 2, n. 1; Schwander, n. 514; contra: Logoz, art. 118, n. 1; Hafter, p. 77, nota 4; Thormann/von Overbeck, art. 118, n. 1; Muñoz Conde, p. 85). No se considera aborto el hecho de acelerar, aún antes de término, el nacimiento del nuevo ser. En caso que sobreviviera el feto, expulsado intencional y prematuramente, se dará la tentativa (Maurach/Schroder/Maiwald, § 5 V, n. 29; Eser, § 218, n. 5; Lay, § 218, n. 19).
- 131 Para mejor comprender estos dos criterios, recordemos brevemente la discusión que tuvo lugar entre los expertos suizos encargados de elaborar el Código suizo. Esto resulta interesante en razón de que los proyectos helvéticos fueron la fuente legal extranjera en la que, hasta hace poco, se inspiró de preferencia nuestro legislador. Los cantones francófonos habían elaborado sus códigos siguiendo la concepción admitida en la doctrina y legislación francesas. De esta manera, se referían al hecho de "causar el aborto". Los cantones germanófilos, por el contrario, adoptaron la concepción alemana que consideraba, expresamente, la "muerte del feto". En los Anteproyectos del Código Penal suizo de 1894, 1896 y 1903, se admitió el segundo criterio. La intención de matar al feto fue señalada como elemento del delito de aborto en el Anteproyecto de 1908 (art. 68). La concepción francesa se impuso en el Anteproyecto de 1916 y en el Proyecto de 1918.
- 132 Cuando se discutían las disposiciones sobre el aborto en la segunda comisión de expertos, Gautier (Première Commission d'experts, p. 186) afirmó: "en los tres casos, el proyecto menciona como elemento constitutivo del delito la intención de 'matar al feto' (*tuer l'enfant; die Frucht töten*). Esta expresión me desagrade por la dificultad de traducirla. Pero estimo, como

lo más importante, que la intención de matar no es un elemento del aborto. En un gran número de casos no desempeña ningún papel, ni siquiera se repara en esto. Se piensa no en destruir la vida, sino en evitarla". Preocupado porque este criterio podía dar lugar a la impunidad de la destrucción del fruto de la concepción en los primeros meses del embarazo y sin producir la expulsión, Kronauer (Première Commission d'experts, p. 190) propuso infructuosamente una modificación en el sentido de reprimir tanto la realización del aborto como la muerte del feto en el vientre materno.

- 133 La mayoría de juristas suizos adhirió el criterio francés. Hafter (p. 76) sostuvo que el aborto es la expulsión prematura e intencionalmente provocada del fruto de la concepción (ver supra n. 127; Logoz, art. 118, n. 1; Thormann/von Overbeck, art. 118, n. 1).
- 134 Posteriormente, Schwander (n. 514) sostuvo que el aborto es la muerte del fruto de la concepción, la destrucción de la vida embrionaria (*des keimenden Menschenlebens*), y que se trata de un delito contra la vida en sentido amplio. Germano (p. 233) expuso a su vez, claramente, que "aborto es, en el sentido de la ley, no sólo la dolosa expulsión del fruto de la concepción (aborto en sentido estricto, con la finalidad de causar su muerte), sino también producir con intención su muerte en el vientre materno. En este mismo sentido, se pronuncia actualmente Stratenwerth (§ 2, n. 9 y s.). Este autor destaca que los partidarios del criterio opuesto incurren en dos errores; primero, al considerar que no es necesario que la expulsión dolosa produzca la muerte del feto, lo que los lleva a admitir el aborto aun cuando sobreviva el nuevo ser y el dolo haya sido únicamente orientado a causar la expulsión; segundo, al no calificar de aborto la muerte del embrión en el seno materno apesar que el dolo del agente haya estado dirigido a obtener ese resultado.
- 135 Entre nosotros, la discusión producida en Suiza ha de ser tomada en cuenta sólo como referencia aclaratoria. No creemos que nuestro legislador haya considerado todas las consecuencias del uso de la expresión "causar el aborto" sin hacer mención de la muerte del ser concebido. Hemos tenido ocasión (Hurtado, 1979, p. 104 y ss.) de destacar que nuestro legislador desconoce o sólo de manera superficial las concepciones materializadas en los modelos extranjeros que recepciona. Como es natural, fue sobre todo influenciado por las ideas aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia elaboradas a partir del Código de 1863.
- 136 Viterbo Arias (p. 54) sostuvo que en el aborto se atenta "contra el germen humano, más o menos desarrollado, pero cuya vida fuera del claustro materno no es todavía una realidad". Adquiere toda su relevancia esta observación, cuando se tiene en cuenta que mediante las ex-

presiones, causar o producir el aborto, nuestro legislador se alejó, desde el Proyecto de 1859, de la fórmula utilizada en el Código de Santa Cruz. El art. 516 de este cuerpo legal, distinguía entre emplear cualquier medio para causar el aborto y la producción efectiva del aborto. En 1863, nuestro codificador no llegó al extremo de sancionar como aborto el solo hecho de hacer algo para producirlo; pero reprimió, separadamente, el hecho de confeccionar o expender bebidas destinadas a causar abortos (art. 245, 2da. parte). Tampoco admitió que la muerte del feto sin expulsión no sea reprimida como aborto. Por todo esto e influenciados por la literatura penal hispana y latinoamericana, Cornejo, Bramont, Peña y Roy son contestes en exigir la muerte del fruto de la concepción para que se dé el aborto.

- 137 En España, el hecho que en la ley no se mencionara la muerte del feto, fue fuertemente criticado por los juristas españoles. Esto dio lugar a una reforma legislativa. En el art. 1 de la Ley de 24 de enero de 1941, se estableció que "es punible todo aborto que no sea espontáneo. Para los efectos de la presente ley se considera aborto no sólo la expulsión prematura y voluntariamente provocada del producto de la concepción, si no también la destrucción en el seno de la madre". Esta regla fue omitida en los textos reformados en 1944 y 1963 (ver Rodríguez/Serrano, p. 74).
- 138 Por último, no está demás señalar que la muerte del nuevo ser determina que el aborto sea un delito contra la vida. De allí que, aún los partidarios de la concepción francesa del aborto, se vean obligados a subrayar, de un lado, que la expulsión prematura del feto produce, en general, su muerte y, de otro lado, que la destrucción del feto en el seno de la madre concluye, frecuentemente, con su expulsión.
- 139 De lo expuesto se desprende que el hecho de causar sólo lesiones al feto no cae bajo ninguna de las disposiciones sancionadoras del aborto. Tampoco son aplicables aquellas que reprimen las lesiones corporales, pues el feto, para el derecho penal, no es aún una persona (cfr. supra n. 39 y ss.; Hurtado, 1993, n. 4 y ss.). La sistemática de la ley impide la represión de quien daña el feto mediante la absorción de ciertas sustancias durante el embarazo.

## **4. Tipo legal objetivo**

### ***4.a. Objeto del delito***

- 140 El objeto del delito es el fruto de la concepción desde el momento en que el óvulo fecundado se instala (anida) en la matriz de la mujer hasta el inicio del nacimiento con los primeros dolores del parto. En el momento de la acción delictiva ha de encontrarse vivo, sin importar que

haya sufrido cualquier deformación o daño (Blei, p. 32; Hoffmann, p. 13). La extracción del feto muerto no es aborto. Tampoco puede considerarse aborto la expulsión voluntaria de la mole (degeneración del embrión). Está demás decir que no encontrándose embarazada la mujer es imposible que se hable de aborto, pues dicho estado fisiológico es presupuesto indispensable para la comisión de este delito (Stratenwerth, § 2, n. 4). De acuerdo con el art. 244 del Código de Procedimientos Penales, es de "comprobar la existencia del embarazo" (R. Jur. P. 1963, p. 55; Corte Superior, 1990, p. 72 y s.).

- 141 Dos son los límites temporales para la comisión del aborto. El superior lo separa del delito de infanticidio. Como ya lo hacía el art. 155 del Código de 1924, se establece en el art. 110 del nuevo Código que la madre debe causar la muerte de su hijo, por lo menos durante el parto; es decir desde los primeros dolores del parto. El límite inferior es discutible. Con frecuencia, los autores se refieren al fruto de la concepción (óvulo maduro fecundado por el espermatozoide). Los progresos técnicos en el ámbito médico han alterado profundamente este criterio tradicional. Entre los medios mecánicos, es de señalar, por ejemplo, el "espiral" (DIU) y entre los químicos u hormonales, los productos (*Morning after pill*, RU 436) que absorbidos después de la práctica de relaciones sexuales evitan, como el espiral, que el óvulo fecundado se fije en la matriz de la madre. Esto ha determinado que se fije como límite de la protección penal el momento en que el óvulo fecundado anida en la matriz de la madre (Hurtado, 1993, n. 4 y ss.; n. 113 y ss. En Alemania, este criterio es consagrado en el § 219. Maurach/Schröder/Maiwald § 5 III, n. 12 y V, n. 24; Lay, § 218, n. 15 y 16. Respecto al derecho español, Bustos, p. 59; Bajo, p. 128; Cobo/Carbonell, p. 561; Diez Ripollés, p. 47). El empleo de estos productos es impune y depende de la libre decisión de cada mujer (ver infra n. 131). De donde se desprende que con el criterio de la implantación no se trata de responder a la cuestión del comienzo de la vida, sino más bien resolver los problemas concretos mencionados (Muñoz Conde, p. 87).
- 142 El óvulo fecundado no es todavía un feto (Lay, § 218, n. 15; Luttger, p. 445). Si bien es cierto que es portador de vida (su desarrollo culminará con el nacimiento de un ser humano), sólo en el momento de la fijación en la matriz se produce la individualización de la vida humana (exclusión de mellizos unicelulares) (Rudolphi, Vor § 218, n. 10; Eser, § 218, n. 4). Además, es de considerar que, generalmente, el cigote (óvulo fecundado) sólo en un 50 % de casos anida en el útero de la mujer. Constatación empírica que hace prácticamente imposible probar lo realmente sucedido y, por consiguiente, implica la aplicación del principio *in dubio pro reo* (Luttger, p. 451 ss.).



- 143 No constituyen obstáculos para la admisión de este criterio los artículos 1, segundo párrafo del Código Civil y IV, inc. 1, del Título Preliminar de la Ley de Política Nacional de Población, Decreto Legislativo n. 346. Según el primero, "la vida comienza con la concepción" El segundo declara que la política demográfica garantiza que "El concebido es sujeto de derecho de la concepción" Lo mismo puede decirse del art. 17 del Código Sanitario que contiene la misma afirmación respecto al comienzo de la vida y, al mismo tiempo, reconoce y autoriza el uso - bajo control médico - de anticonceptivos (art 24).
- 144 Si el embarazo sólo comienza con la implantación del óvulo fecundado en el útero, antes de este momento no puede hablarse de aborto pues el embarazo es su presupuesto indispensable (Dekeuwer-Défossez, n. 2; Roy, p. 256). Por esto, no sólo están fuera de los alcances de la represión penal el hecho de impedir la fecundación sino también el evitar, mediante medicamentos, productos hormonales o medios mecánicos, que el óvulo fecundado se implante en la matriz.
- 145 Ya en los inicios del presente siglo y utilizando la terminología de la época, Viterbo Arias (p. 54) dijo: "no falta quien pretenda que se castigue como aborto todo acto encaminado a impedir la concepción, inmediatamente después de la aproximación sexual o durante ella; pero a nuestro juicio, semejante pretensión es inaceptable; tanto por la dificultad de la prueba, que en la mayoría de los casos rayaría en la imposibilidad, cuanto porque no existiendo aún la tercera persona que reciba el daño, no hay derecho herido y, por consiguiente, no hay delito. Esos actos serán todo lo inmoral que se quiera; pero no son antijurídicos".

#### ***4.b. Medios de ejecución***

- 146 La acción delictiva consiste en causar, dentro del vientre materno o provocando su expulsión, la muerte del feto. Al respecto, rigen las reglas generales de la causalidad (imputación objetiva) (ver Hurtado, 1987, p. 341 y ss.). De conformidad con el art. 244 del Código de Procedimientos Penales, se debe comprobar "los signos demostrativos de la interrupción del [embarazo]" y "las causas que lo determinaron" (R. Jur. P., 1963, p. 55; R. J. P. 1962, p. 343). Para los efectos penales, no tiene mayor importancia la naturaleza de los medios utilizados (Roy, p. 256; Bramont, p. 25; Peña, p. 188; Hafter, p.78; Lay, § 218, n. 21). Pueden ser mecánicos, térmicos, eléctricos, químicos, psíquicos u hormonales. En realidad innumerables son los medios que pueden ser utilizados como abortivos. Con frecuencia, se recurre a ingerir drogas, al raspado del útero, a los masajes, a la dilatación del canal uterino, a los lavados y a ciertas intervenciones quirúrgicas (por ejemplo, microcesárea).

#### ***4.c. Figuras delictivas básicas***

147 La acción delictiva, hasta ahora descrita, puede ser obra de la propia mujer (art. 114) o de un tercero. En este último caso, el tercero puede haber actuado sin el consentimiento de la mujer (art. 116, pf. 1) o con su consentimiento (art. 115, pf. 1o). En el primer caso, se habla de aborto cometido por la madre misma; y respecto a los otros, de aborto no consentido y consentido respectivamente.

##### *4.c.1. Aborto no consentido (art. 116)*

148 Para mejor comprender la manera como nuestro legislador ha regulado los tipos de aborto, analicemos, en primer lugar, el aborto no consentido, previsto en el art. 116. Se establece en esta regla que el agente haga abortar a la mujer "sin su consentimiento" Esta fórmula comprende tanto la forma más aguda de falta de consentimiento (Ver Hurtado, 1978, p. 352) : el agente vence la resistencia de la mujer mediante la violencia (*vis absoluta*) o la amenaza (*vis compulsiva*), como la forma sutil consistente en recurrir a medios astuciosos (abusar de la confianza de la madre para hacerle ingerir productos abortivos o engañarla sobre la naturaleza de la intervención quirúrgica a la que será sometida). El delincuente utiliza, en este último caso a la madre como instrumento; lo que recuerda en cierta manera la autoría mediata. Dicho de otra manera, la mujer tiene, bajo estas circunstancias, la mente en blanco respecto a la intención del agente, por lo que no se opone ni puede consentir a lo que desconoce (Roy, p. 262; Bramont, p. 26). En una u otra forma se elimina la voluntad de la mujer.

149 La oposición de la mujer al aborto no debe ser expresa, ni formal. El hecho que no se oponga violentamente o que permanezca pasiva no permite, sin más, suponer que consiente. El consentimiento es personal. En el art. 161 del Código de 1924, se establecía que el agente hiciera abortar a la mujer "sin su consentimiento o contra su voluntad". Se ha hecho bien en simplificar la redacción suprimiendo la segunda parte, pues ésta es supuesta por la primera (art. 116 del nuevo Código).

150 En el aborto no consentido se atenta no sólo contra el feto, sino también contra los intereses, los sentimientos y la salud de la mujer. Consecuentemente, el legislador lo ha considerado como la forma más grave del aborto y establecido severas penas para sus autores. Todo partícipe en este delito es reprimido como coautor, instigador o cómplice, conforme a las reglas de la participación (Ver Hurtado, 1987, p. 513 y ss.).

#### *4.c.2. Aborto cometido por la madre (art. 114)*

- 151 Del tipo básico del aborto no consentido (Maurach/Schröder/Maiwald, § 5 V, n. 11) se desprende la figura atenuada del aborto cometido por la madre misma. Según el art. 114, 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 le llama aborto activo cometido por la madre.
- 152 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, p. 194). Se somete o las soporta voluntariamente. Se trata del denominado aborto pasivo cometido por la propia madre.
- 153 El tercero que causa el aborto no es reprimido de acuerdo al art. 114, salvo que se limite a instigar o ayudar a la madre. Esta es sancionada según el art. 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.
- 154 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 en 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 art. 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.
- 155 Según el art. 114, se reprime en forma atenuada a la mujer. Es de destacar que el mencionado artículo difiere de su antecesor (art. 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.

#### *4.c.3. Aborto consentido (art. 115)*

- 156 La tercera figura delictiva es el aborto consentido, regulado en el art. 115. Este consiste en que el agente realiza, con el consentimiento de la madre, actos que causan la interrupción del embarazo. El aborto sigue siendo ilícito porque la vida, aunque embrionaria, no es un bien

jurídico del que la madre puede disponer libremente (ver Hurtado, 1987, p. 392 y ss.; Bacigalupo 1984, p. 132 y s.). La pena es atenuada en razón de la naturaleza del bien que se daña: vida en germen, aún no lograda, ni independiente como la del que está naciendo o ha nacido.

- 157 El consentimiento debe ser serio y expreso. Al momento de consentir la mujer debe ser una persona capaz. Se trata de la capacidad natural (Schubarth, art. 119 n. 19): una mujer menor de edad puede consentir si es suficientemente madura. No puede oponérsele la voluntad contraria de su representante legal. No es válido, por el contrario, el consentimiento si la mujer es enferma mental o si su capacidad está gravemente afectada (alcoholismo, adicción a drogas). Si el agente aprovecha que la mujer se encuentra en uno de estos estados, ha de ser sancionado como autor de aborto no consentido (art. 116). En caso de creer, equivocadamente, que la mujer ha consentido, se le reprimirá según el art. 14 (error de tipo o de hecho).
- 158 La acción incriminada, de acuerdo a la primera parte del art. 115, es la misma que la regulada en la segunda hipótesis del art. 114. Se trata, en buena cuenta, de un tratamiento diferenciado de la misma acción delictiva en razón de las personas. En otras palabras, el hecho único del aborto consentido es visto, primero, en relación con la mujer que consiente, y, segundo, con referencia al tercero que practica el aborto consentido por la mujer. Mientras la mujer es sancionada en forma atenuada en virtud del art. 114, el tercero es castigado más severamente (privación de libertad de uno a cuatro años); pero menos gravemente que quien obra sin el consentimiento de la mujer.
- 159 Para facilitar la represión, el codificador de 1924 (art. 160) siguiendo al suizo, trató de resolver el problema de la complicidad en este delito, estableciendo que también cometía delito de aborto el que prestaba asistencia a la mujer con tal objeto. Equiparando así la acción de prestar asistencia a la mujer que quería abortar con la de causarle el aborto. En relación con esto, Gautier (Première Commission d'experts, II, p. 185) dijo que "la complicidad es aquí erigida en delito especial".
- 160 El legislador de 1991 ha eliminado esta hipótesis. Si el agente presta asistencia a la mujer será reprimido como cómplice del delito previsto en el art. 114, conforme a las reglas generales de la participación. De esta manera, deja de ser el comportamiento del tercero que presta sólo asistencia a la mujer una figura delictiva autónoma.

#### ***4.d. Consumación***

161 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, sólo 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).

#### ***4.e. Tentativa***

162 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 cuando se da la tentativa. De ahí que consideremos 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 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. 1969, p. 112).

163 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 C.P.: "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, el § 218, inc. 4, después de estatuir que se reprime la tentativa, excluye la madre tanto cuando ella misma trata de causar el aborto como cuando lo hace un tercero que obra con su consentimiento (Maurach/Schröder/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)

## 5. Tipo legal subjetivo

- 164 El delito de aborto es siempre doloso (Bramont, p. 29; Peña, p. 191; R. T. 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, § 218, n. 12). En caso de sólo consentir el aborto, la mujer ha de ser igualmente consciente 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 consciente 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.).
- 165 La ley no reprime el aborto culposo. La producción de la muerte del feto por una imprevisión culpable, debido a la falta de precauciones impuestas por las circunstancias de hecho o las personales, no es sancionada. Caso diferente es el del denominado aborto preterintencional, previsto en el art. 118 (ver infra p. 164 y ss.). Es incorrecto afirmar, como lo hace la Corte Suprema, que el art. 164 del Código de 1924 (semejante en su parte dispositiva al art. 118 del Código vigente) prevé el aborto culposo (R.F. 1940, p. 395; cfr. Bramont, p. 139 y s.).
- 166 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 concierto rigor, se prefiriere 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. Aborto preterintencional (art. 118)

- 167 Este tipo de aborto implica, como es evidente el estado de embarazo de la mujer. No interesa el momento del embarazo en que se encuentra la mujer. De allí que nuestro legislador se refiere a que el agente ejerce violencia sobre la mujer conociendo su estado de embarazo (sin ser notorio externamente) o percibiéndolo directamente (por ser notorio). Esto último, sobre todo, por el pronunciado abultamiento del vientre materno.
- 168 La ejecución de la acción delictiva está determinada por la expresión utilizada por el codificador: "el que con violencia ocasiona el aborto..." (art. 118). El término violencia ha de ser interpretado en sentido amplio. Comprende tanto las simples vías de hecho, los maltratos físicos (faltas), las lesiones leves y las graves (delitos), como las coacciones (amenazas). Es decir, el legislador se refiere a la *vis absoluta* (fuerza física) y a la *vis compulsiva* (fuerza moral). Soler (p. 109), comentando el art. 87 del Código argentino, semejante al artículo que estudiamos, dice correctamente que "la expresión 'violencia', como genérica que es, se refiere a cualquier clase de traumatismos, malos tratos o coacciones, que por su naturaleza sean apreciables como dirigidos contra la mujer, no contra el feto".
- 169 Una interpretación restringida del término violencia (traumatismos, golpes, malos tratos y lesiones), dejaría de lado los casos en que el agente amenaza gravemente a la víctima. Sin duda alguna, no se trata de un despliegue de energía física dirigida directamente contra la mujer; sino más bien de acciones agresivas idóneas, conforme al estado de la misma, para producir la interrupción del embarazo (ver Soler, p. 109; Núñez, p. 179; Roy, p. 293). Sin embargo, los casos más claros son aquellos consistentes en someter a maltratos físicos a la mujer encinta (R. T. 1944, p. 215 y 351; R. J. P. 1952, p. 2321; R. J. P. 1955, p. 742).
- 170 La disposición que comentamos, similar al art. 164 del Código derogado, es en un aspecto más amplia que el párrafo 3 del art. 244 del Código de 1863. En éste, empleaba el término "maltratos" que tiene una connotación más restringida que el término "violencia" Nuestro codificador omite, por el contrario, mencionar las bebidas u otros medios, a los que hacía referencia el legislador de 1863. Sin embargo, estos productos pueden ser utilizados con dolo para lesionar la mujer (provocándole una enfermedad) y sin propósito de hacerle abortar. Si la muerte del feto, producida por el producto ingerido, es consecuencia de una imprevisión culpable, estaríamos ante un verdadero caso de culpa que no es punible por no estar expresamente previsto en la ley (art. 12, pf. 2). Sin embargo, esto no significa que el responsable quede

sin castigo. Según las circunstancias, puede ser sancionado por lesiones culposas en agravio de la mujer (art. 124)

- 171 La referencia legal a la falta de propósito de causar el aborto, excluye del todo la forma dolosa. Sólo actúa con propósito de obtener un resultado quien consciente y voluntariamente dirige su accionar hacia el logro de un objetivo: la muerte del feto, por ejemplo. En el caso previsto en el art 118, no se da esta circunstancia. Con bastante corrección, la Corte Suprema ha señalado, en relación con el art 161 del viejo Código y semejante al actual art. 116, que habiendo tenido el acusado la intención (dolo) de causar el aborto, intención acreditada por las palabras que dirigía a la agraviada, y la forma como la golpeó en el vientre, es de reprimirlo como autor de aborto no consentido (R.T. 1938, p. 424). Así mismo, se pronuncia acertadamente, a pesar que incurre en error al denominar aborto culposo y no preterintencional a la figura del art 164, cuando declara impune al acusado embriagado y furioso que, al agredir al marido de la agraviada, propina a ésta, ignorando su estado de gravidez, una bofetada que la hace caer al suelo produciéndose el aborto al día siguiente (R.T. 1940, p. 157 y 395). La ignorancia o desconocimiento del embarazo, por parte del agente, hace que el aborto sea imprevisible para él. No podía darse cuenta, por lo tanto, de las consecuencias de su acto. Es decir, ni siquiera se le podría reprochar haber actuado con culpa sin representación o inconsciente. Para que se dé la culpa o negligencia el resultado ha de ser previsible.
- 172 Resulta indispensable, conforme a la ley, que el agente actúe conociendo o constándole el estado de embarazo de la mujer; pero, sin el propósito de ejercer violencia para causar el aborto. El conocimiento del estado de embarazo de la mujer por parte del agente, debe ser debidamente comprobado. No es suficiente argüir que el agente debió conocer dicho estado en razón, por ejemplo, de que la mujer tenía las faldas más levantadas en la parte delantera (R. J. P. 1944, p. 43).
- 173 Según el texto legal, el resultado muerte del feto debe ser previsible. Más aún, el agente debe actuar sabiendo que la mujer está encinta (por estar informado o porque el embarazo es notorio); pero sin ánimo de causar la interrupción del embarazo ("sin haber tenido el propósito"). Si el agente se representa como posible el resultado muerte del feto y, sin embargo, continúa agrediendo a la mujer hasta hacerla abortar, es de admitir - al menos el dolo eventual. En este caso, el art. 118 no es aplicable, sino el art 116.
- 174 El aborto producido y no querido por el agresor ha de serle imputado a título de culpa. Si no es posible, sólo será responsabilizado a título, por ejemplo, de lesiones leves o graves en que



consistieron las violencias ejercidas contra la madre (A. J. 1944, p. 210; R J. P 1952, p. 2351)

- 175 Comprendida de esta manera la acción descrita en el art. 164, es fácil admitir que se trata de una figura preterintencional. El delincuente ejerce, dolosamente, violencias contra la mujer embarazada y ocasiona, sin quererlo, un resultado más grave: el aborto. Al saber o constarle el estado de gravidez de la mujer y al agredirla de la manera como lo hizo, incurre en culpa por no tomar las precauciones exigidas por la situación (Núñez, p. 175; Soler, p. 108; Roy, p. 294; diferente Rodríguez/Serrano, p. 78 y s.; Quintano Ripollés 1963, p 594).
- 176 No se trata de un forma de responsabilidad objetiva o por el resultado (Hurtado, 1987, p. 446 y s.), en la medida que debe comprobarse la presencia efectiva del dolo (al inicio) y de la culpa (en cuanto al resultado final). Que en la práctica, se haya mal aplicado esta noción no permite afirmar que es inadmisibles calificar, siguiendo el criterio admitido por nuestro legislador (por ejemplo, arts. 121, último párrafo y 122, segundo párrafo), el caso previsto en el art. 118 como aborto preterintencional (ver Peña, p. 211 ss.). Otra cosa es si es conveniente, de acuerdo a la doctrina foránea y con el fin de reforzar el respeto del principio de la culpabilidad, de mejorar la técnica legislativa mediante la supresión de las disposiciones que prevén formas preterintencionales y aplicar directamente las reglas sobre el concurso de delitos. Con este fin será necesario prever, expresamente, la represión de la comisión culposa del aborto y, consecuentemente, estatuirse una pena de cierta severidad; pues la violencia que causa el aborto no siempre constituye un delito de lesiones (ver Peña 1992, p. 213). En nuestra opinión, no es necesario en cuanto al aborto - proceder a tal modificación. Bastaría con mejorar la redacción del art. 118, precisando en qué consiste el acto doloso y que el aborto debe ser causado culpablemente Otra solución imaginable es la de considerar que el aborto comporta, en principio, un daño en la salud de la madre; es decir una lesión (arts. 121 o 122) y. por consiguiente, se daría un concurso entre las violencias intencionales, el daño culposo en la salud de la madre y la destrucción culposa del fruto de la concepción. Mediante un solo acto se lesionan bienes jurídicos distintos (concurso ideal, art. 49). Por más ingeniosas que sean las interpretaciones propuestas, éstas no deben conducir a la abrogación del mandato expreso previsto en el art. 118.
- 177 La pena prevista por el legislador es menos severa que la estipulada por el legislador argentino. Según éste, el agente será reprimido con prisión de seis meses a dos años. En el art. 118 de nuestro código, si bien se prevé el mismo límite máximo, no se establece mínimo específico y, además, se estatuye como pena alternativa la prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.

### III. ABORTOS AGRAVADOS

#### 1. Muerte de la madre (arts. 115, pf. 2 y 116, pf.2)

- 178 Como lo acabamos de ver (supra n. 171 y ss.), la preterintención está constituida por la mixtura de dolo (en la acción criminal) y de culpa (en la producción del resultado más grave). Al causar dolosamente el aborto, el agente puede producir un resultado más grave: la muerte de la mujer. Su fallecimiento, previsible, debe ser efecto tanto de las maniobras abortivas, como de la imprevisión culpable. La simple relación de causalidad (imputación objetiva) es insuficiente; pues, no basta la responsabilidad por el mero resultado. El agente responde, por tanto, a título de culpa (Roy, p. 271; Bramont. p. 30; Prado, p. 101)
- 179 Nuestro legislador hizo bien en mantener, en el Código de 1991, la fórmula suiza que alude, mediante la expresión "si el delincuente pudo prever este resultado" (arts. 115, pf 2 y 116, pf 2), a la culpa del agente en relación con el resultado más grave. Su acción está dirigida a destruir el feto (aborto doloso), pero causa la muerte de la madre (homicidio culposo). Si esta muerte era imprevisible, debido al estado personal de la víctima, el agente sólo será reprimido por aborto. Aún podría imaginarse que la mujer fallezca a consecuencia de las maniobras abortivas, pero que el nuevo ser sea salvado por su avanzado desarrollo. El delincuente será responsable de homicidio preterintencional (por ejemplo, art 115, pf 2) y de tentativa de aborto (arts. 115 y 116, pf. 2). Por el contrario, si causa, dolosamente, la muerte de la mujer embarazada (constándole este hecho), será reprimido por homicidio y aborto, en concurso ideal de delitos mediante una sola acción se ocasionan dos resultados delictivos, siendo de aplicar simultáneamente las dos disposiciones legales pertinentes (arts. 106 y 116) (ver Hurtado, 1987, p. 576 y ss.). El homicidio no comprende ni absorbe el aborto (Maurach/Schröder/Maiwald, § 1 III, n. 8; Lay, § 218, n. 22). La pena se impondrá conforme a la disposición que establece la más grave (art 48).
- 180 A diferencia, por ejemplo, del Código Penal brasileño (art. 127), el nuestro no prevé como agravante el hecho de causar culposamente lesiones graves a la madre. Si este es el resultado de las maniobras abortivas y constituye un daño que sobrepasa el que normalmente es propio a dicho comportamiento, debe comprobarse si no existe concurso de delitos (aborto y lesiones graves dolosas o culposas).

## 2. Abuso del arte o ciencia de curar (art. 117)

- 181 El art. 117 prevé un caso agravado de aborto, en razón de la naturaleza del comportamiento y a la calidad personal del agente: persona dedicada a una profesión sanitaria, por ejemplo, "médicos, obstetra, farmacéuticos" Además de la pena a que se hagan merecedores, según el tipo de aborto en que hayan incurrido (aún en caso de aborto cometido por la madre misma), estas personas serán inhabilitadas para el ejercicio de su profesión u oficio por no menos de seis meses ni más de cinco años.
- 182 Esta sanción se orienta, en cierta manera, hacia la prevención especial. Se busca alejar al agente de una actividad que le brinda oportunidades para delinquir y, al mismo tiempo, se intenta proteger mejor a las personas del peligro que representan los profesionales sin escrúpulos. Por esto es que la ley exige, para la aplicación de la inhabilitación, que el comportamiento del "profesional sanitario" implique un abuso de su ciencia o arte Es decir, no basta tener la calidad personal estatuida, ni la comisión ocasional y única del aborto.
- 183 De acuerdo con la ratio legis, la expresión "para causar el aborto" no debe ser interpretada restrictivamente La inhabilitación se aplicará no sólo cuando el autor es un profesional sanitario, sino también cuando es partícipe (por ejemplo, cómplice). Lo que prevalece es que su intervención comporte un aprovechamiento y explotación inicuos de sus conocimientos especializados y de la confianza que se le otorga al permitírsele el ejercicio de la profesión u oficio (cfr. Roy, p. 273).
- 184 Del texto del art. 117 se desprende con claridad que se trata de comportamientos delictuosos cometidos por el profesional sanitario. Este debe recurrir a su capacidad profesional con la finalidad de extinguir la vida embrionaria o ayudar a destruirla. Si no hace otra cosa que intervenir para evitar las consecuencias negativas de las maniobras abortivas, no es de aplicación la norma comentada. En este caso, el profesional sanitario puede incurrir en responsabilidad por delito contra la administración de justicia (por ejemplo, art. 407).
- 185 *Contrario sensu*, tampoco se puede deducir que es permitida toda interrupción del embarazo realizada sin abusar del "arte sanitario" Dada la importancia del bien jurídico protegido y con la finalidad de evitar abusos, sólo se justifica la intervención médica en caso de aborto terapéutico.

## **IV. ABORTOS ATENUADOS (ART 120)**

### **1. Antecedentes legislativos**

186 En el Proyecto de 1990 y en la misma disposición legal (art. 120), se preveía la impunidad de la interrupción del embarazo cuando fuera realizada por razón terapéutica, eugenésica o criminológica. Sin embargo, en el texto definitivo (1991), sólo fue mantenido como acto lícito el primer caso y se estipuló, sorprendentemente, sólo la atenuación de la pena respecto a los otros dos casos. En la exposición de motivos (El Peruano de abril de 1991, p. 11), se explica este cambio diciendo: "De esta manera se protege el derecho a la vida del ser en formación, amparado constitucionalmente (art. 2, inc. 1) pues al que está por nacer se le considera nacido para todo cuanto le favorece" (ver supra n. 46 y ss.). Esta modificación de último minuto es, primero, el resultado de la fuerte influencia de grupos de presión partidarios de la protección absoluta de la vida durante todas sus etapas de desarrollo y, segundo, un ejemplo de la manera informal como se redactan las leyes. Quien, por diversas circunstancias, tiene acceso al texto legal puede modificarlo sin mayor consideración de lo decidido por la Comisión encargada oficialmente de redactar la ley. Este vicio se agrava debido a que la función legislativa es delegada, frecuentemente, al Poder Ejecutivo, es decir al Presidente de la República.

### **2. Técnica legislativa**

187 La manera como se ha previsto el aborto eugenésico en nuestro Código Penal es bastante defectuosa. En cuanto a la redacción, es de señalar la utilización incorrecta del verbo "conllevar" que significa "ayudar a uno a llevar sus penas o trabajos; sufrirle sus flaquezas" Respecto al fondo, es de indicar, en comparación a leyes foráneas, su carácter incompleto pues no hace referencia a que deba ser practicado por un médico, ni al plazo en que debe tener lugar y tampoco al consentimiento de la madre.

188 En el Código Penal español (art. 417bis), por ejemplo, se dispone que "1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 2a. Que se presuma 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 dictamen, expresado con anterioridad a la practica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público

o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto”.

- 189 Otro ejemplo interesantes es el § 218a del Código Penal alemán. Según esta disposición, un médico puede interrumpir el embarazo cuando existan motivos serios para considerar que el nuevo ser padecerá de una daño irremediable en su salud debido a una disposición hereditaria o de influencias nocivas sufridas antes del nacimiento; daño que debe ser de tal gravedad que no se pueda exigir a la madre de conservar el embarazo.
- 190 Tanto el Código español como el alemán regulan el aborto eugenésico) como una intervención médica, condicionada por la constatación del posible daño que afecta al feto y determinada por el carácter excepcional del conflicto de bienes jurídicos que se presenta. La impunidad declarada por estas disposiciones penales hizo necesaria una regulación detallada de las condiciones en que debería ser practicada la interrupción del embarazo, lo que implicaba así mismo establecer las garantías suficientes para evitar abusos
- 191 La disposición relativa al aborto sentimental es imprecisa cuando establece la condición alternativa referente a que la violación sexual haya sido denunciada o investigada, al menos por la policía. La acción es privada en los casos de los arts. 170, 171, 174 y 175; pública en los casos más graves (la víctima es un menor o una persona incapaz). Si basta la denuncia de parte de la mujer capaz (en caso de acción privada), no se comprende por qué es necesario al menos la investigación policial en caso de los delitos más graves.
- 192 El hecho que el embarazo sea el resultado de violencia sexual es un elemento constitutivo del tipo legal. Su existencia debe ser probada por el juez y, por consiguiente, resulta superfluo prever un requisito complementario para delimitar la represión. De la manera como se ha procedido, resulta más bien un inconveniente para la correcta aplicación de la disposición. Se crea el riesgo que dicho requisito se transforme en una simple formalidad. Por esto quizás hubiere sido mejor que nuestro legislador se hubiera limitado a establecer, como lo hizo el legislador brasileño (art. 128, inc. II), el estado de gravidez, el consentimiento de la madre y la intervención de un médico (Delmanto, p. 217).

### **3 Terminología**

- 193 En cuanto al aborto eugenésico, son diversas las formas de referirse a los casos previstos en el inc. 2 del art. 120. Nosotros utilizamos la fórmula aborto eugenésico debido a que ha sido empleada en la exposición de motivos del Código (El Peruano, p. 11). Esta terminología es

relativamente incorrecta porque hace pensar que se trataría sea de una medida de orden demográfico, sea de un medio de profilaxis preventiva para ahorrar a una persona una vida de sufrimiento e indigna, socialmente no valiosa (En Alemania, donde se abusó de las razones eugenésicas, se prefiere hablar de "*genetische*", "*embryopatische*" o "*kindliche*" indicación: Eser, § 218a, n. 26; Koch, p. 122: cfr Lackner, § 218a, n. 13; Maurach/Schröder/Maiwald, § 6 III. n 21)

- 194 Los términos utilizados para mencionar el aborto sentimental son diversos. Además del utilizado en la exposición de motivos del Código y al que hemos recurrido, se emplean, igualmente, los de aborto ético, humanitario o criminológico (Peña, p. 229; Maurach/Schröder/Maiwald, § 6 III, n. 23; Lackner, § 218a, n. 16; Eser, § 218a, n. 33; Lorenzo, p. 128).

#### 4. Fundamento

- 195 En caso de la indicación eugenésica, el hecho que la madre se entere que el fruto de la concepción adolece de deformaciones físicas o perturbaciones síquicas, puede causarle intranquilidad, angustia o desesperación que ponga en peligro grave su salud mental. Situación que puede llevarla a rechazar el embarazo o empujarla hacia el suicidio. De ser este el caso, puede considerarse procedente un aborto terapéutico. No se trataría por tanto de un caso de aborto eugenésico) propiamente dicho (ver Arroyo. 1986, p. 58 ss). Si la perturbación mental impide que la madre comprenda el carácter ilícito de su acto o se determine de acuerdo con esta apreciación, estaremos ante una circunstancia de inimputabilidad.
- 196 En la doctrina alemana, considerando el texto del art 218a, inc. 2, n. 1 CP alemán, el aborto eugenésico) es considerado un caso de no exigibilidad de otra conducta: no se puede imponer, mediante amenaza, a la madre que soporte la pesada carga que representa un hijo minusválido (Dreher/Trondle, § 218a, n. 19 ss; Rudolphi, § 218a, n. 27; Koch, p. 122 ss; Eser, § 218a, n. 19 ss., Maurach/Schröder/Maiwald, § 6III, n. 21. En España, Muñoz Conde, p. 92; Romeo Casabona, p. 7; Bajo, p. 138. Así, lo ha admitido igualmente el Tribunal Constitucional español en sentencia n. 11/4/85, in FJ 11; Arroyo 1986, p. 57 ss.).
- 197 Jiménez de Asúa, hace muchos años, y Díez Rípollés, recientemente, coinciden en lo esencial cuando toman en cuenta la calidad de vida del nuevo ser Jiménez de Asúa (1984 p. 322) afirmaba que se trata de impedir "el nacimiento de infelices seres tarados con una enorme carga degenerativa". Díez Ripollés (p. 139 y ss.), por su parte, señala que se trata de escoger entre

"el interés social en la calidad de la vida independiente de todo ser humano que se dispone a nacer e integrarse en esa comunidad, y el interés social en asegurar la existencia a cualquiera de estos seres y en cualesquiera condiciones".

- 198 Resulta sin embargo más convincente considerar que el objetivo es, sobre todo, proteger la libertad de la mujer que resultará gravemente hipotecada por los esfuerzos y privaciones que implica criar y mantener un hijo física o mentalmente anormal. Ante este grave conflicto de intereses, nuestro legislador - a diferencia de otros - se pronuncia en favor de la vida embrionaria. Para no ser sancionada la mujer debe hipotecar su libertad. De lo contrario se hará merecedora de la sanción penal correspondiente, con todos los estigmas y desventajas que comporta tanto el proceso penal como la pena misma. En nuestra opinión esta exigencia es excesiva: no se puede razonablemente obligar a la madre, como a toda persona común y corriente, a que asuma tal sacrificio material y espiritual (Bustos, p. 66 y s; Laurenzo, p. 137).
- 199 En cuanto a la indicación criminológica, las opiniones divergen respecto al bien jurídico que debe ser considerado en conflicto con la vida del feto. Ante todo, es de descartar la libertad sexual de la mujer; pues este bien ya ha sido atacado por el autor de la violencia sexual al origen del embarazo que será interrumpido (Laurenzo, p. 130). En España, en base a un código diferente al nuestro, se ha mencionado también la intimidad y la honra de la mujer víctima de la agresión sexual (Ver: Landrove, 1976, p. 80 y ss., Bajo, p. 136). El criterio preferible es sin embargo el que considera el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad (Diez Ripollés, p. 147). Esta libertad es completada por la libertad de la mujer a escoger el padre biológico de su futuro hijo.
- 200 La violencia sexual de la que es víctima provoca en la mujer una grave perturbación personal que se agudiza en caso de resultar embarazada. Se trata de dos hechos que ella rechaza. Si el primero constituye una infracción penal; el segundo no comporta ninguna consecuencia penal para el violador. En este contexto, resulta inhumano e incoherente imponer a la mujer la conservación de un embarazo no querido y hacerle aceptar un hijo cuya presencia le recordará el acto traumatisante de la violencia sexual (En esta perspectiva, la doctrina alemana admite mayoritariamente que se trata de un caso de no exigibilidad de otra conducta: Eser, § 218a, n. 32 ss.; Koch, p. 130. En España, afirma este criterio Bajo, p. 136). De esta manera, se restringiría gravemente su libertad de maternidad. Esto es lo que ha hecho nuestro legislador al reprimir el aborto sentimental; prefiriendo así exigir a la mujer que se sacrifique en aras del feto

sino quiere sufrir las consecuencias de la represión penal (restricciones propias al proceso, publicidad del mismo, estigma de la pena...).

## 5. Calificación de las indicaciones

- 201 En el Proyecto de 1990, se optó por la impunidad parcial del aborto mediante la adopción incompleta del sistema de las indicaciones, en la medida en que se omitió la indicación social. Estos casos constituyen situaciones excepcionales caracterizadas por un conflicto particular de bienes, que es resuelto en favor de los intereses de la madre y en detrimento de la vida embrionaria. De donde se deduce que la penalidad del aborto, en esas circunstancias, no significa la aprobación directa de la interrupción del embarazo. La impunidad depende, justamente, de la ponderación global de los intereses en conflicto y que permitirá considerar lícito el comportamiento típico de matar el feto. En doctrina, no existe unanimidad respecto al por qué, en el sistema de las indicaciones, no se reprime la interrupción del embarazo cometida en dichas circunstancias.
- 202 Este problema es, en especial, intensamente discutido en Alemania. Sin embargo, la mayoría de los autores, más antes que ahora, considera las indicaciones como casos especiales de estado de necesidad - causa de justificación (Groop, p. 152; Schmidhäuser, p. 77, 93; Roxin, p. 226, 229; Koch, p. 17, 113; Eser, Vorbem §§ 218, n. 12; § 218a, n. 5 y s.; Rudolphi, § 218a, n. 1; Maurach/Schröder/Maiwald, § 6 III, n. y 15 s.). Las opiniones discrepan cuando se trata de determinar los intereses que el legislador ha tomado en cuenta para efectuar la ponderación. Una parte significativa de autores, rechaza sin embargo esta tesis considerando que constitucionalmente no es posible conceder una autorización general para destruir la vida humana (Dreher/Tröndle, Vor § 218, n. 9; Bosch, p. 262. En España, Díez Moreno, p. 154 y ss.). Algunos autores defienden la idea que los casos de las indicaciones constituyen circunstancias de exculpación fundadas en la no exigibilidad de otro comportamiento conforme a derecho: imposibilidad de exigir a la madre que salvaguarde la vida del feto cualquiera que sean las circunstancias (Dreher/Tröndle, Vor § 218, n. 9j; Wessels, BT I, p. 50; Devesa/Serrano, p. 97, respecto a la justificación del aborto eugenésico; ver: Portero, p. 86). Frente a estas dificultades y debido a la insuficiencia de los conceptos penales tradicionales, algunos autores buscan una solución fuera de este marco. Así, Kaufmann (p. 330 y ss.) afirma que las situaciones tomadas en consideración en el sistema de las indicaciones, debido al conflicto de bienes que suponen, son situaciones de necesidad de conciencia o existencial que se hayan fuera del ámbito del derecho. Por ende, el derecho no puede estatuir qué conducta se debe



practicar. En razón de esta circunstancia, se debe aceptar la decisión de la persona concernida (la madre) por tratarse de intereses altamente personales. Kaufmann (p. 342) concluye que, en esos casos, la comisión del aborto implica una situación caracterizada por el desvalor del resultado, pero sin que la acción merezca la misma calificación.

203 Esta diversidad de opiniones depende, sobre todo, de las convicciones diferentes que los autores tienen tanto sobre los problemas generales del derecho penal como sobre los específicos a la teoría del delito. Tal vez la dificultad aumenta debido a que se tiene la pretensión de dar una explicación única a la impunidad del aborto cometido en circunstancias tan diversas. Si el carácter justificante de la indicación terapéutica no representa mayores dificultades, dudas subsisten respecto a las demás indicaciones. Sin embargo, las opiniones concuerdan en la medida en que se admite que la exclusión de la pena se explica por el marcado debilitamiento del carácter ilícito de la acción cometida para evitar un daño o peligro grave para los bienes de la madre (vida, salud, libertad personal) (Eser, § 218a, n. 6; Laurenzo, p. 327 y ss.).

204 Ninguna de estas consideraciones han sido tomadas en cuenta por nuestro legislador. En su opinión, a pesar de las circunstancias excepcionales en que se interrumpe el embarazo, este acto merece una pena aunque atenuada. De las explicaciones presentadas anteriormente, resulta claro que el criterio de nuestro legislador no es correcto ni consecuente. Constatado el conflicto de bienes, la solución debe encontrarse en consideración a los fines perseguidos y a los criterios de política criminal referentes a la utilización prudente del derecho penal (*ultima ratio*). No basta partir de criterios apriorísticos como es el de afirmar la necesidad y la constitucionalidad de la protección absoluta de toda manifestación de vida humana. Por el contrario, si se admiten estos criterios absolutos, se debió establecer la represión del aborto culposo y prever penas severas en lugar de las previstas en el art. 120. Desde esta perspectiva, declarar ilícito el aborto cometido en esas circunstancias extremas con la finalidad de mejor proteger la vida y, al mismo tiempo, tratar los diversos casos casi como faltas constituye una actitud inconsecuente e hipócrita, además de incoherente en el dominio de la política criminal.

205 Ante esta situación, es de plantearse la cuestión de cómo debe ser interpretado y aplicado el art. 120, disposición altamente defectuosa debido a un error de técnica legislativa. Este error se debe a que el art. 120 del Proyecto de 1990, en el cual se preveía la impunidad del aborto terapéutico, sentimental y eugenésico, fue fraccionado en dos en el texto definitivo del Código. En la segunda disposición (art. 120), se reprodujo en parte los incisos 2 y 3 del art. 120 del Proyecto de 1990, pero se omitió la primera parte de esta disposición en la que se decía "el

aborto provocado por un médico". Teniendo en cuenta el origen y los antecedentes de la norma legal y sobre todo la finalidad que se persigue mediante la previsión de las indicaciones, cabría plantearse la reducción teleológica de la norma incriminadora. Así, el art. 120 debería ser comprendido dentro de la perspectiva del art. 119 que preve el aborto terapéutico. Lo que comportaría la aplicación de las exigencias previstas en esta disposición: intervención de un médico y consentimiento de la mujer. Sin que esto signifique la impunidad del responsable. Admitir lo contrario implicaría, sin embargo, no tomar seriamente en consideración la voluntad manifestada mediante la clara incriminación del aborto sentimental y del aborto eugenésico. El hecho que esta voluntad haya sido expresada de una manera defectuosa no es suficiente para negar la existencia de los dos nuevos tipos legales completados por la debida sanción penal. Resulta, por consiguiente, inevitable hacer frente a esta realidad y analizarla tirando todas la consecuencias de la nueva regulación.

206 Según el art. 120, los comportamientos descritos son ilícitos y punibles (aunque de manera atenuada). Su carácter contrario al derecho esta determinado por el hecho que sólo la vida o la salud de la madre han sido consideradas como más importantes que la vida del feto (impunidad del aborto terapéutico, art. 119). Este juicio negativo es sin embargo de poca intensidad, ya que la sanción prevista es la pena privativa de libertad no mayor de tres meses. Pena menos grave, por ejemplo, que la prevista para quien abandona a una mujer a la que ha embarazado y que se halla en situación crítica (art. 149: pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años y con sesenta a noventa días-multa).

207 Aun cuando nuestro legislador ha omitido fijar las condiciones en que se debe interrumpir el embarazo, como lo hace respecto al aborto terapéutico y lo hacía - en el art. 119 del Proyecto de 1990 - también en relación con el aborto eugenésico y el sentimental, se debe considerar que el agente debe respetar, al menos, las exigencias establecidas en el art. 119 del Código vigente; pues la omisión es el resultado de un simple error de técnica legislativa. De donde se desprende que la interrupción del embarazo debe ser practicada por un médico y con el consentimiento de la mujer.

## **6. Circunstancias comunes**

### ***6.a. Antijuricidad***

208 El hecho que nuestro legislador se haya limitado a considerar las indicaciones sentimental y eugenésica como circunstancias atenuantes en lugar de causas de impunidad, hace necesario preguntarse qué circunstancias de justificación pueden ser consideradas aplicables. El pro-

blema existe en la medida en que el conflicto de intereses se da entre la vida embrionaria y la libertad de la madre. Conflicto que ha sido resuelto - aunque incorrectamente - en favor de la primera; de modo que no podría admitirse la no exigibilidad de otro comportamiento como causa justificante porque, de lo contrario, el art. 120 resultaría siempre inaplicable.

### **6.b. Aspecto subjetivo**

209 El autor debe obrar dolosamente; en particular con conciencia plena de la situación particular en que actúa: estado del feto apreciado conforme el pronóstico médico previo o el hecho que el embarazo sea el resultado de una violación sexual y que ésta haya ido, al menos, denunciada ante la autoridad correspondiente. El dolo eventual es suficiente.

### **6.c. Intervención médica**

210 En razón a que esta disposición constituye, en realidad, un caso de interrupción no punible del embarazo que ha sido separado del artículo en que se regulaba también la indicación médica (art. 120 del Proyecto de 1990), es de admitir que sólo un médico puede ser el autor de la infracción. Esta interpretación encuentra sustento, de un lado, en los riesgos que implica la interrupción del embarazo y el objetivo de descartarlos para mejor proteger a la madre y, de otro lado, tanto en los modelos legislativos extranjeros y la doctrina que pueden haber sido tomados en consideración por nuestro legislador, como en el texto mismo de la ley. Así, por ejemplo, en ésta, se dispone, respecto a la indicación eugenésica, que es indispensable el diagnóstico médico previo sobre el probable daño grave que afecte al feto. Si para esta condición mínima la intervención médica es necesaria, con mayor razón lo es respecto al acto más grave de la interrupción del embarazo. Implícitamente y de manera incompleta lo supone, en cuanto al aborto sentimental, el requisito que la violación sexual haya sido al menos denunciada o investigada. Esto sitúa el caso dentro del marco de una actividad legal.

211 Dada la parquedad de la disposición comentada y, así mismo, debido a que tampoco lo establece el art. 119 respecto al aborto terapéutico, no se puede exigir que la interrupción del embarazo tenga lugar en un centro médico u hospitalario. Esta exigencia, en consideración al deficiente servicio sanitario de nuestro país, resulta tal vez excesiva. Lo mismo se puede decir respecto a la intervención de otro médico que debería limitarse a establecer el pronóstico exigido.

### **6.d. Consentimiento**

- 212 La ley guarda silencio sobre este punto, a diferencia de lo establecido respecto al aborto terapéutico. Resulta, sin embargo, difícil de imaginar que se haya considerado que la madre no deba ser consultada. Obrar contra su voluntad constituye una circunstancia que acentúa el carácter ilícito del comportamiento. Si se considera superfluo el consentimiento de la madre, en caso de aborto eugenésico, se debería concluir que el único fundamento de la atenuación de la pena es la integridad corporal o el estado de salud (física o mental) del feto. Lo que supondría que los intereses en conflicto son, de un lado, la vida embrionaria y, del otro lado, evitar el nacimiento de seres minusválidos o la carga social que representa su crianza y mantenimiento. Por el contrario, si se tiene en cuenta que el factor decisivo para la atenuación de la represión (para la impunidad, en el sistema de las indicaciones consagrado en leyes extranjeras) es la libertad de la madre para asumir todas las privaciones y sacrificios personales que implica la crianza de un hijo gravemente deficiente, resulta indispensable que ella exprese libremente su voluntad. Su dignidad de persona y su derecho a una maternidad responsable impiden que pueda imponérseles la interrupción del embarazo.
- 213 Para que el consentimiento sea válido debe reunir las mismas condiciones que las señaladas respecto al aborto terapéutico. En particular, ella debe ser suficientemente informada sobre el estado del fruto de la concepción y de las consecuencias que comportará el nacimiento del niño minusválido para su vida futura.
- 214 Lo mismo es de admitir en materia de aborto sentimental. El hecho que el embarazo sea el resultado de violación sexual no significa que la mujer siempre rechazará el embarazo resultante. Por sus concepciones éticas, morales o religiosas puede aceptar la posibilidad de dar a luz un niño que, según ella, no tiene nada que hacer con la manera como ha sido procreado. Una decisión de esta naturaleza no es sino la manifestación de la libertad de maternidad de la que es titular la mujer. El respeto indispensable de esta libertad hace inevitable que la mujer exprese su consentimiento válido respecto a la interrupción del embarazo.

## **7. Circunstancias particulares**

### **7.a. Graves taras físicas o psíquicas**

- 215 Tara significa estigma de decadencia o enfermedad. En patología, el estigma es una lesión orgánica o trastorno funcional, que indica enfermedad constitucional y hereditaria. Esta noción estrecha no es la que debe ser adoptada en la interpretación de la indicación eugenésica.

Además de las taras hereditarias, es de tomar en cuenta las deformaciones o trastornos fisiológicos o psíquicos provocados por influencias externas durante el embarazo; por ejemplo, el consumo de medicamentos (talidomida...) o de drogas (alcohol, tabaco, cocaína...), la exposición a radiaciones (rayos X), enfermedad de la madre, intervención quirúrgica deplorable, etc.

- 216 No debe tratarse de cualquier anormalidad. La ley la califica de grave (Según el Tribunal Constitucional español, "el término grave expresa, de un lado, la importancia y profundidad de la tara, y, de otro, su permanencia en el tiempo", citado por Rodríguez/Serrano, p. 101, nota 59). En caso de taras físicas, se puede tratar, por ejemplo, de la falta de las dos piernas, pero no sólo la falta de una mano. Como taras síquicas, es de mencionar la imbecilidad, la esquizofrenia. No debe tratarse, por consiguiente, de taras que puedan ser eliminadas mediante una intervención médica (labio leporino) o que no impidan al nuevo ser llevar una vida autónoma; no basta la posibilidad que perturbe su bienestar. Para apreciar la gravedad debe tenerse en cuenta las consecuencias que la tara tendrá probablemente sobre la libertad de la madre (Eser, § 218a, n. 27 y s.). La posibilidad que terceros (por ejemplo, un hospicio u centro especializado) puedan ocuparse del nacido con taras graves no es óbice para la aplicación de la disposición estudiada.
- 217 Esta circunstancia deberá ser determinada por un médico previamente a la interrupción del embarazo. El pronóstico no debe ser entendido en el sentido de la constatación indubitable de la tara y de su gravedad. Basta que el galeno, de acuerdo a criterios científicos y utilizando los medios técnicos a su alcance, pronostique como altamente probable que el nuevo ser nazca con graves taras (según el Tribunal Constitucional español, "el término 'probable' expresa la idea de razonable presunción de verdad, y responde..., a la presumible prudencia de los dictámenes médicos en los que los términos absolutos de seguridad y certeza suelen quedar excluidos, sin que en este caso la sustitución de un concepto jurídico indeterminado por otro, pudiera contribuir ... a una mayor precisión en el supuesto de hecho", citado por Rodríguez/Serrano, p. 101, nota 59). La predicción debe estar basada en elementos evidentes. No basta una simple presunción (Eser, § 218a, n. 24).
- 218 Mediante la ecografía, es posible determinar, tempranamente y sin peligro para el feto, la existencia de malformaciones: en la décima semana del embarazo, se puede saber si el embarazo es múltiple; así como la edad exacta del feto y la posibilidad de embarazo extrauterino. Hacia la vigésima semana, se pueden detectar las malformaciones más groseras y los órganos internos son visibles. Alrededor del sétimo mes, es posible precisar el crecimiento del feto y

su posición en el útero. El costo de la utilización de esta técnica impide, en los países desarrollados, su aplicación sistemática a toda mujer embarazada. En nuestro país, constituye un privilegio para una minoría.

### **7.b. Embarazo no deseado**

- 219 De acuerdo con el texto legal, el embarazo debe ser consecuencia de "violación sexual fuera de matrimonio" o de "inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio". Por violación sexual es de entender tanto la violación presunta (la mujer esta incapacitada de resistir por su estado personal: arts. 172 y 173) como la violación, simple o agravada, en la que la víctima, capaz de consentir válidamente, es sometida por la violencia (arts. 170, 171, y 174) (respecto a España, consultar Muñoz Conde, p. 91).
- 220 No entra en consideración la seducción (art. 175): la víctima, capaz de consentir, acepta tener relaciones sexuales con el seductor. Las falsas promesas de éste motivan su consentimiento viciado; pero ella asume, conscientemente, el riesgo del embarazo. La decepción amorosa posterior puede producirle, por ejemplo, un estado de desesperación o depresión. Esta circunstancia no es el factor decisivo para la atenuación de la pena y, además, el embarazo es, en buena cuenta, el resultado del ejercicio de su libertad de maternidad y de decidir con quien practicar el acto sexual.
- 221 La determinación de si el embarazo es el resultado de la violación debe hacerse teniendo en cuenta las circunstancias existentes en el momento de practicarse la interrupción del embarazo (desarrollo del feto en relación con la fecha en que se afirma tuvo lugar la violación sexual) (Lackner, art. 218a, n. 17). Es de estimar este requisito en términos de probabilidad y no de certeza (Muñoz Conde, p. 91; Bajo, p. 137). Si la mujer simula estar encinta por una violación imaginada, el médico que interrumpe el embarazo será un mero instrumento en manos de la mujer quien responderá, según el art. 114, como autor mediato (Lackner, art. 218a, n. 17).
- 222 La referencia a la inseminación artificial parece haber sido hecha siguiendo el modelo colombiano (art. 345 Código Penal de Colombia). La falta de consentimiento de la mujer permite equipararla, para los efectos del caso estudiado, con la violación. La relación causal entre el acto de inseminación y el embarazo es, en principio, más fácil de constatar que en caso de violación.
- 223 En cuanto a la exigencia que la violación o la inseminación artificial tengan lugar fuera de matrimonio, resulta difícil comprenderla. En caso de la violación es, por lo menos incoherente

de reprimir la violación aún dentro de matrimonio y, al mismo tiempo, considerar que el aborto sentimental sólo procede cuando la violación se produce fuera de matrimonio (Eser, § 218a, n. 34). Además, esta exigencia aparece como inconsecuente debido a que no se hace referencia al concubinato (mencionado en la Constitución, art. 5 y en el Código Civil, art. 326), a pesar de constituir un hecho social frecuente en nuestro país. Si, ahora, tanto el marido como el concubino violadores de su compañera son sancionados penalmente, no se comprende como sólo debe atenuarse la represión en relación con la concubina. Contraer matrimonio conforme a ley resulta así desventajoso. El criterio adoptado por el legislador, en el art. 120, inc. 1, es demasiado formal y, volvamos a repetirlo, incongruente con la regulación de la violación (art. 170) y el reconocimiento legal de ciertas consecuencias del concubinato. En la práctica, se trata de una supervivencia de la supremacía del marido en el matrimonio.

- 224 De esta manera, se niega la libertad de maternidad de la madre y se reconoce al marido la posibilidad de embarazar a su mujer contra la voluntad de ésta. El matrimonio no impone a la mujer el deber de procrear sea de manera natural o artificial. En ambos casos, la procreación debe constituir la manifestación de un acuerdo de voluntades de la pareja. La mujer siempre conserva la libertad de decidir si quiere o no ser embarazada.
- 225 Las repercusiones síquicas que puede producir el acto de violencia, debido quizás por la situación particular en que vive la pareja, podrían crear un riesgo grave para la salud mental de la mujer. Esto permitiría la interrupción del embarazo por razones terapéuticas.

## V. ABORTO IMPUNE (ART. 119)

### 1 Antecedentes legislativos

- 226 En el Proyecto de 1859, se disponía que las normas represivas del aborto "no comprenden la expulsión o extracción del feto en los casos en que sea necesario salvar la vida de la madre" (art. 282). Esta disposición resultaba sobre todo, necesaria porque entre las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal (art. 17) no figuraba la del estado de necesidad (lato sensu). El inciso sétimo de este artículo, se refería sólo a quien "por evitar un mal produce otro en la propiedad ajena", a condición que: (I) sea real el mal que se evita; (II) constituya un perjuicio mayor que el mal descartado y, por último, (III) la ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. A pesar de no incorporarse en el Código de 1863 una norma genérica del estado de necesidad, no se conservó el art. 282 del Proyecto de 1859.
- 227 El texto original del Código de 1924, art. 163, establecía que "no es reprimible el aborto practicado por un médico con consentimiento de la mujer encinta, si no hubiere otro medio de salvar la vida de la madre o de evitar en su salud un mal grave y permanente". Esta disposición fue modificada mediante el art. 21 del Código Sanitario. La modificación fue realizada en dos sentidos: primero, se señaló que el aborto terapéutico sólo era permitido "cuando existe prueba indubitable de daño en la salud con muerte del producto de la concepción o de la madre"; segundo, se exigió "la opinión de dos médicos que tratarán el caso en consulta". Además, en el mismo Código Sanitario (arts. 22 y 23), se prohibió el aborto terapéutico por consideraciones de orden moral, social o económico y la práctica del aborto como medio de control de la natalidad.
- 228 Por Decreto Legislativo n. 121, el art. 21 del Código Sanitario, fue modificado por considerarse errónea y excesiva la exigencia establecida respecto al peligro que se trataba de evitar con la práctica del aborto terapéutico. De acuerdo a la nueva regulación, el aborto era permitido "cuando es practicado por un médico con consentimiento de la mujer encinta y con la opinión previa de dos médicos que trataran el caso en consulta, si no hubiere otro medio de salvar la vida de la madre o de evitar en su salud un mal grave y permanente". De esta manera, se conservaba la exigencia de la intervención de dos médicos (ninguno de los cuales debía practicar el aborto) y se volvía a la fórmula más correcta que era de procedencia helvética.



Salvo la referencia al representante legal, la fórmula del Código vigente (art. 119) es igual a la del Código Penal derogado (art. 163) y del Proyecto de setiembre de 1984 (art. 127). En el Proyecto de octubre de 1984 (art. 119, inc. 1), se preveía el consentimiento de la mujer y se estatúa "con el fin de evitar un serio peligro para la vida o graves y permanentes consecuencias para la salud de la madre y este peligro no podía ser evitado por otros medios". Se alude, por primera vez, al representante legal en el Proyecto de 1985 (art. 123); además se hace referencia al "grave peligro para la vida o la salud de la gestante" y al hecho que "no pudo ser evitado". Este texto es repetido en el Proyecto de 1986 (art. 122). En cuanto a la descripción de la situación de urgencia, se vuelve al texto de 1924 en el Proyecto de 1990 (art. 120, inc. 1). En el Código vigente (art. 119) varía la técnica legislativa: el aborto terapéutico es permitido "cuando es practicado por un médico con 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"

## 2. Intervención médica

- 230 El único que puede practicar el aborto terapéutico es un médico diplomado. La ley no exige una determinada especialización del galeno (por ejemplo, ginecólogo o cirujano) (Roy, p. 284; Prado, p. 91; Peña, p. 218 y s.; Schöncke/Schröder, § 218, n. 26). La distinción que nuestro legislador hace entre médicos y obstetras, en el art. 117, no es correcta con relación a la regla que comentamos. Están excluidos los prácticos o cualquier otra persona dedicada a profesiones sanitarias (farmacéuticos, odontólogos, oculistas...), aun cuando contaren con los conocimientos y la práctica suficientes. Este requisito denota la preocupación del legislador por asegurar que la intervención se realice de manera adecuada. Así, se busca evitar los riesgos graves que comporta la práctica clandestina de abortos. Esto supone, evidentemente, que primero se resuelva el conflicto de intereses en favor de la vida o salud de la madre (Laurenzo, p. 127; ver Bustos, p. 65).
- 231 El requisito consistente en contar con la opinión favorable de dos médicos que hubieran tratado el caso en consulta fue establecido en el art. 21 del Código Sanitario, tanto en su versión original de 1969 como en la modificada de 1979. Estos debían pronunciarse sobre la necesidad y oportunidad de la interrupción del embarazo. Con esto, se trataba de evitar abusos. El médico que debía interrumpir el embarazo no podía ser ninguno de los dos que debían opinar respecto a la necesidad de la intervención. En el Código vigente, a semejanza del Código derogado, no se prevé esta exigencia. Su abolición puede explicarse, sobre todo, por una razón

práctica: la carencia de médicos y de establecimientos hospitalarios en amplias zonas del territorio nacional. Esta realidad era tomada en cuenta en el Proyecto de abril de 1986. En su art. 122, último párrafo, se condicionaba la exigencia de la intervención previa de dos médicos, mediante la fórmula "siempre que sea posible".

232 Sin duda alguna que dicha exigencia, por sí sola, no hubiera podido eliminar la eventualidad que se formen "equipos" de médicos que alternativamente y previo acuerdo, se roten en los papeles de "consultores" y de "practicantes del aborto". Por eso en otros países, más ricos que el nuestro, se ha establecido, con el objeto de controlar mejor el cumplimiento de dicho requisito, que la intervención médica tenga lugar en un centro hospitalario.

### 3. Necesidad del aborto

233 La interrupción del embarazo ha de ser el único medio para salvar la vida de la madre o evitar en su salud (física o psíquica) un mal grave y permanente (Roy, p. 283; Bramont p. 33; Peña, p. 221; Prado, p.91). Es decir, que no haya posibilidad de eliminar esta situación de peligro mediante un tratamiento médico apropiado para conservar el nuevo ser y alejar la situación de peligro surgida en relación con la vida y la salud de la mujer.

234 La fórmula "mal grave y permanente" para la salud debe ser comprendida en el sentido de lesión grave en el cuerpo o la salud (física o mental) de la madre, de acuerdo a la definición dada en el art. 121 (delito de lesiones graves). En España, la doctrina adopta sea la noción amplia de salud dada por la OMS (Bustos, p. 65 y s; Landrove, 1987, p. 221 y ss; Cuerda, p. 379), sea la noción estrecha admitida con relación al delito de lesiones (Diez Ripollés, p. 162; Cobo/Carbonell, p. 568). Esto se debe a que la ley española, a diferencia de la nuestra, sólo habla de salud, sin referencia a la naturaleza del mal (Laurenzo, p. 127 y s.). En el Brasil (art. 128, inc. I), el aborto necesario es impune sólo si no hay otro medio para salvar la vida de la gestante; no basta el peligro para su salud (Delmanto, p. 217).

235 El peligro no debe ser, necesariamente, inminente; al menos no en el sentido del art. 20, inc. 5, que prevé el estado de necesidad (causa de justificación o de inculpabilidad). Basta que se pronostique científicamente la posibilidad real del mal futuro que comporta la conservación del embarazo. De haberse requerido la presencia de un riesgo inminente, hubiera sido superflua la disposición referente al aborto terapéutico; porque se hubiera tratado de un caso de "estado de necesidad" (En España, Muñoz Conde, p. 90, sostiene que "debería elaborarse aquí

un criterio 'in dubio pro muliere' dejando que sea la mujer quien decida, una vez informada de la gravedad del caso").

- 236 La exigencia establecida en el texto original del art. 21 Código Sanitario, de aportar la "prueba indubitable de daño a la salud con muerte del producto de la concepción o de la madre" no constituyó sino un fallido intento para restringir el dominio de aplicación de la indicación médica. Para orientar a sus miembros en la aplicación del Código sanitario, el Colegio Médico del Perú emitió la Resolución CMP/CN-20, del 4 de noviembre de 1970. De acuerdo con los arts. 2 y 3, cada caso de aborto terapéutico debía decidirse por una Junta Médica de no menos de tres especialistas. Si se consideraba que era procedente, el aborto terapéutico debía efectuarse en un hospital o clínica oficialmente reconocida.
- 237 Por esto y vista la clara determinación en favor de la fórmula original del Código Penal, debemos afirmar que no es indispensable, para la no represión de la interrupción terapéutica del embarazo, comprobar en forma indubitable un daño en la salud de la madre que ocasionaría la muerte del feto o acarrearía la muerte de la propia madre (como lo exigía el art. 21 Código Sanitario).
- 238 Mediante la regulación del aborto terapéutico no se busca encasillar rígidamente la actividad profesional de los médicos. Se justifica en la medida en que es establecida "en interés de la seguridad jurídica y también para precisar, en la medida de lo posible, a lo que el médico tiene o no derecho de hacer en materia de la interrupción del embarazo" (Logoz, art. 120, n. 1).

#### **4. Consentimiento**

- 239 El requisito del consentimiento de la mujer constituye un elemento común a todos los casos admitidos en el sistema de las indicaciones. La no penalidad de quien práctica el aborto (por razones médicas, eugenésicas, criminológicas o sociales) requiere la aceptación voluntaria de la madre.
- 240 La índole y extensión del consentimiento deben ser comprendidas en el mismo sentido que el explicado con relación al aborto consentido (ver supra n. 152). La condición básica es que el consentimiento sea válido. Para esto, el presupuesto indispensable es que la mujer sea capaz de proporcionarlo; es decir, que no esté afectada, física o psíquicamente, de modo que le impida darse cuenta de la naturaleza de la situación o decidirse correctamente. Ese consentimiento no debe ser obtenido ni mediante coacción ni induciendo en error a la madre. El médi-

co o médicos deben explicar a la mujer, con claridad y precisión, la naturaleza de la complicación surgida en el embarazo y el riesgo que representa para su vida o su salud.

- 241 El consentimiento de la mujer no constituye el fundamento de la impunidad del aborto terapéutico. No se trata de una causa de justificación; pues nuestra ley no reconoce al consentimiento la eficacia de eliminar el carácter antijurídico de una acción que daña el bien jurídico vida. Desde esta perspectiva, la madre podría negarse a dar su consentimiento; sacrificándose a sí misma en beneficio del nuevo ser. Si bien no tiene la facultad de disponer de la vida embrionaria, si es titular del derecho a la maternidad como interés personalísimo (Jescheck, p. 159; Rudolphi, § 218a, n. 8; Díez Ripollés, p. 229; Lorenzo, p. 122 y s.). Soler (p. 111), resume bien esta situación diciendo: "En caso de peligro para la vida de la madre, la ley, para la cual la vida de ésta es más valiosa, puesto que no la sacrifica forzosamente a la del hijo, respeta, sin embargo, la decisión de aquella, su derecho, heroico si se quiere, a la maternidad y le reconoce a ella, y sólo a ella, el derecho de optar entre su propia vida y la de su hijo".
- 242 En todo caso, nos parece que en esta clase de situaciones debería tenerse en cuenta si la madre se encuentra en pleno dominio de su capacidad de discernimiento, natural y no civil. En caso contrario, el médico debe decidir, si lo tuviera, de acuerdo con el representante legal de la madre. Deben tomarse en cuenta todos los elementos que le permiten determinar cual es la voluntad presunta de la madre. Esta interpretación es correcta en la medida que considera el interés personalísimo de la madre que se encuentra en juego.
- 243 Ante la imposibilidad de obtener el consentimiento de la madre o de su representante legal, el médico deberá intervenir, de acuerdo con las normas legales y éticas de la profesión, de manera conforme a los intereses de la mujer. Es decir, actuar como si ésta le hubiera confiado su persona con miras a un tratamiento médico. Además deberá de tener en cuenta la opinión de los familiares más cercanos que tuviera la mujer (padres, marido...). Su intervención podría ser amparada, según las circunstancias, por las reglas sobre el estado de necesidad o el cumplimiento de un deber de profesión de acuerdo a las reglas del arte de curar (ver Hurtado, 1987, p. 389). No basta invocar el cumplimiento de un deber de profesión.

# BIBLIOGRAFÍA

Las citas son realizadas de la siguiente manera: a) En general, sólo se indica el apellido del autor y el número de la página o del párrafo; b) Si se han consultado dos o más trabajos del mismo autor, se agrega el año de la publicación.

ALZAMORA, ROMÁN, *Historia del Derecho Peruano, Primera parte, El Imperio*; revisada y anotada por Lizardo Alzamora Silva, Lima, 1949.

ANTOLISEI, FRANCESCO, *Diritto Penale*, Parte speciale, t. II, 9a. ed., Milano, 1986.

ANTÓN ONECA, JOSÉ, *Derecho Penal*, 2a. ed., Madrid, 1986.

ARROYO ZAPATERO, LUIS, *La indicación eugenésica*, in Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1986, n. 11, p. 55 y ss.

*La problemática constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo*, in El aborto. Un tema para debate, Madrid, 1982, p. 62 y ss.

*Prohibición del aborto y Constitución*, in Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1986, n. 3, 1980.

ARZT, GÜNTHER/WEBER, ULRICH, *Strafrecht. Besonderer Teil LH 1: Delikte gegen die Person*, 3a. ed., Bielfeld, 1988.

AVENDAÑO, LEÓNIDAS, *La reforma de la legislación penal, Parte especial: Estudio crítico forense del nuevo Código Penal del Perú*, in RF 1924, p. 248 y ss.

BACIGALUPO, ENRIQUE, *Los delitos de homicidio en el derecho vigente y en el futuro Código Penal*, in Documentación Jurídica, vol. 1, Madrid 1983, p. 319 y ss.

BAJO FERNANDEZ, MIGUEL, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas*. Madrid, 1986.

BARBERO SANTOS, MARINO, *Estado actual de la problemática del aborto en Europa Occidental*, in Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, 1985, t. VII, n. 12.

BARREDA LAOS, FELIPE, *Vida intelectual del Virreynato del Perú*, Lima, 1964.

- BARTH, HERMANN, *Es gibt Grenzen des rechtlich Erzwingbaren - Zur Position der evangelischen Kirche zum Schwangerschaftsabbruch*, in Andrea Hanner/Elke Reichart (editoras), § 218 *Zur aktuellen Diskussion*, München 1992, p. 92 y ss.
- BASADRE AYULO, JORGE, *Consideraciones sobre Derecho Indiano*, in *Ius et Praxis*, n. 17, Lima, 1991, p. 268 y ss.
- BAUMANN, JÜRGEN, *Schutz des werdenden lebens - notwendig, aber wie?*, in Baumann, Jürgen, *Abtreibungsverbot des § 218 StGB*, 1971, p. 15 y ss.
- BLAYO, CHANTAL, *L'avortement legal en France*, in *Problèmes politiques et sociaux*, La documentation française n. 520, Paris octubre 1985, p. 12.
- BLEI, HERMANN, *Strafrecht II. Besonderer Teil. 11a. ed.* München, 1978.
- BOCKELMANN, PAUL, *Das Problem von Zulässigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung*, in *Universitätstage 1964. Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jahrhundert und Strafrechtsreform*, Berlín, 1964.
- BRAMONT ARIAS, LUIS, *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*, in Bramont Arias, Luis, *Temas de Derecho Penal*, t. 2, Lima, 1988.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal español*, Parte Especial, Barcelona, 1986.
- CARITAS, Dossier. *Les femmes assurent la survie*, in Caritas, *Le Journal* 6/93, Lucerne diciembre 1993.
- CEREZO MIR, JOSÉ, *La regulación del aborto en el Proyecto de nuevo Código Penal español*, in *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, 1993, p. 48 y ss.
- COBO DEL ROSAL y otros, *Derecho penal*, Parte especial, 2a. ed., Valencia, 1988.
- COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *El aborto en el Código Penal español*, in *Homenaje al Prof. Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989, p. 671 y ss.
- CONGREGATION POUR LA DOCTRINE ET LA FOI, *Instructions sur le respect de la vie humaine naissante et la dignité de la procréation. Réponses á quelques questions d'actualité.* 27 de febrero de 1987. Paris s/f.

*Déclaration sur l'avortement provoqué*, in *Documentation catholique* 65 (1974), p. 1068 y ss.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 30 septembre 1974 relatif á une loi fédérale sur la protection de la grossesse, ainsi qu'au nouveau régime de répression de la l'interruption de la grossesse et rapport sur l'initiative populaire ainsi que sur l'initiative du cantón de Neuchâtel concernant la décriminalisation de l'avortement, *Feuille Fédérale* 1983, t. II/I, p. 706 y ss.

CORNEJO, ÁNGEL GUSTAVO/PLACIDO GALINDO, *Proyecto de Código Penal*, presentado por la comisión parlamentaria nombrada conforme a la Ley n. 5168, Lima, 1928.

CORTE SUPERIOR de Justicia de Lima, *Jurisprudencia Penal*, t. I y II: Lima 1988; t. III: Lima 1990.

CUERDA RIEZU, ANTONIO, *El delito de aborto ante la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal*, in *Documentación jurídica*, vol. 1, Madrid, 1983, p. 341 y ss.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, FRANÇOISE, *Avortement (Interruption volontaire de la grossesse)*, in *Juris-Classeur Dalloz*, puesta al día el 31 de agosto de 1986, n. 2.

DELEURY, E., *Naissance et mort de la personne humaine ou la confrontation de la médecine et du droit*, in *Les Cahiers de droit*, p. 265 y ss., Quebec, 1976.

DHREHER, EDUARD/TRÖNDLE, HERBERT, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 45a. ed., München, 1991.

DIEZ MORENO, F., *El proyecto de Ley del aborto desde la perspectiva constitucional*, in *En defensa de la vida*, Madrid, 1993, p. 149 ss.

DIEZ RIPOLLEZ, JOSÉ LUIS, *La reforma del delito de aborto*. Comentarios a la legislación penal, t. LX, Madrid, 1989.

DIRECCIÓN DE DEMOGRAFÍA del Instituto Nacional de Estadística, *Boletín* n. 5, Lima, 1981.

DREHER, EDUARD/TRÖNDLE, HERBERT, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen*, 43a. ed., 1986.

EPISCOPADO PERUANO, *Familia y Población: Reflexiones pastorales*. Documento del 19 de marzo de 1974. Lima.

ESER, ALBIN, in Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24a. ed., München 1991.

FERNANDEZ DAVILA, GUILLERMO, *El delito de aborto*, Lima, 1926.

FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS, *La protección jurídica de la persona*, Lima 1992.

*Derecho y persona*, Lima 1990.

FRANKOWSKY, J., in Frankowsky/Cole, *Abortion and Protection of the Human Fetus Problems in a Cross-Cultural Perspective*, Boston, Lancaster, 1987

GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique du droit penal française*, t. V, 3a. ed., París, 1924.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Por un aborto libre*, in *Estudios de Derecho Penal*, 2a. ed., Madrid, 1981, p. 37 y ss.

GOLT, JÜRGEN/ADAMS, NORMA, *Los caballos de Troya de los invasores. Estrategias campesinas en la conquista de la gran Lima*, Lima, 1987

GRAVEN, JEAN, *L'avortement licite' ou la réglementation de l'interruption non punissable de la grossesse' en droit pénal suisse*, in *Revue Pénale Suisse* 67 (1952), p. 62 y ss., 124 y ss.

GROOP, WALTER, *Der straflose Schwangerschaftsabbruch*, Tübingen, 1981.

GUERRERO DE LOS RÍOS, RAÚL/SÁNCHEZ LEÓN, ABELARDO, *La trampa urbana. Ideología y problemas urbanos, El caso de Lima*, Lima, 1977.

HAFTER, ERNST, *Schweizerisches Strafrecht*, Besonderer Teil I, Berlín, 1937.

HALL, F., *Informe*. Publicado por el Centro de estudios: Población y Desarrollo. Lima, 1965

HESSMANN, JOACHIM/MARTY, DICK, *L'avortement aux Etats Unis: un crime de moins?* in *Revue internationale de criminologie et police technique* 1973, p. 379 y ss.

HOFFMANN, DIETRICH (editor), *Aktuelle Ueberlegungen zur Reform des § 218*, Frankfurt a. M., 1974.

HURTADO POZO, JOSÉ, *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*, Lima, 1979.

*Manual de Derecho Penal*, Parte especial I, Homicidio y aborto, Lima, 1982.



*Manual de Derecho Penal*, Parte General, 2a. ed., Lima, 1987.

*Manual de Derecho Penal*, Parte especial 1, Homicidio, Lima, 1993.

IGLESIA CATÓLICA PERUANA, *Declaración sobre el aborto*, Lima, 1975

IGLESIAS DE USSEL, JULIO, *El aborto: un estudio sociológico sobre el caso español*. Centro de Investigaciones sociológicas, Madrid, 1979.

INSTITUTO NACIONAL de Estadística e Informática. Comisión Multisectorial de *Estadística de la Criminalidad, Perú: Estadísticas de la Criminalidad: 1960-92*, Lima, 1992.

JUAN-PABLO II, *La splendeur de la vérité*. Lettre encyclique Veritatis Splendor (del 6 de agosto de 1993). Mesnil-sur-l'Estrée, 1993.

*Carta apostólica del Familiaris consortio*, del 15 de diciembre de 1981

*Lettres aux familles* du 22 février 1994, avec préface de Mgr. Jacques Jullien, Plon-Mame, Paris, 1994.

JEROUSCHECK, GÜNTHER, *Unter anderen Umständen. Zur Geschichte der Abtreibung*, Berlin, 1993

JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal*, Traducción de Santiago Mir Puig/Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1981.

JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS, *El aborto y su impunidad*, in Revista Jurídica La Ley, t. 26, Buenos Aires, 1942, p. 977 y ss.

*Libertad de amar y derecho de morir*, 7a. ed., Buenos Aires, 1984.

*Tratado de Derecho Penal*, t. III, Buenos Aires, 1958.

KAISER, GÜNTER, *Aspectos criminológicos y político-criminales de la interrupción del embarazo*, in Estudios de Derecho penal y Criminología, Libro homenaje a Rodríguez Devesa, t.I, Madrid, 1989, p. 433 y ss.

KAMMER DER EVANGELISCHEN KIRCHE in Deutschland für kirchlichen Entwicklungsdienst, *Weltbevölkerungswachstum als Herausforderung an die Kirchen*, 19 de julio de 1984.

- KAUFMANN, ARTHUR, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung. Darstellung am Problem des Schwangerschaftsabbruchs*, in Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe, 1972, p. 327 y ss.
- KOCH, HANS-GEORG, *Landesbericht Bundesrepublik Deutschland*, in Eser, Albín/Koch, Georg, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, t.I, Europa, Baden-Baden, 1988, p. 17 y ss.
- LACKNER, KARL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 19a. ed., München, 1991.
- LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Política criminal del aborto*, Barcelona, 1976.
- La tímida despenalización del aborto en España*, in Estudios penales y criminológicos, t. X, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 1987, p. 187 y ss.
- LAURENZO COPELLO, PATRICIA, *El aborto no punible (El art. 417 bis del Código Penal)*, Barcelona, 1990.
- LAY, HANS-WERNER, *Zum Begriff der Leibesfrucht in 218 StGB*, in JZ 25 (1970), p. 465 y ss.
- Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar (LK)*, t. 2 (§§ 80 - 262), 9a. ed., Berlín, New York, 1974.
- LEMA, LINDA, *Las mujeres del 90*, in *Mujer y Sociedad*, n. 3, junio de 1981.
- LEVENE, RICARDO, *Derecho penal indiano*, in *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1945, p. 415 y ss.
- LOGOZ, PAUL, *Commentaire du Code penal suisse, Partie spéciale*, t. I, Neuchâtel, Paris, 1939.
- LOPEZ-REY Y ARROJO, MANUEL, *El delito de aborto en España y en América Latina*, in *Boletín del Instituto de Derecho comparado*, 1964, p. 31 y ss.
- LÜDERSSEN, KLAUS, *Strafrecht und "Dunkelziffer"*, in Klaus Lüderssen /Fritz Sack (editores), *Seminar: Abweichendes Verhalten, I Die Selektiven Normen der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1974, p. 244 y ss.
- LÜTTGER, HANS, *Der Beginn des Lebens und das Strafrecht*, in JR 1969

- LUZON PEÑA, DIEGO, *Indicaciones y causas de justificación el aborto: requisitos generales*, in Homenaje al Prof. Antonio Beristain, San Sebastián, 1989, p. 779 y ss.
- MACERA, PABLO, *Trabajos de Historia*, t. 3, Lima, 1977.
- MANZINI, VICENZO, *Trattato di diritto penale italiano*, 5a. ed., t. VII, Torino, 1984.
- MATOS MAR, JOSÉ, *Desborde popular y crisis del Estado. El nuevo rostro del Perú en la década de 1980*, 6a. ed., Lima, 1987.
- MAURACH, REINHART/SCHRÖDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN/MAIWALD, MANFRED, *Strafrecht, Besonderer Teil*, t. 1, *Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, 7a. ed., Heidelberg, 1988.
- MERLE, ROGER/VITU, ANDRE, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial* par André Vitu, Paris, 1988.
- MINKOWSKI, ALEXANDRE, *L'art de naître*, Paris 1987.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte Especial*, 9a. ed., Valencia, 1993.
- NUÑEZ, RICARDO, *Derecho Penal Argentino*, t. III, Buenos Aires, 1965.
- PABLO VI, *Enciclique Humanae Vitae*, du 25 septembre 1968, AAS 60 (1968) p. 488.
- PEÑA CABRERA, RAÚL, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial I. De acuerdo al nuevo Código Penal*. Lima 1992.
- PODER JUDICIAL. Consejo Ejecutivo, *Indicadores estadísticos. Sistema Judicial. Estudio elaborado por el Instituto APOYO por encargo de la Agencia Internacional para el Desarrollo de los Estados Unidos*. Lima, mayo de 1993.
- PORRAS BARRENECHEA, RAÚL, *Fuentes Históricas Peruanas*, Lima, 1955.
- PORTERO GARCÍA, LUIS, *¿Es inconstitucional el aborto?*, in *Revista del Poder Judicial*, n. 3,1092, p. 496 y ss.
- PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR, *Política Criminal Peruana. Aborto. Anticonceptivos. Drogas. Delitos sexuales. Reforma penal*, Lima, 1985.

- PREMIÈRE COMMISSION D'EXPERTS, *Procès-verbal des délibérations (Verhandlungen der von dem Eidgenössischen Justiz- und Polizei-departamente einberufenen Expertekommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch)*, t.I, II, Bern, 1894.
- QUERELAT, JOAN J., *Derecho Penal español, Parte Especial*, t. 1, Barcelona, 1986.
- QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t.1,2a. e., Madrid, 1972.
- RAT DER EVANGELISCHEN KIRCHE in Deutschland, *Erklärung vom 20. Juni 1991*, in In besonderer Gemeinschaft, EKD-Texte 26, 2a. ed., Hannover 1991.
- REHBERG, JÖRG, *Gründriss, Strafrecht III: Delikte gegen den Einzelnen*, 5a. ed., Zürich, 1990.
- RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 15a. ed., Madrid, 1992.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, *Consideraciones generales sobre la exclusión de la anti-juricidad*, in Homenaje a Antón Oneca, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 509 y ss.
- Derecho a la vida*, in La despenalización del aborto, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1983. p. 299 y ss.
- ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, *El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídico-penales*, in La Ley de 10.07.1987.
- ROSTAND, JEAN, in: Association "Chosir", p. 130
- ROXIN, CLAUS, *Der Minderheitsvorschlag des Alternativentwurf*, in Baumann, Jürgen, *Das Abtreibungsverbot des § 218 StGB*, Berlín, 1971.
- Entwicklung und gesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs*, in Juristische Arbeitsblätter 1981, p. 226 ss.
- ROY FREVRE, LUIS, *Derecho Penal, Parte Especial*, t.1, *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Delitos contra el honor*. 2a. edición, Lima, 1986.

- RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, in Rudolphi/Horn/Samson/Schreiber, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (SK), t. 2, Besonderer Teil, 4a. ed., Frankfurt, 1988.
- SÁNCHEZ-ALBORNOZ, NICOLÁS, *La población en América Latina, 1850-1930*, in Leslie Bethel (ed.), *Historia de la América Latina*, t. 7, p. 106 yss.
- SCHUBARTH, MARTIN, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht*, Besonderer Teil, t.1, Bern, 1982.
- SCHWANDER, VITAL, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 2a. ed., Zürich, 1964.
- SIMSON, GERHARD/ GEERDS, FRIDRICH, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*, München, 1969.
- SOLER, SEBASTIAN, *Derecho Penal Argentino*, Parte Especial, t. 3, Buenos Aires, 1963.
- SOTO, HERNANDO DE, en colaboración con E. Ghersi y M. Bhibellini, *El otro sendero, La Revolución Informal*. 3a. ed., Lima, 1988.
- STEFANI, GASTÓN/LEVASSEUR, GEORGES/BOULOC, BERNARD, *Droit pénal général*, 13a. ed., París, 1987.
- STEINER, UDO, *La controversia constitucional en Alemania sobre la regulación penal del aborto - I*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 37, Madrid, 1993.
- STRATENWERTH, GÜNTER, *Schweizerisches Strafrecht*, Besonderer Teil I, 4a. ed., Bern, 1993.
- STUKENBROCK, KARIN, in Hauner/Reichart (editores), § 218. *Zur aktuellen Diskussion*. München, 1992, p. 11 y ss.
- THORMANN, PHILIPP/VON OVERBECK, ALFRED, *Schwiezerisches Strafgesetzbuch*, t. II, Besonderer Teil, Zürich, 1941.
- TRECHSEL, STEPHAN, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, Zürich, 1993 (reimpresión).
- TRIMBORN, HERMANN, *El delito en las altas culturas americanas*, Lima, 1968.
- VALCARCEL, LUIS E., *Historia del Perú Antiguo*, t. II, Lima, 1971.

- VARGAS, JAVIER, *Historia del Derecho Peruano, Parte General y Derecho Incaico*. Lima, 1993.
- VEGA-CENTENO, MIGUEL y otros, *Violencia estructural en el Perú. Economía*, APEP, Lima, 1990.
- VERA VILCHEZ, PEDRO y otros, *Ley y población en el Perú. Centro de estudios de población y desarrollo*. Lima, 1979
- VERGARA, RICARDO, *Población y desarrollo capitalista*, Lima, 1982.
- VICENTE REMESAL, JAVIER DE, *El grave peligro para la salud de la madre en la nueva ley del aborto*, in *La Ley* 1985-3, p. 1038 y ss.
- VIDAURRE, LORENZO, *Proyecto de Código Penal*, Boston, 1828.
- VIVES ANTÓN, TOMAS, *Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido*, in *REDC*, año 5, n. 15, 1985, p. 121 y ss.
- WEIGEND, THOMAS, *Entwicklung und Tendenzen der Kriminalpolitik in den U.S.A.*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1978 (90).
- WESSELS, JOHANNES, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 10a. ed., Heidelberg, 1986.
- ZAFFARONI, RAÚL, *Política Criminal Latinoamericana. Perspectivas. Disyuntivas*. Buenos Aires, 1982.
- ZÜRCHER, EMIL, *Exposé de motifs de l'Avant-projet d'avril 1908*, traducido del alemán por Alfred Gauthier, Berne, 1914.