



UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

TESIS

**LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EUGENESICO EN
CASOS DE EMBARAZOS CON MALFORMACIONES O
TARAS INCOMPATIBLES PARA LA VIDA EN EL PERU,
2015**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

TESISTA:

Bach. ROJAS PULIDO, Jerson Alain

ASESOR:

MG. AGUIRRE SOTO, Luis Feliciano

**HUÁNUCO-PERÚ
2016**

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación,
lo dedico:

- A Dios; que sin el nada somos ni podemos nada.
- A mi señor padre que en paz descanse y a mi señora madre.

AGRADECIMIENTO

A los docentes de la facultad de Derecho de la UDH; y a mi asesor de tesis, por sus instrucciones y colaboración permanente para la consecución de mi carrera y la realización del presente trabajo de investigación.

El investigador

Portada	
Dedicatoria	
Agradecimiento	
Índice	
Resumen	
Introducción	

CAPITULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema	09
1.2. Formulación del problema	11
1.3. Objetivo general	12
1.4. Objetivo específico	12
1.5. Justificación de la investigación	14
1.6. Limitación de la investigación	14
1.7. Viabilidad de la investigación	15

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1 Antecedentes de la investigación	16
2.2 Bases teóricas	23
2.3 Definiciones conceptuales	24
2.4 Hipótesis	25
2.5 Variables	25
2.5.1. Variable descriptiva	25
2.6 Operacionalización de variables	26

CAPITULO III

MATERIALES Y METODOS

3.1 Método y diseño	41
3.1.1. Método de investigación	41
3.1.2. Diseño de investigación	41
3.2 Tipo y nivel de investigación	42
3.2.1. Tipo	42
3.2.2. Nivel de Investigación	42
3.3 Población y muestra	43
3.4 Técnicas e instrumentos de investigación	43
3.4.1. Para la recolección de datos	44

3.4.2. Para la presentación de datos	43
3.4.3. Para el análisis e interpretación de los datos	44

CAPITULO IV

RESULTADOS

4.1 Procesamiento de datos	45
----------------------------	----

CAPITULO V

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1 Contrastación de los resultados los referentes bibliográficos	56
5.2 Presentar contrastación de la hipótesis general	65

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 Conclusiones	68
6.2 Recomendaciones	70

CAPITULO VII

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Referencias bibliográficas	71
Anexos	
• Matriz de consistencia	(Anexo 01)
• Ficha de encuesta	(Anexo 02)

Resumen

En el presente trabajo se enfoca a la investigación y estudio del marco jurídico y legal para la despenalización del aborto eugenésico en el Perú en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida. Hoy en día nos vemos cada vez más y con más frecuencia frente a este tipo de situaciones, debido a la especialización de la ciencia médica, que nos permite estar ante nuevas situaciones, que puedan implicar acciones que vulneren nuestro marco legal actual, por parte de las madres portadoras por este tipo de embarazo.

Es así que tras una evaluación minuciosa de bibliografía, jurisprudencia y publicaciones al respecto hemos podido encontrar algunos autores entre los que destacan de Asua, Jiménez quien considera que el aborto eugenésico debe practicarse de acuerdo con los conocimientos médicos; González de León Deyanira quien en su obra el aborto en México concluye que las soluciones a los problemas que plantea el aborto van más allá de las reformas legislativas; Sandoval quien concluye que el Perú es el país latinoamericano con mayor número de abortos; Casabona Romeo plantea al aborto eugenésico como causa de justificación para la realización del mismo; el aborto se encuentra entre el conflicto de intereses entre la vida del concebido y la madre a la que no se le puede exigir que se haga cargo de un niño con tan graves anomalías. Es así que algunos autores nos presentan el respaldo y marco conceptual suficiente para sustentar nuestra investigación. En cuanto a las publicaciones científicas estas cada vez presentan una mayor especialización, permitiéndonos contar con instrumentos de diagnóstico más seguros y confiables.

En cuanto a los materiales y métodos en el presente trabajo se realizó un tipo de investigación descriptivo correlacional. Se llevó a cabo un diseño de investigación no experimental, transversal, exploratoria y descriptivo. Se consideró como universo de muestra al distrito judicial de Lima Norte, localidad de Los Olivos. La muestra estuvo conformada por los antecedentes jurídicos y observación de casos en los juzgados penales de Lima Norte. Se utilizó como unidad de análisis fuentes documentales, encuestas y entrevistas de profundidad a expertos en la materia tales como magistrados, fiscales, jueces, abogados y

población en general. El método de investigación que ha sido utilizado es: método deductivo, histórico, descriptivo, dogmático, exegético, sistemático, comparado, argumentativo, interpretativo y estadístico. En la investigación realizada la encuesta con preguntas debidamente relacionadas con los objetivos y con el problema de investigación.

Tras la aplicación de la encuesta y la elaboración de las tablas correspondientes se obtuvo como resultado que la mayoría de personas encuestada consideraban acertado el hecho que en nuestro código penal se tipifique la figura del aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida, considera conveniente despenalizar el tipo penal de aborto eugenésico en aquellos casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida, considera que la despenalización de este tipo de aborto en particular no trae como consecuencia la afectación de los derechos fundamentales, cree que nuestro código penal no ha tomado en cuenta la repercusión que genera en la mujer el hecho de mantener el embarazo conociendo que el feto presentara malformaciones o taras incompatibles con la vida, considera que nuestro código penal no protege a la gestante en su salud psicoafectiva al tipificar la figura de aborto eugenésico, no aprueba la práctica médica de un aborto eugenésico en aquellos casos en donde la gestante presenta un feto con malformaciones o taras incompatibles con la vida, considera prudente dejar a decisión de la madre gestante el continuar o no con su embarazo aun conociendo medicamente que el fruto de la concepción presenta malformaciones o taras incompatibles con la vida.

En conclusión en nuestro presente trabajo se ha demostrado que es necesaria la despenalización del aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida, ya que esta práctica no vulnera los derechos fundamentales de la persona, por el contrario el hecho de mantener este tipo de embarazos puede afectar a la madre en su salud física y psicoafectiva, por lo que se hace necesario brindar el respaldo legal para la madre y la práctica médica ante este tipo de embarazos, todo lo expuesto en el contexto de libertad de decisión por parte de la gestante.

El investigador

Introducción

El presente trabajo de Investigación intitulado “La despenalización del aborto Eugénico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles para la vida en el Perú, 2015.”

Este informe de tesis trata de responderse a la pregunta si ¿Resulta acertado que nuestro código penal mantenga la tipificación del aborto eugenésico en los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida?. Ante este cuestionamiento nos planteamos el objetivo de revisar y establecer la vigencia de las consideraciones en los casos de tipificación del aborto eugenésico ante embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida, frente a aquellas madres que cuenten con estudios modernos y diagnóstico preciso que avalen desde el punto de vista de salud materno fetal la necesidad de realizarse un aborto eugenésico.

Para ello se expone un vasto fundamento teórico e histórico asimismo revisa los casos publicados y teniendo en cuenta la variada legislación a la que aludíamos, el aborto ha sido tenido en cuenta tanto en una forma positiva como en una negativa por todas las civilizaciones a lo largo de la historia de la humanidad.

En el Capítulo I presentamos como punto de partida la problemática observada en por ello se plantea el problema, se formula los objetivos, la justificación, y los aportes que se pretende establecer.

En el Capítulo II, denominado Marco Teórico, presentamos los antecedentes del estudio y los planteamientos teóricos propiamente dichos, estos fundamentos teóricos parte de un análisis normativo, las mismas que permiten formular las hipótesis.

En el Capítulo III encontraremos los materiales y métodos a, las técnicas e instrumentos a utilizados, ello comprende el nivel y tipo los método de investigación, aquí también se identifican las variables e indicadores, precisándose la población y muestra.

El Capítulo IV, lo constituye los resultados que se presentan en cuadros y gráficos y finalmente en el Capítulo V, presentamos la discusión de los resultados para finalizar con las conclusiones y sugerencias junto con las referencias bibliográficas utilizadas y finalmente los anexos con la matriz de consistencia y los instrumentos de investigación.

El investigador.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción del problema.

Un gran sector de la población quiere despenalizar el aborto, el otro sector elevar más las penas porque como sabemos, no hay una pena privativa efectiva.

En las últimas tres décadas, la legislación sobre el aborto inducido ha sido objeto de cambios en casi todos los países, con una tendencia general cada vez menos restrictiva.

Algunos países que antes sólo permitían el aborto cuando era necesario para salvar la vida de la mujer, han modificado su marco legal para incluir motivos eugenésicos, económicos o sociales, y así sucesivamente.

Buscamos estadística sobre el tema de aborto para encontrar cifras lejanas a la realidad. Trazamos, al menos desprolijamente, un bosquejo del fenómeno del aborto en nuestro país y resultó una cruzada casi destinada al fracaso: la ausencia de estadísticas actualizadas que permitan dimensionar con precisión su alcance se presenta como el principal escollo.

Ocurre que los datos que existieron no reflejan las cifras reales de las interrupciones intencionales de los embarazos y sólo es posible acercarse a algún indicador a través del registro de las situaciones en las que el intento se complica y obliga a la mujer a recurrir a las instituciones de salud para salvar su vida. El resto de las intervenciones que no derivan en cuadros infecciosos o hemorragias simplemente permanece en el terreno de las presunciones y son difíciles de cuantificar.

En este caso nuestra propuesta giró por una especial forma de aborto como es el aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida.

El aborto eugenésico es aquel que se realiza con la intención de eliminar el feto, cuando se puede predecir con probabilidad o certeza que nacerá con un defecto o enfermedad.

Como se da en los caso de fetos anencefálicos y acefálicos donde se puede producir que el feto muera dentro del vientre, o que muera al nacer o inmediatamente después de nacer. Lo que se pretendió hacer es “resguardar” a la mujer gestante, despenalizando el aborto cuando presenta un embarazo donde exista un diagnóstico médico con probabilidad de que dicho producto nacerá con un defecto o enfermedad que sean incompatibles con la vida y junto a ello, traigan consigo consecuencias de trastornos psicológicos para la gestante.

Nuestro código penal regula en el artículo 120 lo siguiente: *“El Aborto será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres meses: 1.- Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio, o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio, siempre que los hechos hubieran sido denunciados, o investigados cuando menos policialmente; o 2.- Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”*.

Asimismo tal como consta en la constitución política del Perú regulado en su artículo 2 se hace mención del derecho a la libertad de decisión de cada persona. Como ya sabemos nuestra libertad de decisión es un derecho que

debemos asumir con responsabilidad y por lo tanto implica seguir las reglas establecidas, que nos protegen y nos dan un orden, para que podamos disfrutar de nuestra vida, respetando nuestros valores y dignidad como personas, promoviendo el progreso social, elevando nuestro nivel de vida, dentro de un marco de libertad, justicia, igualdad y paz.

Por lo tanto, consideramos que la penalización del aborto es otra forma de discriminación a la mujer, combatir esa forma de discriminación velada, oculta, escamoteada por la maraña de los prejuicios y de los intereses creados, significa no sólo luchar por la emancipación de la mujer, sino batallar sin descanso para acercarnos, cada día más al imperio de la libertad y la democracia.

Pues tenemos que avocarnos a la libertad de decisión que toda mujer debería tener por ser uno de sus derechos fundamentales; más aún cuando se encuentra dentro de un embarazo en donde el diagnóstico médico asegura con probabilidad y certeza que el producto de la concepción posee malformaciones o taras incompatibles con la vida, creando una serie de problemas a posteriori. Quitemos esos prejuicios sociales, que han impuesto a la mujer una cuota tan alta de sacrificio, de angustia y de dolor pues es una decisión íntima, y sin embargo se sigue considerando como un delito, cuando precisamente el delito consiste en condenar a la madre a traer al mundo un ser que no va a vivir más de cuatro días por presentar garrafales taras que lo hacen incompatible con la vida, así no estamos aplicando el principio de igualdad que toda persona posee ante la ley.

El enfoque de esta tesis fue para reflexionar acerca de los beneficios que conllevaría a considerar el aborto, sólo como una opción en los casos de madres gestantes que posean un embarazo con malformaciones o taras físicas incompatibles con la vida, tomar como una opción sin restricciones penales y sobre todo por el dolor que padecen no solo las madres sino también sus familias, es por eso que merecemos una legislación más justa, que permita a las mujeres mejores calidades de vida a futuro y en corto plazo, una salud que no altere sus vidas, que les garantice que no morirán a causa de las condiciones en que les fue practicado el aborto.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU admitió el derecho al aborto cuando este en serio peligro la salud de una mujer. Fue en relación al caso de la peruana Karen Noelia Llantoy Huamán, quien pidió una condena de la ONU contra el Perú, porque no se le practicó un aborto en un hospital limeño. Exhibía como “argumento” para el aborto un certificado médico que indicaba que la joven llevaba un feto anencefálico y que continuar con el embarazo ponía en riesgo la vida de la gestante.

Los médicos están preparados para evaluar en qué medida el embarazo no deseado compromete la salud física de la madre, y de decidir cuándo un aborto es terapéutico y cuándo es eugenésico.

Existen numerosas enfermedades que tienen su origen en anomalías genéticas y cromosómicas transmitidas por vía hereditaria; hay también enfermedades infecciosas que son contraídas por la mujer durante la época del embarazo, presumiblemente estas producen malformaciones en el feto y el bebé nace discapacitado. Antiguamente la tara solo podía constatarse después del nacimiento del niño.

Los grandes adelantos científicos permiten en la actualidad conocer la situación de salud o de enfermedad del feto y existen cerca de cincuenta enfermedades que pueden ser curadas en el mismo estadio fetal, el más importante y difundido actualmente es la amniocentesis acompañada del examen y estudio del líquido amniótico.

La amniocentesis consiste en una punción trans abdominal y trans uterina que permite llegar con una aguja a la cavidad amniótica y extraer una muestra del líquido amniótico en el cual el feto está inmerso. Este procedimiento se realiza generalmente con fines diagnósticos de maduración, vitalidad fetal, insuficiencia placentaria y de incompatibilidad del factor RH. Este artificio técnico sirve para obtener información de la constitución genética del feto al extraer células fetales que normalmente hay en él. Estas se cultivan y estudian cromosómicamente, la técnica no es sencilla y es siempre riesgosa para el feto, pero se puede así obtener informaciones sobre el sexo del bebé, enfermedades ligadas al sexo,

defectos metabólicos y permite también el diagnóstico de aberraciones cromosómicas como es el síndrome de DOWN.

En consecuencia, todos estos métodos ordenados en sí mismos a una finalidad terapéutica, pueden ser utilizados para el diagnóstico precoz de fetos con malformaciones congénitas incompatibles con la vida y de esta manera ser utilizados para indicar el aborto eugenésico, evitando el nacimiento de niños con malformaciones.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Formulación general

¿Cuáles son los fundamentos que permiten despenalizar el Aborto Eugenésico en los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida en el código penal?

Formulaciones específicas

- A. ¿Cuán pertinente es que el Código Penal mantenga la tipificación de aborto eugenésico en los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida en el Perú. 2015?
- B. ¿Es conveniente sancionar a las mujeres gestantes que han sido informadas medicamente sobre el estado de su gestación presenta malformaciones o taras incompatibles con la vida?
- C. ¿Qué criterios médicos y legales se deben tener en cuenta para establecer que un informe médico méritua la práctica de un aborto terapéutico y cuándo es eugenésico?

1.3 Objetivo General

Establecer los fundamentos que permitan despenalizar el Aborto Eugenésico en los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida en el Código Penal.

1.4. Objetivos específicos

- A. Establecer si es pertinente o no la tipificación en el Código Penal del aborto eugenésico en los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida.
- B. Establecer si sigue siendo conveniente o no sancionar a las mujeres gestantes que han sido informadas medicamente sobre el estado de su gestación que presenta malformaciones o taras incompatibles con la vida.
- C. Identificar qué criterios médicos y legales se deben tener en cuenta para establecer que un informe médico méritua la práctica de un aborto es terapéutico y cuándo es eugenésico.

1.4. Justificación

El presente trabajo busca analizar la vigencia normativa por la cual el aborto eugenésico es considerado un ilícito penal en nuestra Constitución actual. En el presente trabajo se propone la despenalización del vigente artículo 120 del Código Penal.

El presente trabajo de investigación se justifica en que el aborto es en nuestra sociedad un tema muy discutido y debatido debido a los diversos derechos humanos que se protegen; asimismo, es una realidad en la que todos estamos inmersos porque el tratamiento que se le ha dado es insuficiente, por ello pretendemos ampliar el debate con el presente estudio a fin de contribuir estableciendo que derechos se verán afectados con la posible dación de una despenalización en nuestro país que siempre ha optado por la vida.

1.5. Limitación de la investigación.

Por la naturaleza de la investigación que abarca estudios referidos a la algunos aspecto de la intimidad personal y familiar, es éste precisamente que se constituye un factor limitante puesto que el acceso a la información puede tener sesgos y no siempre puede ser objetiva de allí que se hace

necesario trabajar a partir de referencias de expertos y del testimonio de las mismas familias que hayan referido de la comisión de violación sexual.

Por otro lado, es reducido el nivel de actualización de los registros, denuncias y resoluciones a nivel de los juzgados penales, al momento del estudio y de difícil acceso a los datos y muchos de los mismos contienen datos incompletos y no actualizados, en las carpetas judiciales. Finalmente, otro factor limitante es el tiempo con que nuestra universidad dispone para el real asesoramiento de los trabajos de investigación ni cuenta con docentes dedicados a éstos aspectos importantes para el desarrollo de la investigación de sus estudiantes.

1.6. Viabilidad de la investigación

Es viable desde un punto de vista económico puesto que el objeto de estudio está presente en nuestro medio local y las fuentes de información necesarios para su estudio y análisis se recabaran en la opinión y aporte de los abogados en ejercicio de nuestra localidad por tanto consideramos que económicamente no es onerosa, asimismo la investigadora cuenta con disponibilidad de tiempo tanto para su realización. En lo referente a los recursos económicos la presente investigación no es onerosa y se tiene proyectado hacer el esfuerzo para que se cubran todos los gastos que irroque su ejecución. Finalmente se cuenta con los materiales mínimos necesarios y con la existencia de bibliografía suficiente que permiten la sustentación teórica y metodológica para la efectiva ejecución.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1. Antecedentes de la investigación.

Se han revisado diversos materiales virtuales, físicos, de la Biblioteca Nacional del Perú, revistas médicas en donde se ha encontrado algunas informaciones sobre el aborto en general, los cuales son útiles para nuestra investigación, y estas son las siguientes:

A nivel Nacional.

Pardo, Antonio (2010) Tesis para optar el grado de magister en salud pública de la UMSM: en su resumen establece lo siguiente: Que, la práctica de la eugenesia partía de un planteamiento empírico: ver qué individuos tienen cualidades deseables o indeseables, y fomentar o dificultar su reproducción según sean sus cualidades. Hoy, por contra, se tiende a asociar la práctica de la eugenesia con los análisis genéticos y de la selección según los genes (no según las características), siguiendo en esto la confusión contemporánea de que toda característica está determinada por un gen.

Gonzalez de Leon, Deyanira, (1978) Tesis de grado “El aborto en México”. Su conclusión fue: Es necesario considerar que las soluciones a los problemas que plantea el aborto van más allá de las reformas legislativas. La disminución sustancial de las complicaciones y las muertes causadas por el aborto inseguro supone un respaldo político al más alto nivel, que garantice tanto la opción voluntaria de las mujeres para interrumpir el embarazo como el acceso a servicios de aborto en las instituciones públicas de salud, con alta calidad y cobertura amplia.

Sandoval Manuel, (2006): “El aborto en zonas andinas” Tesis para optar título de abogado, su conclusión fue en eventos internacionales se ha concluido que el Perú es el país latinoamericano con el mayor número de abortos, seguido de Brasil y Argentina. Por cada mujer que muere por aborto hay 10 ó 15 mujeres que quedan incapacitadas para procrear o sufren de procesos crónicos dolorosos. Hay referencias anecdóticas que indican una alta tasa de complicaciones por aborto entre las mujeres de las zonas urbano-marginales, que por temor a las consecuencias legales y personales no llegan al hospital a solicitar tratamiento para las complicaciones.

Casanova, Romeo, (1996) completa dicho texto expresando: Por tanto, no se trata en esta indicación de proteger intereses de política demográfica tendentes a paliar el constante deterioro de la genética de nuestra especie; como tampoco de una compasión hacia el feto, al que se eliminaría con el fin de evitarle, una vez nacido, una vida llena de sufrimientos y de dificultades personales y sociales. De acuerdo con la ley el fundamento de esta indicación, concebida como causa de justificación, se encuentra en el conflicto de intereses entre la vida del concebido y la madre a la que no se le puede exigir que se haga cargo de un niño con tan graves anomalías. OK hacer como este todas los demás autores

Mir Puig, Santiago (1996) “La despenalización del Aborto” su conclusión fue: En un estado democrático, el derecho ha de salvaguardar la posibilidad de que coexistan los distintos credos morales propios de los diversos grupos sociales. Así, hoy se conoce generalmente que el estado no puede imponer

por la fuerza del derecho una determinada religión ni sus principios de fe. De ahí que la cuestión de la despenalización de determinados casos de abortos deba abordarse por el legislador desde la óptica del derecho penal y no de una religión o una moral.

Moreno Umaña, Jaime. (2006) en su trabajo de investigación titulado: Del Aborto lo que debemos saber, llega a la siguiente conclusión: Se llama aborto a la interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable. Suelen distinguir entre “aborto espontaneo”, que consiste en la expulsión involuntaria del embrión o feto no viable por causas patológicas o accidentales no previstas, y el aborto inducido o provocado, que consiste en la interrupción deliberada del embarazo por la extracción del contenido de la cavidad uterina. Es, por tanto la eliminación deliberada y directa de una vida humana, en la fase inicial, que va desde la concepción hasta el nacimiento.

Urteaga Jesús (2006,) en su trabajo de investigación titulado: Conferencia Episcopal Española. Llegó a la siguiente conclusión: La medicina entiende por aborto toda expulsión del feto, natural o provocada, en el periodo no viable de su vida intrauterina, es decir, cuando no tiene ninguna posibilidad de sobrevivir. Si esa expulsión del feto se realiza en período viable pero antes del término del embarazo, se denomina parto prematuro, tanto si el feto sobrevive como si muere.

Rentería Díaz, Adrián (2001) en su trabajo de investigación titulada: El aborto entre la moral y el derecho. Llegó a la siguiente conclusión:

Por aborto se suele entender aquella particular acción mediante la cual se interrumpe la gravidez de una mujer, impidiendo el sucesivo desarrollo y nacimiento, al final del proceso gestativo, a un ser humano. Si la observamos detenidamente, en esta primera propuesta definitoria se encuentra dos distintas modalidades de interrupción de gravidez, la voluntaria y la involuntaria.

El aborto eugenésico se toma en consideración, introduciéndolo como causa de excepción de la pena, únicamente en ocho entidades federativas. La excepción también en este caso se hace difícil cuando se trata de pasar de

la regla abstracta a la práctica cotidiana y real, en primer lugar, porque en general se requiere el parecer del personal médico, quien debe atestiguar la posibilidad del nacimiento de un ser con deficiencias graves.

Herrera Francisco, José (1999) en su trabajo de investigación titulado: El derecho a la vida y el aborto. Llegó a la siguiente conclusión:

La no viabilidad del feto, aspecto que distingue el aborto del parto prematuro y del infanticidio. La no viabilidad del feto diferencia el aborto del parto prematuro provocado, porque es obvio que en este último supuesto también hay una interrupción del embarazo, lo que ocurre; es que en el parto prematuro el feto ya es viable, esto es, ha logrado un grado de desarrollo tal que puede subsistir en el claustro materno, al paso que en el aborto el feto aún no es viable, todavía necesita de la madre como dependencia, ambiental para poder vivir. Ahora bien, si el feto es viable y se le mata bien en el claustro materno o fuera del claustro materno estamos ante otro atentado a la vida humana: el infanticidio. Lo que diferencia el aborto del infanticidio es que en el primer tipo de acto injusto-el aborto no es viable, mientras que en el segundo tipo de acto injusto- el infanticidio- el ser humano ya es viable.

Botella Ilusía, José (1993) en su trabajo de investigación titulado: Tratado de Ginecología. Llegó a la siguiente conclusión: “La interrupción del embarazo, desde su iniciación hasta la décima semana, recibe el nombre de aborto precoz. Desde la once a la veinte semana, aborto tardío. A partir de la semana veinte una y hasta la veinte ocho se llama parto.

Romina Faerman (2008) “Algunos debates constitucionales sobre el aborto” artículo científico editorial Lexis Nexis. Universidad de Buenos Aires.

Que tiene el siguiente resumen

En la República Argentina se practican alrededor de 500.000 abortos por año. La falta de conciencia y responsabilidad acerca de la propia salud reproductiva puede considerarse una explicación plausible de este hecho. Pero las carencias económico-sociales de gran parte de las mujeres argentinas impiden la construcción libre o, por lo menos, en grado de

igualdad con los hombres, de su propia subjetividad y consecuente autonomía para decidir. Simultáneamente, el aborto es la principal causa de muerte materna en este país. El régimen penal adoptado respecto de la interrupción intencional del embarazo puede ser señalado como causa eminente de ese estado de cosas. En este artículo se afirma entonces que lejos de alcanzar el objetivo supuestamente perseguido de disminuir la cantidad de abortos, la penalización vulnera los derechos más fundamentales de las mujeres, entre ellos, el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, a la autonomía personal -y derechos sexuales y reproductivos en particular-, a la dignidad y a la igualdad. Y al sostener dicha afirmación, la autora intenta también rebatir las posturas que, a partir de la reforma de la Constitución argentina de 1994, la cual otorgó jerarquía constitucional a tratados internacionales de derechos humanos como la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, pretenden sostener la consagración de la vida desde la concepción en dicha Constitución y la obligación de penalizar los casos de aborto sin ningún tipo de excepciones.

2.2. Bases teóricas

A. El aborto en el Código Peruano

La primera ley aprobada, con relación del aborto fue el Código penal de 1863, que lo sancionaba penalmente. El aborto por móvil de honor y el aborto consentido por la mujer se consideraban atenuados. Este Código estuvo vigente hasta 1924, entrando en vigencia el Código Penal de 1924, el mismo que estuvo vigente durante 67 años. Esta norma punitiva sancionaba distintos tipos de aborto como son: el aborto propio, el aborto consentido, el aborto no consentido, el aborto perpetrado por profesionales, el aborto terapéutico, y el aborto preterintencional. Años más tarde se promulgó el Código Sanitario de 1969 que estableció el marco jurídico de las relaciones en el campo de la salud. (Mendoza Celina, 1995)

En el ámbito jurídico el enfoque del conflicto de derechos ha desplazado al viejo debate, al tradicional debate sobre el aborto eugenésico, que estuvo casi exclusivamente centrado en el inicio de la vida y en la cuestión de la personalidad moral del feto. Este enfoque parte por reconocer que ningún derecho es absoluto, que los derechos humanos son indivisibles, interdependientes e integrales, que no están jerarquizados ni hay un orden de prevalencia prefijado para ellos.

En el aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida se encuentran involucrados derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida de la persona por nacer, el derecho a la libertad de decisión de la mujer, el derecho a la salud física y psíquica de la madre y el núcleo familiar.

El derecho a la vida está previsto en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; en el art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el cual manifiesta que “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; en el art 4 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.; en el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”; en el art. 6 inc. 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del niño inc. 1 “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, inc. 2 States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child. “Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

- El derecho a la salud se contempla en el art. 25 inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar de sí mismo y de su familia, incluida la atención de los alimentos, vestido, vivienda y atención médica y los servicios sociales necesarios, y el derecho a la seguridad en el caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”; en los artículos VII Y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre art. VII “Todas las mujeres, durante el embarazo y el período de lactancia, y todos los niños tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”, Art XI “Toda persona tiene el derecho a la preservación de su salud a través de las medidas sanitarias y sociales, relativas a la atención de alimentación, el vestido, la vivienda y la medicina, en la medida que permitan los recursos públicos y la comunidad”; en el art. 5 punto 1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) “Toda persona tiene derecho a que su integridad física, psíquica y moral sea respetada”; en el art. 10 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales “La protección debe conceder especial a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, las madres que trabajan se debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de salir de la seguridad social” “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. y en el art. 12 inc. 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El derecho a la protección de vida a la familia también se encuentra amparado por el art. 16 inc 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos “La familia es el elemento

natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección de la sociedad y el Estado”; art, VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, ya recibir protección para ella”; art. 17 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección de la sociedad y el Estado.; art. 10 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales “La protección más amplia posible y debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los contrayentes”; art. 23 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección de la sociedad y el Estado” y la protección que es debida al otro hijo de la pareja (en caso lo hubiere) se encuentra alcanzada por el art. VII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre “Todas las mujeres, durante el embarazo y el período de lactancia, y todos los niños tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”; art. 19 del Pacto de San José de Costa Rica “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado”.; art. 10 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales “Las medidas especiales de protección y asistencia se debe tomar en nombre de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o de otra índole. Los niños y los jóvenes deben ser protegidos contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud o peligrosas para la vida o que puedan perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Estados deben establecer también límites de edad por debajo del cual debe ser

el empleo a sueldo del trabajo infantil prohibido y sancionado por la ley”; art. 24 inc. 1 de los Derechos Civiles y Políticos y Convención sobre Derechos del Niño. “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que requiere su condición de menor requiere, por parte de su familia, la sociedad y el Estado” “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud ya servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho de acceso a esos servicios sanitarios”. El derecho a la libertad, es un valor esencial e imprescindible del sistema democrático, y a la vez un derecho subjetivo fundamental, que se traduce en un conjunto de libertades específicas consagradas Y contempladas El artículo 2.inc 24 de la Constitución Política del Perú; el artículo 9 Inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “Toda persona tiene derecho a la libertad ya la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad salvo por las causas y de acuerdo con el procedimiento que se establecen por ley”; el artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica Toda persona tiene el derecho a la libertad ya la seguridad personales. El Tribunal Constitucional ha dicho, que la Libertad personal, "es un derecho subjetivo, reconocido en el inciso 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado y, al mismo tiempo, uno de los valores fundamentales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales a la vez que justifica la propia organización constitucional.

B. La Libertad de decisión de la Mujer:

Se ha dicho que la emancipación de la mujer es la clave para la emancipación de la sociedad. Sin embargo, hay que añadir que cualquier sociedad en la que la mujer no goza del debido respeto, igualdad de derechos, seguridad y libertad, se encuentra sometida por completo. Las mujeres exigen independencia económica, y libertad para escoger y determinar su propio destino.

El derecho de la mujer a decidir voluntaria y libremente sobre su cuerpo se fundamenta en una serie de derechos humanos ya conocidos: el derecho a la igualdad y la no discriminación, a la autodeterminación, a la vida, a la libertad de pensamiento, etc. Estar de acuerdo con la despenalización implica estar a favor de las mujeres. En definitiva, las personas tienen diferentes creencias y opiniones, pero la aceptación de este pluralismo debería ser un requisito esencial en todas las sociedades democráticas, porque la construcción de consensos no choca con la libertad de los individuos para accionar a través de sus propias convicciones, teniendo como fundamento el respeto a la diversidad.

Principios Rectores que Justifican la Tipificación del Delito:

a) Principio de Mínima Intervención

Uno de los aspectos político criminales que informa la intervención penal es llamado principio de mínima intervención o de *ultima ratio*. Según este principio, el Derecho Penal solo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir, cuando el problema o conflicto social no pueda resolverse con los otros sistemas de control extrapenales, pues el Derecho Penal no es un instrumento de control más, sino que, a causa de las consecuencias de su aplicación, deviene en un mecanismo especialmente problemático para los ciudadanos y la sociedad. Esta secundariedad del Derecho Penal se expresa concretamente en los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que orienta la labor de incriminación que lleva a cabo el legislador penal: Sólo las lesiones más intolerables a los bienes jurídicos más importantes deben sancionarse penalmente.

El derecho Penal solo debe intervenir en aquellos actos que atenten gravemente contra bienes protegidos. Su intervención debe ser útil de lo contrario pierde su justificación, tal como señala Mir Puig: “cuando se demuestre que una determinada reacción penal es útil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve”. A esto el profesor Bustos Ramírez agrega: “La intervención penal del Estado sólo está justificada en la medida que resulta *necesaria* para la mantención de su organización política dentro de una concepción hegemónica democrática”. Todo lo que va más allá de tal medida lo encausa por la vía autoritaria, que termina inevitablemente en la supresión de las bases democráticas del Estado. Es decir, el Estado sólo puede sancionar una conducta cuando ello sea necesario para mantener el equilibrio y orden social. Por ejemplo: en el caso de la pena de muerte, la cual no tiene ningún efecto disuasorio sobre los sujetos, puede ser reemplazada por una pena inferior.

Es así que el principio de mínima intervención supone un límite fundamental a las leyes penales, estableciendo que éstas sólo se justifican en la medida que sean esenciales e indispensables para lograr la vida en sociedad. Se quiere evitar que los grupos de poder utilicen las leyes penales para su propio beneficio; la ley que solo sanciona conductas sin responder a los requerimientos de la colectividad no debe ser calificada como penal.

b) Principio de Fragmentariedad

Si bien el carácter fragmentario del Derecho Penal fue formulado por BINDING en un sentido crítico como un gran defecto del Código Penal Alemán, en la actualidad se presenta como una limitación de la punibilidad de las acciones. Según el principio de fragmentariedad, no toda conducta lesiva de bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser sancionada penalmente. Dentro del conjunto de conductas lesivas sólo deben ser sometidas a represión penal las más graves. Así, por ejemplo, si bien la confianza en el respeto al patrimonio de otro es un bien jurídico

elemental, el simple incumplimiento del pago de una deuda no puede ser reprimida penalmente. En el caso del patrimonio, solamente las conductas más intolerables, como la sustracción subrepticia, el apoderamiento violento, el abuso de la confianza o la disposición provocada por un engaño, se sancionan penalmente, pues sólo en estos casos el nivel de perturbación social amerita la intervención del Derecho Penal para devolver la confianza a la expectativa defraudada.

El derecho penal no protege todos los bienes jurídicos de la sociedad sino, sólo los más importantes. Si el derecho penal interviniera en todas las situaciones en que hay conflicto se correría el riesgo de paralizar toda la actividad social y económica del país; además, las personas no pueden vivir bajo la constante amenaza de una posible sanción penal – aparecería una inseguridad total en los ciudadanos; así en algunos sectores del ordenamiento penal se ha procedido a eliminar ciertas figuras delictivas como: el adulterio y la rapiña. El ordenamiento Jurídico tiene en cuenta la forma en que se afecta al bien jurídico por eso mayormente se castigan los delitos dolosos.

c) Principio de subsidiariedad

Puede decirse que el principio de subsidiariedad tiene una manifestación cualitativa y otra cuantitativa. En el plano cualitativo, la subsidiariedad significa que solamente los bienes jurídicos más importantes pueden legitimar la intervención del Derecho Penal. En este sentido, las conductas que cuestionan la vigencia de aspectos que no son esenciales para la constitución del sistema social no pueden dar pie a una sanción penal, aun cuando se encuentren generalizadas y no exista manera de reducir su tasa de incidencia con otros mecanismos de control. Así, por ende un ejemplo, la copia en las evaluaciones universitarias, por más que se realicen frecuentemente, no pueden ser castigadas penalmente, pues el orden de las evaluaciones en los estudios universitarios no

constituye un aspecto esencial del sistema social que justifique recurrir al Derecho Penal.

Pero la subsidiariedad tiene además una expresión cuantitativa, en el sentido de que no podrá recurrirse al Derecho Penal si las conductas disfuncionales pueden controlarse suficientemente con otros medios de control menos lesivos. Se presenta, como puede verse, una cierta vinculación entre el sistema penal y los sistemas de control, de manera tal que en la medida que los órdenes extrapenales puedan solventar las situaciones relevantes de conflicto, el Derecho Penal no se verá obligado a intervenir en la solución de estos conflictos. Si los mecanismos de control extrapenales alcanzan suficientemente para mantener en niveles tolerables determinadas conductas socialmente perturbadoras, entonces no habrá que cargar a las esferas de libertad de los individuos con amenazas penales. Esta subsidiariedad cuantitativa no debe llevar, sin embargo, a la conclusión de que los diversos mecanismos de control cumplen una función homogénea.

Lo que sucede es que, en determinados casos, los mecanismos de reacción no penales alcanzan empíricamente la función asignada al Derecho Penal (de prevención o de reestabilización), de manera que resultaría innecesario recurrir a los mecanismos de reacción penales.

C. **Generalidades Jurídicas Sobre el Aborto y el Bien Jurídico protegido:**

- a) **Definición de Aborto:** Aborto proviene de la palabra latina *abortus* que significa: *ad=sin*; *bortus*: nacimiento=*Sin nacimiento*, o *ab-orsus* (de *aborior*), que significa opuesto a nacer.

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

Desde la primera óptica – jurídica, como delito contra la vida, se fundamenta en la muerte provocada del feto con o sin expulsión del seno materno, sea que el embarazo provenga de fecundación

natural como artificial. Su esencia reside, desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del proceso de gestación mediante la muerte de aquel. También como la interrupción del proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del óvulo. O como la interrupción del proceso fisiológico de la preñez, con muerte del producto de la concepción en el seno materno o mediante la expulsión. La muerte del producto de la concepción, que puede tener lugar en el seno materno o provocando su expulsión prematuramente. O el aniquilamiento del producto de la concepción en cualquiera de sus dos momentos anteriores al término de la preñez, ya sea por la expulsión violenta del feto o por su destrucción en el vientre de la gestante. O la muerte del feto, sea como consecuencia de la expulsión del seno materno, sea dentro del seno materno. O la interrupción del embarazo que tiene como consecuencia la destrucción del embrión o feto, ocurrido con posterioridad a los catorce días desde el momento de la unión de los gametos, desde cuando el *nasciturus* debería gozar de la total protección del derecho penal. O aniquilamiento del producto de la concepción en cualquiera de sus dos momentos anteriores al término de la preñez, ya sea por la expulsión violenta del feto o por su destrucción en el vientre de la gestante. O como la muerte del feto voluntariamente ocasionada bien en el seno de la madre, bien provocando su expulsión prematuramente.

Desde la segunda óptica, es decir, desde el punto de vista médico y específicamente ginecológico, se establece la diferencia entre aborto y parto prematuro. Esta noción es mucho más restringida que la médico legal y así el aborto es la muerte del producto de la concepción antes de ser viable. La viabilidad implica aptitud física para tener vida autónoma, es decir, para poder vivir fuera del claustro materno. Esta viabilidad está dada por los ciento ochenta días de duración del embarazo. A partir de esta fecha se habla no va de aborto sino de parto prematuro. Asimismo, se le ha

considerado al aborto desde este punto de vista como la expulsión de un embrión o feto que pesa menos de quinientos gramos con edad gestacional aproximada de veinte a veintidós semanas completas o de ciento cuarenta a ciento cincuenta días completos. De las veinte a las veintiocho semanas será considerado como un parto inmaduro.

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

En definitiva, se podría definir el aborto como la interrupción del embarazo de una mujer debido a la muerte del feto causada por la madre o por un tercero, con o sin expulsión del seno materno. (Masaglia Maria, 2005 y Giménez Oscar,2006)

b) Clases de Aborto:

- **Autoaborto:** Esta figura penal está contemplada en el artículo 114; se trata del supuesto en que la mujer causa su propio aborto, el tercero participa induciendo o auxiliando a la embarazada quien es la que tiene el dominio del hecho, al realizar su propio aborto.
- **Aborto consentido:** Está contemplado en el artículo 115 del código penal; consiste en un permiso dado por la gestante a otra persona para que realice sobre aquella las maniobras. No se trata de la participación del tercero en el aborto de la mujer como cómplice de ésta, sino del consentimiento prestado por ella para que aquél actué como autor del delito.
- **Aborto no consentido:** Está contemplado en el artículo 116 de nuestro código penal, el contenido de este casi resulta más grave en su punición pues se violan dos derechos fundamentales como son: el de la vida del feto y el de la mujer a ser madre. En este caso se incluye cualquier aborto

que se realice sin el consentimiento expreso o tácito de la gestante. Por ende, están comprendidos todos los supuestos posibles en que el tercero realiza el aborto sin dicho consentimiento. De esta manera, entran los casos de engaño, aprovechando el error de la mujer, ya sea por confianza en el autor o por descuido de aquella.

- **Aborto agravado por la cualificación del sujeto activo:** Este tipo de aborto se encuentra contemplado en el artículo 117 de nuestro código penal; la ley en este caso al hacer alusión a los profesionales que en abuso de su ciencia o arte causaren un aborto impone que tal actividad sea netamente dolosa ya que dicho abuso tiene que ser desde el punto de vista objetivo y subjetivo consistente en una acción a todas luces contraria a los principios éticos profesionales y legales llevados a cabo con el pleno conocimiento de que tal despliegue es abusivo. Bien se ha consignado que lo relevante en la figura es el comportamiento del profesional en relación a un paradigma ético inherente al desempeño de cada profesión, es así, que a dicho desempeño correcto como contracara se le opone un desempeño abusivo que, en el caso concreto del delito de que se trata, consiste en el aprovechamiento de los conocimientos técnicos adquiridos en la profesión al ser empleados en forma maliciosa con el objetivo de destruir la vida intrauterina. “Se trata de un abuso del conocimiento científico porque, precisamente, es el profesional de la disciplina médica y de otras disciplinas colaterales o coadyuvantes, los que detentan un mejor conocimiento de los instrumentos. La tarea abortiva practicada en contra de los dispositivos legales constituye la caracterización típica del abuso de la ciencia.

- **Aborto preterintencional:** Esta figura penal está contemplada en el artículo 118; responde a la clase de delitos que mixturán dolo y culpa en una sola conducta, donde se destaca como figura paradigmática en todos los ordenamientos jurídicos el homicidio preterintencional. Resumiendo esta postura sobre la naturaleza jurídica de la preterintención encontramos los siguientes supuestos: 1.- la existencia de un supuesto dolo preterintencional derivada del pensamiento carrariano que en la preterintención vela una forma de dolo, por la circunstancia de que el agente procede con la intención de llevar a cabo un hecho contrario a la ley; 2.- el concurso de dolo y culpa, el sujeto ha querido inferir un daño y lo ha hecho, no ha querido la muerte, pero ésta ha sobrevenido a consecuencia de su imprevisión, el dolo recae sobre el propósito y la culpa sobre el resultado; y finalmente 3.- delito calificado por el resultado, en los cuales se hace responder al sujeto por un resultado que se ha producido fuera de su intención, y que no obstante la ley, se lo cargo en su cuenta.
- **Aborto terapéutico:** Este tipo de aborto se encuentra contemplado en el artículo 119 de nuestro código penal; en el aborto terapéutico no se trata de una acción totalmente mala sin posibilidad de ser referida a otro valor de salvaguardar, como es la vida de la madre.

Sin duda alguna, la vida en sociedad, por ser tal está signada por conflictos de índole moral pues por antonomasia hay una carencia instrumental, de forma tal que se pueda conciliar en forma plena intereses discordantes, consecuentemente hay un impedimento en la evitación del conflicto. Este cuando recepta una contienda entre valores contrapuestos y de igual valía, la solución o la pretendida solución nunca va a ser absolutamente satisfactoria, de modo, tal como muchas otras consecuencias se debe optar

por considerar la menos perjudicial, salvo que se deje el conflicto librando a una inercia de consecuencias impredecibles.

- **Aborto sentimental o eugenésico:** Este tipo de aborto se encuentra contemplado en el artículo 120 de nuestro código penal, el primer caso está referido a una violación sexual, se entiende por violación sexual, el abuso de esta naturaleza con acceso carnal en forma intimidatoria o violenta en perjuicio del sujeto pasivo – en este caso la mujer, ello significa que se refiere a un hecho llevado a cabo por un agente que no tiene vínculo marital con la víctima; en los casos de violación sexual e inseminación artificial no consentida, se está vulnerando la integridad física y psíquica de la persona sin distinción de ninguna naturaleza que hace que el hecho sea absolutamente execrable y si se quiere ir más lejos como también lo sostienen algunas corrientes, ante una atipicidad del hecho. No es atendible ningún tipo de discriminación. La norma requiere como una condición de procedibilidad que los hechos hubieran sido denunciados o investigados como mínimo policialmente. Tal exigencia obedece a los fines de dejar constancia de los indicios del delito, pues si existe una denuncia falsa por parte de la mujer ésta deberá responder por un delito de aborto distinto al de la figura en cuestión, amén del ilícito cometido contra la Administración de Justicia. El segundo caso está referido a un aborto eugenésico es decir cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, el hecho típico receptado por la ley penal se refiere a un aborto provocado en circunstancias de probabilidad respecto a la concepción de seres humanos con taras físicas o psíquicas consideradas graves. El traslado de los graves defectos o deficiencias han de ser directos y permanentes en el tiempo; esto es, desde la

concepción al nacimiento las taras de la prole se han de manifestar como evidentes

- c) **Ubicación del bien jurídico protegido:** Tal cual lo establece el Código Penal, el aborto se encuentra entre los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. En este caso lo que se resguarda es la vida del feto. Se protege la vida aunque la misma se desarrolla en las entrañas a expensas de la madre y por ende merece una protección independiente de la vida de ésta, pero no de su salud. Tanto es así, que la ley toma en cuenta como elemento distinto para agravar la pena la muerte de la mujer, pero no el daño en la salud que el proceso abortivo implica en sí mismo. Se toma en cuenta como un castigo especial y atenuado del aborto el hecho que sólo implica la destrucción de un germen y de una esperanza de vida y no de una vida definitivamente adquirida.

Como contrapartida las acciones legales que se intentan por dicha conducta antijurídica es nula comparada con el número de sentencias registradas. Esto nos demuestra la ineficacia del sistema que penaliza el aborto. Evidentemente el poder de represión y sanción del Estado no está dirigido contra la práctica abortiva; el tipo penal que castiga el aborto de alguna forma no cumple con ese requisito de estar asentado en la realidad, el tipo penal del aborto cumplirá con éxito su objetivo, si consigue evitar la conducta disvaliosa que protege eventualmente castigarla, el tipo penal no consigue ni castigar ni prohibir la conducta prohibida. (Grijley Granada, 2004)

E. El Aborto Eugenésico y su Penalización en el Perú.

- a) **La penalización del aborto eugenésico:** La pena señalada para este aborto atenuado es mínima pues consiste en una pena privativa de la libertad no mayor de tres meses. Frecuentemente, la legislación aplica este tipo de aborto en los casos en los que se presume que el feto habrá de nacer con

grandes taras físicas o psíquicas requiriendo asimismo que el aborto sea practicado dentro de las primeras semanas de gestación y previo un diagnóstico médico.

Un sector de la doctrina peruana rechaza la terminología de “eugenésico”. Porque sustentan su posición básicamente en el sentido de que el aborto eugenésico no se trataría en realidad de la práctica de la eugenesia, porque la misma resultaría completamente intolerable, teniendo en cuenta la vigencia de un Estado de Derecho, que se caracteriza por el respeto irrestricto de los derechos humanos sino que se estaría ante un supuesto de no exigibilidad sustentado en la dignidad humana.

Este supuesto aludido presenta sus reparos, pues lo concreto es que con el aborto eugenésico se atenta contra un preciso bien jurídico, tal es, la vida humana dependiente, propio de un ser en formación, durante el periodo de la concepción. Es así que la no exigibilidad de otra conducta tiene como fin erosionar basamentos de culpabilidad; esto es, la atribución del acto, el reproche del injusto al autor.

Después de todo, sin culpabilidad no es posible ninguna forma de penalidad.

La descripción típica de la figura delictiva del aborto eugenésico tiene como sujeto activo a la gestante y el sujeto pasivo está constituido por el embrión o el feto, según sea el estado de desarrollo del ser humano en formación durante la etapa de la concepción.

La acción consiste en evitar el nacimiento, mediante la interrupción del embarazo, de seres humanos concebidos, quienes por diagnóstico médico previo se les ha detectado graves taras físicas o psíquicas; dicha conducta se trataría de un delito doloso. La ley es clara cuando se refiere al sujeto pasivo del delito pues hace alusión “al ser en formación”. Esto es, al feto existente en el seno materno; se ha expuesto que tal maniobra atenta contra la vida humana dependiente, ya sea embrión o feto que aún no tiene la calidad de persona. (Nieto José, 1983)

b) El aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida:

Sobre la incidencia se ha establecido que nacen en el mundo quinientos mil niños con algún tipo de defecto del cierre del tubo neural, como por ejemplo la anencefalia es decir fetos incompatibles con la vida constituyendo la segunda causa de defectos congénitos.

En cuanto a lo concerniente a la prevención, de acuerdo a diferentes estudios científicos, se ha podido determinar que estos casos se dan por una insuficiencia de ácido fólico necesario en las primeras semanas de vida embrionaria, aunque también puede haber variaciones fisiológicas.

No se puede dejar de mencionar que todo lo antes dicho trae complicaciones sumamente severas para la salud de la madre debido a: la probabilidad importante de polihidramnios, con todas las complicaciones involucradas, tales como: dificultad respiratoria, hipotensión en decúbito dorsal, rotura uterina, embolia de líquido amniótico, atonía uterina post-partum y desprendimiento normoplacentario. Uno de los fetos incompatibles con la vida es el anencefálico los cuales suelen ser fetos grandes y la ausencia de cuello, sumado al pequeño tamaño de la cabeza, hacen que el tronco tienda a penetrar en el canal del parto junto con la cabeza provocando grave distocia.

La posibilidad de conocer la situación desde la etapa temprana del embarazo, ya que se cuenta con técnicas de diagnóstico eficaces, tales como la ecografía y el análisis de laboratorio de sangre materna y/o líquido amniótico obtenido por punción, se logra una eficiencia diagnóstica cerca al 100% alrededor de la semana 12 de embarazo.

El hecho de continuar con un embarazo sabiendo que el producto de la concepción tiene características incompatibles con la vida y al culminar el embarazo, éste traiga como consecuencia la muerte del feto genera una serie de perturbaciones psico-sociales

(“funeral prolongado” o “tumba viviente”); que no sólo afecta a la madre o pareja sino que alcanza al núcleo familiar.

En la cuestión abordada se encuentran involucrados derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida de la persona por nacer, el derecho a la libertad, el derecho a la salud física y psíquica de la madre y el núcleo familiar.

De acuerdo a esta premisa se confrontan una situación dilemática ante la prevalencia de bienes jurídicos de igual jerarquía (la vida del feto anencefálico y la vida de la madre severamente comprometida) y la cuestión ronda en determinar cuál es el orden de prevalencia y si en realidad se vulnera la norma penal.

Finalmente, hoy en día el concepto de salud tiene otra dimensión pues no sólo abarca un perjuicio físico visible o detectable sino que contempla los daños psíquicos que son perfectamente mensurables y que pueden interesar a los otros miembros de la familia, tanto el cónyuge u otros hijos si los hubiere. Esto es entendido de esa manera por el Comité de Bioética fundamentándose en el principio de beneficencia.

Pues si nos ponemos a analizar no solo se trata del “valor - vida” Vs. “valor – autonomía de los padres”; ni tampoco del “valor - vida” Vs. “Derecho a la salud de la madre”, sino más bien que se encuentra ante un caso de “valor – vida (por unas horas) porque irremediamente se producirá la muerte Vs. Valor – autonomía y/o salud. (Bacigalupo Enrique, 2010)

2.3. Definiciones conceptuales

Concepción: Es el acto por la cual se concibe a un ser humano. Es el inicio de la persona humana. Es persona desde la concepción goza de todos los derechos que le son favorables, y el que más le favorece es el derecho irrestricto de la vida, fuente de todos los derechos la vida.

Salud Pública: La salud pública es una parte de la ciencia de carácter multidisciplinario y sin lugar a dudas el objeto primordial y pilar central de

estudio para la formación actualizada de todo profesional de la salud, que obtiene, depende y colabora con los conocimientos a partir de todas las ciencias.

Anencefalia: Se reputa como anencefalia el fracaso del cierre anterior del tubo neural, produciéndose una anormalidad anatómica. En los casos más severos, la anormalidad se extiende desde el nivel de la lámina terminal, el lugar del cierre de la porción más rostral del tubo neural, hasta el foramen magnun, lugar del comienzo del cierre del tubo neural.

Embarazo de la mujer: La acción típica sólo puede perpetrarse sobre una mujer embarazada o en estado de preñez, lo que presupone la presencia de un feto, no importando a tales efectos la forma o procedimiento por medio del cual se logró aquél estado. Esto es, ya sea por una fecundación vía contacto carnal, inseminación artificial o implantación de un ovulo fecundado.

Existencia del feto vivo: Es indudable que otro requisito típico es la existencia del objeto del bien jurídicamente protegido: el feto, y que éste además se encuentre vivo.

El comienzo de la vida humana, existe vida humana tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos encuentran los veintitrés cromosomas maternos y es allí cuando toda la información genética necesaria y suficiente para especificar cada una de las calidades innatas del nuevo individuo, se encuentran reunidas.

Muerte del feto: El círculo típico se cierra con la muerte provocada del feto, a *contrario sensun*, el aborto no debe ser espontáneo y la muerte, tal como se sostuvo, puede estar dada con la expulsión o sin expulsión del seno materno.

2.4. Hipótesis General

La despenalización del Aborto Eugénico en los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida deben fundamentarse en el derecho irrestricto a la libertad individual y en la no discriminación.

Hipótesis Específicas

- A. Si se sigue manteniendo en el código penal la tipificación del Aborto Eugénico (Art, 12 Inciso 2) en los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida entonces se seguirá vulnerando el derecho a la libertad decisión de la madre gestante en el Perú.
- B. No es conveniente sancionar a las mujeres gestantes que han sido informadas medicamente sobre el estado de su gestación presenta malformaciones o taras incompatibles con la vida.
- C. No existe criterios firmes y certeros en los informe médicos que ameriten con seguridad la práctica la práctica de un aborto por razones terapéuticas o eugenésico

2.5. Las variables de investigación

2.5.1. Variable independiente

El aborto eugenésico

2.5.2. Variable dependiente

La despenalización.

Cuadro de operacionalización de variables.

Variables	Definición conceptual	Dimensiones	Indicadores
Vx Aborto Eugenesico	El aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida.	Medico Legal Social Psicológica	<ul style="list-style-type: none"> • Edad, sexo, estado civil procedencia, ocupación y nivel de estudios de la gestante • Principios médicos orientados a la despenalización. • -Principios jurídicos orientados a la despenalización. • Consideraciones jurídicas para casos específicos de aborto eugenésico en embarazos con malformaciones. • Legalidad del aborto eugenésico. • Consecuencias jurídicas para la madre en cuanto al aborto eugenésico.
Vy La despenalización	Marco jurídico y fundamentos legales para la despenalización del aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida.	Penal Civil Constitucional	<ul style="list-style-type: none"> • Casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida. • fundamentos legales para la despenalización • Principios médicos orientados a la despenalización. • Principios jurídicos orientados a la despenalización. • Consideraciones jurídicas para casos específicos de aborto eugenésico en embarazos con malformaciones. • Legalidad del aborto eugenésico. • -Consecuencias jurídicas • Nivel de afectación a derechos fundamentales

CAPITULO III

MATERIALES Y METODOS

3.1. Método y diseño

3.1.1. Tipo de investigación.

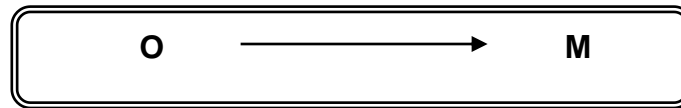
La metodología el presente trabajo de investigación se ha basado en el paradigma de índole cualitativo debido a que se realizaron entrevistas dirigidas a autoridades en jurisprudencia tales como: jueces, fiscales y abogados que resuelven temas jurídicos relacionados a aborto eugenésico. Así mismo encuestas dirigidas a abogados, magistrados y población en general, a fin de dar una mayor fuerza a la propuesta de despenalización de este tipo de abortos. El mismo trabajo tiene a su vez un carácter cuantitativo debido a que se ha expuesto y realizado jurisprudencias de aborto eugenésico.

3.1.2. Diseño de investigación.

En cuanto al diseño de la investigación, fue mediante un Diseño Transversal Exploratorio y descriptivo; los cuales permitieron

conocer un contexto o situación poco conocidos; además porque no se manipuló ninguna variable, solo se observó tal como ocurre en la realidad socio jurídica y la información y recojo de datos se realizó un solo momento en el tiempo y espacio.

El diseño tuvo el siguiente esquema:



Dónde:

O = Observación

M = Muestra

3.2. Tipo y nivel de investigación

3.2.1. Tipo de investigación

El presente trabajo de investigación es tipo básico. También recibe el nombre de investigación pura, teórica o dogmática. Se caracteriza porque parte de un marco teórico y permanece en él; la finalidad radica en formular nuevas teorías o modificar las existentes, en incrementar los conocimientos científicos o filosóficos, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico.

3.2.2. Nivel de investigación

El nivel de investigación que se utilizó en la presente investigación es el nivel descriptivo - explicativo, Por cuanto las investigaciones de nivel descriptivo, consiste, fundamentalmente, en caracterizar un fenómeno o situación concreta indicando sus rasgos más peculiares o diferenciadores por lo que se refiere al objeto de estudio de examinar un tema o problema poco estudiado. Y del mismo modo el nivel explicativo trata de efectuar un proceso de abstracción a fin de destacar aquellos elementos, aspectos o relaciones que se consideran básicos para comprender los objetos y procesos.

3.3. Población y muestra.

3.3.1. Población.

La población de estudio en la presente investigación los constituyeron todos los magistrados entre jueces, fiscales en materia de familia de la zona judicial de Huánuco durante el año 2015 que suman 12; así como abogados expertos en derecho penal, (36) y finalmente a ciudadanos profesionales de la ciudad de Huánuco (90).

Cuadro de la población de estudio.

Unidad de análisis de la Población	Periodo Año 2015	Sub Total
Magistrados (Entre jueces y fiscales de familia)		12
Abogados (expertos en materia penal)		46
Ciudadanos.		90
	TOTAL	148

Fuente: Observación directa- 2015.

Elaboración: Investigador

3.3.2. Muestra

La Muestra objeto de estudio fue de tipo No Probabilística en variante intencional es decir estuvo a criterio del investigador y lo constituyeron un total de 70 sujetos de estudio como unidades de estudio.

Unidad de análisis de la muestra	Periodo Año 2015	Sub Total
Magistrados (Entre jueces y fiscales de familia)		10
Abogados (expertos en materia penal)		20
Ciudadanos.		40
	TOTAL	70

Fuente: Tabla de la población

Elaboración: Investigador

3.3. Técnicas e instrumentos para la recolección de datos

3.3.1. Para la recolección de datos

Análisis del Registro Documental: Esta técnica sirvió para el análisis doctrinario y teórico del contenido de las diversas obras, así como de los variables libros y jurisprudencias que han sido objeto de estudio.

La Encuesta: Este instrumento se aplicó en función al problema planteado, la hipótesis y las variables identificadas, para lo cual se confeccionó un cuestionario de preguntas, siguiendo los criterios científicos a efectos de recoger la información. Los encuestados fueron todos los sujetos de la muestra.

3.3.2. Para la presentación de datos.

Una vez aplicados los instrumentos de recolección de datos como la encuesta, entrevista, entre otros, se procedió al conteo y al análisis respectivo a través de la estadística descriptiva, considerando la frecuencia y el porcentaje simple; pasándose a realizar la interpretación a partir de nuestro marco teórico y de los mismos resultados para esto proceso utilizamos las tablas y gráficos en forma de barras. La información clasificada y almacenada en la matriz de datos se trasladó a un procesador de sistema computarizado que permitió realizar las técnicas estadísticas apropiadas, para lo cual se debió tener en cuenta el diseño y las diversas pruebas utilizadas. Para la comunicación de los resultados se utilizaron los cuadros de distribución estadística y los gráficos estadísticos simples.

3.3.3. Técnicas para el análisis de la información

Los resultados cuantitativos y cualitativos que obtuvimos de las diversas pruebas estadísticas, del nivel de aceptación y de rechazo que observamos en la hipótesis del trabajo operacional permitieron realizar el análisis e interpretación del nivel científico que fundamentó los resultados parciales y finales.

CAPITULO IV

RESULTADOS

4.1 Procesamientos de datos

En este capítulo se muestran los resultados de la investigación, tanto de la aplicación de las entrevistas, encuesta a los sujetos los mismo que estuvieron constituidos.

4.1.1 Análisis e interpretación de los resultados de las encuestas aplicados a los abogados, magistrados y a los ciudadanos.

En la investigación realizada la encuesta se ha realizado con un total de siete (7) preguntas, y está debidamente relacionada con los objetivos y con el problema de la investigación. Se realizó una muestra de 70 personas elegidas según la metodología. De dicha encuesta se obtuvieron los siguientes resultados:

Tabla N° 01

Tabla que contiene la totalidad del grupo de la muestra.

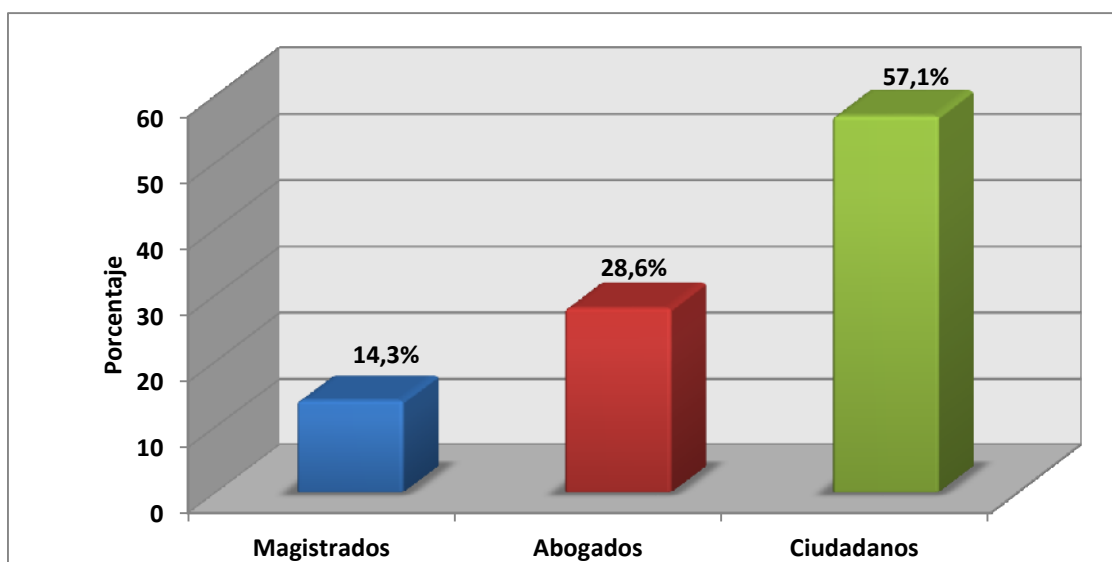
Sujetos de la muestra	Frecuencia	Porcentaje
Magistrados	10	14,3
Abogados	20	28,6
Ciudadanos	40	57,1
Total	70	100,0

Fuente: Archivos según la encuesta realizada

Elaboración Investigador

Gráfico 01

Composición de los sujetos de la muestra de estudio.



Fuente: Tabla N° 01

Elaboración Investigador.

Interpretación.

De acuerdo con la tabla existe un grupo de muestra de 70 encuestados, de los cuales está conformado por:

- Abogados, este grupo representan un (28,6%)
- Magistrados que representan un (14,3 %) de los encuestados
- Ciudadanos que está representado con un (57,1 %)

Tabla N° 02

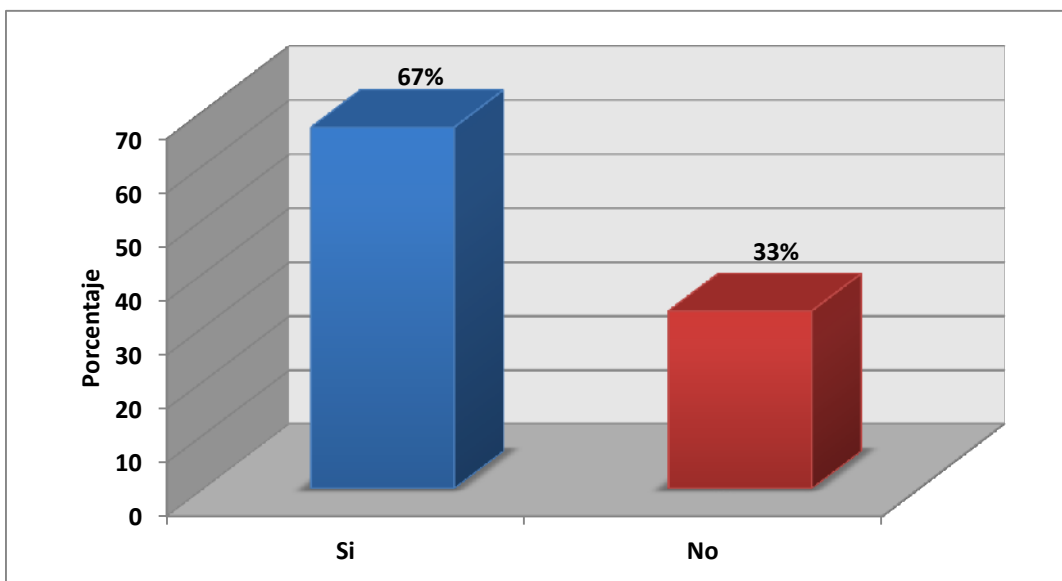
Esta tabla se muestra la consideración de los encuestados respecto si es acertado o no que nuestro Código Penal tipifique la figura del aborto eugenésico.

¿Considera usted acertado que nuestro Código Penal tipifique la figura del aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida?	Frecuencia	Porcentaje
Si	47	67
No	23	33
Total	70	100

Fuente: Encuesta
Elaboración Investigador

Gráfico N° 02

¿Considera usted acertado que nuestro Código Penal tipifique la figura del aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida?



Fuente: Tabla N° 02
Elaboración Investigador.

Interpretación.

Según la tabla número dos sobre la pregunta realizada, los resultados son los siguientes:

- 95 Manifestaron su conformidad, entendiéndose que optaron por la alternativa “Si”, representando el (67 %)
- En contrapartida un grupo de 47 encuestados manifestaron su desacuerdo con la pregunta, entendiéndose que la alternativa “No” representa un (33%).

Tabla N° 03

Muestra la conveniencia o no de despenalizar el aborto eugenésico.

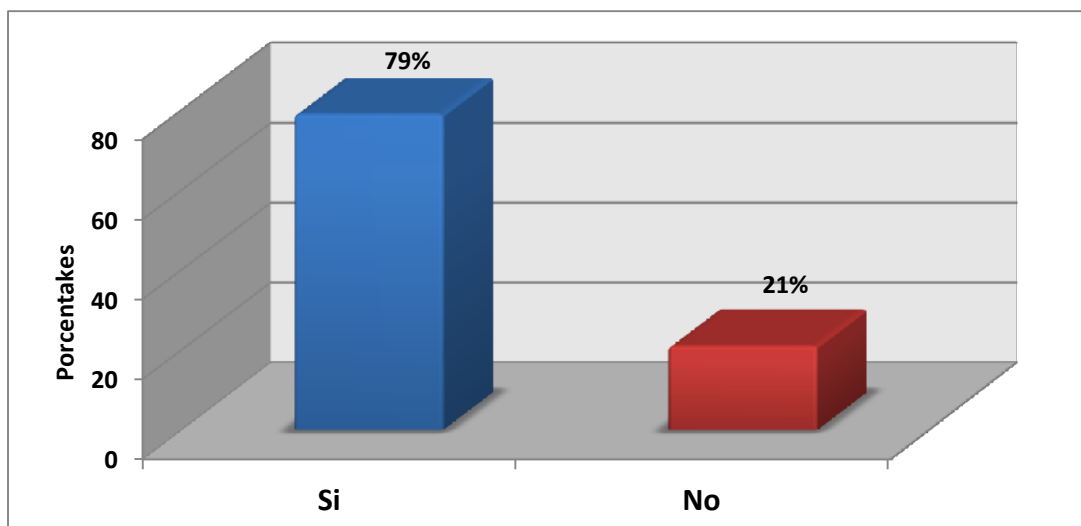
¿Considera usted conveniente despenalizar el tipo penal de Aborto Eugenésico en aquellos casos de embarazos donde el feto presenta malformaciones o taras incompatibles con la vida?	Frecuencia	Porcentaje
Si	55	79
No	15	21
Total	70	100

Fuente: Ficha de encuesta

Elaboración Investigador

Gráfico N° 03

¿Considera usted conveniente despenalizar el tipo penal de Aborto Eugenésico en aquellos casos de embarazos donde el feto presenta malformaciones o taras incompatibles con la vida?



Fuente: Tabla N° 03

Elaboración Investigador.

Interpretación.

Según la tabla número tres sobre la pregunta realizada, los resultados son los siguientes:

- 55 Manifestaron su conformidad, entendiéndose que optaron por la alternativa “Si”, representando el (79 %)
- En contrapartida un grupo de 15 encuestados manifestaron su desacuerdo con la pregunta, entendiéndose que la alternativa “No” representa un (21%).

Tabla N° 04

Muestra la consideración que tienen los encuestados respecto a que si el aborto eugenésico trae como consecuencia la afectación de los derechos fundamentales

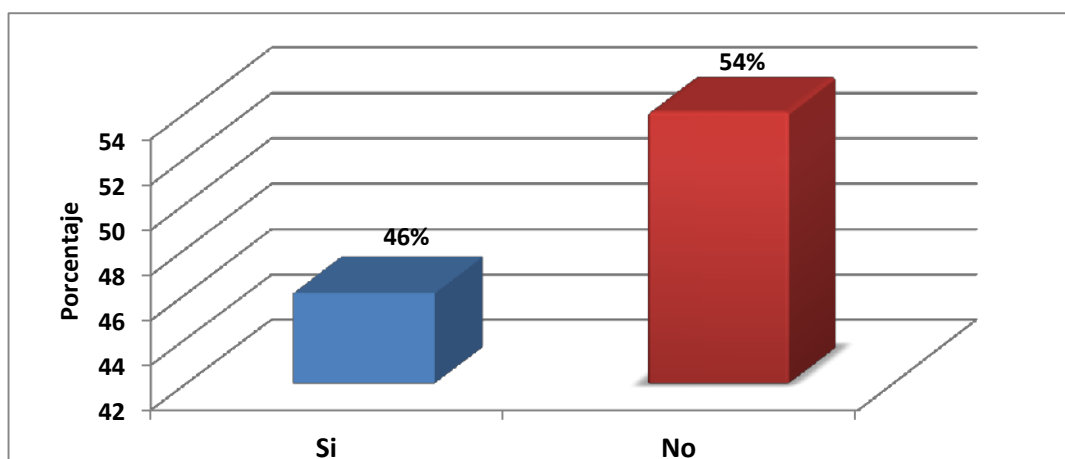
¿Consideras que la despenalización del Aborto Eugenésico en caso de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida, trae como consecuencia la afectación de los derechos fundamentales?	Frecuencia	Porcentaje
Si	32	46
No	38	54
Total	70	100

Fuente: Ficha de encuesta

Elaboración Investigador

Gráfico N° 04

¿Consideras que la despenalización del Aborto Eugenésico en caso de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida, trae como consecuencia la afectación de los derechos fundamentales?



Fuente: Tabla N° 04

Elaboración Investigador.

Interpretación.

Según la tabla número cuatro sobre la pregunta realizada, los resultados son los siguientes:

- 32 Manifestaron su conformidad, entendiéndose que optaron por la alternativa “Si”, representando el (46%)
- En contrapartida un grupo 38 de encuestados manifestaron su desacuerdo con la pregunta, entendiéndose que la alternativa “No” representa un (54 %).

Tabla N° 05

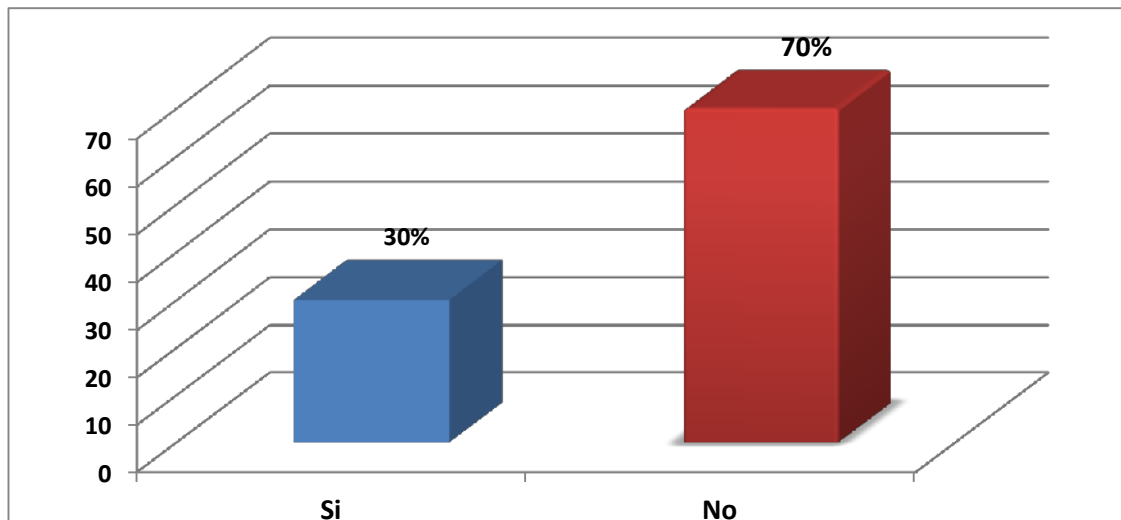
Muestra la opinión de los encuestados respecto a que si nuestro ordenamiento penal toma en cuenta la repercusión que genera en la mujer, el hecho de mantener el embarazo, conociendo que el feto presentará malformaciones o taras incompatibles con la vida.

¿Cree que nuestro Código Penal ha tomado en cuenta la repercusión que genera en la mujer, el hecho de mantener el embarazo, conociendo que el feto presentará malformaciones o taras incompatibles con la vida?	Frecuencia	Porcentaje
Si	21	30
No	49	70
Total	70	100

Fuente: Ficha de encuesta
Elaboración Investigador

Gráfico N° 05

¿Cree que nuestro Código Penal ha tomado en cuenta la repercusión que genera en la mujer, el hecho de mantener el embarazo, conociendo que el feto presentará malformaciones o taras incompatibles con la vida?



Fuente: Tabla N° 05
Elaboración Investigador.

Interpretación: Según la tabla número cinco sobre la pregunta realizada, los resultados son los siguientes:

- 40 Manifestaron su conformidad, entendiéndose que optaron por la alternativa “Si”, representando el (30%)
- En contrapartida un grupo 102 de encuestados manifestaron su desacuerdo con la pregunta, entendiéndose que la alternativa “No” representa un (70 %).

Tabla N° 6

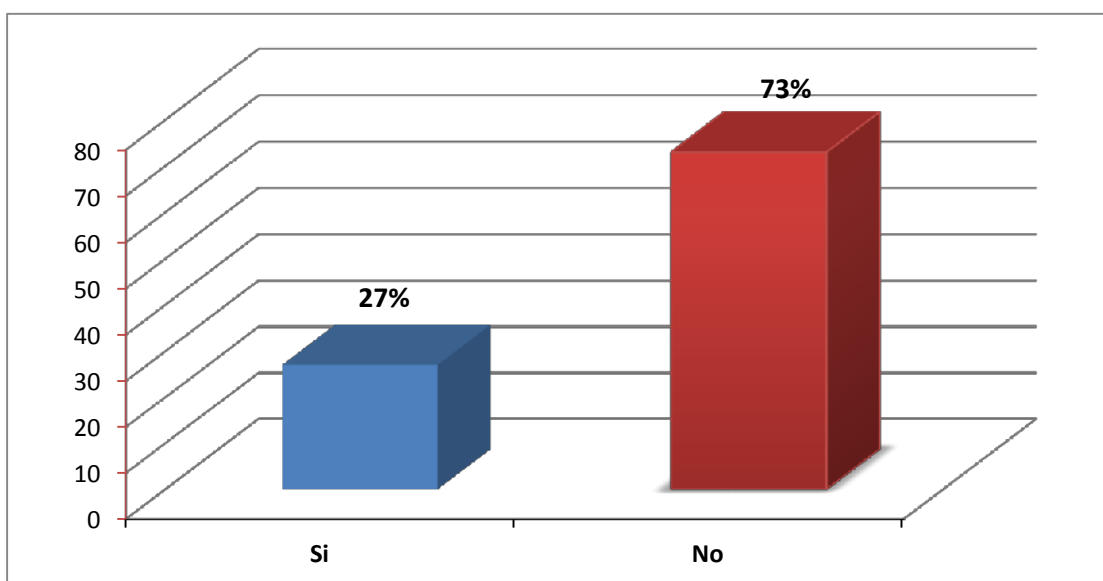
Muestra la opinión de los encuestados respecto a que si nuestro ordenamiento penal protege a la gestante en su salud psicoactiva en casos de embarazos con fetos portadores de malformaciones o taras incompatibles con la vida, al tipificar la figura de aborto Eugenésico.

¿Considera usted que nuestro Código Penal protege a la gestante en su salud psicoactiva en casos de embarazos con fetos portadores de malformaciones o taras incompatibles con la vida, al tipificar la figura de aborto Eugenésico?	Frecuencia	Porcentaje
Si	19	27
No	51	73
Total	70	100

Fuente: Ficha de encuesta
Elaboración Investigador

Gráfico N° 06

¿Considera usted que nuestro Código Penal protege a la gestante en su salud psicoactiva en casos de embarazos con fetos portadores de malformaciones o taras incompatibles con la vida, al tipificar la figura de aborto Eugenésico?



Fuente: Tabla N° 06
Elaboración Investigador.

Interpretación.

Según la tabla número seis sobre la pregunta realizada, los resultados son los siguientes:

- 19 Manifestaron su conformidad, entendiéndose que optaron por la alternativa “Si”, representando el (27 %)
- En contrapartida un grupo de 51 encuestados manifestaron su desacuerdo con la pregunta, entendiéndose que la alternativa “No” representa un (73 %).

Tabla N° 7

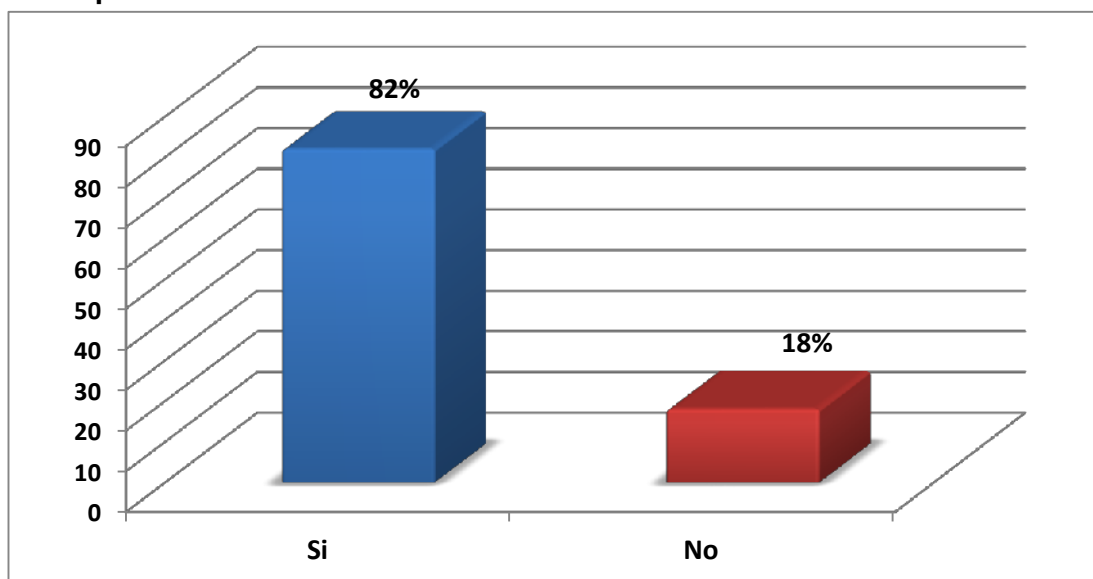
Muestra la aprobación o no que tiene los encuestados respecto a que aprobarían aprobaría la práctica médica de un aborto Eugenésico en aquellos casos en donde la gestante presenta un feto con malformaciones o taras incompatibles con la vida

¿Usted aprobaría la práctica médica de un aborto Eugenésico en aquellos casos en donde la gestante presenta un feto con malformaciones o taras incompatibles con la vida?	Frecuencia	Porcentaje
Si	58	82
No	12	18
Total	70	100

Fuente: Ficha de encuesta
Elaboración Investigador

Gráfico N° 07

¿Usted aprobaría la práctica médica de un aborto Eugenésico en aquellos casos en donde la gestante presenta un feto con malformaciones o taras incompatibles con la vida?



Fuente: Tabla N° 07
Elaboración Investigador.

Interpretación.

Según la tabla número siete sobre la pregunta realizada, los resultados son los siguientes:

- 58 Manifestaron su conformidad, entendiéndose que optaron por la alternativa “Si”, representando el (82 %)
- En contrapartida un grupo de 12 encuestados manifestaron su desacuerdo con la pregunta, entendiéndose que la alternativa “No” representa un (18%).

Tabla N° 08

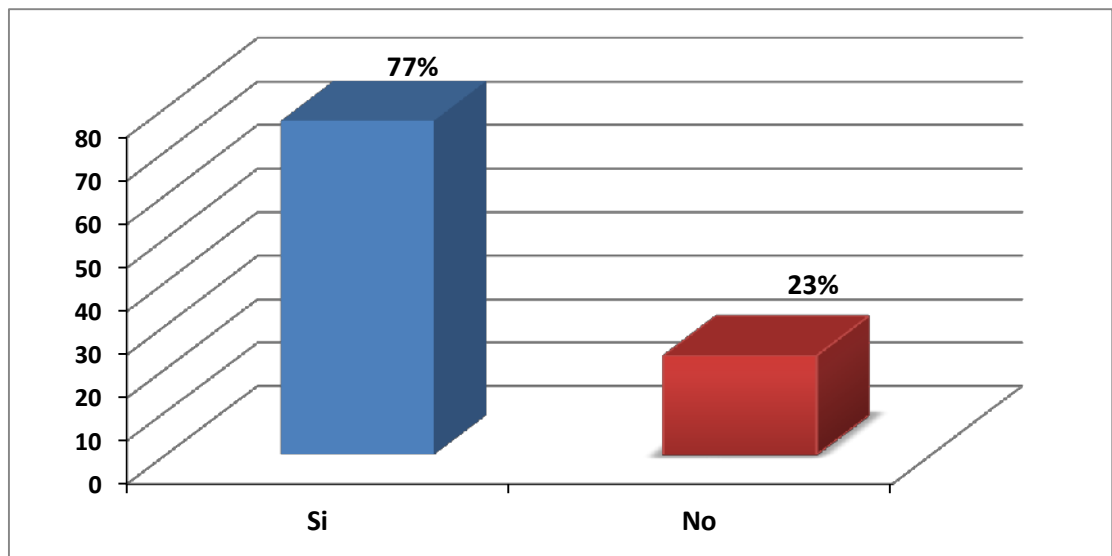
Muestra el criterio que tienen los encuestados respecto a que si resulta prudente dejar a decisión de la madre gestante el continuar con el embarazo aun conociendo medicamente que el fruto de la concepción presenta malformaciones o taras incompatibles con la vida.

¿A su criterio resulta prudente dejar a decisión de la madre gestante el continuar con el embarazo aun conociendo medicamente que el fruto de la concepción presenta malformaciones o taras incompatibles con la vida?	Frecuencia	Porcentaje
Si	54	77
No	16	23
Total	70	100

Fuente: Ficha de encuesta
Elaboración Investigador

Gráfico N° 08

¿A su criterio resulta prudente dejar a decisión de la madre gestante el continuar con el embarazo aun conociendo medicamente que el fruto de la concepción presenta malformaciones o taras incompatibles con la vida?



Fuente: Tabla N° 08
Elaboración Investigador.

Interpretación.

Según la tabla número ocho sobre la pregunta realizada, los resultados son los siguientes:

- 54 Manifestaron su conformidad, entendiéndose que optaron por la alternativa "Si", representando el (77 %)
- En contrapartida un grupo de 16 encuestados manifestaron su desacuerdo con la pregunta, entendiéndose que la alternativa "No" representa un (23%).

Tabla N° 09

Muestra la opinión que tiene los encuestados respecto a que si el derecho penal tiene la capacidad de poder establecer o diagnosticar una malformación física y que sirva de fundamento para legalizar el aborto eugenésico en el Perú

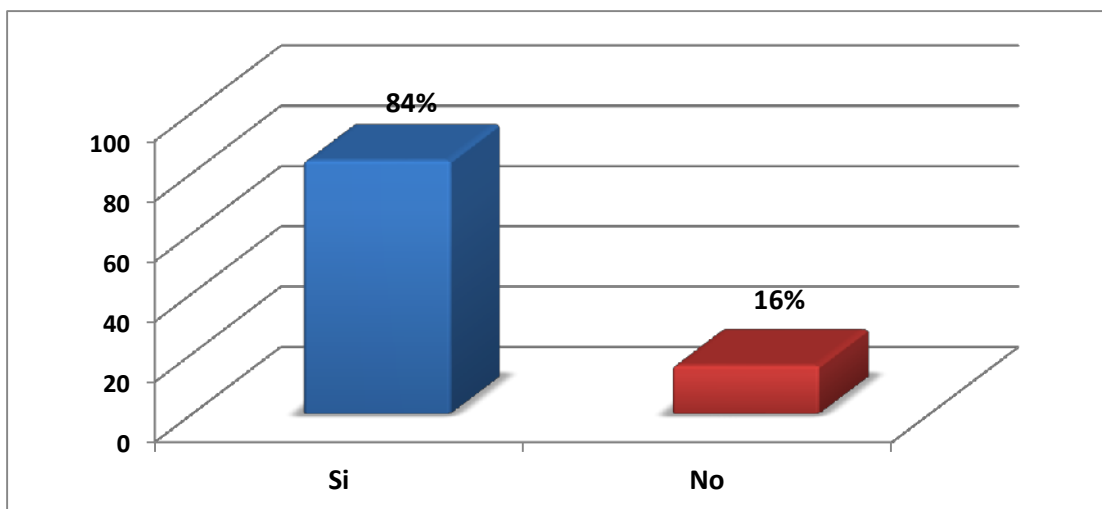
¿A su opinión el derecho penal tiene la capacidad de poder establecer o diagnosticar una malformación física y que sirva de fundamento para legalizar el aborto eugenésico en el Perú?	Frecuencia	Porcentaje
Si	59	84
No	11	16
Total	70	100

Fuente: Ficha de encuesta

Elaboración Investigador

Gráfico N° 09

¿A su opinión el derecho penal tiene la capacidad de poder establecer o diagnosticar una malformación física y que sirva de fundamento para legalizar el aborto eugenésico en el Perú?



Fuente: Tabla N° 09

Elaboración Investigador.

Interpretación.

Según la tabla número nueve sobre la pregunta realizada, los resultados son los siguientes:

- 59 manifestaron que el derecho penal no tiene la capacidad de poder establecer o diagnosticar una malformación física y que sirva de fundamento para legalizar el aborto eugenésico, entendiéndose que optaron por la alternativa “Si”, representando el (84 %)
- En contrapartida un grupo de 11 encuestados manifestaron su desacuerdo con la pregunta, entendiéndose que la alternativa “No” representa un (16%).

Tabla N° 10

Muestra la opinión que tiene los encuestados respecto a que si es correcto o no que el estado o los padres decidan o consideren que una tara o malformación física o psíquica de un no nacido pueda ser el fundamento jurídico para practicar el aborto eugenésico.

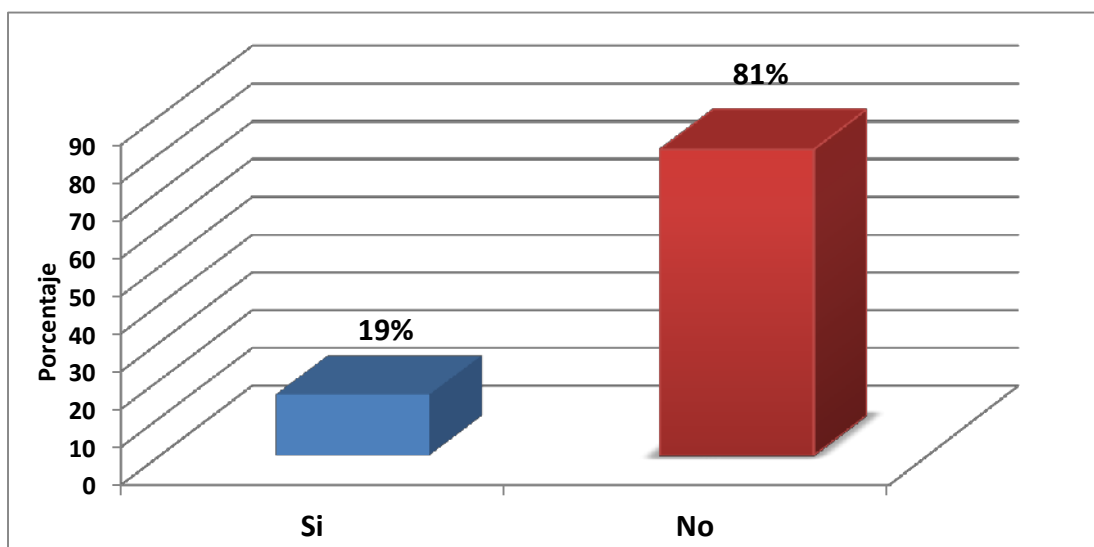
¿Es correcto que el estado o los padres decidan o consideren que una tara o malformación física o psíquica de un no nacido pueda ser el fundamento jurídico para practicar el aborto eugenésico?	Frecuencia	Porcentaje
Si	13	19
No	57	81
Total	70	100

Fuente: Ficha de encuesta

Elaboración Investigador

Gráfico N° 10

¿Es correcto que el estado o los padres decidan o consideren que una tara o malformación física o psíquica de un no nacido pueda ser el fundamento jurídico para practicar el aborto eugenésico?



Fuente: Tabla N° 10

Elaboración Investigador.

Interpretación análisis.

Según la tabla número diez sobre la pregunta realizada, los resultados son los siguientes:

- 13 manifestaron que si es correcto que el estado o los padres decidan o consideren que una tara o malformación física o psíquica de un no nacido pueda ser el fundamento jurídico para practicar el aborto eugenésico, observándose que optaron por la alternativa “Si”, representando solo el (19%)
- En contrapartida un grupo de 11 encuestados manifestaron su desacuerdo con la pregunta, entendiéndose que la alternativa “No” representa un (81%).

CAPITULO V

DISCUSION DE RESULTADOS

5.1. Contrastación de los resultados.

Contrastación con los referentes bibliográficos de las bases teóricas.

La presente investigación presenta en sus bases teóricas fundamentalmente dos enfoques tradicionalmente opuestos respecto a la legalización del aborto sin embargo nos centramos en el marco jurídico y legal para la despenalización del aborto eugenésico en el Perú, donde se comienza explicando casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida. Porque actualmente se viene presentando debates a nivel constitucional en el congreso de nuestro país y ya la Comisión de Constitución rechazó el proyecto de despenalización del aborto en casos de violación, inseminación o transferencia de óvulos no consentida Eugénico. Algunos congresistas insistirán en replantear el debate.

En el diario el comercio el periodista Federico Salazar (2015) en su columna de opinión sostiene que el proyecto rechazado proponía incluir estos casos dentro del aborto no punible. Un aborto no se penaliza cuando se trata de una elección médica extrema entre la vida de la mujer y el nacimiento.

El aborto por violación no puede ser confundido con el aborto terapéutico. Desde el punto de vista estrictamente médico, ese aborto no equivale a salvar una vida en riesgo. “El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”, dice la Constitución. Lo decía, también, la Carta del 79. “Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece”.

Si se quiere despenalizar el aborto por violación, tendría que plantearse una reforma constitucional. Cualquier otro mecanismo chocaría, en última instancia, con este principio consagrado en varias de nuestras Cartas. Una violación con embarazo produce dos víctimas: la mujer violentada en su cuerpo y en su libertad y, además, el concebido en su entera dependencia y fragilidad. El daño que produce una violación es tremendo; el efecto de un embarazo por tal causa, inimaginable. La ley debe responder por los derechos de todos.

Las civilizaciones que han sobrevivido y progresado son las que consagraron el valor de la vida por sobre todos los demás. No podemos decir que la propiedad es inviolable, por ejemplo, si no decimos, antes, que la vida es inviolable.

En este mismo sentido analizando de manera más amplia a partir de lo ya puesto en nuestro marco teórico cabe expresar que debido al avance de la ciencia que nos permite estar ante nuevas situaciones, que puedan implicar acciones que vulneren nuestro marco legal actual, por parte de las madres que se puedan ver ante esta situación.

Los grandes adelantos científicos en el área del diagnóstico patológico prenatal permiten en la actualidad conocer la situación de salud o enfermedad del feto, el más importante y difundido actualmente es la amniocentesis acompañada del examen del estudio del líquido amniótico. En consecuencia, todos estos métodos pueden ser utilizados para el diagnóstico precoz en fetos con malformaciones congénitas incompatibles con la vida y de esta manera ser utilizados para indicar el aborto eugenésico, evitando el nacimiento de niños con malformaciones de este tipo. Es ante estos hechos que nos preguntamos si nuestro marco jurídico va acorde con estos avances

que hoy en día nos ponen en otro contexto, para poder actuar teniendo como respaldo un marco jurídico contemporáneo a estos avances.

En nuestro país, al respecto, desde hace pocos años existe una normativa jurídica establecida en nuestro ordenamiento penal y constitucional, que justifica la penalización del aborto eugenésico, entendiéndose por éste, aquel que se realiza con la intención de eliminar el feto, cuando se puede predecir con probabilidad o certeza que el producto de la concepción nacerá con un defecto o enfermedad. En ese sentido nuestro Código Penal regula en el artículo 120 al respecto del tema: “El aborto será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres meses. 1- Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o, 2.- Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”.

De esta manera podemos apreciar que la ley ha establecido una penalidad cuyo quantum es de tres meses, diremos que en la práctica dicha sanción se puede convertir en una forma de “impunidad” por prescripción de la acción penal para este tipo de delitos, pues según nuestro ordenamiento procesal vigente un proceso penal sumario tiene una duración de noventa días incluido el plazo ampliatorio lo que en la práctica vendría a ser los tres meses.

Estas situaciones jurídicas no escapan a nuestra realidad, tal es así que recientemente en el Perú hemos asistido a la noticia que la comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha sancionado al Estado Peruano por no haber atendido en un hospital público la solicitud para interrumpir el embarazo de una adolescente gestante con un feto anencéfalo en el año 2001. Ella, quién actualmente vive en España, denunció al Estado Peruano por haber sufrido un daño psicológico y moral irremediable.

Son situaciones como las antes mencionadas, las que respaldan y fortalecen nuestra investigación para poder brindar un respaldo legal a la gestante que

se encuentra ante esta situación u otras que se enmarcan dentro de un embarazo con malformaciones o taras incompatibles con la vida.

El embarazo no deseado, que no logra transformarse en una maternidad gratificante, marca psicológicamente a la mujer y deja secuelas en los hijos. Gestar y parir son suceso que transforman totalmente la vida de la mujer, especialmente desde el punto de vista psicoafectivo, de allí la importancia de que el embarazo y la maternidad consecuente, sean el fruto de un acto voluntario, libremente decidido y no producto de una imposición mucho menos aún el resultado de la intolerable intromisión del Estado en la vida de las mujeres. La penalización del aborto eugenésico implica la conculcación de este derecho y convierte el acto de la procreación en una carga onerosa y en una obligación virtualmente impuesto por la ley.

Por el contrario debemos de enfatizar lo que sostiene FAERMAN Romin (2008) "Algunos debates constitucionales sobre los derechos humanos y particularmente el derecho a la vida son situados, como siempre debieron haberlo sido, en el pináculo de la estimativa social y jurídica, estos fundamentos aparecen debilitados como justificativo para la aniquilación deliberada de una vida humana. Ninguna razón eugenésica, social, económica o moral puede fundar tamaño acto de suprema violencia que trunca una vida naciente en pleno desarrollo de sus potencialidades, agravado por la utilización de métodos inusitadamente crueles."

Respecto del aborto eugenésico, considera que esta norma implica dos tipos de violaciones al derecho a la igualdad. Por un lado, genera una grave discriminación situando a los hijos de mujeres violadas dementes en una categoría despreciable, y, por otra parte, discrimina a la "mujer idiota o demente" a quien se le impone por un tercero una intervención traumática sobre su cuerpo impidiéndole la maternidad y su ejercicio.

Afirma que en estos casos estamos frente a una colisión de derechos que sin duda son acreedores de adecuada y eficaz tutela jurídica, debiendo procurarse en primer lugar su armonización y, eventualmente, no resultando posible arribar a este resultado, por la inevitabilidad de la confrontación, debe otorgarse prioridad a la salvaguarda del de mayor jerarquía, aunque

ello conlleve como secuela necesaria el sacrificio del alternativo. Concluye "Queda así reafirmado que en esta temática es nuestra Constitución la suprema juridicidad por lo que sin duda intentar reinstaurar la vigencia el inciso N° 1 del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú, establece el derecho a la vida como un conjunto establecido entre la identidad, su integridad moral, psíquica y física, puesto que la vida don divino que nos ha dado Dios (para los creyentes), integra una serie de derechos que nacen con él, desde que es concebido. De allí que los jueces integran todo este concepto de derechos a fin de establecer aproximadamente lo que necesita el niño desde su concepción para desarrollarse como proyecto de vida.

En sentido contrario, a favor de la constitucionalidad de la norma se alega la afectación a las mujeres que causa obligarlas a llevar adelante un embarazo no deseado cuando fueron víctimas de violación. Esta imposición implica una vulneración a los derechos fundamentales de las mujeres tales como la libertad sexual y reproductiva, la dignidad, la salud, la igualdad y la autonomía, entre otros.

En tal sentido podemos establecer además como discusión los dos enfoques antes ya expresados como son los siguientes.

En contra del aborto: Para el Abogado Eduardo Ore Sosa la Despenalización del aborto tanto en forma general como en el aborto eugenésico en aquellos casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida no son un simple cuestionamiento "moral", sino de un cuestionamiento esencialmente jurídico. Tan errado de reducir las posturas antiabortivas a una cuestión de católicos ultramontanos, como, en sentido inverso, pretender que tras las posiciones abortivas solo se encuentre feministas radicales. Que un sector, grupo o institución asuma una reivindicación, no puede llevar, en mi opinión, a generalizaciones no descalificaciones. Por lo demás, la expresión Derechos Humanos se reserva para aludir a una realidad perjudica: un conjunto de valores morales.

No estoy ante la consideración de un método anticonceptivo, sino ante la intención de despenalizar prácticas abortivas, es decir, la muerte de seres humanos. Existen varias páginas de internet en las que aparecen imágenes

de niños en formación que fueron víctimas de un aborto. Las imágenes son espeluznantes; fetos mutilados, extremidades sueltas, rostros cadavéricos y ensangrentados, miradas de terror congeladas para siempre. Resulta realmente difícil ver estas imágenes por su extrema crudeza, pero quizás sea necesario hacerlo para que de una vez por todas se entienda por qué el aborto es un delito y por qué debe seguir siendo sancionado.

¿Qué decir, finalmente, de aquella madre que mata a su hijo de un año solo porque este tiene alguna discapacidad, fue producto de una violación o porque vive en una situación de miseria?. Ciertamente, matarlo constituiría un grave delito; pero no tiene por qué dejar de serlo, cuando se le mata antes de que nazca.

Para el abogado penalista Luis Miguel Reyna Alfaro, le resulta curioso como en nuestro país aparecen en escena temas de tan candente discusión como el aborto en determinadas coyunturas de conflictividad político – social, cómo las autoridades políticas ponen sobre el tapete temas que si bien son relevantes, no forman parte actual de la agenda político – criminal, en el entendido de que la reforma del Código Penal comporta otros tópicos que por su gran complejidad requieren de un análisis concienzudo, tomando en cuenta las nuevas demandas de la sociedad en el umbral del tercer milenio.

Él advierte que los políticos sacan a debate asuntos tan delicados como el aborto eugenésico, que a lo largo de tantos años no ha producido consenso entre los actores involucrados. Es que hablar de dichos temas a favor implica no solo definir el campo de actuación del ius puniendi estatal, desde el marco de sus principios legitimadores, sino también penetrar en esferas metajurídicas, en la moralidad, la ética, la religión, las convicciones personales, etc. Una serie de ámbitos y compromisos sectoriales que hacen de la discusión discursos marcados por el apasionamiento donde concluyen intereses encontrados. Estos sentimientos convergen y disienten, desencadenando desencuentros, enfrentamientos y debates acalorados, que a el postre oscurece aún más la decisión del legislador, sea en una orientación u otra.

Más allá de todo esto, tengo la firme convicción de que en la defensa de la vida del concebido nos asiste la razón; hay quienes tienen la firme convicción de lo contrario, esto es, de que el aborto es un derecho de la mujer. Sin embargo, en mi opinión con la muerte humana, mediante el aborto, se lo hace para siempre.

Y es el caso que la madre gestante no es titular del derecho a la vida del concebido, ella no puede disponer libremente de esta vida que lleva en sus entrañas. Así el consentimiento de la mujer embarazada no exime de responsabilidad en el delito de aborto. Puesto que no ella la titular del bien jurídico protegido. Como se sabe, el titular del bien jurídico o sujeto pasivo del delito de aborto es el concebido.

Mucho peor si se abre la puerta para la eliminación impune de seres humanos cuando sea probable que nazca con determinadas enfermedades o malformaciones. Desde luego todos deseamos tener hijos sanos y fuertes, pero lo que no se puede permitir en un Estado de Derecho es la eliminación de una vida humana porque exista la posibilidad de que el niño nazca enfermo o discapacitado. No podría haber mayor discriminación, pues a ellos les depararía una menor protección.

Un funcionalista seguramente se preguntaría si esta es la imagen que la sociedad tiene de sí misma. Y en cualquier caso, ¿es esta la sociedad a la que aspiramos?. Ciertamente es que con el fin de dotar de mayores garantías, o para restringir el ámbito de aplicación de esta eximente, en algunas legislaciones se suele exigir que la grave malformación del feto sea incompatible con la vida, es decir se haga inviable su vida. El tema de la viabilidad, sin embargo, no es un tema de exactitud matemática. En mi opinión es un tema que se basa en cálculos probabilísticos que atienden a ciertos factores tales como la edad gestacional y/o el peso. En otras palabras, se puede saber más o menos “cuántos” pero no “quienes” podrán sobrevivir fuera del útero.

Cabe preguntarse, además, cual es la probabilidad de supervivencia del concebido que se exigirá para no acabar impunemente con su vida. ¿Cuánto tiempo se necesita sobrevivir fuera del vientre materno – si es que esto

podiera determinarse para gozar del derecho a la vida? ¿Cuánto tiempo necesitaría sobrevivir el recién nacido para que la madre y algunos médicos no acaben con su vida antes de que nazca? ¿Algunas horas, algunos días, algunos meses, algunos años?. Me reafirmo en la opinión de que el derecho a la vida se protege desde el momento de la concepción. La viabilidad no altera esa realidad. Así pues, acabar con la vida del concebido señalado como “inviabile” constituirá un delito de aborto, y si ya nació, constituirá infanticidio u homicidio, según sea el caso.

El profesor de la Academia de la Magistratura, fiscal provincial titular Alonso R. Peña Cabrera Freyre, para la adaptación de una adecuada y objetiva política contracepcional en nuestro país, debe partirse del reconocimiento de que en la problemática del aborto no le corresponde el principal rol a la legislación penal.

De conformidad con los principios de subsidiariedad y de ultima ratio, debe procurarse la articulación de respuestas estatales insertas en el campo de la política social, que puedan plantear de forma coherente una serie de opciones a las parejas para que puedan elegir el método anticonceptivo más adecuado, en orden a evitar la proliferación de prácticas abortivas que ponen en riesgo la vida de la gestante al realizarse en condiciones empíricas.

El libre acceso a la información sobre la sexualidad, las funciones reproductoras, el control de natalidad, la planificación familiar y los servicios de salud especializados deben formar parte de una adecuada política de prevención.

En la doctrina constitucional, se establece que la vida y la integridad de la mujer se ven seriamente amenazada por embarazos no deseados que terminan en abortos practicados en condiciones clandestinas sin el cumplimiento de las más elementales reglas de higiene. La Organización de las Naciones Unidas ha señalado que la tasa de mortalidad materna podría disminuir entre 20% y 35% si se previenen embarazos involuntarios mediante el acceso a la planificación familiar, el cual constituye un derecho de las personas, de esta manera las parejas tomarían precauciones sin tener

que llegar a ilícitos como el aborto y que contravengan el derecho a la vida del feto.

Ahondando en el tema considero que una cosa es despenalizar el aborto (señalar que no es punible en determinados casos), y otra muy distinta considerar que se trata de un comportamiento valorado positivamente

Por el ordenamiento jurídico. Por más que algún día se llegara a despenalizar el aborto eugenésico acabar con la vida del concebido jamás podrá ser considerado un derecho de la madre gestante. NO hay, pues, tal derecho a abordar, como se han apresurado a sostener algunos grupos feministas.

Esto es fácil de apreciar con un ejemplo: ¿podría válidamente sostenerse que los hijos tienen el derecho de birlar la billetera de sus padres, solo porque no son reprimibles los hurtos entre ascendientes y descendientes? ¿de pronto los ciudadanos tiene derecho a robar pan y fruta de los supermercados porque el sistema penal considere inconveniente perseguir los delitos bagatela?.

El aborto eugenésico en este sentido, siempre constituirá comportamiento valorado negativamente por el ordenamiento jurídico, pues atenta contra un bien jurídico de máxima importancia en cualquier sociedad regida bajo los cánones de un Estado Democrático de Derecho: El Derecho a la Vida.

A favor del aborto: Desde el lado opuesto, encontramos la opinión del autor Marcos Edgardo Azerrad quien argumenta que el progreso del embrión hacia el incremento de la complejidad y de la diferenciación depende también y de manera muy importante del patrón de células y moléculas presentes en la división celular precedente, y para ejemplificarlo indican que en el huevo fertilizado no existe la información genética necesaria para formar órganos como el dedo o el ojo. Por lo demás, hasta las dos semanas posteriores a la fertilización etapa en la que el huevo fecundado se anida en el útero para devenir en un embrión no existirán indicaciones de diferenciación celular, pues “solamente a los 15 días se forma la hendidura neural y las células comienzan a especializarse para formar los diferentes órganos”.

En esta misma línea el autor Guevara Vásquez plantea argumentos como los de la viabilidad o la sensibilidad del feto. El criterio de la viabilidad se pregunta por la posibilidad de vida independiente de la madre, vale decir, por el momento a partir del cual el feto puede ser viable fuera del cuerpo de ésta; el segundo de estos criterios atiende al momento a partir del cual el feto es capaz de sentir, asunto que está vinculado a la etapa en la que el cerebro del feto empieza a manifestar actividad eléctrica. En cualquiera de estos supuestos nos encontraríamos frente a un feto de no menos de tres meses de gestación, aclarando sin embargo que hasta ahora la ciencia no ha podido lograr hacer sobrevivir un feto de menos de 22 semanas de gestación fuera del cuerpo de su madre.

La abogada, especialista en gestión pública y política social Inés Romero Bidegaray, se expresa en cuanto a los objetivos, para dar ejemplos, de salud, vivienda y escuelas, en una sociedad abortiva. Una sociedad que obliga a las mujeres a escoger entre permanecer en el trabajo o interrumpir un embarazo, es una sociedad abortiva; una sociedad que continua permitiendo que se hagan test de embarazo antes de admitir a la mujer a un empleo, es abortiva. Una sociedad que silencia la responsabilidad de los varones y solo culpabiliza a las mujeres, que no respeta sus cuerpos y su historia, es una sociedad excluyente, sexista y abortiva.

Se resalta también lo contradictorio que resulta la postura de quienes desde la sociedad y el Estado defienden el derecho irrestricto a la vida del que ha sido concebido. Plantean que el aborto es el resultado de un acto de puro egoísmo y que es un crimen que debe ser sancionado, pero se desentienden implícita o expresamente de las necesidades de los que finalmente nacen y de quienes no pueden sustraerse a la obligación de darles apoyo material y emocional.

Contrastación con los objetivos y la hipótesis.

Habiéndose formulado como objetivo de la presente investigación, establecer si es pertinente o no mantener la tipificación en el código penal del Aborto Eugénico en los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida.

A la luz de los resultados podemos establecer que no es pertinente esto es en base a lo expuesto por el avance del derecho en materia constitucional y medico toda vez que en materia de derecho penal debe partirse del reconocimiento de que en la problemática del aborto no le corresponde el principal rol a la legislación penal y esto se evidencia en los resultados de la tabla N° 09 en donde se evidencia que el derecho penal no tiene la capacidad de poder establecer o diagnosticar una malformación física y que sirva de fundamento para legalizar el aborto eugenésico.

Además si siquiera los propios padres en razón y derecho, es decir, que no hay norma que los pueda amparar, pueden estos que una tara o malformación física o psíquica de un no nacido pueda ser el fundamento jurídico para practicar el aborto eugenésico. Tabla N° 10.

Empero los encuestados a la pregunta ¿Considera usted acertado que nuestro Código Penal tipifique la figura del aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida? La mayoría dice que sí, que el código penal es acertado cuando lo tipifica. Tabla N° 02. Con ello vemos que por un lado desde el punto de vista objetivo considera que esta bien tipificarlo pero desde un punto de vista más jurídico y medico establecen que no hay fundamento para aplicarlo constituyéndose así una norma sin efecto en la realidad, por ello cae en un debate infructuoso el mantenerlo en nuestro ordenamiento penal como un tipo penal; es por ello que un porcentaje considerable de encuestados sostiene que ya no es conveniente despenalizar el tipo penal de Aborto Eugenésico en aquellos casos de embarazos donde el feto presenta malformaciones o taras incompatibles con la vida (Tabla N° 03).

En cuando a logro de los objetivos específicos cabe señalar que efectivamente nuestro código penal no ha tomado los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida al tipificar la figura de Aborto Eugenésico porque estos casos son muy diversos y caeríamos en la casuística y la casuística no se puede normar jurídicamente.

En el mismo sentido se puede establecer la necesidad de contemplar nuevas consideraciones en nuestro código penal excluyendo la tipificación del Aborto Eugenésico en aquellos casos de embarazos con malformaciones

o taras incompatibles con la vida, esto por el avance de la medicina y de los grandes adelantos científicos en el área del diagnóstico patológico pre natal permiten en la actualidad conocer la situación de salud o enfermedad del feto, en consecuencia, todos estos métodos pueden ser utilizados para el diagnóstico precoz en fetos con malformaciones congénitas incompatibles con la vida y de esta manera ser utilizados para indicar el aborto eugenésico, evitando el nacimiento de niños con malformaciones de este tipo. Es ante estos hechos comprobamos que nuestro marco jurídico no va acorde con estos avances que hoy en día nos ponen en otro contexto, para poder actuar teniendo como respaldo un marco jurídico contemporáneo a estos avances.

Al momento de identificar y analizar los derechos fundamentales de la persona humana que son afectados con una posible dación de despenalización del aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles para la vida en el Perú, debemos antes considerar algún aspecto como el embarazo no deseado, que no logra transformarse en una maternidad gratificante, marca psicológicamente a la mujer y deja secuelas en los hijos. Gestar y parir son suceso que transforman totalmente la vida de la mujer, especialmente desde el punto de vista psicoafectivo, de allí la importancia de que el embarazo y la maternidad consecuente, sean el fruto de un acto voluntario, libremente decidido y no producto de una imposición mucho menos aún el resultado de la intolerable intromisión del Estado en la vida de las mujeres. La penalización del aborto eugenésico implica la conculcación de este derecho y convierte el acto de la procreación en una carga onerosa y en una obligación virtualmente impuesto por la ley, el reflejo de lo acotado lo observamos en la tabla N° 04.

Es necesario traer a debate sobre esta problemática el enfoque medico especializado en salud materno infantil a fin de recibir un fuente en la que las decisiones del juzgador tenga un asidero científico y moral.

Por tanto lo formulado en nuestra hipótesis se son aceptadas en esta investigación por cuando tanto el marco teórico y los resultados obtenidos nos otorga sustento para aceptarlo tal como ha sido planteado ya que las consideraciones jurídicas deben precisarse y actualizarse de acuerdo a los avances médicos, con la finalidad de una correcta tipificación del aborto

eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida, para resolver adecuadamente la despenalización del aborto en estos casos.

Conclusiones.

Del trabajo de campo efectuado en la ejecución de la tesis se concluye:

- Nuestro código penal no ha tomado los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida al tipificar la figura de Aborto Eugenésico.
- Hay la necesidad de contemplar nuevas consideraciones en nuestro código penal excluyendo la tipificación del Aborto Eugenésico en aquellos casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida por el avance de la medicina y de los grandes adelantos científicos en el área del diagnóstico patológico pre natal que ahora permiten conocer la situación de salud o enfermedad del feto, evitando el nacimiento de niños con malformaciones.
- Evidenciamos que los derechos fundamentales de la persona humana son afectados con el aborto eugenésico ya nuestra Constitución es determinante al establecer con suprema juridicidad la vigencia el inciso N° 1 del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú, establece el derecho a la vida como un conjunto establecido entre la identidad, su integridad moral, psíquica y física, puesto que la vida don divino que nos ha dado Dios (para los creyentes), integra una serie de derechos que nacen con él, desde que es concebido. De allí que los jueces integran todo este concepto de derechos a fin de establecer aproximadamente lo que necesita el niño desde su concepción para desarrollarse como proyecto de vida.
- Se concluye que la despenalización del aborto eugenésico casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida, trae como consecuencia la afectación de los derechos fundamentales de la persona, como el derecho a la vida.
- El derecho penal ni los padres del concebido no pueden en derecho justificar o sustentar el aborto de un niño con malformaciones o taras.

- Actualmente los avances científicos contemporáneo nos brindan cada vez más opciones y un mayor respaldo médico especializado para un diagnóstico preciso y de certeza en caso de estar frente a un embarazo con un feto que presente malformaciones o taras incompatibles con la vida, por lo cual se debe derogar desde el marco del código penal la práctica médica de un aborto eugenésico. Algunos debates constitucionales sobre los derechos humanos y particularmente el derecho a la vida son situados, como siempre debieron haberlo sido, en el pináculo de la estimativa social y jurídica, estos fundamentos aparecen debilitados como justificativo para la aniquilación deliberada de una vida humana. Ninguna razón eugenésica, social, económica o moral puede fundar tamaño acto de suprema violencia que trunca una vida naciente en pleno desarrollo de sus potencialidades, agravado por la utilización de métodos inusitadamente crueles.

Recomendaciones

1. El estado debe disponer en el presupuesto de la republica una partida, destinada a colaborar tanto a nivel económico, psicológico y espiritual a las mujeres embarazadas que presentan malformaciones o taras físicas incompatibles con la vida, para que tenga un equipo de expertos que le ayuden a superar y afrontar el trauma por el que están pasando.
2. A los docentes de las universidades a promover el derecho irrestricto de la vida pues las civilizaciones que han sobrevivido y progresado son las que consagraron el valor de la vida por sobre todos los demás. No podemos decir que la propiedad es inviolable, por ejemplo, si no decimos, antes, que la vida es inviolable.
3. A los magistrado tanto jueces y fiscales en materia penal y familiar procuren recurrir al avance científico en el área del diagnóstico patológico pre natal permiten en la actualidad conocer la situación de salud o enfermedad del feto, el más importante y difundido actualmente es la amniocentesis acompañada del examen del estudio del líquido amniótico. En consecuencia, todos estos métodos pueden ser utilizados para el diagnóstico precoz en fetos con malformaciones congénitas incompatibles con la vida y de esta manera ser utilizados para indicar mejorar la calidad de vida y evitar así un aborto eugenésico, lo que además evita el nacimiento de niños con malformaciones de este tipo.
4. A los ciudadanos que profundicen respecto del aborto eugenésico, ya que esta norma implica dos tipos de violaciones al derecho a la igualdad. Por un lado, genera una grave discriminación situando a los hijos de mujeres violadas dementes en una categoría despreciable, y, por otra parte, discrimina a la "mujer idiota o demente" a quien se le impone por un tercero una intervención traumática sobre su cuerpo impidiéndole la maternidad y su ejercicio.

Referencia bibliográfica

1. ANDORNO, Roberto. (998) "Bioética y dignidad de la persona". Editorial Tecno. Madrid-España.
2. AZERRAD, Marcos Edgardo (2008) "Aborto: Despenalización o no, un debate necesario", edición Mendoza.
3. BACIGALUPO, Enrique (2010) "El Homicidio y Aborto en la Legislación Peruana".
4. BERNALES Ballesteros, Enrique (1987) "La Constitución de 1993 Análisis Comparado", Editora Rao, Cuarta Edición. Lima.
5. BOTELLA Llusía, José.(1993) "Tratado de Ginecología". Madrid: ediciones Díaz de Santos ISBN: 84-7978-092-4
6. CÓDIGO PENAL. (2014) "Edición actualizada", Juristas Editores-Septiembre.
7. CORONEL, Juan Carlos (1999) "Interrupción del Embarazo en la Anencefalia y Violación"
8. CUELLO Calón, Eugenio.(1955) Tres temas penales: "El Aborto Criminal", "El Problema Penal de la Eutanasia y el Aspecto Penal de la Fecundación Artificial "Barcelona; Bosh"
9. DORLAND. (1979) "Diccionario de Ciencias Médicas Dorland" Editorial "EL ATENEO" S.A. Barcelona, España
10. DWORKIN, Ronald. (1994) "El Dominio del Derecho a la Vida". "Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual" versión Española de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres. Editora Ariel. Barcelona, España.
11. FAERMAN Romin (2008) "Algunos debates constitucionales sobre el aborto editorial Lexis Nexis. Universidad de Buenos Aires. Dirección electrónica: http://www.robertexto.com/archivo12/debates_aborto.htm 12/12/2015
12. FARREL, Martín Diego.(1994) "La Ética del Aborto y la Eutanasia". (DIRECTA)
13. GIMÉNEZ, Oscar Marcelo (2006) "Despenalización del Aborto: Entre la Religión y el Estado". Córdoba, editorial Lener S.R.L.

14. HERRERA, Jaramillo, Francisco José. (1999) "El Derecho a la Vida y el Aborto". Santa Fe de Bogotá: Universidad del Rosario ISBN: 9589203647.
15. HITTERS, Juan. (1991) "Derecho Internacional de los Derechos Humanos" Editorial Trillas España.
16. HURTADO Pozo, José (1999) "Manual de Derecho Penal Parte Especial" 1.Homicidio. 2da Ed. Editorial Juris. Lima-Perú.
17. HURTADO Pozo, José (1999) "Manual de Derecho Penal Parte General", segunda edición Lima.
18. MASSAGLIA, María Valeria (2005) "El Aborto", pág. 13, publicado por la editorial Lajouane, diciembre.
19. MENDOZA, Celina Lertora y FERNÁNDEZ LEMOINE, María Rosa. (1995) "Aborto un Problema a Discutir". Buenos Aires
20. MORENO Umaña, Jaime (2006) "El Aborto lo que debemos saber, lo que podemos hacer". Bogota: Paulinas Org. ISBN: 958669499-2.
21. NIETO, José (1983) "Aborto y Antropología: Una reflexión Crítica", en revista de occidente N° 26, Madrid.
22. ORDOQUI Castilla, Gustavo (1994) "Daños y Perjuicios Causados al Concebido aún no Nacido". Montevideo: Acali Editorial.
23. ORTIS Leal, Fabio (1978) "El Derecho a la vida". Tesis de Grado. Editora Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.
24. OSORIO, Manuel (2003) "Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales". Argentina: Editorial Heliasta SBN: 950
25. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. (2003) "Materiales de Enseñanza del curso de Derecho Constitucional 2". PUCP, Publicaciones para la docencia Lima, Perú.
26. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992) "Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española". Editorial Espasa Calpe S.A.. Vigésima Primera. Edición, Madrid.
27. RENTERÍA Díaz, Adrián (2001) "El Aborto entre La Moral y El Derecho". México: Universidad Autónoma de Ciudad Juárez ISBN: 968784535X.
28. ROMEO Casanoba, Carlos (1994) "El Derecho y la Bioética ante los límites de la Vida Humana", GRIJLEY, Granada

29. TOMAS-VALIENTE Lanuza, Carmen (1999) “La Disponibilidad de la Propia Vida en el Derecho Penal”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid. España.
30. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1986) “Manual de Derecho Penal i, Parte General”. Ediciones Jurídicas.

ANEXOS

Dirigido a los jueces penales, abogados penalistas y ciudadanos profesionales de la zona judicial de Huánuco, 2015.

Título: La despenalización del aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles para la vida en el Perú, 2015.

Instrucciones: Las respuestas serán confidenciales y anónimas. Marcar con una X, la respuesta que considere más adecuada o correcta. Por favor conteste todas las preguntas. Gracias por su valiosa contribución a este trabajo de investigación jurídica.

Items.

1. Es usted:
Abogado () Juez penal ()
Fiscal penal () Ciudadano/a ()
2. ¿Considera usted acertado que nuestro Código Penal tipifique la figura del aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida?
Si () NO ()
3. ¿Considera usted conveniente despenalizar el tipo penal de Aborto Eugenésico en aquellos casos de embarazos donde el feto presenta malformaciones o taras incompatibles con la vida?
Si () NO ()
4. ¿Consideras que la despenalización del Aborto Eugenésico en caso de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida, trae como consecuencia la afectación de los derechos fundamentales?
Si () NO ()
5. ¿Cree que nuestro Código Penal ha tomado en cuenta la repercusión que genera en la mujer, el hecho de mantener el embarazo, conociendo que el feto presentará malformaciones o taras incompatibles con la vida?
Si () NO ()
6. ¿Considera usted que nuestro Código Penal protege a la gestante en su salud psicoactiva en casos de embarazos con fetos portadores de malformaciones o taras incompatibles con la vida, al tipificar la figura de aborto Eugenésico?
Si () NO ()
7. ¿Usted aprobaría la práctica médica de un aborto Eugenésico en aquellos casos en donde la gestante presenta un feto con malformaciones o taras incompatibles con la vida?
Si () NO ()
8. ¿A su criterio resulta prudente dejar a decisión de la madre gestante el continuar con el embarazo aun conociendo medicamente que el fruto de la concepción presenta malformaciones o taras incompatibles con la vida?
Si () NO ()
9. ¿A su opinión el derecho penal tiene la capacidad de poder establecer o diagnosticar una malformación física y que sirva de fundamento para legalizar el aborto eugenésico en el Perú?
Si () NO ()
10. ¿Es correcto que el estado o los padres decidan o consideren que una tara o malformación física o psíquica de un no nacido pueda ser el fundamento jurídico para practicar el aborto eugenésico?
Si () NO ()

Gracias

MATRIZ DE CONSISTENCIA (Anexo 01)

TITULO: LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EUGENESICO EN CASOS DE EMBARAZOS CON MALFORMACIONES O TARAS INCOMPATIBLES PARA LA VIDA EN EL PERU, 2015

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	INDICADORES
<p>Formulación general ¿Cuán conveniente es que el código penal mantenga la tipificación del Aborto Eugenésico (Art, 12 Inciso 2) en los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida en el Perú, 2015??</p> <p>Formulaciones específicas</p> <p>A. ¿Cuáles son los fundamentos socio jurídicos que se debe de tener en cuenta en los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida para tipificar el tipo penal de Aborto Eugenésico?</p> <p>B. ¿Es conveniente sancionar a las mujeres gestantes que han sido informadas medicamente sobre el estado de su gestación presenta malformaciones o taras incompatibles con la vida?</p> <p>C. ¿Qué criterios médicos y legales se deben tener en cuenta para establecer que un informe médico méritua la práctica de un aborto es terapéutico y cuándo es eugenésico?</p>	<p>Objetivo General Establecer la conveniencia o no que el código penal mantenga la tipificación del Aborto Eugenésico (Art, 12 Inciso 2) en los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida en el Perú, 2015.</p> <p>Objetivos Específicos</p> <p>A. Determinar los fundamentos socio jurídicos que se debe de tener en cuenta en los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida para tipificar el tipo penal de Aborto Eugenésico</p> <p>B. Establecer si sigue siendo conveniente o no sancionar a las mujeres gestantes que han sido informadas medicamente sobre el estado de su gestación presenta malformaciones o taras incompatibles con la vida</p> <p>C. Identificar qué criterios médicos y legales se deben tener en cuenta para establecer que un informe médico méritua la práctica de un aborto es terapéutico y cuándo es eugenésico.</p>	<p>Hipótesis General Si se sigue manteniendo en el código penal la tipificación del Aborto Eugenésico (Art, 12 Inciso 2) en los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida entonces se seguirá vulnerando el derecho a la libertad decisión de la madre gestante en el Perú.</p> <p>Hipótesis Específicas</p> <p>A. La despenalización del Aborto Eugenésico en los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida deben fundamentarse en que evita la vulneración de ciertos derechos fundamentales de la persona como el derecho a la libertad a la no discriminación.</p> <p>B. No es conveniente sancionar a las mujeres gestantes que han sido informadas medicamente sobre el estado de su gestación presenta malformaciones o taras incompatibles con la vida.</p> <p>C. No existe criterios firmes y certeros en los informe médicos que ameriten con seguridad la práctica la práctica de un aborto por razones terapéuticas o eugenésico</p>	<p>1. VARIABLE INDEPENDIENTE. (X) El aborto Eugenésico</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE (Y) La despenalización</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Principios médicos orientados a la despenalización. • Principios jurídicos orientados a la despenalización. • Consideraciones jurídicas para casos específicos de aborto eugenésico en embarazos con malformaciones. • Legalidad del aborto eugenésico. • Consecuencias jurídicas para la madre en cuanto al aborto eugenésico. • Casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida. • fundamentos legales para la despenalización • Principios médicos orientados a la despenalización. • Consideraciones jurídicas para casos específicos de aborto eugenésico en embarazos con malformaciones. • Legalidad del aborto eugenésico. • -Consecuencias jurídicas • Nivel de afectación a derechos fundamentales