



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

Tipificación del aborto culposo y lesiones culposas al concebido en
el Código Penal Peruano

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

Abogado

AUTOR:

Pinday Coronado, Juan Francisco (orcid.org/0000-0002-8299-8710)

ASESOR:

Abg. Villalta Urbina, Leonel (orcid.org/0000-0002-2624-7592)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derecho Penal, Procesal Penal, Sistema de Penas, Causas y Formas del
Fenómeno Criminal

LÍNEA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA:

Enfoque de género, inclusión social y diversidad cultural

PIURA – PERÚ

2022

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación lo dedico principalmente a Dios, por ser el inspirador y el que me proporciona la fuerza para continuar en este proceso de obtener uno de los anhelos más deseados.

A mis padres, por su amor, trabajo y sacrificio en educarme, encaminarme y mentalizarme lo importante que es el estudio, gracias a su motivación he logrado llegar hasta aquí y convertirme en lo que soy.

A mi esposa e hijas en estar siempre presentes y darme el apoyo moral, a lo largo de esta etapa de mi vida.

Mis hermanos por motivarme a efectivizar este proyecto.

A todas las personas que me han apoyado y han hecho que el trabajo se realice y se concluya con éxito, en especial a aquellos que me abrieron las puertas y compartieron sus conocimientos.

AGRADECIMIENTO:

Agradezco a Dios por bendecirme la vida, mi existencia, tener una familia y por darme la oportunidad de lograr lo hasta ahora logrado, por guiarme a lo largo de mi existencia, por ser el apoyo y fortaleza en aquellos momentos de dificultad y de debilidad.

Gracias a mis padres, a mi esposa e hijas, por ser las grandes impulsadoras de mis anhelos y expectativas.

A mis hermanos y a aquellas personas que me han apoyado incondicionalmente, por sus palabras de aliento, apoyo moral, para no desmayar en cumplir mis metas.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado:

Es un gran honor para el tesista, presentar a vuestra consideración su trabajo de investigación que lleva por título: TIPIFICACIÓN DEL ABORTO CULPOSO Y LESIONES CULPOSAS AL CONCEBIDO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO; la cual es de carácter descriptivo y se ajusta a los parámetros establecidos por la Universidad César Vallejo. Espero cumplir con los requisitos señalados y estoy apto a aceptar las observaciones que se realicen a mi estudio que de seguro enriquecerán el mismo.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

| | Pág. |
|---|-----------|
| Dedicatoria | ii |
| Agradecimiento | iii |
| Presentación | iv |
| Índice de contenidos | v |
| RESUMEN | vii |
| ABSTRACT | ix |
| I. INTRODUCCIÓN | 01 |
| II. MÉTODO | 23 |
| 2.1. Diseño de investigación. | 23 |
| 2.2. Escenario de estudio. | 23 |
| 2.3. Participantes. | 23 |
| 2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos. | 24 |
| 2.5. Método de análisis de información. | 24 |
| 2.6. Procedimiento. | 26 |
| 2.7. Validez y confiabilidad | 29 |
| 2.8. Aspectos éticos | 30 |
| III. RESULTADOS | 31 |
| 3.1. Descripción e interpretación de los resultados | 31 |
| 3.2. Descripción de los resultados de la entrevista | 42 |

| | | |
|------------|------------------------|-----------|
| IV. | DISCUSIÓN | 44 |
| 4.1. | Objetivo específico 1. | 44 |
| 4.2. | Objetivo específico 2. | 47 |
| 4.3. | Objetivo específico 3. | 48 |
| V. | CONCLUSIONES | 50 |
| VI. | RECOMENDACIONES | 51 |
| | REFERENCIAS | 52 |
| | ANEXOS | 55 |

RESUMEN

La presente investigación que lleva por título TIPIFICACIÓN DEL ABORTO CULPOSO Y LESIONES CULPOSAS AL CONCEBIDO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO, busca contribuir a la solución de un problema jurídico real y actual como lo es el del aborto culposo y lesiones culposas que se le ocasionan al concebido ya que por falta de tipificación en el código penal no es posible sancionarlas penalmente pese a la gravedad de la conducta que afecta la vida humana dependiente o que causa daños a salud del concebido, daños que muchas veces son irreparables.

Como es de conocimiento público, son muchas mujeres gestantes que pierden la vida, pierden a su bebe o éste queda con graves lesiones como consecuencia de una negligencia médica, tal como se puede observar en los noticieros o diarios de circulación nacional. Estos casos son considerados lesiones culposas u homicidio culposo, pero solo en agravio de la gestante y no en agravio del concebido ya que en nuestro Código sustantivo no están previstos como delito el aborto culposo y las lesiones culposas al concebido. A juicio del tesista no se está dando a la vida y salud del concebido la protección que merecen, por lo que es necesario que el legislador corrija esta deficiencia.

La vida y salud del concebido están protegidos por el ordenamiento jurídico, pues conforme lo declara nuestra Carta Magna, “el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorezca”; sin embargo, como se advierte en la legislación penal, estos bienes jurídicos solo están protegidos ante conductas dolosas, así se ve en los artículos 114° a 120° del Código sustantivo que regulan las modalidades del delito de aborto todas ellas son dolosas y solo una es preterintencional, no existe un tipo penal de aborto culposo; y en el caso del artículo 124-A, se sancionan las lesiones dolosas al concebido pero no hay un tipo penal que sancione las lesiones culposas. Esto como es evidente genera un vacío de impunidad que a nuestro criterio debe corregirse; por ello es que esta investigación tiene como objetivo determinar los fundamentos jurídicos para que se tipifique el delito de aborto culposo y lesiones culposas al concebido.

Palabras clave: Salud, vida humana dependiente, aborto culposo, lesiones culposas al concebido, delito.

ABSTRACT

The present investigation, which is entitled TIPIFICATION OF THE CULPOSED ABORTION AND INCIDENT INJURIES TO THE CONCEPTED IN THE PERUVIAN CRIMINAL CODE, seeks to contribute to the solution of a real and current legal problem such as that of the guilty abortion and guilty injuries that are caused to the conceived since, due to lack of typing in the penal code, it is not possible to penalize them in spite of the seriousness of the behavior that affects the dependent human life or that causes damage to the health of the conceived, damages that are often irreparable.

As is public knowledge, there are many pregnant women who lose their lives, lose their baby or he is seriously injured as a result of medical negligence, as can be seen in the news or newspapers of national circulation. These cases are considered guilty injuries or wrongful death, but only to the detriment of the pregnant woman and not to the detriment of the conceived since in our substantive Code the guilty abortion and the guilty lesions to the conceived are not provided as a crime. In the opinion of the thesis the life and health of the conceived person is not being given the protection they deserve, so it is necessary for the legislator to correct this deficiency.

The life and health of the conceived are protected by the legal system, because as stated in our Magna Carta, "the conceived is subject of law in everything that favors him"; However, as noted in criminal law, these legal assets are only protected against malicious behavior, as seen in articles 114 to 120 of the Substantive Code that regulate the modalities of the crime of abortion, all of them are malicious and only one it is pre-intentional, there is no criminal type of wrongful abortion; and in the case of article 124-A, the malicious injuries to the conceived are sanctioned but there is no criminal type that punishes the guilty injuries. This, as is evident, generates a vacuum of impunity that in our opinion must be corrected; this is why this investigation aims to determine the legal basis for criminalizing the crime of miscarriage and wrongful injury to the conceived.

Keywords: Health, dependent human life, wrongful abortion, guilty injuries to the conceived, crime.

I. INTRODUCCIÓN.

Toda investigación se realiza una vez que se haya identificado una realidad problemática que tenga relevancia para que se le dedique tiempo y recursos a efecto de proponer alternativas de solución, en este sentido, diremos que la muerte culposa o lesiones culposas al procreado son conductas que se presentan con mucha frecuencia pero que no son consideradas como delito.

Si realizamos un breve repaso por los diarios o los noticieros o revisamos algunas páginas de internet, observaremos una gran cantidad de noticias relacionadas a negligencias médicas en las que se ven involucradas mujeres embarazadas y parturientas, por ejemplo, el caso de Rosa Isabel Chero Padilla de 27 años de edad quien encontrándose de seis meses de gestación no fue atendida oportunamente en el Hospital de Sullana y como consecuencia de ello, falleció ella y su hijo; el caso de Vanessa Gómez, quien tenía ocho meses de gestación y no fue atendida en el Hospital Alcides Carrión y como consecuencia falleció el bebe; el caso de Andrea Hidalgo Aguilar quien tenía siete meses de gestación y por un mal diagnóstico falleció ella y su hijo; el caso de Evelyn Isuiza quien en su octavo mes de embarazo, y no se le atendió en la Maternidad de Lima; falleciendo su hijo; el caso del Hospital Las Mercedes en Chiclayo es especial, ya que en un corto tiempo se presentaron cinco casos de negligencia médica con resultado de lesiones al concebido y muerte que dieron origen a una investigación a nivel fiscal, etc. Todos los casos antes mencionados, son tratados penalmente como lesiones graves a la gestante y en caso de muerte de ésta como homicidio culposo, pese a que como observamos no solo se lesiona la vitalidad individual o vida de la persona gestante, sino que, se afecta la salud del concebido y la existencia de éste; sin embargo, por una falta de tipificación no se puede considerar como delito la muerte ni las lesiones culposas del concebido.

Conforme se observa en los artículos de la ley penal referidos al delito de aborto, éstos se cometen a título de dolo; en otras palabras, el agente conoce que su proceder causa la muerte del fruto de la concepción y dirige su accionar a lograr ese objetivo. No existe una modalidad culposa del delito de aborto, lo que significa que, si al

producirse la muerte del procreado por la transgresión de un deber de cuidado no es posible sancionar penalmente al responsable, solo se sancionarían las Lesiones que se le causen a la gestante. De igual manera ocurre con el delito de Lesiones al procreado previsto en el artículo 124-A que es un tipo penal doloso.

A nivel internacional se han realizado estudios previos sobre el aborto y las Lesiones culposas al creado; así; es así que citamos la Tesis doctoral de Ana María Ocón Cabría, titulada: “El aborto: Aspectos Filosóficos, Éticos y Jurídicos” la autora concluye - que el tratamiento que se le dé al tema del aborto no debe enfocarse solo desde el aspecto normativo; sino que deben valorarse los aspectos sociales, éticos, políticos, económicos, etc. El ser humano merece ser protegido antes y después del nacimiento y que los avances de la ciencia médica permiten precisar cuándo empieza la vida y desde cuándo debe ser protegida, que no existe una confrontación entre el derecho a existir y el derecho a la libertad y privacidad de la mujer; que por el contrario estas se complementan entre sí; que, el aborto trae a la mujer una serie de secuelas negativas para su salud física, psicológica, sexual y emocional; por lo cual , se debe promover una educación integral que, busque el crecimiento personal en todos los ámbitos para evitar la comisión de abortos, que el sistema de plazos no es acorde con la constitución española y representa un abandono del Estado del deber de protección de la vida humana. (Ocón, 2017)

Asimismo, citamos la tesis doctoral de Daniel Capodiferro Cubero, titulada: “La Evolución de la Regulación del Aborto en España: Perspectivas Teóricas y Proyección Normativa” concluye que, el bien jurídico que es, la existencia del procreado como bien Constitucional “No es absoluto por lo que no puede justificar sacrificios desproporcionales a los derechos fundamentales de la gestante”; que ni el sistema de plazos ni el de indicadores es inconstitucional por sí mismos y que en ambos la gestante debe cumplir con requisitos muy estrictos para someterse a un aborto, en el caso de los indicadores se deben cumplir exigencias objetivas y el sistema de plazos no significa la permisión libre del aborto, por cuanto a partir de cierta etapa de la gestación el concebido es protegido ante cualquier conducta que pretenda acabar con su vida incluso ante conductas culposas o imprudentes; que en el caso de embarazos

no deseados, el Estado debe ofrecer a la gestante que desea abortar las condiciones sanitarias adecuadas a efecto de que no peligrara su vida y salud (Capodiferro, 2016).

En el ámbito nacional tenemos la investigación de Rosa Luz Retamozo Eguía titulada: “El aborto culposo y las razones que motivan su incorporación en el ordenamiento Jurídico Peruano, a fin de soslayar inmunidad en los delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud” la autora determina que, se debe reprimir el Aborto Culposo ya que así, se protegerá plenamente la vida humana del naciurus; que se debe reprimir la conducta negligente o imprudente del tercero que ocasiona el abortopero no si quien comete la imprudencia es la gestante; que el cuidado y/o defensa dela Vida del procreado, a través de la figura de la preterintención no es suficiente puesen esta figura, el sujeto actúa con el propósito de dañar la salud de la embarazada y por razones o circunstancias que puede advertir se produce el aborto, de modo que siel agente no actúa con la finalidad de ocasionar daño a la gestante y por imprudenciale causa lesiones al concebido, no será posible sancionarlo penalmente (Retamozo, 2015).

Asimismo, se cita la tesis de Juan Antonio Michue Huacache, titulada - “El delito de lesiones contra la vida humana dependiente: Precisiones de Dogmática Penal y Política Criminal” en la que afirma; la ley penal ampara la vida humana dependiente desde la anidación ya que antes de que esto se produzca, la naturaleza se encarga de eliminar, a través de una selección natural, al huevo o cigoto que no tiene las condiciones para sobrevivir por lo que a partir de esta etapa corresponde al derecho la protección de la vida humana dependiente; que el límite máximo de la vida humana dependiente está marcado por los dolores del parto, a partir de los cuales cualquier conducta que atente contra la vida se considerará un homicidio; que el bien jurídico en el delito de lesiones culposas al concebido es la salud del naciurus, entendida esta como el Estado en que el ser en formación realiza sus funciones biológicas hasta antes del nacimiento, que el delito penal de lesiones al procreado; predicho en el artículo 124-A se encuentra mal ubicado por cuanto está inmerso dentro de los delitos que buscan proteger la salud de la persona independiente y el artículo 124-A ampara la salud del concebido que esta figura no supera el problema de la desprotección de

la salud del concebido ya que no prevé la conducta imprudente o culposa (Michue, 2004).

Finalmente, en la investigación denominada “La necesidad de tipificación de las lesiones culposas al feto cometidas por profesionales de la salud en el C.P.P” elaborada por los autores Mayrha Indira Alarcón Díaz y Marcos Omar Carrera Plascencia; concluyeron que, es mayor la incidencia de lesiones culposas al concebido que las lesiones dolosas, que en diez años (2007 a 2017) solo se han presentado tres casos a diferencia de las lesiones culposas que son más frecuentes por lo que es necesario su tipificación para evitar vacíos de impunidad, que el sustento para la no tipificación de las lesiones culposas al embrión , consiste en que el derecho penal no debe controlar excesivamente la vida de la gestante se supera con la exclusión de esta como sujeto activo del delito (Alarcon & Carrera, 2018).

La Declaración Universal de Derechos Humanos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, protegen la subsistencia humana y la integridad física y psicológica; y debe entenderse que protege no solo la vida ya lograda o de las personas sino también la del concebido, en merito a esto es que muchas legislaciones de la región y España tipifican el crimen de aborto y lesiones al procreado por ello. Para tener un panorama amplio de si en otras legislaciones de países vecinos se tipifica el delito de aborto culposo y lesiones culposas al procreado se ha analizado legislaciones como la boliviana, chilena, colombiana, guatemalteca, española, paraguaya, costarricense, etc.; ello para concluir que la propuesta del tesista tiene fundamento y prospere; pues como se verá en varios de ellos se tipifica el descarrilamiento culposo y las lesiones culposas al procreado; así veamos:

La Ley Penal Boliviano en el artículo 268° sanciona el acto delictivo de aborto culposo en los siguientes términos: “El que por culpa causare un aborto, incurrirá en prestación de trabajo hasta un año”; como se advierte en el código del país altiplánico Sí; tipifica el quebrantamiento; de aborto culposo y lo sanciona con una pena que, de acuerdo a la legislación peruana, es una pena limitativa de derechos en la modalidad de asistencia a la comunidad. Desde el artículo 270° a artículo 277°, el código

boliviano tipifica los delitos de lesiones, no se observa que se tipifique la vulneración de lesiones al gestado.

En Costa Rica, en su artículo 122° sanciona - sesenta a ciento veinte días de multa a quien por culpa ocasione el aborto, es decir, protege la vida del concebido ante las conductas negligentes o imprudentes que le causen la muerte. Desde el artículo 123° a 130° se tipifican las lesiones, pero no se observa que se prevean como delito las lesiones dolosas al concebido y tampoco las lesiones culposas. Podemos afirmar que el código penal de Costa Rica protege la vida del concebido tanto ante conductas dolosas como imprudentes, pero no protege la salud de éste.

España tipifica el acto delictivo de aborto culposo como el crimen de lesiones culposas al procreado; así en el artículo 146° se sanciona a quien con imprudencia grave ocasiona el aborto con una sentencia de prisión de tres a cinco meses. Este artículo sanciona, además, con pena de inhabilitación si el delito es cometido por imprudencia profesional, la duración de esta pena es de uno a tres años. Se dispone que la gestante no es pasible de una sanción penal en este caso. Adviértase que no se trata de cualquier imprudencia, sino que esta debe ser grave es decir que tenga la magnitud como para producir el resultado muerte del feto, tal como ocurre con las que se cometen en intervenciones médicas. En el artículo 158° se tipifica la transgresión de lesiones culposas al procreado y reprime la conducta; causar por imprudencia una lesión o una enfermedad grave que lesione el normal desarrollo del concebido ya sea física o psicológica con una pena de tres a cinco meses y con pena de multa y con inhabilitación en el caso de que el delito lo comete un profesional sanitario por el periodo de seis a doce meses. Se dispone asimismo que si es la gestante quien comete la imprudencia no es merecedora de sanción penal.

La Ley Penal guatemalteco sanciona el aborto culposo en el artículo 139° siempre que haya sido cometido por una tercera persona y no la gestante, con prisión de uno a tres años, al agente debe constarle o conocer el estado de gestación de la mujer, esto consideramos es innecesario, pues solo es imputable a una persona aquello que es su obra ya sea si actúa de manera culposa o dolosa; en este caso se sanciona su conducta imprudente en la medida que conoce que está realizando una

conducta punible. En los artículos 144° al 151° se regula el delito de lesiones y no contempla el delito de lesiones al concebido ni en su forma dolosa ni culposa.

En la Ley Penal de El Salvador señala la transgresión de la interrupción culposa en el artículo ciento treinta y siete, y lo reprime con prisión de seis a dos años; prescribe que la gestante no es punible por esta conducta. No establece una pena de inhabilitación en caso de que la conducta sea cometida por un competente de la salud humana. En el artículo 139° se estipula el delito de lesiones culposas al procreado y sanciona a quien por culpa ocasiona lesiones o enfermedad que perjudique gravemente el crecimiento del concebido o que le cause una grave tara física o psicológica. Se declara impune si la conducta es cometida por la gestante.

Nicaragua, normaliza el ilícito acto de lesiones dolosas y culposas a quien está por nacer en los artículos 148° y 149° de su código penal; en relación a las lesiones culposas, prescribe que este delito se comete cuando el agente actuando con imprudencia temeraria causa una enfermedad o lesión que perjudique de modo grave el normal desarrollo del no nacido o cause una lesión física o psicológica grave y permanente al no nacido. Se prevé una pena de no a dos años de prisión y además establece que, si la lesión es causada por profesionales encargados de la salud, se adhiere una pena de inhabilitación para ejercer el cargo o profesión.

El código penal chileno, desde el artículo 342° al artículo 345° tipifica el delito de aborto, advirtiéndose que no tipifica el delito de aborto culposo, todas las figuras de aborto del código mapuche son dolosas; si se tipifica el delito de aborto preterintencional, al igual que en el código nacional. Desde el artículo 395° hasta el artículo 403°, se tipifica el delito de lesiones corporales y no se ha considerado a las lesiones ni dolosas ni culposas al concebido como una conducta punible.

En Colombia; en el apartado 118° se estipula el delito de aborto preterintencional, el cual se produce cuando el sujeto sabiendo o constándole el embarazo ejerce violencia sobre la gestante pudiendo prever la muerte del concebido. No se tipifica el aborto culposo, pero se sanciona si se producen lesiones graves al concebido; en este sentido se tipifica la conducta de lesionar a la mujer gestante y con ello ocasionar lesiones graves a ella, al concebido o si se produce la muerte de éste; es decir, el

código colombiano protege la salud y la vida del concebido, pero ante la conducta dolosa del agente tendiente a lesionar la salud de la gestante. En el apartado 125° se tipifica el delito de lesiones dolosas al concebido y es sancionado con una pena de 32 a 72 meses de prisión, la pena se incrementa si el delito es cometido por un profesional sanitario y en este caso se sanciona además con la inhabilitación. En el artículo 126° se tipifica el delito de lesiones culposas al ser; y se sanciona con una pena de prisión de 16 a 36 meses y si el delito es cometido por un agente de la salud se sanciona con la invalidación por el mismo tiempo.

El código penal de Uruguay considera como agravante el ilícito de lesiones a la persona cuando como consecuencia de las lesiones se ocasiona el aborto a la agraviada (artículo 318° inciso 5), de algún modo, se protege la vida del concebido, pero en el contexto de las lesiones corporales contra la gestante y no como un bien jurídico autónomo. Este código en los artículos 325° a 328° reprime el aborto, pero no se ha previsto como delito la modalidad de aborto culposo.

Caso contrario; sucede en el País de Ecuador, no tipifica el delito de aborto culposo, en los artículos 147° a 150° se tipifican las modalidades de aborto, pero solo en su modalidad dolosa. Desde el artículo 151° a 154° se regula el delito de lesiones o delitos contra la integridad personal, no se evidencia que se tipifique las lesiones culposas contra el concebido.

Un caso muy particular es el código penal paraguayo que no reprime ni el aborto doloso ni culposo y mucho menos el delito de lesiones al ser, con esto se evidencia que el legislador paraguayo no considera que la vida dependiente ni la salud al procreado sean bienes jurídicos que merecen protección penal, esta postura va contra la corriente de la legislación hispano americana que tiende a reprimir el aborto.

En el ámbito nacional, el derecho a la existencia, la integridad física y psicológica, a su libre desarrollo y bienestar, están reconocidos en el apartado 2° inciso 1 de la Magna Carta, el cual señala que estos son las garantías fundamentales del ser humano, por lo que deben ser protegidos por la legislación e instituciones del Estado; estos bienes al ser protegidos en el ámbito penal se convierten en bienes jurídicos. Por otro lado, el principio de legalidad es recogido como una garantía de la libertad y

seguridad personal y está regulado en el apartado 2 inciso 24 literal d, de la Ley Suprema, establece que nadie puede punir por omisiones u actos que no estén previstos en la ley como conductas punibles. Estas normas sirven como sustento o fundamento de la legislación que regula la infracción de aborto y lesiones al concebido, por lo que se mencionan en esta investigación.

La legislación penal nacional no define al aborto, no describe en qué consiste el aborto; por lo que es tarea de la doctrina esbozar un concepto, así la corriente francesa entiende por aborto “la exclusión prematura del fruto de la concepción”, la concepción alemana afirma que el aborto “es la detención de la gestación causando la muerte del fruto de la fecundación” no interesa si la muerte se produce dentro o fuera del vientre de la gestante (Hurtado, 1994). Lo relevante es que para definir el aborto es necesario que se cause la muerte del fruto de la fecundación, pues lo que se protege en este delito es la vida del feto o la vida humana dependiente, de no producirse esta estaremos ante la tentativa. La legislación patria, así como la jurisprudencia entienden que el aborto es causar la muerte del concebido ya sea dentro o fuera del claustro materno.

En la legislación comparada, en relación al aborto se siguen tres sistemas, el primero es un sistema represivo y considera que toda conducta abortiva debe ser sancionada penalmente; el segundo sistema es un sistema libre en el que prima la autodeterminación de la gestante y se permite el aborto hasta un determinado periodo de gestación por lo general de doce semanas o tres meses luego del cual ya no es posible el aborto por poner en peligro de la gestante; este sistema puede evitar que se practiquen abortos en la clandestinidad favoreciendo la protección de la vida de la gestante; pero por otro lado puede que ponga en riesgo la protección de la vida humana en formación (Peña Cabrera, 2010) y el sistema de condiciones o indicadores en el que se permite el aborto cuando se dan determinadas circunstancias como: que el embarazo pone en serio riesgo la vida de la gestante, que el fruto de la concepción nacerá con graves taras físicas o psicológicas, que la gestación sea fruto de una violación sexual o inseminación artificial no consentida, o que la gestante no cuente con las condiciones materiales suficientes para darle al nuevo ser lo necesario para

su subsistencia. Del análisis de la legislación peruana podemos decir que se sigue el sistema represivo con la salvedad de que solo se despenaliza el aborto cuando la vida de la gestante se encuentra en serio riesgo de continuar con el embarazo, a esto se le denomina aborto terapéutico y está previsto en el artículo 119° del C.P.

Desde el apartado 114° hasta el apartado 120° del Código Penal se regula lo relacionado al delito de aborto; en estos delitos el bien jurídico tutelado es la existencia humana dependiente o la vida del concebido, adicionalmente se protege la libertad, la salud y la vida de la mujer gestante. El límite mínimo de protección de la vida humana lo marca la anidación del huevo o cigoto en el útero de la gestante, esto hace que la vida del nuevo ser sea viable y “existe una vinculación orgánica entre el embrión y la madre” (Muñoz, 2001). La protección de la vida humana dependiente culmina cuando empiezan los dolores del parto; antes de la anidación las conductas que tiendan a evitar la anidación se consideran métodos anticonceptivos y la conducta destinada a acabar con la vida del fruto de la concepción después de los dolores del parto se consideran homicidio.

El artículo 114° tipifica el delito de autor aborto, con el cual se pretende sancionar a la mujer gestante que causa su aborto o consciente que otro le cause el aborto, se fija una pena no mayor de dos años o con asistencia a la comunidad. Este es un delito doloso, es decir, la gestante debe conocer que se encuentra embarazada, que su conducta producirá la muerte del fruto de la fecundación y orienta su accionar hacia ese resultado. El comportamiento abortivo puede realizarse tanto por acción como por omisión, en este caso una omisión impropia, por ejemplo, en caso que la gestante desobedeciendo la prescripción médica no tome los medicamentos que evitarían el aborto. Por la descripción típica, no se admite la comisión culposa; es decir si la gestante por una conducta imprudente produce su aborto no será reprimida penalmente.

En nuestra legislación peruana; en el apartado 115° se califica el delito de aborto consentido, y se reprime la conducta de quien contando con la anuencia de la gestante le practica el aborto, la pena es de uno a cuatro años de prisión. Este tipo penal prevé una circunstancia agravante que es la muerte de la gestante si es que esta es

previsible por el agente. El consentimiento de la gestante es la circunstancia que le da la esencia a este ilícito, y debe ser una decisión libre, voluntaria y válida de aquella; en tal sentido si la gestante es menor de edad, es engañada o si se ha ejercido violencia o amenaza para que aborte estaremos ante el aborto no consentido. Es también un delito doloso, ya que conforme a su redacción no se hace referencia a algún elemento subjetivo del tipo por lo que se entiende, conforme a la regla general, que se trata de un tipo penal doloso. El resultado muerte de la gestante es un resultado preterintencional, pues el agente comienza a actuar de manera dolosa al producir el aborto, pero por circunstancias que el agente puede prever se produce la muerte sin que haya sido esto lo que el agente pretendió al iniciar su actuación.

El artículo 116° tipifica el delito de aborto no consentido y lo comete quien no contando con el consentimiento de la gestante la somete a maniobras abortivas causando la muerte del fruto de la concepción, este es un delito más grave por cuanto no solo se lesiona la vida humana dependiente sino también la libertad de la gestante, su salud y su vida; por ello es que la pena es de tres a cinco años de prisión. El agente puede actuar mediante engaño sobre la gestante o cualquier otro medio que vice la voluntad de ella; en caso de que se emplee violencia es importante tener en cuenta que dicha violencia se ejerza con el propósito de ocasionar la muerte del feto y no una violencia directa sobre la gestante para causarle lesiones y que ocasiona el aborto sin que este haya sido el propósito del sujeto activo; ya que en este caso estaremos en un concurso de delitos de lesiones contra la gestante y aborto preterintencional. El elemento subjetivo es el dolo, el agente debe actuar con conocimiento de que actúa contra la voluntad de la gestante, que su conducta producirá la muerte del feto y pese a ello se encamina a dicho resultado. Al igual que en el caso del aborto consentido también se prevé la circunstancia de la muerte de la embarazada, cuya muerte no es querida por el agente, pero si prevista, en este caso la prisión es de cinco a diez años.

El artículo 117° tipifica el delito de aborto abusivo o aborto cometido por profesional sanitario y sanciona al médico, obstetra, farmacéutico o cualquier profesional sanitario que abusando de su ciencia provoca el aborto. Esta clase de aborto es más reprochable penalmente debido a que el agente es un profesional de

la salud humana que cuenta con conocimientos especiales y hace mal uso de estos conocimientos para atentar contra la vida que ha jurado proteger; es decir agente sanitario traiciona la confianza depositada en él, viola los principios éticos de su profesión. La pena privativa de la libertad establecida para este delito dependerá de si se ha contado con el consentimiento de la gestante o no. Este delito es además sancionado con una pena de inhabilitación lo cual es justificable porque se persigue fines preventivo-especiales (Hurtado, 1994) pues no se debe permitir que el agente continúe ejerciendo la profesión que le da la oportunidad de seguir cometiendo abortos, como señala Bustos Ramírez, se trata de evitar que el agente recaiga en el delito (Bustos, 2004). Al igual que en las modalidades de aborto hasta aquí analizadas, esta también es una conducta delictiva dolosa, el profesional sanitario actúa con conocimiento y voluntad, si el medico por una mala praxis o por negligencia médica causa el aborto no será sancionado penalmente debido a que la legislación penal no prevé una modalidad de aborto culposo.

El aborto preterintencional se encuentra en el apartado 118° del C.P, el mismo que sanciona a quien sin tener el propósito de causar el aborto ejerce ferocidad sobre la gestante sabiendo o constándole el estado de gravidez de ésta y le causa la interrupción de la gestación con la muerte del fruto de la fecundación. El tipo penal solo hace mención a la violencia como medio comisivo, no hace distinciones entre la violencia física y la violencia psicológica, la doctrina entiende que este delito se puede cometer tanto al ejercer violencia física como violencia psicológica. Por violencia física se entiende la fuerza física que se ejerce sobre la embarazada a través de golpes, empujones, puñetes, etc., por violencia psicológica debe entenderse a las coacciones o graves amenazas, insultos, que le generen a la embarazada un estado de crisis que le provoquen el aborto. El elemento subjetivo de este tipo de aborto es la preterintención, ya que al agente le consta o conoce que la mujer está embarazada y actúa con el ánimo de causar lesiones a la gestante y no con el ánimo de provocar el aborto; si en el caso concreto se evidencia que el ánimo del sujeto es provocar el aborto estaremos ante el aborto no consentido previsto en artículo 116° y no ante el aborto preterintencional.

Como ya lo mencionamos, el legislador peruano ha previsto una modalidad de aborto impune, este es el mal llamado aborto terapéutico el cual está previsto en el artículo 119° del C.P., el que señala que es impune el aborto practicado por un profesional de la salud humana contando con el consentimiento de la gestante o de su representante legal cuando es el único medio para salvarle la vida o evitarle un grave daño a su salud. Estamos ante una causa de justificación que es el estado de necesidad justificante (Armaza, 2002) ya que existe una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, la vida o salud de la gestante y la vida del ser en formación, en muchos de estos casos el peligro no es actual o inminente, por ello solo es impune el médico que lo practica, Armaza (2002) sostiene que si el peligro es actual también puede verse beneficiado cualquier sujeto aunque no sea un profesional de la salud humana y el amparo legal será el inciso 4 del apartado 20 del Código sustantivo.

Soler citado por Peña Cabrera Freyre (2010), reconoce que este es un caso muy complejo pues por más que se diga que la vida de la gestante es preponderante en relación con la vida en formación se trata de la eliminación de una vida humana, por ello es que se han previsto una serie de presupuestos los cuales deben cumplirse de manera escrupulosa. En primer término, debe existir un diagnóstico médico certero que indique que el embarazo es de alto riesgo para la vida o salud de la gestante y que el único medio para proteger a la gestante es el aborto, este diagnóstico debe ser practicado por una junta médica. En segundo lugar, el aborto debe ser practicado por un médico en un centro especializado; ello garantiza la vida y salud de la gestante. En tercer lugar, debe contarse con el consentimiento de la gestante o de su representante legal; pues ella es quien tiene que decidir si continua o no con el embarazo y se debe respetar su derecho a elegir si a pesar del peligro aun quiere ser madre.

En el artículo 119° se tipifican los delitos de aborto atenuados, nos referimos al aborto denominado “sentimental”, “ético”, “humanitario” o “criminológico” (Hurtado, 1994) y al aborto eugenésico. El primero previsto en el inciso 1 del artículo en comento, lleva por nombre jurídico “sentimental o ético”, consideramos es mal denominado, por cuanto no existen causas éticas o sentimentales para provocar una muerte de un ser indefenso, por ello es que se prefiere llamar “aborto por embarazo

impuesto”, ello debido a que, ya sea por violación sexual o por inseminación artificial no consentida, a la mujer se le ha impuesto llevar adelante un embarazo que ella no desea, afectándose con ello su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su proyecto de vida. El aborto por embarazo impuesto, se configura cuando el agente de manera dolosa causa el aborto a una mujer que ha resultado embarazada como consecuencia de una violación sexual fuera del matrimonio o cuando ha sido inseminada artificialmente sin su consentimiento, siempre que la violación se haya denunciado e investigado a nivel policial. Este delito es criticado por cuanto la violación sexual no solo se comete fuera del matrimonio sino también dentro de él por lo que debería modificarse el tipo penal y la posibilidad de que se presente este aborto cuando la mujer casada ha sido víctima de violación sexual. Este tipo de aborto es impune en la legislación penal española. Del mismo modo la inseminación artificial no consentida se puede dar fuera y dentro del matrimonio, por lo que no debería hacerse esta distinción discriminatoria; tal vez la razón de ser de esta descripción típica es que el legislador busque proteger a la familia como institución básica de la sociedad y el Estado.

El aborto eugenésico previsto en el apartado 119º en el inciso 2 se comete cuando es probable que el concebido nacerá con graves taras físicas o psicológicas. Si bien el tipo penal señala que exista la probabilidad, el avance de la ciencia médica permite actualmente conocer con precisión con qué tipo de enfermedades o deformaciones nacerá el nuevo ser, hoy existen diagnósticos por imágenes muy precisas de modo que esa probabilidad se ha convertido en seguridad. El fundamento de atenuación de este aborto es que, si la madre se entera que el hijo nacerá con graves taras físicas o psicológicas, afectará su estado de ánimo, se desesperará y se angustiara lo que pondrá en peligro su salud mental; otro fundamento es que se busca proteger la libertad de la mujer ya que criar un hijo que sufra de tales deficiencias resultará una tarea muy difícil, llena de privaciones y económicamente costosa.

La restricción establecida para esta clase de abortos, es no mayor de tres meses de prisión; en el fondo se trata de una pena simbólica ya que es imposible de aplicarse en la práctica, pues en el proceso penal solo la etapa de indagación preparatoria tiene

plazos que pueden superar los tres meses y hasta que se dicte sentencia definitiva puede transcurrir años; por lo que la acción penal prescribirá mientras se lleva a cabo el proceso.

La integridad corporal y el bienestar son, después de la vida, los bienes jurídicos más preciados para la persona humana, por lo que también protegidos por el Estado a través del derecho penal. En el precepto existe una discusión en relación al bien jurídico que se protege en el delito de lesiones; un sector señala que son dos bienes jurídicos, a saber, la integridad corporal y el bienestar; otro sector entiende que es un solo bien jurídico el que se protege y este es la salud, se afirma que todo daño al cuerpo implica un daño al bienestar mientras que no todo daño a la salud implica un daño al cuerpo. La doctrina española participa de esta última postura, es decir, considera que el único bien jurídico tutelado es el bienestar en sus dos manifestaciones física y psicológica. Por nuestra parte diremos que en el delito de lesiones se protege la salud individual; sin embargo, dado que el código sustantivo señala que estamos ante delitos que protegen la integridad corporal y el bienestar se seguirá considerando a estos como los bienes jurídicos a proteger.

Respecto del bien jurídica salud, la Organización Mundial de la Salud (OMS), lo define como el “estado de bienestar físico, mental y social”, no es solo la ausencia de enfermedad. También se puede decir que la salud es el estado en el que los órganos y tejidos que conforman el cuerpo humano funcionan normalmente, en equilibrio. Es preciso indicar que la salud tiene un contenido relativo ya que presenta características particulares en cada persona e incluso en la misma persona de acuerdo a cada etapa de su vida (Berdugo, 1993).

Desde el artículo 121° hasta el artículo 124-A del C.P. se tipifican los delitos de lesiones, de los cuales solo nos detendremos en el análisis del de lesiones al concebido, ya que todos los demás buscan proteger la integridad corporal y el bienestar individual de personas; es decir, de individuos que ya han nacido, situación en la que no se encuentra el concebido, pues de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico aun no es considerado persona.

El tipo penal de lesiones al procreado predicho en el apartado 124-A del C.P, reprime a quien “causa daño en el cuerpo o en el bienestar del concebido con una pena no menor de un año ni mayor de tres”. Fue incorporado mediante la Ley N° 27716, de fecha 7 de mayo de 2002, y el propósito fue dar una mayor protección al concebido quien se veía vulnerable ante conductas que no estaban dirigidas a causar su muerte sino solo causarle lesiones a su integridad corporal o su salud. Se pretende llenar vacíos de impunidad; sin embargo, consideramos que este propósito ha sido cumplido parcialmente ya que no se sanciona las conductas culposas que causan lesiones al concebido a pesar de que éstas, como hemos visto en la realidad problemática, son más frecuentes y merecen ser reprimidas penalmente, pues conforme lo señala Peña Cabrera Freyre (2010) el concebido merece la mayor protección jurídica.

El bien jurídico tutelado, es la salud del concebido, ya que esta desde sus dos concepciones, es decir tanto su dimensión física como psicológica. Este es un bien jurídico que merece la protección penal por cuanto es un presupuesto imprescindible para la existencia del concebido.

En cuanto a los elementos de la tipicidad objetiva decimos que el agente activo puede ser cualquier persona incluida la gestante pues el delito penal no ha previsto una limitación en cuanto a quienes pueden cometer este delito. El individuo pasivo es el fruto de la concepción o feto, quien es el titular del bien jurídico protegido. La conducta típica o acción típica es causar daño a la salud del procreado, el tipo no prevé una modalidad específica de provocar el daño, por lo que cualquier conducta que sea idónea para producir el daño a la salud del pro - creado se considerará como acción típica del delito en comento. La reacción típica puede ser tanto por acción como por omisión impropia.

El tipo relativo del delito de lesiones al pro- creado es el dolo, como se observa en la redacción de delito penal, no se hace referencia a un elemento subjetivo en específico, por lo que aplicando el artículo 12 del C.P. afirmamos que es un tipo penal doloso. El agente debe actuar con conocimiento de que su conducta lesionará al concebido y dirigir su acción a ese propósito. Consideramos que esta figura puede ser

cometida con dolo directo, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual. No es admisible la conducta culposa, si la gestante o un tercero es negligente y realiza conductas que lesionan al concebido sin que éste haya sido su propósito no se configurará este delito.

En cuanto a la antijuricidad, entendida esta como “la contradicción entre la actuación de una persona y lo jurídicamente prescrito” (García, 2019) podemos afirmar que no es posible que se justifique la conducta de lesionar al concebido a través de una causa de justificación ya que en este caso se lesiona dolosamente al feto y es inadmisibles que proceda por ejemplo el estado de necesidad justificante, la legítima defensa, el consentimiento u otra causa permisiva.

En relación a la culpabilidad, como elemento del delito que implica un reproche personal al sujeto por actuar contra el derecho aun cuando pudo actuar de otro modo (Wessels y otros, 2018), este reproche se formula cuando se verifique el cumplimiento de los tres presupuestos como son la imputabilidad, el conocimiento o conciencia de la antijuricidad y la exigibilidad de una conducta conforme a derecho. En el caso debe verificarse que el agente es imputable (mayor de edad y no padecer de anomalías psíquicas graves, alteraciones de la conciencia o de la percepción), que conozca que su conducta contradice el ordenamiento jurídico y que agente haya tenido la posibilidad de actuar conforme al ordenamiento jurídico.

En cuanto, al iter criminis o grados de desarrollo del delito, debemos manifestar que este es un delito de lesión o resultado por lo que se exige para su consumación el menoscabo del bien jurídico, en este sentido se señala que el tipo penal además del hacer u omitir exige el resultado (Harro, 2017). En este caso se requiere para la consumación el efectivo al bienestar del procreado. Al tratarse de una trasgresión doloso y de resultado es admisible la tentativa, la que se presentará cuando el agente dirija su accionar a producir las lesiones al concebido, pero no logra su propósito. Lo dificultoso de este caso es determinar si estamos ante una tentativa de aborto o tentativa de lesiones al concebido; teóricamente diremos que la diferencia estará en el ánimo con el que actúe el agente, si el propósito es acabar con la vida del concebido estaremos ante una tentativa de aborto y si solo actuó con el propósito de lesionar

será tentativa de lesiones; esto es dificultoso en la práctica porque solo estamos tomando en cuenta un elemento subjetivo que es el ánimo.

El delito de lesiones al concebido, al ser doloso y de secuela, y al ser un delito de dominio (Parma & otro, 2015), permite admitir las maneras de autoría reguladas en el artículo 23° del C.P., esto es la autoría directa o inmediata, la autoría mediata y la coautoría. En relación a la participación delictiva, entendida esta como la contribución o el auxilio doloso y accesorio en un delito doloso ajeno (Villavicencio, 2014) podemos afirmar que se admiten en este delito la inducción o instigación y la complicidad, previstas en los artículos 24° y 25° del C.P. respectivamente.

La pena con la cual se sanciona este ilícito es no menor de uno ni mayor de tres años de pena privativa. Es criticable esta condena por cuanto afecta el principio de proporcionalidad ya que, para el delito de auto aborto, en donde se lesiona la existencia del concebido la pena máxima de dos años, no es coherente que en un delito en el que se lesiona la salud del concebido se fije hasta tres años de pena.

La manera de actuación del derecho penal es a través de la sanción penal y esta es la reacción más drástica del ordenamiento jurídico, es una forma de violencia institucionalizada, por esto es que el ius puniendi debe ser empleado como último recurso y ante conductas graves; debe evitarse su uso desmedido siendo necesario establecer límites o barreras para que la intervención estatal se considere legítima (García, 2016); a estos límites o barreras los conocemos como principios del derecho penal.

El principio de legalidad es una norma rectora del derecho penal en un Estado democrático de derecho, “es una fuente de seguridad jurídica para los ciudadanos” (Jescheck & Weigend, 2014), en mérito a este principio no es posible decretar penalmente al sujeto si la conducta realizada no estuvo prevista en la ley como conducta punible. La Ley Fundamental lo recoge en el apartado 2° inciso 24 literal d) y el código sustantivo lo regula en el apartado II del T.P.

Los fundamentos del principio de legalidad son múltiples, así se fundamenta políticamente en la división de las funciones de los poderes públicos, en la libertad de

la persona humana, en la prevención del delito y en la culpabilidad del infractor de la ley penal (Reyna, 2016). Un Estado democrático de derecho se organiza y fundamenta en la división de poderes entre sus órganos así, al juez le corresponde aplicar la ley creada por el legislador y al ejecutivo hacer cumplir lo resuelto por el juez. El ciudadano puede realizar todo aquello que no esté prohibido por la ley penal y evitará realizar lo que está sancionado con una pena; el conocimiento de lo prohibido y la posibilidad de actuar conforme al derecho fundamentarán la imposición de la pena al autor.

Noguera Ramos (2008), señala que el principio de legalidad se puede sintetizar en cuatro normas prohibitivas, estas son: prohibición de fundar una sanción penal de un acto en una norma que no sea una ley formalmente emitida por el órgano competente del Estado; prohibición de aplicar la ley penal a casos no previstos en ella; prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal y prohibición de implantar leyes imprecisas. En otras palabras, en virtud al principio de legalidad, se prohíbe a la costumbre como fuente de derecho; se prohíbe la aplicación de la analogía; se prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal y se prohíbe poner en vigencia normas que no fijen de manera precisa los contornos de la conducta prohibida.

El principio de legalidad busca generar seguridad jurídica; sin embargo, la ley penal se expresa en palabras que muchas veces no son precisas por usar términos vagos, de dudosa valoración y es aquí donde se puede incurrir en la arbitrariedad ya que se prescinde de la claridad, precisión y taxatividad necesarios (Sánchez, 2007). En este mismo sentido debemos tener en cuenta lo señalado por OROS quien afirma que no se debe exigir al legislador una claridad absoluta sino solo que trate de acercarse lo más posible a dicha claridad (Oros, 2014).

En estricto respeto al principio de legalidad no es posible hacer uso de la analogía para considerar una conducta como delito o aplicar una pena; tampoco es posible realizar interpretaciones extensivas o restrictivas de las normas penales que sean contrarias al reo; ya que esto afectará la exigencia de taxatividad de este acto delictivo y la seguridad jurídica; pero en cambio está permitido el uso de la analogía

o interpretaciones restrictivas o extensivas si son favorables al reo porque ello protegerá la libertad y seguridad del ciudadano (Bacigalupo, 2004).

El principio de protección de bienes jurídicos; enfatiza que el derecho penal justifica su intervención en la medida que busque proteger bienes jurídicos, no así si se pretende imponer valores morales, ideas políticas o determinadas ideologías de quien detenta el poder estatal. Las normas penales no protegen los bienes jurídicos en sí mismos, sino ante a acciones humanas (Jescheck & Weigend, 2014), es por ello que no es de interés para el derecho penal, por ejemplo, la pérdida de la vida humana, del patrimonio, etc., en caso de desastres naturales; si en cambio es de interés la pérdida de la vida humana o el patrimonio ante conductas dolosas o culposas. En el caso materia de estudio, un daño a la salud del concebido o la pérdida de la vida de éste por razones de una enfermedad o malformaciones congénitas, no se encontrará dentro del ámbito de protección de la norma penal; solo si la lesión o la pérdida de la vida sea como consecuencia de una conducta dolosa o culposa; en el caso de conductas dolosas ya está previsto el aborto doloso y en el caso de lesiones dolosas al concebido éstas ya están previstas en el artículo 124-A, de modo que solo queda por proteger la vida y salud del concebido ante conductas culposas.

Otto Harro (2017) afirma que el derecho penal busca asegurar determinados intereses básicos ante cierta clase de agresiones, de modo que las personas y la sociedad se desarrollen en armonía, es por ello que el parlamentario debe argumentar que al criminalizar una conducta de defensa e importancia para la humanidad (García, 2016) así de esta forma; el principio de protección de bienes jurídicos se convierte en un margen a la facultad represiva del Estado y se evita que se criminalicen conductas sólo como expresión del ejercicio abusivo del poder estatal.

Jakobs, discrepa con la idea de que la ley penal busque defender bienes jurídicos y señala que la ley penal lo que pretende es “asegurar la validez fáctica o la vigencia de las normas jurídicas”, de este modo se estabiliza el orden social, el delito vendría a ser una trasgresión de una norma penal y no la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (Regis, 2003).

Polaino, considera que las posturas en relación a si; el derecho penal busca proteger bienes jurídicos o solo asegurar la validez de la norma, no son contradictorias sino complementarias así, señala que la protección de bienes jurídicos legitima la intervención del derecho penal y asegurar la validez normativa contribuye a la confianza del ciudadano en el sistema jurídico (Jakobs & otros, 2010).

El principio en análisis, se le relaciona con el principio de lesividad el cual sostiene que la pena requiere se haya lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos protegidos por la ley (Artículo IV del T.P. del código penal), al respecto existe consenso en la doctrina al sostener que el delito es una lesión o peligro de lesión de un bien jurídico, por ello es necesario tener una idea de qué es un bien jurídico, al respecto Muñoz Conde señala que el bien jurídico es un presupuesto que la persona requiere para su autorrealización social; Polaino Navarrete sostiene que el bien jurídico es un bien o valor merecedor de la protección penal; Rudolphi lo define como “conjuntos funcionales valiosos constitutivos de nuestra vida en sociedad”; Roxin lo define como “presupuestos imprescindibles para la existencia en común” (Regis, 2003). Así como estos, existen un sinnúmero de definiciones sobre el bien jurídico, lo importante es que se trata de condiciones necesarias e indispensables del ser humano en su relación con sus semejantes, por ejemplo, la vida, la salud, la libertad, el honor, el patrimonio, etc.

El principio de necesidad, relacionado al principio de mínima intervención del derecho penal, establece que la pena debe ser empleada ante conductas graves, que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos importantes y siempre que sea necesario para la solución del conflicto social; como afirma Quintero Olivares “La pena es un mal irreversible - y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio; es decir, tras el fracaso de cualquier otro medio de protección” (Quintero, 2015).

Del principio de necesidad se derivan el principio de subsidiaridad y el principio de fragmentariedad. Respecto del primero se dice que el derecho penal debe emplearse cuando han fracasado los medios de control social menos drásticos, debe tenerse en cuenta que el derecho penal utiliza como instrumento a las sanciones más graves y las consecuencias son muy dañinas para el infractor, su familia y la sociedad,

por ello es que debe utilizarse en última instancia o como último recurso. En cuanto al principio de fragmentariedad se afirma que la ley penal no sanciona todas las conductas que afecten bienes o intereses sino solo aquellas que resultan intolerables socialmente o que pongan en peligro la convivencia social.

Producir la muerte del fruto de la concepción o causar lesiones al concebido por una negligencia o imprudencia, afectan bienes jurídicos muy importantes como la vida y salud del concebido y como se sabe estos son los presupuestos o condiciones fundamentales para la existencia de los demás bienes jurídicos; como se ha señalado en la realidad problemática y se puede comprobar fácilmente en la realidad son muchas embarazadas que pierden a sus hijos o estos quedan con graves lesiones debido a la conducta descuidada y temeraria de terceros; por ello consideramos que son conductas que merecen el reproche penal y cumplen con las condiciones y presupuestos que exige el principio de protección de bienes jurídicos y se deben tipificar como delitos y sancionarse penalmente; tal como ocurre en España y muchos países de la región. Asimismo, en caso de que la conducta imprudente o culposa sea realizada por un profesional de la salud humana es más grave y el reproche penal debe ser mayor por lo que además de la pena privativa de libertad se debe contemplar la posibilidad de que se aplique la inhabilitación como pena accesoria, pues esta pena contribuirá a que estos profesionales actúen con mayor celo y cuidado en el ejercicio de su profesión y la pena cumplirá sus fines preventivos especiales (Prado, 2000)

Ahora bien, se formula la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la tipificación del aborto culposo y lesiones culposas al concebido como un delito contra la vida humana dependiente y salud individual en el Código penal peruano, son los principios de legalidad, protección de bienes jurídicos, necesidad?

Esta investigación se justifica en la medida que las lesiones y aborto culposo, son conductas frecuentes lo que se evidencia en los reportes periodísticos y en los informes emitidos por el Ministerio de Salud; así en el año 2017, se produjeron al menos 323 muertes de mujeres embarazadas, de las cuales el 61.4% se produjeron por negligencia médica o complicaciones que se pudieron evitar (Aleman, 2018). En

el año 2018 el 61.1% de muertes de mujeres gestantes fueron producidas por complicaciones obstétricas o intervenciones incorrectas (S/A, 2019). Como se advierte, es elevado el porcentaje de muertes de mujeres embarazadas a causa de la imprudencia o negligencia médica. En todos estos casos el concebido ha sufrido o lesiones o también la muerte; sin embargo, el tratamiento jurídico que se les da es el de homicidio culposo en agravio de la gestante y el concebido queda desprotegido porque ni las lesiones culposas contra él o el aborto culposo están tipificados como delito en el código sustantivo, el cual solo prevé el aborto doloso y las lesiones dolosas contra el concebido.

El aporte de esta investigación es importante porque contribuirá a la anexión de las lesiones culposas al procreado y el aborto culposo como delitos contra la salud del concebido y la existencia dependiente respectivamente en el C.P.P. Para esto se ha realizado una revisión y análisis de diversas legislaciones penales de Latinoamérica y España, se ha recogido los aportes de la doctrina especializada y las opiniones de especialistas a través de la encuesta y entrevista aplicadas.

La hipótesis de esta indagación es: los fundamentos jurídicos que justifican la tipificación del aborto culposo y lesiones culposas al concebido como un delito contra la existencia dependiente y el bienestar individual en el Código penal peruano, son los principios de legalidad, protección de bienes jurídicos y necesidad.

El objetivo general: Determinar los fundamentos jurídicos que justifican la tipificación del aborto culposo y lesiones culposas al concebido como un delito contra la existencia dependiente y bienestar individual en el C.P.P, son los principios de legalidad, protección de bienes jurídicos, necesidad.

Los objetivos específicos planteados al iniciar la investigación fueron: examinar los delitos de aborto y lesiones al concebido, examinar los principios de legalidad, necesidad, protección de bienes jurídicos y examinar la protección del concebido en la legislación internacional.

II. MÉTODO

2.1. Tipo y diseño de investigación.

La presente indagación es de tipo cualitativa, no experimental y descriptiva, ya que se ubica dentro de las ciencias sociales y busca explicar un fenómeno social interactuando con los participantes de la investigación a través de las encuestas y entrevistas, los datos medibles y expresables numéricamente son mínimos, las conclusiones a las que se arriban no dependen de datos estadísticos sino de la interpretación de la información obtenida (Hernandez y otros, 2014).

Una investigación con un diseño cualitativo es ideal para describir y explicar fenómenos sociales, jurídicos, políticos, económicos y otros; por ello es que siendo éste un estudio respecto de conductas delictivas, o que de acuerdo a la opinión del investigador deben ser consideradas como delito; es decir, constituyen fenómenos sociales y jurídicos, lo más recomendable y adecuado es hacer uso de este tipo de investigación, pues no son fenómenos que pueden ser sometidos a experimentación ni medibles estadísticamente, sino que las conclusiones son fruto de la interpretación que realice el investigador de la información documentaria y de las opiniones de los expertos.

2.2. Escenario de estudio.

Este estudio se ha llevado a cabo en la Jurisdicción del Distrito Judicial y Distrito Fiscal de Piura. Se ha elegido este escenario para facilitar el procesamiento de la información pues el investigador reside en esta localidad al igual que los demás participantes, y las fuentes de información se ubican en esta ciudad. El estudio se ha efectuado durante los meses de enero de 2018 a julio de 2019.

2.3. Participantes.

Los participantes de esta investigación son profesionales del derecho especialistas en derecho penal, así han participado abogados del Ministerio Público y magistrados del Poder Judicial de Piura, lo que constituye nuestra población y de quienes se ha elegido a cincuenta profesionales que viene a ser la muestra.

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de información.

Las técnicas e instrumentos de recolección de la información empleadas en este estudio fueron el análisis de documentos, el fichaje, la encuesta y la entrevista. El fichaje es una forma de obtener y acumular información para lo cual se elaboran fichas y se recaba información sobre el mismo tema para darle unidad. Facilita la sistematización y ordenación de la información que se requiere para la investigación.

El análisis de documentos o análisis documentario consiste en describir un documento y sus elementos internos y externos; los documentos lo constituyen los libros, las leyes, recortes periodísticos, etc., en este sentido se ha analizado leyes de varios países en los cuales se tipifica el delito de aborto culposo y lesiones culposas al concebido; asimismo se han analizado la doctrina contenida en los libros de la especialidad; así como las informaciones contenidas en recortes de periódico.

La encuesta como técnica de investigación permite recopilar información a través del desarrollo de un cuestionario por parte de expertos, lo característico y positivo de esta técnica es que es versátil y el experto responde las preguntas de manera objetiva (Carrasco, 2013). En este caso el investigador elaboró un cuestionario de diez preguntas ofreciéndole al encuestado alternativas entre las que podía elegir de acuerdo a su conocimiento y experiencia.

La entrevista es interpersonal. Es importante para aplicar esta técnica que se elija a un buen entrevistado, una persona que conozca mucho del tema que se investiga ya que sus opiniones nos van permitir obtener una descripción precisa del fenómeno o problema investigado y su posible solución (Martinez, 2009) En este estudio se hizo uso de esta técnica para lo cual elaboró un cuestionario y, de entre la población, se eligió magistrados de la Corte Superior de Justicia de Piura y representantes del Ministerio Público de Piura eruditos en el dominio del derecho penal.

2.5. Métodos de análisis de la información.

El conocimiento; se distingue de otros tipos de conocimiento porque emplea el método científico, el cual lo podemos definir como el procedimiento que se usa para

el estudio de un problema o fenómeno y así obtener un nuevo saber (Villabella, 2018). El método científico está supeditado a las cualidades del objeto o fenómeno a estudiar; en el campo jurídico, hay métodos que son más adecuados y útiles para alcanzar los objetivos de la investigación; estos métodos son: hermenéutico, analítico, descriptivo, de derecho comparado, etc.; así en este trabajo se ha recurrido a los siguientes métodos:

El método hermenéutico es ideal en la investigación jurídica pues a través de este método se comprende el significado y alcance de las normas y los fenómenos jurídicos; en este caso se ha interpretado las normas jurídicas relacionadas a la protección de la vida dependiente y de la salud individual, tanto a nivel nacional como internacional. En empleo de este método nos ha permitido saber que en consonancia con las normas convencionales muchos países consideran como delito el aborto culposo y las lesiones culposas del ser procreado.

En este estudio se ha empleado el método analítico para lo cual hemos descompuesto objeto de estudio en sus partes más importantes, lo que ha permitido conocer en detalle del problema de investigación. En este sentido, se ha estudiado el delito de aborto, sus características, sus elementos objetivos y subjetivos, su penalidad, etc., sobre el delito de lesiones al concebido se ha estudiado su tipicidad objetiva y subjetiva, su penalidad. A raíz de este estudio se ha llegado a concluir que no se tipifican las lesiones culposas al concebido ni el aborto culposo. Se ha hecho un análisis de los principios rectores del ius puniendi como legalidad, protección de bienes jurídicos y necesidad o mínima intervención.

Como se ha hecho mención, en la presente investigación, se ha analizado normas penales de varios países de Latinoamérica para conocer si se tipifica o no las lesiones culposas al concebido y el aborto culposo, para esto se ha empleado el método de derecho comparado, así hemos comparado, como se protege la vida humana dependiente y la salud del concebido en países como, España, Ecuador, Nicaragua, Guatemala, El Salvador, Bolivia, Costa Rica, Venezuela, etc.

2.6. Procedimiento.

El procedimiento metodológico de operacionalización de variables, se ha efectuado descomponiendo deductivamente las variables que forman parte del problema de investigación, es decir partimos de lo más general a lo particular. Este procedimiento es importante porque permite explicar detalladamente la definición de variables y un concepto abstracto se convierte en un concepto concreto capaz de ser medido con el uso de un instrumento; así tenemos:

| HIPÓTESIS | VARIABLE INDEPENDIENTE | INDICADORES |
|---|---|---|
| Los fundamentos jurídicos que justifican la tipificación del aborto culposo y lesiones culposas al procreado como un delito contra la vida humana dependiente y el bienestar en el Código penal peruano, son los principios de legalidad, protección de bienes jurídicos y necesidad. | <ul style="list-style-type: none"> - La vida humana dependiente. - La salud individual. - Los principios de legalidad, protección de bienes jurídicos y necesidad. | <ul style="list-style-type: none"> - La vida humana dependiente - La salud - El concebido como sujeto de derecho. - Principios del derecho penal - Noción - Funciones |
| | VARIABLE DEPENDIENTE | INDICADORES |
| | Tipificación del aborto culposo y las lesiones culposas al concebido en el Código penal peruano. | <ul style="list-style-type: none"> - Descripción típica - Tipicidad objetiva - Tipicidad subjetiva |

Fuente: Juan Francisco Pinday Coronado

Las variables son los conceptos que forman la hipótesis (Tafur y otro, 2014). Son factores que toman valores, pueden ser medidas o manipuladas y varían durante la investigación. En la investigación se distinguen dos clases de variables la independiente y la dependiente. La primera tiene la capacidad de influir o afectar la variable dependiente, se entiende como la causa del problema o fenómeno estudiado;

si bien en el derecho no se presenta el fenómeno de causa y efecto (Aranzamendi, 2010), esta variable es utilizada como antecedente para la variable dependiente. La segunda, esto es la variable dependiente, como su nombre lo indica, será la consecuencia o efecto de la manipulación de la variable independiente.

Como se observa en el cuadro, en este trabajo de investigación la variable independiente es: la vida humana dependiente, la salud individual y los principios de legalidad, protección de bienes jurídicos y necesidad; y la variable dependiente es la tipificación del aborto culposo y las lesiones culposas al concebido en el Código penal peruano.

La vida humana dependiente es un bien jurídico fundamental pues es un presupuesto indispensable para el desarrollo de otros bienes jurídicos, el inicio de protección de este interés se da desde la anidación y culmina con los dolores del parto. Como bien jurídico está protegido por la legislación nacional e internacional, ya que se considera que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece y en el ámbito penal se ha tipificado el delito de aborto. En nuestra legislación solo se protege ante conductas dolosas, es decir, ante conductas que se realizan con conocimiento y voluntad, el agente debe saber que su acción afecta la vida humana dependiente y además dirigir su accionar a conseguir ese objetivo; así se puede observar en los apartados 114° a 120° del código sustantivo.

Nuestro Código penal no considera como delito el aborto que se ocasiona por la infracción de un deber objetivo de cuidado, es decir, por culpa o imprudencia por eso se afirma que la legislación penal peruana protege la vida del concebido solo de manera parcial ya que muchos casos de abortos que se ocasionan por culpa, por ejemplo, como consecuencia de una mala praxis o negligencia médica, no pueden ser sancionados penalmente al no estar previstos como conducta ilícita.

La salud individual es el equilibrado funcionamiento de los órganos y tejidos del ser humano, el concebido también goza de este bien jurídico, por ello es que nuestro código penal lo protege en el apartado 124-A del C.P.; pero al igual que en el caso del aborto, lo tutela ante conductas dolosas; es decir, el delito de lesiones al concebido

es una conducta dolosa, de modo que si por negligencia se causan lesiones al feto estas no son consideradas como delito.

Los principios rectores del ius puniendi de legalidad, la defensa de bienes jurídicos y necesidad, son normas fundamentales que limitan el ejercicio del poder punitivo del Estado y garantizan la libertad y seguridad personal, estos principios son reconocidos por el derecho, la doctrina y la jurisprudencia.

En relación al principio de legalidad este tiene fundamento supranacional en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, constitucional ya que está previsto como derecho fundamental en la Ley Fundamental y legal pues está previsto en el artículo II del T.P. del código sustantivo. En merito a este principio el Estado no puede reprimir conductas que no hayan sido calificadas previamente como infracciones punibles ni sancionar a una pena diferente a la establecida en la ley. En este caso, como se advertirá, no será posible sancionar ni las lesiones culposas al concebido ni el aborto culposo porque no existe, hasta ahora, una ley que prevea a estas conductas como delito.

El nacimiento de esta protección de bienes jurídicos, es una norma rectora del derecho penal por la que la intervención de éste se justifica en la medida que pretende proteger determinados intereses, condiciones o presupuestos indispensables para el desarrollo personal y social del ser humano en la sociedad, como por ejemplo la vida, la salud, la libertad, el honor, el patrimonio, la seguridad pública, etc.; el derecho penal no debe ser utilizado para la imposición de formas de pensar, ideologías o intereses morales. Por otro lado, la conducta debe tener la magnitud o capacidad de lesionar o poner en peligro los intereses más importantes en la sociedad, así el artículo IV del T.P. del cuerpo legislativo penal, prescribe que la pena solo se impondrá si la conducta lesiona o pone en riesgo bienes jurídicos tutelados por la ley. Es decir, este principio constituye un límite para la criminalización de conductas y un límite para la imposición de la sanción penal.

La conducta negligente o imprudente que ocasiona el aborto o lesiones al concebido, debe ser sin duda objeto de regulación por parte del derecho penal, por cuanto afecta intereses fundamentales para la existencia y desarrollo del ser humano

en la sociedad como es la vida humana dependiente y la salud del concebido, condiciones que, de seguir sin protección ante conductas culposas como hasta ahora, se seguirán afectando, tal como se observa en los informes anuales del Ministerio de Salud.

El Genesis de esta necesidad señala que la pena se impone solo en caso de que los otros medios de control social hayan sido ineficaces para poner fin a conductas que afectan bienes jurídicos importantes. En el caso materia de estudio, se observa que el número de casos de negligencia médica que ocasionan la muerte de la gestante y con ello la muerte o lesiones al fruto de la concepción, es elevado, más del cincuenta por ciento de casos, lo que significa que las sanciones civiles como la indemnización por daños y perjuicios o sanciones administrativas contra los responsables no han resultado ser eficaces para frenarlos, por lo que se hace necesario el uso de la sanción penal

La variable dependiente es la tipificación del aborto culposo y las lesiones culposas al procreado en el Código penal peruano. Tipificar significa crear un tipo penal, considerar legislativamente una conducta como delito, es una tarea del legislador, pues es el quien tiene como función crear leyes. La tipificación del aborto culposo y las lesiones culposas sería la consecuencia o el resultado, en primer lugar, del reconocimiento de la vida humana dependiente y la el bienestar del concebido como bienes jurídicos importantes y merecedores de protección penal ante conductas imprudentes o culposas y, en segundo lugar, de la correcta aplicación de los principios de legalidad, protección de bienes jurídicos y necesidad o mínima intervención del ius puniendi.

2.7. Validez y confiabilidad.

La validez de un instrumento utilizado para recoger información, es la capacidad que tiene éste para medir de manera adecuada el cumplimiento del rasgo para cuya medición se diseñó. En este caso, tratándose de una investigación de tipo cualitativo, no se espera obtener a través de los instrumentos datos numéricos o estadísticos sino opiniones fundamentadas sobre un fenómeno jurídico. En este caso la encuesta y la

entrevista, así como el análisis documentario son instrumentos válidos para obtener información objetiva sobre el aborto culposo y lesiones culposas al procreado.

La confiabilidad de los instrumentos pretende evitar errores en la investigación y que los resultados sean consistentes y estables. En este estudio, la encuesta y entrevista se han elaborado conforme a las especificaciones metodológicas de la Universidad y se han aplicado a profesionales especialistas en derecho penal por lo que los resultados obtenidos son consistentes.

2.8. Aspectos éticos.

Es importante que en la investigación se respeten los principios éticos durante todo el proceso de investigación, desde la planificación hasta las conclusiones y recomendaciones. En este caso se ha elegido un problema de investigación que a la fecha no tiene solución, se ha reconocido el crédito a los doctrinarios de quienes se han tomado sus opiniones y aportes y los participantes han sido informados sobre las consecuencias de su participación; por lo que podemos afirmar que este trabajo cumple con la figura ética de la indagación científica.

III. RESULTADOS

3.1. Descripción e interpretación de los resultados.

En este ítem procederemos a describir e interpretar el producto de la encuesta. Se empleó a cincuenta abogados especialistas en derecho penal; no está demás señalar que se elaboró un cuestionario con diez preguntas con alternativas las cuales fueron respondidas por los participantes de manera objetiva, conforme se detalla a continuación.

En el primer cuadro se muestra la opinión de los encuestados respecto de la protección constitucional de la vida y salud del concebido; en este sentido se consultó: ¿La Constitución política protege la existencia y salud del concebido?, se obtuvo que el 100% se mostró completamente de acuerdo con que la Ley Fundamental protege estos derechos del concebido. Este dato es importante porque revela que todos los encuestados son conocedores que la Constitución protege al concebido en su vida y su salud (Tabla N° 1).

| Pregunta 1: ¿La Constitución política protege la vida y salud del concebido? | | |
|---|-------------------|-------------------|
| | Frecuencia | Porcentaje |
| Completamente de acuerdo | 50 | 100% |
| De acuerdo | 0 | 0% |
| Parcialmente de acuerdo | 0 | 0% |
| En desacuerdo | 0 | 0% |
| Total | 50 | 100% |

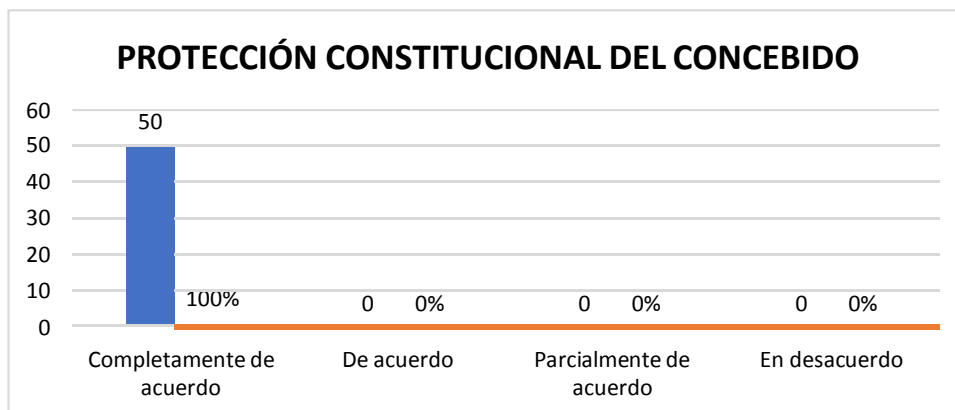


Gráfico 1. Protección constitucional del concebido.

Fuente: Juan Francisco Pinday Coronado

La pregunta número dos pretende comprobar si los encuestados identifican el elemento subjetivo en los delitos de aborto y lesiones del procreado tipificados en el código sustantivo, la interrogante es: ¿El elemento subjetivo en los delitos de aborto y el delito de lesiones al concebido regulados en el código penal es el dolo? El 94% de encuestados señalaron que el elemento subjetivo de estos ilícitos es el dolo, un 6% no precisó su respuesta (Tabla 2).

La respuesta obtenida es muy importante por cuanto los encuestados reconocen que los delitos de aborto y lesiones al procreado son dolosos, no admitiéndose la modalidad imprudente o culposa; es decir no están tipificados como culposos por lo que si se cometieran no es posible reprimirlos penalmente. La interpretación que se le da al seis por ciento que no precisó su respuesta es que existe el delito de aborto preterintencional en donde el resultado se produce por culpa, pero la conducta empieza siendo dolosa.

| Pregunta 2: ¿El elemento subjetivo en los delitos de aborto y el delito de lesiones al concebido regulados en el código penal es el dolo? | | |
|--|------------|-------------|
| | Frecuencia | Porcentaje |
| Verdadero | 47 | 94% |
| Falso | 0 | 0% |
| No precisa | 3 | 6% |
| Total | 50 | 100% |

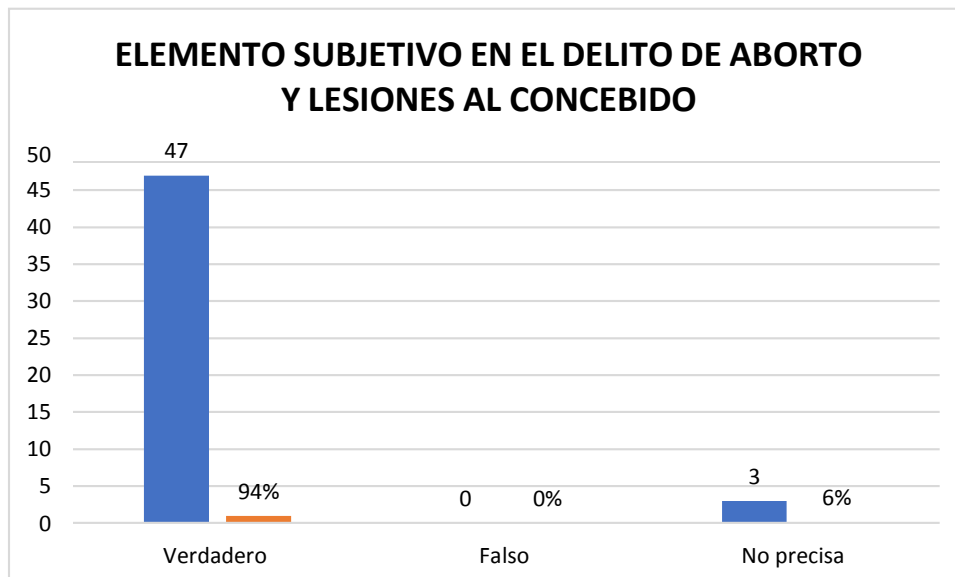


Gráfico 2. Elemento subjetivo en los delitos de aborto y lesiones al concebido.
Fuente: Juan Francisco Pinday Coronado.

La interrogante numero 3 tiene por objeto conocer si lo encuestados consideran que la existencia y el bienestar del concebido están protegidos por el código penal ante conductas culposas, por ello se les consultó: ¿El C.P ampara la existencia y salud del concebido ante conductas culposas o negligentes?

El 86% de participantes señalaron el código penal no defiende la existencia y salud del concebido ante conductas culposas o negligentes; el 14% no precisaron su respuesta. Como se observa la mayoría de encuestados tienen claro que la vida y salud del concebido no están protegidas por el código sustantivo ya que los delitos que atentan contra estos bienes jurídicos están previstos como dolosos. La explicación al 14% que no precisaron su respuesta es que existe el delito de aborto preterintencional lo cual puede llevar a la confusión de que en este caso se estaría protegiendo la vida del concebido ante una conducta culposa, lo cual no es acertado por cuanto en este caso el agente actúa dolosamente (Tabla 3)

| Pregunta 3: ¿El código penal protege la vida y salud del concebido ante conductas culposas o negligentes? | | |
|--|------------|------------|
| | Frecuencia | Porcentaje |
| Si | 0 | 0% |
| No | 43 | 86% |
| No precisa | 7 | 14% |

| | | |
|-------|----|------|
| Total | 50 | 100% |
|-------|----|------|

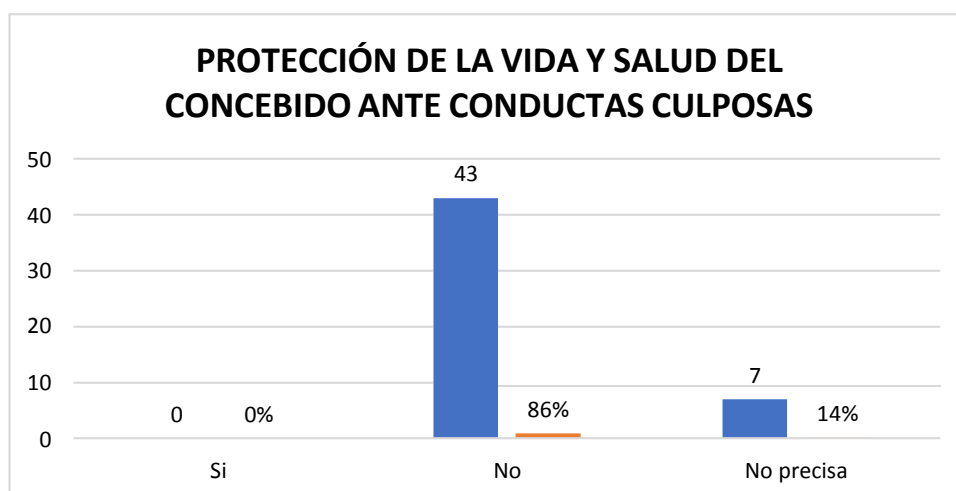


Gráfico 3. Protección de la vida y salud del concebido ante conductas culposas.
Fuente: Juan Francisco Pinday Coronado.

Considerando los datos estadísticos y los informes del Ministerio de salud, se consultó a los participantes si el aborto culposo y las lesiones culposas al concebido son frecuentes o no, la pregunta es: Según su experiencia; la muerte culposa del procreado o las lesiones culposas al concebido son: poco frecuentes, frecuentes muy frecuentes. Los participantes indicaron en un 82% que estos atentados a la vida y salud del concebido son frecuentes, el 12% respondieron que son muy frecuentes y el 6% respondieron que son poco frecuentes (Tabla 4).

Las respuestas dadas coinciden esencialmente con los informes periodísticos y los datos oficiales del Ministerio de Salud, lo que justifica que el derecho penal intervenga en este caso ya que son conductas que afectan derechos fundamentales y que se comenten con frecuencia no siendo suficientes los medios de control social menos gravosos.

| Pregunta 4: Según su experiencia; la muerte culposa del concebido o las lesiones culposas al concebido son | | |
|---|------------|------------|
| | Frecuencia | Porcentaje |
| Poco frecuentes | 3 | 6% |
| Frecuentes | 41 | 82% |
| Muy frecuentes | 6 | 12% |

| | | |
|-------|----|------|
| Total | 50 | 100% |
|-------|----|------|

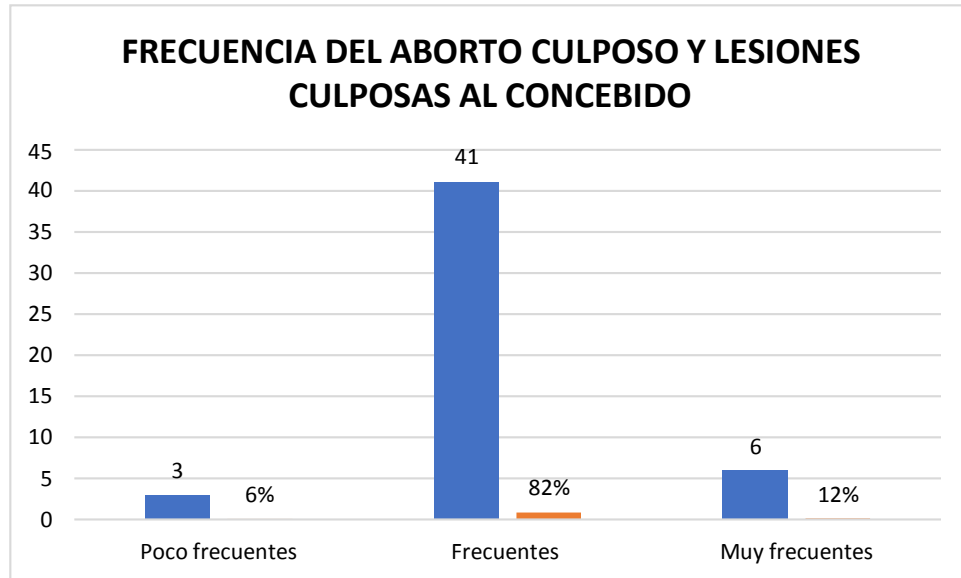


Gráfico 4. Frecuencia del aborto culposo o lesiones culposas al concebido.
Fuente: Juan Francisco Pinday Coronado.

La pregunta tiene por objeto conocer las alternativas de solución al problema del aborto culposo o lesiones culposas del procreado, ello ante la no tipificación de la conducta como delito así se preguntó: Ante las lesiones culposas al concebido o la muerte culposa de este, ¿qué alternativas tiene la gestante o el padre contra el responsable o responsables?,. El 74% de participantes señalaron que ante estas conductas se tiene que solicitar una indemnización por daños y perjuicios; el 18% señaló que se tendría que sancionar administrativamente al responsable y el 8% no precisó su respuesta (Tabla 5).

La respuesta dada a la interrogante indica que ante las conductas culposas lesivas a la vida y salud del concebido actualmente se hace uso de otros mecanismos de control que vienen desde el ámbito civil y administrativo dejando de lado la solución penal, ello puede explicar el porqué de la frecuencia de estas conductas.

| Pregunta 5: Ante las lesiones culposas al concebido o la muerte culposa de este, ¿qué alternativas tiene la gestante o el padre contra el responsable o responsables? | | |
|--|------------|------------|
| | Frecuencia | Porcentaje |
| | | |

| | | |
|--|-----------|-------------|
| Solicitar indemnización por daños y perjuicios | 37 | 74% |
| Sanciones administrativas | 9 | 18% |
| Denunciar penalmente | 0 | 0% |
| No precisa | 4 | 8% |
| Total | 50 | 100% |

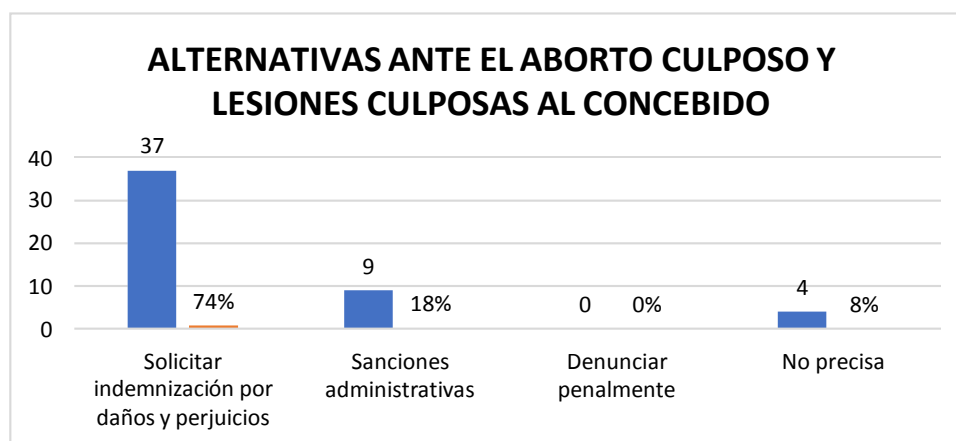


Gráfico 5. Alternativas ante el aborto culposo y lesiones culposas al concebido.
Fuente: Juan Francisco Pinday Coronado.

En la pregunta número seis se formuló a los participantes ¿Considera que la indemnización por daños perjuicios o las sanciones administrativas son suficientes para prevenir las muertes o lesiones culposas de los concebidos? Esta pregunta tiene por finalidad conocer si los expertos consideran que los medios de control social empleados hasta ahora cumplen con los fines preventivos; es decir, si evitan la comisión de estas conductas atentatorias contra la existencia y bienestar del procreado.

El 82% afirma que las medidas civiles y administrativas no son suficientes para la prevención del aborto culposo y las lesiones culposas al procreado, el 7% considera que estas medidas son suficientes y el restante 2% no precisó su respuesta. La respuesta obtenida coincide con las respuestas referidas a la protección penal de la vida y bienestar del concebido, en éstas señalaron que estos bienes jurídicos no estaban suficientemente bien protegidos en el código sustantivo y ante la frecuencia

con la que se cometen concluyen que las medidas extrapenales son suficientes para prevenirlas (Tabla 6).

| Pregunta 6: ¿Considera que la indemnización por daños perjuicios o las sanciones administrativas son suficientes para prevenir las muertes o lesiones culposas de los concebidos? | | |
|--|------------|-------------|
| | Frecuencia | Porcentaje |
| Si | 7 | 14% |
| No | 41 | 82% |
| No precisa | 2 | 4% |
| Total | 50 | 100% |

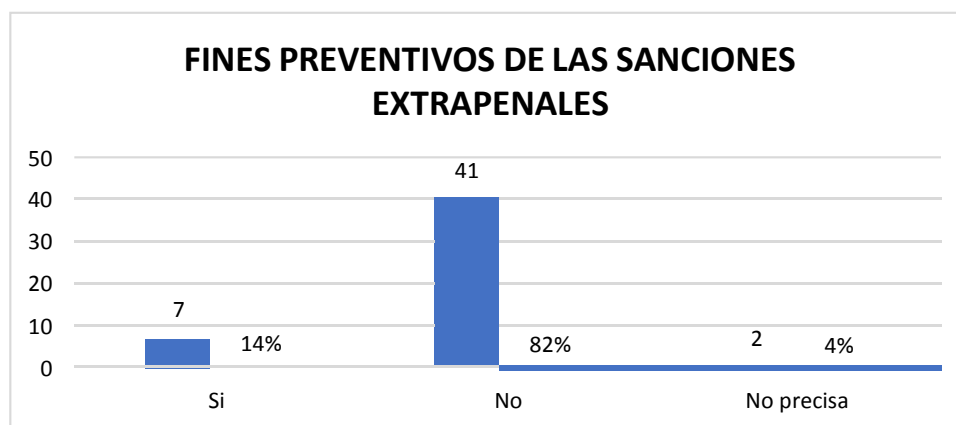


Gráfico 6. Fines preventivos de las sanciones extrapenales.

Fuente: Juan Francisco Pinday Coronado

En la pregunta seis, a continuación, se consultó si el aborto culposo y lesiones culposas al procreado deben ser consideradas como delito, pues la mayoría afirman que las medidas extrapenales no cumplen fines preventivos; por ello se consultó: ¿Considera que el aborto culposo y las lesiones culposas al procreado deben tipificarse como delito?

En forma mayoritaria, 76%, se encuentran completamente de acuerdo con que se tipifique como delito el aborto culposo y las lesiones culposas al ser existente, el 6% se encuentran de acuerdo con esa medida, el 14% se muestra en desacuerdo y el 4% no precisó su respuesta. (Tabla 7). Estas respuestas van acordes con las respuestas dadas a las preguntas sobre si las medidas extrapenales son suficientes para prevenir

el aborto culposo y las lesiones culposas al concebido, en las que afirmaron en forma contundente que estas no son suficientes para prevenirlas.

| Pregunta 7: ¿Considera que el aborto culposo y las lesiones culposas al concebido deben tipificarse como delito? | | |
|---|------------|-------------|
| | Frecuencia | Porcentaje |
| Completamente de acuerdo | 38 | 76% |
| De acuerdo | 3 | 6% |
| En desacuerdo | 7 | 14% |
| No precisa | 2 | 4% |
| Total | 50 | 100% |

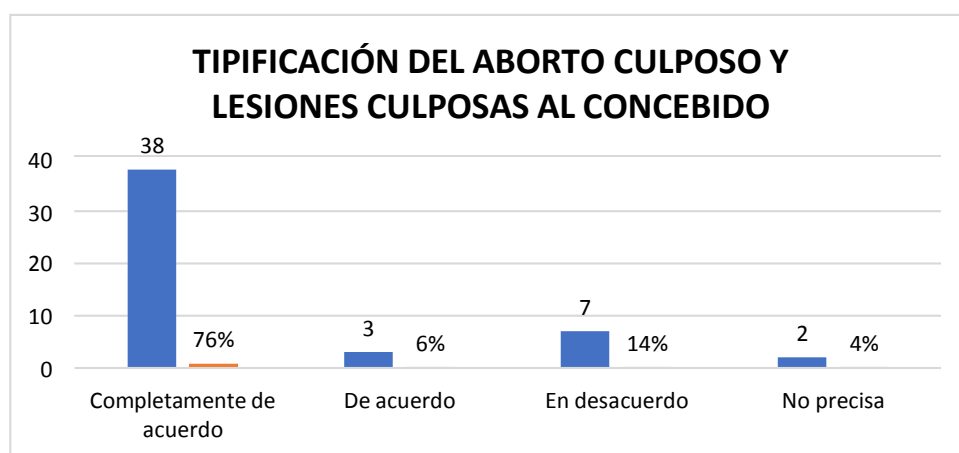


Gráfico 7. Tipificación del aborto culposo y lesiones culposas al concebido.
Fuente: Juan Francisco Pinday Coronado.

En la pregunta octava se consultó si la pena cumplirá los fines preventivos que se asignan a la sanción penal, pues según la teoría de la prevención general, la pena cumple con la finalidad de prevenir la comisión de futuros delitos al influir sobre el comportamiento del ser humano ya sea en forma de amenaza o intimidación o como medida promocional de los valores de la sociedad. La pregunta fue: ¿Considera que la pena tendrá fines preventivos en el caso en que se tipifique el aborto culposo y las lesiones culposas al ser existente?

El 72% de los participantes se mostraron completamente de acuerdo con que la pena con la que conmine el aborto culposo y las lesiones culposas al procreado cumplirá con fines preventivos, el 6% estuvo de acuerdo con esta afirmación; el 22%

no estuvo de acuerdo, es decir no considera que la pena cumpla fines preventivos (Tabla 8)

| Pregunta 8: ¿Considera que la pena tendrá fines preventivos en el caso en que se tipifique el aborto culposo y las lesiones culposas al concebido? | | |
|---|------------|-------------|
| | Frecuencia | Porcentaje |
| Completamente de acuerdo | 36 | 72% |
| De acuerdo | 3 | 6% |
| En desacuerdo | 11 | 22% |
| No precisa | 0 | 0% |
| Total | 50 | 100% |

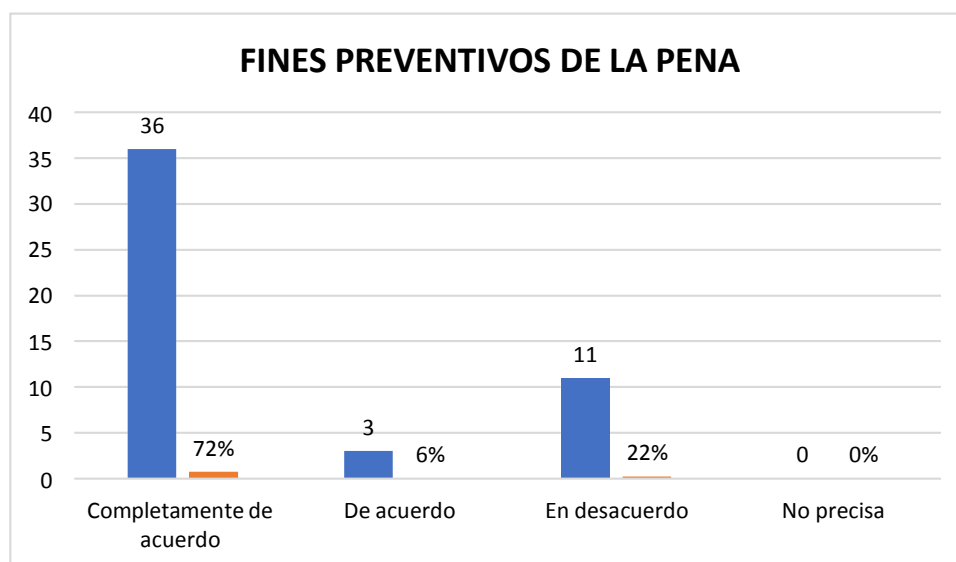


Gráfico 8. Fines preventivos de la pena.
Fuente: Juan Francisco Pinday Coronado

La gran mayoría de casos de abortos culposos y lesiones culposas al concebido, son cometidos por profesionales de la salud humana, quienes, por negligencia o mala praxis o mal diagnóstico, provocan la muerte del concebido o le ocasionan lesiones; conforme se ha podido apreciar en los Informes del Ministerio de Salud, por ello es que en la pregunta 9 se consultó: ¿Considera que si el aborto culposo o lesiones culposas al concebido son cometidos por negligencia de un profesional de la salud humana debe aplicarse la pena de inhabilitación?

El 86% de encuestados están completamente de acuerdo con que se sancione con pena de inhabilitación al profesional de la salud humana que por negligencia ocasiona el aborto o lesiones al concebido; el 10% manifestó estar de acuerdo y el 4% restante no está de acuerdo. Los encuestados, casi en el cien por ciento, se muestran conformes con que se aplique una pena que impida que el autor siga ejerciendo la profesión en cuyo ejercicio causó la muerte del concebido o las lesiones, tal como ocurre en el derecho comparado en donde se ha observado que en los países en los que estas conductas están tipificadas se sanciona, además, con pena de inhabilitación (Tabla 9).

| Pregunta 9: ¿Considera que si el aborto culposo o lesiones culposas al concebido son cometidos por negligencia de un profesional de la salud humana debe aplicarse la pena de inhabilitación? | | |
|--|------------|-------------|
| | Frecuencia | Porcentaje |
| Completamente de acuerdo | 43 | 86% |
| De acuerdo | 5 | 10% |
| En desacuerdo | 2 | 4% |
| No precisa | 0 | 0% |
| Total | 50 | 100% |

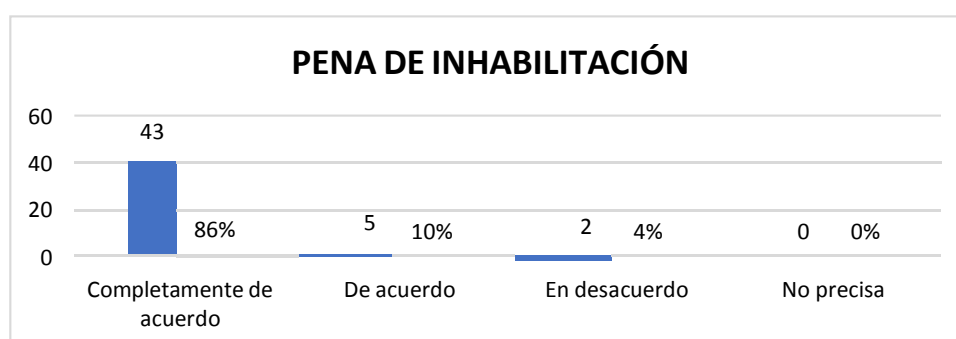


Gráfico 9. Pena de inhabilitación.

Fuente: Juan Francisco Pinday Coronado.

En la pregunta 10 se busca identificar los principios del derecho penal que sirven de fundamento para la tipificación del aborto culposo y las lesiones culposas al concebido como delitos, la pregunta es: ¿Qué principios del derecho penal fundamentan la tipificación del aborto culposo y lesiones culposas al concebido?

Las respuestas fueron variadas el 42% de participantes respondieron que el principio de protección de bienes jurídicos el principio que fundamenta la tipificación del aborto culposo y las lesiones culposas al concebido, el 30% señaló que el fundamento es el principio de legalidad, el 16% el principio de necesidad y el 12% respondieron el fundamento son otros principios. Lo importante es que todos los principios indicados constituyen el fundamento para la criminalización de las lesiones culposas al concebido y el aborto imprudente (Tabla 10).

| Pregunta 10: ¿Qué principios del derecho penal fundamentan la tipificación del aborto culposo y lesiones culposas al concebido? | | |
|--|------------|-------------|
| | Frecuencia | Porcentaje |
| Protección de bienes jurídicos | 21 | 42% |
| Legalidad | 15 | 30% |
| Necesidad | 8 | 16% |
| Otros | 6 | 12% |
| Total | 50 | 100% |

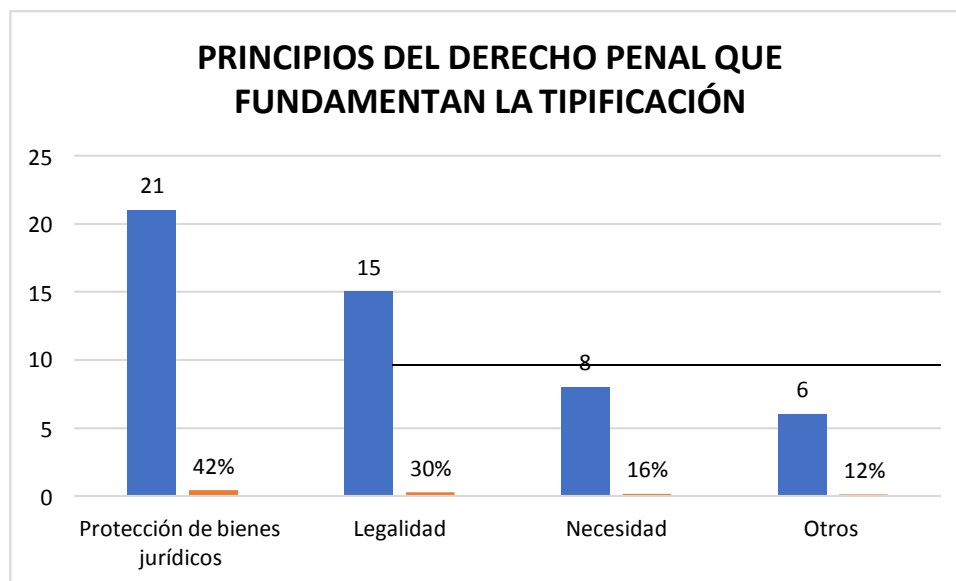


Gráfico 10. Principios que fundamentan la tipificación.
Fuente: Juan Francisco Pinday Coronado.

3.2. Descripción de los resultados de la entrevista.

En este apartado, se describirán y analizarán las respuestas aplicadas a expertos, jueces penales y fiscales en derecho penal quienes respondieron cuatro preguntas, las mismas que fueron:

Primera pregunta: ¿Considera que la existencia y la salud del procreado se encuentran adecuadamente protegidos por el ordenamiento jurídico peruano?

Los expertos manifestaron que el código penal peruano protege la vida del concebido de manera rigurosa, no sigue el sistema de plazo o de indicadores para regular el aborto, la única modalidad de aborto impune es el aborto terapéutico en el que por existir una causa de justificación se exime de responsabilidad penal a quien causa el aborto para evitar que la gestante muera o quede con graves daños en su salud por continuar con un embarazo ectópico; sin embargo, afirmaron que no ofrece una adecuada protección ante conductas culposas que ocasionen el aborto o lesiones al concebido, ello en la medida que el código sustantivo no tipifica el aborto culposo ni las lesiones culposas al concebido, todos los delitos de aborto previstos desde el artículo 114° al artículo 120° son dolosos y el delito de lesiones al concebido previsto en el artículo 124-A es doloso.

Segunda pregunta: ¿Qué opinión le merece que en otras legislaciones penales se tipifique como delito el aborto culposo y las lesiones culposas al concebido?

Los entrevistados indicaron que este tipo de legislaciones como la Española, la de El Salvador y otras, ofrecen una mayor protección a la vida humana dependiente y la salud del concebido ya que no solo la protegen ante conductas dolosas sino también ante conductas negligentes o imprudentes. Que los bienes jurídicos que están en juego, justifican que se sancione penalmente el aborto culposo y las lesiones culposas al feto. Además, al establecerse la pena de inhabilitación se impide que el profesional de la salud que ocasionó el aborto o las lesiones al concebido, siga ejerciendo la profesión en la que cometió el delito, que este tipo de pena es más efectiva para los fines preventivos, por cuanto el profesional de la salud se verá impedido de ejercer por un tiempo su profesión. El desprestigio profesional, así como los problemas económicos que genere la aplicación de la pena de inhabilitación serán fundamentales

para que el agente evite incurrir en negligencias o malas praxis que ocasionan la pérdida de la vida humana dependiente y la salud del concebido.

Tercera pregunta: ¿Considera que en nuestra sociedad son frecuentes los casos en los que se lesiona la salud del concebido o se le causa la muerte por actos negligentes o imprudentes? Los expertos indicaron que estos casos son frecuentes lo que se evidencia en las noticias que a diario se observamos en los medios de comunicación social y sobre todo en los informes de las instituciones oficiales como el Ministerio de Salud. Sin embargo, estos casos no son tratados jurídicamente como aborto culposo o lesiones culposas al concebido; sino que dependiendo de los resultados que se ocasionen a la gestante se le dará el tratamiento jurídico ya sea como lesiones culposas graves o leves contra la gestante u homicidio culposo contra ella, esto ocurre porque en la legislación penal peruana no están tipificados el aborto imprudente o las lesiones culposas contra el fruto de la concepción. En estos casos a los bienes jurídicos del concebido no se les da la importancia que merecen.

Cuarta pregunta: ¿Considera que es necesaria la tipificación del aborto culposo y las lesiones culposas al concebido en el C. P.P?

La gran mayoría de expertos indicaron que si es necesaria la tipificación del delito de aborto culposo y lesiones culposas al concebido en el sistema penal peruano; esto para ser más coherentes en cuanto a la protección de la subsistencia y salud del concebido ya que éste merece toda la protección por parte del ordenamiento jurídico tal como lo indican los tratados y normas internacionales. Sin embargo, precisaron que se debe realizar una reingeniería del código penal debido a como las penas establecidas para los delitos de aborto doloso son muy benignas si se tipifica el aborto culposo o las lesiones culposas al concebido serían sancionados con penas más benignas aún, es decir, simbólicas y que en la práctica no se aplicarían.

Establecer como circunstancia agravante que la conducta sea cometida por un agente de la salud humana y sancionarla con la pena de imposibilitar, es una medida muy acertada ya que éste debe actuar con mayor celo y cuidado en el ejercicio de sus funciones. Esta medida cumplirá con los fines preventivos generales y especiales de la pena.

IV. DISCUSIÓN

En este Capítulo se interpretará el cumplimiento de los objetivos específicos trazados en la indagación, lo que a su vez explicará el cumplimiento del objetivo general:

4.1. Objetivo específico 1: Examinar los delitos de aborto y lesiones al concebido.

Los delitos de aborto previstos en los artículos 114° a 120° del C.P., han sido examinados detalladamente en esta investigación, tanto doctrinariamente como legislativamente. En estos ilícitos el bien jurídico afectado es la vida del concebido, la misma que empieza a protegerse penalmente desde la anidación, es decir desde que el huevo o cigoto se instala en útero de la mujer, pues a partir de este hecho tiene las condiciones adecuadas para desarrollarse, es decir es viable; el fin de la protección de la vida humana dependiente lo marca los dolores del parto, momento en el que ya empieza la vida humana independiente y un atentado contra esta ya se considera homicidio.

El delito de auto aborto tipificado en el artículo 114° del C.P., es un delito que lo comete la gestante al practicarse a sí misma el aborto o al permitir que otro le practique, es una conducta que admite la modalidad omisiva. Desde el punto de vista subjetivo es un delito doloso, la gestante debe actuar con conocimiento de que se encuentra embarazada y orienta su conducta a interrumpir el proceso de gestación con la subsecuente muerte del fruto de la concepción. No es admisible el delito de auto aborto culposo; es decir si la gestante por negligencia se provoca el aborto no cometerá delito.

En el artículo 115° se tipifica el delito de aborto consentido y lo comete quien contando con el consentimiento de la gestante le provoca el aborto, la gestante libre y voluntariamente otorga su consentimiento para que se le practique el aborto; el consentimiento debe ser otorgado de manera expresa o tácita, lo importante es que no exista ninguna circunstancia que lo vice como el engaño, la amenaza o la violencia.

Este es un delito que se comete a título de dolo, el agente conociendo que la mujer está embarazada actúa sobre ella con el propósito de causarle el aborto. Si el agente actúa por culpa no incurre en el delito de aborto consentido; por ejemplo, en caso de una mala praxis médica o un mal diagnóstico; de producirse el aborto por imprudencia este es impune y solo se sancionará por lesiones culposas u homicidio culposo contra la gestante.

El delito de aborto no consentido se encuentra tipificado en el artículo 116° del C.P. y se comete cuando el agente, sin contar con el consentimiento de la gestante, le causa o provoca el aborto. Es importante que la conducta del agente se dirija a provocar el aborto ya que, si ejerce violencia sobre la gestante con el propósito de lesionarla o de causarle la muerte y pudiendo prever el aborto este se produce, incurrirá en aborto preterintencional y no en aborto no consentido. Este es un delito doloso; es decir el agente conoce que la mujer está gestando y dirige su accionar a causarle la muerte del fruto de la concepción ya sea dentro o fuera del claustro materno. No admite la modalidad culposa. Este ilícito puede admitir la legítima defensa como causa de justificación, la que se presentará, por ejemplo, cuando la gestante agrede físicamente a otro y este para evitar que se le cause la muerte o una lesión grave empuja a la mujer y esta pierde al concebido; también admite el estado de necesidad justificante, el que se presentará, por ejemplo, cuando el agente, habiéndose presentado ya una situación de grave riesgo para la vida o salud de la gestante y ésta no puede otorgar el consentimiento, decide provocar el aborto, con el único fin de salvarla.

En el artículo 117° se regula el delito de aborto cometido por el agente de la salud, quien contando con el consentimiento o sin el consentimiento de la gestante le provoca la interrupción del embarazo con la muerte del concebido. Lo característico de este ilícito es que el agente no es cualquier persona sino un profesional de la salud humana, es un tipo penal especial impropio ya que la cualidad personal del agente no fundamenta la existencia del delito sino la gravedad de la pena. Este es un delito doloso, el profesional de la salud actúa con conocimiento y voluntad de causar la muerte del fruto de la concepción; si el profesional sanitario actúa infringiendo un

deber de cuidado, es decir, por negligencia, no se comete este delito. Dado que este delito lo comete un profesional de la salud humana, se establece además de la pena privativa de la libertad, la pena de inhabilitación.

El aborto preterintencional previsto en el artículo 118° del C.P., se comete cuando el agente sabiendo que la mujer se encuentra embarazada ejerce violencia sobre ella y le causa el aborto sin ser este su propósito, pero pudiendo prever este resultado. Como se advierte el actuar del agente es doloso, pues dirige su accionar a lesionar a la gestante y sabiendo o constándole que su víctima se encuentra embarazada le causa el aborto; el resultado se imputa a título de culpa.

En el artículo 119° del C.P., se regula la única modalidad de aborto impune que se presenta cuando la gestante se encuentra en una situación de peligro ya que estamos ante un embarazo que pone en serio riesgo la vida o la salud de la gestante tal como ocurre en un embarazo ectópico. Este aborto requiere de un diagnóstico médico, que indique de modo certero que la gestante corre un serio peligro de continuar con el embarazo; asimismo requiere que la gestante de su consentimiento, pues si ella desea continuar con el embarazo no se le puede obligar a que aborte; y finalmente, el aborto debe ser practicado por un médico en un hospital donde se garantice la vida y salud de la mujer.

El aborto sentimental o ético y el aborto eugenésico son regulados en el artículo 119°, estos se cometen a título de dolo, el primero cuando el embarazo es fruto de una violación sexual o de una inseminación artificial no consentida, ambas fuera del matrimonio. Esta norma establece distingos entre la mujer casada y la soltera por ello se reputa como inconstitucional. El aborto eugenésico se presenta cuando se ocasiona el aborto al advertirse que el fruto de la concepción nacerá con graves taras físicas o psicológicas, lo cual, actualmente, es más fácil de determinar por los avances de la ciencia médica. Todas estas modalidades de aborto son dolosas, lo que implica actuar con conocimiento y voluntad. La pena para estos abortos es simbólica de solo tres meses de privación de la libertad, lo que en la práctica la hace inaplicable.

El delito de lesiones al concebido se encuentra previsto en el artículo 124-A del C.P. y consiste en causar daño a la salud del concebido. Es un delito doloso, el agente

actúa con conocimiento y voluntad de lesionar al concebido. Por la forma como está redactado este delito no admite la modalidad culposa; es decir, si el daño a la salud se comete por imprudencia, negligencia o impericia no es considerado como delito. Este delito en la praxis jurídica es muy escaso, en más de diez años de que se tipificó esta conducta no se han presentado casos en el Distrito Judicial de Piura; sin embargo, y como se observa en la realidad problemática, y en las opiniones de los expertos, son muy frecuentes los casos de negligencia médica que ocasionan lesiones al concebido, pero que al no estar consideradas como delito, no es posible reprimirlas penalmente, quedando solo la vía civil para solicitar una indemnización, lo cual a criterio de los expertos no es suficiente para lograr prevenir estas conductas, hecho que se evidencia con los informes del Ministerio de Salud.

4.2. Objetivo específico 2: Examinar los principios de legalidad, necesidad, protección de bienes jurídicos.

Este objetivo se ha logrado ya que se ha realizado un estudio detallado de los principios que a criterio del tesista fundamenta la tipificación del aborto culposo y las lesiones culposas al concebido lo que contribuirá a una mejor protección a la vida y salud del concebido como presupuestos o condiciones indispensables o imprescindibles para la existencia y desarrollo del ser humano en la sociedad.

En cuando al principio de legalidad como norma rectora del derecho penal en un Estado democrático de derecho, se encuentra previsto en el literal d del inciso 24 del artículo 2° de la Ley Fundamental y en el artículo II del Título Preliminar del Código sustantivo. Según este principio el estado no puede reprimir conductas no consideradas como delito o falta en una ley previamente puesta en vigencia. Este principio garantiza la libertad y seguridad del ciudadano. Este principio exige una ley escrita, una ley expresa y una ley previa y como consecuencia de estas exigencias la ley es una única fuente directa del derecho penal, se prohíbe la analogía y las interpretaciones extensivas y restrictivas para considerar como delito a ciertas conductas o para establecer una pena y la ley penal no puede ser aplicada de manera retroactiva a menos que sea favorable al reo. En el caso materia de la investigación, este principio debe ser respetado pues antes de sancionar a una persona por un

aborto culposo o lesiones culposas al concebido, primero debe calificarse estas conductas como delito en la ley penal, ya que a la fecha no son consideradas como tal.

El principio de protección de bienes jurídicos, o principio de lesividad señala que el derecho penal solo se justifica si busca proteger intereses o condiciones de vida indispensables para que el ser humano pueda vivir en sociedad y no debe ser empleado para imponer valores morales, ideologías religiosas o políticas, etc. El concepto de bien jurídico adquiere importancia por cuanto, se constituye en un límite al ejercicio del poder penal, sirve para la clasificación de los delitos y como criterio de interpretación de las normas penales. Luego de analizar los delitos de aborto y lesiones al concebido, llegamos a la conclusión de que la vida humana dependiente y la salud del concebido son bienes jurídicos importantes y merecen la protección penal, por ello es que se han tipificado ciertas conductas que los afectan; sin embargo, se considera que la protección es solo ante conductas dolosas y no ante conductas imprudentes o culposas, por lo que su protección es parcial y debería tipificarse como delitos las lesiones culposas al concebido y el aborto culposo.

El principio de necesidad, del cual se derivan los principios de subsidiaridad y fragmentariedad, reza que el *ius puniendi* solo actúa ante conductas graves que pongan peligro intereses importantes para la convivencia social y cuando otros medios de control han resultado ineficaces. En el caso materia de esta investigación, se debe considerar la posibilidad de que el aborto culposo y las lesiones culposas al concebido se consideren como delito, ya que son conductas graves que afectan bienes jurídicos importantes y las medidas extrapenales como las sanciones administrativas y las pecuniarias a través de las indemnizaciones están resultando ineficaces.

4.3. Objetivo específico 3: examinar la protección del concebido en la legislación internacional.

Este objetivo se ha logrado, pues se ha realizado un análisis de diversas legislaciones extranjeras y en varias de ellas se observa que se ha tipificado el delito de aborto culposo y las lesiones culposas al concebido, en otras solo el aborto culposo, como veremos resumidamente a continuación.

Dentro de las legislaciones extranjeras que tipifican el delito de aborto culposo y las lesiones culposas tenemos: España que tipifica el delito de aborto culposo en el artículo 146° y el delito de lesiones culposas al concebido en el artículo 158°, los sanciona con pena privativa de libertad y además con pena de inhabilitación en caso se hayan cometido por profesionales sanitarios; asimismo El Salvador tipifica el delito de aborto culposo en el artículo 137°, y las lesiones culposas al concebido en el artículo 139°, se prevé pena privativa de libertad pero no pena de inhabilitación; finalmente Nicaragua tipifica el delito de lesiones dolosas y culposas a quien está por nacer en los artículos 148° y 149° de su código penal se sanciona con pena de prisión y con pena de inhabilitación en el caso de que se haya cometido por profesional de la salud.

En el segundo grupo de legislaciones están las que solo reprimen el aborto culposo, pero no el delito de lesiones culposas al concebido; dentro de éstas tenemos Bolivia que en el artículo 268° sanciona el delito de aborto culposo; Costa Rica en su artículo 122° sanciona a quien por culpa ocasione el aborto y Guatemala sanciona el aborto culposo en el artículo 139°. En todas estas legislaciones no se sanciona a la mujer que por culpa ocasiona su aborto.

Colombia no tipifica el aborto culposo, pero si sanciona el delito de lesiones culposas al concebido en el artículo 126° y se sanciona con una pena de prisión y con inhabilitación si es cometido por profesionales sanitarios. Esto es curioso ya que si protege la salud del concebido ante conductas culposas con más razón debería proteger la vida del concebido ante este tipo de conductas.

El tercer grupo lo componen las legislaciones que solo tipifican el aborto doloso como Chile, Uruguay y Ecuador. Estos países solo protegen la vida del concebido ante conductas dolosas y no ante conductas culposas o imprudentes que afecten la vida del fruto de la concepción; tampoco protegen la salud del concebido ni ante conductas dolosas ni mucho menos ante comportamientos culposos.

V. CONCLUSIONES

1. La vida humana dependiente y la salud del concebido son bienes jurídicos importantes, por constituir presupuestos imprescindibles para la existencia de otros bienes jurídicos como la vida humana independiente y la salud individual, y con ellos todos los demás bienes o intereses en una sociedad democrática de derecho; en este sentido, conforme al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, la vida y salud del concebido merecen toda la protección del Estado.
2. Es frecuente en nuestra sociedad que, como consecuencia de conductas imprudentes se ocasione la muerte del fruto de la concepción o lesiones en la salud del concebido, tal como lo revelan los informes del Ministerio de Salud; por lo que, en aplicación del principio de necesidad, estas conductas deben ser tipificadas como delito ya que han fracasado los otros medios de control social.
3. El Código penal tipifica el delito de aborto y el delito de lesiones al concebido, sólo en su modalidad dolosa, no tipifica como delito el aborto culposo o imprudente ni las lesiones culposas; por ello, en aplicación al origen del principio de la legalidad, se pretende tipificar el aborto culposo y a la vez las lesiones culposas al ser existente, es necesario modificar la ley penal.
4. No debe considerarse a la gestante como sujeto activo de los delitos de aborto culposo y lesiones culposas al procreado, ya que en este caso la gestante ya sufre las consecuencias negativas de su actuar negligente y no hay necesidad de intervención del derecho penal, pues la pena no cumpliría ninguno de sus fines preventivos ni general ni especial.
5. Debe considerarse como circunstancia agravante que el delito de aborto culposo y lesiones culposas al procreado sean cometidos por profesionales de la salud humana, y en consecuencia debe establecerse la pena de inhabilitación ya que no debe permitirse que el profesional sanitario que ha cometido estas conductas en el ejercicio de su profesión la sigan ejerciendo poniendo en riesgo la vida y salud del concebido; esta pena cumpliría sus fines preventivos.

VI. RECOMENDACIONES

1. Al Poder Legislativo del Perú para que, considerando los argumentos jurídicos de esta investigación y del derecho comparado tipifique como delito el aborto culposo y las lesiones culposas al procreado, a efecto de brindar una protección integral a la vida y salud del concebido. En este caso debe considerarse como circunstancia agravante de estas conductas la calidad de profesional de la salud del agente que cause el aborto o las lesiones del concebido por infringir deberes de profesión y se establezca, en este caso, la pena de inhabilitación.
2. Al Poder Legislativo del Perú para que, al momento de tipificar como delito el aborto culposo y las lesiones culposas al ser existente, no considere como sujeto activo de este delito a la gestante; ya que la pena no surtirá ningún efecto, pues ella ya sufre un daño por la pérdida de su hijo o por las lesiones causadas a este y aplicar una pena implicaría violar el principio de proporcionalidad en su manifestación de prohibición del exceso.
3. A los profesionales de la salud humana del Perú, para que velen por la salud de la gestante y con ello por la salud y vida del concebido evitando causar por negligencia o por mala praxis el aborto o lesiones al concebido, pues la vida y salud de éste son derechos fundamentales que deben protegerse más allá de si las conductas negligentes u omisivas que provoquen su destrucción o daño estén tipificadas como delito o no; debe recordarse que la sociedad y el Estado le deben al concebido lo mejor que puedan ofrecerle.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. ALARCON D., M. I., & CARRERA P., M. O. (2018). *La necesidad de tipificación de las lesiones culposas al feto cometidas por profesionales de la salud en el código penal peruano*. Trujillo - Perú: Universidad Nacional de Trujillo .
2. ALEMAN, N. (12 de Mayo de 2018). El riesgo de ser madre por las complicaciones y negligencias médicas. *Correo*, pág. 25.
3. ARANZAMENDI N., L. (2010). *La investigación jurídica*. Lima: Grijley.
4. ARMAZA G., J. (2002). *Elementos negativos del delito*. Lima: Jurista Editores.
5. BACIGALUPO Z., E. (2004). *Derecho Penal parte general*. Lima: ARA Editores.
6. BERDUGO G. de la T., I. (1993). *Temas de derecho penal* . Lima: Cultural Cuzco.
7. BUSTOS R., J. (2004). *Obras completas: Control social y otros estudios* (Vol. II). Lima: ARA Editores.
8. CAPODIFERRO C., D. (2016). *La Evolución de la regulación normativa del aborto en España: perspectivas teóricas y proyección normativa*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.
9. CARRASCO D. , S. (2013). *Metodología de la investigación científica*. Lima: San Marcos.
10. GARCIA C., P. (2008). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Lima: GRIJLEY.
11. GARCIA C., P. (2019). *Derecho penal parte general*. Lima: Ideas.
12. GARCIA L., G. (2016). Principios limitadores del ius puniendi. *Diálogo con la jurisprudencia*, 174-182.
13. HARRO, O. (2017). *Manual de derecho penal. Teoría general del derecho penal*. Barcelona: Atelier.

14. HERNANDEZ S. y otros. (2014). *Metodología de la Investigación* (6ta ed.). Mexico: Mc. Graw Hill.
15. HURTADO P., J. (1994). *Manual Derecho penal parte especial 2- Aborto*. Lima: Ediciones Juris.
16. JAKOBS, Gunther & otros. (2010). *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*. Lima: ARA Editores.
17. JESCHECK, H.-H., & WEIGEND, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal; parte general* (Vol. I). Lima: Instituto Pacífico.
18. MARTINEZ M., M. (2009). *Ciencia y arte en la metodología cualitativa*. Mexico: Trillas.
19. MICHUE H. , J. A. (2004). *El delito de lesiones contra la vida humana dependiente: precisiones de dogmática penal y política criminal*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos .
20. MUÑOZ C. y GARCIA A. (2002). *Derecho penal parte general*. Valencia: Tirant lo blanch.
21. MUÑOZ C., F. (2001). *Derecho Penal parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
22. NOGUERA R., I. (2008). *Derecho Penal; parte general* (Vol. I). Lima: Grijley.
23. OCÓN C., A. (2017). *El Aborto: aspectos filosóficos, éticos y jurídicos* . Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
24. OROS C., R. (2014). *El derecho Penal en la era de la postmodernidad*. Lima: Grijley.
25. PARMA, Carlos; & otro. (2015). *Autoría y participación criminal nuevos paradigmas*. Lima: Ideas.
26. PEÑA C.F, A. R. (2011). *Derecho penal parte especial*. Lima: IDEMSA.
27. PEÑA CABRERA F., A. R. (2010). *Derecho penal parte especial*. Lima : Grijley.

28. PRADO S., V. R. (2000). *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica.
29. QUINTERO O., G. (2015). *Parte General del Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi.
30. REGIS P., L. (2003). *Bien Jurídico-Penal y Constitución*. Lima: ARA.
31. RETAMOZO E., R. (2015). *El aborto culposo y las razones que justifican su incorporación en el ordenamiento jurídico peruano, a fin de evitar la impunidad en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
32. REYNA A., L. (2016). *Derecho penal parte general, temas claves*. Lima: Gaceta Jurídica.
33. ROJAS V. Fidel & otros. (2007). *Código penal 16 años de jurisprudencia*. Lima: IDEMSA.
34. ROXIN, C. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima : Grijley.
35. S/A. (21 de Junio de 2019). Perú: una mujer muere a diario por complicaciones en el embarazo. *La República*, pág. 31.
36. SÁNCHEZ M., M. A. (2007). *La analogía en el derecho penal*. Lima: Grijley.
37. TAFUR P. Raúl y otro. (2014). *Cómo hacer un proyecto de investigación*. Lima: TAGE.
38. VILLABELLA A., C. (12 de noviembre de 2018). www.juridica.unam.mx.
Obtenido de <http://www.biblio,juridican.unam.mx>
39. VILLAVICENCIO T., F. (2014). *Derecho penal parte general*. Lima: Grijley.
40. WESSELS Johannes y otros. (2018). *Derecho penal parte general. El delito y su estructura*. Lima: Instituto Pacífico.

ANEXOS

ENCUESTA DIRIGIDA A OPERADORES DEL DERECHO

Título: TIPIFICACIÓN DEL ABORTO CULPOSO Y LESIONES CULPOSAS AL CONCEBIDO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

OBJETIVO: La presente encuesta tiene por finalidad determinar los fundamentos jurídicos que justifican de la tipificación del aborto culposo y lesiones culposas al concebido en el Código penal peruano.

INTRUCCIONES. A continuación se formulan un conjunto de preguntas las cuales deben ser respondidas con sinceridad. Evite enmendaduras.

1. ¿La Constitución política protege la vida y salud del concebido?
 Completamente de acuerdo
 De acuerdo
 Parcialmente de acuerdo
 En desacuerdo

2. ¿El elemento subjetivo en los delitos de aborto y el delito de lesiones al concebido regulados en el Código Penal es el dolo?
 Verdadero
 Falso
 No precisa

3. ¿El Código penal protege la vida y salud del concebido ante conductas culposas o negligentes?
 Si
 No
 No precisa

4. Según su experiencia: La muerte culposa del concebido o las lesiones culposas del concebido son:

Poco frecuentes

Frecuentes

Muy frecuentes

5. ¿Ante las lesiones culposas al concebido o la muerte culposa de éste, que alternativas tiene la gestante o el padre contra el responsable o responsables?

Solicitar indemnización por daños y perjuicios.

Sanciones administrativas.

Denunciar penalmente.

No precisa

6. ¿Considera que la indemnización por daños y perjuicios o las sanciones administrativas son suficientes para prevenir las muertes o lesiones culposas de los concebidos?

Si

No

No precisa

7. ¿Considera que el aborto culposo y las lesiones culposas deben tipificarse como delito?

Completamente de acuerdo

De acuerdo

En desacuerdo

No precisa

8. Considera que la pena tendrá fines preventivos en el caso de que se tipifique el delito de aborto culposo y lesiones culposas al concebido.

Completamente de acuerdo

De acuerdo

En desacuerdo

No precisa

9. Considera que si el aborto culposo y lesiones culposas al concebido son cometidos por negligencia de un profesional de la salud humana debe aplicarse la pena de inhabilitación.

Completamente de acuerdo

De acuerdo

En desacuerdo

No precisa

10. ¿Qué principios del derecho penal fundamentan la tipificación del aborto culposo o lesiones culposas al concebido?

Protección de bienes jurídicos

Legalidad

Necesidad

Otros

CUESTIONARIO

Titulo: TIPIFICACION DE LAS LESIONES CULPOSAS AL CONCEBIDO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Se le presenta a continuación un cuestionario que tiene como objetivo recabar información para determinar los fundamentos jurídicos que justifican de la tipificación del aborto culposo y lesiones culposas al concebido en el Código penal peruano. Le agradecemos responder de manera objetiva, pues su aporte es muy valioso para los fines de la investigación.

GENERALIDADES.

Género: Masculino () Femenino ()

Edad: _____

1. ¿Considera que la vida y la salud del concebido se encuentran adecuadamente protegidos por el ordenamiento jurídico peruano?

2. ¿Qué opinión le merece que en otras legislaciones penales se tipifique como delito el aborto culposo y las lesiones culposas al concebido? Explique

3. ¿Considera que en nuestra sociedad son frecuentes los casos en los que se lesiona la salud del concebido o se le causa la muerte por actos negligentes o imprudentes ? Explique.

4. ¿Considera que es necesaria la tipificación del aborto culposo y las lesiones culposas al concebido en el código penal peruano? Explique

Muchas gracias por su participación

FICHA DE VALIDACION DE INSTRUMENTOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: Tipificación del aborto culposo y lesiones culposas al concebido en el Código penal peruano

| PROBLEMA | HIPÓTESIS | VARIABLES | OBJETIVOS |
|---|--|---|--|
| <p>¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la tipificación del aborto culposo y lesiones culposas al concebido como un delito contra la vida humana dependiente y salud individual en el Código penal peruano, son los principios de legalidad, protección de bienes jurídicos, necesidad?</p> | <p>Los fundamentos jurídicos que justifican la tipificación del aborto culposo y lesiones culposas al concebido como un delito contra la vida humana dependiente y salud individual en el Código penal peruano, son los principios de legalidad, protección de bienes jurídicos y necesidad.</p> | <p>Variable Independiente</p> <ul style="list-style-type: none"> - La vida humana dependiente - La salud individual. - Los principios de legalidad, protección de bienes jurídicos, necesidad. <p>Variable dependiente</p> <p>Tipificación del aborto culposo y lesiones culposas al concebido en el Código penal peruano.</p> | <p>Objetivo general.</p> <p>Determinar los fundamentos jurídicos que justifican la tipificación del aborto culposo y lesiones culposas al concebido como un delito contra la vida humana dependiente y salud individual en el Código penal peruano, son los principios de legalidad, protección de bienes jurídicos, necesidad.</p> <p>Objetivos específicos</p> <ul style="list-style-type: none"> A. Examinar los delitos de aborto y lesiones al concebido. B. Examinar los principios de legalidad, necesidad, protección de bienes jurídicos. C. Examinar la protección del concebido en la legislación internacional.. |

Fuente: JUAN FRANCISCO PINDAY CORONADO



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

Declaratoria de Autenticidad del Asesor

Yo, **Leonel Villalta Urbina**; docente de la Escuela de profesional de Derecho de la Universidad César Vallejo – Piura; asesor del Trabajo de Investigación / Tesis titulada:


“TIPIFICACIÓN DEL ABORTO CULPOSO Y LESIONES CULPOSAS AL CONCEBIDO EN EL CODIGO PENAL PERUANO”; del autor: **Juan Francisco Pinday Coronado**; constato que la investigación tiene un índice de similitud de **20.00%** verificable en el reporte de originalidad del programa Turnitin, el cual ha sido realizado sin filtros, ni exclusiones.

He revisado dicho reporte y concluyo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender el trabajo de investigación / tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad César Vallejo.

En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada, por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas vigentes de la Universidad César Vallejo.

Piura, 21 de diciembre de 2023.



| | |
|-----------------------------------|--|
| LEONEL VILLALTA URBINA |  Leonel Villalta Urbina ABOGADO Reg. CAN 2633 |
| DNI N° 18179617 | |
| ORCID: 0000-0002-2624-7592 | |