

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



UPLA
UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

TESIS

**EL ELEMENTO NORMATIVO “DENTRO DEL
MATRIMONIO” PARA LA MEJORA DEL TIPO
PENAL DE ABORTO SENTIMENTAL EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

Para optar : El título profesional de abogada

Autora : Bach. Vilca Coa Sheyla Diana

Asesor : Mg. Gomez Esplana Luis Julio

Línea de investigación
institucional : Desarrollo humano y derechos

Área de investigación
institucional : Ciencias sociales

Fecha de inicio y
de culminación : 26-03-2022 a 26-03-2024

HUANCAYO – PERÚ
2024

HOJA DE JURADOS REVISORES

DR. POMA LAGOS LUIS ALBERTO

Decano de la Facultad de Derecho

DR. PALOMINO VARGAS JORGE LUIS

Docente Revisor Titular 1

MTRO. RIVERA PAUCARPURA ANGELA MARIA

Docente Revisor Titular 2

ABG. CAJINCHO YAÑEZ DORIS

Docente Revisor Titular 3

ABG. GOMERO QUINTO JOSE GODOFREDO

Docente Revisor Suplente

DEDICATORIA

A mis padres, por su invaluable amor y
desmedido sacrificio.

Sheyla Vilca Coa

AGRADECIMIENTO

Al abogado Balbín Arteaga Frank Antonio, quien me otorgó las primeras enseñanzas acerca del derecho penal. Asimismo, expreso mi profundo agradecimiento a mi asesor Mg. Gómez Esplana Luis Julio por su constante guía.

CONSTANCIA DE SIMILITUD

N ° 00265-FDCP -2024

La Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones, hace constar mediante la presente, que la **Tesis** Titulada:

EL ELEMENTO NORMATIVO “DENTRO DEL MATRIMONIO” PARA LA MEJORA DEL TIPO PENAL DE ABORTO SENTIMENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Con la siguiente información:

Con Autor(es) : **BACH. VILCA COA SHEYLA DIANA**

Facultad : **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Escuela Profesional : **DERECHO**

Asesor(a) : **MG. GOMEZ ESPLANA LUIS JULIO**

Fue analizado con fecha **02/08/2024** con **139** pág.; en el Software de Prevención de Plagio (Turnitin); y con la siguiente configuración:

Excluye Bibliografía.

X

Excluye Citas.

X

Excluye Cadenas hasta 20 palabras.

X

Otro criterio (especificar)

El documento presenta un porcentaje de similitud de **22** %.

En tal sentido, de acuerdo a los criterios de porcentajes establecidos en el artículo N° 15 del Reglamento de Uso de Software de Prevención de Plagio Versión 2.0. Se declara, que el trabajo de investigación: **Si contiene un porcentaje aceptable de similitud.**

Observaciones:

En señal de conformidad y verificación se firma y sella la presente constancia.

Huancayo, 02 de agosto de 2024.



DR. SEVERO SIMEON CALDERON SAMANIEGO

Jefe (e)

Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones

CONTENIDO

HOJA DE JURADOS REVISORES	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
CONSTANCIA DE SIMILITUD	v
CONTENIDO	vi
RESUMEN.....	xiii
ABSTRACT.....	xiv
INTRODUCCIÓN	xv
CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA	19
1.1. Descripción de la realidad problemática	19
1.2. Delimitación del problema	21
1.2.1. Delimitación espacial.....	21
1.2.2. Delimitación temporal.	21
1.2.3. Delimitación conceptual.	21
1.3. Formulación del problema.....	21
1.3.1. Problema general.	22
1.3.2. Problemas específicos.....	22
1.4. Justificación de la investigación.....	22
1.4.1. Justificación social.....	22
1.4.2. Justificación teórica.	22
1.4.3. Justificación metodológica.	23
1.5. Objetivos de la investigación	23
1.5.1. Objetivo general.....	23
1.5.2. Objetivos específicos.....	23
1.6. Hipótesis de la investigación	24
1.6.1. Hipótesis general.....	24
1.6.2. Hipótesis específicas.....	24
1.6.3. Operacionalización de categorías.	25
1.7. Propósito de la investigación.....	25
1.8. Importancia de la investigación.....	26
1.9. Limitaciones de la investigación	26

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	27
2.1. Antecedentes de la investigación.....	27
2.1.1. Nacionales.....	27
2.1.2. Internacionales.....	31
2.2. Bases teóricas de la investigación.....	35
2.2.1. Tipo penal de aborto sentimental.....	35
2.2.1.1. Antecedentes históricos del aborto.....	35
2.2.1.2. El aborto en el Perú.....	36
2.2.1.3. Concepto de aborto.....	37
2.2.1.4. Tipos de aborto.....	37
2.2.1.5. Tipos de aborto según la legislación nacional.....	38
2.2.1.6. El aborto sentimental en el ordenamiento jurídico.....	40
2.2.1.6.1. Aspectos generales.....	40
A. Antecedentes legales del aborto sentimental.....	40
B. Delitos contra la libertad sexual en la modalidad de delito de violación sexual.....	41
C. Concepto de aborto sentimental según la legislación peruana.....	42
D. El aborto sentimental en la regulación internacional.....	42
D.1. En la legislación argentina.....	42
D.2. En la legislación boliviana.....	43
D.3. En la legislación colombiana.....	43
D.4. En la legislación ecuatoriana.....	43
D.5. En la legislación mexicana.....	44
D.6. En la legislación panameña.....	44
D.7. En la legislación uruguaya.....	44
D.8. En la legislación venezolana.....	45
2.2.1.6.2. Tipo penal de aborto sentimental.....	45
2.2.1.6.3. Estructura del tipo penal de aborto sentimental.....	46
A. Conducta Típica.....	46
A.1. Tipicidad.....	46
A.1.1. Tipicidad objetiva.....	46

A.1.1.1. Presupuestos especiales del tipo penal de aborto sentimental.....	47
A.1.2. Tipicidad subjetiva.....	49
A.1.2.1 Dolo.....	49
A.1.2.2. Culpa.....	50
A.2. Sujetos.....	50
A.2.1. Sujeto activo.....	50
A.2.2. Sujeto pasivo.....	51
A.3. Bien jurídico protegido.....	53
A.4. Consumación.....	53
A.5. Tentativa.....	54
A.5.1. Tentativa acabada, inacabada e inidónea.....	55
A.6. Pena.....	56
A.6.1. Función de la pena.....	56
2.2.1.6.4. Test de Proporcionalidad acerca de la pena del delito de aborto sentimental.....	57
A. Juicio de idoneidad.....	58
B. Juicio de necesidad.....	58
C. Juicio de ponderación o proporcionalidad.....	59
2.2.1.6.5. Aborto sentimental como tipo agravante, justificada y atenuada.....	60
A. El aborto sentimental como figura justificada.....	60
B. El aborto sentimental como tipo penal agravado.....	61
C. El aborto sentimental como tipo penal atenuado.....	61
2.2.1.6.5. El aborto sentimental en la jurisprudencia internacional.....	62
2.2.1.6.6. El aborto sentimental en la jurisprudencia nacional.....	63
2.2.1.7. Derechos fundamentales de la mujer.....	63
2.2.2.7.1. Derecho a la propia dignidad.....	63
2.2.2.7.2. Derecho al honor de la mujer.....	64
2.2.2.7.3. Derechos sexuales y reproductivos.....	64
2.2.2.7.4. Derecho a la libre personalidad.....	64
2.2.2.7.5. Vida libre de violencia.....	65

2.2.2.7.6. Derechos a la vida.	65
A. Derecho a la vida dependiente producto del embarazo.	66
2.2.2.9. Despenalización del aborto sentimental en la legislación penal peruana.	67
2.2.2.9.1. Problemática del aborto sentimental en la legislación peruana.	67
2.2.2.9.2. Despenalización del aborto sentimental.	69
A. Concepciones acerca de la despenalización.	69
B. Conclusión acerca de la despenalización del aborto sentimental... 71	
2.2.2.10. Posturas sobre la despenalización del aborto sentimental.	72
2.2.2.10.1. Posturas internacionales a favor de la despenalización del aborto sentimental.	72
2.2.2.10.2. Posturas nacionales a favor de la despenalización del aborto sentimental.	75
2.2.2.10.3. Posturas Internacionales en contra de la despenalización del aborto sentimental.	75
2.2.2.10.4. Posturas Nacionales en contra de la despenalización del aborto sentimental.	76
2.2.2.10.5. Posturas religiosas.	76
2.2.2.10.6. Posturas feministas.	77
2.2.2. Elemento normativo dentro del matrimonio.	77
2.2.2.1. Elementos del tipo penal.	77
2.2.2.1.1. Elementos descriptivos.	78
2.2.2.1.2. Elementos normativos.	78
2.2.2.2. Definición del matrimonio.	79
2.2.2.3. Historia.	82
2.2.2.3.1. Antecedentes generales.	82
2.2.2.3.2. Antecedentes en el Perú.	83
2.2.2.4. Caracteres del matrimonio.	83
2.2.2.4.1. La unidad.	84
2.2.2.4.2. La permanencia.	84
2.2.2.4.3. La legalidad.	84

2.2.2.5. El matrimonio en las ramas del Derecho.	84
2.2.2.5.1. El matrimonio en los derechos humanos.....	85
2.2.2.5.2. El Matrimonio en el Derecho Constitucional.....	86
2.2.2.5.3. El matrimonio en el Derecho Civil.....	87
2.2.2.5.4. El matrimonio en el Derecho Procesal Civil.	87
2.2.2.5.5. El matrimonio en el Derecho Penal.....	87
2.2.2.6. Naturaleza jurídica del matrimonio (teorías).	88
2.2.2.6.1. Teoría contractualista.	88
2.2.2.6.2. Teoría institucionalista.	88
2.2.2.6.3. Teoría ecléctica.....	89
2.2.2.6.4. Posición conciliadora.	89
2.2.2.6.5. Nuevas teorías.	89
2.2.2.7. Instituciones jurídicas parecidas al matrimonio.....	89
2.2.2.7.1. Unión de hecho.....	89
A. Elementos fácticos o, de hecho.	91
B. Elemento temporal.	91
C. Elemento moral.	91
D. Elemento normativo.....	92
2.2.2.7.2. Matrimonio religioso.	92
2.2.2.7.3. Servinakuy.....	92
2.2.2.8. Obligaciones y derechos del matrimonio.....	93
2.2.2.8. Impedimentos del matrimonio.	94
2.2.2.9. Decaimiento y disolución del matrimonio.	95
2.2.2.10. A manera de conclusión.	96
2.3. Marco conceptual	97
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	99
3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica	99
3.2. Metodología.....	100
3.3. Diseño metodológico.....	101
3.3.1. Trayectoria metodológica.	101
3.3.2. Escenario de estudio.	101
3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.....	102

3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	102
3.3.4.1. Técnicas de recolección de datos.	102
3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.	102
3.3.5. Tratamiento de la información.....	102
3.3.6. Rigor científico.	103
3.3.7. Consideraciones éticas.....	104
CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....	105
4.1. Descripción de los resultados	105
4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno.....	105
4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos	108
4.2. Contrastación de hipótesis	110
4.2.1. Contrastación de la hipótesis uno.	110
4.2.2. Contrastación de la hipótesis dos.....	113
4.2.3. Contrastación de la hipótesis general.....	116
4.3. Discusión de los resultados	116
4.4. Propuesta de mejora	120
CONCLUSIONES.....	121
RECOMENDACIONES.....	122
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	123
ANEXOS.....	133
Anexo 1: Matriz de consistencia	134
Anexo 2: Matriz de operacionalización de categorías.....	135
Anexo 3: Matriz de la operacionalización del instrumento.....	136
Anexo 4: Instrumento de recolección de datos.....	137
Anexo 5: Validación de expertos del instrumento	139
Anexo 6: Solicitud dirigida a la entidad donde recolectó los datos	139
Anexo 7: Documento de aceptación por parte de la entidad donde recolectará los datos.....	139
Anexo 8: Consentimiento o asentimiento informado de las personas encuestadas o entrevistadas	139
Anexo 9: Constancia de que se aplicó el instrumento de recolección de datos	139

Anexo 10: Evidencias fotográficas.....	139
Anexo 11: Declaración de autoría	140

RESUMEN

La presente investigación tiene como **objetivo general** analizar la manera en que el elemento normativo “dentro del matrimonio” incide en el tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano, de allí que, nuestra **pregunta general** de investigación sea: ¿De qué manera el elemento normativo “dentro del matrimonio” incide en el tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano?, y nuestra **hipótesis general**: “El elemento normativo “dentro del matrimonio” incide positivamente en el tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano”; la investigación adoptó un método dogmático de investigación jurídica y empleó la hermenéutica como enfoque general. Fue de naturaleza fundamental, con un nivel correlacional y un diseño observacional. Para ello, se utilizó la técnica del análisis documental, consistente en el análisis de leyes, códigos, sentencias y libros doctrinales. Éstos se evaluaron a través de la argumentación jurídica, y se utilizaron instrumentos de recogida de datos, como fichas textuales y sumarios, para recabar toda la información pertinente. El resultado más significativo de la investigación fue: “El tipo penal de aborto sentimental, ostenta una situación especial que precede a la realización del aborto, por lo cual, se justifica el reducido marco penal”. La **conclusión** más importante fue: “Se ha analizado que la consecuencia jurídica del tipo penal de aborto sentimental, entraña una incongruencia con la dogmática penal”. La **recomendación** más importante fue: promover una reforma en el artículo 120 del Código Penal.

Palabras clave: Teoría de la pena, matrimonio, elemento normativo, supuesto de hecho y consecuencia jurídica.

ABSTRACT

The present investigation has as a general objective to analyze the way in which the normative element "within marriage" affects the criminal type of sentimental abortion within the Peruvian legal system, hence, our general research question is: In what way does the normative element "within marriage" affects the criminal offense of sentimental abortion within the Peruvian legal system?, and our general hypothesis: "the normative element "within marriage" positively affects the criminal offense of sentimental abortion within the Peruvian legal system "; the research adopted a dogmatic method of legal research and used hermeneutics as a general approach. It was fundamental in nature, with a correlational level and an observational design. For this, the documentary analysis technique was used, consisting of the analysis of laws, codes, sentences and doctrinal books. These were evaluated through legal argumentation, and data collection instruments were used, such as text sheets and summaries, to gather all the pertinent information. The most significant result of the investigation was: "The criminal type of sentimental abortion has a special situation that precedes the performance of the abortion, for which reason the reduced criminal framework is justified." The most important conclusion was: "It has been analyzed that the legal consequence of the criminal type of sentimental abortion entails an inconsistency with criminal dogmatics." The most important recommendation was: promote a reform in article 120 of the Penal Code.

Keywords: penalty theory, marriage, normative element, assumption of fact and legal consequence.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este estudio es evaluar la forma en que el elemento normativo “dentro del matrimonio” influye en el tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano, pues el tipo penal de aborto sentimental requiere de cambios sustanciales dentro de su estructura normativa, tanto en su supuesto de hecho, en el cual, debe de agregarse dentro del actual elemento normativo fuera del matrimonio, el elemento normativo dentro del matrimonio, para así ampliar su ámbito de aplicación, así mismo es preciso incorporar también los supuestos análogos al matrimonio, siendo estos, aquellos que tienen los mismos deberes.

Por ello, la investigación está dividida en cuatro capítulos, así detallaremos de manera general cada una de ellas. **En el primer capítulo** denominado Determinación del problema, se desarrollan tópicos como la descripción de la realidad problemática, delimitación del problema, la justificación, entre otros.

En éste primer capítulo se pone énfasis a la formulación del problema, la cual tiene como pregunta general: ¿De qué manera el elemento normativo “dentro del matrimonio” influye en el tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano?, asimismo en el objetivo general de la investigación, el cual es: analizar la manera en que el elemento normativo “dentro del matrimonio” influye en el tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano., y finalmente presentar la hipótesis general: El elemento normativo “dentro del matrimonio” influye positivamente en el tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano.”, la cual será sometida a contrastación.

En el **segundo capítulo**, llamado Marco teórico, se exploran los antecedentes de investigación para conocer los trabajos previos y el estado más reciente de las investigaciones sobre la variable independiente "dentro del matrimonio" y la variable dependiente "aborto sentimental". También se proporcionan las bases teóricas de la investigación, las cuales se profundizan y sistematizan según las variables de investigación.

En el **tercer capítulo** cuyo título es metodología, se aplicó el enfoque de tesis cualitativo, con una postura teórica jurídica, la tuvo como paradigma

metodológico al iuspositivismo, esto es de analizar la estructura normativa del ordenamiento jurídico, junto con la técnica de análisis documental y su instrumento asociado, que es el registro textual, sumario y bibliográfico. En el **cuarto capítulo** denominado Resultados en donde se expusieron de manera sistemática los datos para la descripción de los resultados y asimismo para la contrastación de hipótesis, para finalmente explicar su discusión de resultados. A continuación, se organizó toda la información de las bases teóricas para un examen académico crítico, lo que dio lugar a los principales resultados:

- Por otro lado tenemos, a la teoría de la prevención general positiva, la misma que tiene tres etapas en las cuales despliega sus efectos, la primera es la etapa de aprendizaje, la misma que tendría que suscitarse en un plano de estabilidad emocional del ciudadano para que así la motivación socio-pedagógica pueda ser efectiva, ya que, en el caso especial del tipo penal de aborto sentimental, en mismo se suscita en un momento de angustia emocional, producto de la violación precedente, la conciencia o conocimiento de la antijuridicidad no puede ser reconocida o simplemente es ignorada por la mujer que quiere practicarse el aborto sentimental, debido a, que la capacidad cognitiva da lugar a los impulsos irracionales cuando acontece una violación sexual, la agraviada y sus parientes no se detendrán a advertir el ámbito comunicativo que tiene el tipo penal de aborto sentimental y la norma subjetiva de determinación que incorpora, en síntesis, el tipo penal no podrá motivar la población, ya que, precisamente la violación precedente desquebraja la eficacia del ordenamiento jurídico penal y en tal situación, impediría que la eficacia del ordenamiento jurídico que antes los ojos de la víctima de violación fue conculcado, no podría en tal caso mostrar la eficacia de algo que ha sido vulnerado.
- Dentro de la consecuencia jurídica del tipo penal de aborto sentimental se puede advertir una incongruencia con las teorías de las penas, ya que, el reducido marco penal que ostenta este tipo penal no puede desplegar ningún efecto más allá del simbólico, ya que, por el extremo máximo de la pena, el cual, consistió en tres meses de pena privativa de la libertad, se

tiene que; a) no puede generar una amenaza generalizada, b) por el corto marco penal, la prescripción impide que se puede dictar una sentencia condenatoria y c) por la causal anteriormente mencionada, no podría existir un condenado que sea confinado en un centro penitenciario, en consecuencia, este tipo penal no puede generar ningún grado de intimidación; por otro lado, tenemos que el marco penal, no podría integrarse con el valor ético social, ya que, a) dada la situación vertiginosa que genera la violación precedente, no podría darse un ámbito comunicativo entre la norma y el ciudadano, b) la confianza desquebrajada en la vigencia de la norma penal impediría que se aprecie su cumplimiento y c) por el motivo anteriormente dicho, resulta imposible que la población en general alcance la tranquilidad generalizada, por tanto, el marco penal de este delito no puede generar integración, por tanto, no tiene utilidad.

- En corolario, tenemos que para la teoría de la prevención general negativa se requiere en primera instancia de una amenaza generalizada, la misma que, en el caso concreto del tipo penal de aborto sentimental no puede darse, debido a que, la pena ínfima que ostenta nunca podría generar una intimidación general hacia la población, por máximas de la experiencia, tres meses de prisión no atemorizan a nadie; por otro lado, la teoría preventiva negativa requiere del dictado de la sentencia, como otra etapa de la intimidación, empero, siendo que, en el caso concreto del tipo penal en referencia, es muy improbable que del mismo se puede extraer una sentencia condenatoria, ya que, el plazo prescriptivo es muy reducido, siendo en el caso del plazo prescriptorio ordinario solo de tres meses y el plazo prescriptorio extraordinario de cuatro meses y medio, por tanto resulta imposible la emisión de una sentencia; así también, tenemos el caso de la ejecución de la pena, la misma que se da en el plano de la privación de la libertad del imputado dentro de un centro penitenciario, siendo que, ni siquiera podría emitirse una sentencia dentro de este tipo penal, mucho menos podrían existir reos dentro de los centros penitenciarios, con una pena privativa de libertad efectiva, ya que, en caso de darse una sentencia

la misma sería convertida en una pena limitativa de derechos, por tanto, el tipo penal de aborto sentimental no puede tener efectos intimidatorios.

En conclusión, se presentan de manera ordenada las conclusiones y las recomendaciones derivadas de estas, de tal forma que cada hipótesis específica y general cuenta con su respectiva conclusión.

Estoy segura de que esta tesis será beneficiosa para nuestros juristas y académicos, y prevemos un animado debate que reforzará tanto mi prestigio académico como el de los profesionales del Derecho.

La autora

CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

Debido a la estructura de la sociedad, el Estado debe salvaguardar al ser humano, al tiempo que es responsable de la seguridad de la familia y de todos sus integrantes, que se consideran los pilares fundamentales de la comunidad. En ese orden de ideas, dentro del tipo penal de aborto sentimental se puede advertir una deficiencia normativa que genera un gran problema referido al ámbito de aplicación del referido tipo penal, ya que, al descartar las violaciones realizadas dentro del matrimonio se descartan los actos que conculcan la libertad sexual de la mujer realizados por el esposo o concubino, se descartarían como elementos normativos dentro del tipo penal de aborto sentimental, por ende, de realizarse un aborto por la causa subyacente antes mencionada no ingresaría a tallar el aborto sentimental, siendo que, de manera fenomenológico y ontológica, no existe diferencias entre una violación realizada por personas ajenas al vínculo uxorio o los miembros integrantes del referido vinculo, ya que, en simples palabras una violación trasgrede el bien jurídico libertad sexual independientemente del sujeto activo, la cualidad del mismo resulta irrelevante; por tanto, mientras que produzca una violación y un ulterior aborto debería de poner subsumirse el caso concreto en el tipo penal de aborto sentimental, así el sujeto activo este inmerso dentro del vínculo uxorio o no, ello es indiferente.

Por otro lado, el contexto en el cual se suscita el aborto sentimental está enmarcado dentro de los sentimientos y las emociones desbordadas de las personas involucradas, ya que, la subyacente violación genera estragos dentro de la conciencia ético social de las personas involucradas, lo que impide que las mismas puedan advertir las repercusiones penales o el mandato imperativo que la ley emite, entonces la exigibilidad de la norma o la asequibilidad normativa no podría incidir o injerir en la conciencia de los involucrados, siendo de esa manera que, el ámbito comunicativo no está activo, la obnubilación de las partes se hace evidente, el mandato prohibitivo del tipo penal y el bien jurídico incrustado no son internalizados por los individuos y terminan cometiendo el aborto, frente a este contexto de desidia, no cabría retribución alguna, ya que, la culpabilidad es atenuada, tampoco tendrían efectividad los efectos intimidatorios o integrativos de

la pena, ya que, como se mencionó antes el ámbito comunicativo es endeble y el mandato prohibitivo no es visible, en consecuencia, la consecuencia jurídica planteada dentro del tipo penal de aborto sentimental no tendría utilidad alguna, por tanto, se plantea su expurgación.

Ello es necesario, porque de no realizarse los cambios planteados al tipo penal de aborto sentimental, los casos en los cuales se realicen abortos producto de las violaciones realizados por un miembro integrantes del vínculo uxorio o el concubino en todo caso, necesariamente tendrían que derivarse al tipo penal de aborto consentido o al auto aborto que ostentan penas privativas de libertad elevadas, y la mujer que acaba de atravesar un aborto, no podría ser revictimizada con la imposición de una pena privativa de libertad tal elevada, siendo que cualquier efecto planteado por las teorías de la pena no serían efectivas en el supuesto de hecho planteado por el tipo penal de aborto sentimental, no tendría utilidad, por tanto, resulta innecesaria.

El matrimonio no es la única institución jurídica fuente de familia, es importante pero no la única, porque hay otra institución jurídica que es también fuente de *famiglia*, además de que cuenta también con sustento constitucional, nos referimos al concubinato o unión de hecho.

La unión de hecho tiene en su seno un rol protagonista al igual que el matrimonio, ya que actualmente por lo menos en el Perú las familias que hay, son familias que han surgido por la institución jurídica de la “unión de hecho”.

La Constitución Política de 1993, en su artículo 5, indica que: "La unión de hecho permanente entre un hombre y una mujer, sin impedimentos matrimoniales, que constituyen un hogar de hecho, genera una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en la medida que sea pertinente"; cómo se puede apreciar la unión de hecho tiene una justificación constitucional, ya que, no solamente reconoce ésta institución jurídica, sino que da algunos alcances sobre el régimen patrimonial; por lo tanto, no habría problema en homologar la unión de hecho con el matrimonio para efectos penales.

A todo lo dicho, se plantea la siguiente interrogante: ¿De qué manera el elemento normativo “dentro del matrimonio” influye en el tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano?

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial.

Nuestro estudio se centrará en profundizar en los conceptos y entidades jurídicas, dado el carácter jurídico dogmático de la materia, en específico de los conceptos del tipo penal de aborto sentimental y el elemento normativo “dentro del matrimonio”; en consecuencia, nos centraremos inicialmente en la definición legal del acto delictivo de aborto sentimental, que está claramente recogida en nuestras leyes; por tanto, la interpretación será predominantemente exegética, con referencia a su uso en circunstancias individuales del elemento normativo “dentro del matrimonio”, la misma que constituye un elemento normativo dentro del tipo penal de aborto sentimental, mismos que se encuentran regulados dentro del Código Penal respectivamente. En este contexto, el foco de la investigación será la jurisdicción peruana, ya que las leyes que rigen dichos establecimientos y formas jurídicas son de obligatorio cumplimiento dentro de las fronteras peruanas.

1.2.2. Delimitación temporal.

Reiterando el enfoque jurídico de este estudio, el plazo vendrá determinado por las variables de investigación señaladas en los respectivos documentos y órganos jurídicos, que son: la variable independiente "dentro del matrimonio" y la variable dependiente "aborto sentimental"; en consecuencia, el periodo de investigación vendrá determinado por la legitimidad de las figuras jurídicas consideradas. En otras palabras, el plazo abarcará hasta 2020, ya que ambas variables siguen formando parte del Código Penal hasta ese momento.

1.2.3. Delimitación conceptual.

Esta investigación adoptará una perspectiva positivista y utilizará un análisis dogmático para examinar cada una de las partes en cuestión. Así, la figura jurídica del tipo penal de aborto sentimental y el elemento normativo “dentro del matrimonio”, contenidos en el Código Penal, la teoría ius-positivista debe estar de acuerdo con las demás leyes que son aplicables en la presente investigación; por lo tanto, se tomará la interpretación jurídica positivista (exegética y sistemático-lógica) como base para desarrollar los parámetros de la investigación.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general.

- ¿De qué manera el elemento normativo “dentro del matrimonio” influye en el tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano?

1.3.2. Problemas específicos.

- ¿De qué manera el elemento normativo “dentro del matrimonio” influye en la consecuencia jurídica del tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano?
- ¿De qué manera el elemento normativo “dentro del matrimonio” influye en el supuesto de hecho del tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano?

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Justificación social.

Esta investigación ayudará al Estado a cumplir su misión y su objetivo último de mantener la armonía entre los miembros de la comunidad, ya que, convierte en efectivos sus postulados normativos y tipos penales, reafirma su posición como ente coercitivo dentro de la sociedad, por tanto, siendo que el tipo penal de aborto sentimental contiene una deficiencia clara dentro de su estructura normativa, la cual, es el elemento normativo “fuera del matrimonio”, que conlleva a que los casos en los cuales sean el cónyuge quien realice la violación y producto de ello exista un ulterior aborto, tenga que tener el mismo castigo que un aborto normal, cuando el disvalor del resultado nos conduce a deducir que debería de subsumirse dentro del tipo penal de aborto sentimental, a pesar de que la violación se produjo dentro del matrimonio, en consecuencia, la inclusión del elemento normativo “dentro del matrimonio”, complementaria de manera eficiente al tipo penal de aborto sentimental al ampliar su ámbito de aplicación.

1.4.2. Justificación teórica.

En función al análisis que se realizará de la institución jurídica del tipo penal de aborto sentimental y el elemento normativo “dentro del matrimonio”, se podrán establecer el ámbito de aplicación del tipo penal de aborto sentimental, al modificar la deficiencia advertida respecto al elemento normativo “fuera del matrimonio”, en consonancia, se incluirá dentro de su estructura típica otro elemento normativo, el mismo que estará referido al término “dentro del

matrimonio”, lo que incluirá dentro de su supuesto de hecho, las violaciones que se suscitaron dentro del seno conyugal y al extrapolar dicho concepto, se podrán establecer los paralelismos con las demás instituciones de derecho civil que tienen las mismas características que el matrimonio civil, como son el concubinato, propio o impropio y el matrimonio religioso, por lo cual, el ámbito de aplicación del tipo penal de aborto sentimental aumentaría sustancialmente hacia todos los supuestos antes mencionados, lo cual, cubriría varios supuestos que acontecen en la realidad objetivo, lo que, mejoraría sustancialmente la plenitud normativa del referido tipo penal y su eficacia; además de cuestionar la consecuencia jurídica.

1.4.3. Justificación metodológica.

Para este estudio, se empleará la hermenéutica jurídica para investigar ambas variables, y el procedimiento de recolectar datos implicará enfoques bibliográficos, textuales y de resumen, tanto del tipo penal de aborto sentimental y el elemento normativo “dentro del matrimonio”; así, se utilizará un nivel correlacional para estudiar las características de ambas variables, su conexión y devoción. Se empleará la argumentación jurídica como forma de procesamiento de datos para evaluar la hipótesis propuesta. Como tal, se proporcionará orientación sobre cómo investigar cuando estén presentes dos variables de naturaleza distinta, como lo son el tipo penal de aborto sentimental y el elemento normativo “dentro del matrimonio”, reguladas en el Código Penal.

1.5. Objetivos de la investigación

1.5.1. Objetivo general.

- Analizar la manera en que el elemento normativo “dentro del matrimonio” influye en el tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano.

1.5.2. Objetivos específicos.

- Identificar la manera en que el elemento normativo “dentro del matrimonio” influye en la consecuencia jurídica del tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano.
- Determinar la manera en que el elemento normativo “dentro del matrimonio” influye en el supuesto de hecho del tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano.

1.6. Hipótesis de la investigación

1.6.1. Hipótesis general.

- El elemento normativo “dentro del matrimonio” influye positivamente en el tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano.

1.6.2. Hipótesis específicas.

- El elemento normativo “dentro del matrimonio” influye positivamente en la consecuencia jurídica del tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano.
- El elemento normativo “dentro del matrimonio” influye positivamente en el supuesto de hecho del tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano.

1.6.3. Operacionalización de categorías.

Categorías	Sub-Categorías	Indicadores	Ítems	Escala instrumento
Tipo penal de aborto sentimental	Supuestos de hecho	Dada la naturaleza de la investigación, que es cualitativa, teórica, jurídica y propositiva, se omite el empleo de indicadores, ítems y la escala en los métodos de recopilación de datos, ya que estas categorías se reservan para investigaciones de campo.		
	Consecuencia jurídica			
El elemento normativo “dentro del matrimonio”	Matrimonio			
	Elemento normativo			
	Elemento descriptivo			

La categoría 1: “Tipo penal de aborto sentimental” se ha relacionado con los Categoría 2: El elemento normativo “dentro del matrimonio” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

- **Primera pregunta específica:** Subcategoría 1 (Supuestos de hecho) de la categoría 1 (Tipo penal de aborto sentimental) + Categoría 2 (El elemento normativo “dentro del matrimonio”).
- **Segunda pregunta específica:** Subcategoría 2 (Consecuencia jurídica) de la categoría 1 (Tipo penal de aborto sentimental) + Categoría 2 (El elemento normativo “dentro del matrimonio”).

1.7. Propósito de la investigación

El propósito de la investigación es que el ámbito de aplicación del tipo penal de aborto sentimental aumente en su rango de aplicación y no contravenir el principio de legalidad, al incluir los supuestos relacionados a la violación de la mujer “dentro del matrimonio” y así el tipo penal pueda ser aplicado en estos casos; además de cuestionar la eficacia de la consecuencia jurídica consignada, ya que, cualquier efecto de la pena, como el intimidatorio o el integrativo requerida dentro de la conciencia ético social del sujeto activo dentro del tipo penal de aborto sentimental, en tanto la nueva conducta típica prescrita para el sujeto activo tendría en cuenta las repercusiones propias de la comisión de un delito y tendría relevancia dentro de la deliberación que tendría dentro de su psique al momento de realizar el aborto.

1.8. Importancia de la investigación

Es importante porque el tipo penal de aborto sentimental tiene una complicación importante, ya que, dentro de su supuesto de hecho y en forma específica, dentro del elemento normativo “fuera del matrimonio”, se puede encontrar una deficiencia, ya que, el termino específico de “fuera del matrimonio” implica que las violaciones que se realicen dentro del matrimonio, ello implica actos de violación en contra de la mujer agraviada productos del cual se concibe a un nonato, realizados por los esposos o concubinos, no podrían subsumirse dentro del ámbito de aplicación del tipo penal de aborto sentimental, por ende, los casos en los cuales, la violación la realice alguien relacionado con la victima por un vínculo uxorio, el posterior acto abortivo se subsumiría dentro del tipo penal de auto aborto y aborto consentido, mas no dentro del tipo penal de aborto sentimental; además de ello, se advierte la futilidad de la consecuencia jurídica dentro del tipo penal de aborto sentimental, ya que, siendo la realización del aborto producto de la violación es un acto emocional, en la cual, los involucrados rehúyen totalmente al cumplimiento de la norma penal y no contemplan o son indiferentes a las consecuencias jurídicas o las repercusiones penales productos del aborto realizado, una pena no tendría sentido, ya que, no tendría efectos sobre los imputados, ni intimidatorios, integrativos, ni retributivos.

1.9. Limitaciones de la investigación

Las limitantes encontradas se basan, en la escasez de libros o posturas doctrinales que vayan en contra de lo taxativamente señalado por el Código Penal, en lo referido al elemento normativo “dentro del matrimonio”, ya que, las tendencias positivistas dentro del círculo jurídico son amplias y existe siempre un recelo al momento de cuestionar la taxatividad de los códigos; por otro lado, no hubo mayores limitaciones.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

2.1.1. Nacionales.

Como investigación nacional, se ha encontrado la tesis titulada: “La penalización del aborto ético y/o sentimental afecta el derecho a la autodeterminación reproductiva en la jurisdicción de Huancavelica al 2016”, por Carrera (2019), sustentando en la ciudad de Huancavelica, para optar el grado de licenciado, por la Universidad Nacional de Huancavelica, la cual desarrolló la penalización del delito del aborto ético y como este afecta el derecho a la autodeterminación reproductiva, relacionándose así con la tesis, en el sentido que conduce a establecer la problemática del delito de aborto ético y/o sentimental y como este vulnera derechos de la mujer, así la tesis llegó a las siguientes conclusiones:

- El tesista luego de su investigación concluyó que, se ve afectado el derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer en la legislación nacional e internacional y que ello deviene de seguir manteniendo el artículo 120 del Código Penal, ya que este contiene el tipo penal de aborto sentimental o ético; asimismo evidenció que no existe aplicación de casos por este delito en la jurisdicción de Huancavelica en el año 2016.

Finalmente, **la metodología que guarda la tesis** es la siguiente: El ámbito espacial es Huancavelica, la población tomada es el distrito judicial de Huancavelica, la muestra tomada fue a magistrados y abogados y para el muestreo consideró 52 magistrados y abogados, las técnicas fueron el análisis documental y la encuesta, el instrumento fue la ficha de análisis de contenido y cuestionario de encuesta; ello bajo el tipo de investigación descriptivo, mediante el nivel explicativo, acompañado de los métodos científico, analítico-jurídico y método deductivo.

Como investigación nacional, se ha encontrado la tesis titulada: “La prohibición del aborto sentimental por violación sexual y los derechos constitucionales en la mujer en el Perú – 2019”, por Guerra (2020), sustentando en la ciudad de Trujillo para optar el título profesional de abogada, por la Universidad Privada Antenor Orrego, cuyo propósito manifiesta su preocupación

por la ilegalidad de la norma debido a su vulneración de los derechos de la mujer, incluidos su autoestima, su crecimiento personal y su bienestar reproductivo., relacionándose así con la tesis, en el sentido de que la norma es cuestionada, no solo por su constitucionalidad, sino porque es insuficiente, en tanto solo calza el artículo 120 del CP en casos de aborto por violación sexual cuando es fuera del matrimonio, caso contrario sería bajo otra imputación, así la tesis llego a las siguientes conclusiones:

- La opinión general de la ley es que el aborto por violación debe estar completamente prohibido, salvo en determinadas circunstancias especiales. De este modo, se reconoce que el feto tiene derechos legales, lo que permite a la mujer embarazada controlar la situación. Según el artículo 120, apartado 1, del Código Penal, se considera un delito con una pena no superior a tres meses de prisión. Para poder acogerse a esta excepción, el acto debe haberse cometido fuera del matrimonio y debe haberse presentado una denuncia policial.
- El delito de aborto sentimental por violación sexual vulnera derechos fundamentales, en particular el derecho a la dignidad que impide que sea tratada como un objeto, el derecho al libre desarrollo de su personalidad que preserva su proyecto de vida, y el derecho a la salud reproductiva que la salvaguarda de dedicarse a actividades clandestinas potencialmente peligrosas.

Finalmente, **la metodología que guarda la tesis** es la siguiente: Esta investigación es de naturaleza cualitativa y fundamental, con una estructura descriptiva y propositiva, empleando el método exegético, la interpretación y el enfoque dogmático, en combinación con la técnica del fichero y el instrumento de la ficha.

Como investigación nacional, se ha encontrado la tesis titulada: *Derecho a decidir de la mujer sobre su cuerpo y despenalización del aborto sentimental por violación sexual en Chimbote, 2017*, por Huanca (2019), sustentando en la ciudad de Chimbote, para optar el título profesional de abogado, por la Universidad César Vallejo, la cual investiga si el derecho de decisión de la mujer puede ser un fundamento suficiente para despenalizar el aborto sentimental, relacionándose así

con la tesis, en el sentido de que se establece una problemática que vulnera la dignidad, integridad, salud y libre desarrollo de la personalidad, dañados por este acto de violación sexual a los que fueran esposas, así la tesis llevo a las siguientes conclusiones:

- Es difícil evaluar dos derechos uno al lado del otro, pero es evidente que el derecho de la mujer a tomar decisiones está vinculado a derechos esenciales como la igualdad, la autonomía y el valor humano. Estos derechos fundamentales son inseparables, ya que sin el derecho a existir (vida), no puede existir el derecho a la autodeterminación (libertad).
- El Derecho Penal Peruano ha establecido a lo largo de los años diversas medidas para proteger el derecho legal al aborto. A pesar de que el trabajo de investigación ha revelado diferentes opiniones, tanto a favor como en contra del aborto, no vamos a discutir el punto de vista discrepante, sino que nos centraremos en la idea de que el aborto debe ser permitido debido al derecho de la mujer a tomar decisiones en las situaciones de violencia y abuso contra ellas.

Finalmente, **la metodología que guarda la tesis** es la siguiente: Esta investigación es de naturaleza no experimental, descriptiva y transversal, y utiliza un enfoque cuantitativo con la técnica de la encuesta y el cuestionario como instrumento.

Como investigación nacional, se ha encontrado la tesis titulada: “El aborto sentimental y vulneración al principio de igualdad”, por Valverde y Valverde (2019), sustentando en la ciudad de Trujillo, para optar el Bachiller en derecho, por la Universidad Privada de Trujillo, la cual establece que cualquier tipo de violación debe de estar tipificado, relacionándose así con la tesis, en el sentido de que dentro del matrimonio también puede ocurrir un acto de violación sexual, por lo que es necesario modificar la pena que se menciona en el artículo 120 de nuestro Código Penal y este armonice con el principio de razonabilidad e igualdad, así la tesis llevo a las siguientes conclusiones:

- En Perú, el aborto está permitido en los casos en que el embarazo sea consecuencia de una violación fuera del matrimonio; de lo contrario, se considera un aborto no justificado.

- La noción de igualdad implica que no deben permitirse disparidades cuando no hay una buena razón para ello, y esto parece no haberlo tenido en cuenta el legislador al idear el tipo de aborto emocional en Perú.

Finalmente, **la metodología que guarda la tesis** es la siguiente: Los métodos utilizados fueron el hermenéutico, el deductivo, el analítico – sintético y el comparativo; el instrumento utilizado fue del fichaje; con la técnica del análisis documental.

Por último, se ha encontrado la tesis titulada: “El Aborto Sentimental por violación sexual en adolescentes y el derecho a la vida de la madre, independencia, 2021”, por Arteaga (2022), sustentando en la ciudad de Lima, para optar el grado de maestro en derecho penal, por la Universidad César Vallejo, la cual menciona que es necesaria la despenalización del aborto en casos de violación sexual, ya que al estar penalizado trajo consecuencias mortales para las madres, porque al recurrir a lugares clandestinos pusieron en riesgo su salud y vida, relacionándose así con la tesis, en el sentido que conduce a establecer la problemática del delito de aborto ético y/o sentimental y como este vulnera derechos de la mujer cuando no se consigna el elemento “dentro del matrimonio”, así la tesis llegó a las siguientes conclusiones:

- Se ha determinado que la despenalización del aborto en casos de violación es esencial, ya que su penalización ha provocado una alta tasa de mortalidad materna debido a que las mujeres embarazadas no quieren seguir adelante con el embarazo, por lo que acuden a centros que no cumplen las normas sanitarias necesarias, lo que supone un peligro para sus vidas.
- Es evidente que la despenalización del aborto está estrechamente relacionada con el derecho a la vida de la mujer. Si el aborto no estuviera prohibido, la tasa de mortalidad descendería, y la vida de la madre ya no correría peligro, puesto que el procedimiento se llevaría a cabo de acuerdo con la normativa sanitaria.

Finalmente, **la metodología que guarda la tesis** es la siguiente: El tipo utilizado en la investigación fue básica con un enfoque cualitativo, utilizó como

técnica, recolección y los datos a la entrevista, como también la guía de entrevista, la muestra fue de cinco especialistas en derecho y uno en medicina.

2.1.2. Internacionales.

Como investigación internacional, se tiene la tesis titulada: “Disputas por el aborto en Argentina: Análisis crítico de discursos en dos organizaciones (2014-2016)”, por Caneva (2019), sustentada en Argentina para optar el grado de doctor por la Universidad Nacional de la Plata Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación Argentina; en esta investigación lo más resaltante es presentarnos el panorama jurídico, político y social relacionado sobre el debate por la despenalización y legalización del aborto por violación y éste resultado se relaciona con nuestro tema de investigación en tanto que logra establecer un panorama de lo que conlleva despenalizar el delito de aborto sentimental o por violación, de tal suerte que, las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- Concluye que, existe una doble moral o una dualidad entre lo legal y lo ilegal, es decir, entre lo que se podía hablar y lo prohibido, haciendo referencia a los abortos no punibles y los abortos voluntarios, sin embargo, la discusión se encontraba referido a lo que sucedía en los casos de aborto en casos de violación y el cual ha sido un tema muy controversial, ya que los temas contra la libertad sexual y la violencia sexual ha sido una de las fuentes bajo las cuales las mujeres han tomado para poder seguir luchando por sus derechos, asimismo gracias a ellos, se realizaron discusiones acerca de la interrupción voluntaria del embarazo en un sentido amplio.
- Asimismo, el autor llegó a las conclusiones de que la realidad se encuentra inmersa en una lucha de posturas ideológicas, la primera centrada en el drama de las mujeres violadas y que el aborto es la solución al problema, por otro lado, la segunda postura sostiene que es cierto que las mujeres violadas padecen un drama, pero el aborto se volvería una representación perjudicial ya que tendría consecuencias psicológicas sobre la mujer que realiza esta práctica, sin embargo, esta última postura es presentaba con pensamientos de orden moral, biológico y religioso.
- En ese sentido el tesista concluyó que, en la realidad social y el estudio que tenían el aborto voluntario, la cual se presentaba como una práctica

recurrente, además de los que se dieron a consecuencia de una violación, demostrando que las mujeres tomaban decisiones acerca de su vida, más allá de una prohibición legal que existía.

- Por último, se expresa como conclusión que, si bien es cierto que los organismos internacionales establecían una recomendación acerca del respeto por los derechos sexuales y reproductivos, como la solución al problema de los abortos no punibles y abortos inseguros, así como clandestinos, sin embargo, los medios de comunicación, los funcionarios públicos y organismos de monitoreo no tomaba en cuenta las recomendaciones acerca de primar la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres.

Finalmente, la tesis, pese a ser de corte doctoral, **carece de una metodología.**

Como investigación internacional, se tiene la tesis titulada: “La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo producto de una violación sexual, frente al derecho a la seguridad jurídica”, por Gordon (2022), sustentada en Ecuador para optar el grado de maestro por la Universidad Regional Autónoma de los Andes; en esta investigación lo más resaltante es el análisis jurídico que regula la norma penal sobre la interrupción voluntaria del embarazo dado por una violación y éste resultado se relaciona con nuestro tema de investigación en tanto que logra establecer un panorama de lo que conlleva incorporar al delito de aborto sentimental o por violación el elemento dentro del matrimonio, de tal suerte que, las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- Es esencial que, en un Estado de derecho, el derecho penal proteja a los ciudadanos, en particular a las mujeres, de las injerencias arbitrarias del Estado, permitiéndoles tener el control sobre la decisión de tener un hijo fruto de una violación.
- Las actuales leyes ecuatorianas no garantizan la seguridad jurídica de las madres en los casos de aborto, ya que, aunque la Corte Constitucional de Ecuador ha declarado que el aborto por violación puede ser permitido, las leyes penales carecen de cualquier cláusula que lo regule, incumpliendo así este derecho.

Finalmente, **la metodología que utilizó el trabajo** fue lo siguiente: El tipo utilizado en la investigación fue descriptiva con un enfoque cualitativo, basándose en el análisis de las normas jurídicas, utilizando también el método histórico-lógico, y finalmente utilizó el método analítico-sintético.

Como investigación internacional, se tiene la tesis titulada: “La despenalización del aborto en casos de violación sexual a una mujer lúcida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”, por Quilachamin (2019), sustentada en Ecuador para optar el título de abogado por la Pontificia Universidad del Ecuador; en esta investigación lo más resaltante son los elementos que se presentan a favor de la despenalización del aborto en caso de violación y éste resultado se relaciona con nuestro tema de investigación, ya que la norma es ineficaz para casos de violación sexual ocurridos dentro de los lazos del matrimonio, de tal suerte que, las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- Es difícil precisar cuándo surgió el aborto como método de interrupción del embarazo, ya que ha formado parte de la humanidad desde la antigüedad. Aunque se realizaba de forma rudimentaria, eran las mujeres quienes lo practicaban.
- A lo largo de los tiempos, la postura ante el aborto ha sido incierta, ya que depende del periodo de gestación o de la causa del aborto. Hemos observado que algunas sociedades lo permitían en determinados casos, mientras que, en otras, en las que la religión era un factor importante, se consideraba un crimen digno de castigo. No obstante, estas ideas se han trasladado a nuestros debates actuales y es poco probable que se resuelvan. Finalmente, la tesis, **carece de una metodología.**

Como investigación internacional, se tiene la tesis titulada: “El aborto eugenésico en el Ecuador”, por Carlier y Echevarría (2019), sustentada en Ecuador para optar el título de abogado por la Universidad de Guayaquil; en esta investigación lo más resaltante son las consecuencias de criminalizar el aborto por motivos de las malformaciones graves que pueda presentar el feto, obligando a la mujer a ser madre de una ser que sufrirá, a consecuencia de ello busca la clandestinidad, poniendo en riesgo su vida y éste resultado se relaciona con nuestro tema de investigación en tanto que se busca la igualdad de pena en actos

de violación sexual dentro del matrimonio que perjudicarían la dignidad y el libre desarrollo de la mujer, de tal suerte que, las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- En este estudio, hemos demostrado que el aborto no sólo debería estar exento de pena cuando se trata de un embarazo que pone en peligro la vida de la madre, o el que resulta de la violación de una mujer con trastornos emocionales, sino que hay otras razones que deberían tenerse en cuenta para despenalizarlo. Una de estas razones es la existencia de anomalías congénitas graves en el feto, lo que se conoce como aborto eugenésico. La polémica sobre el aborto eugenésico suscita últimamente reflexiones sobre el valor social y moral de la discapacidad, la necesidad de garantizar los derechos reproductivos y la práctica del consentimiento informado.
- El Código Orgánico Integral Penal no incluye los embarazos con malformaciones o defectos incompatibles con la vida entre las excepciones a la penalización del aborto, dando lugar a la penalización del aborto eugenésico.

Finalmente, **la metodología** del trabajo de investigación es la siguiente: Cualitativa, fenomenológica y hermenéutica.

Como investigación internacional, se tiene la tesis titulada: “Despenalización del aborto en Colombia desde una perspectiva comparada y constitucional”, por Medina (2020), sustentada en Colombia para optar título profesional de abogado por la Universidad Católica de Colombia; en esta investigación lo más resaltante recae en los sistemas jurídicos que se estudió para llegar a la decisión de despenalizar por vía judicial el aborto y éste resultado se relaciona con nuestro tema de investigación en tanto que logra establecer un panorama para poder considerar los derechos de las mujeres al decidir efectuar un aborto por violación sexual dentro del matrimonio y esta se regule de manera adecuada, sobre todo se pueda analizar la pena que se da a un aborto fuera del matrimonio y a uno dentro del matrimonio, de tal suerte que, las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- Se debe realizar una evaluación exhaustiva de las circunstancias actuales de Colombia para despenalizar plenamente el aborto, replicando el mismo

proceso que se observó en los países analizados en este artículo. Estos países ponen un gran énfasis en el cumplimiento de los derechos recogidos en su Carta Política, interpretándolos con precisión.

- Es evidente que la regulación existente sobre la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia es inadecuada, ni siquiera tiene en cuenta las tres condiciones establecidas por la Corte Constitucional. Las mujeres que deseen interrumpir su embarazo deben poder ejercer todos sus derechos, como el derecho a la vida, a la salud, a la autonomía reproductiva, a la integridad, a la dignidad humana y a la libertad de desarrollo de la personalidad, sin que éstos sean vulnerados. Es responsabilidad del Estado garantizar la protección efectiva de estos derechos.

Finalmente, el trabajo de investigación, al ser de carácter doctoral, **no presenta una metodología.**

2.2. Bases teóricas de la investigación

2.2.1. Tipo penal de aborto sentimental.

2.2.1.1. Antecedentes históricos del aborto.

La figura aborto tiene una importante relevancia a lo largo de la historia, el cual está previsto de cambios que nos ayudaran a comprender nuestro entorno cultural y social, por lo que según Berna (2013) ha mencionado que se conoce: “(...) A lo largo de la prehistoria, la interrupción voluntaria del embarazo ha sido una práctica común en todo el mundo, con evidencia en literatura antigua griega, romana y china que se remonta a miles de años (p. 7), en sociedades antiguas, se constata que los pueblos primitivos ya realizaban abortos, siendo el patriarca quien tomaba la última decisión sobre el nacimiento de sus hijos.

Asimismo, en la antigua Grecia, según el estudio realizado por Berna (2013, pp. 4–9), se consideraba al feto como un ser con alma, por lo tanto, el aborto no era un acto castigado, un ejemplo es lo que platón, en su obra la república, consignó que deben ser llevados los abortos cuyos embarazos hubieran sido fruto de un incesto o por un problema relacionado con la edad.

Se sabe que durante ese periodo se podía abortar mediante el uso de remedios a base de hierbas. Con el auge del cristianismo y del Imperio Romano, se pusieron en práctica castigos mucho más severos, incluso la pena de muerte en

algunas circunstancias, ya que la Iglesia Católica considera que el aborto es similar al asesinato.

Es así que el cristianismo obtiene una gran influencia en la población, basándose que el feto como se encontraba en el vientre materno era sagrado y debía ser cuidada como tal, por lo que conllevó a que se realicen tratos inhumanos a las mujeres que realicen el aborto, esta postura católica se mantiene vigente, conllevando a que las mujeres luchen por sus derechos buscando el respeto y la igualdad.

Posteriormente, en el año 1920 en Europa se presentaron inicios permisivos de protección del aborto, por parte de la Unión Soviética, el cual legalizó la práctica del aborto institucional, pero bajo ciertas circunstancias, el cual siempre sería realizado por un médico y es un hospital, por lo que, este acto busco la protección de la mujer; sin embargo, hasta la actualidad, sigue existiendo discrepancias entre los países al establecer una postura igualitaria en la práctica del aborto (Berna, 2013, p. 09). Así esta figura de relevancia jurídica y social, ha mantenido su desarrollo a través de la historia pasando de un acto repudiable socialmente, a uno bajo la tutela estatal como forma equivocada de control social formal.

2.2.1.2. El aborto en el Perú.

El aborto, como se ha presentado en el párrafo anterior, ha tenido consecuencias relevantes en la sociedad, por lo tanto desarrolló una problemática en el ámbito jurídico, específicamente en el derecho penal, siguiendo lo vertido por Erviti (2005, p. 106), es innegable que exista una persecución sistemática del delito, lo que ayuda a mantener el miedo y la imagen de delito, así como el sentimiento de culpabilidad, en las mujeres que tienen un aborto, la segregación, estigmatización, culpabilización e incluso maltrato de la sociedad y de muchos profesionales médicos a las mujeres que presentan un aborto.

Son escasas las denuncias que se presentan, son mínimas las que se tramitan y sufren condena., así como son contados los casos que llegan a ser denunciados, esto principalmente ocurre cuando se presentan complicaciones post abortos que ponen en peligro la vida de las mujeres.

Asimismo, siguiendo los pronunciamientos anteriores, se realizó una investigación por parte del grupo Promsex, en el año 2014, relacionada a los casos de violación sexual en el Perú, lo cual nos muestra, en base a información estadística las denuncias realizadas por la presunta comisión de delito de Violación Sexual, es así, que la Policía Nacional del Perú registró que entre los años 2000 al 2009, cuarenta y cinco mil setecientos treinta y seis (45.736), sobre ello el 78 % de las víctimas eran mujeres menores de edad, de las cuales la concentración más amplia de las denuncias, se encontraban entre las edades de 14 a 17 y el 22% eran mayores de edad; es por ello, que ante estas situaciones las mujeres están expuestas a quedar embarazadas y por consiguiente propensas a cometer el delito de aborto.

2.2.1.3. Concepto de aborto.

Sobre este tema, es importante señalar que la definición más precisa proviene de la Organización Mundial de la Salud, la cual, en su sitio web en 2014, describe el aborto como "la interrupción de un embarazo después de la implantación del óvulo fecundado en el endometrio, antes de que el feto sea viable, es decir, antes de poder sobrevivir de manera independiente fuera del útero"; además, establece que el límite de viabilidad se sitúa en 22 semanas de gestación, un peso fetal de 500 gramos y una longitud céfalo-nalgas de 25 centímetros.

Esta definición, es aceptada y utilizada en el ámbito de la salud. Por lo que deberá de conceptualizarse al aborto como la forma de interrupción del embarazo en término estricto.

No obstante, en el contexto legal, la interpretación varía, en el ámbito del Derecho Civil, el aborto se define como el parto que sucede antes del umbral establecido para la viabilidad del feto, mientras que, en el ámbito del Derecho Penal, se considera como una categoría delictiva que implica el uso voluntario de métodos apropiados para inducir un parto perjudicial o su anticipación, con la intención de provocar la muerte del feto. (Cabanellas, 1993, p. 07).

2.2.1.4. Tipos de aborto.

Asimismo, debe de tenerse siempre en cuenta que la figura del aborto ha sufrido cambios en su desarrollo cultural, social y jurídico, en ese sentido puede

establecerse diferentes tipos de aborto, según el profesor Casado (2009, pp. 13-14) esta puede dividirse de la siguiente manera:

- Aborto culposo, el cual es producido por quien con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de hacerlo, cuando el estado de embarazo de la mujer fuere notorio o le constare.
- Aborto despenalizado, del cual hizo referencia que, en algunas legislaciones, aquel que queda expresamente excluido como hecho punible.
- Aborto eugenésico, es el llevado a cabo en el caso de embarazo producido como consecuencia de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer demente o débil mental.
- Aborto *honoris causa*, el cual es conocido como el aborto realizado para ocultar la deshonra; éste plantea el interrogante acerca de si dicha honra puede ser salvada aun contra la voluntad de la mujer embarazada.
- Aborto terapéutico, el cual es definido como el aborto practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre cuando no se puede evitar por otros medios.

Por lo que, de ello, según el autor puede establecer las diferencias que existe con el aborto en sentido general, los cuales son necesarios para comprender el problema que se está investigando.

2.2.1.5. Tipos de aborto según la legislación nacional.

El aborto en el Perú, tiene una gran relevancia sobre el cual se establecieron disputas y controversias, sin embargo, debemos priorizar el ámbito al cual nos debemos, es decir, al ámbito jurídico, es así que, en nuestra legislación, específicamente en el Código Penal se establecieron grupos:

- El primer grupo están las consideradas las que tienen mayor reproche penal, tales como el auto aborto, establecido en el artículo 114, la cual tiene una pena de 2 años de prisión o prestación de servicios comunitarios, asimismo el aborto consentido con una pena de hasta 4 años cuando se ha prestado el consentimiento de la gestante, asimismo si existe una condición de sin consentimiento la pena, tiene un rango de 3 a 5, asimismo en el artículo 118, el tipo penal de aborto preterintencional prescribe una

pena de 2 años de pena privativa de libertad, si el aborto es ocasionado por un acto violento sin haber tenido el propósito de causarlo.

- El segundo grupo, contempla a los tipos de aborto el cual, se le otorgó la condición de atenuada, este aborto es el aborto sentimental, presente en el 120 del Código Penal, la cual reprime no mayor a 3 meses la interrupción del embarazo, bajo la condición que sea producto de una violación sexual, inseminación artificial y transferencia de óvulos no consentidos; lo mismo se aplica en el aborto eugenésico.
- Por último, el aborto que no es punible, hablamos del aborto terapéutico, establecido en el Artículo 119, bajo la condición que sea la única manera de salvar la vida de la gestante o si es una forma de evitar un mal grave o permanente.

Por otra parte, el legislador ha establecido al aborto y sus variantes, en base a los artículos del 114 al 120 del Código Penal peruano, podemos mencionar que se clasifica al aborto en siete tipos:

- Auto aborto, al cual hace referencia que se hizo por propia voluntad de la mujer o con su permiso para que lo hiciera otra persona.
- Aborto consentido, el cual es esta establecido como el que es realizado por otro individuo, pero con la venia de la mujer.
- Aborto no consentido, el cual es el realizado sin la autorización de la madre.
- Aborto agravado por la calidad del agente, este tipo de aborto lo provoca un médico que hace un uso indebido de sus conocimientos o habilidades médicas para provocar el aborto.
- Aborto preterintencional, este aborto debe de ser causado por la violencia, pero no se ha hecho con la intención de causarla. Para ello es necesario que haya pruebas del embarazo o que éste sea conocido públicamente
- Aborto terapéutico, se considera como el único tipo de aborto que no conlleva repercusiones legales sólo puede realizarlo un médico, con la aprobación de la mujer embarazada o de su representante legal designado; sólo se permite si es la única forma de salvar la vida de la mujer o de evitar que sufra daños permanentes en su salud.

- Finalmente, al aborto sentimental o eugenésico, cuando el embarazo se deba producto de una violación o a una inseminación artificial no consentida fuera del matrimonio, el procedimiento podrá llevarse a cabo siempre que los hechos hayan sido denunciados o investigados por la policía. Asimismo, cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.

2.2.1.6. El aborto sentimental en el ordenamiento jurídico.

2.2.1.6.1. Aspectos generales.

A. Antecedentes legales del aborto sentimental.

Sobre ello, debe de mencionarse que el aborto en el Perú se encuentra regulado desde hace muchos años atrás y el cual ha sufrido diversas modificaciones, en ese sentido Hurtado (1993, p. 43) hizo una serie de referencias, comenzado desde la denominación del verbo rector en el delito de aborto, denominado de “causar un aborto”, el cual ha sido utilizado en el proyecto del año 1859 y que se encontraban regulados en los artículos 279 al 281.

Asimismo, en el Código Penal del año 1924, se recurrió al término “causar”, los cuales estaban establecidos en los artículos 159 y 160, además la expresión “hacer abortar”, presente en el artículo 161 y “practicar el aborto” en el artículo 163.

Con el transcurso del proyecto regulatorio de esta figura, en el año 1916, ha estado presente la influencia española y las disposiciones del Código Penal de 1924 fueron redactadas conforme al modelo helvético, sobre ello la regulación del delito de aborto, ha tenido un significativo progreso de la política criminal y técnica legislativa, con relación a las legislaciones anteriores, ya que como se mencionó, producto de la influencia modelo suizo. Asimismo, en el año 1963 se empleó la expresión “causar aborto” y estos se encontraban en los artículos 243 y 245, y la expresión de “ocasionar el aborto” en el artículo 244.

Finalmente, en el año de 1991 en el Código Penal vigente, se utiliza, el término “causar”, como puede evidenciarse que los artículos. 114, 115, 117; en el artículo 116 “hacer abortar”, sin embargo, estas denominaciones con relación al aborto, es incompleta y plena de ambigüedad.

B. Delitos contra la libertad sexual en la modalidad de delito de violación sexual.

En primer lugar, debemos de entender al delito de violación sexual como un delito en contra de la libertad sexual, luego considerar el ámbito legal que ocupa en nuestro ordenamiento jurídico y este se encuentra tipificado en el artículo 170 del Código Penal, el cual prescribe:

El que, con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de catorce ni mayor de veinte años.

Fundamentalmente, en el desarrollo de la doctrina nacional, la libertad sexual mantiene un doble aspecto, el primero de ellos como libre disponibilidad del propio cuerpo solo con el respeto de la libertad ajena y en segundo lugar la facultad de repeler las agresiones sexuales del otro; además debe de mencionarse que el bien jurídico protegido es vulnerado cuando se intenta imponer a otra un acto de contenido sexual en contra de su voluntad, la cual es empleada mediante violencia física o psicológica, esta última hace referencia a la amenaza, los cuales están en el Código Penal como presupuestos configurativos del delito (Arbulu, 2018, pp. 193-194).

Por lo que, corresponde detallar aspectos objetivos del tipo penal, en ese sentido Salinas (2018, pp. 897-938) hizo la descripción que, el bien jurídico tutelado es la libertad sexual; que el sujeto activo puede ser un hombre o una la mujer, el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, sin embargo, que se encuentre con capacidad de dar libre consentimiento y que se encuentre dentro del rango de edad entre los 14 años a más, sino estaríamos dentro de otro tipo penal, subsecuentes al mencionado.

Se requiere que la conducta se realice con dolo directo, es decir, con plena conciencia y voluntad de vulnerar la libre autodeterminación sexual de la víctima. En cuanto al comportamiento típico, implica el uso de violencia o una amenaza

grave, obligando a la persona a participar en actos sexuales por vía vaginal, anal u oral, o mediante la introducción de objetos o partes del cuerpo por cualquiera de estas vías. La violencia se entiende como el ejercicio de fuerza física sobre la víctima, mientras que la amenaza constituye una forma de violencia psicológica que provoca intimidación y puede manifestarse de diversas maneras, ya sea por escrito, verbalmente o a través de cualquier acto que culmine con la aplicación de violencia.

C. Concepto de aborto sentimental según la legislación peruana.

En nuestra legislación, el aborto se encuentra regulado en el artículo 120 del Código Penal, por lo que, de ello, debemos de expresar que el concepto acertado, es la interrupción del embarazo, producto de una violación, inseminación no consentida fuera del matrimonio, pero que haya sido denunciado o investigado policialmente.

Asimismo, según el video publicado por *Iuridicas Escuela* (15-06-20) a través de la red social Facebook, de la cual se desprende las clases brindadas por la profesora Romy Chang, quien mencionó que el concepto de aborto sentimental, puede definirse como el aborto que se sanciona a una mujer producto de la violación sexual fuera del matrimonio cuya pena es de tres meses y si es dentro del matrimonio por el esposo, la pena es la pena normal, la de dos años.

D. El aborto sentimental en la regulación internacional.

La figura del aborto sentimental ha mantenido su relevancia problemática social y jurídicamente, por lo que ha sido necesario establecer una regulación jurídica para poder cumplir con el control social, es así que indicaremos lo regulado en el aborto sentimental en la legislación comparada.

D.1. En la legislación argentina.

En la legislación penal Argentina el tipo penal de aborto sentimental, se encuentra regulada en el artículo 86 del Código Penal, el cual establece que el aborto puede ser realizado por un profesional médico diplomado, además mediante el consentimiento de la mujer embarazada, no será punible bajo el supuesto que si se realiza a fin de evitar el peligro en la vida o salud de la madre y

si este no puede ser evitado por otros medios; por otro lado, también prescribe que si el embarazo es a causa de una violación, asimismo agrega que si es a consecuencia de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, siempre que exista consentimiento de un representante legal.

D.2. En la legislación boliviana.

Por otro lado, en la legislación boliviana también se encuentra regulada la figura del Aborto sentimental, está tipificada en el artículo 266 parte 1 del Código Penal, pero la figura recae bajo el precepto de aborto Impune, el cual es bajo la circunstancia que, será impune el aborto cuando el embarazo se ha dado a consecuencia de una violación, rapto no seguido de matrimonio, engaño e incesto, sin embargo requiere que se realice la acción penal en contra del causante del acto de violación; asimismo prescribe que será impune si se encuentra la vida o la salud de la madre o si este no podría ser evitado por otros medios, sin embargo requiere que sea practicado por un médico y que exista consentimiento de la mujer, así como una autorización judicial dependiendo del caso.

D.3. En la legislación colombiana.

Por su parte, en la legislación colombiana esta figura se encontraba regulada en el artículo 124 del Código Penal, del cual, se desprende que está considerado bajo el nombre jurídico de “Circunstancia de Atenuación Punitiva”, la cual menciona que el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes de la pena si el embarazo, es a consecuencia del acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentido; sin embargo este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional Colombiana, mediante la sentencia C-355 de fecha 10 de mayo de 2006.

D.4. En la legislación ecuatoriana.

Asimismo, en la legislación ecuatoriana, la figura del aborto sentimental, se encuentra en el Artículo 447 numeral 2, el cual prescribe que, no debe imponerse ninguna pena en los casos en que el aborto sea la única forma de proteger la vida de la madre, y si la concepción fue causada por una violación o por una persona que sufre una discapacidad mental; sin embargo, establece que debe de ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y si no

puede dar el consentimiento, la potestad recaería sobre su marido o familiares íntimos o de ser el caso por su representante legal.

D.5. En la legislación mexicana.

Ahora bien, en la legislación mexicana, la figura del aborto sentimental, se encuentra regulado en el artículo 333 del Código Penal, el cual prescribirá que no es punible el aborto causado por la imprudencia de la mujer embarazada o cuando el embarazo es consecuencia de una violación.

D.6. En la legislación panameña.

Paralelamente en Panamá, la figura de aborto sentimental está establecido en el artículo 144 del Código Penal, el cual prescribe que no se establecerá pena, si el aborto es realizado con el consentimiento de la mujer, si el embarazo es a consecuencia de una violación, sin embargo debe de acreditarse en instrucción sumarial, lo cual hace referencia a la investigación por violación realizada por el Ministerio Público, además este sea practicado dentro de los dos primeros meses de embarazo; en ese sentido si existe peligro en la vida de la madre o del producto de la concepción, asimismo que este supuesto tiene que ser estudiado por la comisión multidisciplinaria designada por el Ministro de Salud, quien determinará las causas graves de salud y autorizará el aborto, al cual si considera necesario establecer negarse a practicar un aborto por convicciones morales, religiosas o de otro tipo.

D.7. En la legislación uruguaya.

Mientras que en la legislación Uruguaya, la figura del aborto sentimental se encuentra previsto en el artículo 328.1 y 328.2 del Código Penal, el cual prescribe, que el aborto tiene causa atenuante y eximente, si el aborto se realiza para salvar el honor de la esposa, pariente próximo, al cual solo se establecerá una disminución de un tercio a la mitad, asimismo que a potestad del juez, según los hechos, puede eximir del castigo; asimismo si practica la interrupción del embarazo que es a consecuencia de una violación, si no existe consentimiento por parte de la mujer se reducirá la pena en un tercio a la mitad y si es realizado bajo consentimiento se eximirá de la pena, el mismo camino toma si el aborto se realiza por causas graves de la salud de la mujer, también se da cuando es realizado por un problema económico, sin embargo todos estas circunstancias

exigen que el aborto se realizará por un especialista dentro de los tres primeros meses de la concepción y que el plazo de tres meses no rige para el caso previsto en el aborto por causas graves de la salud.

D.8. En la legislación venezolana.

Finalmente, en la legislación venezolana, la figura del aborto sentimental, se encuentra regulado en el artículo 434 del Código Penal, prescribe que en los casos que se practica el aborto para salvar su propio honor a la honra de su esposa, madre, descendiente, hermana o de su hija adoptiva, tendrá una pena atenuada en un a dos tercios y el presidio se convertirá en prisión.

2.2.1.6.2. Tipo penal de aborto sentimental.

La figura jurídica del aborto sentimental, se encuentra prescrito en el artículo 120 numeral 1 del Código Penal, el cual prescribe:

Artículo 120

El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

1. En casos de embarazo derivado de una agresión sexual extramatrimonial o de una inseminación artificial no consentida fuera del matrimonio, siempre que los eventos hayan sido denunciados o al menos investigados policialmente.
2. Si existe la probabilidad de que el ser en desarrollo presente al nacer serias anomalías físicas o mentales, siempre y cuando haya un diagnóstico médico.

En primer lugar, debemos de mencionar que el tipo penal en palabras de Lujan (2013) es: “El tipo penal es la expresión específica de la acción prohibida establecida por el legislador (del contenido o de la materia de la norma). Es un dispositivo jurídico contenido en el texto de la ley” (p. 521).

Sobre el tipo penal del Aborto sentimental, los juristas nacionales han desarrollado concepciones que son relevantes para determinar las implicancias de este delito, por lo que Peña (2018) ha referido que:

El tipo penal hace mención de forma alternativa, a que el hecho haya sido denunciado o al menos investigado policialmente (...) su investigación no está condicionada a la denuncia de la parte ofendida, pues basta que llegue

la noticia criminal a conocimiento de las agencias estatales predispuestas, para que aquellas estén en la obligación de iniciar una investigación, bajo la conducción del Ministerio Público (pp. 311-312).

Por lo que se puede señalar, que una circunstancia para configurar el delito de aborto sentimental, está regido por la necesidad que exista una denuncia en contra de la persona que ha cometido el acto de violación, siendo un medio necesario para poder demostrar que el aborto es producto de una violación, pueda estar inmerso dentro del delito atenuado, ya que, si no existiera ello, se establecerá que la conducta es subsumida en el delito base de aborto, previsto en el 114.

2.2.1.6.3. Estructura del tipo penal de aborto sentimental.

A. Conducta Típica.

En ese sentido Meini (2015, p. 67) establece que la conducta típica está compuesta por la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva, por lo que corresponde desarrollar estos puntos.

A.1. Tipicidad.

La tipicidad puede definirse como la coincidencia plena sobre el hecho cometido con la descripción abstracta descrita en el tipo penal, que es un presupuesto de pena (Peña, 2005, p. 111); por lo que puede establecerse que la tipicidad implica que se establezca un análisis de la conducta desplegada por un sujeto y si este se enmarca en la norma, para nuestro caso la norma Penal.

A.1.1. Tipicidad objetiva.

En primer lugar, debe de recordarse que la tipicidad objetiva es catalogada como la información contenida en la norma se acerca del modelo de conducta prohibida o mandado realizar al individuo, cobra concreción solo cuando en el proceso de adecuación de esta conducta que se prohíbe (Peña, 2005, pp. 111-112).

En ese sentido, Meini (2015, p. 67), refiere que la tipicidad objetiva, contempla los aspectos externos del comportamiento, esto es, sus características externas.

En otras palabras, el primer paso es determinar que la conducta desplegada tiene relevancia jurídica, posterior a ello, preguntarnos si esta conducta se enmarcada en una norma y a su vez estos supuestos del tipo penal se vean

cumplidos, sobre ello, en el delito de aborto sentimental previsto en el artículo 120 del Código Penal.

Cabe destacar que Reátegui (2015, p. 74) Se estima imprescindible que la mujer esté encinta a causa de violación sexual extramatrimonial o, en su defecto, como resultado de inseminación artificial no autorizada, igualmente llevada a cabo fuera del vínculo matrimonial. Como se puede observar, ambas circunstancias deben acontecer fuera del matrimonio.

El derecho penal establece que, si alguien denuncia o investiga un aborto, la mujer tiene que llevar el asunto a un organismo encargado de hacer cumplir la ley, como la comisaría de policía local o la fiscalía de la región.

Tal es el caso, para determinar el aspecto sustancial de la tipicidad objetiva, debe de tenerse en cuenta que la conducta desplegada este inmersa en la norma penal Código Penal o de ser el caso este inmerso dentro de una Ley especial y en el presente caso la conducta de interrumpir el embarazo el cual ha sido producto de una violación, se encuentra regido en el artículo 120 del Código Penal, sin embargo, mantiene presupuestos para que la propia conducta se subsuma al tipo penal y se desarrolle una suerte de tipicidad, como lo veremos a continuación.

*A.1.1.1. Presupuestos
especiales del tipo penal de
aborto sentimental.*

Sobre ello, debemos de mencionar que este tipo pena requiere elementos específicos para su configuración, así estos son:

- El embarazo.
- Certeza o indicio de la existencia del delito de violación.
- El agente causante del delito de violación sea persona distinta del esposo.

Sobre ello, sobre el primer presupuesto mencionado, debemos mencionar que no hay mucha controversia, ya que sobre ello versa la existencia del embarazo, el cual puede probarse mediante los medios presentes en la realidad.

Sobre ello, el Código Penal refiere necesariamente que los hechos hayan sido denunciados o investigados, por lo menos policialmente; como Peña (2018) ha referido: “Será suficiente que los eventos que originan la acción delictiva

hayan sido detectados por la policía o que se hayan llevado a cabo algunas diligencias de investigación, conforme a las instrucciones del Fiscal” (p. 312); y esa postura también lo compartimos, porque requerir que se establezca conocimiento e intervención y pronunciamiento final del Ministerio Público y Poder Judicial, primero traería un exceso.

Sobre el tercer presupuesto, debe de reiterarse, que es más discutible la posición que ha tenido el legislador al establecer en el artículo 120 del Código Penal, al considerar que un requisito necesario para que se configure el tipo penal es que el acto de violación sea “ocurrida fuera de matrimonio”.

Por lo que, si analizamos el contenido expuesto, este hace referencia a que el delito de aborto sentimental será típico bajo el supuesto de interrupción del embarazo a causa de una violación, este último hecho este causada por un sujeto que no mantenga vínculo matrimonial, es decir que puede ser imputado solo si la violación es causada por un sujeto que no es esposo, hecho cuestionable y expresada bajo la siguiente interrogante:

- ¿El esposo puede cometer violación en agravio de su cónyuge?

Es notorio que la respuesta es afirmativa, que el legislador en el artículo 170 ha prescrito el delito de violación, estableció que, si se puede imputar este delito al cónyuge, de ello puede apreciarse.

La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes:

3. Si el agente aprovecha su calidad de ascendiente o descendente, por consanguinidad, adopción o afinidad, de cónyuge o de ex cónyuge, conviviente o ex conviviente y que con la víctima esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga, si tienen hijos en común con la víctima o habita en el mismo hogar de la víctima siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; si es pariente colateral hasta el cuarto grado, por consanguinidad o adopción, segundo grado de afinidad (el subrayado es nuestro).

Por lo que, debería de considerarse que este delito, mantiene un requisito el cual debería de cambiarse, ya que será tipificado como delito, cuando se realice una interrupción del embarazo fuera del matrimonio; sin embargo si realizamos

una interpretación sistemática del delito de aborto sentimental, si este es practicado bajo las mismas condiciones, con la diferencia que la violación se realice dentro del matrimonio, conllevaría a que se aplique el tipo base presente en el artículo 115 del Código Penal.

En ese sentido, si el legislador ha considerado en establecer que, si existe delito de violación por parte de un cónyuge hacia otro, consideramos que este presupuesto no tiene sentido que se mantenga en el tipo penal de aborto sentimental, dejando libertad que el delito no contenga presupuesto relacionado a la condición que ostenten las partes del delito previo de violación, como bien ya lo ha prescrito en el numeral 3 del artículo 170 del Código Penal.

Asimismo, en ese sentido, debemos de considerar que, bajo este supuesto, aseguraríamos que también puede aplicarse mediante en casos que exista, un vínculo conyugal, ex cónyuges, convivientes o ex conviviente, asimismo inmersos en un vínculo de concubinato; **sin embargo, esto será analizado y debatido en la discusión de la investigación.**

A.1.2. Tipicidad subjetiva.

Dentro de este marco, la tipicidad subjetiva puede comprenderse como la vertiente subjetiva, denominada psique del autor, la cual se encuentra representada por la conciencia y voluntad que dirige a la acción (Peña, 2005, p. 177)

Ahora bien, Meini (2015), menciona que: “La tipicidad subjetiva se refiere siempre a la exigencia de conocer el riesgo para el bien jurídico que supones el comportamiento que se realiza (...)” (p. 67).

A.1.2.1 Dolo.

Por lo que se tiene que desarrollar el concepto de dolo, y sobre ello versa el pronunciamiento de Welzel (1956), como: “conocimiento y querer de la concreción del tipo” (p. 74)

En ese sentido el jurista Reátegui (2015) hace referencia que: “(...) la conducta debe practicarse a título de dolo” (p. 75), es decir, que la conducta de interrupción del embarazo que ha sido a consecuencia de una violación, sea realizada por el médico o especialista, la cual también es realizada por obstetras, bajo la voluntad de la gestante y el conocimiento de la comisión del tipo penal presente en el 120 del Código Penal.

A.1.2.2. Culpa.

Es necesario desarrollar esta figura perteneciente a la tipicidad subjetiva, por lo que en el Expediente N° 6109-1997 citado por Gaceta Penal (2009) hace referencia que es el acto peligroso realizado sin ánimo de lesionar el bien jurídico, pero que, por falta de aplicación del cuidado o diligencia debida, causa su efectiva lesión, concepto el cual adoptamos al momento de desarrollar si está presente en la comisión del delito de aborto sentimental.

Por lo que nos corresponde mencionar que, el delito de aborto necesariamente es doloso, como ya lo ha mencionado el jurista Reátegui en líneas superiores, pensamiento al cual nos basamos, ya que la persona que realiza la acción la realiza mediante voluntad y conocimiento de la ilicitud de la acción.

A.2. Sujetos.

Así en el desarrollo del tipo penal de aborto sentimental, debe de tenerse una gran importancia en el desarrollo de los elementos objetivos del tipo penal.

A.2.1. Sujeto activo.

El sujeto activo es la persona o las personas que realizan la conducta típica y su estudio corresponde a la participación criminal, ya sé cómo autor o participe (Meini, 2015, p. 67).

Por lo que, de primera mano, describiremos una figura importante de “autor”, así que mediante recurso de nulidad N° 253-2004-Ucayali citado por Gaceta Penal (2009, pp. 78 y 79) refieren que, es el que ha realizado de propia mano todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo, que permite sostener quien es el que mantenía el dominio del hecho, es decir el director del acontecer teniendo la posibilidad de que el resultado no se logre.

Por lo que, ahora corresponde describir, a quien se considera como sujeto activo en el delito de aborto sentimental, así Salinas (2008), hace referencia que:

(...) sujeto activo puede recaer en cualquier persona que practique el aborto privilegiado, siempre que exista el consentimiento o autorización de la gestante y que por su parte la embarazada que prestó su consentimiento también se constituye en sujeto activo del delito de aborto privilegiado y será sancionada en su calidad de coautora. (...) (p. 161).

Pero, necesitamos analizar el papel que se le otorga a la mujer que realiza el acto delictivo, por lo que es necesario definir lo acontecido respecto a la coautoría, en ese sentido en la Resolución de Nulidad N° 1720-2004-Callao, citado por Gaceta Penal (2009, p. 98), ha plasmado que la coautoría exige para su configuración el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Decisión común orientada al logro del resultado.
- Aporte esencial por cada sujeto.
- Formar parte de la ejecución, desplegando dominio parcial del resultado.

Ahora, luego de haber descrito que el sujeto activo recae sobre el médico y que la mujer embarazada que presta el consentimiento para la interrupción estaría en calidad de coautora del delito de aborto sentimental, por lo que es necesario considerar si es plausible que exista otras figuras relativas al comportamiento típico (autores o partícipes).

En este sentido, en el Expediente N° 43-2003-Tacna, citado Gaceta Penal (2009, p. 37), hace mención que además de la existencia que los autores, puede darse la figura de participación en la comisión del delito y este último, se vería configurado cuando este sujeto traslada a la mujer para que se practique el aborto, acreditándose su responsabilidad y participación en el ilícito en calidad de cómplice, debido a su colaboración se consumó el acto abortivo.

A.2.2. Sujeto pasivo.

Sobre el sujeto pasivo, Meini, (2015) ha desarrollado que:

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico afectado (...) será siempre el perjudicado; pero también lo serán otras personas, como, por ejemplo, los deudos, de la víctima del homicidio, a quienes se repara por los daños y perjuicios causados, a la sociedad en delitos como los que afectan a la seguridad pública (p. 68).

En ese sentido, en el expediente N° 4241-1997-Lima, citado por Gaceta Penal (2009), resalto aspectos relacionados sobre el sujeto pasivo en el delito de aborto en general, sin hacer referencia a las variantes comprendidas del artículo 114 al 120 del C.P, mencionó: “El delito de interrupción del embarazo perjudica de manera directa a la vida humana, ya que esta comienza desde el instante de la

concepción; por consiguiente, no se debe ver al Estado como perjudicado” (p. 37); postura la cual aceptamos.

Sin embargo, en el Expediente N° 141-1997-Lima citado Gaceta Pena (2009, p. 37), refirió que en el caso de comisión del delito de aborto mediante consentimiento de la mujer en estado grávido (hablando en general, sin hacer distinción de los tipos de aborto comprendidos en el código penal), la parte agraviada ya no es la vida humana por comenzar desde su concepción, sino que es el Estado.

En ese sentido, en el Recurso de Nulidad N° 377-1999-Huaura citado Gaceta Pena (2009), consideraron: “(...) En el caso de aborto no consentido, se ha sostenido incorrectamente en la orden de instrucción ampliada y la decisión apelada que el único afectado es la comunidad y no la embarazada.” (p. 37), posición la cual compartimos parcialmente, en el sentido que, si el aborto es uno no consentido, la vida dependiente debe ser considerada como sujeto pasivo, de ello es que la mujer gestante es considerada como víctima indirecta, además de ya ser víctima de coacción.

Entonces, queda claro que, para la jurisprudencia, aparentemente ya estableció que el sujeto pasivo del delito de aborto, ya sea consentido o no, resultaría ser el Estado.

Por lo que, debemos reiterar nuestra postura, la cual conlleva a establecer una diferencia en el perjudicado y la víctima indirecta, por lo que debe el sujeto pasivo de este delito es la vida humana dependiente y la víctima indirecta resultaría, el Estado, la madre gestante (aborto no consentido) y si es consentido por una de las partes, el padre también podría ser víctima indirecta.

Por otro lado, desde el punto de vista de la doctrina a quien corresponde la figura de titular del bien jurídico afectado, como lo menciona Salinas (2008) es: “(...) el ser producto de la gestación (...) (p. 161); pensamiento el cual compartimos, si este delito está considerado dentro de los delitos, en contra de la vida y este tiene fundamento en la protección de la vida.

Caso particular, es el visto en el delito de aborto sentimental, ya que el producto del embarazo es a consecuencia de violación, en este sentido,

continuamos con la posición que el sujeto pasivo, es la vida independiente y que el estado es víctima indirecta, por su función de representatividad de la sociedad.

A.3. Bien jurídico protegido.

Sobre este punto, en el Recurso de Nulidad N° 111-2004 citado por Gaceta Penal (2009, p. 86) refieren que, el Derecho Penal, resguarda viene jurídicos, ya que en toda norma penal subyacen juicios de protección de bienes vitales necesarios para la convivencia social, por ello, es necesario usar el poder punitivo del estado, la cual es representada por una pena a fin de resguardar la paz de la comunidad.

Por su parte, el jurista Meini, (2015) menciona que: “(...) es el valor que protege el derecho penal y que el delito perturba” (p. 69), por lo que se evidencia que este hace referencia a los bienes materiales e inmateriales protegidos por el derecho, como forma de control social formal.

En ese sentido, sobre el delito de aborto, en el Expediente N° 5721-1997-Lima, citado en el Diccionario Penal Jurisprudencial (p. 37) hace referencia que, esta clase de delito está orientada a la protección de la vida humana dependiente, es decir del embrión o feto, basándose en lo establecido en nuestra Constitución Política, es decir en el artículo dos, primer inciso, prescribiendo el derecho fundamental de la persona, la vida humana, y establece además que el concebido es sujeto de derechos en todo cuanto le favorezca.

Por lo que, en base a ello, Salinas hace la referencia que el bien jurídico que se busca a proteger del delito de aborto sentimental, es la vida dependiente del producto del embarazo (2008, p. 161).

Por ende, la postura que establece Salinas nos parece una postura acertada, sin embargo, considerar a la mujer que lleva un embarazo producto de una violación como coautora del delito, no compartimos esa postura y en el desarrollo de la tesis se demostrara este punto.

A.4. Consumación.

La consumación es entendida como la realización precisa del tipo penal, es decir realiza todos los elementos constitutivos del tipo penal (Villavicencio, 2019, p. 422).

En ese sentido Salinas (2008) ha referido: “El insignificante delito se perfecciona en el mismo momento que se constata efectivamente la muerte del producto del embarazo no deseado.” (p. 161); de hecho, para la configuración se requiere hace referencia en sentido general al termino producto del embarazo, el cual es la muerte del embrión o feto.

De la misma forma Reátegui (2015) menciona que:

Se trata de un delito de resultado lesivo, ya que para la aplicación de la sanción penal al autor es requisito indispensable que se haya realizado la muerte del embrión o feto en el vientre de la mujer, es decir que exista materialmente un aborto (...) cabe la posibilidad de la interrupción del curso causal, por tanto, la tentativa (p. 75)

Es claro lo mencionado por estos dos juristas e innegable que al haberse demostrado que el bien jurídico es perjudicado en un sentido de vulneración de la contra vida dependiente del producto del embarazo se haya consumado el delito.

A.5. Tentativa.

En primer lugar, debemos de mencionar el pensamiento del catedrático Villavicencio (2019), definió que la tentativa es: “(...) la interrupción del proceso de ejecución tendente a alcanzar la consumación” (p. 421); es decir es el inicio de la ejecución de un delito, sin consumarlo.

Asimismo, en el Recurso de Nulidad N° 2849-2003-Lambayeque, citado por Gaceta Penal (2009, p. 568) hace mención, que la tentativa el sujeto inicia con los actos ejecutivos del delito, realizando los actos objetivos y subjetivos que conllevaran a producir el resultado típico, sin embargo, el cual no se produjo por causas ajenas a la voluntad del agente.

En ese sentido el jurista Prado (2017) menciona que:

(...) la tentativa es punible en todos los casos, incluida la que fuese ejecutada por la propia mujer gestante. Sin embargo, sin el daño estipulado en el artículo 17 del Código Penal, solo deviene en impune penal la denominada “tentativa inidónea”; es decir aquella que tiene lugar cuando se practican maniobras abortivas sobre una mujer que no está embarazada (p. 41).

Asimismo, sobre la postura descrita, se resalta que es viable la idea que la figura de la tentativa en el delito de aborto establecido en el artículo 114, se pueda aplicar la disminución de la pena como establece el artículo 16 del Código Penal, pero para el delito de Aborto sentimental o Ético en grado de tentativa, la duda es si la finalidad del legislador y los fines del Derecho Penal, pueden verse por cumplidos, ello deberá de discutirse en los siguientes puntos.

A.5.1. Tentativa acabada, inacabada e inidónea.

Sobre ello, si bien ya se ha desarrollado, que, si es posible la aplicación de la tentativa en este tipo de delito, y también la crítica acerca de la disminución de la pena, también realizaremos un pequeño pronunciamiento acerca de la tentativa acabada, inacabada e inidónea.

Debe de considerarse, en ese caso, el Recurso de Nulidad N° 765-2004-Junin, citado por Gaceta Penal (200, pp. 587-568), en la cual desarrolla que la tentativa acabada, es la que comprende el caso de quien, realiza todos los actos necesarios para que se consuma el delito, faltando solamente la producción del resultado y que la tentativa inacabada hace referencia a que no ha logrado culminar con la consumación, por la resistencia del sujeto pasivo, refiere que el Código Penal, establecerá lo concerniente a lo acontecido en el artículo 16 del Código Penal.

Ahora bien, sobre la tentativa inidónea, debemos mencionar que se encuentra en el artículo 17 del Código Penal, hace referencia a que se establece esta figura cuando el medio empleado manifiesta ineficacia absoluta y absoluta impropiedad del objeto; el cual también puede estar presente.

Lo mencionado, puede dilucidarse mediante el ejemplo hipotético que una mujer que ha resultado embarazada producto de una violación, acude a un centro obstétrico y le comenta que quiere abortar y que a cambio de su ayuda, retribuirá dicha acción, por lo que la obstetra le menciona que le dará unas pastillas para ello, sin embargo la pastilla, que le entrega no tiene ningún efecto abortivo, ni contra la salud de su hijo, sino crea un efecto placebo de tranquilidad; pero ello no es conocido por la madre gestante y por sus familiares, quienes al conocer el

hecho, denuncian ante la autoridad a la obstetra por el delito de aborto; posteriormente observado que no se ha causado ningún perjuicio al bien jurídico.

A.6. Pena.

Sobre ello, debemos de tener en consideración lo vertido en la Resolución de Nulidad N° 187-2004-Junin, citado por Gaceta Penal (2009, p. 453), en el sentido que ha referido que la pena, es una sanción legal y una consecuencia jurídica del delito, bueno compartimos esa postura como fundamento del resultado de la comisión de un delito

Por su parte, Rudolphi citado por Peña (2009, p. 11) hizo referencia, que la pena presupone una suerte de imputabilidad individual del incumplimiento de la norma, asimismo como la exigencia de un comportamiento en las exigencias de una norma.

Ahora bien, tiene que tenerse en cuenta la pena, al respecto Salinas (2018):

(...) El individuo podría enfrentar una pena de prisión de dos días a tres meses, lo cual, dada la eficiencia de nuestro sistema judicial, parece improbable que alguien sea condenado por este delito, ya que, antes de que se complete la investigación judicial, y en algunos casos policiales, la prescripción de la acción penal ya habría tenido lugar. (p. 162).

Compartimos la postura que realiza Salinas, al momento de analizar que en este delito puede estar inmensa la figura de la prescripción ordinaria y extraordinaria, ya que debe de tenerse en cuenta el plazo de la investigación y la pena.

A.6.1. Función de la pena.

Sobre los presupuestos que debe contener la pena, así Hildendorf y Valverus (2017) menciona que:

(...) si el estado hace valer su pretensión penal, forzosamente tomara injerencia en los derechos fundamentales de sus ciudadanos. La intervención más considerable se da con la ejecución de una pena privativa de libertad, la cual, para el condenado, significa la privación de su libertad de desplazamiento físico. Es por eso que el derecho penal también es caracterizado como el arma drástica del estado (p. 03).

Sobre esa postura, evidentemente se aplica a nuestro tema de investigación, ya que como se planteado el establecer una pena privativa de libertad en el delito de Aborto Sentimental, está vulnerando derechos fundamentales de la mujer, por lo que existe un conflicto entre la pena y los derechos inherentes que tiene.

Además, siguiendo esa noción, el profesor Mir Puig citado por Gonzales (2018), menciona que:

(...) siguiendo el método de análisis, el desarrolla lo que él denomina una función limitada de la pena, la misma que le corresponde al Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. En ese sentido, el destacado profesor de Barcelona, es de la idea de que no solo se debe tener en cuenta la eficacia de la prevención (principio de Máxima utilidad Posible), sino que también debe de limitarse al máximo sus costos (principio del mínimo sufrimiento necesario), para así poder dejar de lado otros medios de control ilimitados (p. 205).

Mencionada noción hace referencia que, necesariamente para poder determinar la pena, no solo debemos de considerar el Principio de Máxima Utilidad Posible, sino el Principio de Mínimo Sufrimiento Necesario, sin embargo, en el caso peruano, nuestra legislación solo contemplo el primer principio, pero no el segundo, ya que como se mencionado, este delito al establecer la pena ha previsto por condenar un acto el cual es producto de otro delito. Por lo que es necesario establecer mediante un Test de Proporcionalidad si la pena que presenta el Delito de Aborto Sentimental es el necesario, idóneo y proporcional para establecer el control social y condenar a una persona que ha sufrido un delito y ahora de victima será considerada imputada de un delito.

2.2.1.6.4. Test de Proporcionalidad acerca de la pena del delito de aborto sentimental.

El principio de proporcionalidad está contemplado en el artículo 253.2 del CPP, que indica: "(...) que la limitación de un derecho fundamental precisa de una autorización legal explícita y se aplicará respetando el principio de proporcionalidad y solo si hay elementos de convicción suficientes, en la medida y necesidad adecuadas".

Gálvez (2017, p. 408) destaca que el principio de proporcionalidad comprende tres subprincipios: eficacia, imprescindibilidad y evaluación o proporcionalidad en sentido estricto. En este sentido, se requiere explorar y examinar detalladamente cada uno de estos aspectos.

A. Juicio de idoneidad.

Es esencial que el curso de acción elegido sea el más apropiado y adecuado para lograr el objetivo previsto, es decir que la pena establecida cumpla los fines de la Pena, y sea idóneo lo contenido en el artículo 120 del Código Penal, como lo expresa Gálvez (2017):

La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado y el fin propuesto por el legislador, esto es, la medida debe ser la más apta e idónea para alcanzar el fin legítimo propuesto (p. 408).

Sobre este sub principio, consiste esencialmente en verificar si el fin puede ser considerado legítimo desde el punto de vista constitucional.

Es notorio, que al momento de tipificar el acto de interrupción del aborto sentimental o por violación, se ha previsto que no se continúe cometiendo este ilícito, sin embargo, bajo los presupuestos descritos durante el desarrollo de la tesis, queda demostrado que no se ve por cumplido la finalidad que buscaba el legislador al criminalizar este acto como delito.

B. Juicio de necesidad.

El subprincipio de necesidad dicta que la medida debe ser indispensable para alcanzar los objetivos tanto inmediatos como a largo plazo. Además, es preferible aplicar medidas menos duras si hay que recurrir a la más extrema. Si éste es el caso, debe estar justificada por la necesidad urgente de utilizarla en esa situación concreta, lo que nos lleva de nuevo a la imposición de la pena relacionada con el delito de aborto por violación, como nos lo manifiesta Gálvez (2017):

Pero no es suficiente que la medida sea idónea, sino además deberá ser necesaria para los fines del proceso penal según las circunstancias del caso concreto; esto es, la medida solo puede disponerse en tanto y en cuando no exista una medida menos gravosa para lograr el mismo propósito (p. 408).

Así, puede cuestionarse la medida punitiva que se ha impuesto sea la más idónea, esto es que la pena deba encontrar una justificación en el caso sobre el cual pretende operar y que sea la menos gravosa para establecer los fines del Derecho Penal y Procesal Penal.

En consecuencia, esta figura presente en el artículo 120 del Código Penal y la pena establecida, no cumplen con su función, es decir que sancionar con pena efectiva de tres meses no sería la más idónea, ya que establecer una barrera de criminalización en casos que la mujer se decida interrumpir el embarazo producto de violación, va en contra de un sistema garantista del Derecho Penal; asimismo si consideramos los plazos de investigación y las diligencias necesarias; recaería bajo la figura de prescripción de este delito.

C. Juicio de ponderación o proporcionalidad.

Por último, tenemos el principio de proporcionalidad en su significado literal, que estipula una forma precisa de equilibrar los principios constitucionales o los derechos esenciales. Desde un punto de vista imparcial, este subprincipio es la parte más significativa de todos los subprincipios que constituyen la prueba de proporcionalidad, ya que la valoración tiene en cuenta el perjuicio causado a un derecho fundamental o principio constitucional. Así, es necesario examinar los derechos en conflicto y decidir cuál debe prevalecer y cuál se ve afectado., como lo establece Gálvez (2017):

Por último, de acuerdo con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados; el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental (p. 409).

Es por ello que, es necesario establecer un juicio de ponderación de derechos, y así determinar si la pena del delito de Aborto Sentimental previsto en el artículo 120 del Código Penal, cumple con la necesidad de que exista una intervención del Estado, a nivel de establecer pena privativa de libertad, y también teniéndose en cuenta que en la realidad se observa que existen conflictos

de derechos, como ha pronunciado el Tribunal Constitucional, asimismo de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos, Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación hacia las Mujeres, Comité de los Derechos de la Niña y el Niño, Comité Contra la Tortura.

2.2.1.6.5. Aborto sentimental como tipo agravante, justificada y atenuada.

A. El aborto sentimental como figura justificada.

Ahora bien, en el desarrollo del delito de aborto sentimental, ha existido algunos autores que, en base a los presupuestos de comisión y la pena en los delitos de aborto sentimental y ético, tienen la característica de ser delito con penas justificadas, como menciona Salazar (2020, p. 587), estos dos tipos de abortos, tienen una pena privativa de libertad atenuada, ya que, la pena es de tres meses; a diferencia de los otros tipos de aborto presentes en el artículo 114 al 118 que tiene una pena mayor, el artículo 119 del Código Penal que establece la no punibilidad, todo ello a razón de la presencia de la figura de un estado de necesidad justificante, es decir que los autores y partícipes cometen los injustos penales de aborto para evitar un mal mayor.

Asimismo refiere que, existe un error por parte del legislador, al valorar la situación descrita, porque en el artículo 20 inciso 4 del Código Penal, se encuentra presente la figura de estado de necesidad justificante, el cual excluye la responsabilidad de los autores y partícipes, los dos tipos de abortos contenidos en el artículo 120 del Código Penal, quedarían exentos de responsabilidad, además a ello agrega que, si bien no se da los presupuestos del estado de necesidad justificante, se presentarían los presupuestos del artículo 21 del Código Penal.

Por lo que la postura planteada, determina que este tipo de delito mantiene una figura de Justificación a fin de que este inmerso en la exclusión de la responsabilidad penal o de ser el caso con una pena atenuada, sin embargo discrepamos de lo planteado, ya que si es que la postura es establecer que existe un estado de necesidad justificante al vulnerar el derecho a la vida, ya que se encuentra en peligro los derechos de la mujer presentes en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, no es tan descabellado, sin embargo, debe de analizar otros

presupuestos para poder continuar con lo planteado, es así que en los ítems posteriores desarrollaremos esta idea.

B. El aborto sentimental como tipo penal agravado.

Sobre este punto, el autor Meini, (2015), ha manifestado que:

Los tipos agravados se edifican añadiendo a los elementos esenciales del tipo básico elementos accidentales que aumentan el desvalor del injusto y que a su vez incrementan el reproche que recae sobre el sujeto, lo que se traduce en un aumento de la pena conminada en el tipo agravado con respecto al tipo básico (...) (p. 84).

Sin embargo, el delito de aborto sentimental, no puede ser considerado como tipo penal agravado, porque tiene diferentes presupuestos y pena respecto al tipo base de aborto presente en el artículo 114 del Código Penal.

C. El aborto sentimental como tipo penal atenuado.

En primer lugar, debemos definir que es un tipo penal atenuado, por lo que Meini, (2015), hace la referencia que: “(...) pueden construirse mediante la adición al tipo básico de elementos accidentales que disminuyen su desvalor, por lo tanto, la penal legal” (p. 84).

En ese sentido, debemos de recordar que, en el campo de la doctrina, la idea que el delito de aborto sentimental sigue una suerte de atenuación es habitualmente utilizada, por su parte Prado (2017) menciona que:

(...) en el artículo 120, se mantiene criminaliza las conductas abortivas, aunque con una penalidad leve, la cual conlleva a una pena no mayor de tres meses de pena privativa de libertad, los clásicos casos de aborto legal por indicación ética o criminológica y por indicación eugenésica (p. 41).

Compartimos esta posición de establecer que, el delito previsto en el artículo 120 del Código Penal presenta una pena atenuada, es decir que se ha establecido una pena reducida, bajo la condición que presenta la persona que realiza la interrupción y la mujer que presta el consentimiento para que se realice, pero bajo esa condición que el embarazo sea producto de una violación.

Sin embargo, ello conlleva a que exista crítica, a pesar que haya una pena atenuada, más allá de la ineffectividad práctica de la sanción, también conlleva que las mujeres estén sujetas a una investigación penal. (Díaz & Ramírez, 2013, p. 44)

Es importante considerar sobre este tipo penal, que en el numeral uno contiene un acto de discriminación, pensamiento el cual ha sido desarrollado por Díaz y Ramírez (2013, pp. 44-45) puesto que introduce una diferenciación no justificada entre dos grupos de mujeres que se hallan en la misma situación de hecho, el haber sido víctimas de violencia sexual.

Esta ley establece una pena diferente para las mujeres que aborten como consecuencia de una violación cometida fuera del matrimonio; en este caso, la pena máxima de prisión es de tres meses. Si la violación se produjo dentro del matrimonio, la pena puede ser una pena máxima de prisión de dos años o trabajos comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro días.

Esta evaluación pertenece a un punto de vista que niega o resta importancia al delito de violación dentro del matrimonio, ya que considera que las relaciones sexuales son una parte obligatoria del matrimonio, lo que, según el Derecho de Familia, se sigue denominando deber conyugal.

Esta línea de pensamiento sostiene que la interrupción de un embarazo causado por una violación dentro del matrimonio es especialmente censurable, ya que la agresión sexual en sí no se toma en serio ni se considera tan grave.

2.2.1.6.5. El aborto sentimental en la jurisprudencia internacional.

A nivel de la Corte Interamericano de Derechos Humanos, se encuentra el caso Paulina versus México de fecha marzo de 2007, la cual basó su fundamento en el análisis del artículo 136 del Código Penal vigente en el año 1999 de baja california determinaba que el aborto era no punible o legal, cuando el embarazo era resultado de una violación, si se realizaba en los 90 días de gestación y con la autorización del Ministerio Público.

Particularmente, en el País de Colombia a nivel constitucional quedo presente la Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006, la cual fundamentó que la comisión del delito de aborto no es considerado delito, en el supuesto que concurren estas circunstancias:

- Primero exista voluntad de la mujer.
- Segundo lugar, la interrupción sea por existe peligro para la vida o la salud de la mujer, lo cual debe de estar corroborado por un médico, también

cuando exista malformación del feto y este condicionado a una vida inviable.

- Por último, cuando el embarazo sea por el resultado de una violación sexual o inseminación artificial, transferencia de ovulo fecundado no consentida o por un caso de incesto.

Ahora bien, existe pronunciamiento del Tribunal Constitucional de España, en el Expediente 1985/53 de fecha 11 de abril de 1985, consideró que basta con que el embarazo tenga origen contrario a la voluntad de la mujer, es decir violación, se está lesionando la dignidad de la persona, el libre desarrollo de su personalidad, su integridad física y moral, así como su honor, su imagen y su intimidad personal; ya que obligarla a que conlleve las consecuencias de un acto de naturaleza inexigible, se consideraría de que la dignidad de la mujer excluye que se le pueda considerar como un instrumento.

2.2.1.6.6. El aborto sentimental en la jurisprudencia nacional.

Sobre el aborto sentimental en la jurisprudencia nacional, no se ha logrado encontrar precedente vinculante sobre este delito en específico y se pueda realizar un análisis detallado de cómo es que este delito es aplicable para el caso en concreto, por lo que sería muy esquivo mencionar que no existe pronunciamiento por parte de los jueces de las distintas jerarquías, sin embargo, si puede concluirse que discusión relacionada al aborto sentimental no se ha dado por previsto en el Tribunal Constitucional, menos aún que a consecuencia de ello se establezca precedente o debate acerca del aborto sentimental.

2.2.1.7. Derechos fundamentales de la mujer.

Sobre este punto, es necesario desarrollar los derechos fundamentales de la mujer, es así que sino determinamos cuales son los derechos de la mujer, no lograremos establecer un panorama acerca de la problemática de nuestro tema.

2.2.2.7.1. Derecho a la propia dignidad.

Es conveniente recordar que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, determinó el concepto de dignidad, significa que el ser humano siempre debe ser tratado como un fin en sí mismo y nunca como medio, ya que generalmente, un ser humano es tratado como un medio u objeto, bajo la

imposición y obligación a realizar o dejar de realizar actos que limiten su libertad o estén involucrando el desarrollo de un proyecto de vida (pp. 14-15); por lo que ello implica que el derecho a la dignidad se enmarque por el respeto irrestricto por el respeto.

2.2.2.7.2. Derecho al honor de la mujer.

Sobre este derecho, se ha comentado que la honra de la persona implica la estima, reputación y respetabilidad propia que emana de ésta y hace a su dignidad, desde la esfera de su conciencia y sentimientos hasta la valoración que tienen de ella los demás; el derecho al honor se gana con una actitud moral frente al prójimo y en el desarrollo de la actividad profesional; y que este derecho es susceptible de restricción y reglamentación. (Petrino, 2013, p. 207).

2.2.2.7.3. Derechos sexuales y reproductivos.

Hoy en día se comenta que los Derechos Sexuales y Reproductivos no son reconocidos como derechos fundamentales. En este sentido, según Laja (2010, p. 8), no están explícitamente presentes en la Constitución Política del Perú. No obstante, la Carta Magna contempla derechos estrechamente vinculados a los derechos sexuales y reproductivos de las personas. Estos incluyen el derecho a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad de conciencia, la libertad de información y la intimidad personal. En consecuencia, se puede encontrar respaldo legal intrínseco.

Aunando en ello, existe una norma con rango de ley que si establece estos derechos, el cual es la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, es la Ley número 28983, de fecha 16 de marzo de 2007, la cual contiene el precepto que es obligación de los órganos de gobierno en los diferentes niveles, el adoptar políticas, planes y programas para garantizar el derecho a la salud, enfatizando a los derechos sexuales y reproductivos, la prevención del embarazo adolescente y en necesariamente el derecho a la maternidad segura(Laja, 2010, p. 8).

2.2.2.7.4. Derecho a la libre personalidad.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha previsto en el caso Artavia Murillo con Costa Rica, en los fundamentos 70 y 71, que es un derecho inalienable de las personas a decidir si tener o no hijos, cuántos tener y

sobre su espaciamento, es decir, el intervalo entre los nacimientos, lo cual constituye el núcleo central de una maternidad voluntaria que respete el derecho a la libertad, autonomía y vida privada de las mujeres.

Si bien es cierto que el derecho a la libre a la personalidad se encuentra presente en la Constitución Política del Perú, la cual se encuentra en el inciso 1 del artículo 2, es necesario tener en cuenta que esta hace referencia que, de modo general, que toda mujer tiene derecho a decidir si desea o no ser madre, que esa decisión constituye la máxima manifestación del derecho a la libertad de elegir un plan de vida y continuar con el (Ossandon, 2012, p. 53).

Siguiendo esa suerte, en nuestra jurisprudencia el pronunciamiento del Tribunal Constitucional del Perú, se encuentra la sentencia en el Expediente N° 05527-2008-PHC/ TC, de fecha 11 de Febrero de 2009, en el numeral 21 establece que, se encuentra protegido la decisión de la mujer de traer nueva vida, bajo el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual está presente en el inciso 1 del artículo 1 de la constitución, que no puede existir intromisión por autoridad pública o particular alguna, asimismo que las medidas que tienda a impedir o establecer que sea gravoso la opción vital, resultara inconstitucional.

2.2.2.7.5. Vida libre de violencia.

Sobre este tema, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer y tratado internacional conocido como Convención de Belém do Pará y el cual ha sido ratificado por el Perú, en el Artículo, ha establecido que los estados integrantes condenan toda forma de violencia contra la mujer y llegan al acuerdo de utilizar medidas necesarias, una de ellas es la legislativas, para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia o modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que persistan en tolerar la violencia en contra de la mujer.

Criminalizar el aborto y obligar así a las mujeres que han sido víctimas de violación a continuar con un embarazo forzado es otra forma de violencia contra las mujeres perpetrada por el Estado.

2.2.2.7.6. Derechos a la vida.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha publicado un manual, en la cual ha establecido que el derecho a la vida es:

(...) el derecho a la existencia física y a acceder a una vida digna. Es también uno de los derechos humanos más importantes, pues su goce es requisito indispensable para el disfrute de todos los demás. Todos los seres humanos gozan de este derecho desde el momento mismo de la concepción. El Estado debe asegurar los medios para que el ejercicio del derecho a la vida se dé en condiciones de dignidad (p.18).

A. Derecho a la vida dependiente producto del embarazo.

En ese contexto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos menciona en el primer párrafo del artículo 4 que todo individuo tiene el derecho a que se respete su vida, resguardado por la ley desde el instante de su concepción. Nadie puede ser privado de la vida de manera arbitraria. Este principio también se refleja en nuestra Constitución, específicamente en el primer punto del artículo 2, donde se reconoce a la persona como titular de derechos en todo lo que le beneficie.

Sobre el derecho a la vida vinculado al embarazo y la autonomía personal, se requiere una justificación moral del derecho al desarrollo libre. Esta argumenta que la decisión individual sobre planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana son valiosas. El Estado y otros individuos no deben intervenir en dicha elección, limitándose a establecer instituciones que faciliten la consecución individual de esos planes y la realización de los ideales de virtud que cada persona abrace, evitando interferencias mutuas en este proceso (Nino, 1989, pp. 204-205).

Sin embargo, en el Expediente No. 0050-2004-AI/TC de fecha 3 de junio del 2005, el Tribunal Constitucional estableció en el punto resolutivo 38, que los derechos fundamentales no tienen la calidad de absolutos, por lo que, el derecho a la vida tampoco lo ha tenido.

2.2.2.9. Despenalización del aborto sentimental en la legislación penal peruana.

2.2.2.9.1. Problemática del aborto sentimental en la legislación peruana.

Como se ha mencionado, se ha observado en base al estudio del tipo penal de aborto sentimental, la relevancia y los problemas que genera su presencia en la legislación nacional, así esta figura controversial, mantiene conflicto con los derechos fundamentales de la mujer.

Por lo que, al existir un conflicto entre el bien jurídico del tipo penal, el cual está relacionado al derecho a la vida y que por su parte los derechos fundamentales de la mujer, del cual otros países han ponderado este último, sobre el cual ha existido una manifestación y respaldo de instituciones de trascendencia internacional, debe de analizarse este punto.

Ahora bien, debemos de comenzar por mencionar que, en nuestra Constitución Política del Perú de 1993, en la cuarta disposición final y transitoria hace referencia que las normas que hagan referencia a los derechos y libertades que se encuentran establecidas en la constitución, puedan ser interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos con tratados y acuerdos internacionales, las cuales hayan sido ratificadas por nuestro país.

Es así que, sobre el conflicto de intereses la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la vida del artículo 4 se ha interpretado como la salvaguarda absoluta de la vida del feto; sin embargo, esto puede tener consecuencias desfavorables y limitar o impedir a las mujeres el ejercicio y disfrute de sus derechos humanos, en particular de sus derechos a la vida, a la salud, a la libertad reproductiva y a la autodeterminación, a la igualdad y al trato no discriminatorio, en violación de los convenios internacionales de derechos humanos y de la Constitución Política del Perú.

La prohibición legal del aborto en situaciones de violación, según lo indicado por Díaz & Ramírez (2013, p. 74), impacta diversos derechos constitucionales de las mujeres. Dado que la protección de la vida desde la concepción no es absoluta y es compatible con la despenalización del aborto, se

puede concluir razonablemente que el nivel de afectación de los derechos de la mujer no justifica la protección del derecho a la vida desde la concepción.

Teniendo en cuenta las soluciones adoptadas en otras leyes penales, debe realizarse una valoración de su importancia; así, siguiendo el análisis realizado, es inconstitucional penalizar el aborto voluntario en casos de violación.

Aunado a ello, Peña (2018), enuncia que:

(...) la mujer que ha sido objeto de agresión sexual injusta, se ve constreñida a llevar un embarazo no deseado, no planificado, no querido, situación que repercute de forma significativa en su plano emotivo y cognitivo, afectado el libre desarrollo de la personalidad y su proyección de vida. Un hecho de execrable violencia, cuyo recuerdo permanece vivo, a través del embarazo, situación que le enrostra cada día el acto indigno del que fue objeto, y la sindicación de los miembros de la sociedad, que hará más difícil que pueda borrar de su mente los minutos horribles que fue víctima (...) (p. 308).

En base a ello, podemos concluir que una mujer la cual, mantenido un embarazo a consecuencia de una violación, quien, ya siendo víctima, es nuevamente revictimizada por la norma presente en el 120 del Código Penal, ya que, al existir esta prohibición, contribuye a que la violencia sexual este latente, más aún, el cual de ser víctima ahora es victimaria al cometer la interrupción del embarazo.

En ese sentido Salinas (2008) ha llegado a establecer que:

Importante sector de la doctrina sostiene que esta clase de aborto debe ser impune, pues toda mujer tiene derecho a tener una maternidad libre y consciente. Si le hubiera sido impuesta una maternidad con violencia física, grave amenaza o en su caso, mediante inseminación artificial, sin su consentimiento, se sostiene debe de reconocérsele a la mujer la facultad de deshacerse del estado de embarazo. En estos casos, debe prevalecer el derecho a la propia dignidad y el derecho al honor de la mujer, reconocido a nivel constitucional como consecuencia mediata del reconocimiento en normas de nivel internacional (p.159).

El aborto por razones sentimentales entra en conflicto con otras disposiciones legales, como la Ley 30364, destinada a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra mujeres y miembros del grupo familiar. El reglamento de esta ley aborda el concepto de violencia sexual en el artículo 4, numeral 4, definiendo dicha violencia como acciones de naturaleza sexual que se realizan contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Este tipo de acciones no necesariamente implica penetración o contacto físico, sino que también incluye la exposición a material pornográfico. Además, se refiere a situaciones que vulneran el derecho a decidir voluntariamente sobre la vida sexual o reproductiva, mediante amenazas, coerción o el uso de la fuerza o intimidación.

Sobre ello, se ha conceptualizado que la violencia sexual, es un acto de naturaleza sexual, realizada a una persona en contra de su voluntad, a través de la violencia, amenaza, o aprovechamiento de su voluntad, imposibilidad o incapacidad de resistir mediante cualquier acto de coerción (Castillo, 2019, p. 54).

Por lo que finalmente, en base al desarrollo de análisis del pronunciamiento doctrinario y jurisprudencial, se observa que el aborto sentimental tiene un conjunto de contradicciones con otras normas ya mencionadas, además con el pensamiento de los juristas también presentes en los párrafos superiores.

2.2.2.9.2. Despenalización del aborto sentimental.

A. Concepciones acerca de la despenalización.

En el desarrollo temático del delito de aborto sentimental establecido en el artículo 120 del Código Penal, también debe considerarse aspectos como la despenalización del delito mencionado, el cual debe de comenzar por analizar la tipificación de la conducta como delito y la pena prevista, para luego realizar un examen de idoneidad, como ello Lopera Meza citado por Díaz y Ramírez (2013, pp. 58-59), mencionó que se debe de comenzar identificando que la conducta establecida como delito afecta el bien jurídico protegido.

Así continuar con desarrollar el fin de la pena cumple el propósito de prevenir que se realice la conducta prohibida; en segundo orden, aplicar un juicio de necesidad, es decir, analizar si no existen alternativas de tipificación a la prevista en la normativa penal, la cual consigne la idónea para la tutela del bien

jurídico, abogará por la menos lesivas, es decir se debe de analizar la norma de conducta y además analizar la norma de sanción.

Finalmente, realizar un análisis de ponderación o proporcionalidad implica considerar los derechos fundamentales afectados por la descripción de la conducta prohibida y la pena correspondiente. Además, se deben tener en cuenta los principios que respaldan la protección de los bienes jurídicos que fundamentan la intervención legislativa.

Siguiendo esa línea, las figuras más representativas de Derecho Penal Nacional emiten sus concepciones acerca de este delito y que necesariamente tiene que ser despenalizado, ya que tiene conflicto con diferentes derechos, así Peña (2018) ha mencionado:

El legislador del 1991, considero a esta indicación solo con efectos atenuantes, a nuestra consideración esta causal debió haber merecido una despenalización, pero bajo los mismos matices del artículo 119 del Código Penal, a fin de evitar abusos y arbitrariedades (p.308).

Compartimos esta postura de considerar que el aborto sentimental, se debe de encontrar bajo los supuestos de la figura del aborto impune, ya que como lo hemos mencionado, actualmente existe conflicto entre la figura establecida en el 120 del Código Penal y el ordenamiento jurídico.

Asimismo, el profesor Hurtado citado por Peña (2018), hizo una referencia acerca de este problema, señalando

(...) que existe conflicto de intereses que no puede ser amparado bajo una causa de justificación, sino bajo los esquemas de un estado de inexigibilidad, la vida, en formación y la libertad de la gestante de elegir cuando salir embarazada. Esta libertad es completada por la libertad de la mujer a escoger el padre biológico de su futuro hijo (p. 309).

En ese sentido, ello es viable ya que, si se habla de establecer la ponderación del derecho de libertad que tiene la mujer, contempla más derechos fundamentales que pueden primar sobre el derecho a la vida.

Ahora bien, Sosa (2013) menciona que:

Entendemos que cuando el comisionado Prado Saldarriaga propone despenalizar el aborto eugenésico y el aborto por violación no niega el

desvalor de la conducta hay merecimiento de pena, pero seguro considera que desde el punto de vista político criminal no hay necesidad de pena, pues, siempre especulando, no se afectaría los fines preventivos del Derecho penal. Como los hurtos entre padres e hijos, o los delitos de bagatela, donde se estima innecesaria la intervención del Derecho Penal (p. 06).

Compartimos el análisis realizado por los juristas Sosa y Saldarriaga, al momento de mencionar que la conducta típica del artículo 120 del Código Penal, no afecta los fines preventivos del Derecho Penal, menos aún cumple con los presupuestos de la Política Criminal.

Así, en ese sentido Peña (2017), ha concluido que a raíz de la realidad practica del delito de Aborto Sentimental, propone que:

(...) debe suprimirse la desafortunada e injustificada excepción de que este no procede ante violaciones dentro del matrimonio, en la medida que dicho acto criminal merece igual reprobación, sea cometido por un tercero o por el marido de la víctima, de igual forma, se habrá vulnerado el bien jurídico protegido; por el contrario, un acto así concebido merece una mayor reprobación social y jurídica (...) (pp.301-302).

Mencionada postura, deslumbra las premisas de nuestro problema, es decir que es notorio que el artículo 120 del Código Penal, necesita una revisión, ya que los alcances de la descripción de la conducta típica.

B. Conclusión acerca de la despenalización del aborto sentimental.

En base al test de proporcionalidad y sus sub principios subsecuentes desarrollados, la finalidad de una política criminal y el desarrollo del control social formal, es innegable reiterar que, en el caso del delito de aborto sentimental, no cumple con la finalidad que el legislador ha impuesto al establecer esta figura punitiva en el Código Penal y darle una pena, la cual esta impuesta en el artículo 120 del Código Penal.

En ese sentido, se aprecia que el fin del Derecho Penal, el cual busca establecer que exista un control social formal, por lo que la pena establecida no es

idónea, necesaria ni menos proporcional a el supuesto factico que ha criminalizado, y ello se menciona a los fundamentos expuestos sobre la pena.

En un ámbito procesal no puede establecerse que esta cumpla con los plazos razonables, por lo que evidentemente constituye una figura obsoleta en un nivel práctico procesal, ya que, al determinar correctamente los presupuestos para lograr una imputación necesaria y una imputación objetiva, no se verá logrado.

Finalmente, reiterar que este tipo penal vulnera los derechos fundamentales de la mujer, como se ha logrado corroborar en base al estudio realizado, a los comentarios de los mayores juristas de nuestro país, y actualmente esta figura del aborto sentimental, crea un campo de realización de violencia sexual en contra de la mujer.

Así, puede dilucidarse los parámetros, que fundamentan que el delito de aborto sentimental tiene contravenciones con el ordenamiento jurídico nacional e internacional, por lo que es innegable que este tipo penal mantenga la directriz del aborto impune, como otros países lo han realizado, y además Instituciones Internacionales han sugerido.

2.2.2.10. Posturas sobre la despenalización del aborto sentimental.

2.2.2.10.1. Posturas internacionales a favor de la despenalización del aborto sentimental.

El aborto no es problema aislado solo a un plano nacional, por lo que esta controversia siempre es discutido y centrado en base a los estándares sociales, culturales y legales de la sociedad internacional, así en ese sentido Romero (2002, p. 49-50), respecto a nuestra situación, hacen referencia que nuestro país y como otros estados mantienen normas que penalizan al aborto, el cual en nuestro caso, se encuentra regulado en el artículo 120 del Código Penal, a pesar de haber recibido recomendaciones del Comité de Derechos Humanos y del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Así el primero de ellos, hace referencia que en nuestro país establecer que se utilice como forma de control social al Derecho Penal, más aún en los casos de aborto por violación sexual, en los que no se esté tomando en cuenta el índice de mortalidad materna, por lo que continuar con la regulación de ello es un acto de

tortura o trato cruel e inhumano, que se encuentra en contra del artículo 30 y 70 del Pacto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Además, en ese sentido el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer también se ha referido y ha recomendado a nuestro país revisar la legislación sobre el aborto, ya que existe un vínculo estrecho entre aborto y alta tasa de mortalidad materna, que al establecer una tipificación del aborto como delito no hace desistir del aborto sino que lo hace inseguro y peligroso para las mujeres, en sentido centra su postura en las medidas que penalizan el aborto y en el daño que dichas medidas provocan en las mujeres.

Aunado a ello, Erviti (2005) presenta la postura tomada por el país de México, al momento de establecer la legalidad del aborto, mencionando que:

El Estado mexicano asume un papel legislativo y penal en cuestiones de aborto, pero no de corresponsabilidad social en la maternidad (...) La penalización del aborto es además socialmente discriminatoria, en tanto refuerza la desigualdad de los grupos sociales ante la vida y la muerte. En países como México, donde casi todas las formas de aborto están penalizadas, las mujeres acomodadas que optan por la interrupción de su embarazo lo pueden realizar en condiciones óptimas, aun en el propio país o bien acudir a otro país donde esta práctica sea legal, pues tienen recursos suficientes para ello (...) (pp. 104-106).

Esta postura sigue el presupuesto de establecer que prohibir el aborto es un acto discriminatorio, basándose en la posición y clases económicas, es decir, se basa que las personas cometerán el delito de aborto, acorde a una realidad económica de desigualdad que traerá perjuicio a las personas de menor condición.

En ese sentido, los autores Díaz y Ramírez (2013, p. 32), hacen una referencia al pronunciamiento de la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia emitida el 10 de mayo de 2006, la cual declaró inconstitucionales los artículos del Código Penal que penalizaban figuras relevantes es el aborto, sin embargo, enmarcaron que existan presupuestos, los cuales son:

- Que, continuar con el embarazo constituya peligro para la vida, o la salud de la mujer.

- Que, exista malformación del feto el cual cree una suerte de inviabilidad de su vida, sin embargo, para los dos casos debe de estar corroborado mediante pronunciamiento médico.
- Que, el producto del embarazo sea realizado a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado sin consentimiento o el caso que sea producto del incesto.

Por lo tanto, se reafirmó la postura que tenía acerca de la vida como un bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental.

Asimismo, debemos de resaltar la postura que afronta el país de Argentina, por lo que Díaz & Ramírez (2013, p. 41), el cual se pronunció sobre determinados elementos pertinentes de la interrupción no delictiva del embarazo.

Destacó que existe mucha información falsa sobre las consecuencias de un aborto no punible, lo que hace que los profesionales de la salud exijan una orden judicial antes de llevar a cabo el procedimiento. Esto ha impedido el acceso a una práctica legal en Argentina que existe desde la década de 1920.

Genera un debate en el ámbito judicial, subrayo que la judicialización del aborto en situaciones de violación resulta tanto innecesaria como ilegal, ya que obliga a la víctima del delito a exponer su vida privada públicamente. Además, es contraproducente, ya que la demora asociada pone en peligro la salud de la víctima y su derecho a acceder a un aborto de manera segura.

Por lo que, al momento de establecer una posición para despenalizar el aborto, es necesario tener en cuenta que, la gestante ha sido embarazada en contra de su voluntad, por lo que la discusión, sobre la impunidad, se le está dando una posición ideológica moral- liberal, con respecto a la personalidad humana del feto; en segundo lugar, lo asumido según la posición conservadora del Código Penal conllevaría a que el aborto por violación, mantenga una suerte de impunidad, de esa manera se estaría estableciendo una desproporcionalidad del derecho penal en contra del perjuicio de la mujer violada (Pablo, 2012, p. 328).

2.2.2.10.2. Posturas nacionales a favor de la despenalización del aborto sentimental.

En ese contexto, a nivel nacional también se estableció posturas a fin de establecer una despenalización del aborto sentimental, bajo el fundamento que penaliza el aborto es una clara manifestación del estado en contra de la salud sexual y reproductiva de la mujer, la restricción del control del cuerpo de la mujer, ya que obliga a las mujeres a llevar embarazos no deseados y por consiguiente dar nacimiento a un ser, cuando no han deseado hacerlo (Díaz & Ramírez, 2013, p. 22).

2.2.2.10.3. Posturas Internacionales en contra de la despenalización del aborto sentimental.

Ahora bien, es momento de establecer el fundamento por el cual parte de la sociedad está en contra de la despenalización del aborto sentimental, así consideramos lo mencionado por Taracena (2005, pp. 19-20), que el aborto es sinónimo de crimen o asesinato, que a pesar que la ley permita realizar el aborto sigue siendo un acto moralmente reprochable.

Sobre ello, es que los opositores mantienen la postura, que el aborto es un crimen y por ello no puede ser legal, manteniendo su enfoque conservacionista al asociar la interrupción del embarazo con las nociones de muerte y destrucción, buscando que el ámbito de discusión, se encuentre centrado en el ámbito moral y emocional y no legal.

Asimismo, otra postura tomada en contra de la despenalización del aborto, es la basada en los principios bioéticas, la cual debe de tenerse presente a fin de tomar una decisión al momento de decidir, así en ese sentido De la Cruz y Mercado (2008, pp.109-110) desarrollan estos principios son:

- Beneficencia, reiterando que existen dos pacientes sujetos de derechos la madre y el hijo.
- Autonomía, debemos considerar al derecho del sujeto a decidir sobre aquello que le afecta en su vida y su salud, por lo que la madre tiene derecho a participar en las decisiones terapéuticas que conciernen a ella y a su hijo, en forma subrogada, y en el caso del no nacido, que no puede ejercer su autonomía, se debe de aplicar los derechos Humanos.

- Justicia, basado en la idea que el hijo y la madre tienen igual derecho a la vida, así como a un desarrollo saludable.
- No maleficencia, la cual se enfoca en no realizar acciones perjudiciales para las partes, la cual en casos excepcionales utilizar esos actos.

2.2.2.10.4. Posturas Nacionales en contra de la despenalización del aborto sentimental.

Nuestro País no es esquivo a la propuesta de despenalizar el aborto sentimental, como ya otros países los han realizado, así en la página Web IUS 360, recordaron que en el año 2014 se presentó una iniciativa del proyecto de ley que buscaba despenalizar el aborto por violación sexual o inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentida, la cual resulto rechazada por la Comisión de Constitución, el argumento que utilizaron siguió el pensamiento:

- El acto de interrumpir el embarazo que ha sido a consecuencia de una violación, no es aceptable, ya no se puede, solucionar la violencia con otro acto de violencia.
- La vida el primer derecho constitucional, y que se está buscando solo la impunidad de los agresores.

La posición planteada por la Comisión de Constitución, mantiene aspectos no desarrollados y tomados en cuenta, ya que, dejó de considerar el respecto por los derechos sexuales y reproductivos, y olvido plantear una solución al problema que existe al conllevar un el embarazo como consecuencia una violación sexual y el potencial peligro al continuar con el embarazo.

2.2.2.10.5. Posturas religiosas.

Además de las posturas mencionadas, también se debe de tener en cuenta, la postura tomada por la Iglesia católica, es así que Irrazabal (2015, pp. 737-738), hace una importante referencia, acerca de la importancia de que la iglesia mantiene una postura relevante al momento de establecer fundamentos en contra del Aborto. Esta imagen de personas que Obstaculizar la ampliación del acceso al aborto legal y seguro, basándose en la alusión a las ideas médicas, científicas y biológicas de lo que se considera vida y condición individual.

Sobre ello, la Iglesia católica ha variado el concepto de embrión humano, entre la creencia de que un alma entra en una persona en el momento de la

concepción y el final del siglo XIX, cuando el aborto se consideró un homicidio, este periodo de transición se reflejó en el derecho canónico de principios del siglo XX; este cambio surgió con el surgimiento de la embriología, al establecer que el hecho de que un embrión sea un ser humano en desarrollo prohíbe su destrucción, creando así una postura provida en diversos grupos sociales e históricos.

Finalmente, se hizo referencia que el embrión es titular de derechos, y que en los casos que exista una solicitud de interrupción de embarazo se presenta un conflicto de derechos, en los cuales debe primar el interés superior del embrión, que es considerado y comparado como un niño o adulto y no por el contrario los derechos de la mujer gestante.

2.2.2.10.6. Posturas feministas.

En ese sentido, no solo ha existido posturas de juristas y/o especialistas del campo sociales, y posturas de la iglesia católica, y que existe una tercera postura a tomar en cuenta, por lo que Maffa (2018, p. 26) explica que hay una postura por parte de grupos feministas, quienes comenzaron a describir ante las contradicciones en las normas y en las prácticas que conforman el entorno conceptual del aborto.

Basando su opinión, en la realidad social que las mujeres han luchado en su vida con las legislaciones punitivas, normativas sociales y presiones emocionales internas, por lo que han decidido abortar como una opción extrema frente a un embarazo no deseado, con ello han asumido una actitud y una acción de resistencia y de protagonismo contra el juez, el cura, la familia, la opinión pública, la soledad y los sentimientos de culpa, lo que ha hecho del aborto un hecho disidente en el que aún sigue faltando documentar la experiencia de los varones (Maffa, 2018, p. 26).

2.2.2. Elemento normativo dentro del matrimonio.

2.2.2.1. Elementos del tipo penal.

Se sabe que la categoría del “tipo” en la estructura de la teoría del hecho punible tiene un rol muy esencial, ya que está ligado al principio de legalidad, siendo una piedra angular en la dogmática penal y en el derecho penal, y sobre el tipo penal Villa (2008) dice: “El tipo penal se formula basándose en elementos descriptivos y elementos normativos” (p. 214); el mismo Villa Stein dice que la

estructura del tipo penal, se conforma por la conducta típica (en su fase objetiva y subjetiva), por el sujeto y por el objeto (objeto jurídico y objeto material), aunque hay otra visión por parte del profesor Bramont Arias, porque por ejemplo para él, la **estructura** del tipo penal está formada en dos partes, por el tipo objetivo y por el tipo subjetivo, en la que dentro del tipo objetivo se encuentra: los sujetos, la acción, relación causal, bien jurídico y los elementos descriptivos y normativos; mientras que en el tipo subjetivo está el dolo y la culpa.

2.2.2.1.1. Elementos descriptivos.

Unánimemente según la doctrina los elementos descriptivos y normativos son parte del tipo objetivo, en ese entendido el profesor Villavicencio (2006) define a los elementos descriptivos del siguiente modo: “(...) Los elementos descriptivos son perceptibles y comprensibles mediante los sentidos del sujeto. Estos elementos describen objetos o circunstancias de la realidad, y para confirmarlos solo se necesita una constatación factual (...)” (p. 314); estos elementos se basan en la realidad exterior, pero realidad exterior que son pasibles de ser percibidas por *les sens* (tacto, olfato, etcétera).

Por otro lado, el doctor Villa (2008) refuerza lo anterior y esboza que los elementos descriptivos: “Son aquellos que refieren hechos de la realidad natural, observable o deducible. Su contenido proviene del ámbito del ser en el sentido de las ciencias naturales” (Villa, 2008, p. 214); hace referencia a la visión de lo existente exterior.

2.2.2.1.2. Elementos normativos.

Sobre los elementos normativos se ha dicho mucho, considerándose acertado el esbozo que hace el doctor Villa (2008) cuando los define del siguiente modo:

Son aquellos que comportan valoración jurídica o sociocultural. Concepto típicamente normativo lo tenemos en el de «cónyuge», «concubino» del artículo 107 del Código Penal, o en el concepto de «ajeno» en el artículo 188° del Código Penal, o en el concepto de documento y falsedad en los artículos 427° y 428° del Código Penal; «funcionario público» (artículo 425°); ganancia deshonesto (artículo 180°), etc. (p. 214)

Estrictamente basados en el aspecto de **tasar** los aspectos de la realidad ya sean jurídicas o sociales.

Por otro lado, en el mismo horizonte el eximio profesor Villavicencio (2006), sobre los elementos normativos dice que:

En los elementos normativos predominan las valoraciones que no sólo son perceptibles por los sentidos. Para la aprehensión y comprensión de estos elementos se debe realizar un juicio o proceso valorativo y ellos aluden a determinadas realidades derivadas ya sea de una valoración jurídica provenientes de otras ramas del derecho (**elementos normativos jurídicos**) (...) o de una valoración ético-social (**elementos normativos ético-sociales**) (...) (pp. 314-315).

Por eso con firmeza sobre los “elementos normativos” el maestro Muñoz (2007) dice que: “(...) Se debe ser parco en la utilización de elementos normativos («acrededor», «insolvencia», «ajenidad», etc.), que implican siempre una valoración y, por eso, un cierto grado de subjetivismo (...) (p. 59); pues los elementos normativos atañen a lo que se cree por parte del sujeto, es decir a su valoración o más correcto a su “juicio de valor”.

2.2.2.2. Definición del matrimonio.

Al matrimonio, los que se han atrevido a definirlo lo han hecho desde varias perspectivas, las perspectivas más conocidas son las sociológicas y las jurídicas.

Desde una perspectiva sociológica, el matrimonio funda la institucionalización de vínculos que se basan en la unión del sexo masculino y femenino, quedando claro que el matrimonio está empezando a ser conocida como una institución social, que se mandan por normas institucionalizadas, porque los consortes y los hijos tiene roles que se reconoce, respeta y organiza por la sociedad; por su lado el derecho reciba esta institución al da las pautas en las que protege y reconoce al matrimonio legitimando la unión entre un varón y una mujer; estableciéndose que desde este punto de vista sociológico el matrimonio coge aspectos culturales y éticos que indican la manera en que cada sociedad en su tiempo propio valora a unión intersexual como legítima (Bossert & Zannoni, 2004, p. 73).

El matrimonio puede comprender 3 significados distintos, en la cual 2 e esos 3 significados interesan a la perspectiva jurídica, en el primer sentido el matrimonio es la acción de celebración, en segundo lugar el estado tiene su origen la celebración, y en el tercero, es la pareja constituida por los cónyuges; los dos primeros significados son denominados en este sentido, en el primero “matrimonio-fuente” o “matrimonio-acto” por la doctrina francesa, y en el segundo “matrimonio estado”; siendo el matrimonio-fuente el acto jurídico que tiene por objeto implantar una relación jurídica matrimonial, mientras que por el lado del matrimonio-estado, es entendido como aquella la situación jurídica que para los cónyuges deriva del acto de celebración (Plácido, 2002, p. 55).

Existen tres definiciones reconocidas del matrimonio proporcionadas por Modestino, Ulpiano y Portalis. Según la primera, el matrimonio se describe como la unión de hombre y mujer en consorcio de toda la vida, implicando una comunicación de derechos divinos y humanos. La segunda define el matrimonio como la unión indivisible del hombre y la mujer que abarca una comunión completa de la vida. La tercera, de Portalis a finales del siglo XVIII, presenta al matrimonio como la asociación entre hombre y mujer con el propósito de perpetuar la especie, brindarse asistencia mutua, enfrentar los desafíos de la vida y compartir un destino común (Varsi, 2011, pp. 38-39).

Luwding Enneccerus al definir el matrimonio dice que es aquella fusión entre una mujer y un varón que tiene reconocimiento por la *lex* investida de valoraciones jurídicas y encaminadas a una completa vida en comunidad de los casados; por otro lado Luis Diez Picazo y Antonio Gullón entienden al matrimonio como la fusión de una mujer y un varón acordada para siempre, teniendo en cuenta las ritualidades y lo que ordena la norma jurídica, con la finalidad de constituir una comunidad de existencia ; asimismo Kipp y Wolff han definido al matrimonio como aquella conexión de una mujer y de un varón que reconoce el Derecho y que trae consigo determinadas consecuencias jurídicas (c.p. Aguilar, 2013, p. 31).

En el **plano jurisprudencial** el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el matrimonio.

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2868-2004-AA en su fundamento jurídico 14 en su 6° párrafo se estableció sobre el matrimonio, que en esa parte del derecho a la libertad, vale decir el *ius conubii* (decisión de contraer matrimonio o no), el Estado no puede intervenir, porque tiene una protección que viene de la Norma Suprema, porque está amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y al ejercitarse se crea el matrimonio que es una institución natural y fundamental que además garantiza y da cabida (aunque no es el único) a la familia; así que toda persona autónomamente puede decidir con quien se casa y cuando se casa, así que además nadie decide si alguien (un tercero) se casa o no, solo él mismo decide por éste (c.p. Chanamé, 2009, p. 188).

La Corte Suprema en su Casación N° 3006-2001-Lima estableció que: en el matrimonio tanto el varón como la mujer a unirse (basándose en la ley) se comprometen mutuamente, así cumplen uno de los fines que es el de traer descendencia.

En esa misma línea la Corte Suprema en su Casación N° 3109-98-Cusco-Madre de Dios estableció que: el matrimonio es aquella manera basada en la ley de originar o crear familia y trata en la fusión voluntaria acordada entre una mujer y un varón legalmente con la aptitud para la consumación, teniendo siempre en cuenta lo que establece el *Codice Civile* con el fin de hacer vida en común.

Para culminar con el potaje jurisprudencial, la Corte Suprema en su Casación N° 837-97 estableció que: un acto *sui generis* es el matrimonio, que crea tanto derechos como deberes de carácter patrimonial, que compone al derecho de familia, y que no es aplicable al matrimonio las normas de contratación que tienen una composición netamente patrimonial.

De las definiciones y precisiones que se han dado se puede decir como colofón de las definiciones sobre el matrimonio, que es aquella unión entre un varón y una *mulher* libremente cumpliendo lo que exige la norma jurídica; pero cabe añadir acá que la Corte IDH considera que se debe de regular en la normatividad nacional de los países que son parte del Pacto, el matrimonio entre personas del mismo sexo; pero no se llama matrimonio en estricto sino “unión civil”.

2.2.2.3. Historia.

2.2.2.3.1. Antecedentes generales.

Es sabido que el hombre es antiguo, así como éste, la figura jurídica del matrimonio también es muy antiquísimo, ya que siempre acompañó al ser humano en cada etapa de la historia, es por eso, que Shiskin que a la época del salvajismo le pertenece el matrimonio grupal y al grupo o sociedad civilizada el matrimonio monogámico; es indudable que el modo de la celebración del matrimonio ha cambiado en la que en las primeras etapas se caracterizaba por un simbolismo, además de que en los primitivos pueblos el matrimonio que se daba era el por raptó y compra, siendo muy fundamental porque volvía perpetua a la familia, y las celebraciones eran muy sagrados y serios, que hasta había sacrificios. Ya en la época del Derecho romano el matrimonio se caracterizó por ser monogámico, y la celebración por ejemplo para los patricios se hacía de una manera cabal ante la estatua de Júpiter, ante un pontífice y 10 testigos; por otra parte había la *coemptio*, el *usus*, el *cum manus* y el *sine manus*; la *coemptio* o matrimonio por compra, a sus inicios tuvo efectividad y luego ya pasó a convertirse en simbólica, el *usus* o adquisición de la mujer era como una especie de prescripción durante un año, el matrimonio *cum manus* consistía en un tipo de adopción de una mujer por parte del marido, y por último el matrimonio *sine manus* era el concubinato tolerado (Aguilar, 2013, p. 28).

Siendo el matrimonio tan antiguo como el hombre, y hay algo que tiene en común en cada parte del mundo, la doctrina brasileña señaló que es claro y categórico que el matrimonio es una institución histórica, que pesa por su tradición y sus factores que fueron apareciendo en la sucesos históricos; el matrimonio es importante por el valor que le ha dado tradicionalmente la sociedad a la familia, el matrimonio de acuerdo a cada costumbre tiene diversas particularidades, que sigue viva durante varios siglos hasta la actualidad, en varias legislaciones pero con particularidades propias de acuerdo a cada sociedad (Varsi, 2011, p. 30).

En el Derecho germano el instituto del matrimonio, era entendido como una institución civil que trataba en la compra simbólica de la mujer, como la *gifta*, que se manifestaba por el traspaso de la potestad del padre al marido, a cambio de

dinero y otras cosas; en épocas posteriores, el trueque matrimonial se redujo por los desposorios. En la época de la Edad Media en la que había una fuerte influencia de la iglesia católica, en ese sentido esta iglesia reguló el matrimonio, bajo su mando, reafirmando en el Concilio de Trento y en el Concilio de Letrán en el siglo XIII y XIV respectivamente; al matrimonio se le entendió como un sacramento y como un contrato, los padres decidían sobre la celebración del matrimonio, el matrimonio religioso solo se acaba con la muerte. En el Derecho ya moderno el matrimonio ya se independizó de la iglesia, por ejemplo, en la Revolución Francesa el Código Napoleónico considera al matrimonio como una institución civil, y este pensamiento influencia a otras legislaciones alrededor del mundo (Aguilar, 2013, p. 29).

2.2.2.3.2. *Antecedentes en el Perú.*

Hay poca literatura sobre los antecedentes nacionales, en el periodo incaico, al Inca se le estaba permitido la poligamia y un concubinato incestuoso, hasta llegándose a casar con su hermana paterna, si bien es cierto la Colla era la mujer principal, pero esto no era impedimento para que el Inca tenga otras concubinas de sangre real (pallas) y de concubinas extrañas (*mamakunas*); por el lado de los *hatunrunas* estos se casaban en la presencia del *tucuyricu*, quien con antelación separaba las mujeres para el *Acllahuasi*, en ese mismo día el Inca obligaba a las mujeres a vincularse con los varones de la edad núbil del mismo ayllu siendo elemental que haya aquiescencia de padres y de la autoridad política (Aguilar, 2013. p 29).

En la etapa del Virreinato, se introduce el sistema matrimonial católico en 1564 para América, Ya en la en la época de la República se seguía teniendo en consideración las normas religiosas católicas sobre el matrimonio, porque hubo influencia en el Código Civil de 1852, con posterioridad a ello se va dejando de lado la influencia religiosa por parte del matrimonio y eso se puede ver en los Códigos Civiles del año 1936 y 1984 (Aguilar, 2013, pp. 29-30).

2.2.2.4. **Caracteres del matrimonio.**

Desde una perspectiva jurídica en base al derecho positivo, el jurista Plácido (2002, p. 56) señala 3 caracteres del matrimonio, que a saber son:

2.2.2.4.1. *La unidad.*

Por el nexo que liga a los casados, se constituye la comunidad de vida, y es implícito cuando se trae a colación la unión entre el varón y una mujer, además de ello siendo monogámica, no pudiendo ser poligámica ni poliandra ni poliviria.

2.2.2.4.2. *La permanencia.*

El nexo matrimonial es constante y estable, porque se celebra con la intencionalidad de que sea para siempre y que su equilibrio es garantizada por la ley; desde esta perspectiva el matrimonio es irrevocable con seguridad ética y jurídica; cabe aclarar que la permanencia o estabilidad matrimonial debe de ser distinguida con la indisolubilidad, indisolubilidad que es posible que de disuelva, ya sea por hechos naturales o aspectos voluntarios (muerte, divorcio, etcétera).

2.2.2.4.3. *La legalidad.*

Para la legalidad, cabe hacer referencia tanto al matrimonio-acto y al matrimonio como estado, en el matrimonio como acto la celebración del matrimonio está impuesta por la ley, en el matrimonio-estado, los derechos y deberes deben de ser cumplidos (aspectos que no deben dejar se incumplirse por los contrayentes).

Otros autores le agregan a la legalidad, unidad y permanencia otros caracteres, ese agregado de caracteres son: la singularidad, la igualdad jurídica y la libertad.

2.2.2.5. El matrimonio en las ramas del Derecho.

Si bien es cierto en el ámbito civil hay un desarrollo rico y enorme de la institución jurídica del “matrimonio”, eso no quiere decir que sea solo parte de ésta por el mero hecho de dicho desarrollo (derecho civil extra-patrimonial), sino que además de tener una procreación en la rama del derecho civil, también tiene tratamiento en las otras áreas del derecho, como en los derechos humanos cuando por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos se refiere al casamiento, o en el derecho constitucional cuando la Carta Magna de 1993 establece que se debe promover el matrimonio, o el derecho penal que protege por ejemplo en el delito de bigamia el bien jurídico “matrimonio” así como en el aborto sentimental en la “no consideración del matrimonio” para aplicarse la

figura del aborto sentimental; como puede observarse el matrimonio tiene tratamiento en diversas ramas del derecho (con ciertas particularidades).

2.2.2.5.1. El matrimonio en los derechos humanos.

En el plano internacional el matrimonio ha sido recogido normativamente (DUDH, CADH, etcétera), tal es así que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 16 inciso 1 establece:

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a **casarse** y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al **matrimonio**, durante el **matrimonio** y en caso de disolución del **matrimonio** [el resaltado es nuestro].

Desde la edad apta para contraer matrimonio (núbil), toda persona tiene el derecho de casarse, es por eso que hasta por ejemplo la Corte IDH ha permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Se sabe que una de las características del matrimonio es la “libertad”, que se liga con ese derecho humano y fundamental que es la “libertad”, en este caso estamos ante un derecho-principio que engloba deberes, y a la vez es una característica, es por eso que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 16 inciso 2 establece: “Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio”; es por eso, que no debe haber sometimientos ni atentados contra la libre decisión de casarse o no, porque si no se caería en una nulidad o anulabilidad del acto jurídico, ya sea por falta de manifestación de voluntad (y éste elemento del acto jurídico tiene como elementos: libertad y discernimiento) o por algún vicio en la manifestación de voluntad (error, dolo, intimidación o violencia): siendo decretada como tal (nulo o anulable) si se incoa proceso antes de que prescriba.

En ese mismo sentido la Convención Americana o Pacto de San José de 1969 en su artículo 17 inciso 2 establece:

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

Queda claro que el derecho a contraer matrimonio es un derecho humano, y hablando en el plano nacional es un derecho constitucional, y que obviamente en cada legislación interna requiere y establece las condiciones y pautas para su celebración.

La misma Convención Americana 1969 pero ya en su artículo 17 inciso 3 establece: “El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”, porque un elemento es la “libertad” como manifestación del respeto de la decisión de las personas, en este caso de los futuros esposos.

2.2.2.5.2. *El Matrimonio en el Derecho Constitucional.*

El matrimonio tiene una regulación constitucional en el Perú siendo considerada una institución natural y muy elemental para la sociedad, además de que el matrimonio debe ser promovido (no tanto como una obligación estricta); es por eso que La Carta Magna de 1993 peruana en su artículo 4 en su primer párrafo establece:

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

De por medio existe el principio de promoción del matrimonio por parte del Estado y de la sociedad, por ser el matrimonio un instituto muy básico en la sociedad por el hecho de que es *fontis* de familia, pero no es la única (el concubinato también es fuente de familia).

Por otro lado la misma *norma mormarum* prescribe que el *matrimonium* está regulado por la norma jurídica, así como su separación y su disolución (*verbigracia*: artículo 333 del Código Civil de 1984, referido a las causales de separación de cuerpos), y esto está ligado a la característica de la “legalidad”; es por eso que esta Carta Magna de 1993 peruana en su artículo 4 en su segundo párrafo establece: “La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”, habiendo una remisión a otras normas, en las que se prescribe qué condiciones se necesita para la celebración del matrimonio (mayoría de edad, certificado de salud, etcétera), y. que modos de disolución o decaimiento sobre el matrimonio hay y cómo funcionan (adulterio, etcétera).

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2868-2004-AA en su fundamento jurídico 13 en su primer párrafo reconoce como institución esencial al matrimonio, garantizada por el artículo 4 de la Carta Magna de 1993.

2.2.2.5.3. *El matrimonio en el Derecho Civil.*

Es el Derecho Civil el que le da más desarrollo al “matrimonio”, tanto así que le da un libro completo (en el Perú) en el Código Civil Peruano de 1984 (Libro III), en el que regula: los impedimentos del matrimonio (absolutos, *inter alia*), la nulidad del matrimonio, la anulabilidad, la prueba del matrimonio, la celebración del matrimonio, y otros aspectos más.

2.2.2.5.4. *El matrimonio en el Derecho Procesal Civil.*

El matrimonio tiene también importancia en el ámbito adjetivo, en casos de nulidades o anulabilidades de matrimonios, con un plazo de 2 años para plantear una anulabilidad de acto jurídico, o de 10 años para plantear una nulidad de acto jurídico; así como también procesos de divorcio o separación de cuerpos, en la que se incoa dichas pretensiones para hacer decaer el matrimonio o para extinguirlo, por causales taxativamente establecidas por la norma sustantiva civil, pues se sabe que sus causales son *numerus clausus*.

2.2.2.5.5. *El matrimonio en el Derecho Penal.*

Para partir sobre el matrimonio en el Derecho Penal, cabe esbozar que el derecho de familia así como se extiende a otras ramas del derecho tiene una extensión en el derecho penal y su consiguiente protección, ya que el Código Penal Peruano de 1991 en su título III de la parte especial regula los denominados “delitos contra la familia”, sancionando matrimonios ilegales, atentados contra el estado civil, atentados contra la patria potestad, *inter alia* (con sus tipos penales respectivos); ya específicamente hablando sobre el “matrimonio”, el Derecho Penal redactó tipos penales que se puede comprobar con su lectura; uno de los delitos contra el matrimonio más conocidos es el delito de bigamia, en la que se protege el sistema del matrimonio monogámico, porque el Perú es partidario de ese sistema, prohibiéndose la poligamia, asimismo no solo se sanciona al bígamo sino al que contrae el matrimonio con dicho bígamo (si conociera dicha condición), así como al funcionario público que celebra un matrimonio ilegal o hasta al párroco que celebra el matrimonio sin observar las formalidades de la *lex*;

siendo las penas las de privativas de libertad y multas, tal y como lo establecen los artículos 139, 140, 141 y 142 del Código Penal de 1991.

Por otro lado aunque no se proteja en el delito de aborto sentimental el bien jurídico “matrimonio”, este tipo penal hace referencia al matrimonio (es decir no protege el matrimonio pero si lo menciona), cuando dice en una parte del artículo 120 inciso 1 “**fuera del matrimonio**” teniendo en su redacción un punto de quiebre para imputar o no el delito de aborto sentimental, porque si alguien viola dentro del matrimonio y posterior a ello la víctima de la violación aborta, no nos encontramos ante este tipo penal.

2.2.2.6. Naturaleza jurídica del matrimonio (teorías).

Se han ensayado varias teorías para explicar la naturaleza jurídica del matrimonio, en la que para otros es un contrato o para otros es una institución, o para otros es ambos, es así que se desarrollan las siguientes teorías:

2.2.2.6.1. Teoría contractualista.

Esta teoría establece que el matrimonio es un contrato, un vínculo jurídico en la que prepondera la voluntad de cada parte, pues cada parte es libre sobre la decisión del aspecto económico, de los objetivos y de los fines del matrimonio, es un tipo de contrato de adhesión porque los efectos lo determina la norma jurídica, siendo imposible pactar atentando la norma jurídica, en esta teoría se presta mucha atención a las capitulaciones matrimoniales y al régimen patrimonial, teniendo la facultad los cónyuges de decidir qué hacer con los bienes, decidir el régimen a usar, y hasta siendo aptos para crear el que mejor se les antoje (Varsi, 2011, p. 42-43)

2.2.2.6.2. Teoría institucionalista.

Esta teoría postula, que el matrimonio es una institución importante que le pertenece a la alegría y a la supervivencia del hombre, es un modo social de estructuración de la persona porque la *personam* contrae matrimonio para compartir, para progresar, para su desarrollo, para cumplir sus finalidades, cumplir también su proyecto de vida; esta tesis de la institución se opone a la tesis contractual, porque entiende al matrimonio como una institución natural, parte de la persona, no siendo un contrato porque tiene efectos personales que trascienden

más allá de la mera consecuencia patrimonial que trae el contrato (Varsi, 2011, p. 44).

2.2.2.6.3. *Teoría ecléctica.*

Esta teoría también tiene la denominación de social y de mixta, es simpatizada por los juristas Bonnecase, Planiol y Rippert, mediante esta teoría se postula que el matrimonio es a la vez una institución y un contrato; en el plano nacional el jurista Cornejo Chávez, dice que el matrimonio como acto es un contrato, y como estado es una institución, denotando que es una institución jurídica miscelánea, pues en su formación es un contrato y en su composición es una institución, siendo diferenciado en su gestación y en su conformación (c.p. Varsi, 2011, p. 45).

2.2.2.6.4. *Posición conciliadora.*

Siguiendo los postulados de Paulo Dourado de Gusmão, Rodrigues Pereira y de Lafayette asume el profesor Varsi la posición conciliadora, que el matrimonio es más acto jurídico que contrato, un acto jurídico de naturaleza familiar, que tiene una importancia social muy enorme, en la que el Estado tiene una función protectora y le da un interés particular, el matrimonio por ser un acto jurídico bilateral, es complejo, porque crea, y tiene intervención de la voluntad del Estado (Varsi, 2011, p. 46).

2.2.2.6.5. *Nuevas teorías.*

Hay otras tendencias sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, como la de considerar al matrimonio como un negocio jurídico total, considerado con un acuerdo, considerado como un acto-condición; en Brasil por ejemplo Silvio Venosa dice que la celebración del matrimonio es un contrato, poniendo de relieve que el matrimonio es más sociológico que jurídico (Varsi, 2011, p. 47).

2.2.2.7. Instituciones jurídicas parecidas al matrimonio.

2.2.2.7.1. *Unión de hecho.*

El **matrimonio** no es la única institución jurídica fuente de familia, es importante pero no la única, porque hay otra institución jurídica que es también fuente de *famiglia*, además de que cuenta también con sustento constitucional, nos referimos al **concubinato** o **unión de hecho**, que es entendida por los juristas Bossert y Zannoni (2004) del siguiente modo:

El concubinato es la unión permanente de un hombre y una mujer que, sin estar unidos en matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida similar a la que existe entre cónyuges. , el concubinato es la mera unión de hecho entre hombre y mujer y se diferencia de la denominada "unión civil" -trátase de parejas heterosexuales u homosexuales- en la que existe de un modo u otro una forma de constitución -escritura pública, manifestación de voluntad expresa ante el oficial del Registro Civil, etc.- y su correspondiente registración y publicidad. El concubinato, como unión de hecho, se distingue de las uniones sexuales accidentales que no generan las situaciones de trascendencia jurídica a que da origen la unión estable y permanente (p. 423).

La unión de hecho tiene en su seno un rol protagonista al igual que el matrimonio, ya que actualmente por lo menos en el Perú las familias que hay, son familias que han surgido por la institución jurídica de la “unión de hecho”.

El Tribunal Constitucional en su Expediente N° 0498-1999-AA, en su fundamento jurídico 2 establece que, se regula al concubinato en el artículo 5 de la Constitución y en el artículo 326 del Código Civil respectivamente; por lo tanto es claro que para que la unión de hecho se encuentre sujeto al régimen de sociedad de gananciales no es necesario que haya un matrimonio, ya que de por sí la unión de hecho ya está sujeta a dicho régimen, y no por voluntad de la ley sino por mandato de la *lex suprema*, por consiguiente el régimen patrimonial de la unión de hecho está sujeta a la de sociedad de gananciales.

El Código Civil de 1984 en su artículo 326 en su primer párrafo establece que:

La convivencia libremente establecida y sostenida entre un hombre y una mujer, sin impedimentos matrimoniales, con el propósito de lograr objetivos y cumplir responsabilidades similares a las del matrimonio, genera una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, siempre que esta unión haya perdurado al menos durante dos años consecutivos.

El C.C de 1984, deja claro que debe de haber “voluntariedad”, que no debe haber impedimentos matrimoniales, deberes *a simile* al matrimonio, y con el lapso

de duración de 2 años permanentes; porque de lo contrario no se hablaría de una unión de hecho, y mucho menos se podría equiparar al matrimonio.

Es conocida esa aseveración que dice que todo lo que nace tiene que morir, es por eso que se regula en el Código Civil de 1984 en su artículo 326 en su tercer párrafo el **término del concubinato**, se establece que:

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Son 4 las causas establecidas por la normatividad civil, por las que se extingue el concubinato, pero con la particularidad de que la causa que se refiere a la decisión unilateral, es posible de que repercuta en una indemnización a favor del abandonado, pero necesariamente debe haber el daño y los otros elementos de la responsabilidad civil (en este caso extra-contractual); así como también otra repercusión de la decisión unilateral es el traspaso de una pensión de alimentos; por el lado de las otras 3 causas la normatividad civil no da mayores explicaciones y solo se limita a mencionarlas.

Sobre los elementos del concubinato los doctrinarios Aguila y Calderón (2009, p. 113), han desarrollado 4 elementos, que son:

A. Elementos fácticos o, de hecho.

Se basa en una fusión entre un varón y una mujer, pero **de facto**, o como diría Peralta Adía, es aquella relación en la que se lleva la vida de casados sin haberse casado.

B. Elemento temporal.

La unión de hecho debe de ser permanente y continuo, debe prolongarse en el tiempo, por último, debiendo tener estabilidad.

C. Elemento moral.

La unión de hecho trae consigo deberes morales, al igual que el matrimonio, deberes como el de fidelidad, singularidad, unilateralidad y respeto recíproco.

D. Elemento normativo.

La unión a vista de la ley, debe de cumplir las exigencias que este le pide, es decir cumplir las mismas exigencias del matrimonio (no debe de haber impedimentos).

2.2.2.7.2. Matrimonio religioso.

El matrimonio religioso, se relaciona con la creencia basada en la divinidad (indistintamente de la religión que se profese), y que se celebra por la mayoría de personas; y

esta clase de matrimonio se liga a cada peculiaridad de cada religión que hay, por ejemplo, es matrimonio religioso el que realiza la iglesia católica, o la que realiza la iglesia de agua viva, o la que realiza la iglesia pentecostal, entre otras; se distinguen en va el modo del desarrollo, porque cada de una de estas iglesias tiene sus propias creencias y modos de actuar de referencia a la celebración.

Por el lado del ámbito extranjero por ejemplo en España se tiene a normas jurídicas que regulan el matrimonio religioso, en la que se refirieren al matrimonio religioso canónico, matrimonio religioso islámico, matrimonio religioso israelita y el matrimonio religioso evangélico.

En el texto bíblico se habla en varios versículos se hace alusión sobre el matrimonio, pero se resalta lo siguiente que se dice en libro de hebreos 13:4: “Tengan todos en alta estima el matrimonio y la fidelidad conyugal, porque Dios juzgará a los adúlteros y a todos los que cometen inmoralidades sexuales”; dándose a entender lo sagrado que es el matrimonio castigándose religiosamente a los que la desmedran.

2.2.2.7.3. Servinakuy.

El denominado *servinakuy* o *servinacuy*, se dio en gran escala en el periodo incario, y manteniéndose actualmente, pero en poca medida, más que nada se da en algunas zonas andinas, en ese sentido Espinoza (2016) explica qué el *servinacuy*:

(...) consiste en que las parejas jóvenes, durante un tiempo previo al matrimonio, deben convivir con sus futuros cónyuges, motivo por el que se utiliza la denominación de matrimonio a prueba. Durante este ciclo

existirá un proceso de conocimiento entre los futuros cónyuges, tiempo en el que compartirán sus cualidades para la vida familiar y sus habilidades individuales para las tareas asignadas (p. 129).

Se dijo que el *servinakuy* es un matrimonio a prueba, pero esta opinión no es compartida por el antropólogo Juan Ossio Acuña, ya que para este la vida matrimonial andina tiene una prueba permanente sobre la estabilidad y unidad, que demuestra madurez y moderación (Aguilar, 2013, p. 37).

2.2.2.8. Obligaciones y derechos del matrimonio.

La celebración del matrimonio trae consigo ciertas repercusiones y consecuencias jurídicas, manifestados en **deberes y derechos**.

El matrimonio hace una unión de vida entre los contrayentes de éste (varón y mujer), con un destino conjunto, debe darse en base al respeto mutuo, apreciación mutua, que deben estar ligados al amor que se debe mostrar, es por eso que el matrimonio les da a los cónyuges obligaciones, como la obligación de asistencia, la obligación de fidelidad y la obligación de vida en común (cohabitación) (Aguilar, 2013, p. 121).

En los deberes del matrimonio se tiene a los **deberes frente a terceros y frente al otro cónyuge**, es así que frente al otro cónyuge se tiene al deber de: fidelidad, asistencia y cohabitación, y otros, mientras que en los deberes frente a los terceros se tiene el deber de alimentos a los hijos, entre otros, tal y como lo regula el Código Civil de 1984, en sus artículos 287, 288, 289, y 291; a continuación, se tiene a los deberes que surgen del matrimonio.

Existe el **deber de los padres de suministrar para la manutención y educación de sus hijos**, ya que éste deber es un principio de derecho natural; que viene del derecho fundante, es decir viene del derecho a la vida de los hijos y la creación de su aptitud para que se pueda encaminar en ella de acuerdo a su destino (Plácido, 2002, p. 119).

También existe el **deber de fidelidad** que se expresa por la simpatía del matrimonio monogámico, y se fundamenta en que hay exclusividad y reciprocidad entre los cónyuges; excluyendo que alguno de los cónyuges tenga relaciones coitales con otro que no sea uno de los cónyuges, así como también

excluyendo relaciones que aparenten compromiso o lesionen la dignidad del otro cónyuge (Plácido, 2002, p. 120).

El **deber de asistencia**, no debe confundirse con el concepto generalísimo de asistencia ni con el concreto de alimentos; la asistencia tiene aspectos éticos y que versa sobre la solidaridad conyugal, como por ejemplo el apoyo recíproco, el respeto mutuo, los cuidados tanto espirituales que ambos cónyuges deben brindarse, es por eso que cuando se incumple el deber de asistencia en sentido lato se puede caer en causales del divorcio, tales como injuria grave y otros (Plácido, 2002, p. 122).

El **deber de cohabitación** trata sobre aquella comunidad de vida entra l mujer y el marido en el domicilio conyugal (Plácido, p. 123).

Por el lado de los **derechos** se puede aseverar que uno de los derechos que surge en el matrimonio es el de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.

2.2.2.8. Impedimentos del matrimonio.

Sobre los impedimentos el jurista Aguilar (2013) esboza que el impedimento: “Es la ausencia de una condición necesaria para verificar un casamiento arreglado a derecho, razón por la cual no es posible contraerlo válida y lícitamente” (p. 53); siendo así que cuando no existan esas cualidades de los impedimentos (dirimientes e impredientes), será viable contraer matrimonio.

Con respecto a los **momentos de los impedimentos** el profesor Plácido (2002, p. 69) dijo que son dos momentos:

- i) **Antes de la celebración del matrimonio.** - Se da antes de la celebración, puede ser opuesta por los legitimados en base al artículo 253 y 254 del Código Civil, así como también puede ser opuesta por cualquier persona de acuerdo al artículo 255 del Código Civil.
- ii) **Después de la celebración del matrimonio.** - Invalidan el matrimonio si hay impedimentos dirimientes, y sancionan civilmente si son impedimentos impredientes.

El Código Civil de 1984 regula los impedimentos del matrimonio (absolutos, relativos y especiales) en sus artículos 241, 242 y 243, a continuación, se enuncia de manera general y a grosso modo cada impedimento.

Sobre los **impedimentos absolutos** el Código Civil de 1984 en el artículo 241 en sus 5 incisos (aunque el inciso 4 está derogado) establece que no pueden contraer matrimonio: los adolescentes, los que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa, los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos y los casados.

Sobre los **impedimentos relativos** éste mismo Código Civil en su artículo 242 en sus 7 incisos establece que no pueden unirse en matrimonio: los parientes en línea directa, los parientes en línea colateral dentro del segundo y el tercer grado, los afines en línea recta, los afines en el segundo grado de la línea colateral, el que adopta y el adoptado junto con sus familiares, el individuo condenado o procesado por homicidio contra uno de los cónyuges, y el raptor con la persona raptada o viceversa.

En lo atinente a los **impedimentos especiales** el mismo Código Civil en su artículo 243 en sus 3 incisos establece que no se permite el matrimonio: del tutor o del curador, del viudo o de la de la viuda.

2.2.2.9. Decaimiento y disolución del matrimonio.

Si bien es cierto que el matrimonio se da con ciertas finalidades, a veces resulta que por el transcurrir del tiempo se dan situaciones que hacen que el matrimonio formado pierda fuerza e intensidad, haciendo ver que las finalidades por las que se formó van apagándose, y lo que es peor que hasta a veces se rompa el vínculo matrimonial (nos referimos a la **separación de cuerpos** y al *divortium*).

Sobre la **separación de cuerpos** el profesor Aguilar (2013) dice que: (...) podríamos describir como la separación de los cuerpos, que conlleva a la suspensión de los compromisos relacionados con la convivencia y la cama, así como a la terminación del sistema económico de comunidad de bienes gananciales, manteniendo vigente el lazo matrimonial; es evidente que se interrumpen ciertos deberes y persiste la conexión matrimonial, ya que si se llegara a romper el enlace matrimonial por las razones apropiadas, ya no estaríamos hablando de una separación de cuerpos.

Sobre la institución jurídica que es una causa de las variadas causas que existen sobre la extinción del matrimonio, el doctor Varsi (2011) dice que: “El **divorcio** es una institución del derecho de familia que consiste en la disolución

definitiva y total del vínculo conyugal, restituyendo los excónyuges su capacidad para contraer matrimonio” (p. 319) [el resaltado es nuestro]; además el Código Civil de 1984 en su artículo 384 establece que: “El divorcio disuelve el vínculo matrimonial”; quedando claro que a diferencia de la separación de cuerpos ya no existe más el vínculo matrimonial cuando se da el divorcio (trayendo consigo consecuencias jurídicas posteriores), por lo que es acertado lo que dice el profesor Varsi, que se restablece la facultad de casarse nuevamente.

2.2.2.10. A manera de conclusión.

Por todo lo dicho, desde esta premisa que fue el matrimonio tanto desarrollando sus teorías, caracteres, etcétera, además abordando desde el plano: legal, jurisprudencial y doctrinario, debe quedar claro que este instituto jurídico, tiene una extensión varias ramas del derecho, en el derecho privado y en el derecho público principalmente, pero lo que más nos interesa es la influencia que tiene en el ámbito penal, por ser un bien jurídico (cuando se le protege en el ítem de delitos contra el matrimonio), pero específicamente interesa esa parte en la que dice **“fuera del matrimonio”**, en el tipo penal artículo 120 inciso 1; porque como lo dijo el profesor Villavicencio (2014): “La conducta típica consiste en realizar un aborto a una mujer causando la muerte del embrión en circunstancias que la gestación fue consecuencia de una violación o inseminación artificial no consentida y **fuera del matrimonio”** (p. 381) [el resaltado es nuestro], no pudiendo ser la conducta típica para el aborto sentimental **“dentro del matrimonio”**.

Reforzando lo anterior, los juristas Bramont-Arias y García (1998) afirman:

Se requiere violación o inseminación artificial **fuera del matrimonio, lo cual de por sí ya es discutible**. El delito de violación –art.170 CP- puede realizarse tanto fuera como dentro del matrimonio, entonces ¿por qué este supuesto ha de darse fuera del matrimonio?, en otras palabras, ¿por qué, si el tipo base del delito de violación se admite dentro del matrimonio, el aborto ético está limitado? (p. 96).

Es por eso, que una vez en su momento el maestro Villavicencio Terreros dijo que debe eliminarse el aborto sentimental porque al considerarse ese tipo

penal, no se tiene en cuenta el mundo exterior, la realidad concreta, por la situación de la víctima de una violación o inseminación porque vive en condiciones precarias.

Es por ello, que es muy importante siempre llevar de la mano al derecho penal con la sociedad, no se debe de dejar de lado la sociedad (aunque cada ámbito social tiene su propia particularidad), porque solo así se puede encajar en un derecho penal que responde a exigencias reales; tal y como dice el maestro Jakobs (2000):

(...) es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad; el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva, al igual que sobre la base de otras partes de la sociedad cabe derivar conclusiones bastantes fiables sobre el Derecho penal (...) (p. 22).

Sociedad y Derecho Penal deben estar muy ligadas, no se trata de crear más delitos para situaciones que vulneran o lesionan bienes jurídicos sino de tratar de minorar dichos problemas mediante otras alternativas político-criminales (como la de variar tipos penales no ajustados a la sociedad, cambiándolos ya sea adicionado sus aspectos, minorando o hasta derogándolos); porque no debe olvidar esa frase que dice “*ubi societas, ibi jus*”.

2.3. Marco conceptual

Las definiciones de los autores Chanamé (2012) y Cabanellas (2012) se utilizarán para dilucidar las ideas esenciales del trabajo de investigación. Estos conceptos se tratarán con mayor profundidad a continuación siendo los siguientes:

- **Aborto:** Es la interrupción de la evolución natural de un embrión o feto, ya sea por causas naturales o mediante una acción deliberada. Esto tiene implicaciones legales en determinadas jurisdicciones desde el punto de vista penal. (Chanamé, 2012, p. 46).
- **Inseminación artificial:** Proviene de las voces en que es (dentro – poner) y seminatis (semen) es una técnica mediante la cual se introduce semen en el aparato genital femenino, es una técnica de reproducción asistida con el fin de procrear (Chanamé, 2012, p. 344).
- **Matrimonio:** El matrimonio siempre se ha considerado una institución fundamental de la ley, la religión y la vida. Así ha sido desde que se unió

la primera pareja humana, concepto que aparece en todos los estudios sobre el origen de la vida humana. Todas las creencias reconocen la diversidad sexual en el matrimonio como fundamento de la familia, factor clave para la perpetuidad de la especie y base de la organización social primitiva. A medida que se desarrolló, se convirtió en la base de los grandes estados del mundo. (Cabanellas, 2012, p. 251).

- **Tipo penal:** Conjunto de elementos, definidos por la ley, constitutivos de delito (Cabanellas, 2010, p. 385).
- **Uniones de hecho:** Es la unidad convivencial alternativa al matrimonio, por un lado, existen las uniones de hecho heterosexuales y las uniones de hecho homosexuales. A la primera la denominados concubinato y a las segundas uniones de hecho homosexuales (Chanamé, 2012, p. 589).
- **Violación sexual:** Delito que consisten en forzar a otra persona a tener trato carnal contra su voluntad, cuando el sujeto pasivo es un menor de edad, caso en que se agrava la figura (Chanamé, 2012, p. 597).

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

El enfoque cualitativo en la investigación no se alcanza mediante métodos estadísticos u otras formas de cuantificación, sino que se centra en comprender fenómenos complejos, sin poner énfasis en medir variables, sino en entenderlos. En investigaciones cualitativas, el propósito es comprender la razón de ser de acciones sociales o interpretar fenómenos complejos para mejorar o resolver problemas identificados. En el caso de la investigación cualitativa teórica-jurídica, se aborda el problema jurídico desde una perspectiva formalista, excluyendo elementos fácticos o reales que se relacionen con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión, y promoviendo el análisis de dispositivos normativos individuales o en su conjunto.

Este análisis evaluó el artículo 120 del Código Penal de 1991 para evidenciar las inconsistencias en la interpretación de sus elementos, a través de la evaluación de las regulaciones normativas y las ideas jurídicas asociadas.

Por ende, como ya hemos dilucidado en la delimitación conceptual en cuanto al concepto de selección de lengua o discurso basado en el **iuspositivismo**, ahora explicaremos por qué hemos adoptado esta postura **epistemológica jurídica**.

La **escuela del iuspositivista** ha concebido que la centralidad o científicidad del derecho se basa en la norma y su respectivo análisis dogmático, asimismo, el **(a) objeto, (b) método y (c) fin de estudio** se justifican a razón de que cada escuela jurídica debe tener en claro qué es lo que va a estudiar, cómo lo va a estudiar y finalmente, si esos dos elementos se ajustan a la finalidad o propósito de la escuela en mención (Vivanco, 2017, pp. 36-41).

Entonces, el "(a)" del positivismo jurídico se refiere a la legislación, es decir, cualquier normativa actual de la legislación peruana, mientras que "(b)" implica realizar un análisis y evaluación a través de la interpretación jurídica. Finalmente, "(c)" se enfoca en mejorar el ordenamiento jurídico, ya sea planteando inconstitucionalidades o proponiendo mejoras en las normas detectadas como insuficientes o contradictorias, con el objetivo de fortalecer y consolidar el sistema legal (Harper c.p. Witker & Larios, 1997, p. 193).

Para esta investigación, (a) se centrará en el artículo 120 del Código Penal de 1991, (b) se interpretará adecuadamente mediante diversas formas de hermenéutica jurídica, como la sistemática, exegética, teleológica, etc., con el propósito de (c) mejorar el marco jurídico al implementar disposiciones normativas en el artículo 120, evitando vacíos o lagunas para facilitar la resolución de casos específicos por parte de los jueces.

3.2. Metodología

La investigación se llevó a cabo utilizando la hermenéutica, una técnica que sirve para buscar la verdad e interpretarla; por ello fue que, los profesores Gómez y Gómez (2006) señalan respecto a la hermenéutica que: (...) no [se] rechaza el método, ni el conocimiento científico, sino sólo la pretensión de reducir la verdad a un proceso de conocimiento, y en concreto, al basado en el método científico-tecnológico (...)” (p. 203).

Una investigación hermenéutica difiere de una investigación empírica tradicional en su enfoque. La tarea central de la tesis fue interpretar los datos utilizando criterios subjetivos, reconociendo que los seres humanos no pueden desligarse de la interpretación de los datos, considerando factores como la política, el entorno académico y las creencias religiosas.

En consecuencia, es necesario confirmar que la hermenéutica busca la verdad “(...) no parte del presupuesto básico de las teorías puramente epistemológicas, que arrancan una supuesta situación ideal de conocimiento (la razón de los positivistas) o de comunicación (la razón práctica de los procedimentalistas) (...)” (Gómez & Gómez, 2006, p.201); por tanto, a diferencia de la investigación positivista tradicional, no es esencial diferenciar el sujeto del objeto de análisis, ni exigir información objetiva y evidente.

En conclusión, se establece que el método de investigación a implementar es el hermenéutico, el cual permitirá a los investigadores interpretar las doctrinas legales y jurisprudenciales que se relacionan con el tipo penal de aborto sentimental y el elemento normativo "dentro del matrimonio". Esto les permitirá ofrecer un comentario o interpretación que sea relevante para el tema de investigación, sin sacrificar la veracidad de los resultados.

Asimismo, se debe señalar que la investigación al ser de la carrera de derecho, por su naturaleza se empleó la hermenéutica jurídica, la misma que irremediablemente va a contener la exégesis jurídica, la cual, fue considerada como un método por excelencia para la búsqueda de la voluntad del legislador de las normas bajo análisis (Miró-Quesada, 2003, 157).

Además, no siempre el método exegético será adecuado. Ante esta circunstancia, fue esencial utilizar el método sistemático-lógico, que implica identificar de forma sistemática el significado de los conceptos en el marco legal. Esto contribuirá a aclarar ambigüedades o insuficiencias presentes en la interpretación (Miró-Quesada, 2003, 157).

A lo dicho, los dos métodos específicos (interpretación exegética y la lógica-sistemática) se utilizaron para el análisis de los dispositivos normativos que regulan al tipo penal de aborto sentimental y el elemento normativo “dentro del matrimonio” dentro de nuestro país; estas últimas contenidas principalmente en el Código Procesal Penal y el Código Penal, además de la jurisprudencia emitida por los tribunales peruanos.

3.3. Diseño metodológico

3.3.1. Trayectoria metodológica.

La trayectoria se refiere al camino que hemos seguido desde la introducción de la metodología hasta la descripción exhaustiva de los datos, es decir, un relato completo de cómo se ha llevado a cabo la tesis mediante un enfoque metodológico, que esbozaremos brevemente.

La naturaleza de la investigación hizo necesario el uso de la hermenéutica jurídica, lo que implicó el análisis de dos conceptos jurídicos objeto de estudio. Como instrumentos de recogida de datos se utilizaron registros bibliográficos, textuales y sumarios del aborto sentimental de tipo penal y del elemento normativo "dentro del matrimonio". Esto se hizo con el fin de establecer una correlación entre las características de ambos conceptos jurídicos y responder a las preguntas planteadas mediante la argumentación jurídica.

3.3.2. Escenario de estudio.

Esta investigación fue cualitativa y empleó uno de los métodos propios de la ciencia jurídica -el método dogmático jurídico- para evaluar la norma jurídica y

determinar su consonancia con la realidad social y legislativa. El sistema jurídico peruano fue el contexto de este análisis, en el que se examinó la coherencia de la norma y su conformidad con la Constitución.

3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos

Esta investigación, de carácter cualitativo y vinculada al campo del derecho denominado investigación dogmática jurídica, implica analizar las estructuras normativas y las posturas doctrinales vinculadas a los conceptos jurídicos: delito de aborto sentimental y el requisito normativo "en el ámbito matrimonial", para determinar su compatibilidad y proponer una modificación normativa racional y válida en el marco legal peruano.

3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.3.4.1. Técnicas de recolección de datos.

Para nuestro análisis documental, aplicamos una técnica de investigación que implica revisar textos doctrinales para recopilar datos relevantes. Así, el análisis documental se consideró una operación basada en el conocimiento cognitivo, ya que facilitó la creación de un documento primario utilizando fuentes tanto primarias como secundarias. Estas fuentes sirvieron como intermediarios o instrumentos que posibilitaron que el usuario accediera al documento original para obtener información y verificar la hipótesis (Velázquez & Rey, 2010, p. 183).

3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.

En el presente trabajo utilizamos múltiples herramientas de recopilación de datos, incluyendo información textual, resumida y bibliográfica, para formar una base teórica sólida para nuestra investigación que se adaptara a la dirección del estudio, así como a nuestros puntos de vista sobre la materia y los textos.

3.3.5. Tratamiento de la información.

Aunque es cierto que hemos descrito anteriormente la recolección de datos mediante fichas textuales, sumarios y bibliografía, este procedimiento resulta insuficiente para la investigación. Por lo tanto, hemos empleado un análisis formalizado o de contenido para reducir la subjetividad al interpretar los textos. Nos enfocamos en las características distintivas y pertinentes de las variables de interés, con la expectativa de construir un marco teórico coherente, lógico y

consistente (Velázquez & Rey, 2010, p. 184). Por lo mismo, se realizó el siguiente esquema:

<p>FICHA TEXTUAL o RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)</p> <p>DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.</p> <p>CONTENIDO: “..... ”</p>
--

Siendo parte de la información documental, necesariamente esta va a contener premisas y conclusiones, las cuales, a su vez, tuvieron un conjunto de propiedades, por ello, el procedimiento a usar en nuestra investigación fue la argumentación jurídica. Aranzamendi (2010, p. 112). En ese sentido, respecto a las propiedades afirma que deben ser: (a) coherentemente lógicas, teniendo como base premisas de antecedentes y conclusiones; (b) Razonables, pues a través de motivaciones suficientemente justificables se va a arribar a conclusiones materiales y formales; (c) idóneas, pues las premisas deben de tener y mantener cierta posición; y (d) claras, para que no lleven a una interpretación ambigua o esta se preste a diversas interpretaciones, sino por el contrario se plantee una conclusión con información entendible.

Por consiguiente, habiendo considerado cada uno de los datos y su respectivo procesamiento que tiene su origen en los diversos textos, se afirma que la argumentación empleada para la tesis será entendida como: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp.203-204), así se empleó la siguiente estructura: (1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, pues a través de conexiones lógicas y principios lógicos se conseguirá argumentar para contrastar las hipótesis planteadas.

3.3.6. Rigor científico.

En el contexto científico, se consideró con seriedad la manera en que se obtuvieron los datos de la población bajo estudio, especialmente en relación con

la protección del derecho a la privacidad. Sin embargo, en este estudio no se utilizaron ni manipularon datos personales, ya que la información era de dominio público, lo que permite a cualquier interesado revisarla y verificarla. Lo crucial para este tipo de investigación radica en la coherencia y racionalidad de los argumentos, es decir, debe ajustarse a los principios del razonamiento válido, como el principio de identidad, el principio de no contradicción y el principio de tercero excluido.

3.3.7. Consideraciones éticas.

Al tratarse de una investigación cualitativa teórica, no es necesario justificar la protección de la dignidad de ningún entrevistado, encuestado o cualquier otro planteamiento empírico.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1. Descripción de los resultados

4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno

El objetivo uno ha sido: “Identificar la manera en que el elemento normativo “dentro del matrimonio” incide en la consecuencia jurídica del tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano”; y sus resultados fueron:

Primero.- Dentro de la estructura taxonómica dentro del tipo penal, el elemento normativo se constituye en uno de los elementos objetivos que lo componen, el mismo deviene de una apreciación valorativa de un elemento abstracto vinculado de manera íntima con las diversas ramas del derecho o bien, una valoración ético social sobre un fenómeno que se suscita dentro del sustrato social.

Segundo.- A diferencia de los elementos descriptivos, los cuales, solo requieren de la percepción de los sentidos para poder ser comprendidos, ya que, solo son descripciones de objetos o circunstancias del mundo real, los elementos normativos se halla en un plano abstracto, en donde, se tiene que analizar un elemento incorpóreo, lo cual, impide su percepción mediante los sentidos, por ende, es preciso emplear un acto intelectual para poder comprender los alcances y el contenido de estos elementos abstractos.

Tercero.- El matrimonio desde la perspectiva del Derecho Penal, es comprendida como un elemento normativo, ya que, la institución jurídica del matrimonio no es perceptible mediante los sentidos, por tanto, la única manera de analizar esta figura jurídica es mediante la valoración jurídica o interpretación, ya que, el matrimonio deviene en un concepto abstracto en todo el sentido de la palabra, por tanto, en el caso especial del tipo penal de aborto sentimental, en el cual, se prescribe la palabra matrimonio, la misma debe de ser entendida como un elemento normativo dentro de la estructura objetiva del tipo, por tanto, solo puede ser aprendido o comprendido mediante la valoración jurídica al tratarse de una figura jurídica contemplada dentro del Código Civil.

Cuarto.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las

disposiciones del Código Civil, a fin de hacer vida común; como todo acto jurídico debe de ser voluntario, excluyéndose según esta definición y establecimiento la unión entre personas del mismo sexo; desde una perspectiva procesal, el matrimonio puede ser vislumbrado como una situación jurídica, en la cual, el marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales; porque tener en consideración la igualdad es tomar en serio la importancia que tiene la Carta Magna, en el sentido de proclamarse en el ámbito matrimonial la “igualdad” que es un derecho-principio.

Quinto.- Del elemento normativo “dentro del matrimonio”, se desprende en que, existe una esfera tuitiva, que enmarca los efectos del matrimonio sobre aquellos que están vinculados de manera íntima con esta institución jurídica, ya que, es la relación jurídica entre los cónyuges la que constituye dicha figura jurídica, fuera de estos miembros integrantes, los efectos de matrimonio no pueden ser vinculados hacia otras personas, por tanto, el matrimonio solo integra a aquellos unidos por el vínculo uxorio, por ende, que el tipo penal de aborto sentimental, haga referencia al término “fuera del matrimonio”, es pues, que solo se está excluyendo dentro de este elemento normativo a los cónyuges, por tanto, en concordancia con el principio de legalidad, no podría subsumirse en el supuesto de hecho de este tipo penal, un aborto sentimental producto de una violación sexual realizada por el esposo a la esposa, lo cual, se colige es un grave vacío o deficiencia en la ley penal.

Sexto.- El tipo penal de aborto sentimental, según el artículo 120 del Código Penal, se configura cuando el embarazo resulta de violación sexual fuera del matrimonio o de inseminación artificial no consentida ocurrida fuera del matrimonio, siempre que los hechos hayan sido denunciados o investigados, al menos a nivel policial.

Séptimo.- Dentro de ambas prescripciones jurídicas, podemos advertir que está inserto el elemento normativo “fuera del matrimonio”, lo cual, descartar de manera tajante al embarazo producto de violación sexual o inseminación artificial realizada por el cónyuge, lo cual, generaría que la cónyuge afectada al momento de realizar el aborto, a razón, de la violación sufrida por parte del cónyuge agresor, el aborto consumado no podría subsumirse dentro del supuesto de hecho

del aborto sentimental; así también, en el caso de la inseminación artificial sin consentimiento generada o realizada por el cónyuge, de producirse un aborto producto de tal inseminación, la misma se subsumiría en el tipo penal de autoaborto y no en el tipo penal de aborto sentimental, siendo el marco penal del primero mucho más elevado que del segundo.

Octavo.- Los juristas dan los primeros pasos para conocer las falencias, que tiene trae consigo la redacción del tipo penal de aborto sentimental cuando dice “fuera del matrimonio”, planteándose algunas preguntas; es por eso, que lo crucial es tener en cuenta tres aspectos, el primero es el de más sanción; el segundo de menos sanción, aunque puede surgir uno tercero que puede ser el de la no sanción; por el lado del primero se daría en caso de que se cometa un aborto como consecuencia de una violación dentro del matrimonio, ya sea, el delito de aborto como tipo base (que tiene una sanción más alta, que puede ser hasta dos años de pena privativa de libertad), por el lado del segundo aspecto, si se quiere agregar las palabras “dentro matrimonio” al artículo 120 inciso 1 del Código Penal, se buscaría una sanción menor, porque se sanciona menos el aborto sentimental, que el aborto en sentido estricto (es hasta 3 meses como máximo de pena privativa de libertad), por el lado del tercero, ya se buscaría derogar el articulado 120 inciso 1 que ya no considera (en caso de derogarse) al aborto sentimental o ético.

Noveno.- Siendo la postura sistémica la más insidiosa y agresiva, ya que, amplía su ámbito de aplicación hacia todos los que se encuentren inmersos dentro de la interacción social, además de incidir sobre la aplicación de la pena en cuanto a un responsable que no ha cometido ningún delito, solo su condición de miembro integrante de la dinámica social lo convierte en sujeto apto para poder convalidar la vigencia y las expectativas de la norma penal, por tanto, puede ser tomada como una medida preventiva extrema, pero cuya extralimitación garantice su eficacia como medio de control social, por tanto, el tipo penal de aborto sentimental puede ser un reducto de esta versión de la prevención general negativa, empero el reducido marco penal, manifiesta una clara postura ambigua en la política criminal supuestamente empleada en este tipo penal, ya que, el

marco penal que ostenta no es agresivo como debería para que embone con esta versión de la prevención general positiva.

4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos

El objetivo dos ha sido: “Determinar la manera en que el elemento normativo “dentro del matrimonio” incide en el supuesto de hecho del tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano”; y sus resultados fueron:

Primero.- En cuanto al elemento normativo “dentro del matrimonio”, dicho elemento normativo debe de ser entendido como cualquier relación familiar que comprenda los deberes inherentes al matrimonio, ello quiere decir, que también estarían inmersos dentro de este tipo penal al concubinato, ya sea, por una unión de hecho propia o impropia, ya que, el matrimonio y la unión de hecho contienen los mismos deberes; por tanto, los efectos y requisitos son homólogos a los del matrimonio y por tanto la unión de hecho también debe de ser incluida dentro del ámbito de aplicación del aborto sentimental, dentro del nuevo “elemento normativo dentro del matrimonio”.

Segundo.- En el caso especial del aborto sentimental, es preciso, mencionar que la consecuencia jurídica, es una de las diminutas entre todos los tipos penales, ya que, la misma oscila entre un extremo mínimo de dos días hasta un máximo de 3 meses, constituyendo así como un marco penal ínfimo, por tanto, es preciso determinar cuál es el efecto o los efectos que una pena escasa o reducida puede generar, ya que, la teoría de la pena tiene como finalidad última la de proveer a la pena de una justificación objetiva que le atribuya legitimidad y le conceda legalidad a la misma, así es, importante recalcar que la pena debe de estar investida de una justificación lógica y objetiva, mediante dicha justificación es que se logra la internalización de los bienes jurídicos en la sociedad y se logra su efectividad, entonces se puede aseverar que, la pena legítima será aquella que surta efectos en la sociedad para cumplir los fines político criminales y se logre la anhelada internalización de los bienes jurídicos debido a que no resultará antagónica al hombre.

Tercero.- Por ello, es preciso determinar si en realidad una pena tan ínfima como la que ostenta el tipo penal de aborto sentimental, puede ser efectiva

y lograr la prevención del delito o en todo caso se avoca a una fórmula retributiva o en todo caso, si este marco penal puede en realidad generar un efecto sobre la población en general, por tanto, es necesario realizar un repaso sobre las diversas teorías de la pena y si los efectos que desprenden se condicen con el marco penal irrisorio.

Cuarto.- Las justificaciones del uso de la pena se han abordado desde diversas perspectivas filosóficas y jurídicas, buscando legitimidad dentro del marco del ordenamiento legal. Estas posturas se dividen en teorías absolutas y relativas, cada una ofreciendo una forma particular de justificar la pena. Mientras las teorías retributivas consideran que la pena es un fin en sí misma, persiguiendo la justicia como objetivo último, las teorías preventivas ven la pena como un medio para alcanzar un propósito, instrumentalizando al individuo en el proceso.

Quinto.- Es importante recalcar que dentro de las posturas retributivas de la pena, se puede percibir un sentido de justicia inmanente, por ende, entienden a la pena como un fin para conseguirla, la población en general se inclina por esta postura de la pena por ser la más prolífica dentro de la idiosincrasia de la sociedad en general, debido a que esta postura de la pena permite observar una retribución directa, concreta y palpable, *contrario sensu*, las posturas preventivas conciben a la pena como medio para evitar la comisión de delitos, es por ello, que sus efectos no son percibibles de manera inmediata, ya que la pena dentro de esta postura está destinada a la prevención, ya sea general o especial, por lo cual, es la de menos inclinación en la población en general.

Sexto.- La teoría de la prevención general positiva instrumentaliza al hombre para lograr la afirmación del derecho dentro del Estado democrático, para ello, emplea instrumentos ajenos a la intimidación, ya que, comprende que la coacción dentro la sociedad solo tiene como finalidad lógica el incremento consecutivo del terror dentro de la sociedad, la misma, que de ser empleada de manera consecutiva y en un sentido progresivo para mantener su eficacia, por tanto, la eficacia de las teoría de la prevención general negativas dependen de manera estricta del aumento paulatino de la amenaza generalizada, siendo que el terror tiene un límite y el Estado no puede avocarse a métodos que implican amenaza que involucre a la vulneración de derechos fundamentales, es que se

colige que el terror tiene un límite, en consecuencia, no resulta en una propuesta viable a futuro, ya que, en algún momento la amenaza se convertirá en terror y este en hecatombe.

Séptimo.- Por ello, la teoría de la prevención general positiva se decanta por el empleo de la comunicación y la enseñanza para poder lograr la fidelidad e intereses de la población en las norma penales y los bienes jurídicos insertos dentro de las mismas, por tanto, dentro de esta teoría, si bien es cierto, no se descarta el empleo de la intimidación, la coacción toma un lugar complementario dentro de las posturas positivas de las penas, ya que, la intimidación solo es empleada como método de estabilización que garantiza la incolumidad de la internalización de los bienes jurídicos lograda mediante la motivación socio-pedagógica.

Octavo.- Como ya se advirtió, los efectos dentro de la teoría de la prevención general positiva son tres: a) el efecto de aprendizaje, que implica la motivación de la conciencia ético social en la eficacia de la norma penal mediante la aplicación de la pedagogía, con la cual, se dicta a la sociedad las advertencias sobre lo que está permitido o lo que está prohibido dentro de la sociedad, posteriormente a esta fase le prosigue b) el efecto de confianza, en la cual, la colectividad aprecia, la eficacia y el cumplimiento del derecho y la administración de justicia penal, para culminar con el tercer efecto c) denominado como efecto pacificador, en la que, la sociedad alcanza la tranquilidad debido a la eficacia del Derecho Penal y la norma penal, además de emplear la intimidación como último medio.

4.2. Contrastación de hipótesis

4.2.1. Contrastación de la hipótesis uno.

La hipótesis específica uno es la siguiente: “El elemento normativo “dentro del matrimonio” influye positivamente en la consecuencia jurídica del tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una teorización que permita discutir su contenido.

Primero.- Siendo la finalidad del tipo penal de aborto sentimental, el reconocer la existencia de una circunstancia especial que marca un punto de

inflexión en cuanto a la realización del aborto, por cuanto, se puede vislumbrar una disminución radical del disvalor de la acción atenuado que justifica la reducción significativa del marco penal en contraste con el marco penal del tipo penal de autoaborto, la reducción se lleva a tal grado que el extremo máximo de la pena es de 3 meses, por cuanto, de manera cuantitativa es imposible arribar a la conclusión de la investigación preparatoria, siendo este delito uno imposible de aplicar, debido a que, el lapso de prescripción extraordinaria impide tal hecho; es precisamente el disvalor de la acción, plasmado en el tipo penal de aborto sentimental, la cual, reconoce el estado de incertidumbre y zozobra que padece la mujer violada y la dura decisión de realizarse el aborto.

Segundo.- Por tanto, el tipo penal de aborto sentimental, reconoce las circunstancia o situación especial, en el cual, se encuentra sumergida la víctima de violación y como llega a tomar la decisión de realizar el aborto, siendo precisamente la violación precedente, lo cual, genera una sustancial disminución del disvalor de la acción y en consecuencia también la disminución del marco penal; por ende, este tipo penal se encuentra totalmente justificado dentro del ordenamiento jurídico penal, pues se condice con la realidad social en la cual vivimos y además que tiene una justificación objetiva, siendo que, actúa más como un instrumento simbólico, una norma subjetiva de determinación que está dirigida hacia los ciudadanos y les comunica el mandato prohibitivo inserto en el tipo penal, son los efectos simbólicos los únicos que pueden paliar o prevenir la comisión del delito de aborto sentimental, ya que, el marco penal irrisorio no tendría tal efecto, en consecuencia, la legalidad y legitimidad de este tipo penal se convalida por el empleo de una política criminal simbólica, que aunque cuestionable, es un medio eficaz frente a la situación mortificante que significa la violación, ya que, frente a tal panorama, el conocimiento o conciencia de la antijuridicidad no es suficiente para poder prevenir la comisión del delito, es más, resulta fútil frente a tal decisión, por tanto, este tipo penal resulta el único medio factible para poder mitigar o paliar la comisión de los abortos sentimentales, mas no para prevenirlos, una respuesta estatal como medio simbólico.

Tercero.- Por tanto, al ser esto de tipo penal y hubo respuesta estatal, así como punitiva idónea, debe de tener un ámbito de aplicación completo y el

elemento normativo fuera del matrimonio, impide que ello sea así, ya que, al excluir sin justificación alguna al cónyuge como posible violador, se condena a la mujer que atravesase el mismo panorama desgarrador, la violación y la subsecuente decisión de realizar el aborto, sea condenada por el delito de autoaborto, en consecuencia, frente a la misma situación de violación, el factor determinante para aplicar aborto sentimental o autoaborto, sería la participación del cónyuge, siendo que, este razonamiento no tiene fundamento, ya que, al final el resultado es el mismo y en todo caso, la participación del cónyuge como autor de la violación sería justificación para la aplicación del aborto sentimental en mayor medida, no el impedimento de la aplicación de este tipo penal, siendo entonces que estamos frente a una incongruencia dentro del tipo penal de aborto sentimental, es preciso, ampliar el ámbito de aplicación de este delito.

Cuarto.- Por ello, es preciso incrementar el ámbito de aplicación del tipo penal de aborto sentimental, en específico el elemento normativo “fuera del matrimonio” a “dentro y fuera del matrimonio”, en consonancia con la realidad social en la cual vivimos, dicho elemento normativo debe de ser entendido como cualquier relación familiar que comprenda los deberes inherentes al matrimonio, ello quiere decir, que también estarían inmersos dentro de este tipo penal al concubinato, ya sea, por una unión de hecho propia o impropia, ya que, el matrimonio y la unión de hecho contienen los mismos deberes, siendo la cohabitación, el deber de asistencia y el deber de fidelidad, siendo además, que tienen los mismos efectos sobre las situaciones jurídicas de los cónyuges; por tanto, los efectos y requisitos son homólogos a los del matrimonio, pues la unión de hecho también debe de ser incluida dentro del ámbito de aplicación del aborto sentimental, dentro del nuevo “elemento normativo dentro del matrimonio”.

Quinto.- Por otro, lado tenemos que en el delito de violación sexual, también se puede incluir como sujeto activo al cónyuge, ya que, su estructura taxonómica permite dicha inclusión, entonces cómo es posible que dentro de un tipo penal con un disvalor del resultado y disvalor de la acción mucho más grave, se permita la inclusión de del cónyuge como posible autor del delito, empero en el caso particular del delito de aborto sentimental, el elemento normativo “fuera del matrimonio” excluye de manera tajante al cónyuge como posible violador, siendo

que en el tipo penal de violación sexual se reconoce que el cónyuge puede ser el sujeto activo de la acción; por lo cual, podemos advertir una incongruencia grave dentro del propio ordenamiento jurídico, ya que, es factible que el cónyuge sea sujeto activo del delito de violación pero se le excluye del supuesto de hecho del tipo penal de aborto sentimental.

Por lo tanto, se CONFIRMA LA HIPÓTESIS, en tanto, la inclusión del elemento normativo dentro del matrimonio dentro de la estructura típica del tipo penal de aborto sentimental, resultaría benéfico, en razón, al incremento sustancial del ámbito de aplicación, lo que, permitiría que en los casos en los cuales sea el cónyuge quien realice la violación sexual precedente, el aborto subsecuente pueda ser subsumido dentro del aborto sentimental, ya que, la exclusión del cónyuge como violador no tiene ninguna justificación objetiva, por tanto, resulta arbitrario.

4.2.2. Contrastación de la hipótesis dos

La hipótesis dos es el siguiente: “El elemento normativo “dentro del matrimonio” influye positivamente en el supuesto de hecho del tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita teorizar su contenido.

Primero.- En corolario, tenemos que para la teoría de la prevención general negativa se requiere en primera instancia de una amenaza generalizada, la misma que, en el caso concreto del tipo penal de aborto sentimental no puede darse, debido a que, la pena ínfima que ostenta nunca podría generar una intimidación general hacia la población, por máximas de la experiencia, tres meses de prisión no atemorizan a nadie; por otro lado, la teoría preventiva negativa requiere del dictado de la sentencia, como otra etapa de la intimidación, empero, siendo que, en el caso concreto del tipo penal en referencia, es muy improbable que del mismo se puede extraer una sentencia condenatoria, ya que, el plazo prescriptivo es muy reducido, siendo en el caso del plazo prescriptorio ordinario solo de tres meses y el plazo prescriptorio extraordinario de cuatro meses y medio, por tanto, resulta imposible la emisión de una sentencia; así también, tenemos el caso de la ejecución de la pena, la misma que se da en el plano de la privación de la libertad del imputado dentro de un centro penitenciario, siendo que, ni siquiera podría emitirse una sentencia dentro de este

tipo penal, mucho menos podrían existir reos dentro de los centros penitenciarios, con una pena privativa de libertad efectiva, ya que, en caso de darse una sentencia la misma sería convertida en una pena limitativa de derechos, por tanto, el tipo penal de aborto sentimental no puede tener efectos intimidatorios.

Segundo.- Por otro lado, tenemos a la teoría de la prevención general positiva, la misma que tiene tres etapas en las cuales despliega sus efectos, la primera es la etapa de aprendizaje, la misma que tendría que suscitarse en un plano de estabilidad emocional del ciudadano para que así la motivación socio-pedagógica pueda ser efectiva, ya que, en el caso especial del tipo penal de aborto sentimental, en mismo se suscita en un momento de angustia emocional, producto de la violación precedente, la conciencia o conocimiento de la antijuridicidad no puede ser reconocida o simplemente es ignorada por la mujer que quiere practicarse el aborto sentimental, debido a que la capacidad cognitiva da lugar a los impulsos irracionales cuando acontece una violación sexual, la agraviada y sus parientes no se detendrán a advertir el ámbito comunicativo que tiene el tipo penal de aborto sentimental y la norma subjetiva de determinación que incorpora, en síntesis, el tipo penal no podrá motivar la población, ya que, precisamente la violación precedente desquebraja la eficacia del ordenamiento jurídico penal y en tal situación, impediría que la eficacia del ordenamiento jurídico que antes los ojos de la víctima de violación fue conculcado, no podría en tal caso mostrar la eficacia de algo que ha sido vulnerado.

Tercero.- Por cuanto, a la etapa de confianza, precisamente, la violación precedente impediría que de manera inmediata o mediata la víctima de la violación pueda apreciar la eficacia del ordenamiento jurídico, ya que, precisamente a podido advertir que el mismo no se cumple y fue conculcado, por tanto, el efecto de confianza nunca podría suscitarse dentro de la conciencia ético social de la víctima de violación, por tanto, al considerar que el ordenamiento jurídico penal no ostenta la eficacia o vigencia, procederá de manera inexorable con la realización del aborto, en consecuencia, se puede manifestar que en el caso específico del tipo penal de abortos sentimental no podría generarse el efecto de confianza y ello generaría un efecto en cadena que convertiría a la tercera etapa en un hecho irrealizable.

Cuarto.- En cuanto a la tercera etapa, el efecto de pacificación, la sociedad en general no podría alcanzar la tranquilidad, debido a que observaría la conculcación del ordenamiento jurídico penal, porque el delito de aborto sentimental implica de manera necesaria una violación precedente, lo cual, demuestra claramente una vulneración a la norma penal, siendo que las expectativas normativas fueron defraudadas, la confianza que podría tener la población sobre un ordenamiento jurídico ya vulnerado, sería ínfima o irrisoria, debido a que no puedes confiar en algo ineficaz, no puedes generar tranquilidad generalizada cuando, el objeto sobre el cual, debe de recaer la confianza fue conculcado en primer lugar, por tanto, los sujetos activos dentro del tipo penal de aborto sentimental una podría alcanzar la tranquilidad generalizada que ofrece la teoría de la prevención general positiva.

Quinto.- Siendo entonces que la consecuencia jurídica del tipo penal de aborto sentimental no puede desplegar ningún efecto intimidatorio, ni mucho menos integrativo, no tendría ningún sentido seguir empleado dicha consecuencia jurídica dentro del tipo penal, ya que, al carecer de utilidad, no tendría ninguna justificación su incorporación dentro de su estructura normativa, por tanto, lo más razonable sería eliminar la consecuencia jurídica de la estructura normativa del tipo penal; un ejemplo sobre la propuesta la podríamos vislumbrar en el tipo penal de posesión no punible, la misma que solo contiene dentro de su estructura normativa el supuesto de hecho mas no la consecuencia jurídica, precisamente porque solo tienen un efecto simbólico sobre la población, de la misma manera el tipo penal de aborto sentimental ostentaría solo un efecto simbólico, para que sea eficaz dentro de su injerencia simbólica no es necesaria la consecuencia jurídica, por tanto, se tendría que eliminar.

Sexto.- En consecuencia, el tipo penal de aborto sentimental terminaría como un delito sin pena, con lo cual, se excluiría la punibilidad como una categoría a analizar dentro del tipo penal de abortos sentimental desde el plano de la teoría del delito, por tanto, resulta congruente excluir o expurgar una pena que no tiene utilidad alguna, ya que, no puede desplegar efectos utilitarios sobre la población en general; en consecuencia, la sola presencia del tipo penal generaría

efectos simbólicos y ningún otro efecto, el efectos simbólico sería suficiente para poder mitigar de manera paliativa la comisión del delito de aborto sentimental.

Así pues la consecuencia jurídica prescrita dentro del tipo penal de aborto sentimental, que comprende un marco penal que oscila entre su extremo mínimo de 2 días y el extremo máximo de 3 meses, no genera ningún efecto, ya sea intimidatorio o integrativo, por tanto, el marco penal carece de utilidad y en consecuencia debe de ser suprimido, basta con que el supuesto de hecho subsista para que pueda generar efectos simbólicos y se demuestre una respuesta estatal frente al aborto sentimental, empero el marco penal actual carece de sentido y utilidad.

4.2.3. Contrastación de la hipótesis general.

La hipótesis general fue: “El elemento normativo “dentro del matrimonio” influye positivamente en el tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano”, el cual, tras haber ya contrastado las dos hipótesis específicas, se está apto para poder asumir una postura científica frente al problema detectado mediante los siguientes argumentos:

Primero.- Para decidir sobre la contrastación de la hipótesis general, es necesario evaluar el peso de cada hipótesis específica. Aunque se confirmen dos de tres hipótesis, la que se rechaza podría tener un impacto mayor para refutar la hipótesis general, o la situación podría invertirse, donde confirmar una de tres hipótesis rechazadas sea suficiente. Este enfoque se conoce como la teoría de la decisión, que implica discutir la relevancia de cada hipótesis para guiar el desarrollo de la tesis.

Segundo.- Cada hipótesis tiene un peso del 50% y opera de manera conjunta, lo que significa que, si se rechaza una, todas las demás también se rechazarán por efecto domino. Se busca que todos los elementos del tipo penal sean aceptados para garantizar una técnica legislativa adecuada.

Solo se necesita confirmar una hipótesis para que todas las demás también se confirmen. Dado que cada hipótesis tiene un peso del 50%, al alcanzar el 100%, se confirma la hipótesis general.

4.3. Discusión de los resultados

El tipo penal de aborto sentimental, ostenta una situación especial que precede a la realización del aborto, por lo cual, se justifica el reducido marco penal, ya que, vendría a ser un tipo penal atenuado, en referencia al aborto, por tanto, es preciso que este tipo penal sea congruente con la realidad social y la dogmática penal, ya que, en referencia a la realidad social, el aborto sentimental no incluye al cónyuge como el violador que genera el embarazo y en referencia a la incongruencia con el marco penal, es la propia naturaleza del tipo penal y el marco penal reducido lo que impide que puede generar o desplegar efectos intimidatorios o integrativos, ostentando un marco penal inútil.

Dentro del supuesto de hecho del tipo penal de aborto sentimental se puede evidenciar una deficiencia, en lo referido, a su ámbito de aplicación, ya que, el elemento normativo “fuera del matrimonio” excluye de manera arbitraria al cónyuge como posible autor del delito de violación, siendo que, el ordenamiento jurídico penal reconoce la posibilidad de que el cónyuge sea el violador de la cónyuge, por tanto, no existe justificación objetiva que valide tal exclusión, en consecuencia, es necesario ampliar el ámbito de aplicación del tipo penal para poder incluir un nuevo elemento normativo, que en este caso, sería el elemento “normativo dentro del matrimonio”, así también, se deben de incluir otras figuras jurídicas homologas al matrimonio, siendo estas las que ostentan los mismos deberes y efectos que el matrimonio, siendo estos: el concubinato propio y el concubinato impropio, con esta ampliación del ámbito de aplicación podrán subsumirse los abortos que tiene como precedente una violación sexual que tiene como autor al cónyuge, lo cual, la norma penal se condecirá con la realidad social.

Dentro de la consecuencia jurídica del tipo penal de aborto sentimental se puede advertir una incongruencia con las teorías de las penas, ya que, el reducido marco penal que ostenta este tipo penal no puede desplegar ningún efecto más allá del simbólico, por el extremo máximo de la pena, el cual, consististe en tres meses de pena privativa de la libertad, se tiene que; a) no puede generar una amenaza generalizada, b) por el corto marco penal, la prescripción impide que se puede dictar una sentencia condenatoria y c) por la causal anteriormente mencionada, no podría existir un condenado que sea confinado en un centro penitenciario, en consecuencia, este tipo penal no puede generar ningún grado de

intimidación; por otro lado, tenemos que, el marco penal, no podría integrarse con el valor ético social, ya que, a) dada la situación vertiginosa que genera la violación precedente, no podría darse un ámbito comunicativo entre la norma y el ciudadano, b) la confianza desquebrajada en la vigencia de la norma penal impediría que se aprecie su cumplimiento y c) por el motivo anteriormente dicho, resulta imposible que la población en general alcance la tranquilidad generalizada, por tanto, el marco penal de este delito no puede generar integración, por tanto, no tiene utilidad.

Por tanto, a partir de las deducciones que se originan de ambas características, confirmamos que nuestra hipótesis general que es: “El elemento normativo “dentro del matrimonio” incide positivamente en el tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano.”, toda vez que, el tipo penal de aborto sentimental requiere de cambios sustanciales dentro de su estructura normativa, tanto en su supuesto de hecho, en el cual, debe de agregarse dentro del actual elemento normativo fuera del matrimonio, el elemento normativo dentro del matrimonio, para así ampliar su ámbito de aplicación, así mismo es preciso incorporar también los supuestos análogos al matrimonio, siendo estos, aquellos que tienen los mismos deberes; por otro lado, tenemos que cambiar la consecuencia jurídica, siendo que la misma no tiene ningún efecto, ni mucho menos puede desplegar alguno, carece de sentido su vigencia, por tanto, es preciso derogar la consecuencia jurídica del tipo penal de aborto sentimental.

Sobre la validez de la hipótesis se tiene que la misma incide directamente sobre la problemática del presente trabajo de investigación de manera válida, dado que, la idiosincrasia social y la coyuntura peruana obliga al legislador a tomar posturas de técnica legislativa que impliquen una gran inferencia de los cánones sociales y las costumbres sociales, por ende, dentro del supuesto de hecho del tipo penal de aborto sentimental resulta necesario que se incluya de manera indispensable las relaciones extramatrimoniales, como lo es el concubinato propio o impropio y hasta las relaciones sentimentales que no superan los dos años, dado que, dentro de Estado peruano la celebración del matrimonio no es común, empero la vida en pareja es frecuente y constante, por tanto, frente al escenario social la actual taxonomía del tipo penal de aborto sentimental no

resultaría eficaz, siendo que, existe una incongruencia entre la norma penal y el contexto y estructura social, en conclusión, la incorporación del elemento normativo “fuera del matrimonio” resulta indispensable.

Sobre las autocríticas hacia el trabajo de investigación se tiene que no se toma en cuenta las categorías dogmáticas relacionadas hacia la autoría y participación dentro del tipo penal de aborto sentimental, dado que, no se contempla la incidencia de la inducción al aborto por parte de las parejas sentimentales o los convivientes, ya sea, la convivencia propia o impropia, por ende, este trabajo de investigación solo se concentra en el análisis del tipo penal desde la perspectiva de la tipicidad objetiva, es decir, que solo se analizan los elementos normativos, elementos descriptivos, supuestos de hechos y consecuencia jurídica, mas no, otros extremos íntimamente vinculados al tipo penal, todo ello, dado que la presente investigación se focaliza en los objetivos de investigación planteados y no pretende alejarse de ellos.

Sobre el impacto del presente trabajo de investigación, es el análisis del ámbito de aplicación del tipo penal de aborto sentimental, para que, aumente significativamente al incluir los supuestos relacionados a la violación de la mujer dentro del matrimonio y así el tipo penal puede ser aplicado en estos casos; además de cuestionar la eficacia de la consecuencia jurídica consignada, ya que, cualquier efecto de la pena, como podría ser el intimidatorio o el integrativo, como tendría la incidencia requerida dentro de la conciencia ético social del sujeto activo dentro del tipo penal de aborto sentimental, por tanto, al momento de realizar la conducta típica el sujeto no tendría en cuenta las repercusiones propias de la comisión de un delito, no tendría relevancia dentro de la deliberación que tendría dentro de su psique al momento de realizar el aborto, por lo cual, la pena al carecer de sentido tendría que ser retirada, porque no tendría utilidad, además que las consecuencias propias de la comisión del delito y el acto deleznable del aborto es martirio suficiente para la mujer que cometió tal acto, siendo la prohibición de la revictimización la justificación detrás de la exclusión de la sanción dentro del tipo penal de aborto sentimental.

Es necesario recalcar que este trabajo de investigación solo demuestra la problemática que existe frente a la insuficiencia en el supuesto de hecho del tipo

penal vigente de aborto sentimental, dado que, no incorpora o alberga los supuestos que consideren los casos de convivientes o parejas sentimentales, por tanto, resulta necesario que se profundice en el análisis de esta problemática empero desde la perspectiva de la coacción o inducción hacia el aborto sentimental instigado por convivientes o parejas sentimentales, siendo que, estos supuestos no se encuentran contemplados actualmente en el ordenamiento jurídico penal.

4.4. Propuesta de mejora

Propuesta Legislativa

Ley de modifica el código de ejecución penal

Artículo 1.- Determinar la modificación del decreto legislativo N° 635, en específico del artículo 120, inciso primero, del Código antes referido, mediante la incorporación dentro del supuesto de hecho de los elementos normativos: “dentro del matrimonio”, “unión de hecho propia” y “unión de hecho impropia”; en lo referido a la consecuencia jurídica, la misma debe de derogarse, así el tipo penal de aborto sentimental carecerá de marco penal, para así mejorar de manera ostensible la eficacia de la norma penal, además de reconocer su naturaleza como delito no punible.

Artículo 2.- Modifíquese el artículo 120 del código penal, de la siguiente forma:

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

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera **o dentro del matrimonio, unión de hecho propia o impropia**, así también, por medio de inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera **o dentro del matrimonio**, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente. [El resaltado representa de manera taxativa la ampliación del supuesto de hecho mediante la incorporación del elemento normativo fuera del matrimonio producto de la propuesta de modificatoria]

2. [...]

Artículo 3.- Modifíquese toda aquella prescripción que contradiga o sea incongruente con la presente modificación de la norma.

CONCLUSIONES

- Finalmente, se ha determinado que el tipo penal de aborto sentimental muestra claras incongruencias con la realidad social y la dogmática penal, ya que, no incluye los casos en los cuales es el cónyuge el autor de la violación precedente y todo ello porque dentro de la estructura típica se encuentra incrustado el elemento normativo “fuera del matrimonio”, el mismo que debe de ser ampliado e incluir de manera indubitable al matrimonio y otras figuras análogas, además de la ineficaz pena que entraña, lo cual, advierte de la necesaria reforma de este artículo del Código Penal.
- Se ha analizado que la consecuencia jurídica del tipo penal de aborto sentimental, entraña una incongruencia con la dogmática penal, debido a que por la naturaleza del tipo penal y el reducido marco penal que incorpora, genera que el marco penal no puede desplegar ningún efecto de la pena, ya que, su ínfimo marco penal no puede generar efectos intimidatorios y por otro lado, el supuesto de hecho impide que la pena que ostenta pueda integrarse con los valores éticos sociales, en consecuencia, el marco penal es inútil y fútil.
- Se ha logrado identificar que el supuesto de hecho del tipo penal de aborto sentimental, excluye de manera injustificada al cónyuge como posible autor de la violación precedente que genera el ulterior aborto, siendo que ello desdice la realidad social en la cual estamos sumergidos, por tanto, debe de ampliar el ámbito de aplicación de este tipo penal para que pueda subsumir todos los casos que se suscitan en la realidad, para ello, el elemento normativo “fuera del matrimonio” debe de ser modificado para incluir al vínculo uxorio dentro del referido elemento normativo.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda **publicar** los resultados de esta investigación en los foros académicos, sea estos a través de artículos de investigación, disertaciones, clases universitarias, entre otros.
- Se recomienda **tener cuidado con las consecuencias** de mal interpretar que artículo 120 del Código Penal se deba derogar porque representa inseguridad jurídica, lo cual es contraproducente.
- Se recomienda **llevar a adelante los resultados** obtenidos mediante la modificación mediante incorporación de textos al artículo 120, siendo de la siguiente manera:
 - “Artículo 120.- El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:
 1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera **o dentro del matrimonio, unión de hecho propia o impropia**, así también, por medio de inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera **o dentro del matrimonio**, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente. [El resaltado representa de manera taxativa la ampliación del supuesto de hecho mediante la incorporación del elemento normativo fuera del matrimonio producto de la propuesta de modificatoria]
 2. [...]
- Se recomienda el debido **adiestramiento** o capacitación a los operadores del derecho después de modificar mediante la incorporación de textos al artículo 120 del Código Penal sobre el concepto jurídico “dentro del matrimonio”.
- Se recomienda **llevar a cabo una nueva investigación** versado en formular alguna utilidad o efecto desplegado de las penas irrisorias que ostentan diversos tipos penales, en los cuales, solo se puede evidenciar una manifiesta política criminal simbólica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguila, G. Calderón, A. (2009). *El aeiou del Derecho Módulo Civil y Procesal Civil*. Lima-Perú: Editorial San Marcos E.I.R.L
- Aguilar, B. (2013). *Derecho de Familia*. Reimpresión. Perú: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Lima: Grijley.
- Arteaga, L. (2022). *El aborto sentimental por violación sexual en adolescentes y el derecho a la vida de la madre, Independencia, 2021*. [Tesis para optar el grado de maestro, Universidad César Vallejo].
https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/102001/Arteaga_SLR-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Bossert, G. & Zannoni, E. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. 6ª Edición. Buenos Aires-Argentina: Astrea.
- Bramont-Arias, L. & García, M. (1998). *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. 4ª Edición. Lima-Perú: Editorial San Marcos.
- Cabanellas, G. (1993) *Diccionario jurídico elemental nueva edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas De las Cuevas* (11º edición) Editorial Heliastia. Recuperado de:
<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmxwcm95ZWNo2RlanVyaXNwcnVkdW5jaWFjZnJlGd4OjczNTczNGVkmWZjMzM5Nzg>
- Cabanellas, G. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. 14º Edición. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L
- Caneva, H. (2019) *Disputas por el aborto en Argentina: Análisis crítico de discursos en dos organizaciones (2014-2016)*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional de la Plata Facultad de Humanidades y Ciencias de las Educación, Argentina].
http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/77915/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Casado, M. (2009) *Diccionario Jurídico*. Sexta Edición. Buenos Aires - Argentina: Valleta Ediciones.

- Castillo, A. (2019) *La prueba en el delito de violencia contra la mujer y el grupo familiar, criterios de valoración en casos de violencia de género y familiar*. Segunda Edición. Lima- Perú: Editores del Centro.
- Chanamé, R. (2009). *Comentarios a la Constitución*. 4ª Edición. Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
- Chanamé, R. (2012). *Diccionario Jurídico Términos y Conceptos*. 8ª Edición. Arequipa-Perú: Editorial Adrus S.R.L.
- Carlier, J. & Echeverria, M. (2019). *El aborto eugenésico en el Ecuador*. [Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad de Guayaquil, Ecuador].
<http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/39348/1/Jessica%20Carlier%20-%20Michael%20Echeverria%20-%2020001-2019.pdf>
- Carrera, C. (2019) *La penalización del aborto ético y/o sentimental afecta el derecho a la autodeterminación reproductiva en la jurisdicción de Huancavelica al 2016*. [Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad Nacional De Huancavelica]. [Http://Repositorio.Unh.Edu.Pe/Bitstream/Handle/Unh/2878/Tesis-2019-Derecho-Carrera%20salas.Pdf?Sequence=1&Isallowed=Y](http://Repositorio.Unh.Edu.Pe/Bitstream/Handle/Unh/2878/Tesis-2019-Derecho-Carrera%20salas.Pdf?Sequence=1&Isallowed=Y)
- Código Civil. (28/07/ 1984). Decreto Legislativo N° 295, disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>
- Código Penal argentino (27/08/1984). Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado). Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_arg_codigo_penal.htm
- Código Penal boliviano (10/03/1997) Ley 1768. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Bolivia.pdf
- Código Penal colombiano (04/07/2000) Ley 599. Recuperado de: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20130808_01.pdf
- Código Penal ecuatoriano (22/01/1971) Decreto Supremo N° 55. Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_penal.pdf

- Código Penal mexicano (26/06/2008) DOF 26-06-2008. Recuperado de: <https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Penal%20Federal%20Mexico.pdf>
- Código Penal panameño (15/04/2010) Ley 14 de 2010. Recuperado de: https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/uploads/2016/11/Texto-%C3%A9nico-del-C%C3%B3digo-Penal-2010.pdf
- Código Penal uruguayo (04/12/1993) Ley 9.155. Recuperado de: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>
- Código Penal venezolano (13/04/2015) G.O. 5768E. Recuperado de: <https://es.slideshare.net/heglesaudade/codigo-penal-45685581>
- Código Procesal Civil. (08/01/1993). Resolución Ministerial N° 10-93-10-JUS, disponible en: <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civil-per3.pdf>
- Constitución Política del Perú. (31/12/1993).
- Convención Americana de Derechos Humanos. (22/11/1969), disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/82C8F9A4E32C68070525755F00830687/\\$FILE/05_ConvencionAmericana.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/82C8F9A4E32C68070525755F00830687/$FILE/05_ConvencionAmericana.pdf)
- Corte Suprema de Justicia de la República. (05/09/1998). Casación N° 837-97-Lambayeque.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (06/02/2002). Casación N° 3001-2001-Lima.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (27/09/1999). Casación N° 3109-98-Cusco-Madre de Dios
- De la Cruz, M.& Mercadi, E. (2008) *El aborto terapéutico en Nicaragua: el dialogo como parte de la Solución al conflicto*, Revista de Acta Bioethica 2008; 14(1), 106-110. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2008000100014>
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (10/12/1948), disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Decreto Legislativo que modifica la Ley 30364. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo

- familiar (04/07/2018) Decreto Legislativo N° 1386, Recuperado de: <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-modifica-la-ley-n-30364-ley-para-p-decreto-legislativo-n-1386-1687393-4>.
- Erviti, J. (2005) *El Aborto entre mujeres pobres Cuernavaca*. México: Editorial Unam, Centro Regional De Investigaciones Multidisciplinarias.
- Espinoza, A. (2016). La invisibilidad jurídica de la familia andina en el norte de Chile. *Revista de Derecho*. Vol. XXIX - N° 1 - JUNIO 2016 Páginas 119-14019. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v29n1/art06.pdf>
- Ferrer, F. (1979). *Cuestiones de Derecho Civil (Familia y Sucesiones)*. Santa Fe-Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Gaceta Penal (2009) *Diccionario Penal Jurisprudencial, índice completo de figuras e instituciones penales, procesal penales y penitenciarias desarrolladas en la jurisprudencia*. Primera Edición. Lima-Perú: Gaceta Jurídica
- Gálvez, T (2017) *Medidas de coerción personales y reales en el proceso penal*, Lima-Perú: Ideas soluciones editorial S.A.C
- García, D. (2015). *La metodología de la investigación jurídica en el siglo XXI*. En W. Godínez & J. García (Coord.), *Metodologías: Enseñanza e investigación jurídicas. 40 años de vida académica-Homenaje a Jorge Witker*, (pp. 449-465). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gonzales, H. (2018) *La pena ha muerto*. Lima- Perú: Editorial A& C Ediciones.
- Gordon, B. (2022). *La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo producto de una violación sexual, frente al derecho a la seguridad jurídica*. [Tesis para optar el grado de maestro, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ecuador]. <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/15338/1/UI-MMP-EAC-011-2022.pdf>
- Guerra, R. (2020). *La prohibición del aborto sentimental por violación sexual y los derechos constitucionales en la mujer en el Perú 2019*.

[Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad Privada Antenor Orrego].

[http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/6596/1/REP_DERE_ROSA.GUERRA_PROHIBICI%
c3%93N.ABORTO.SENTIMENTAL.VIOLACI%
c3%93N.SEXUAL.DERECOS.CONSTITUCIONALES.MUJER.PER%
c3%9a.2019.pdf](http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/6596/1/REP_DERE_ROSA.GUERRA_PROHIBICI%c3%93N.ABORTO.SENTIMENTAL.VIOLACI%c3%93N.SEXUAL.DERECOS.CONSTITUCIONALES.MUJER.PER%c3%9a.2019.pdf)

Hildendorf, E. & Valverus, B. (2017) *Derecho Penal Parte General*. Traducción 2da Edición Alemana de Leandro A Días. Argentina: Editorial Ad Hoc.

<http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/786/EPG078-00032-01.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1607-050X2005000100002

Huanca, J. (2019). *Derecho a decidir de la mujer sobre su cuerpo y despenalización del aborto sentimental por violación sexual en Chimbote, 2017*. [Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad César Vallejo].

https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/26282/Huanc_a_OJK.pdf?sequence=4&isAllowed=y

Hurtado, J. (1994). *Manual de Derecho Penal Parte Especial II*. (1era ed.). Lima-Perú: Editorial Juris.

Irrazabal, M. (2015) *La religión en las decisiones sobre aborto no punible en la Argentina*, Revista de Estudios Feministas, 23 (5), 735-759. Recuperado de: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v23n3/0104-026X-ref-23-03-00735.pdf>

Iuridicas Escuela (15/06/20) ¿Qué es el aborto sentimental? Dra. Romy Chang [Facebook]. Recuperado de

<https://www.facebook.com/iuridicas/videos/296795728207592/>

Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*. España: Cuaderno Civitas.

Lujan, M. (2013) *Diccionario Penal y Procesal Penal*. Primera Edición. Lima-Perú: Gaceta Jurídica. Recuperado de:

https://drive.google.com/file/d/1WNfKpeI_5BsaP8CULY2ZXBgRNCPyh

nHn/view?fbclid=IwAR1q3EzHIPwxALrnmynVYkhX0k-E4shVicUS23q7Ncp4G12PiJnU69A-AWU

- Maffia, D. (2018) *El dilema moral del aborto*. Revista Pensar En Derecho, 12(02) 19-27. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/12/el-dilema-moral-del-aborto.pdf>
- Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica*. Lima: Universidad Pacífico-Centro de investigación.
- Medina-Quijano, Y. S. (2020). Despenalización del aborto en Colombia desde una perspectiva comparada y constitucional (Trabajo de Grado, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia). Recuperado en: <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/b3b8c2ea-f40b-4e48-8a2a-48d78c747f6f/content>
- Meini, I. (2015) *Lecciones de Derecho Penal- Parte General Teoría jurídica del delito*. Primera Reimpresión. Lima-Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ministerio de Justicia de Bolivia (2010) *Código Penal boliviano*. Bolivia: Editorial Jurídica Temis. Recuperado de: http://www.unodc.org/res/cld/document/bol/codigo-penal_html/Bolivia_Codigo_Penal.pdf
- Miró-Quesada Cantuarias, F. (2003). *Ratio interpretandi*. Lima-Perú: Editorial Universitaria, Universidad Ricardo Palma.
- Muñoz, F. (2007). *Teoría general del Delito*. 4ª Edición. Valencia: Tirant to Blanch.
- Nieto, J.& Quispe R. (2019) *La penalización del aborto en el Código Penal peruano y los derechos de la mujer víctima de violación sexual, en la ciudad de Huancayo 2018* (Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad Peruana los Andes, Junín, Perú). Recuperado de: <http://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/UPLA/1443/NIETO%20C HILENO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Organización Mundial de la Salud (2014) *Del concepto a la medición: la aplicación práctica de la definición de aborto peligroso utilizada en la*

- OMS [web- OMS]. Recuperado de:
<https://www.who.int/bulletin/volumes/92/3/14-136333/es/>
- Ossandon, M. (2012) *Aborto y Justificación*, *Revista chilena Derecho* 39(08), 325-369. Recuperado de:
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v39n2/art06.pdf>
- Pablo, A. (2012) *Violación, aborto y las palabras de la ley*, *Revista Pensar en Derecho Universidad De Palermo* 01(08), 301- 330. Recuperado de:
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/violacion-aborto-y-las-palabras-de-la-ley.pdf>
- Página Web Ius 360 (13/08/2018) *El aborto en el Perú: un alcance internacional en materia de derechos sexuales y reproductivos*. Recopilado de:
https://ius360.com/columnas/el-aborto-en-el-peru-un-alcance-internacional-en-materia-de-derechos-sexuales-y-reproductivos/#_ftn1
- Peña, A. (2005) *Derecho Penal peruano teoría general de la imputación del delito*. Lima-Perú: Editorial Rodhas.
- Peña, A. (2009) *La evolución epistemológica del juicio de reproche personal. y La culpabilidad y su tratamiento en el Código Penal*. En *gaceta jurídica, El Derecho Penal y Procesal Penal en la Constitución*. (pp. 9-56). Lima-Perú: Editorial Gaceta Jurídica.
- Peña, A. (2017) *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*. 1era Edición. Lima-Perú: Editorial Gaceta Jurídica.
- Peña, A. (2018) *Derecho Penal Parte Especial. Tomo I*. Quinta Edición. Lima Perú: Editorial Idemsa.
- Plácido, A. (2002). *Manual de Derecho de Familia un nuevo enfoque del estudio del Derecho de Familia*. 2ª Edición. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Prado, V. (2017) *Derecho Penal Parte Especial: los delitos*. Lima-Perú: Fondo Editorial la católica.
- Promsex (2014) *La despenalización del aborto en casos de violación sexual: Argumentos para su realización*, Lima-Perú. Recopilado de:
<https://promsex.org/wp-content/uploads/2015/01/ArgumentosDespenalizacion.pdf>

- Quijano, Y. S. M. (s/f). *Despenalización del aborto en Colombia desde una perspectiva comparada y constitucional*. [Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad Católica de Colombia, Colombia].
<https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/b3b8c2eaf40b-4e48-8a2a-48d78c747f6f/content>
- Quilachamin, D. (2019). *La despenalización del aborto en casos de violación sexual a una mujer lúcida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. [Tesis para optar el título profesional de abogado, Pontificia Universidad del Ecuador, Ecuador].
<http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/17749/LA%20DESPENALIZACION%20DEL%20ABORTO%20EN%20CASOS%20DE%20VIOLACION%20SEXUAL%20A%20UNA%20MUJER%20LUCIDA%20EN%20EL%20ORDENAMIENTO%20JURIDICO%20ECUATORIANO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Reategui, J. (2015) *Manual de Derecho Penal. Parte Especial delitos contra la vida, contra el patrimonio y otros*. Primera Edición. Lima- Perú: Editorial Pacifico.
- Reglamento de la Ley N° 30364. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP (07/03/2019). Decreto Supremo N° 004-2019MIMP. Recuperado de:
https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/03/modificaci%C3%B3n-de-reglamento-de-ley-30364-Legis.pe_.pdf
- Romero, I. (2005) *El aborto clandestino en el Perú una aproximación desde los derechos humanos*. Lima Perú: Editorial Flora Tristan.
- Salazar, N. (2020) *Comentarios sistemáticos y desarrollo jurisprudencial al Código Penal Peruano- Una nueva interpretación a partir de la teoría de la infracción del deber*. Volumen 1. Lima- Perú: Editorial Editores del Centro.
- Salinas, R. (2008) *Derecho Penal Parte Especial*. Tercera Edición. Lima- Perú: Editorial Iustitia & Editorial Grijley.

- Salinas, R. (2018) *Derecho Penal Parte Especial*. Volumen 1. Séptima Edición. Lima-Perú: Editorial Iustitia.
- Sosa, E. (2013) *Determinación judicial de la pena reincidencia y habitualidad a propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 300076*. Revista Gaceta Penal 51(07), 11-27. Recuperado de: <https://cirocancho.pe/wp-content/themes/cirocancho/descargas/determinacionjudicialdelapena/Lecturas/OR%C3%89%20SOSA-DETERMINACI%C3%93N%20JUDICIAL%20DE%20LA%20PENA.pdf>
- Staff Actualidad Penal (2019) *Código Penal & Nuevo Código Procesal peruano*. Cuarta edición. Lima-Perú: Editorial Instituto Pacifico.
- Taracena R. (2005) *El aborto a debate. Análisis de los argumentos de liberales y conservadores*. Revistas Desacatos, 17(15), 15 – 32. Recuperado de:
- Tribunal Constitucional de Colombia (10/05/2006) Sentencia C-355. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>
- Tribunal Constitucional de España (11/04/1985) Sentencia 53/1985, Recuperado de: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/433#complete_resolucion
- Tribunal Constitucional peruano (03/06/2005) Sentencia No. 0050-2004-AI/TC. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional peruano (11/02/2009) Sentencia N° 05527-2008-PHC/TC, Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05527-2008-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (14/04/2000). Expediente N° 00498-1999-AA. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/00498-1999-AA.html>
- Tribunal Constitucional. (24/10/2004). Expediente N° 2868-2004-AA. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/jurisprudencia/02868-2004-AA.html>

- Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- Valverde, J. & Valverde. M. (2019). *El aborto sentimental y vulneración al principio de igualdad*. [Tesis para optar el bachiller en derecho, Universidad Privada de Trujillo].
<http://repositorio.uprit.edu.pe/bitstream/handle/UPRIT/207/VALVERDE%20MATIAS%20TIRZO%20JESSE%20-%20VALVERDE%20MATIAS%20JULIO%20ROMAN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Velázquez, A. & Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Lima: Editorial San Marcos.
- Villa, J. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal Parte General*. 1ª Edición. Lima: Editora y Librería Grijley EIRL.
- Villavicencio, F. (2014). *Derecho Penal Parte Especial*. Volumen I. Lima: Editora Jurídica Grijley EIRL.
- Villavicencio, F. (2019) *Derecho Penal Parte General*. Decima reimpresión. Lima-Perú: Editorial Grijley.
- Vivanco, P. (2017). Fundamentos para una concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú) recuperado de:
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9860/Vivanco_Nu%c3%b1ez_Fundamentos_concepci%c3%b3n_justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Welzel, H (1956) *Derecho Penal parte general traducción de Carlos Fontan Balestra*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor. Recuperado de:
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/Legis.pe-Derecho-penal.-Parte-general-Hans-Welzel.pdf>
- Witker, J. & Larios, R. (1997). *Metodología jurídica*. México: MacGraw-Hill.

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL		
¿De qué manera el elemento normativo “dentro del matrimonio” influye en el tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano?	Analizar la manera en que el elemento normativo “dentro del matrimonio” influye en el tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano.	El elemento normativo “dentro del matrimonio” influye positivamente en el tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano.	<p>Categoría 1 Tipo penal de aborto sentimental</p> <p>Subcategorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Supuestos de hecho. • Consecuencia jurídica. 	<p>Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica Cualitativa teórica e iuspositivista</p> <p>Metodología paradigmática Propositiva</p> <p>Diseño del método paradigmático</p> <p>a. Escenario de estudio Ordenamiento jurídico peruano</p>
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS		
¿De qué manera el elemento normativo “dentro del matrimonio” influye en la consecuencia jurídica del tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano?	Identificar la manera en que el elemento normativo “dentro del matrimonio” influye en la consecuencia jurídica del tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano.	El elemento normativo “dentro del matrimonio” influye positivamente en la consecuencia jurídica del tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano.	<p>Categoría 2 El elemento normativo “dentro del matrimonio”</p> <p>Subcategorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Matrimonio. • Elemento normativo. • Elemento descriptivo. 	<p>b. Caracterización de sujetos o fenómenos Sujetos: Categoría 1 y 2, siendo tipo penal de aborto sentimental y elemento normativo dentro del matrimonio</p> <p>c. Técnica e instrumento Investigación documental mediante fichas textuales y de resumen</p> <p>d. Tratamiento de la información Los datos se procesarán mediante la argumentación jurídica.</p>
¿De qué manera el elemento normativo “dentro del matrimonio” influye en el supuesto de hecho del tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano?	Determinar la manera en que el elemento normativo “dentro del matrimonio” influye en el supuesto de hecho del tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano.	El elemento normativo “dentro del matrimonio” influye positivamente en el supuesto de hecho del tipo penal de aborto sentimental dentro del ordenamiento jurídico peruano.		<p>e. Rigor científico Al ser iuspositivista se debe alejar de cualquier argumento moral, social o filosófico, sino que debe centrarse en argumentos normativos y doctrinarios estándar que promuevan la mejora del artículo 120 del Código Penal</p>

Anexo 2: Matriz de operacionalización de categorías

Categorías	Sub-Categorías	Indicadores	Items	Escala instrumento
Tipo penal de aborto sentimental	Supuesto de hecho	Al ser una investigación cualitativa teórica jurídica de corte propositivo, se prescinde de indicadores, ítems y la escala de los instrumentos de recolección de datos, pues estas categorías solo se utilizan cuando se hace un trabajo de campo		
	Consecuencia jurídica.			
El elemento normativo “dentro del matrimonio”	Matrimonio			
	Elemento normativo			
	Elemento descriptivo			

Anexo 3: Matriz de la operacionalización del instrumento

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 4: Instrumento de recolección de datos

Se han utilizado una serie de fichas textuales y de resumen, por lo que se pondrá en evidencia alguna de ellas:

FICHA TEXTUAL: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

“.....

” [Transcripción literal del texto]

FICHA RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

.....

 [Resumen de lo analizado, sea de uno, dos, tres o n párrafos]

Si ya detallamos que la información va a ser recolectada a través de la ficha textual, de resumen y bibliográfica; también debemos precisar que esta no va a ser suficiente para la realización de la investigación, en ese sentido vamos a emplear un análisis formalizado o de contenido, con el objeto de reducir la subjetividad que se forma al interpretar cada uno de los textos, por ello, nos disponemos a analizar las propiedades exclusivas e importantes de las variables en estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente. (Velázquez & Rey, 2010, p. 184) Por lo mismo, se recolectó de la siguiente manera (a manera de ejemplo, pues las fichas y su correcta transcripción está en las bases teóricas):

FICHA TEXTUAL: Raíz de la realidad practica del delito de Aborto Sentimental

DATOS GENERALES: Peña, A. (2017) Delitos Contra la Vida, El cuerpo y la Salud. 1era Edición. Lima- Perú: Editorial Gaceta Jurídica. Página 302

CONTENIDO: “(...) debe suprimirse la desafortunada e injustificada excepción de que este no procede ante violaciones dentro del matrimonio, en la medida que dicho acto criminal merece igual reprobación, sea cometido por un tercero o por el marido de la víctima, de igual forma, se habrá vulnerado el bien jurídico protegido; por el contrario, un acto así concebido merece una mayor reprobación social y jurídica (...)”

FICHA RESUMEN: La inexigibilidad dentro del delito de Aborto Sentimental

DATOS GENERALES Hurtado, J. (1994). Manual de Derecho Penal Parte Especial II. (1era ed.). Lima-Perú: Editorial Juris. Página 309

CONTENIDO: “que existe conflicto de intereses que no puede ser amparado bajo una causa de justificación, sino bajo los esquemas de un estado de inexigibilidad, la vida, en formación y la libertad de la gestante de elegir cuando salir embarazada. Esta libertad es completada por la libertad de la mujer a escoger el padre biológico de su futuro hijo”

FICHA TEXTUAL: El sujeto activo dentro del tipo penal de Aborto Sentimental

DATOS GENERALES: Salinas, R. (2008) Derecho Penal Parte Especial. Tercera Edición. Lima- Perú: Editorial Iustitia & Editorial Grijley. Página 161.

CONTENIDO: “(...) sujeto activo puede recaer en cualquier persona que practique el aborto privilegiado, siempre que exista el consentimiento o autorización de la gestante y que por su parte la embarazada que presto su consentimiento también se constituye en sujeto activo del delito de aborto privilegiado y será sancionada en su calidad de coautora. (...)”

Anexo 5: Validación de expertos del instrumento

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 6: Solicitud dirigida a la entidad donde recolectó los datos

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 7: Documento de aceptación por parte de la entidad donde recolectará los datos

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 8: Consentimiento o asentimiento informado de las personas encuestadas o entrevistadas

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 9: Constancia de que se aplicó el instrumento de recolección de datos

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 10: Evidencias fotográficas

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 11: Declaración de autoría

En la fecha, yo Sheyla Diana Vilca Coa, identificado con DNI N° 74659131, domiciliado en Jr. Amazonita N°250 – El Tambo - Huancayo, bachiller de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “EL ELEMENTO NORMATIVO “DENTRO DEL MATRIMONIO” PARA LA MEJORA DEL TIPO PENAL DE ABORTO SENTIMENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 26 de marzo de 2024



DNI N° 74659131

Sheyla Diana Vilca Coa