



**DEPARTAMENTO DE DERECHO Y CIENCIA
POLÍTICA**

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**ANÁLISIS DE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN LOS
DELITOS DE ABORTO**

Tesis presentada por el Bachiller en Derecho:

DAVID ANDRE CONTRERAS PUELLES

Para optar el título profesional de Abogado

Asesor: Mg. Percy Vladimiro Bedoya Perales

AREQUIPA, 2026

Trabajo de Titulación

INFORME DE ORIGINALIDAD

26% INDICE DE SIMILITUD	25% FUENTES DE INTERNET	13% PUBLICACIONES	11% TRABAJOS DEL ESTUDIANTE
-----------------------------------	-----------------------------------	-----------------------------	---------------------------------------

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	3%
2	qdoc.tips Fuente de Internet	1%
3	idoc.pub Fuente de Internet	1%
4	ojs.austral.edu.ar Fuente de Internet	1%
5	issuu.com Fuente de Internet	1%
6	repositorio.udch.edu.pe Fuente de Internet	1%
7	doku.pub Fuente de Internet	1%
8	vsip.info Fuente de Internet	<1%
9	repositorio.usmp.edu.pe Fuente de Internet	<1%
10	estudioderechoylibertad.com Fuente de Internet	<1%
11	prezi.com Fuente de Internet	<1%
12	www.tc.gob.pe Fuente de Internet	<1%

Dedicatoria

A Dios, por dar sentido y esperanza a mi vida.

A mi futura esposa y a mis futuros hijos, porque sé que llenarán mis días de alegría.

A mis padres, cuyo ejemplo ha guiado siempre mi camino; a mis hermanos, cuya simple compañía hace mis días más felices; a mi abuela, que me alentó desde pequeño; y a todos los amigos que me acompañaron a lo largo de mi desarrollo profesional.

ÍNDICE

1. CAPÍTULO I – APROXIMACIÓN AL ABORTO	8
1.1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL ABORTO.....	8
1.2. EL ABORTO EN EL PERÚ.....	9
1.2.1. LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO EN EL PERÚ.....	9
1.2.2. EL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE ABORTO	12
1.2.3. EL INICIO DE LA VIDA: UN DEBATE MULTIDISCIPLINARIO.....	16
2. CAPÍTULO II – EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE DE LA POLÍTICA CRIMINAL.....	19
2.1 CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN ABSTRACTA DE LA PENA.	22
2.1.1. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN ABSTRACTA DE LA PENA.	22
2.1.2. LOS FINES DE LA PENA COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN ABSTRACTA DE LA PENA	28
3. CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN LOS DELITOS DE ABOTO	33
3.1. ANALISIS DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA DE ACUERDO AL BIEN JURÍDICO TUTELADO.	33
3.1.1. LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO DE PRIMER ORDEN	33
3.1.2. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA PENA CON OTROS DELITOS	35
3.1.2.1. COMPARACIÓN CON DELITOS QUE TUTELAN LA VIDA INDEPENDIENTE	36
3.1.2.2. COMPARACIÓN CON DELITOS QUE TUTELAN LA INTEGRIDAD PERSONAL	39
3.1.2.3. COMPARACIÓN CON DELITOS QUE TUTELAN BIENES JURÍDICOS DE MENOR IMPORTANCIA	40
3.2. ANÁLISIS DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA DE ACUERDO A LOS FINES DE LA PENA.....	42
3.2.1. PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA	42
3.2.1.1. FACTORES DETERMINANTES DE LA DISUASIÓN PENAL	43
3.2.1.1.1. LA DUREZA DEL CASTIGO	43
3.2.1.1.2. LA CERTEZA DEL CASTIGO.....	44
3.2.1.1.3. LA CELERIDAD CON LA QUE SE IMPONE LA SANCIÓN.	47
3.2.2. PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA.....	50
3.2.3. PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA.....	52
4. CAPÍTULO IV: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DESPROPORCIONALIDAD DE LA PENA.....	52
4.1. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY.....	53

4.2.	INEFICACIA PREVENTIVA DEL SISTEMA PENAL.....	55
4.3.	INADECUADA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO VIDA.....	57
5.	CAPITULO V: PROPUESTAS PARA UNA REFORMA LEGISLATIVA	58
5.1.	MODIFICACIÓN DEL QUANTUM DE LAS PENAS.....	58
5.2.	REFORMA PROCESAL	60
5.3.	MEDIDAS COMPLEMENTARIAS DE PREVENCIÓN Y APOYO	61
6.	CONCLUSIONES	62

RESUMEN

La presente investigación examina la proporcionalidad de las penas aplicables a los delitos de aborto en el Perú, desde la óptica de los fines de la pena y la relevancia del bien jurídico protegido. A partir del reconocimiento de la vida prenatal como un bien jurídico de máxima jerarquía, se evidencia una contradicción normativa al compararse con otros delitos que tutelan bienes de menor entidad, pero que reciben penas iguales o incluso más severas. Asimismo, el estudio advierte deficiencias en la eficacia de la función preventiva de la pena, sustentadas en datos empíricos que muestran su limitada aplicación en la práctica. Se concluye, en consecuencia, que la actual configuración punitiva resulta desproporcionada frente al valor del bien jurídico tutelado, lo que evidencia la necesidad de una reforma legislativa orientada a asegurar coherencia penal y respeto al principio de proporcionalidad.

Aborto – proporcionalidad - bien jurídico – fines de la pena – racionalidad legislativa

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación aborda un análisis crítico de la proporcionalidad de las penas en los delitos de aborto en el ordenamiento jurídico peruano. Este estudio se enmarca en el ámbito del Derecho Penal.

El punto de partida de esta investigación no se centra en la disyuntiva sobre la penalización o despenalización del aborto ni mucho menos sentar una postura moral acerca del aborto — debate que trasciende los objetivos del presente trabajo—, sino que parte de la premisa fáctica de que el Estado peruano ha optado por sancionar penalmente diversas modalidades de aborto. Desde esta constatación, el trabajo evalúa si las penas establecidas para estos delitos son coherentes con los fines constitucionales de la pena y proporcionales a la relevancia del bien jurídico protegido: la vida prenatal.

Esta investigación adquiere particular relevancia en un contexto regional donde diversos países latinoamericanos han experimentado reformas significativas en la regulación jurídica del aborto, mientras que Perú ha mantenido inalteradas las modalidades delictivas y sus penas desde la entrada en vigor del Código Penal en 1991. Esta inmovilidad legislativa contrasta con la evolución del derecho comparado y la dinámica social, haciendo necesario un análisis crítico del marco normativo vigente.

El objetivo general de la investigación es analizar la proporcionalidad de la pena en los delitos del aborto considerando los criterios de determinación abstracta de la pena: el derecho a la vida como bien jurídico tutelado y los fines de la pena establecidos en el ordenamiento jurídico peruano. De este objetivo principal se desprenden objetivos específicos orientados a evaluar la idoneidad de las penas actuales desde la perspectiva de la prevención general y especial, así como en comparación con delitos que afectan bienes jurídicos de similar o menor jerarquía constitucional.

La hipótesis que guía este trabajo postula que la pena actualmente establecida para los delitos de aborto en el Código Penal peruano no es proporcional a la importancia del bien jurídico tutelado, evidenciando una desprotección del derecho a la vida prenatal. Esta hipótesis será contrastada mediante una metodología que comprende un análisis dogmático, exegético y

comparativo de las normas jurídicas pertinentes, con especial atención a los principios constitucionales que deben orientar la determinación de las penas.

La estructura de la investigación comprende, en primer lugar, una aproximación dogmática e histórica del aborto, así como su regulación. Luego, se explora los fundamentos del principio de proporcionalidad como límite de la política criminal, los criterios para la determinación abstracta de la pena (el bien jurídico tutelado y los fines de la pena. Posteriormente, se desarrolla el análisis de la proporcionalidad de la pena en los delitos de aborto desde la perspectiva del bien jurídico tutelado y de los fines de la pena (prevención general y especial). Finalmente, se evalúan las consecuencias jurídicas de la desproporcionalidad identificada y se formulan propuestas de reforma legislativa orientadas a corregir las deficiencias del sistema actual.

Esta investigación busca contribuir al debate académico sobre la racionalidad del sistema punitivo peruano, aportando un análisis riguroso sobre la coherencia interna del ordenamiento jurídico en la protección de bienes jurídicos fundamentales, y proponiendo alternativas legislativas que garanticen una tutela efectiva del derecho a la vida en todas sus manifestaciones.

1. CAPÍTULO I – APROXIMACIÓN AL ABORTO

1.1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL ABORTO

Para comprender adecuadamente la complejidad del fenómeno jurídico-penal del aborto en el ordenamiento peruano contemporáneo, primero resulta imprescindible examinar su evolución histórica que nos ayudará a comprender las bases valorativas que sustentan las decisiones legislativas contemporáneas.

El aborto, entendido como la interrupción del embarazo, es una práctica conocida desde los orígenes de la humanidad. En la Antigua Grecia, filósofos de la talla de Platón y Aristóteles lo consideraban aceptable bajo ciertas circunstancias, como el incesto o el control del tamaño familiar, además, se creía que el feto era parte del cuerpo de la madre¹. Entonces el feto carecía de autonomía ontológica propia.

Con el paso del tiempo, la concepción del aborto experimentó cambios significativos. En 1869, el Papa Pío IX afirmó que el alma está presente desde la concepción, considerando al embrión una persona humana desde ese momento. Paralelamente, los avances en derechos humanos —especialmente el de las mujeres—, generó un nuevo enfoque normativo que, en varios países, llevó a la protección legal del aborto². Esta evolución doctrinal marcó un punto de inflexión hacia una protección más estricta de la vida prenatal.

Durante el siglo XX, los movimientos feministas desempeñaron un papel determinante en la promoción de reformas legislativas orientadas hacia la legalización del aborto³. Estos movimientos articularon argumentos centrados en la autonomía reproductiva de la mujer y su derecho a decidir sobre su propio cuerpo, configurando un paradigma que priorizaba los derechos de la gestante por encima de la protección del nasciturus. Como resultado de estas presiones sociales y políticas, diversos países comenzaron a introducir normativas permisivas del aborto.

¹ CFR. M., GUTIÉRREZ RAMOS, “Controversias éticas en la atención del aborto, fertilización in vitro y anticoncepción en la mujer”, *Rev. Perú. ginecol. obstet.*, Vol. 69, N° 2, 2023, p. 2.

² CFR. *Ibidem*.

³ CFR. R. ACCOSSATTO & L. MARUCCI, “Profesionales de la salud a favor del aborto en Argentina: entre el derecho y la clandestinidad institucional”, *Íconos*, N° 81, 2025, p. 116.

Esta evolución legislativa supuso el desarrollo de dos modelos principales de regulación: el Sistema de Indicaciones y el Sistema de Plazos. El primero despenaliza el aborto únicamente en supuestos específicos previamente determinados por la ley, mientras que el segundo autoriza la interrupción del embarazo dentro de un plazo establecido, sin necesidad de justificar una causa específica.

En ese contexto, en América Latina, el panorama normativo evidencia una tendencia gradual hacia la liberalización de las leyes sobre el aborto. Se destaca Argentina, donde la Ley N.º 27.610 permite la interrupción voluntaria del embarazo hasta la semana catorce de gestación. En Bolivia, la reforma del Código Penal de 2017 amplió las causales de despenalización durante las ocho semanas. En México y Cuba se permite la interrupción del embarazo hasta la semana doce de gestación. Asimismo, países como Ecuador, Chile y Panamá reconocen la interrupción del embarazo en casos de violación, malformación fetal grave o riesgo para la vida o salud de la gestante⁴.

Este panorama regional de progresiva flexibilización contrasta con la postura asumida históricamente por el Estado peruano, cuyo marco legal mantiene una regulación restrictiva y limitada a supuestos excepcionales. A continuación, se desarrollará el tratamiento jurídico del aborto en el Perú, examinando sus fundamentos históricos.

1.2. EL ABORTO EN EL PERÚ.

1.2.1. LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO EN EL PERÚ

El contexto sociocultural peruano refleja una marcada resistencia social hacia la despenalización del aborto. Según una encuesta realizada en 2022, solo el 31 % de los encuestados se mostraron a favor de permitirlo en todas o la mayoría de circunstancias⁵. Este dato evidencia la persistencia de una cultura que prioriza la protección de la vida prenatal y que, en parte, explica la continuidad de su criminalización en el ordenamiento penal.

⁴ CFR. O. ISIDRO DE LOS SANTOS & F. ÁVILA HERNÁNDEZ, “El derecho a la vida y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la eutanasia, el suicidio asistido y el aborto”, *Estudios Constitucionales*, Vol. 22, Núm. 2, pp. 177-178.

⁵ CFR. K. V. VILLAR, ET ALLÍ, “Percepciones y Prácticas con Relación al Aborto entre Proveedores de Medicina Tradicional en Perú”, *International and Multidisciplinary Journal of Social Sciences*, Vol. 13, Número 2, p. 116.

La tendencia punitiva del aborto tiene raíces profundas en la historia legislativa del país. En el Código Penal de 1862, los artículos 243 al 245 tipificaban diversas modalidades de aborto, configurando un sistema de sanciones que ya expresaba su condición de conducta penalmente reprochable como se evidencia a continuación:

TIPO	PENA	DURACIÓN
Art. 243 - Autoaborto	Reclusión en cuarto grado	4 años
Art. 244 - Aborto no consentido	Cárcel en cuarto grado	4 años
Art. 244 - Aborto consentido	Cárcel de tercer grado	3 años
Art. 244 - Aborto preterintencional	Cárcel de segundo grado	2 años
Art. 245 - Aborto por la calidad del sujeto	Cárcel en quinto grado	5 años

Asimismo, en el Código Penal de 1862 se contemplaba circunstancias atenuantes que evidenciaban cierta comprensión de los factores sociales involucrados. El artículo 243 reducía la pena a reclusión de tercer grado –3 años– cuando el autoaborto era cometido por una persona “de buena fama” y motivado por “el temor de que se descubra su fragilidad”. Asimismo, el artículo 245 sancionaba con cárcel de tercer grado –3 años– a quienes fabricaran o expendieran sustancias destinadas a causar aborto, evidenciando una política integral de desaliento de estas prácticas.

Posteriormente, el Código Penal de 1921 mantuvo la estructura punitiva, ubicando las figuras delictivas del aborto en los artículos 159 al 164, con el siguiente régimen sancionador:

TIPO	PENA
Art. 159 - Autoaborto	Prisión no mayor de 4 años.
Art. 160 - Aborto consentido	Penitenciaría no mayor de 4 años o prisión no mayor de 2 años. Hasta 6 años si sobreviene muerte de la mujer con previsibilidad del resultado.

Art. 161 - Aborto sin consentimiento	Penitenciaría no menor de 3 ni mayor de 10 años. No menor de 5 años si sobreviene muerte con previsibilidad.
Art. 162 - Aborto por la calidad del sujeto	Además de la pena, se impondrá inhabilitación especial por un tiempo no menor de cinco años.
Art. 164 - Aborto preterintencional	No mayor de 2 años.

Cabe destacar que el artículo 163 de dicho cuerpo normativo establecía que no era reprimible el aborto practicado por un médico con consentimiento de la mujer encinta cuando no existía otro medio para salvar su vida o evitar un mal grave a su salud. Asimismo, se agravaba la pena cuando como consecuencia del aborto sobreviniera la muerte de la gestante.

El Código Penal vigente, promulgado en 1991, siguiendo la normativa anterior, estableció una cláusula exculpatoria que es la modalidad del “aborto terapéutico” prevista en el artículo 119. Al respecto, SUÁREZ GÓMEZ indica que esta disposición “estableció la despenalización tanto para el profesional médico como para la mujer, cuando se trate del aborto terapéutico, siempre y cuando sea el único medio para salvar su vida o para evitar un mal grave y permanente en su salud”⁶.

Esta excepción opera bajo dos fundamentos jurídicos diferenciados: cuando se evita la lesión a la vida materna, nos encontramos ante la figura del estado de necesidad exculpante; mientras que cuando se busca salvaguardar la integridad de la mujer, estamos ante un supuesto de despenalización conforme al Sistema de Indicaciones.

Las restantes modalidades delictivas de aborto permanecen penalizadas en el Capítulo II del Título I del Código Penal, artículos 114° al 120°, estableciendo el siguiente régimen sancionador:

TIPO	MODALIDAD	PENA
Art. 114.- Autoaborto	La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique.	No mayor de 2 años o prestación de servicio comunitarios.

⁶ M., SUAREZ GÓMEZ, “El aborto terapéutico en América Latina. Especial mención a Perú”, *Gobierno y Gestión Pública*, Vol. 3, N° 1, Lima, 2016, p. 74.

Art. 115.- Aborto consentido	El que causa el aborto con el consentimiento de la gestante.	No menor de 1 ni mayor de 4 años. No menor de 2 ni mayor de 5 años si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado.
Art. 116.- Aborto sin consentimiento	El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento	No menor de 3 ni mayor de 5 años No menor de 5 ni mayor de 10 años si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado.
Artículo 117.- Agravación de la pena por la calidad del sujeto	El médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia o arte para causar el aborto	Pena de los artículos 115 y 116 e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4 y 8.
Art. 118.- Aborto preterintencional	El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo	No mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de 52 a 104 jornadas.
Art. 120.- Aborto sentimental y eugenésico	1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente. 2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.	No mayor de 3 meses.

Un aspecto particularmente revelador de la política criminal peruana es que, desde la entrada en vigor del Código Penal de 1991, no se ha realizado modificación alguna a las modalidades delictivas ni a las penas previstas para estos delitos, pese a que otras categorías delictivas — como los delitos patrimoniales, contra la seguridad pública o incluso otros contra la vida— han experimentado múltiples reformas en sus tipos penales y marcos sancionadores. Esta inmovilidad legislativa debe ser analizada críticamente en términos de coherencia del sistema punitivo y adecuación al principio de proporcionalidad.

1.2.2. EL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE ABORTO

Ahora bien, la identificación precisa del bien jurídico tutelado en los delitos de aborto constituye un aspecto fundamental para analizar la proporcionalidad de las penas al establecer los parámetros valorativos que deben orientar la graduación de las sanciones y la coherencia del sistema punitivo. Por tanto, resulta imprescindible examinar las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales que han abordado esta cuestión, con el propósito de establecer una base teórica sólida para el posterior análisis de proporcionalidad.

La doctrina ha desarrollado diversas aproximaciones teóricas para determinar el bien jurídico tutelado en los delitos de aborto, reflejando la complejidad valorativa inherente a esta materia.

Al respecto, LAURENZO COPELLO advierte que un importante sector de la doctrina no circunscribe el objeto de tutela del delito de aborto a un único bien jurídico, sino que lo extiende a un conjunto de intereses diversos. Según esta perspectiva, los delitos de aborto protegerían simultáneamente: el interés demográfico del Estado, la vida e integridad física de la mujer, y la esperanza de vida del nasciturus. Esta posición refleja una comprensión compleja del fenómeno del aborto, que involucra múltiples dimensiones valorativas y diversos titulares de intereses jurídicamente relevantes⁷.

Por otra parte, algún sector relevante de la doctrina establece una distinción conceptual fundamental entre vida dependiente y vida independiente. Es así que, NÚÑEZ PAZ recoge la posición de GONZÁLEZ RUS, quien sostiene:

“Se distingue entre vida humana dependiente (aborto) y vida humana independiente (homicidio) y se asignan penas de menor gravedad en el primer caso respecto al segundo. La calificación de la vida como humana y como dependiente o independiente depende de criterios valorativos; son estos los que explican por qué la protección del nasciturus es menor que la del nacido y por qué no se considera digno de protección penal a quien todavía conserva actividad fisiológica, ya que el concepto legal de muerte demuestra que, aunque existan funciones biológicas, ya no

⁷ CFR. P. LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, Bosch, Cataluña, 1990, p. 61.

hay vida humana digna de protección (muerte cerebral); de este modo, la vida humana es más que un proceso puramente biológico”⁸.

Esta distinción doctrinaria, sin embargo, debe ser sometida a un análisis crítico a la luz de los avances científicos contemporáneos. La evidencia médica actual cuestiona la premisa de ausencia de actividad cerebral en el feto que subyace a esta distinción. Las investigaciones médicas realizadas por los doctores S. KIZER Y H. VANEGAS demuestran que:

“El desarrollo del sistema nervioso central del feto es progresivo en organicidad y funcionamiento. No es probable, debido a ello, que el feto sienta dolor antes de la semana 20 y quizás podría, dado el desarrollo más avanzado de su fisiología, comenzar a sentir dolor entre las semanas 22 y 26. (...) El feto en la semana 37 tiene un grado de madurez parecido al de un neonato de pocos días de nacido”⁹.

En concordancia con esta evidencia científica, FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO plantea una crítica basada en la fragmentación del derecho a la vida según el momento del desarrollo humano:

“No parece razonable suscribir una concepción del derecho a la vida que se desdobra en dos, dependiendo del supuesto titular: si ha nacido (...) y si no ha nacido (...). Los derechos constitucionales deben significar lo mismo para todas las personas”¹⁰.

En este contexto, LAURENZO COPELLO indica que el término “dependiente” constituye únicamente una característica añadida, pero que el bien jurídico de referencia continúa siendo la vida. Además, propone una aproximación terminológica más precisa:

“La opinión ampliamente mayoritaria se refiere a la vida humana como bien jurídico protegido por el delito de aborto, si bien no son pocos quienes le añaden la característica de “dependiente” para diferenciarla de la vida de las personas -ser

⁸ M. A. NUÑEZ PAZ, *Interrupción voluntaria de la vida humana*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 111.

⁹ S. KIZER Y H. VANEGAS, “¿Siente dolor el feto?”, *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, Vol. 76, N° 2, Caracas, 2016, p. 131.

¹⁰ R. FIGUEROA GARCIA-HUIDOBRO, “Concepto de derecho a la vida”, *Ius et Praxis*, vol.14, n.1, Maule, 2008, p. 278.

humano nacido- protegida por las figuras del homicidio. Sin poner en duda el importante salto cualitativo que se produce con el nacimiento, el término “dependiente” no parece, sin embargo, el más acertado (...) Más adecuada se presenta, en cambio, la referencia a la vida prenatal que proponen otros autores para identificar de forma precisa el momento del desarrollo vital del ser humano al que se vincula el delito de aborto”¹¹.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional española ha abordado esta cuestión en términos que resultan ilustrativos para el presente análisis. El Tribunal Constitucional Español ha establecido lo siguiente:

“Dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana”¹².

Por su parte, en el ordenamiento jurídico peruano existe una prevalencia doctrinaria notable por concebir la vida como bien jurídico tutelado en los delitos de aborto. Esta posición es sustentada por penalistas como PRADO SALDARRIAGA¹³ y REÁTEGUI SÁNCHEZ¹⁴.

En concordancia con esta perspectiva doctrinaria, el Tribunal Constitucional Peruano también ha establecido que mediante el aborto se vulnera la vida como bien jurídico fundamental como se evidencia en la sentencia recaída en el Expediente N° 00238-2021-PA/TC¹⁵.

¹¹ P. LAURENZO COPELLO, *Dogmática y Política Criminal Del Aborto*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 20.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional de España 53/1985, 16 de abril de 1985, F.J. 5.

¹³ Ver V. PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal Parte Especial: los delitos*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2017, p. 39.

¹⁴ Ver J. REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p., 54.

¹⁵ STC. Exp. N° 00238-2021-PA/TC, del 21 de marzo de 2023, F.J. 30.

En suma, el bien jurídico tutelado en los delitos de aborto es la vida humana, específicamente la vida prenatal, independientemente de las distinciones terminológicas que puedan plantearse en el ámbito académico. Este reconocimiento constitucional debe ser considerado como factor determinante en la evaluación de la idoneidad y proporcionalidad de las penas establecidas por el legislador penal manteniendo la naturaleza esencial del bien protegido; y que la adición de calificativos como “dependiente” no suponga una distinción orientada a disminuir el valor del bien jurídico y, consecuentemente, la gravedad de la pena asignada. La naturaleza esencial del bien protegido debe mantenerse como criterio rector para la evaluación de la coherencia del sistema punitivo.

1.2.3. EL INICIO DE LA VIDA: UN DEBATE MULTIDISCIPLINARIO

Una vez determinado que la vida es el bien jurídico que se protege mediante los delitos del aborto ahora corresponde determinar el momento en que la misma inicia; y, por ende, es susceptible de ser menoscabada. Por tanto, resulta imprescindible examinar las principales teorías científicas sobre el inicio de la vida y su recepción en el ordenamiento jurídico peruano.

El inicio de la vida humana ha sido, y continúa siendo, uno de los temas más controvertidos en el ámbito científico, filosófico y jurídico contemporáneo. La ausencia de una respuesta unívoca ha generado un debate amplio y complejo que involucra no solo consideraciones biológicas y médicas, sino también posturas morales, culturales, espirituales y legales.

Desde una perspectiva científica, se han propuesto diversas teorías sobre el inicio de la vida, incluyendo la formación de los rudimentos del sistema nervioso central (quince a dieciséis días de la fecundación), la viabilidad extrauterina, o incluso el nacimiento mismo. Sin embargo, es ampliamente reconocido por la comunidad científica que la fecundación o concepción y la anidación o implantación constituyen las posturas más aceptadas.

La **fecundación** se entiende como la fase que sucede cuando el espermatozoide penetra en el óvulo, sea en el seno materno o fuera de él, dando origen a una nueva entidad biológica

con características genéticas propias y diferenciadas¹⁶. ARANGO RESTREPO sostiene que la fecundación marca el inicio de un nuevo ser humano, ya que en ese momento se establecen sus características genéticas definitivas. Estas características permiten identificar al embrión como un individuo de la especie humana, dado que posee 46 cromosomas, lo cual constituye el distintivo genético específico del ser humano¹⁷.

Además, este autor argumenta que, si la vida humana es un proceso, entonces su comienzo debe ubicarse en el punto en que precisamente ese proceso se inicia, pues, desde los primeros días tras la fecundación, el desarrollo del embrión sigue un orden: primero se forman las estructuras que le permiten mantenerse con vida, como la masa celular externa que dará origen a la placenta y facilitará su adhesión; luego, se forma la masa celular interna, de la cual se desarrollarán sus órganos y estructuras corporales. Este crecimiento no es caótico y refleja el desarrollo propio de un ser humano individual¹⁸.

Por su parte, **la implantación** es el proceso por el cual el embrión, en su etapa de blastocisto, se adhiere e inserta en el endometrio. Esto ocurre después de la fecundación, cuando el embrión se desplaza por las trompas de falopio hasta alcanzar la cavidad uterina, donde entra en contacto con el epitelio del endometrio. Este tejido produce integrinas, que facilitan la adhesión del blastocisto, proceso que usualmente tiene lugar entre el sexto y séptimo día tras la fertilización.

Para que la implantación sea exitosa, deben cumplirse dos condiciones fundamentales: que el embrión sea de buena calidad y que el endometrio esté receptivo. Sin embargo, este proceso en los seres humanos es relativamente poco eficiente. De hecho, se estima que cerca del 75 % de las pérdidas gestacionales se deben a fallos en la implantación, lo cual demuestra que se trata de un proceso biológico complejo y delicado¹⁹.

¹⁶ CFR. I., ESCOBAR FORNOS, “Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación in vitro)”, *Cuestiones constitucionales*, Ciudad de México, 2007, N° 16, p. 139.

¹⁷CFR. P. ARANGO RESTREPO, “Estatuto Del Embrión Humano”. *Escritos*, Vol.24, N°.53, Medellín, 2016, p. 311-312.

¹⁸CFR. Ibidem.

¹⁹ CFR. R., GUTIÉRREZ NÚÑEZ & B., GUTIÉRREZ, “Implantación embrionaria. Algunos aspectos moleculares en la receptividad endometrial”, *Revisión Bibliográfica. Multimed*, La Habana, 2019, pp. 175-177

ESCOBAR FORNOS sostiene que esta teoría se fundamenta en dos argumentos principales: primero, que antes de la implantación no existe individualidad que caracterice a la persona, ya que el embrión es susceptible de segmentación o desdoblamiento, como sucede con los gemelos monocigóticos; segundo, que hasta este momento no existe una relación biológica estable entre la madre y el concebido, siendo la implantación el momento en que se establece dicha vinculación²⁰.

En ese sentido, la jurisprudencia internacional ha abordado esta controversia científica aportando elementos relevantes para la interpretación del marco normativo nacional. En la sentencia *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que el desarrollo embrionario comprende dos etapas fundamentales: la fecundación y la implantación. La Corte consideró que, con base en la evidencia científica analizada durante el proceso, aunque la fecundación da origen a una célula distinta con un contenido genético completo y potencial para convertirse en un ser humano, este potencial depende necesariamente de la implantación en el cuerpo de la mujer. Sin este proceso, el embrión no puede continuar su desarrollo, ya que no recibiría los nutrientes ni estaría en el entorno biológico adecuado para su crecimiento²¹, considerando la implantación como el punto de inicio de la vida jurídicamente relevante.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico peruano ha adoptado una posición clara, puesto que, la Constitución Política del Perú como el Código Civil, atribuye expresamente la condición de sujeto de derecho al nasciturus desde la concepción, estableciendo así una posición jurídica clara en el debate científico sobre el inicio de la vida.

El Tribunal Constitucional ha consolidado esta posición mediante pronunciamientos jurisprudenciales como en el Expediente N° 02005-2009-PA/TC, donde el máximo intérprete de la Constitución afirmó:

“(...) este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da

²⁰ CFR. I., ESCOBAR FORNOS, “Derecho a la reproducción humana ...”, cit., p. 141.

²¹ CFR. Caso *Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), FJ. 186.

*origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irreplicable, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio (...)*²².

En consecuencia, en el ordenamiento jurídico peruano el inicio de la vida se sitúa desde la concepción o fecundación; y, si bien se difiere de la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos va prevalecer la interpretación realizado por el Estado Peruano en la medida que favorece más a la persona y sus derechos humanos al otorgarle una mayor protección conforme al artículo VIII del Código Procesal Constitucional.

En síntesis, este primer capítulo ha abordado la evolución histórica y jurídica del aborto, destacando el bien jurídico tutelado —la vida humana prenatal— y el momento en que esta comienza según el ordenamiento peruano. Se advierte una marcada inmovilidad legislativa desde 1991, que contrasta con la dinámica reformista de otros ámbitos del Derecho Penal. Estos hallazgos constituyen las bases teóricas necesarias para el análisis del principio de proporcionalidad en los delitos de aborto. Ahora, en el siguiente capítulo se examinará si la regulación de estos delitos debe responder a algún criterio de racionalidad legislativa o límite al poder punitivo estatal.

2. CAPÍTULO II – EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE DE LA POLÍTICA CRIMINAL

El jurista LÓPEZ-TORRES indica que “la política criminal se manifiesta a partir de ejercicio del poder público, el cual gestiona argumentos, principios y conceptos para controlar, prevenir, disminuir y erradicar la criminalidad, tratando de adecuar acciones concretas dentro del modelo social y político que se quiere resguardar”²³, siendo una de

²² STC. Exp. N° 02005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009, F.J. 38.

²³ J., LÓPEZ-TORRES, “Tendencias sobre política criminal en Ecuador: Desafíos en la protección de los derechos ciudadanos”, *Revista Arbitrada Interdisciplinaria KOINONIA*, Vol. 8, N° 2, Falcon, 2023, p. 928.

manifestaciones de la política criminal el abordar las reformas legislativas que pueden aumentar la severidad de las sanciones penales o descriminalizar ciertas conductas²⁴.

Asimismo, la política criminal de los países occidentales vive desde los años ochenta un endurecimiento constante debido a los partidos políticos que emplean continuamente conceptos como “alarma social” e “inseguridad ciudadana” para justificar las sucesivas reformas que endurecen la política criminal, con la intención de obtener beneficios electorales²⁵. No obstante, DIEZ RIPOLLES menciona que “no hay que asumir el arbitrio irracional del legislador e intentar atemperarlo mediante principios limitadores al momento de la aplicación del derecho, sino que hay que someter al legislador desde el inicio de su actividad a criterios racionales de legislación”²⁶.

Además, CARNEVALI RODRIGUEZ menciona que es esencial un control de la “racionalidad legislativa”, debiendo enmarcarse las reformas de los legisladores en valores y principios constitucionales, siendo estos los parámetros sobre los cuales deberá actuar el legislador²⁷. Al respecto, dicho autor agrega que es tarea del teórico destacar cuándo se está frente a tendencias político criminales irracionales, para evitar que éstas se constituyan en una constante²⁸.

En ese orden de ideas, uno de los parámetros que debe tener en cuenta el legislador en materia penal sin lugar a dudas es el principio de proporcionalidad, pues, como bien indica VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ este es presupuesto y condición para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado²⁹, además, DIEZ RIPOLLES en el derecho español indicó lo siguiente:

“Un óptimo aprovechamiento de esta posibilidad presupondría que nuestro texto constitucional contuviera algún precepto que estableciera de manera directa los límites de racionalidad (...). No se da, sin embargo, tal previsión en nuestra

²⁴ Cfr. I., GALVEZ PUEBLA y M. DE LA GUARDIA ORIOL, “La Política Criminal y sus campos de actuación: La experiencia cubana”, Revista de la Facultad de Derecho, N° 41, Montevideo, 2016, p. 136.

²⁵ CFR. P., CASTAÑO TIERNO, “¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 34, Galicia, 2014, p. 566.

²⁶ CFR. J., DÍEZ RIPOLLÉS, *Estudios penales y de política criminal*, IDEMSA, Lima, 2007, p. 178.

²⁷ CFR. R., CARNEVALI RODRIGUEZ, “Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional”, *Ius et Praxis*, Vol. 14, Talca, 2008, p. 20.

²⁸ CFR. Ibidem, p. 13.

²⁹ Cfr. F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Fundamentos de derecho penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2020, p. 39.

constitución. Su ausencia, con todo, no ha impedido que nuestro Tribunal constitucional, cada vez con más frecuencia, haya comenzado a desarrollar un control de racionalidad legislativa penal a partir de determinados valores y principios constitucionales. El concepto sobre el que gira todo ese cuerpo doctrinal es el principio de proporcionalidad”.³⁰

En esa misma línea de interpretación, el Tribunal Constitucional sostiene que, en el marco del ordenamiento jurídico peruano, la Constitución Política de 1993 impone límites materiales a la potestad sancionadora del Estado, entre los cuales se encuentra el principio de proporcionalidad que se encuentra reconocido expresamente en el último párrafo del artículo 200° y que constituye un límite constitucional al legislador penal para determinar los delitos y las penas³¹. Por lo tanto, no cabe duda que el principio de proporcionalidad es un parámetro esencial sobre el cual deberá actuar el legislador en materia penal.

En esa línea, el principio de proporcionalidad se entiende como un adecuado equilibrio entre la reacción penal, es decir, la pena asignada y los “**presupuestos para su determinación**”, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta)³², estando que la **perspectiva abstracta** determina una exigencia para el legislador de establecer una proporción entre la gravedad del injusto y la gravedad de la pena; y, la **perspectiva concreta** conmina la decisión del Juez o el Tribunal a que exista una proporción de la pena aplicable al hecho en concreto³³, estando limitada esta última a la primera en mérito al principio de legalidad.

Dicho esto, la importancia de la determinación abstracta es innegable y su correcta aplicación en los delitos de aborto es objeto de análisis del presente trabajo. En consecuencia, corresponde examinar aquellos presupuestos fundamentales que orientan esta determinación, los cuales han sido desarrollados por la doctrina penal contemporánea y

³⁰ J., DÍEZ RIPOLLÉS, *Estudios penales y de política criminal* ..., cit., p. 190.

³¹ CFR. STC. EXP. N° 0012-2006-PI/TC, 15 de diciembre de 2006, FJ. 4-5.

³² CFR. H., FUENTES CUBILLOS, “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, *Ius et praxis*, Vol., 14, N° 2, Maule, 2008, pp., 13-42.

³³ CFR. T. AGUADO CORREA, “Nuevas Tendencias Jurisprudenciales en las Relaciones entre los Delitos de Tráfico de Drogas y Contrabando”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 5, Madrid, 2000, p., 250.

constituyen los criterios objetivos para evaluar la racionalidad de las decisiones político-criminales del legislador.

2.1 CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN ABSTRACTA DE LA PENA.

La determinación abstracta de la pena por parte del legislador no puede realizarse de manera arbitraria, sino que debe responder a criterios objetivos que garanticen la racionalidad del sistema punitivo. La doctrina penal ha identificado dos criterios fundamentales que deben orientar esta labor legislativa: la importancia del bien jurídico tutelado y los fines constitucionales de la pena.

Estos criterios no operan de manera independiente, sino que se encuentran íntimamente relacionados. Por un lado, el bien jurídico protegido determina la legitimidad material de la intervención penal y establece la jerarquía valorativa que debe reflejarse en la graduación de las penas. Por otro lado, los fines de la pena orientan la funcionalidad del sistema punitivo, estableciendo los objetivos que debe cumplir la sanción penal para justificar su imposición en un Estado de Derecho. La interacción entre ambos criterios proporciona el marco conceptual necesario para evaluar si las penas establecidas legalmente responden a los principios constitucionales que rigen el sistema penal democrático.

2.1.1. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN ABSTRACTA DE LA PENA.

La teoría del bien jurídico constituye uno de los pilares fundamentales del derecho penal moderno, estableciendo los límites materiales para la intervención punitiva del Estado. Como acertadamente señala MUÑOZ CONDE, “en general se puede decir que las leyes penales que no protegen bienes jurídicos son nulas por arbitrarias o por infringir el principio de intervención mínima del Derecho penal, aunque en ningún precepto de la Constitución se recoja expresamente este principio”³⁴. Esta afirmación pone de manifiesto la función limitadora que desempeña el concepto de bien jurídico frente al poder punitivo estatal.

³⁴ F. MUÑOZ CONDE Y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General*, Tirant Lo Blanch, 10ª ed., Valencia, 2019, p. 78.

La relevancia de esta teoría trasciende el ámbito puramente dogmático, constituyéndose en un criterio rector para la determinación de la proporcionalidad de las penas. En consecuencia, resulta imprescindible establecer una definición precisa sobre los bienes jurídicos; y, es fundamental analizar la relación directa entre la importancia del bien jurídico tutelado y la graduación de la respuesta punitiva, pues como señala la doctrina, “el bien jurídico tiene una no menos importante función de cara a la medición y determinación de la pena, como uno de los criterios a tener en cuenta a la hora de valorar la gravedad del hecho”³⁵.

2.1.1.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES JURÍDICOS

MIR PUIG proporciona una definición comprehensiva al conceptualizar los bienes jurídicos como “condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico-penales, será preciso que tengan una importancia fundamental”³⁶. Esta definición incorpora dos elementos esenciales: la función social del bien jurídico y el criterio de trascendencia que justifica su protección.

Ahora bien, de particular relevancia resulta la precisión doctrinal de BEDOYA PERALES quien identifica tres funciones que se suelen asignar al bien jurídico: la función limitadora de la política legislativa, la función de interpretación de las leyes penales y la función crítica³⁷. Cada una de estas funciones desempeña un papel específico en la configuración y aplicación del derecho penal, contribuyendo a la racionalización del sistema punitivo y al establecimiento de límites al poder estatal.

2.1.1.1.1. FUNCIÓN LIMITADORA DE LA POLÍTICA LEGISLATIVA

La función limitadora impone restricciones sustanciales al legislador en el ejercicio de su potestad de criminalización, pues, se impide que la protección penal se fundamente

³⁵ C. PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 47.

³⁶ S. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, Reppertor, 10ª ed., Madrid, 2016, p. 132.

³⁷ CFR. P. V. BEDOYA PERALES, “Aproximación crítica al delito de maltrato animal en el Código Penal peruano: ¿es posible tutelar el bienestar animal desde el derecho penal?”, *Revista Jurídica Austral*, 5(2), p. 923.

exclusivamente en intereses morales, costumbres sociales o concepciones puramente ideológicas³⁸.

Este criterio cumple un papel esencial en la preservación del carácter de ultima ratio del Derecho penal, al reservar su aplicación para la tutela de bienes jurídicos de especial relevancia social. De esta manera, se evita la expansión desmedida del sistema penal y la creación indiscriminada de tipos penales que no respondan a la protección de intereses socialmente relevantes.

Sin embargo, debe reconocerse que la noción de bien jurídico no limita de manera absoluta las facultades del legislador, quien mantiene cierto margen de discrecionalidad para determinar qué valores o intereses merecen protección. No obstante, dicha noción adquiere particular relevancia al momento de evaluar la legitimidad de las medidas legislativas que otorgan tutela penal³⁹.

2.1.1.1.2. FUNCIÓN INTERPRETATIVA

La función interpretativa del bien jurídico resulta fundamental para la aplicación práctica del derecho penal, pues proporciona criterios hermenéuticos para determinar el alcance y los límites de las normas penales. LASCURAÍN SÁNCHEZ explica que “el bien jurídico es un instrumento de interpretación al que se llega, sobre todo, precisamente, tras la interpretación de los enunciados legales que incorporan la norma (...) es el bien el que precisa los contornos de la norma”⁴⁰.

El bien jurídico como criterio interpretativo permite seleccionar el significado más adecuado de las palabras normativas cuando estas presentan ambigüedad o imprecisión, orientando la interpretación hacia aquella que mejor proteja el interés social tutelado. Asimismo, posibilita excluir de la aplicación de la norma penal aquellas conductas que, aunque formalmente subsumibles en el tipo, no lesionen efectivamente el bien jurídico protegido, evitando así

³⁸ Cfr. J. ZUGALDÍA ESPINAR, “El Derecho Penal”, en M. MORENO-TORRES HERRERA (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 4ª ed., pp. 29-30.

³⁹ Cfr. P. V. BEDOYA PERALES, “Aproximación crítica al delito de maltrato animal ...”, cit., p. 923.

⁴⁰ J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Bien jurídico y objeto protegible”, *Anuario de derecho y ciencias penales*, 60(1), Madrid, 2007, pp. 127-128.

interpretaciones excesivamente formalistas que desnaturalicen la función del derecho penal⁴¹. Por lo que, el bien jurídico sirve para indicar cuál es el objeto que se pretende resguardar y, a su vez, permite evidenciar la razón o la finalidad de la coacción penal.

De esta manera, opera como mecanismo de control de la aplicación judicial del derecho penal, proporcionando criterios objetivos para evaluar si la subsunción de una conducta concreta en un tipo penal específico responde efectivamente a la lesión del bien jurídico tutelado o constituye una aplicación meramente formalista de la norma.

2.1.1.1.3. FUNCIÓN CRÍTICA

La función crítica del bien jurídico permite evaluar la legitimidad de las normas penales existentes, determinando si un interés social específico merece o no protección penal. Desde esta perspectiva, el bien jurídico cumple una función cognitiva y garantista, posibilitando comprender qué se protege y por qué, evitando la criminalización de bienes aparentes o carentes de relevancia social real⁴².

Esta función permite cuestionar la necesidad y proporcionalidad del castigo, contribuyendo a la racionalización del sistema punitivo. Esta dimensión resulta especialmente relevante para la presente investigación, pues en virtud de la misma podremos evaluar si las penas establecidas para los delitos de aborto guardan coherencia con la importancia del bien jurídico tutelado en comparación con otros delitos del ordenamiento penal.

2.1.1.2. LA RELACIÓN ENTRE BIEN JURÍDICO Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La doctrina penal ha establecido una conexión directa entre la importancia del bien jurídico tutelado y la determinación de la gravedad de la pena. En este sentido, MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN son categóricos al afirmar que “el primer criterio que se debe utilizar para determinar la gravedad de la pena que se debe imponer a un determinado delito es, desde

⁴¹ CFR. Ibidem.

⁴² CFR. P. V. BEDOYA PERALES, “Aproximación crítica al delito de maltrato animal ...”, cit., pp. 925-926.

luego, la importancia del bien jurídico afectado, dado que éste es el principal fundamento de la intervención del Derecho penal”⁴³.

Esta relación encuentra su fundamento teórico en la función legitimadora que desempeña el bien jurídico respecto a la intervención penal. Como explica De La Mata Barranco, “la característica de exclusiva protección de bienes jurídicos por parte del Derecho Penal forma parte del principio de proporcionalidad en sentido amplio –tanto en su perspectiva abstracta como concreta–, resaltando además que la protección de los bienes jurídicos es la finalidad primordial del Derecho penal, pero a su vez aquella coexiste con otras finalidades mediatas o incluso inmediatas”⁴⁴.

El mismo autor desarrolla esta idea señalando que: “si el fin del Derecho penal reside, prioritariamente, en la protección de bienes jurídicos las normas adecuadas para luchar contra los delitos que los menoscaban y las sanciones que se impongan en cada caso concreto se entiende deben ser adecuadas para alcanzar dicha finalidad (...) la pena debe ser un medio idóneo para tutelar el bien jurídico”⁴⁵. Esta formulación evidencia que existe una relación de instrumentalidad entre la pena y la protección del bien jurídico, donde la primera debe ser proporcionada a la importancia del segundo. En consonancia con esta perspectiva, SOLER afirma que “la mayor virtud de una pena legal es su perfecta coincidencia con la valoración media de los bienes que la tutela”⁴⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha incorporado expresamente estos principios teóricos. El Artículo IV del Título Preliminar del Código Penal establece de manera categórica la necesaria lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos para la aplicación de la pena. Esta disposición normativa consagra el principio de lesividad como requisito indispensable para la intervención penal.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha precisado lo siguiente: “desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será

⁴³ F. MUÑOZ CONDE Y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General...*, cit., p. 82.

⁴⁴ N. DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 149.

⁴⁵ IBIDEM, p. 148.

⁴⁶ S. SOLER, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Astrea, 6 ed., Buenos Aires, 2022, p. 856.

constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental”⁴⁷.

En consecuencia, todo análisis sobre la adecuación y proporcionalidad de las sanciones penales debe considerar, como elemento central, la importancia del bien jurídico protegido y la intensidad de la afectación que la conducta delictiva produce sobre dicho bien. De esta manera, la proporcionalidad de la pena no puede determinarse de manera arbitraria, sino que debe responder a la jerarquía valorativa que el ordenamiento jurídico asigna a los distintos bienes jurídicos. Por tanto, bienes jurídicos de mayor trascendencia social justifican, en principio, penas más severas, mientras que la afectación de bienes jurídicos de menor relevancia debe sancionarse con penas proporcionalmente más leves.

Para poder determinar esta jerarquía valorativa, pueden identificarse ciertos criterios objetivos como el **reconocimiento constitucional expreso del bien jurídico**, siendo que aquellos bienes que cuentan con protección constitucional directa tienen una jerarquía superior a aquellos que carecen de tal reconocimiento. En segundo lugar, **la esencialidad del bien**, en referencia a aquellos bienes que tienen una importancia fundamental en la medida que son presupuestos básicos para el ejercicio de otros derechos. En tercer lugar, **la trascendencia social**, evaluado a partir del impacto que su lesión genera sobre la convivencia social y el funcionamiento del sistema democrático.

Entonces, esta jerarquía opera en la determinación abstracta de la pena, orientando al legislador a graduar las sanciones conforme a la importancia relativa de los bienes protegidos. De este modo, se introduce un criterio de racionalidad legislativa que permite evaluar si la graduación legal de las penas guarda coherencia con la jerarquía valorativa de los bienes jurídicos.

El respeto a esta jerarquía garantiza la coherencia interna del sistema punitivo y la legitimidad social del Derecho penal. Por el contrario, ignorar esta jerarquía genera

⁴⁷ STC. Exp. N° 0019-2005-PI/TC, del 21 de julio de 2005, F.J. 35.

inconsistencias valorativas que pueden manifestarse en la protección insuficiente de bienes fundamentales o en la sobrecriminalización penal de bienes de menor importancia, afectando la racionalidad y legitimidad del sistema sancionador.

En consecuencia, la proporcionalidad de la pena no puede determinarse arbitrariamente, sino que debe responder a la jerarquía valorativa que el ordenamiento jurídico establece respecto a los diferentes bienes jurídicos. Cualquier análisis sobre la adecuación de las sanciones penales debe considerar, como elemento fundamental, la importancia del bien jurídico que se pretende proteger y la intensidad de la afectación que la conducta delictiva produce sobre dicho bien.

La aplicación de estos criterios al caso específico de los delitos de aborto requiere, por tanto, un análisis comparativo con otros bienes jurídicos de similar o menor relevancia que permita determinar si las penas actualmente establecidas guardan coherencia con la importancia del bien jurídico que se pretende proteger. Antes de proceder con dicho análisis, es necesario examinar el segundo criterio fundamental para la determinación abstracta de la pena.

2.1.2. LOS FINES DE LA PENA COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN ABSTRACTA DE LA PENA

El segundo criterio fundamental para la determinación abstracta de la pena se encuentra constituido por los fines que debe cumplir la sanción penal. La doctrina destaca a los “fines de la pena” como un presupuesto indispensable para la determinación de la misma, toda vez que, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, la determinación de la pena no solo se basa en argumentos relativos al hecho delictivo realizado, sino también (y, sobre todo) en una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena⁴⁸.

Los fines de la pena han sido objeto de un intenso debate doctrinal, convirtiéndose en uno de los temas de mayor desarrollo y evolución dentro del Derecho Penal. Este debate no es meramente académico, sino que tiene implicaciones prácticas directas en la configuración de los sistemas punitivos y en la legitimación de la intervención estatal. En este contexto, las

⁴⁸ CFR. J., SILVA SÁNCHEZ, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *Revista para el análisis del Derecho*, N° 2, Cataluña, 2007, p. 3.

principales teorías tradicionales son la Teoría Absoluta y las Teorías Relativas, cada una con distintos enfoques respecto a la función de la pena. Para determinar a cuál de estas corrientes se adscribe el sistema penal peruano, resulta necesario realizar un análisis breve de ambas.

2.1.2.1. TEORÍA ABSOLUTA DE LA PENA

Según la teoría absoluta, la pena se justifica exclusivamente como retribución por el delito cometido. RUBIO LARA describe esta posición como una “imposición de un mal en respuesta a otro mal”, donde la finalidad principal es la realización de la justicia, sin consideraciones de utilidad social⁴⁹; y, como menciona BACIGALUPO el fundamento de la pena será exclusivamente la justicia o la necesidad moral⁵⁰.

ROXIN, sin embargo, critica esta postura, argumentando que una pena basada únicamente en la retribución carece de efectividad para la lucha contra la delincuencia y no contribuye a la reinserción social⁵¹. Debido a estas limitaciones, la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos han adoptado enfoques más pragmáticos, combinando elementos de distintas teorías para dotar de mayor funcionalidad al sistema penal.

2.1.2.2. TEORÍAS RELATIVAS DE LA PENA.

Por su parte, las teorías relativas conciben la pena como un instrumento con finalidad preventiva, es decir, orientado a evitar la comisión de futuros delitos. Como señala RUBIO LARA, estas teorías atribuyen a la pena una utilidad práctica⁵². Asimismo, MIR PUIG sostiene que estas teorías consideran que la pena es necesaria en la medida que es útil para el mantenimiento de determinados bienes sociales, y que precisamente reciben el nombre de “teorías relativas” porque, a diferencia de la Justicia —que es absoluta—, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales⁵³.

⁴⁹ CFR. P. RUBIO LARA, *Teoría de la Pena y Consecuencias jurídicas del Delito, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 17.

⁵⁰ CFR. E., BACIGALUPO, *Derecho Penal Parte General*, Hamurabi, 2 ed., Buenos Aires, 1999, p. 31.

⁵¹ CFR. C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General Tomo I*, Civitas, Madrid, 1997, p. 85.

⁵² Cfr. P. RUBIO LARA, *Teoría de la Pena y Consecuencias jurídicas del Delito*..., cit., pp. 18-19.

⁵³ S. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, editorial B de F, 8 ed., Montevideo, 2009, p. 81.

Dentro de esta corriente se distinguen dos perspectivas: la prevención general y la prevención especial. La diferencia entre ambas radica, fundamentalmente, en su finalidad y en el destinatario al que se dirigen.

2.1.2.2.1. PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA.

La prevención general negativa —también conocida como prevención por intimidación o disuasión— busca influir en el comportamiento de los potenciales infractores mediante la amenaza de sanción penal establecida por la ley y, eventualmente, confirmada a través de su aplicación y ejecución. Esta función preventiva, conceptualizada por FEUERBACH como una “coacción psicológica”, tiene como finalidad reforzar los mecanismos inhibitorios de la conducta delictiva, generando temor o disuasión en quienes podrían cometer delitos, con el objetivo de que se abstengan de hacerlo⁵⁴.

No obstante, HURTADO POZO advierte que, si bien la amenaza penal influye en el comportamiento social, la prevención general por sí sola no justifica la pena. De ser así, la ejecución de las penas debería ser pública y ejemplar para lograr el efecto disuasorio esperado, lo que podría generar excesos y afectar negativamente a los condenados, por lo que, un efecto perverso es que la confianza excesiva en el efecto disuasivo de la pena conduciría a la agravación abusiva de la misma⁵⁵. Por ello, la prevención general requiere límites externos a su propia lógica, como el principio de culpabilidad del autor⁵⁶.

2.1.2.2.2. PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

La prevención general positiva, desarrollada principalmente por Günther Jakobs, sostiene que la finalidad de la pena no es castigar por el daño causado, sino reafirmar la vigencia de la norma jurídica transgredida. Según esta visión funcionalista, el Derecho Penal cumple un papel esencial al garantizar las expectativas sociales normativamente establecidas, las cuales permiten la convivencia ordenada. Así, cuando alguien comete un delito, no solo defrauda dichas expectativas, sino que también pone en duda la validez de la norma; por ello, la pena

⁵⁴ CFR. D. M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 4 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p.15.

⁵⁵ CFR. J., HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal Parte General I*, Grijley, 2005, 3 ed., p. 37.

⁵⁶ CFR. E., BACIGALUPO, *Derecho Penal Parte General*, ...cit., p. 34.

actúa como una respuesta simbólica del Estado que refuerza ante la sociedad que la norma sigue siendo válida y debe ser respetada⁵⁷.

A diferencia de la prevención general negativa, que busca disuadir mediante la amenaza del castigo, la prevención general positiva tiene un enfoque comunicativo: transmite a quienes cumplen la ley que su conducta es correcta y necesaria para el orden social. Cabe precisar **prevención general en sentido negativo** y la **prevención general en sentido positivo** no son excluyentes entre sí.

2.1.2.2.3. PREVENCIÓN ESPECIAL.

La teoría de la prevención especial, a diferencia de la general, se dirige específicamente al autor del delito. Esta concepción contempla dos perspectivas principales. El primero es la **prevención especial negativa**, sobre la cual RAMÓN GONZÁLEZ señala que “persigue incidir sobre el autor del delito, ya sea neutralizándolo en tanto sujeto peligroso (inocuidación), (...) para esta teoría la pena debe servir a la protección de la sociedad (defensa social) frente a individuos peligrosos”⁵⁸. Debido a estos matices, esta postura resulta incompatible con la visión actual del Derecho Penal, centrada en la protección de los derechos fundamentales y la dignidad humana.

El segundo es la **prevención especial positiva** que propone que el Estado debe asistir al infractor en la superación de los factores que lo llevaron a delinquir, facilitando así su reinserción social. Al propugnar mejoras en el delincuente –resocialización, reinserción social–, este pensamiento obtuvo una mayor aceptación⁵⁹.

Sin embargo, HURTADO POZO advierte que, si bien los criterios de prevención especiales se ajustan mejor a los objetivos del Derecho Penal, centrados en la protección de las personas y de la sociedad, presentan un grave inconveniente: no ofrecen una base sólida para determinar la severidad de la pena. Según esta crítica, dicha severidad dependería de la condición personal del delincuente y no de la gravedad del delito cometido. Aún más, no

⁵⁷ CFR. I. NAVAS MONDACA, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 88-89.

⁵⁸ R. L. GONZÁLEZ, *Derecho Penal Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 15.

⁵⁹ Cfr. *Ibidem*.

justifican la punición de quien no requiere ser resocializado. En última instancia, la objeción más seria radica en que el Estado no está legitimado para mediante la fuerza, educar a las personas pretextando que han delinquido⁶⁰.

2.1.2.3.LOS FINES DE LA PENA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El artículo IX del Código Penal, titulado “Fines de la pena y medidas de seguridad”, establece que la pena cumple funciones preventivas, protectoras y resocializadoras. Como se puede observar, tal afirmación se alinea con la tesis de la prevención especial positiva conforme a lo expuesto en el acápite anterior.

No obstante, una lectura aislada de dicho artículo podría llevarnos a concluir que nuestro sistema penal únicamente adopta la prevención especial. Sin embargo, un análisis sistemático del Código Penal revela que nuestro sistema también incorpora elementos de la prevención general. Así lo demuestra el artículo I del Código Penal, que señala que la finalidad del Código es la prevención de delitos y faltas, lo que evidencia la adopción de ambos enfoques preventivos.

En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia del Expediente N° 0019-2005-PI/TC, donde establece lo siguiente:

“Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. (...) Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito”⁶¹.

Por tanto, la correcta determinación de la pena en nuestro sistema penal debe guardar coherencia con las tesis propuestas por las teorías relativas de la pena – prevención especial

⁶⁰J., HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal ...*, cit., p. 40.

⁶¹ STC. Exp. N° 0019-2005-PI/TC, del 21 de julio de 2005, F.J. 37-38.

positiva y prevención general –, toda vez que, como señala Silva Sánchez, la teoría de los fines de la pena tiene una influencia directa en la determinación de la pena⁶².

En síntesis, el presente capítulo abordó el principio de proporcionalidad como elemento limitador de la política criminal del Estado, examinando su función como parámetro de racionalidad legislativa en materia penal. Asimismo, para una correcta proporcionalidad se han identificado dos presupuestos fundamentales que deben orientar la determinación abstracta de la pena: la importancia del bien jurídico tutelado, y los fines de la pena. Habiendo establecido estos fundamentos teóricos, ahora podemos proceder al análisis aplicado de la proporcionalidad de las penas en los delitos de aborto. Por lo tanto, se procederá a evaluar si existe una correcta jerarquía valorativa para el bien jurídico de la vida prenatal, realizando un análisis comparativo con las penas establecidas para otros delitos que afectan bienes jurídicos de similar o menor relevancia, y se examinará el cumplimiento de los fines preventivos en el contexto específico de los delitos de aborto.

3. CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN LOS DELITOS DE ABOTO

3.1. ANALISIS DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA DE ACUERDO AL BIEN JURÍDICO TUTELADO.

3.1.1. LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO DE PRIMER ORDEN

Como se indicó en los epígrafes anteriores el **reconocimiento constitucional** expreso del bien jurídico resulta ser un criterio objetivo de trascendencia valorativa del mismo. En ese sentido, ZUGALDÍA ESPINAR afirma que “para la selección y la jerarquización de los bienes jurídicos que el Derecho Penal está llamado a proteger, un punto de referencia obligado tiene que ser la Constitución”⁶³.

⁶² Cfr. J., SILVA SÁNCHEZ, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, N° 2, Cataluña, 2007, p. 3.

⁶³ J. ZUGALDÍA ESPINAR, “El Derecho Penal”, ...cit., p. 30.

En ese contexto, el derecho a la vida se erige como uno de los pilares fundamentales del sistema de protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito internacional como en el nacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece en su artículo 3 que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. A su vez, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce expresamente que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana”.

A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) del 22 de noviembre de 1969 establece en su artículo 4 que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. Esta formulación resulta particularmente relevante para el análisis de los delitos de aborto, pues extiende expresamente la protección del derecho a la vida desde la concepción. Además, que conforme al artículo 55 de la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional, lo cual refuerza la obligatoriedad de dicho mandato.

A nivel interno, el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado consagra que “toda persona tiene derecho a la vida”, reconociendo este derecho como fundamental dentro del catálogo de derechos constitucionales.

En suma, el derecho a la vida es un principio esencial consagrado tanto en el ordenamiento jurídico internacional como en el nacional, reconociéndose su carácter inherente. La protección desde la concepción, según lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene implicancias directas en la regulación penal del aborto, y refuerza la obligación del Estado de garantizar este derecho.

Por otro lado, **la esencialidad del bien**, es otro criterio objetivo para poder determinar si el bien jurídico es de primer orden. Como explica HERRERA: “el derecho primario a la vida es el sustrato o sustento de todos los otros derechos, en tanto y en cuanto hay que estar vivo; dicho de otra manera, hay que ser para poder gozar de los otros (...) corresponde considerar

al derecho humano a la inviolabilidad de la vida como más fundamental que el resto, ya que su violación supone necesariamente la violación indirecta de todos los derechos humanos”⁶⁴.

Entonces, la importancia del derecho a la vida radica en su condición de presupuesto indispensable para el ejercicio de todos los demás derechos. Esta idea permite comprender por qué la vida debe considerarse el bien jurídico de mayor relevancia dentro del sistema penal. En esta misma línea, BUOMPADRE afirma que “las conductas delictivas contra la vida humana son una referencia político-criminal de primer orden, puesto que los bienes jurídicos afectados son de primer rango valorativo, por eso han sido catalogados por la doctrina como el modelo dogmático por excelencia”⁶⁵.

Finalmente, el tercer criterio objetivo para determinar la jerarquía del bien jurídico es su **trascendencia social**, evaluada a partir del impacto que su afectación produce en la comunidad. En este sentido, la vida ha sido históricamente considerada un valor fundamental cuya protección concita amplio consenso social. Según una encuesta realizada en 2022, solo el 31 % de los encuestados se mostró a favor de permitir el aborto en todas o la mayoría de circunstancias⁶⁶, lo que evidencia una posición mayoritariamente restrictiva frente a esta conducta y una valoración social predominante en defensa de la vida.

En consecuencia, la vida reúne todas las características que la configuran como un bien jurídico de primer orden, ubicado en la cúspide valorativa del sistema penal. Su reconocimiento constitucional, su esencialidad para la existencia de los demás derechos y su trascendencia social la convierten en el referente principal de protección del derecho penal.

3.1.2. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA PENA CON OTROS DELITOS

Para evaluar la proporcionalidad de las penas establecidas para los delitos de aborto, resulta necesario realizar un análisis comparativo con otros delitos que tutelan bienes jurídicos de similar o menor importancia. Este método encuentra respaldo en la jurisprudencia constitucional comparada, como lo demuestra la Sentencia 136/1999 del Tribunal

⁶⁴ D. A. HERRERA, “Inviolabilidad de la vida humana”, en D. GARCÍA FERNÁNDEZ Y A. LAURENT PAVÓN (coordinadores), *Vida humana, familia y bioderecho*, Tirant Lo Blanch, México D.F., 2015, pp. 57-58.

⁶⁵ J. BUOMPADRE, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 18.

⁶⁶ K. V. VILLAR, ET ALLÍ, “Percepciones y Prácticas con Relación al Aborto...”, cit., p. 116.

Constitucional Español, que para determinar la desproporcionalidad en la pena del delito de “colaboración con banda armada” realizó un análisis comparativo con el rango de pena de otros delitos⁶⁷.

La importancia de realizar este análisis se fundamenta en lo desarrollado por De La Mata Barranco, quien afirma que “en términos comparativos, si dos delitos no son considerados de la misma gravedad y se sancionan con la misma pena, o el más grave con pena menor, se estará vulnerando el principio de proporcionalidad”⁶⁸, lo cual le da validez a este análisis.

3.1.2.1. COMPARACIÓN CON DELITOS QUE TUTELAN LA VIDA INDEPENDIENTE

El primer nivel de análisis se centra en la comparación con los delitos que tutelan la vida independiente, lo cual permite evaluar la coherencia del sistema punitivo en la protección integral del bien jurídico vida. Esta comparación resulta fundamental para determinar si existe una graduación racional en la respuesta punitiva del Estado frente a las diferentes manifestaciones de atentados contra la vida humana.

Delito	Pena Base
Art. 106.- Homicidio simple	No menor de seis ni mayor de veinte años
Art. 107.- Parricidio	No menor de quince años
Art. 108.- Homicidio calificado	No menor de quince años
Art. 108-A.- Homicidio calificado por condición de la víctima	No menor de 25 ni mayor de 35 años
Art. 108-B.- Femicidio	No menor de veinte años
Art. 108-C.- Sicariato	No menor de veinticinco años
Art. 109.- Homicidio por emoción violenta	No menor de tres ni mayor de cinco años
Art. 110.- Infanticidio	No menor de uno ni mayor de cuatro años
Art. 111.- Homicidio culposo	No mayor de dos años

⁶⁷ CFR. Tribunal Constitucional Español, Sentencia 136/1999, de 20 de julio de 1999, F.J. 29

⁶⁸ N. DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, ...cit., p. 207.

Art. 112.- Homicidio piadoso	No mayor de tres años
Art. 113.- Instigación o ayuda al suicidio	No menor de uno ni mayor de cuatro años

Cuadro Comparativo: Delitos contra la Vida Independiente

La comparación con el homicidio simple resulta especialmente ilustrativa. Este delito, que tutela la vida independiente, se sanciona con penas de seis a veinte años. Si bien existe una diferencia conceptual entre vida dependiente e independiente, esta distinción no debería traducirse en una disparidad tan acentuada en la respuesta punitiva, especialmente considerando que, en las fases finales del desarrollo prenatal, el nasciturus posee viabilidad extrauterina.

Esta disparidad se torna aún más evidente cuando se considera que la pena mínima del homicidio simple (seis años) supera ampliamente la pena máxima de las modalidades básicas de aborto. Tal desproporción cuestiona la racionalidad del sistema punitivo y sugiere una valoración inconsistente del bien jurídico vida según su etapa de desarrollo.

El homicidio culposo (artículo 111) y el homicidio piadoso (artículo 112) constituyen casos particulares de análisis. Con penas no mayores de dos años y no mayores de tres años, respectivamente, estos delitos muestran mayor coherencia proporcional con los delitos de aborto. Esta coherencia puede explicarse por las circunstancias especiales que los rodean: la ausencia de dolo directo en el primer caso y las motivaciones altruistas en el segundo.

Sin embargo, esta aparente coherencia no se extiende al resto de delitos contra la vida y, paradójicamente, pone de manifiesto una contradicción adicional del sistema: si las modalidades dolosas de aborto reciben penas similares a los homicidios culposos, esto sugiere que el legislador equipara implícitamente la conducta dolosa contra la vida prenatal con la conducta culposa contra la vida independiente.

Por el contrario, también existen circunstancias especiales que rodean a las modalidades de aborto y que, bajo una perspectiva de proporcionalidad coherente, deberían constituir factores agravatorios. Al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE advierte el estado de indefensión del nasciturus al afirmar que “se debe sumar al embrión, al feto, seres que requieren de una

atención especial y particular por parte de los médicos, en vista de encontrarse en un estado de indefensión, dependientes de la actuación de la madre”⁶⁹.

Este estado de indefensión de la víctima constituye propiamente lo que en doctrina penal se conoce como “alevosía”⁷⁰, circunstancia agravante prevista en el delito de homicidio calificado (artículo 108) y que también se advierte en otras modalidades típicas como las lesiones graves y leves. La alevosía implica el aprovechamiento de una situación que garantiza la ejecución del delito sin riesgo para el agente, precisamente la condición en que se encuentra el nasciturus al momento del aborto.

Adicionalmente, en el autoaborto el agente activo mantiene un parentesco directo con la víctima —el nasciturus—, siendo precisamente este vínculo filial el motivo por el cual las penas se agravan significativamente en el delito de parricidio (artículo 107), que establece una pena no menor de quince años. Esta circunstancia evidencia una nueva inconsistencia: mientras el ordenamiento penal agrava severamente el homicidio cuando media relación parental, esta misma relación no constituye factor de agravación en el autoaborto, sino que, paradójicamente, parece justificar una penalidad reducida.

En ese orden de ideas, MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN establecen que “la importancia del bien jurídico afectado es el principal fundamento de la intervención del Derecho penal. De ahí, por ejemplo, que los delitos contra la vida sean los que se castiguen más severamente en los Códigos penales”⁷¹. Sin embargo, se evidencia una valoración inconsistente del bien jurídico vida según su etapa de desarrollo y pone de manifiesto la necesidad de una revisión integral del marco punitivo vigente, que logre una graduación racional y proporcional.

La evidencia analizada sustenta la hipótesis de que las penas actualmente establecidas para los delitos de aborto no guardan proporción con la importancia del bien jurídico vida, generando una desprotección que contradice tanto los postulados doctrinales como los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano en materia de protección del derecho a la vida desde la concepción.

⁶⁹ A. PEÑA CABRERA FREYRE, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I, Ediciones Legales, Lima, 2019, p. 264.

⁷⁰ Cfr. R. SALINAS SICCHA, *Derecho Penal Parte Especial*. Volumen I, Iustita, Lima, 2018, 7ª ed., p. 48.

⁷¹ F. MUÑOZ CONDE Y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General*, ...cit., p. 82.

3.1.2.2.COMPARACIÓN CON DELITOS QUE TUTELAN LA INTEGRIDAD PERSONAL

El segundo nivel de análisis comparativo se establece con los delitos contra la integridad física, psicológica y la salud, contemplados en el mismo Título I del Código Penal. Esta comparación resulta especialmente pertinente dado que la vida posibilita a estos bienes jurídicos conforme hemos desarrollado en los anteriores epígrafes.

Cuadro Comparativo: Delitos contra la Integridad física y contra la salud.

Delito	Pena Base
Art. 121.- Lesiones graves	No menor de cuatro ni mayor de ocho años
Art. 121-B.- Lesiones graves por violencia contra mujeres e integrantes del grupo familiar	No menor de seis ni mayor de doce años
Art. 122.- Lesiones leves	No menor de dos ni mayor de cinco años
Art. 122-B.- Agresiones contra mujeres o integrantes del grupo familiar	No menor de uno ni mayor de tres años
Art. 124.- Lesiones culposas	No mayor de un año y de sesenta a ciento veinte días-multa
Art. 124-A.- Daños al concebido	No menor de un año ni mayor de tres años

El análisis de esta tabla revela una incongruencia fundamental en la asignación de penas. Las lesiones graves (artículo 121) y las lesiones graves por violencia contra mujeres e integrantes del grupo familiar (artículo 121-B) se sancionan con penas de cuatro a ocho años y de seis a doce años, respectivamente, mientras que las penas base en los delitos de aborto tienen penas significativamente menores. Esta disparidad resulta problemática considerando que la vida constituye el presupuesto ontológico de la integridad física y psicológica. Con ello se invierte la jerarquía natural de los bienes jurídicos.

Particularmente reveladora es la comparación con el artículo 124-A, que sanciona los daños al concebido con penas de uno a tres años. Conforme a la interpretación de SALINAS SICCHA,

este tipo penal tutela la salud y la integridad física del nasciturus ⁷². La paradoja del sistema actual radica en que, según la lógica punitiva vigente, resultaría menos grave causar la muerte del nasciturus (autoaborto) que ocasionarle lesiones, lo cual evidencia una clara desproporcionalidad.

3.1.2.3.COMPARACIÓN CON DELITOS QUE TUTELAN BIENES JURÍDICOS DE MENOR IMPORTANCIA

El análisis más revelador de la desproporcionalidad del sistema punitivo vigente surge al comparar las penas establecidas para los delitos de aborto con aquellas asignadas a conductas que afectan bienes jurídicos de menor jerarquía constitucional. Esta comparación evidencia una inversión valorativa que cuestiona la racionalidad del ordenamiento penal y su coherencia con el sistema constitucional de derechos.

Cuadro Comparativo: Delitos contra bienes jurídicos de menor jerarquía.

Delito	Bien Jurídico Tutelado	Pena Establecida
Art. 206-A. Abandono y actos de crueldad contra animales	El patrimonio y bienestar animal	Por muerte del animal: 3 a 5 años
Art. 199. Contabilidad paralela	La administración de personas jurídicas	2 a 5 años + 180-365 días multa
Art. 219. Plagio	Los derechos de autor	3 a 6 años + 90-180 días multa
Art. 144. Fingimiento de embarazo o parto	El estado civil	1 a 5 años
Art. 308. Tráfico de flora y fauna silvestre	Los recursos naturales	3 a 5 años + 180-400 días multa
Art. 310. Delitos contra bosques	Los recursos naturales	4 a 6 años + servicios comunitarios

⁷² Cfr. R. SALINAS SICCHA, *Derecho Penal Parte Especial*. ...cit., p. 365.

Por lo desarrollado, se advierte una inversión valorativa manifiesta. Los delitos que protegen bienes jurídicos como el patrimonio, los derechos de autor o los recursos naturales reciben penas similares o superiores a aquellas establecidas para la protección de la vida prenatal.

Es así que, el ordenamiento penal asigna mayor relevancia punitiva a bienes que, constitucionalmente, ocupan una posición subordinada respecto al derecho fundamental a la vida. Lo cual demuestra una contradicción constitucional y una inconsistencia sistemática incluso equiparando la protección de animales domésticos (art. 206-A) con la eliminación de vida humana prenatal. Dicha argumentación ha sido también sostenida por BEDOYA quien indica que en el delito de maltrato animal se ha previsto sanciones más severas que las establecidas para ciertos delitos vinculados al aborto que si reviste un bien de valor superlativo para el desarrollo de la persona lo cual resulta paradójico en el diseño de las penas dando la impresión que es más grave atentar contra la integridad de un animal que hacerlo contra un ser humano en formación, lo cual nos hace cuestionar cómo se puede sostener que maltratar o matar a un animal debe ser castigado con mayor pena que matar al concebido⁷³.

Esta comparación revela una distorsión fundamental en la escala valorativa del sistema penal peruano. Como señala MUÑOZ CONDE, “el primer criterio que se debe utilizar para determinar la gravedad de la pena que se debe imponer a un determinado delito es, desde luego, la importancia del bien jurídico afectado”⁷⁴. La evidencia comparativa demuestra que este principio fundamental no se respeta en el caso de los delitos de aborto.

En ese orden de ideas, se evidencia una valoración inconsistente del bien jurídico vida según su etapa de desarrollo y pone de manifiesto la necesidad de una revisión integral del marco punitivo vigente, que logre una graduación racional y proporcional.

La evidencia analizada sustenta la hipótesis de que las penas actualmente establecidas para los delitos de aborto no guardan proporción con la importancia del bien jurídico vida. Mientras que la vida prenatal constituye constitucionalmente un bien jurídico de primer orden y presupuesto ontológico de todos los demás derechos, las penas asignadas a su

⁷³ CFR. P. V. BEDOYA PERALES, “Aproximación crítica al delito de maltrato animal ...”, cit., p. 945.

⁷⁴ F. MUÑOZ CONDE Y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General...*, cit., p. 82.

protección resultan irrisorias no solo en comparación con delitos que tutelan la vida independiente, sino incluso frente a conductas que afectan bienes jurídicos de menor jerarquía. Esta inversión axiológica cuestiona la racionalidad del ordenamiento penal y evidencia la necesidad de evaluar si tal desproporcionalidad se replica también en el análisis funcional de las penas desde la perspectiva de sus fines preventivos.

3.2. ANÁLISIS DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA DE ACUERDO A LOS FINES DE LA PENA.

Como se desarrolló en el segundo capítulo, el ordenamiento jurídico peruano ha adoptado un sistema que reconoce tanto la prevención general (negativa y positiva) como la prevención especial positiva como fines legítimos de la pena. En esta segunda dimensión del análisis, se evaluará si las penas actualmente establecidas para los delitos de aborto cumplen efectivamente estas funciones preventivas o si, por el contrario, su insuficiencia cuantitativa y su escasa aplicación práctica comprometen gravemente la protección del bien jurídico tutelado. Para ello, se empleará evidencia empírica sobre la incidencia real de estos delitos, la efectividad de la persecución penal y los niveles de condena, contrastándolos con estimaciones sobre la frecuencia de la práctica del aborto en el país.

3.2.1. PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA

La prevención general negativa constituye uno de los pilares fundamentales de nuestro sistema penal. En el contexto específico de los delitos de aborto, esta teoría establece que los miembros de la sociedad “deben ser capaces de elaborar un argumento racional en el que la posibilidad de ser castigados penalmente juegue como una razón de peso para abstenerse de cometer delitos”⁷⁵. Desde esta perspectiva, el Derecho Penal busca intimidar a potenciales infractores mediante la generación de temor al castigo, con el objetivo de reducir la conducta delictiva.

⁷⁵ J. VILAJOSANA RUBIO, *Las Razones de la Pena*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 67.

En este contexto, resulta fundamental analizar si las penas establecidas para los delitos de aborto en el ordenamiento jurídico peruano cumplen efectivamente esta función disuasoria y si contribuyen a la protección del bien jurídico tutelado.

3.2.1.1. FACTORES DETERMINANTES DE LA DISUASIÓN PENAL

Siguiendo el pensamiento de VILAJOSANA RUBIO, se pueden identificar tres factores esenciales que influyen en la capacidad disuasoria de la pena: i) la dureza del castigo, ii) la certeza de su aplicación, y iii) la celeridad con la que se impone la sanción⁷⁶. Cada uno de estos elementos requiere un análisis particular en el contexto de los delitos de aborto.

3.2.1.1.1. LA DUREZA DEL CASTIGO

En relación con la dureza del castigo, se observa que las penas establecidas para los delitos de aborto en el Código Penal son notoriamente bajas. Las modalidades delictivas base oscilan entre dos días hasta cinco años de pena privativa de libertad, alcanzando únicamente los diez años cuando sobreviene la muerte de la madre solo en el caso de aborto no consentido.

En modalidades específicas como el autoaborto y el aborto preterintencional, en lugar de la pena privativa de libertad, se pueden aplicar medidas alternativas como la prestación de servicios comunitarios. Esta situación se agrava con la regulación del aborto sentimental y eugenésico, cuya pena de apenas tres meses lo cual resulta irrisoria en comparación con la importancia del bien jurídico protegido.

Esta deficiencia se ve acentuada por la aplicación del sistema de tercios establecido en el artículo 45-A del Código Penal, que determina que solo cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se establece dentro del tercio superior. En consecuencia, la amenaza penal no parece tener un impacto significativo como factor de contención para la comisión de estos delitos.

⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 38.

3.2.1.1.2. LA CERTEZA DEL CASTIGO

La certeza del castigo, entendida como la percepción de que la pena será efectivamente impuesta, desempeña un papel incluso más relevante que la severidad de la sanción. Al respecto, KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER quien, siguiendo el pensamiento clásico de BECCARIA, señala que “más útil que la severidad de una pena es la prontitud de su imposición, pues la certidumbre del castigo, aunque moderado, hace siempre mayor impresión que otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad”⁷⁷. Similar criterio es mencionado por BEDOYA PERALES quien indica “el factor disuasivo de la pena sólo podría lograrse cuando su operativización resulte efectiva; no obstante, en el curso que se sigue hasta llegar a la condena, pueden aparecer diversos factores que en muchos casos terminan excluyendo el castigo y, con ello, terminan difuminando el potencial disuasivo del derecho penal”⁷⁸; y, en este aspecto, el Estado peruano presenta las mayores deficiencias en el tratamiento de los delitos de aborto.

El sistema permite la adopción de mecanismos procesales como el principio de oportunidad o los acuerdos reparatorios que, dada la naturaleza del bien jurídico tutelado, no deberían ser considerados. Adicionalmente, las penas aplicables en todas las modalidades base pueden ser suspendidas en su ejecución conforme al artículo 57 del Código Penal.

Los datos empíricos confirman esta problemática; según información del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), únicamente 8 personas ingresaron a establecimientos penitenciarios por delitos de aborto entre 2018 y 2024, lo cual demuestra la escasa aplicación efectiva de las penas.

Tabla N°01
PERSONAS QUE INGRESARON POR DELITOS VINCULADOS AL ABORTO
PERIODO 2018 AL 2024 (setiembre)

DELITO ESPECIFICO	Total	Periodos						
		2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024
Total general	8	3	3	1	1	0	0	0
ABORTO AGRAVADO POR LA CUALIFICACION DEL SUJETO ACTIVO	1	0	1	0	0	0	0	0
ABORTO CONSENTIDO	3	0	2	1	0	0	0	0
ABORTO NO CONSENTIDO	2	1	0	0	1	0	0	0
ABORTO PRETERINTENCIONAL	1	1	0	0	0	0	0	0
AUTO-ABORTO	1	1	0	0	0	0	0	0

⁷⁷ C. Ki 2018, p ⁷⁸ CFR.

cia,

Información obtenida mediante acceso a la información pública
Remitida mediante carta N° D000441-2024-INPE-TAIP

Incluso considerando que la mera persecución penal podría generar cierto efecto disuasorio, los datos del Ministerio Público revelan una realidad preocupante. Entre los años 2018 y 2024, se registraron únicamente 5,846 denuncias por delitos de aborto a nivel nacional. Las cifras anuales oscilan entre 633 y 1,106 denuncias, siendo el “autoaborto” (artículo 114) y el “aborto sin consentimiento” (artículo 116) las modalidades más denunciadas.

DELITOS DE ABORTO (ART. 114 AL 120 DEL CÓDIGO PENAL) DENUNCIADOS EN EL MINISTERIO PÚBLICO
A NIVEL NACIONAL, POR AÑO SEGÚN ARTÍCULO DEL CÓDIGO PENAL
AÑO 2018 AL 2024*

DELITO (ARTÍCULO DEL CÓDIGO PENAL)	AÑO						
	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024*
Art. 114 : Autoaborto	294	338	187	232	313	421	352
Art. 115 : Aborto consentido	51	57	60	65	104	94	80
Art. 116 : Aborto sin consentimiento	132	126	122	191	177	248	210
Art. 117 : Agravación de la pena por la calidad del sujeto	11	11	15	11	16	28	19
Art. 118 : Aborto preterintencional	33	25	28	41	43	57	37
Art. 119 : Aborto terapéutico	-	-	-	1	-	-	-
Art. 120 : Aborto sentimental y eugenésico	2	4	1	5	4	7	7
S/Art : No se registra delito específico de aborto	583	502	220	137	54	77	13
TOTAL	1,106	1,063	633	683	711	932	718

* Información de enero a octubre

FECHA DE DESCARGA DE INFORMACIÓN : - Año 2018, 09 de enero de 2019

| - Año 2019, 13 de enero de 2020

- Año 2020, 08 de enero de 2021

- Año 2021, 10 de enero de 2022

- Año 2022, 06 de enero de 2023

- Año 2023, 08 de enero de 2024

- Año 2024, 05 de noviembre de 2024

NOTA: - Información disponible en los servidores principales de base de datos de cada Distritos Fiscal al momento de la fecha de descarga de información

- Información de denuncias cuyos delitos se encuentran tipificados en los sistemas informáticos

FUENTE: Sistema de Información de Apoyo al Trabajo Fiscal - SIATF, Sistema de Gestión Fiscal - SGF y Equipo Técnico de la Bandeja Fiscal

ELABORACIÓN: Oficina de Racionalización y Estadística - ORACE

Información obtenida mediante acceso a la información pública
Remitida mediante Resolución N° 001775-2024-MP-FN-PJFSMOQUEGUA

Esta escasa cantidad de investigaciones resulta particularmente alarmante si se considera la frecuencia real de la práctica. TÁVARA OROZCO cita los estudios de FERRANDO del año 2006, quien mediante metodología indirecta demostró que en el país ocurren más de 370,000

abortos inducidos por año, lo que significa más de 1,000 abortos diarios y una tasa superior a 50 por cada 1,000 mujeres en edad fértil, cifra que supera la media de América Latina⁷⁹.

De manera similar, PEÑA CABRERA FREYRE señala que mientras en 1997 se estimaba extraoficialmente la comisión de 260,000 abortos anuales, para 2014 esta cifra había ascendido a aproximadamente 410,000 abortos clandestinos, evidenciando una situación alarmante por haberse duplicado la incidencia⁸⁰. Esta tendencia es confirmada por CERNA RAVINES quien afirma que “según una encuesta realizada en 2018 por el Instituto de Opinión Pública (IOP-PUCP) (...) en el Perú el 19% de mujeres entre 18 y 49 años se ha realizado un aborto”⁸¹, además agrega que “En 2004 se estimó una incidencia de 371 420 abortos en el Perú, más de un cuarto de millón, y considerando que desde aquella fecha han pasado ya 18 años, para el 2022 dicha cifra se estima que es cercana al medio millón de abortos al año”⁸².

La problemática descrita se enmarca en lo que Bacigalupo denomina “cifra negra de la delincuencia”. Este autor explica que “la suma de delitos cometidos y la de los delitos sancionados no coincide. La diferencia es conocida como cifra negra de la delincuencia, expresión con la que se quiere designar a los casos no descubiertos pero que se sabe, con un grado plausible de seguridad, que han sido cometidos”⁸³. Específicamente sobre el aborto, Bacigalupo señala que “la cifra negra del hurto o del aborto es generalmente muy alta, mientras que en otros delitos no lo es tanto”⁸⁴.

Esta situación se ve agravada por la insuficiente labor de persecución del Ministerio Público, pues, durante el período 2018-2024, en los 34 distritos fiscales que conforman esta institución, solo se realizaron 99 acciones de prevención, cifra que resulta insignificante considerando la magnitud del problema identificado.

CANTIDAD DE ACTUACIONES PREVENTIVAS DESARROLLADAS								
ITEM	DESCRIPCIÓN	AÑO 2018	AÑO 2019	AÑO 2020	AÑO 2021	AÑO 2022	AÑO 2023	AÑO 2024
1	Autoaborto (artículo 114)	5	8	3	6	7	16	13
2	Aborto consentido (artículo 115)	3	2	4	4	3	3	3
3	Aborto sin consentimiento (artículo 116)	1	0	2	2	0	2	3
4	Agravación de la pena por la calidad del sujeto (artículo 117)	0	0	1	1	1	1	1
5	Aborto preterintencional (artículo 118)	0	0	0	1	1	1	0
6	Aborto terapéutico (artículo 119)	0	0	2	1	1	2	1
7	Aborto sentimental y eugenésico (artículo 120)	0	0	1	0	1	1	1
TOTAL		9	10	13	15	14	26	22

PRU.

**Información obtenida vía acceso a la información pública.
Remitida mediante Carta N° 00733-2024-MP-FN-PJFSAREQUIPA**

Este déficit estructural no debe interpretarse como una manifestación de tolerancia o de consenso social respecto a la práctica del aborto. Por el contrario, evidencia una deficiente actuación del Estado en el cumplimiento de su deber constitucional de proteger la vida humana, particularmente por parte del Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú, en su rol de órganos responsables de la persecución del delito. Tal omisión se traduce en una desprotección efectiva del bien jurídico más fundamental: la vida prenatal.

La inacción o débil persecución de estos delitos constituye, por tanto, un incumplimiento del mandato constitucional de garantizar la vigencia real y efectiva de los derechos fundamentales. En ese sentido, la falta de ejercicio adecuado de la potestad persecutoria implica una forma indirecta de despenalización fáctica, que además distorsiona el equilibrio de poderes, pues desplaza al Poder Legislativo —único órgano legitimado para definir la política criminal y tipificar delitos— de su rol constitucional.

Del análisis desarrollado se desprende que la aplicación de penas en los delitos de aborto es prácticamente nula, lo cual compromete gravemente la finalidad preventiva de la pena, debilita la protección del bien jurídico tutelado y deteriora la eficacia del sistema penal en su conjunto. La comisión del delito de aborto persiste de forma sostenida a lo largo de los años; y, por el contrario, se observa un incremento progresivo en la cifra negra de este delito, en parte debido a la inexistente aplicación del castigo, pues, existe una escasa persecución penal.

3.2.1.1.3. LA CELERIDAD CON LA QUE SE IMPONE LA SANCIÓN.

La importancia de la celeridad en la aplicación de la justicia penal encuentra sus raíces en el pensamiento de CESARE BECCARIA, quien afirmaba que “cuanto menor es la distancia temporal entre la pena y el hecho punible, tanto más intensa y perdurable es en el ánimo humano la asociación de estas dos ideas, delito y pena, de modo que insensiblemente se considera el primero como causa y la otra como efecto necesario ineludible”⁸⁵. Esta premisa se fundamenta en principios psicológicos básicos: la proximidad temporal entre la conducta y su consecuencia fortalece la asociación causal en la mente del potencial infractor, maximizando así el efecto disuasorio de la sanción.

En esa misma línea de interpretación, PINTO ANDRADE menciona que: “En definitiva, la demora de los procesos penales limita la acción preventiva de las penas, y genera desconfianza en la administración de justicia. La celeridad no solo es deseable porque los estudios empíricos lo pudieron indicar así respecto a sus efectos disuasorios, sino porque es un aspecto normativo que debe ser inherente al procedimiento”⁸⁶.

No obstante, el sistema judicial peruano presenta deficiencias estructurales que afectan gravemente la celeridad en la imposición de las sanciones penales. Según el Boletín Estadístico Institucional N.º 4-2024 del Poder Judicial, todos los órganos jurisdiccionales registran una significativa tasa de congestión procesal, siendo los juzgados especializados —competentes en materia de aborto— los más sobrecargados. Asimismo, se advierte que la mayor cantidad de procesos pendientes se concentra en el área penal, la cual mantiene una tendencia creciente a lo largo de los años.

PODER JUDICIAL: CARGA PROCESAL Y TASA DE CONGESTIÓN DE PROCESOS EN TRÁMITE, ENERO-DICIEMBRE/2024

Actualizado al 09/02/2025

Por tipo de Órgano y Condición	Procesos en Trámite				Carga Procesal	Tasa de Congestión
	Pendientes al 01/01/2024		Ingresos	Resueltos		
	Trámite	Plazo de Impugnación				
	(A)	(B)	(C)	(D)		
Tipo de Órgano	1 030 691	1 114 843	1 721 662	1 829 971	2 752 353	1.50
Sala Superior	78 418	4 894	210 213	207 583	288 631	1.39
Juzgado Especializado o Mixto	693 336	670 685	982 384	1 061 521	1 675 720	1.58
Juzgado de Paz Letrado	258 937	439 264	529 065	560 867	788 002	1.40
Por Condición.	1 030 691	1 114 843	1 721 662	1 829 971	2 752 353	1.50
Permanente	965 371	1 046 064	1 644 097	1 696 138	2 609 468	1.54
Transitorio	65 320	68 779	77 565	133 833	142 885	1.07
Total	1 030 691	1 114 843	1 721 662	1 829 971	2 752 353	1.50
Carga Procesal	Trámite	2 752 353				
	Total	3 867 196				

⁸⁵ C. E de Cl 137, E ⁸⁶ J. P Jurídi

(1758), 7, Núm. Misión

**PODER JUDICIAL: TOTAL, DE PROCESOS PENDIENTES EN TRÁMITE SEGÚN ESPECIALIDAD,
AL INICIO DE CADA AÑO, ENERO / 2022-24**

Actualizado al 09/02/2025

Especialidad	Procesos Pendientes			Variación 2024/23	
	2022	2023	2024	Diferencia	%
	(A)	(B)	(C)	(D) = (C)-(B)	(E)=(D/B)%
Civil	248 157	250 473	251 722	1 249	0.5%
Extinción de Dominio	262	488	775	287	58.8%
Familia	228 259	213 398	215 674	2 276	1.1%
Laboral	205 302	183 235	171 420	- 11 815	-6.4%
Penal	349 328	370 402	391 100	20 698	5.6%
Total	1 031 308	1 017 996	1 030 691	12 695	1.2%
Plazo de Impugnación	898 266	925 471	1 114 843		

Fuente: Sistema de Información Estadístico - PJ

En consecuencia, el sistema judicial peruano enfrenta limitaciones institucionales que impactan directamente en la celeridad procesal. La sobrecarga de los juzgados penales constituye una barrera estructural que impide la tramitación expedita de los procesos afectando la eficacia de la respuesta punitiva del Estado.

A ello se suman las dificultades probatorias propias de este tipo de delitos, tales como la necesidad de pericias médico-legales especializadas, la dificultad para obtener testimonios en conductas clandestinas y la complejidad técnica de la investigación penal, factores que contribuyen significativamente a la dilación de los procesos.

Además, la búsqueda de celeridad debe equilibrarse cuidadosamente con el respeto a las garantías fundamentales del debido proceso, pues, como indica VILAJOSANA RUBIO “la

presencia de garantías procesales para todo imputado, contribuye a dilatar en el tiempo los procesos judiciales”⁸⁷.

Estas características estructurales comprometen la celeridad deseable del sistema y generan efectos especialmente perniciosos para su eficacia preventiva. En primer lugar, debilitan la conexión psicológica entre la conducta prohibida y su sanción, elemento fundamental para el efecto intimidatorio de la amenaza penal. En segundo lugar, fomentan una percepción generalizada de impunidad, lo que puede incrementar la incidencia delictiva al disminuir el temor al castigo.

En el caso específico de los delitos de aborto, la celeridad adquiere una relevancia particular, puesto que, la baja severidad de las penas previstas facilita que muchos casos prescriban antes de iniciarse o concluir el proceso judicial, generando una situación de impunidad. Esta ineficacia procesal contradice el deber del Estado de garantizar la protección efectiva de la vida humana desde la concepción, desnaturalizando la función preventiva y protectora del sistema penal.

3.2.2. PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

En el contexto de la prevención general positiva, el simbolismo de las penas adquiere particular relevancia. Como señala DE LA MATA BARRANCO, “la función de prevención general positiva de la pena aconseja que los delitos más graves tengan señaladas penas mayores que los delitos menos graves, puesto que así se expresa simbólicamente la mayor importancia de los bienes jurídico penales más valiosos, afirmándose positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva”⁸⁸. De igual forma, piensan URS KINDHÄUSER y TILL ZIMMERMANN quienes afirman: “Cuanto más importante sea la norma para el ordenamiento jurídico de la sociedad según su propia comprensión, más grave es la contradicción a la norma (por la que se debe asumir responsabilidad), lo que se indica mediante la cuantía de la amenaza de pena del delito”⁸⁹.

⁸⁷ J. VILAJOSANA RUBIO, *Las Razones de la Pena ...*, cit., p. 41.

⁸⁸ N. DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal, ...cit.*, p. 186.

⁸⁹ URS KINDHÄUSER y TILL ZIMMERMANN, *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 66.

Esta dimensión simbólica implica que las penas no solo deben ser efectivas en términos instrumentales, sino que también deben transmitir un mensaje claro sobre la jerarquía de valores que protege el ordenamiento jurídico. La proporcionalidad de las penas se convierte así en un elemento fundamental para la eficacia de la prevención general positiva.

El análisis de la regulación penal del aborto en el Perú desde la perspectiva de la prevención general positiva revela serias deficiencias que comprometen la eficacia de esta función preventiva. Las penas establecidas para los delitos de aborto, notoriamente desproporcionadas en relación con la importancia del bien jurídico protegido, transmiten un mensaje contradictorio sobre el valor que el ordenamiento jurídico asigna a la vida prenatal.

La comparación de las penas establecidas para los delitos de aborto con las previstas para otros delitos revela inconsistencias que comprometen la función simbólica del derecho penal. Mientras que delitos contra el patrimonio o la administración pública reciben sanciones significativamente superiores, los delitos que atentan contra la vida prenatal se sancionan con penas irrisorias que no reflejan la importancia fundamental del bien jurídico tutelado. Como resultado, la sociedad recibe mensajes contradictorios sobre la importancia de la vida prenatal, debilitando la conciencia jurídica colectiva en torno a este valor fundamental.

Las deficiencias en la función de prevención general positiva de los delitos de aborto genera la percepción social de que el sistema no protege adecuadamente bienes jurídicos fundamentales genera desconfianza institucional que puede extenderse a otras áreas del derecho penal.

El derecho penal, a través de su estructura punitiva, tiene la oportunidad de contribuir a la formación de una conciencia social más clara sobre la importancia de este bien jurídico. Sin embargo, esta función educativa solo puede cumplirse efectivamente si existe coherencia entre el mensaje normativo y la estructura punitiva. Las penas desproporcionadamente bajas no solo fallan en educar a la sociedad sobre la importancia de la vida prenatal, sino que pueden transmitir el mensaje contrario, contribuyendo a la banalización de este bien jurídico fundamental.

La optimización de la función de prevención general positiva en los delitos de aborto requiere establecer una coherencia valorativa entre la importancia constitucional del bien jurídico protegido y la respuesta punitiva prevista. Esto implica no solo incrementar las penas, sino estructurar un sistema sancionatorio que refleje adecuadamente la jerarquía de valores del ordenamiento jurídico.

3.2.3. PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA

La prevención especial positiva constituye uno de los fines más importantes de la pena en los sistemas penales modernos, orientándose hacia la resocialización del delincuente y su reintegración en la sociedad como ciudadano respetuoso de las normas jurídicas. Esta función, reconocida tanto en instrumentos internacionales como en la Constitución Política del Perú, requiere un análisis específico en el contexto de los delitos de aborto para evaluar su viabilidad y eficacia.

MIR PUIG explica esta función señalando que "si el delito se comete, la pena debe imponerse no para retribuir el hecho pasado, sino para confirmar la seriedad de la amenaza legal y mantener así su eficacia preventiva futura, y para añadir el efecto de prevención especial en el delincuente"⁹⁰.

El sistema punitivo actual para los delitos de aborto presenta serias limitaciones para el cumplimiento de la función de prevención especial positiva. Como señala el análisis desarrollado, debido a la poca cuantía de la pena en estos delitos, sumado a los mecanismos de la pena suspendida, el principio de oportunidad, las causas atenuantes de la misma, entre otros factores, hacen ilusorio su ejecución penal. Lo cual queda demostrado con la cantidad de personas que han ingresado a establecimientos penitenciarios por delitos de aborto entre 2018 y 2024.

4. CAPÍTULO IV: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DESPROPORCIONALIDAD DE LA PENA

⁹⁰ S. MIR PUIG, "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal", en S. MIR PUIG Y J. QUERALT JIMÉNEZ (directores), *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas Bases Constitucionales*, Tirant Lo Blanch, México D.F., 2012, p. 84.

El análisis desarrollado en los capítulos precedentes ha evidenciado la existencia de una desproporcionalidad manifiesta en las penas establecidas para los delitos de aborto en el Código Penal peruano. Esta inconsistencia valorativa genera consecuencias jurídicas que trascienden el ámbito estrictamente punitivo, afectando la coherencia y legitimidad del sistema jurídico en su conjunto. A continuación, se examinan las principales implicaciones jurídicas derivadas de esta desproporcionalidad.

4.1. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

La desproporcionalidad identificada en las penas de los delitos de aborto configura una vulneración del principio constitucional de igualdad y no discriminación, consagrado en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Al respecto, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ menciona que este principio “impone un trato análogo para los casos semejantes y uno desigual para los que son diferentes; no se trata, pues, del derecho a ser igual, sino del privilegio a ser tratado de manera uniforme ante situaciones similares. (...) supone el deber de los poderes públicos de llevar a cabo ese trato uniforme⁹¹”.

De igual forma, el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia señala lo siguiente: “La igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual (discriminación directa, indirecta o neutral, etc.), sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario (discriminación por indiferenciación)⁹²”.

Al respecto, la vida prenatal como la vida independiente poseen igual valía jurídico-constitucional, de modo que la diferencia de tratamiento punitivo carece de justificación objetiva. El artículo 1 de la Constitución Política del Perú establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Esta disposición no distingue etapas del desarrollo humano, estableciendo un

⁹¹ F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fundamentos de derecho penal parte general, Tirant Lo Blanch, Ed. 7., Bogotá, 2025, pp. 45-46.

⁹² STC EXP. N° 00374-2017-PA/TC, 10 de agosto de 2021, FJ. 11-14

reconocimiento universal de la dignidad inherente a la persona. Complementariamente, el artículo 2.1 reconoce que “toda persona tiene derecho (...) a la vida”, consagrando la vida como derecho fundamental sin establecer distinciones basadas en el grado de desarrollo o dependencia. Además, expresamente el artículo 2 de la ley N° 31935 reconoce a la vida como un derecho del concebido.

La diferencia entre la vida dependiente y la vida independiente no supone una distinción ontológica, sino únicamente un estadio diverso dentro del mismo proceso vital. Como se explicó en los capítulos precedentes, el nasciturus posee individualidad genética y continuidad biológica desde la concepción, lo que justifica una tutela penal equivalente en términos de valor jurídico. Por tanto, mantener penas considerablemente menores frente a la afectación de la vida prenatal carece de sustento constitucional y configura una discriminación por indiferenciación, al otorgar una protección jurídica claramente inferior a una etapa de la vida humana. Esta diferenciación resulta además incoherente con la ausencia de distinciones punitivas en otras fases del desarrollo vital, más aún si se advierte que en el nasciturus presenta una condición de indefensión.

En esa línea, es fundamental precisar que la vulneración del principio de igualdad no radica en la penalización del aborto per se—decisión que corresponde legítimamente al legislador dentro de su margen de configuración normativa—, sino en la intensidad desproporcionada de la respuesta punitiva cuando se compara sistemáticamente con otros delitos que tutelan el mismo bien jurídico fundamental.

Como advierte la doctrina constitucional, el principio de igualdad no impone un tratamiento idéntico en todos los casos, sino un tratamiento proporcional y coherente con la jerarquía de los bienes protegidos. No obstante, cuando la diferencia de sanción es tan amplia que contradice la protección equivalente que la Constitución reconoce a la vida humana en todas sus etapas, se configura una discriminación por indiferenciación que afecta el núcleo esencial del principio de igualdad. Así, mientras el atentado contra la vida independiente recibe sanciones significativamente severas (homicidio simple: 6 a 20 años), la agresión contra la vida prenatal es sancionada con penas notoriamente inferiores como por ejemplo el autoaborto que es de hasta 2 años.

4.2. INEFICACIA PREVENTIVA DEL SISTEMA PENAL

WINFRIED HASSEMER manifiesta textualmente que “la pena orientada en la prevención pierde su sentido como pena; y una teoría fundada preventivamente deja de ser convincente cuando el resultado de la prevención es escaso o incluso nulo”⁹³. Dicho autor agrega que “una prevención que no consigue sus efectos, o que los consigue en una dirección equivocada, o que incluso agrava la situación, no es una verdadera prevención”⁹⁴. Asimismo, Mir Puig señala que: “la intervención penal sea idónea, esto es un medio capaz de conseguir el fin de protección pretendido: si el Derecho penal fuera inútil, incapaz de evitar delitos, no sería legítimo”⁹⁵.

En ese sentido, la desproporcionalidad identificada no solo genera una situación de desigualdad constitucionalmente reprochable, sino que compromete los fines constitucionales de la pena establecidos en el ordenamiento jurídico peruano. Esta falla sistémica trasciende las consideraciones puramente valorativas para incidir en la funcionalidad misma del sistema penal.

Desde la perspectiva de la **prevención general positiva**, la pena se concibe como un mecanismo de reafirmación de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico. En palabras de LUZÓN PEÑA, esta dimensión opera “reforzando el respeto y la aceptación de las normas y los valores jurídicos y de su vigencia por los ciudadanos”⁹⁶, es decir, busca fortalecer la confianza social en el sistema normativo y consolidar el consenso en torno a los bienes jurídicos esenciales que este protege.

En el mismo sentido, MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN sostienen que conforme a la prevención general positiva la función del Derecho penal, es comunicar o expresar simbólicamente el reproche social hacia el autor del ilícito, reafirmando así la vigencia de la norma vulnerada y el restablecimiento del orden jurídico⁹⁷. La imposición de la pena, por

⁹³ W. HASSEMER, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 61.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 73.

⁹⁵ S. MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento ...”, cit., pp., 76-77.

⁹⁶ D. M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal ...*, cit., p. 15.

⁹⁷ CFR. MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, *Manual de Derecho penal Chileno parte general*, Tirant Lo Blanch, 2025, p. 175

tanto, cumple una función esencialmente comunicativa: transmite a la sociedad la relevancia del bien jurídico lesionado y el compromiso estatal con su tutela.

Bajo este enfoque, la determinación del quantum punitivo resulta trascendental, pues, expresa de forma simbólica la importancia que el ordenamiento jurídico otorga al bien protegido. En consecuencia, cuando el Derecho penal sanciona de manera leve la afectación de un bien jurídico de máxima jerarquía, como la vida humana, el sistema jurídico envía un mensaje contradictorio que debilita la legitimidad del propio orden normativo.

Aplicando este razonamiento a los delitos de aborto, se advierte una incoherencia valorativa evidente, toda vez que, mientras que en el homicidio simple se sanciona con penas de seis a veinte años de prisión, el autoaborto se castiga con una pena no mayor de dos años. Esta desproporción punitiva comunica socialmente que la vida prenatal posee un valor inferior a la vida independiente, contradiciendo abiertamente el reconocimiento constitucional de la vida desde la concepción.

La gravedad de esta contradicción trasciende el plano jurídico y se proyecta sobre el ámbito social, pues pervierte la conciencia colectiva acerca de la dignidad del concebido y debilita la internalización del valor constitucional de la vida humana. Cuando el Estado transmite valoraciones punitivas inconsistentes —por un lado, proclama la protección de la vida desde la concepción, y por otro, sanciona débilmente su afectación—, se genera una fractura en la función comunicativa del Derecho penal y una pérdida de credibilidad institucional.

Desde la perspectiva de la **prevención general negativa**, la eficacia disuasoria de la norma penal depende de la celeridad, certeza y severidad de la sanción. Sin embargo, conforme a lo desarrollado anteriormente, en el caso de los delitos de aborto se observa una combinación de penas de escasa entidad, una baja probabilidad de persecución y condena efectiva, y una congestión procesal en el sistema judicial. Estos factores, en conjunto, neutralizan el efecto intimidatorio que debería caracterizar a la norma penal.

Las estadísticas disponibles confirman la ineficacia del sistema punitivo en este ámbito. Las estimaciones indican que se cometen aproximadamente 370,000 abortos anuales, mientras que las condenas efectivas son mínimas. Si bien podría alegarse que el aumento en la

incidencia del delito guarda relación con otros factores como los demográficos, ello no desvirtúa el hecho de que, desde un enfoque teórico, el sistema penal no cumple con las condiciones necesarias para generar una verdadera disuasión. En consecuencia, el delito de aborto persiste como una práctica socialmente extendida y escasamente reprimida, lo que debilita la función preventiva del Derecho penal y la protección efectiva del bien jurídico vida.

En cuanto a la **prevención especial positiva**, los datos revelan que solo ocho personas han recibido condenas efectivas entre los años 2018 y 2024, lo que evidencia la escasa aplicación real de la sanción penal. Esta situación obedece, en parte, a la naturaleza de las penas previstas para estos delitos—generalmente suspendidas o sustituidas por prestación de servicios comunitarios—, así como que por su baja cuantía se permite la aplicación de mecanismos alternativos como el principio de oportunidad. En conjunto, estos factores vuelven ilusoria la ejecución efectiva de la pena, impidiendo la implementación de programas estructurados de resocialización. Ello limita gravemente el cumplimiento de la función preventivo-especial positiva del Derecho penal, pues se restringe la posibilidad de intervenir sobre los factores personales y sociales que propician la comisión del delito.

4.3. INADECUADA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO VIDA

La reducida penalidad establecida para los delitos de aborto genera como consecuencia jurídica directa una inadecuada protección del derecho a la vida desde la concepción, vulnerando tanto el mandato constitucional contenido en el artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú así como los compromisos internacionales asumidos por el Estado. Esta desprotección normativa compromete la coherencia interna del ordenamiento jurídico penal y debilita la función tutelar que el Estado debe ejercer sobre un bien jurídico de tanta jerarquía axiológica.

La inversión de valores que se evidencia al otorgar mayor protección punitiva a bienes jurídicos de rango constitucional inferior —como el patrimonio, los derechos de autor, los recursos naturales e incluso el bienestar animal—, así como, la equiparación implícita entre conductas dolosas contra la vida prenatal y conductas culposas contra la vida independiente; y, la paradoja de sancionar con mayor severidad las lesiones al nasciturus que su muerte

mediante aborto, evidencian una irracionalidad punitiva que compromete la legitimidad del sistema penal en su conjunto.

Por tanto, se hace imperativa una revisión integral del marco normativo vigente que establezca una graduación racional y proporcional de las penas, asegurando una adecuada protección de la vida humana en todas sus etapas de desarrollo al ser un bien jurídico de primer orden.

5. CAPITULO V: PROPUESTAS PARA UNA REFORMA LEGISLATIVA

El análisis desarrollado en los capítulos precedentes ha puesto de manifiesto la existencia de una desproporción sistemática en las penas establecidas para los delitos de aborto en el ordenamiento jurídico peruano. Esta situación no sólo compromete la coherencia interna del sistema penal, sino que también afecta la eficacia preventiva de las normas y la adecuada protección del bien jurídico tutelado. En consecuencia, resulta necesario formular propuestas de reforma legislativa orientadas a corregir estas deficiencias y establecer un marco normativo coherente con los principios constitucionales y los fines del derecho penal.

Es fundamental precisar que estos fundamentos no implican una alteración de la decisión político-criminal de tipificar el aborto, sino que se orientan a dotar de coherencia y eficacia al sistema normativo vigente, partiendo de la premisa de que la opción legislativa por la penalización debe traducirse en un régimen sancionador idóneo para los fines que persigue.

5.1. MODIFICACIÓN DEL QUANTUM DE LAS PENAS

La primera y más evidente propuesta de reforma consiste en la modificación del quantum de las penas establecidas para los distintos delitos de aborto, adecuándolas a la importancia del bien jurídico protegido y armonizándolas con la escala valorativa del ordenamiento penal.

En ese sentido, resulta pertinente citar la sentencia recaída en el Expediente N.º 003-2005-PI/TC, en la cual el Tribunal Constitucional analizó la constitucionalidad del agravamiento de la pena previsto en el artículo primero del Decreto Legislativo N.º 924. Dicha norma establecía que el delito de apología del terrorismo debía ser sancionado con una pena

privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, además del máximo de multa prevista por el artículo 42 del Código Penal y la inhabilitación conforme a los incisos 2, 4 y 8 del artículo 36 del mismo cuerpo normativo. En esa oportunidad, el Tribunal concluyó que la pena impuesta no era ni excesiva ni manifiestamente innecesaria⁹⁸.

Asimismo, el Tribunal en el caso concreto del delito de apología al terrorismo, valoró que dicha conducta afectaba la subsistencia del orden democrático y constitucional, así como ponía en riesgo la dignidad, la vida y la integridad física y psíquica de las personas en la medida que incitaba a violarlos. En ese contexto, el Tribunal calificó dichos bienes jurídicos como de intensidad media, lo cual justificaba el establecimiento de una pena privativa de libertad de intensidad media que sería entre seis y doce años⁹⁹.

Bajo esta misma línea argumentativa, y trasladando el análisis al aborto, se advierte que en este caso no se trata de una mera puesta en peligro, sino de una afectación concreta y directa al bien jurídico vida humana en gestación. Por tanto, si se parte de que la vida dependiente ostenta una relevancia igual o incluso superior a la de los bienes jurídicos protegidos en la apología del terrorismo, el quantum de la pena aplicable al aborto debiera situarse, por coherencia con los criterios del Tribunal Constitucional, en un rango equivalente: no menor de seis ni mayor de doce años para los tipos básicos de aborto.

Esta propuesta debe contemplar excepciones para casos que evidencian circunstancias especiales, como el aborto sentimental y eugenésico, donde las condiciones particulares del embarazo (violación sexual o taras) justifican un tratamiento punitivo diferenciado que reconozca la complejidad ética y jurídica de estas situaciones.

Asimismo, siguiendo el pensamiento de LASCURAÍN SÁNCHEZ mantener una pena con una baja intensidad, deja de ser instrumental por su insuficiencia aflictiva lo que supondría una coacción leve, pero al fin y al cabo inútil, y la sociedad estaría mejor si prescinde de tal norma penal¹⁰⁰. Por tanto, esta consideración refuerza la necesidad de establecer penas que

⁹⁸ Cfr. STC EXP. 003-2005-PI/TC, de fecha 09 de agosto de 2006, FJ. 207- 247.

⁹⁹ Cfr. *Ibidem*.

¹⁰⁰ Cfr. J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Bien jurídico y objeto protegible”, ..., cit., p. 150.

efectivamente cumplan con las funciones preventivas y comunicativas que justifican la intervención penal del Estado.

Desde el punto de vista político, el aumento de las penas podría enfrentar resistencias derivadas de la sensibilidad social que rodea la cuestión del aborto. Sin embargo, es importante destacar que las propuestas no alteran la decisión político-criminal de tipificar estas conductas, sino que se orientan a dotar de coherencia y eficacia al sistema normativo vigente, fortaleciendo la protección de un bien jurídico reconocido constitucionalmente.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional sostuvo que en el caso específico del análisis de las penas, no corresponde realizarlo en función de criterios como la conveniencia, la oportunidad o los juicios de valor, ya que estos son aspectos que competen exclusivamente al legislador penal. El control constitucional, en todo caso, debe centrarse en la idoneidad de la sanción para proteger efectivamente el bien jurídico tutelado¹⁰¹, aspecto en el cual las penas actuales evidencian claras deficiencias.

5.2. REFORMA PROCESAL

La eficacia preventiva de las normas penales depende no sólo de la entidad de las penas establecidas, sino también de la certeza de su aplicación. En este sentido, se propone la exclusión de la aplicación del principio de oportunidad y acuerdos reparatorios para los delitos de aborto.

Dada la naturaleza del bien jurídico afectado (vida humana prenatal), se propone modificar el artículo 2 del Código Procesal Penal para excluir expresamente los delitos de aborto de la aplicación del principio de oportunidad y de los acuerdos reparatorios. Esta modificación reforzaría el mensaje social sobre la importancia del bien jurídico protegido, existiendo un antecedente normativo, pues tal criterio también ha sido adoptado en los casos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar.

¹⁰¹ Cfr. STC EXP. 003-2005-PI/TC, de fecha 09 de agosto de 2006, FJ. 221-222.

Esta exclusión se justifica en que la vida prenatal, como bien jurídico de primer orden constitucional, no puede ser objeto de transacciones procesales que comprometan la función preventiva y comunicativa del derecho penal. La certeza en la aplicación de las sanciones constituye un elemento esencial para el cumplimiento de los fines preventivos de la pena.

5.3. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS DE PREVENCIÓN Y APOYO

El fortalecimiento del sistema penal debe complementarse con políticas públicas que aborden las causas estructurales del aborto. Se propone:

- Programas integrales de educación sexual y reproductiva, orientados no solo a la prevención del embarazo no deseado, sino también a la formación en valores sobre la dignidad de la vida humana desde la concepción.
- Apoyo integral a la maternidad vulnerable, mediante asistencia social, psicológica y económica, que reduzca la presión socioeconómica que impulsa a muchas mujeres hacia el aborto.
- Sanciones administrativas y control sanitario estricto a quienes fabriquen o expandan sustancias destinadas a provocar abortos ilegales, fortaleciendo la prevención general.

Aunque estas medidas implican inversión pública, su costo sería compensado por la reducción en la incidencia delictiva y por la consolidación de una política criminal coherente con los valores constitucionales.

En síntesis, las propuestas desarrolladas en este capítulo configuran un sistema integral de reformas estructurado en tres dimensiones complementarias que responden de manera coherente y sistemática a la desproporcionalidad identificada en los capítulos precedentes de esta investigación.

La propuesta de reforma punitiva establece la coherencia valorativa necesaria, la reforma procesal garantiza la efectividad de la aplicación, y las medidas preventivas abordan las causas para reducir la incidencia delictiva. Conjuntamente, estas propuestas persiguen el objetivo final de garantizar una tutela efectiva de la vida prenatal que respete los principios

constitucionales del Estado democrático de derecho, sin abandonar la perspectiva preventiva y resocializadora que debe caracterizar al sistema penal contemporáneo.

6. CONCLUSIONES

1. La vida constituye el bien jurídico protegido en los delitos de aborto, reconocida por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia constitucional. Este reconocimiento normativo establece que no existe diferencia valorativa esencial entre la vida prenatal e independiente desde una perspectiva constitucional, siendo ambas manifestaciones de la dignidad humana que deben recibir tutela penal coherente con su jerarquía.

2. El análisis comparativo entre los tipos penales revela una incoherencia valorativa estructural: delitos que afectan bienes jurídicos de menor o similar jerarquía constitucional reciben penas significativamente más severas que los delitos de aborto. Esta situación contraviene el principio de proporcionalidad y afecta la coherencia interna del sistema punitivo peruano.

3. Las penas actuales fallan estructuralmente en su función expresiva y comunicativa. El hecho de que la vida sea reconocida como un bien constitucionalmente relevante, pero que los delitos de aborto reciban sanciones de escasa severidad, transmite un mensaje social contradictorio que debilita la función de reafirmación normativa del derecho penal y compromete la internalización de los valores constitucionales en la conciencia colectiva.

4. La evidencia empírica demuestra que las penas vigentes, al tener una escasa entidad, una baja probabilidad de persecución y condena efectiva, y una congestión procesal en el sistema judicial, no carecen de un efecto disuasorio significativo. Del mismo modo, la prevención especial se ve limitada por la frecuente suspensión o sustitución de las penas, lo que impide la implementación de programas efectivos de resocialización.

5. La evidencia empírica revela que las penas vigentes –debido a su reducida gravedad, la baja probabilidad de persecución y condena efectiva, y la constante congestión procesal del sistema judicial– no logran cumplir una función disuasoria conforme a la prevención general negativa. Del mismo modo, la prevención especial se ve seriamente limitada por la

habitual suspensión o sustitución de las penas, lo que impide la ejecución de programas de resocialización efectivos y sostenibles.

6. La configuración punitiva actual genera tres consecuencias principales: i) vulnera el principio constitucional de igualdad al otorgar un trato punitivo desigual a bienes jurídicos de igual jerarquía; ii) compromete los fines constitucionales de la pena al carecerse de eficacia preventiva; y, iii) existe una insuficiente protección del bien jurídico vida, siendo meramente simbólica.

7. Se requiere una reforma legislativa integral que: i) adecúe el quantum de las penas por delitos de aborto para asegurar su proporcionalidad con la jerarquía del bien jurídico protegido; ii) incorpore mecanismos procesales que aumenten la certeza de aplicación de las sanciones; y iii) promueva políticas públicas integrales orientadas a abordar los factores subyacentes que propician la comisión de estos delitos, trascendiendo una respuesta exclusivamente punitiva.

II. BIBLIOGRAFÍA

A. DOCTRINA

ACCOSSATTO R. & MARUCCI L., “Profesionales de la salud a favor del aborto en Argentina: entre el derecho y la clandestinidad institucional”, *Íconos*, N° 81, 2025.

AGUADO CORREA, T. “Nuevas Tendencias Jurisprudenciales en las Relaciones entre los Delitos de Tráfico de Drogas y Contrabando”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 5, Madrid, 2000.

ARANGO RESTREPO, P. “Estatuto Del Embrión Humano”. *Escritos*, Vol. 24, N° 53, Medellín, 2016.

BACIGALUPO, E., *Derecho Penal Parte General*, Hamurabi, 2ª ed., Buenos Aires, 1999.

BEDOYA PERALES, P. V., “Aproximación crítica al delito de maltrato animal en el Código Penal peruano: ¿es posible tutelar el bienestar animal desde el derecho penal?”, *Revista Jurídica Austral*, 5(2).

BUOMPADRE, J. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 2020.

CARNEVALI RODRIGUEZ, R., “*Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional*”, *Ius et Praxis*, Vol. 14, Talca, 2008.

CASTAÑO TIERNO, P., “*¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 34, Galicia, 2014.

CERNA RAVINES, C. A. *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*, Gaceta Jurídica, Lima, 2022.

DE LA MATA BARRANCO, N., *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, J., *Estudios penales y de política criminal*, IDEMSA, Lima, 2007.

ESCOBAR FORNOS, I., “Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación in vitro)”, *Cuestiones constitucionales*, Ciudad de México, 2007, N° 16.

FIGUEROA GARCIA-HUIDOBRO, R. Concepto de derecho a la vida, *Ius et Praxis*, vol.14, n.1, Maule, 2008.

FUENTES CUBILLOS, H., *El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena*, *Ius et praxis*, Vol., 14, N° 2, Maule, 2008.

GÁLVEZ PUEBLA, I., y DE LA GUARDIA ORIOL, M. “*La Política Criminal y sus campos de actuación: La experiencia cubana*”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 41, Montevideo, 2016.

GONZÁLEZ, R. L. *Derecho Penal Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 2018.

GUTIÉRREZ NÚÑEZ R., & GUTIÉRREZ B., “Implantación embrionaria. Algunos aspectos moleculares en la receptividad endometrial”, *Revisión Bibliográfica. Multimed*, La Habana, 2019.

GUTIÉRREZ RAMOS, M., “Controversias éticas en la atención del aborto, fertilización in vitro y anticoncepción en la mujer”, *Rev. Perú. ginecol. obstet.*, Vol. 69, N° 2, 2023.

HASSEMER. W. *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

HERRERA, D. A. “Inviolabilidad de la vida humana”, en D. GARCÍA FERNÁNDEZ Y A. LAURENT PAVÓN (coordinadores), *Vida humana, familia y bioderecho*, Tirant Lo Blanch, México D.F., 2015.

HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho Penal Parte General I*, Grijley, 2005, 3 ed.

ISIDRO DE LOS SANTOS O. & ÁVILA HERNÁNDEZ, F. “El derecho a la vida y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la eutanasia, el suicidio asistido y el aborto”, *Estudios Constitucionales*, Vol. 22, Núm. 2.

KINDHÄUSER U., Y ZIMMERMANN, T., *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

KIZER1 S. Y VANEGAS H., “¿Siente dolor el feto?”, *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, Vol. 76, N° 2, Caracas, 2016.

KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, C. *Derecho Penal Liberal. Los principios cardinales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Bien jurídico y objeto protegible”, *Anuario de derecho y ciencias penales*, 60(1), Madrid, 2007.

LAURENZO COPELLO, P. *Dogmática y Política Criminal Del Aborto*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

LAURENZO COPELLO, P. *El aborto no punible*, Bosch, Cataluña, 1990.

LÓPEZ-TORRES, J., “Tendencias sobre política criminal en Ecuador: Desafíos en la protección de los derechos ciudadanos”, *Revista Arbitrada Interdisciplinaria KOINONIA*, Vol. 8, N° 2, Falcon, 2023.

LUZÓN PEÑA, D. M. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 4 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, *Manual de Derecho penal Chileno parte general*, Tirant Lo Blanch, 2025, p. 175

MIR PUIG, S. *Derecho Penal Parte General*, editorial B de F, 8 ed., Montevideo, 2009.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal Parte General*, Reppertor, 10ª ed., Madrid, 2016.

MIR PUIG, S. Y QUERALT JIMÉNEZ J. (directores), *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas Bases Constitucionales*, Tirant Lo Blanch, México D.F., 2012.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal Parte General*, Tirant Lo Blanch, 10ª ed., Valencia, 2019.

MUÑOZ-GARCÍA, M. A. “Del espíritu” (1758), de *Claude-Adrien Helvétius: su impronta en el pensamiento penal de Cesare Beccaria*, Vniversitas, Vol. 67, Núm. 137, Bogotá, 2018.

NAVAS MONDACA, I. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

Núñez Paz, M. A. *Interrupción voluntaria de la vida humana*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p, 111.

PEÑA CABRERA FREYRE, A., *Manual de Derecho Penal Parte Especial. Tomo I*, Ediciones Legales, Lima, 2019.

PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

PINTO ANDRADE, J. “Efecto disuasorio del enjuiciamiento rápido: un estudio en el País Vasco”, *Revista Misión Jurídica*, Vol. 16. N° 24, Bogotá, 2023.

PRADO SALDARRIAGA, V. *Derecho Penal Parte Especial: los delitos*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2017.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Instituto Pacífico, Lima, 2015.

ROXIN, C. *Derecho Penal Parte General Tomo I*, Civitas, Madrid, 1997.

RUBIO LARA, P. *Teoría de la Pena y Consecuencias jurídicas del Delito, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SALINAS SICCHA, R., *Derecho Penal Parte Especial. Volumen I*, Iustita, Lima, 2018, 7ª ed.

SILVA SÁNCHEZ, J., “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, N° 2, Cataluña, 2007.

SOLER, S. *Tratado de derecho penal Parte general*, Astrea, 6 ed., Buenos Aires, 2022.

SUAREZ GÓMEZ, M., “El aborto terapéutico en América Latina. Especial mención a Perú”, *Gobierno y Gestión Pública*, Vol. 3, N° 1, Lima, 2016.

TÁVARA OROZCO, L. “Derechos sexuales y reproductivos en Perú, más allá del Bicentenario”. *Rev. peru. ginecol. Obstet*, Vol. 67, N° 3.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Fundamentos de derecho penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2020.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Fundamentos de derecho penal Parte General*, Tirant Lo Blanch, 7ª ed., Bogotá, 2025.

VILAJOSANA RUBIO, J. *Las Razones de la Pena*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

VILLAR, K. V., et al., “Percepciones y Prácticas con Relación al Aborto entre Proveedores de Medicina Tradicional en Perú”, *International and Multidisciplinary Journal of Social Sciences*, Vol. 13, Número 2.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. “El Derecho Penal”, en M. MORENO-TORRES HERRERA (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 4ª ed.

B. JURISPRUDENCIA

Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 136/1999, de 20 de julio de 1999.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia 53/1985, 16 de abril de 1985.

STC. Exp. N° 0019-2005-PI/TC, del 21 de julio de 2005

STC. Exp. N° 00238-2021-PA/TC, del 21 de marzo de 2023.

STC. Exp. N° 02005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009.

STC EXP. 003-2005-PI/TC, de fecha 09 de agosto de 2006.

STC EXP. N° 00374-2017-PA/TC, 10 de agosto de 2021

STC. EXP. N° 0012-2006-PI/TC, 15 de diciembre de 2006.