

¿Impunidad sistémica o delito simbólico? La investigación fiscal y punición del delito de aborto en Arequipa, Perú (2008-2020)

Systemic Impunity or Symbolic Crime? The Fiscal Investigation and Punishment of the Crime of Abortion in Arequipa, Peru (2008-2020)

Impunidade sistêmica ou crime simbólico? A investigação fiscal e a punição do crime de aborto em Arequipa, Peru (2008-2020)

CÉSAR BELAN*

JUAN CARLOS NALVARTE-LOZADA**

MARIANA CHAMBILLA-SOSA***

FECHA DE RECEPCIÓN: 28 DE JUNIO DE 2023. FECHA DE APROBACIÓN: 3 DE OCTUBRE DE 2023

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.13434>

Para citar este artículo: Belan, C., Nalvarte-Lozada, J., & Chambilla-Sosa, M. (2024). ¿Impunidad sistémica o delito simbólico? La investigación fiscal y punición del delito de aborto en Arequipa, Perú (2008-2020). *Estudios Socio-Jurídicos*, 26(1), 1-31. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.13434>

* Universidad Continental (Arequipa, Perú). Candidato a Doctor en Historia por la Universidad del País Vasco (Vitoria, España). Maestro en Historia por la Universidad Católica San Pablo (Arequipa, Perú). Magíster en Derecho Penal por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa, Perú). Licenciado en Educación por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Abogado por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa, Perú). Investigador acreditado Registro Nacional de Investigadores Perú (RENACYT) en el Nivel VII. Correo electrónico: cbelana@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1030-066X>

** Universidad Católica de Santa María (Arequipa, Perú). Doctor en Humanidades por la Universidad Abat Oliba – CEU San Pablo (Barcelona, España). Maestro en Historia la Universidad Católica San Pablo (Arequipa, Perú). Abogado por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa, Perú). Investigador acreditado Registro Nacional de Investigadores Perú (RENACYT) en el Nivel VII. Correo electrónico: jnalvarte@ucsm.edu.pe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9840-1483>.

*** Universidad Católica de Santa María (Arequipa, Perú). Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Santa María (Arequipa, Perú). Correo electrónico: mariana.chambilla@ucsm.edu.pe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9117-5196>.

RESUMEN

El presente artículo busca determinar el índice de investigación fiscal y punición del delito de aborto en Arequipa, Perú, en el período de 2008 al 2020. A partir de ello, se busca analizar el delito y su tratamiento ante las autoridades jurisdiccionales y policiales locales a fin de establecer si este puede considerarse un delito simbólico. Para ello se ha recolectado información en los repositorios institucionales y se han efectuado entrevistas a funcionarios y agentes involucrados con el tratamiento judicial del aborto, así como a activistas y profesionales de la salud ligados con esa problemática. Con él se sugiere la noción de derecho penal simbólico *de hecho*, es decir, a aquella voluntad deliberada de las autoridades jurisdiccionales y policiales dirigida a no punir una acción típica.

Palabras clave: punibilidad; aborto; derecho penal simbólico.

ABSTRACT

The present investigation seeks to determine the index of judicial and police investigation and punishment of the abortion crime in Arequipa, Peru, between 2008 and 2020. It seeks to analyze the crime and its treatment before the local judicial and police authorities to establish whether this can be considered a symbolic crime. To this end, information was collected from institutional repositories and officials and agents involved in the judicial treatment of abortion, as well as activists and health professionals linked to this problem were interviewed. Results suggest the notion of symbolic criminal law is a fact, that is, the deliberate will of the jurisdictional and police authorities aimed at not punishing a typical action.

Keywords: Punishment of abortion; symbolic criminal law.

RESUMO

A presente investigação busca determinar o índice de investigação fiscal e punição do crime de aborto em Arequipa, Peru, no período de 2008 a 2020. A partir disso, busca-se analisar o crime e seu tratamento perante as autoridades jurisdicionais e policiais locais para determinar se isto pode ser considerado um crime simbólico. Para tanto, foram coletadas informações em repositórios institucionais e realizadas entrevistas com autoridades e agentes envolvidos no tratamento judicial do aborto, bem como com ativistas e profissionais de saúde ligados a esta problemática. Com isso, sugere-se a noção de direito penal simbólico *de fato*, ou seja, a vontade deliberada das autoridades jurisdicionais e policiais visando não punir uma ação típica.

Palavras-chave: Punição; aborto; direito penal simbólico.

Introducción

El aborto y su punibilidad es un asunto arduamente discutido en el espectro político y el campo académico internacional. A pesar de haber sido considerada una inconducta desde tiempos pretéritos, el alcance de esta transgresión ha sido considerada de diferente manera entre los diversos pueblos de la antigüedad, y su contenido ha cambiado sustancialmente en el curso de la historia. En la actualidad, en Latinoamérica despierta una viva polémica en todos los ámbitos —políticos, sociales, sanitarios, éticos, religiosos—, sobre todo en el derecho.¹

Uno de los debates más álgidos sobre el aborto estriba en su punibilidad. Siguiendo la senda de la mayoría de los países del llamado primer mundo, diversos movimientos pugnan en Latinoamérica para la desclasificación de esta actividad en los catálogos penales. Entre sus argumentos manifiestan que es algo inaceptable que una mujer que se pone en riesgo al acceder a una clínica a practicarse un riesgoso aborto clandestino, se le imponga un mal adicional como una pena (Romero et al., 2021), así también se piensa que, en el caso del aborto, la mujer que recibe la pena de prisión sufre daños significativos por consecuencia del desarraigo que se puede producir en el medio (Torres, 2022). Sin embargo, el número de investigaciones y condenas por aborto es insignificante, por lo menos en Perú. ¿El aborto, luego, se ha convertido en un tipo penal vaciado de significado? ¿Los organismos jurisdiccionales y de seguridad del Estado se han implicado en la “lógica” despenalizadora que se hace muy presente en los medios y la academia?

El presente estudio, mediante el análisis de las estadísticas de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, del Ministerio Público de la misma localidad y de entrevistas realizadas a magistrados, abogados penalistas, policías y personal de salud, tiene por objetivo determinar el índice de investigación penal y punición del delito de aborto y si este puede considerarse un delito simbólico. Para tal efecto, el presente artículo expone, en primer lugar, las consideraciones jurídicas del aborto en el

¹ Sobre la polémica acerca de la vigencia, extensión y punibilidad del aborto en el Perú, podemos citar los recientes trabajos de Gianella y Álvarez (2021), Calvi del Risco y Flores Santana (2021), Nalvarte (2019), Solís (2019), Freeman (2017), Fine et al. (2017), Hanschmidt et al. (2016), Elgar (2014), Kulczycki (2014), Pacora-Portella (2014) y Bates (2013).

Perú. Posteriormente se presentan alcances necesarios para entender el concepto de delito simbólico. Por último, se exponen los índices sobre el aborto en el Perú y los testimonios de operadores jurídicos y personal sanitario para dilucidar la real punibilidad de esta conducta y si esta se ha convertido en un delito simbólico.

Consideraciones sobre el delito de aborto en el Perú

En el Perú, como en la mayoría de los países de la región, hay diversas opiniones sobre la naturaleza del feto y por lo tanto del bien jurídico protegido. Constitucionalmente, y según la ubicación del delito de aborto en el Código Penal, se reconoce la personalidad del feto. Para la legislación peruana el feto es provisto de protección desde la concepción. Las teorías que han sustentado la jurisprudencia constitucional sobre la concepción plantean que se debe proteger jurídicamente al cigoto cuando entra al útero, es decir, luego de los 14 días de que se realiza la fecundación, esto es, en el período de anidación.

Otras opiniones degradan el valor jurídico del feto negándole su estatus de *persona*, catalogándolo únicamente como *vida del ser humano en formación*. Este enfoque es recogido, por ejemplo, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia de 28 de noviembre de 2012 en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Este se basa en “la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es posible otorgar el estatus de persona al embrión”.²

Estas teorías han sido inspiradas en nuevas concepciones sociológicas y filosóficas que han planteado nuevas perspectivas frente a los derechos de la mujer, especialmente los que refieren a sus derechos sexuales y reproductivos. Estas concepciones, partiendo del derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la mujer, llegan a la conclusión de la existencia de un derecho al aborto legal, elemento esencial para el disfrute y ejercicio efectivo de los derechos de la mujer.

² Fundamento 223.

Por otro lado, se debe dejar en claro que no existen instrumentos que vinculen a los Estados con el reconocimiento de las dos anteriores teorías. No obstante, la Unión Africana en el 2003 adoptó el protocolo implementado por la Carta Africana de los Derechos Humanos de los pueblos en materia de los Derechos Humanos de las Mujeres de África. Dicho protocolo permite el aborto realizado por un médico legal en situaciones de asalto sexual, violación, incesto y si se encuentra en peligro la vida o integridad de la mujer o del feto; de igual manera, en materia de aborto sentimental o aborto terapéutico. Al respecto, un paradigma en Latinoamérica ha sido establecido por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-355-2006, la cual reconoció la interrupción del embarazo bajo tres preceptos: cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, o cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado.

El aborto y su marco jurídico en el Perú

Más allá de este debate, en el Perú el aborto es una práctica punible. Esto con base en su Constitución Política, que en el artículo 2 inciso 1 establece que la vida humana en formación es sujeto de derecho.³ Asimismo, “el concebido es sujeto de derecho en todo lo que le favorezca”, según el artículo 1 del título primero del Código Civil peruano. De esta manera, la doctrina mayoritaria⁴ señala que el bien jurídico protegido del delito de aborto es la vida dependiente del no nacido (feto). En ese sentido, el Código Penal sitúa el delito del aborto entre los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud.⁵

³ A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

⁴ Figari (2010), Lorenzo Copello (2012), Peña Cabrera Freyre (2013), Reátegui Sánchez (2015), Salinas Siccha (2007), Villavicencio Terreros (2014), Prado Saldarriaga (2017).

⁵ Villavicencio Terreros (2014) realiza una distinción entre el bien jurídico protegido y el objeto de protección, debido a que el objeto de protección es el ser humano en formación y el bien jurídico tutelado es la vida del feto. Es preciso realizar esta distinción ya que se

En el sistema jurídico peruano el aborto está regulado desde el artículo 114 hasta el artículo 120 del Código Penal. Estas normas recogen cuatro modalidades de aborto, un atenuante, un agravante y una eximente.

La primera modalidad, denominada por la doctrina *autoaborto*, regula la conducta practicada por la propia mujer gestante.⁶ Esta modalidad tiene una pena considerablemente menor que las demás modalidades en razón “a la influencia que en la medida de su culpabilidad tiene el conflicto de intereses que padece” (Peña Cabrera Freyre, 2013, p. 168). La segunda prevé el supuesto del *aborto consentido* practicado por terceros.⁷ La tercera norma el *aborto sin consentimiento*, cuya pena es la más alta del catálogo de tipos de aborto, puesto que además de afectar la vida del *nasciturus* plantea el atentado contra la libertad de la madre.⁸ La última modalidad de aborto es la *preterintencional*, que sanciona los abortos producidos por culpa consciente.⁹

El artículo 117 recoge el agravante por *calidad del sujeto*, este refiere a los abortos practicados por personal sanitario que abusa de su ciencia para cometer el ilícito.¹⁰ La atenuante está recogida en el artículo 120 y es conocida por la doctrina como aborto *sentimental y eugenésico*. Este tipo recoge dos supuestos que están atenuados según la legislación, el

debe entender que el objeto de protección, en este caso, es el mismo sujeto pasivo al que se le realiza la acción típica.

⁶ Artículo 114. *Autoaborto*. La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas.

⁷ Artículo 115. *Aborto consentido*. El que causa el aborto con el consentimiento de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años.

⁸ Artículo 116. *Aborto sin consentimiento*. El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.

⁹ Artículo 118. *Aborto preterintencional*. El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas.

¹⁰ 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, será reprimido con la pena de los artículos 115 y 116 e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4 y 8.

que se practica como consecuencia de una violación sexual y el que se realiza sobre un feto que pueda desarrollar graves taras físicas o psíquicas.¹¹ Finalmente, el artículo 119 recoge la eximente prevista por el código. Se trata del aborto *terapéutico*, es decir, el realizado por un médico siempre y cuando este tenga el consentimiento de la mujer y esté en riesgo la vida y la integridad de la gestante, siendo este el único medio para salvarla.¹²

Historia y política criminal del derecho penal simbólico

El derecho penal simbólico está íntimamente ligado al concepto de populismo punitivo, que fue planteado por primera vez en 1995 en Estados Unidos como *Populism punitiveness*. Esta noción refiere a la indiscriminada manipulación del marco penal de un país para hacer frente a una coyuntura de elevadas tasas de criminalidad, todo ello con el objetivo de satisfacer las demandas de seguridad de la opinión pública (Arrieta Ruiz, 2018).

Del mismo modo, el populismo punitivo actualmente es un fenómeno activo, usado como recurso por los poderes del Estado para obtener créditos electorales, prometiendo reformas penales que consisten en ampliar el catálogo de acciones punibles en el Código Penal y, a su vez, un aumento en las penas. Siendo este fenómeno el origen del denominado derecho penal simbólico (Cheliotis, 2014). En tal sentido, el Estado utiliza el derecho penal para comunicar que trabaja para solucionar los problemas del país y prevenir delitos implementando medidas represivas que no han sido consultadas por expertos y cuya eficacia no ha sido comprobada, dejando de lado “las verdaderas causas de la

¹¹ Artículo 120. *Aborto sentimental y eugenésico*. El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: 1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o 2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.

¹² Artículo 119. *Aborto terapéutico*. No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

realización de ciertas conductas y las medidas que realmente podían conducir a resultados positivos en materia de prevención” (Sarmiento et al., 2019, p. 1076).

El derecho penal simbólico entonces, nace de la crisis a la que fue llevado el derecho penal orientado a las consecuencias; es decir que, distorsionando el fin del derecho penal, en lugar de tutelar los bienes jurídicos, buscan realizar una acción represiva buscando así tranquilizar a la sociedad en coyunturas de desconcierto. De este modo, “desconocen los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y de mínima intervención, además de algunas garantías procesales, pues no atienden a estudios dogmáticos y criminológicos que guían al *ius puniendi* hacia su propia limitación” (Ruiz & Arenas, 2022, p. 242), desnaturalizando, a su vez, los fines de la pena.

Si bien brindar seguridad social es un objetivo secundario del derecho penal, las políticas criminales que inspiren la legislación penal deben ser elaboradas por expertos (criminólogos) y ser orientadas en medidas integrales, eficaces y probadas para disminuir los índices delictivos. De igual manera, ninguna medida de control social puede estar por encima de las garantías mínimas que consagra la doctrina penal en el marco de la Constitución y sus principios.

La lógica del mencionado derecho penal simbólico estaría muy lejos de estas consideraciones que buscan hacer frente de manera eficaz al crimen. Pues, por un lado, este se orienta a ampliar los catálogos penales con un objetivo de coacción moral, tipificando conductas irrelevantes desde el punto de su incidencia —como el delito de ultraje a los símbolos nacionales o de modalidades especialísimas de defraudación aduanera—, y que por su real magnitud deberían ser relegados al ámbito disciplinario administrativo. Por otro lado, busca generar una sensación de rigor y control del crimen mediante un incremento desproporcionado, incoherente con otras normas penales y nada planificado, de las penas que castigan los tipos penales de mayor incidencia real o mediática. Así pues, el incremento exacerbado de las penas entra en conflicto con el principio de proporcionalidad de las sanciones, generando así la desconfiguración de los pilares básicos del derecho penal garantista y, por ende, atentando contra el mismo Estado de derecho (Hassemer, 1995).

Para Van Oordt (2017), el derecho penal simbólico es aquel que resulta ser meramente instrumental, ya que las funciones ocultas que obedecen al fin falaz prevalecen sobre las reales, logrando otros objetivos distintos a los que debe perseguir una norma penal democrática. Posteriormente, el derecho penal simbólico se presenta como un abuso de la potestad sancionadora del Estado por medio de creación, modificación o reforma de las leyes penales. De la misma manera, implica utilizar el derecho y el campo jurídico como instrumento de dominación.

Como se ha dicho anteriormente, las formas más usuales en que se presenta el derecho penal simbólico son las leyes de declaración de valores o las de carácter de apelación moral. Ejemplo de ello son las que ha incorporado el Código Penal alemán (STGB) con el objeto de dotar de conciencia ecológica a las personas que ocupan posiciones relevantes. Otras son las que operan como respuestas sustitutorias del legislador en tiempo de incertidumbre. Esta normativa sirve de coartada y es conocida como legislación de crisis. Los casos más notorios al respecto son aquellos que respectan al terrorismo y la emergencia de la violencia social, dictando penas a conductas que muy difícilmente se pueden realizar.

Además de los ya mencionados, alguno de los ejemplos más emblemáticos de derecho penal simbólico, serían la figura del feminicidio en el Código Penal colombiano, cuyo tipo implica únicamente dar muerte a una mujer. Asimismo, podemos mencionar a la supresión del plazo de prescripción para los asesinatos (nazis) por medio de la Ley 16 de 16.7.1979 (78 II STGB). La sanción penal del genocidio desde 1954 no tenía un significado político criminal en la realización instrumental del texto de la ley, sino en la asimilación del período nazi detrás de ellas, y, fundamentalmente, en consideraciones políticas.

Aborto en el Perú: ¿un delito simbólico?

El análisis de la política criminal del aborto en el Perú no ha sido muy profuso en los últimos años. No obstante, destacan trabajos como los de Víctor Prado Saldarriaga (1985), aunque estos se encuadren en hace casi cuatro décadas. Él aporta datos valiosos, como los siguientes:

Durante los años 1937-1940 en todo el país la policía investigó sólo 155 denuncias por delito de aborto de un total de 11 271 denuncias contra la vida y la salud. En el período comprendido entre 1949 y 1955 la policía recibió un total de 459 denuncias por prácticas abortivas sobre un global de 35 478 por delitos contra la vida y la salud en todo el territorio. Para el lapso comprendido entre 1957 y 1961, sólo en Lima, la policía registró 937 casos de aborto. Entre 1966 y 1972 los hospitales de Lima registraron un total de 58 370 abortos. Según la Dirección de Delitos contra la Vida de la Policía de Investigaciones del Perú (PIP), sólo se investigaron entre 1966 y 1972, en la capital, 1 019 denuncias por abortos. Por su parte la Segunda Región de la Guardia Civil en igual período (1966-1972) contabilizó, en Lima Metropolitana, 512 denuncias por igual infracción sobre un total de 15 045 por delitos contra la vida. Finalmente, cerrando la información policial, la PIP investigó, a nivel nacional, 2.445 denuncias por prácticas abortivas entre 1970 y 1981 [...] Durante los años 1969-1972, el Quinto Tribunal Correccional de Lima realizó audiencia en 1949 causas, de aquellas sólo 15 fueron por delito de aborto. (p. 105 y s.)

Los datos antes facilitados nos muestran que el aborto, desde hace casi un siglo, es un delito de muy poca persecución penal; algo que, por otra parte, pudimos advertir que se había agudizado en los últimos años. Es así que se hizo imperativa la necesidad de indagar sobre el exacto margen punitivo de esta transgresión, y las posibles causas de estos índices.

El propósito de la presente investigación se centra en responder las preguntas: ¿Se ha convertido el aborto, en el Perú, en un delito vaciado de significado? ¿Es acaso un delito que solo opera como una declaración de valores pública, pero sin ninguna persecución real? ¿Es el aborto, en suma, un delito simbólico? La hipótesis manejada fue que, pese a que muchos estudios plantean una alta tasa de abortos en el país (Delicia, 2006; Promsex, 2018), y en vista de los exiguos casos que se han constatado por la práctica judicial, es posible pensar que el tipo penal de aborto se ha convertido en un tipo simbólico a pesar de que su política criminal, constituida por rasgos conservadores, tenga la pretendida finalidad de lograr una convivencia pacífica (Torres, 2022). Ello, porque en la práctica las condiciones y decisiones extraoficiales de

las autoridades jurisdiccionales y policíacas hacen este delito impune. ¿Cabe la pena plantear que, más allá de la irrelevancia penal de un tipo determinado, la inacción sistemática de los operadores de justicia y de policía puedan hacer de un delito uno meramente simbólico? ¿La otrora gravedad moral imputada al aborto, por acción de un nuevo paradigma de convivencia, se ha relativizado al punto que tácitamente el delito de aborto no es perseguido? Estas y otras cuestiones son las que se han querido responder desde este breve sondeo. Para ello se definió como campo de acción el Distrito Judicial y Fiscal de Arequipa, Perú, desde el año 2008 hasta el 2020.

La metodología utilizada se concentró en tres tipos de fuentes: la experiencia de operadores jurídicos (fiscales, jueces penales, auxiliares judiciales y abogados penalistas con gran experiencia en el ejercicio de la profesión) mediante entrevistas en profundidad y semiestructuradas de naturaleza anónima. A su vez, se realizaron similares entrevistas a médicos ginecólogos, obstetras, encargados de centros de asistencia a mujeres (adolescentes embarazadas), activistas *pro-derecho a decidir* y *pro-vida*, y policías. Se recogió también información por medio de entrevistas informales, observación directa no-participante y no-intrusiva, a través de visitas a centros de emergencia obstétrica, comandancias policiales de la ciudad de Arequipa y las oficinas del Ministerio Público. Finalmente, se solicitó estadística oficial sobre la incidencia del delito de aborto, tanto a la Región Policial Sur Arequipa, a la Corte Superior de Justicia de Arequipa y al Ministerio Público, sede Arequipa. Las dos últimas instituciones facilitaron información para la investigación.¹³

Se realizaron 26 entrevistas de manera anónima. La elección de los sujetos entrevistados fue por conveniencia, en función de la accesibilidad a las fuentes y su aquiescencia para con la pesquisa. Se siguió el protocolo de consentimiento informado, y se llevaron a cabo en las instalaciones del Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú y las universidades locales, entre otros. Parte de las entrevistas estarán citadas en el cuerpo

¹³ Cabe precisar que la Corte Superior de Justicia de Arequipa (CSJA) facilitó información correspondiente al período 2011-2019, y que la información de años anteriores se encuentra extraviada por el cambio de plataformas de datos. Los datos del 2019 y 2020 aún se encuentran en reserva.

del texto con nombres ficticios. Sin embargo, se señalará entre paréntesis el cargo, oficio o profesión y la edad del entrevistado.

Aborto en Arequipa: un delito irrelevante, una realidad acuciante

Las investigaciones que analizan la incidencia del aborto en el país y específicamente en la región sur, nos da un panorama de un alto número de estas conductas. Según Promsex el 19% de las mujeres peruanas, entre 18 y 49 años, señala haberse realizado un aborto (Promsex, 2018). En la zona sur —espacio de nuestra investigación— este porcentaje llega al 21%. Estos datos son similares a los corroborados en años anteriores. Así pues, Delicia (2006) afirma que, en el 2004, en el Perú se realizaron 371 420 abortos inducidos. De igual manera, las fuentes guardan correspondencia con el total latinoamericano, tal como lo menciona Koch (2014) en el caso chileno.

Más allá de lo estimado por la literatura científica, la cifra negra sobre el aborto en Arequipa está muy lejos de ser precisa. A pesar de ello, uno de los datos más importantes al respecto proviene de los abortos incompletos que son referidos a los centros de salud locales. Las entrevistas al personal sanitario y activistas coinciden con lo planteado por las investigaciones citadas. Así pues, Gail, activista de un programa de acogida a mujeres que abortan, señala que según su experiencia y luego de hacer un seguimiento en el Hospital Goyeneche en el 2002, llegó a la conclusión de que los casos de abortos provocados son alrededor de 3 diarios. Entonces, si bien está fuera de nuestro alcance determinar una cifra probable de abortos en la ciudad, si nos abocamos tan solo a la ciudad de Arequipa, existen cinco nosocomios de características como el Hospital Goyeneche antes citado. Esto nos llevaría a pensar que la cifra de abortos que llegan por complicaciones a hospitales —especialmente los autoabortos—, sería de por lo menos 7 200 al año.

Dichos datos coinciden con lo expuesto por los demás profesionales de la salud. Gabriel, médico obstetra con alrededor de 10 años de experiencia clínica y 2 años a cargo del servicio obstétrico del Hospital Regional Honorio Delgado (2017-2018), nos brinda cifras similares que van entre los 3 a 7 abortos diarios en ese período.

Tabla 1. Total de abortos registrados en el departamento de Arequipa (2008-2020)

Tipo de aborto	1° Fiscalía Provincial de Arequipa	2° Fiscalía Provincial de Arequipa	3° Fiscalía Provincial de Arequipa	1° Fiscalía Provincial de Paucarpata	2° Fiscalía Provincial de Paucarpata	1° Fiscalía Provincial de Maricao Melgar	2° Fiscalía Provincial de Maricao Melgar	Fiscalía (INCPP) Provincial de Jacobo Hunter	1° Fiscalía Provincial de Jacobo Hunter	2° Fiscalía Provincial de Jacobo Hunter	Total
Aborto (sin especificar)	150	148	122	18	27	9	1	2	5	5	497
Aborto preterintencional	5	5	8	1	4	0	1	0	1	1	36
Aborto consentido	19	28	32	4	3	9	6	2	2	0	105
Aborto sin consentimiento	11	13	14	1	5	8	9	2	1	0	64
Aborto terapéutico	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Aborto ético, sentimental o eugenésico	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	1
Aborto agravado por la calidad del agente	4	1	2	1	1	0	0	0	0	0	9
Autoaborto	46	24	44	4	6	1	10	0	0	1	136
Total de abortos (todos los tipos)	236	229	222	30	46	27	37	6	9	7	849

Fuente: Ministerio Público (2021).

Vale la pena resaltar que las hospitalizaciones por aborto, según lo referido por el personal sanitario entrevistado, han decrecido considerablemente con respecto a la década anterior. Así pues, Juana, obstetra con más de 23 años de experiencia en establecimientos médicos de nivel I y II, refiere que a la fecha son 3 o 4 los casos de abortos inducidos mensuales que terminan en el hospital. Cifras que se contraponen con las de hace 20 años. Podemos atribuir el hecho a la mayor eficacia en el proceso de autoaborto, la difusión de métodos abortivos más seguros para la mujer mediante el internet, y el acceso a fármacos adecuados a tal uso como el *Citotec*, pastilla usada para el tratamiento de úlceras gástricas que tiene efecto abortivo. En ese sentido, Taype-Rondan y Merino-García (2016) mencionan que para el 2013 las hospitalizaciones por aborto se estiman en 28 652, 47% menos que en 1989 cuando alcanzaban las 54 200 hospitalizaciones.

Paradójicamente, los datos arrojados por la investigación nos muestran que el aborto es un fenómeno irrelevante desde la perspectiva jurídica. Ello es así si tenemos en cuenta el número de denuncias, investigaciones y condenas al respecto. La información oficial brindada por el Ministerio Público señala que, durante los años 2008-2020, se habrían investigado tan solo 849 casos de abortos en la provincia de Arequipa —que tiene más de un millón cien mil habitantes—. Esto significa un promedio de 65 casos anuales y “representa un total del 0,003% aproximadamente del total de casos ingresado históricamente en el Distrito Fiscal de Arequipa [en el período 2008-2020]” (Ministerio Público, 2021).¹⁴ Por otro lado, las cifras proporcionadas por el Poder Judicial apuntan a lo mismo. Entre el 2011 y el 2018 fueron judicializados 136 abortos en los Juzgados de Investigación de la ciudad. Ellos representaron el 0,18% de los delitos judicializados en el período.

¹⁴ Los datos planteados por Prado Saldarriaga (1985, p. 110 y ss.) señalan que del año 1937 a 1940 se denunciaron 37 abortos en la Región Policial Sur. En 1949, en Arequipa, Tacna y Moquegua, se denunciaron 5 abortos, lo que correspondió al 3,35% de los delitos contra la vida, cuerpo y la salud, en esas regiones, y al 0,62 del total de delitos. Esto evidencia que, pese a que las investigaciones por aborto eran por lo general muy escasas, en estos últimos tiempos han disminuido considerablemente en relación a las realizadas contra otros delitos, y a pesar del incremento de la comisión de esta transgresión penal a lo largo de los años.

Tabla 2. Número de investigaciones judicializadas sobre aborto en la ciudad de Arequipa (2011-2018)

<i>Tipo de aborto</i>	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Aborto consentido	3	5	1	1	7	6	5	3	31
Aborto preterintencional	7	0	1	0	0	1	0	0	9
Aborto sin consentimiento	0	2	3	6	6	8	4	2	31
Aborto agravado por la calidad del agente	0	0	0	0	0	2	0	1	3
Autoaborto	6	1	5	3	10	15	3	19	62
Total de abortos (todos los tipos)	16	8	10	10	23	32	12	25	136

Fuente: Corte Superior de Justicia de Arequipa (2022).

Lo anterior también se sostiene por el íntegro de testimonios recogidos. Por ejemplo, Julio, catedrático y abogado penalista con más de 36 años de ejercicio, solo recuerda haber tenido conocimiento de cinco casos de aborto en toda su carrera, y algunos de ellos de manera indirecta a otros delitos. De la misma forma, los demás letrados litigantes entrevistados manifestaron que nunca, en toda su carrera, habían conocido o representado casos de aborto. Entre ellos se cuentan profesionales con muchos años de ejercicio, como Mario, litigante desde 1980 y César, desde 1985.

Lo mismo ha ocurrido entre los jueces y fiscales entrevistados. El íntegro de estos últimos refiere haber conocido entre 1 y 2 casos en toda su carrera en el Ministerio Público. Por ejemplo, María, que labora en el Ministerio Público desde 1986 y es fiscal desde 1991, solo conoció de un solo caso en la primera década de los 2000. Un caso que se admitió en la fiscalía luego de la muerte de la gestante y la denuncia al médico que realizó el aborto. Lo mismo ocurrió con los jueces entrevistados. Al respecto José señaló: “en realidad ese delito no se presenta. Mira, estoy de juez desde el 2012 [...] nunca hemos visto aborto”. Él asegura que no conoce de algún colega que haya recibido en su despacho ese tipo de delitos. Solo uno de los jueces entrevistados refirió haber conocido alrededor de 20 casos sobre este delito desde el 2002; es decir, un aborto al año aproximadamente.

Tabla 3. Porcentaje del total de investigaciones judicializadas sobre aborto frente al total de investigaciones judicializadas en la ciudad de Arequipa (2011-2018)

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Total de abortos (todos los tipos)	16	8	10	10	23	32	12	25	136
Total de delitos	6 287	8 724	6 991	10 003	10 415	11 183	4 781	15 241	73 635
Porcentaje del total de los abortos frente al total de delitos	0,25	0,09	0,14	0,10	0,22	0,29	0,25	0,16	0,18

Fuente: Corte Superior de Justicia de Arequipa (2022).

Así pues, si consideramos el estimado de abortos anuales en la ciudad, cerca de 7 200, el 1,6% de los abortos pasaría por las instancias jurisdiccionales, al menos como una investigación o denuncia.¹⁵ Como señala la literatura de manera extensa, la cifra negra del aborto es muy grande en la realidad latinoamericana y en el caso arequipeño no estamos en condiciones de acercarnos a delinearla. Aunque lo que se hace patente es que la judicialización del aborto es ínfima.¹⁶

¿Por qué no se denuncia, investiga y judicializa el aborto?

Como señalamos en párrafos anteriores, del gran número de abortos que se practican en la ciudad, los que llegan a ser investigados o judicializados son mínimos (véase tabla 1 y 2). Por otra parte, este parece un patrón nacional, ya advertido por Prado Saldarriaga (1985) hace casi 4 décadas: “Primero, es fácil observar que siempre el aborto ha constituido una infracción de poca frecuencia en el quehacer policial

¹⁵ Hood y Sparks (1970) señalan que la cifra negra del aborto estaba en una proporción de 1 a 1 000, lo que corresponde a la tendencia que establecemos, ya que con la cifra de 1,6% nos referimos a la judicialización o registro público de los abortos que por complicaciones son atendidos en hospitales. Por su parte, Landrove (1976) señala que solo 0,1% de los abortos en España era punido en los setenta.

¹⁶ Entre 1966 y 1972, Prado Saldarriaga (1985, p. 114 y s.) estima que los abortos no espontáneos advertidos en los hospitales de Lima Metropolitana oscilaron en 48 370. Sin embargo, las denuncias por delito de aborto registrados por la Segunda Región de la Guardia Civil en Lima Metropolitana, durante estos mismos años, fue de tan solo 512.

y judicial” (p. 106). Las causas pueden ser muchas. Sin embargo, la mayoría de los entrevistados coinciden en que la principal es la falta de un agente que denuncie el delito.

Alberto, abogado penalista y familiar desde hace 13 años, indica que “de forma directa no se realizan denuncias por aborto, quizás con la finalidad de encubrir algunas apariencias de índole familiar, social y personal”. Asimismo, Mario, abogado desde 1980, afirma que este delito “[...] casi no es denunciado. No hay una parte agraviada que denuncie directamente que se haya cometido el delito. Y si hay procesos por este delito es porque la policía ha intervenido a lugares clandestino, de comadronas, etc.”.

Fernando, juez desde el 2012, alega que a nadie le interesa que una chica decida abortar:

Es muy complicado descubrir este delito porque a qué persona le interesaría el hecho de que una persona decida abortar a diferencia de otros delitos en los que haya un agraviado. En este caso la que comete el aborto sería la misma agraviada. Por eso es que no se descubre. Tiene mucho que ver con el descubrimiento del delito. A las personas no les interesa si una persona en particular aborta o no. Además de ello, tampoco es de mucho interés público que las personas decidan abortar.

De igual modo, Manuel, suboficial de la Policía Nacional desde hace 10 años, indica que cree se ha normalizado el delito y las personas no le dan la importancia necesaria como para denunciar. Como los pocos que conocen esta realidad son los familiares de los agresores y estos no quieren perjudicar a sus familiares, no denuncian el delito. Y cuando lo hacen, casi siempre se retractan al ver la magnitud de los problemas que podrían causar a su familiar.

La opinión de los fiscales sigue la misma línea de razonamiento, todos ellos señalan que es muy difícil que las autoridades tomen conocimiento de este delito. Camila, fiscal de violencia familiar señala que solo hay dos formas de conocer este delito: un aborto incompleto que fue denunciado en un establecimiento de salud o mediante un operativo policial a las clínicas clandestinas que realizan abortos. Agrega que en su experiencia profesional ha tenido conocimiento de mujeres menores de

edad que, luego de sufrir una violación, han sido obligadas a abortar por sus padres y que este proceder se convierte en un medio para ocultar la violación. Se les echa la culpa y se les induce al aborto mediante la coacción. Sin embargo, señala que ella no tiene cómo probar lo que están contando, que lo remite al área correspondiente, pero que ellos ya no pueden hacer nada, porque ya pasó mucho tiempo.

María, fiscal desde 1991, explica que los abortos no suelen ser denunciados porque en la mayoría de los casos son consentidos. Pese a que se hacen operativos por la Fiscalía de Prevención del Delito a los locales donde ofrecen tratamiento al “atraso menstrual”, estos no funcionan porque nunca se encuentra rastro palpable del delito. Los operativos se realizan con policías mujeres infiltradas que se hacen pasar por gestantes que quieren abortar y ellas recogen información. “Todo el mundo sabe que esos lugares son clínicas abortistas”, señala María, pero no se puede denunciar porque no hay quién denuncie. Estos locales son cerrados, pero por procedimientos administrativos. Asimismo, indica con respecto a los abortos incompletos que deben ser denunciados en los establecimientos de salud, ya que los policías no suelen remitir los informes correspondientes.

En cuanto a esta última situación, se muestra una segunda causa de la poca persecución del delito: es muy difícil de probar. Al respecto, Juana, obstetra desde hace 23 años afirma que las mujeres que llegan a los establecimientos de salud con un aborto incompleto, generalmente refieren que no sabían que estaban embarazadas y dicen que han tenido un accidente: “Me he resbalado y me he caído sentada, cosas así”, señala Juana, “nunca refieren otra cosa”. También es necesario resaltar que según Sánchez Calderón et al. (2015), en un estudio patrocinado por Promsex, el 43,5 % de los ginecobstetras que entrevistaron estaban en desacuerdo con denunciar los abortos, muchos de los cuales alegaban el deber de mantener el secreto profesional. Al respecto, en 1985, Prado Saldarriaga, ya advertía sobre “las diferencias existentes entre la información hospitalaria y la policial, por cierto, muy marcadas, nos permiten inferir una espontánea flexibilidad en la persecución de las prácticas abortivas” (Prado Saldarriaga, 1985, p. 106).

Sobre la dificultad de verificar el delito, José Luis, que labora en el Ministerio Público desde 2015, indica que no se puede determinar si el aborto

[...] ha ocurrido con dolo, o sea con la intención de querer cometer el delito, como algunas veces, también sucede por motivos terapéuticos, y aparte debe haber un ser que acredite que esa persona quiso abortar o cuáles fueron los motivos, por este tipo de casos, es muy difícil seguir un proceso de delito de aborto.

En ese sentido, Bruno, abogado desde el 2016, agrega: “si lo pones desde el punto de vista probatorio. Probar un aborto es un delito prácticamente imposible de probar, salvo que alguien confiese. Se puede alegar que es una pérdida espontánea”.

Esta dificultad acarrea que la mayoría de los casos denunciados sean conocidos a través de delitos conexos. Y, de todos modos, cuando estos llegan a conocimiento de las autoridades y se empieza un proceso, este, según todos los entrevistados, no suele prosperar.

Otro factor para tener en cuenta es la proliferación de medios químicos que no dejan huella y no necesitan del concurso de otra persona para ser aplicados. Debido a la información accesible en Internet, se han hecho de uso común para acabar con el embarazo en las primeras semanas. Fabiola, activista *pro-choice*, afirma que el aborto se puede dar de las formas más clandestinas posibles, y Fernando, juez desde el 2012, señala la existencia de métodos abortivos menos traumáticos que dan la posibilidad de abortar fácilmente.

Por otra parte, las dificultades logísticas y la burocracia estatal son señaladas como otras de las razones para la falta de persecución del aborto. Carlos, fiscal provincial con seis años de experiencia, señala que solo tuvo un caso en su despacho sobre aborto, el que fue archivado después de mucho tiempo (8 meses aproximadamente) por haberse declarado aborto natural. Él señala que la causa de la dificultad en investigar y procesar este delito radica en la burocracia del sistema. Aunque no precisa por qué razón, en especial el sistema se hace más ineficiente en el caso del delito de aborto, al compararse con otros delitos que sí son perseguidos, ensaya respuestas como: “Se tarda mucho el informe

de medicina legal, respecto de la historia clínica que explique la causa del aborto”.

Adriana, fiscal desde el 2014, agrega que existe poco apoyo de la policía especializada: “Ellos son los encargados de hacer la vigilancia en los consultorios ginecológicos donde se sabe que practican el aborto. Deben montar un operativo. Hacer vigilancia. Nosotros los fiscales no podemos hacer esas funciones”. Gustavo, policía desde el 2014, afirma que las principales dificultades para perseguir el delito de aborto son la clandestinidad y la carencia de medios logísticos necesarios en la Policía Nacional del Perú.

De la misma manera, las dificultades y obstáculos propios del sistema de justicia peruano desincentivan la actuación contra delitos como el aborto. Al respecto, Pedro, policía desde hace 14 años, acota:

Sentimos que hacemos un trabajo que al final lo hacemos en vano, por gusto, porque ya sabemos lo que va a pasar, porque nos exigen ciertos requisitos, declaraciones, pericias, evaluaciones médicas [...] ya sabemos que al final les van a dar libertad y no pasa nada. Y es lo mismo que ellos saben.

Esto está ligado a la pena poco relevante que tienen los delitos de aborto, dado que las demoras del sistema jurídico peruano hacen que cuando estos delitos puedan ser sentenciados, ya hayan prescrito.

Un asunto relevante también lo plantea el hecho que, como lo manifiestan varios fiscales y activistas *pro-vida*, existen cada vez más y mejores organizaciones de médicos y personal sanitario que realiza estas actividades. Teniendo en cuenta lo anterior, y como lo señalan los datos estadísticos (véase tabla 1, 2 y 3), los médicos y personal sanitario procesado o investigado es casi nulo, en comparación con los demás agentes. Así pues, salvo muy pocas mujeres que al practicarse *autoabortos* incompletos terminan acudiendo a centros de salud, y algunos menos abortos *no consentidos* o *preterintencionales*, nadie es investigado, acusado o menos perseguido por practicar abortos.

Más allá de la amplísima impunidad con que operan los médicos que practican abortos, ya de por sí resulta sintomático que la agravante prevista para el personal sanitario no considera ningún incremento de

pena. Esta, recogida en el artículo 117, simplemente recoge la inhabilitación que ya está prevista por la parte general del Código. En buena ley, estamos frente a un agravante abiertamente simbólico.

Impunidad sistémica o inoperancia estatal

Luego, viene la pregunta: ¿El delito de aborto se ha tornado impune por la imposibilidad o deliberada voluntad de no perseguirlo por parte del Estado? A pesar de lo que comúnmente se piensa, se realizan periódicamente operativos para desmontar redes y clínicas clandestinas de aborto. Este dato no solo ha sido proporcionado por la propia Policía Nacional y el Ministerio Público, sino que ha sido corroborado por los activistas *pro-vida* y *pro-choice* entrevistados. Gemma, una activista *pro-vida* quien coordina un Centro de Ayuda a la Mujer (CAM), que desde el 2000 capta mujeres que tienen interés en abortar para disuadirlas de ello, nos dijo:

[...] alguna vez al hacer nuestro trabajo, llegó una pareja que tenía intenciones de abortar. Luego de exponerles todas las implicancias de su decisión, invité a la muchacha a hacerse un ultrasonido para escuchar los latidos de su bebé [una práctica usual de este centro para disuadir del aborto]. En aquella ocasión los jóvenes, un poco desconcertados, me dijeron a mí y a mi asistente: “entonces, ¿ustedes no quieren que abortemos?”, y luego de que asentimos se retiraron sonrientes, y el muchacho nos mostró su placa de policía.

Policías, obstetras, abogados y fiscales señalan que todos saben dónde se realizan los abortos, pero que no se hace mucho frente a esto. Respecto a ello, la fiscal Camila indica: “tú vas a [la avenida] Goyeneche y ahí están las jaladoras y ellas te dan la ‘solución’”. Sin embargo, como ya se ha señalado, estos operativos contra locales que realizan abortos no permiten investigar y judicializar el delito, ya que no se encuentran pruebas contundentes de su comisión. Solo sirven para cerrar los locales por cuestiones administrativas.

Ahora bien, gracias a la investigación se ha tomado conocimiento —de parte de los propios fiscales, sobre todo— que existen un buen número

de delitos –la receptación, o la violación a los derechos de autor, por ejemplo– que, tal como ocurre con el delito de aborto, son pasibles de una mínima persecución penal o incluso denuncia. Hablamos de una naturalización de ciertas prácticas que, pese a ser transgresoras en el imaginario de la población, en la práctica se han flexibilizado y naturalizado hasta convertirse en comunes, aunque reprochadas en el discurso público. Esto se agrava más por la poca operatividad y capacidad del poder policiaco y jurisdiccional para perseguir los delitos en general.

Tabla 4. Porcentaje del total de investigaciones judicializadas sobre aborto, receptación y delitos contra los derechos intelectuales frente al total de investigaciones judicializadas en la ciudad de Arequipa (2011-2018)

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Total de delitos	6 287	8 724	6 991	10 003	10 415	11 183	4 781	15 241	73 635
Aborto (todas las modalidades)	16	8	10	10	23	32	12	25	136
Porcentaje frente al total de delitos	0,25	0,09	0,14	0,10	0,22	0,29	0,25	0,16	0,18
Receptación (todas las modalidades) ¹⁷	71	77	60	98	84	79	50	126	645
Porcentaje frente al total de delitos	1,13	0,88	0,86	0,98	0,81	0,71	1,05	0,83	0,88
Delitos contra los derechos intelectuales (todas las modalidades) ¹⁸	39	53	44	52	70	70	41	59	428
Porcentaje frente al total de delitos	0,62	0,61	0,63	0,52	0,67	0,63	0,86	0,39	0,58

Fuente: Corte Superior de Justicia de Arequipa (2022).

¹⁷ Modalidades de receptación (194 y 195 CP): receptación (194 CP), receptación agravada (195 CP), receptación aduanera (195 CP).

¹⁸ Modalidades de delitos contra derechos intelectuales (216 al 225 CP): plagio (219 CP); reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización (217 CP); fabricación o falsificación de marcas o contraseñas oficiales (223 CP); fabricación o uso no autorizado de patente (222 CP); copia o reproducción no autorizada (216 CP).

Entre estos delitos tenemos las diferentes modalidades de delitos contra los derechos de autor y los de receptación. Sobre ellos, Felipe, abogado penalista desde 1985, afirma que la receptación es un delito que está a la vista de todos los ciudadanos: “Se ve todos los días. Y se ve claramente con los teléfonos y muchos de los ciudadanos apoyamos a los receptadores. Muchos de esos teléfonos les han costado la vida a personas”. El abogado hace una sutil comparación entre el delito de receptación y el aborto haciendo hincapié en la visibilidad del daño. Él menciona que muchos apoyan a la receptación porque no se dan cuenta que detrás de ese celular hay incluso una muerte. Lo mismo ocurre de alguna manera con el aborto. El negar la existencia de una vida facilita la normalización de la práctica. Sobre los delitos contra los derechos de autor, Felipe señala que hasta los abogados, médicos y estudiantes incurrir en ese delito, puesto que frente de las universidades se encuentran las fotocopiadoras: “a vista y paciencia del público se infringen y se violan los derechos de autor”. Esto queda confirmado por el porcentaje poco significativo de judicialización de estos delitos frente al total de delitos judicializados en la ciudad de Arequipa.

Un testimonio revelador de esta realidad lo da Fernando, juez desde el 2012, quien afirma que

de todos los delitos del Código Penal serán unos quince los que se tocan de manera recurrente. El legislador cree que por criminalizar algo va a solucionar el problema. Creen que entre más delitos criminalizados va a ser mejor. Pero en la práctica nadie le da importancia a los delitos.

Agrega que fuera de estos, “los demás delitos se aplican poquísimos”. Esto es confirmado por Gustavo, policía, que hace referencia a “tipos penales poco perseguidos”. Sobre el aborto, el policía afirma que quiere que se persiga, pero considera que el aparato estatal no tiene intención de hacerlo. En este sentido, se lamenta la fiscal Camila de que el estado haya dejado de lado el aborto y afirma que “no es un delito que se esté persiguiendo”. Por su parte, Julia, obstetra desde 1992, indica: “En nuestro país nos tapamos los ojos. Existe la ley, pero no se cumple. Esto abre la ventana de elección de la paciente”.

¿Delito simbólico o incapacidad estatal generalizada?

La respuesta a la pregunta que motiva toda la investigación es compleja. Todos los juristas consultados coinciden que, en *stricto sensu*, solo el aborto eugenésico o sentimental 120 del Código Penal puede ser considerado por la doctrina por sus características, ya que la punibilidad que plantea es irrelevante en materia de persecución penal —no menor de dos días ni mayor de tres meses—. Sin embargo, por sus opiniones se plantea la posibilidad de un derecho penal simbólico *de hecho* por la inacción estatal. Es decir, como una forma no-oficial de política criminal. Por derecho penal simbólico *de hecho* nos referimos a aquella voluntad consciente y deliberada de las autoridades jurisdiccionales y policiales no punir una acción típica, que por lo sistemática se ha hecho institucional, pero que no es parte de una política explícita o legal.

Hasta aquí, de primera instancia, se podría considerar que el aborto en el ámbito arequipeño se ha convertido en un delito simbólico. Definitivamente lo es si nos atenemos a la modalidad del 120 del Código Penal (aborto eugenésico o sentimental), tanto por lo que considera la doctrina mayoritaria, como por lo que manifiesta la práctica. Por otra parte, en cuanto a la vía de los hechos, los otros tipos penales pueden ser considerados tipos simbólicos en vista del escaso interés de las autoridades en descubrir, investigar y procesar el delito. Una actitud que, como se ha manifestado, no evidencia un hecho aislado o marginal, sino toda una disposición sistemática —informal, pero a la vez institucional— que se orienta a la impunidad de dicho delito, sobre todo en la última década.

Consideramos necesario, entonces, matizar la noción de derecho penal simbólico *de hecho*. En la realidad peruana, luego, el tipo de aborto funcionaría, más que como una respuesta legislativa populista (como opera en Europa y EE. UU.), como *el resto* de ciertos valores tradicionales cuya transgresión no es perseguida por el aparato estatal, por la ruptura del orden social y la situación de emergencia económica, social y política de la realidad peruana. La Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público y el Poder Judicial, así pues, se encuentran lo suficientemente colapsados como para abocarse a la persecución de esos delitos que en la práctica son tolerados, a pesar de las convicciones personales de los

agentes que, en la gran mayoría de los casos, manifiestan su rechazo tajante contra el aborto. Este colapso del sistema legal se ha asimilado orgánicamente en los operadores policiales y jurídicos, quienes constantemente hacen notar su precariedad y la necesidad de invisibilizar ciertos delitos, deliberadamente.

Como ocurre con los CD “piratas” o el comercio de celulares robados, el aborto es un delito reprochable y reprochado cuando se trata o se interpela a una persona o particular desde un plano *teórico*. Desde el plano *concreto*, cuando se trata de acceder a tal bien, servicio, o evitar los “perjuicios que pueda conllevar el embarazo” se recurre a la estrategia de invisibilización de los daños o las víctimas —“no había niño aún”, “solo las grandes empresas se benefician”, “a quién pues le habrán robado, yo no lo conozco”, etc.—; y a poner en primera persona la necesidad de quien viola la ley, minimizándola en su caso particular: “el futuro de la mujer se va a frustrar”; “las copias originales son muy caras y todos debemos acceder a la cultura”; “yo necesito el celular para mi trabajo”, etc. Este doble discurso se hace patente incluso en las declaraciones oficiales. Casi todos los encuestados —salvo las militantes *pro-derecho a decidir*, uno de los jueces y un fiscal— cuestionan de una u otra manera el aborto *en sí*. Sin embargo, les parece normal que la mayoría de los abortos resulten impunes, por los problemas prácticos que implicaría y el costo logístico que acarrearán. Algunos interlocutores recurren también a la comparación con “otros delitos más graves” y la necesidad de enfocarse en ellos.

Mención aparte merece la ritualización de los operativos y otras medidas tomadas para prevenir estos delitos. Como se ha mencionado anteriormente, la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público efectivamente realizan operativos para perseguir el aborto, pero ellos tienen una finalidad más burocrática y simbólica. Se trata de cumplir una “meta quinquenal” y mostrar ante la prensa que la ley se cumple (*fin preventivo general positivo* del Derecho Penal), pero no son efectivos en erradicar o combatir el delito. Esto también ocurre con los otros dos delitos que han servido para el contraste, como son los de violación de derechos de autor y la receptación. Son comunes en estos tres casos la televisación de operativos que “combaten” estos delitos, pero finalmente

ellas se realizan con una gran impunidad y la complicidad y tolerancia de la sociedad.

Otro tanto ocurre, como hemos mencionado, con los abortos que se verifican en los centros de salud luego que resultan fallidos y con complicaciones para la madre, que requieren atención médica. Como mencionan los profesionales de la salud entrevistados, el protocolo es seguido en los casos de sospecha de aborto inducido —aunque se advierte una tendencia a la flexibilización—. Sin embargo, los propios médicos ginecólogos y agentes del orden conocen y manifiestan que los abortos denunciados serán invisibilizados en las marañas de un aparato burocrático que no pone suficiente atención en desentrañar estos crímenes. “Nosotros llevamos toda la investigación hasta cierta etapa. Acá en el área le dan libertad porque la pena es muy baja. El fiscal en la misma sede policial les da libertad. [Otras veces] los pasamos a la fiscalía y ya no sabemos más”, afirma Jazmín, policía desde hace 14 años.

Por consiguiente, creemos no se puede hablar de un cambio de paradigma frente al aborto, en mérito al impacto de las políticas o discursos *pro-género*. La impunidad del aborto responde más al desborde de los límites del orden público y a la insuficiencia del aparato de persecución y de justicia. Hay una conciencia alta o difusa del mal del hecho en términos generales, que a la vez busca excepciones a la norma para justificar la acción u omisión del interlocutor, o incluso del Estado en sí.

Finalmente, debemos mencionar que uno de los aspectos más relevantes con respecto a la impunidad del aborto está relacionado a la *invisibilización* de la víctima. Si bien este concepto está asociado tradicionalmente a las minorías étnicas, sociales y culturales oprimidas u omitidas, es legítimo su uso en el contexto del *nasciturus*. Así pues, como lo señalan (Bastidas & Torrealba, 2014), el término invisibilización

[...] Se usa para dar cuenta de un hecho real, un grupo social que la sociedad en su mayoría no hace evidente o una mayoría omitida y discriminada por las élites en el poder. [...] Considerando el uso del término en diferentes investigaciones y documentos (Angola, 2007; Walsh, 2007; Rodríguez- Mora y López-Zambrano, 2009; Citro, 2006; Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida, 2000), se definió invisibilización como: los procesos culturales dirigidos por

un grupo hegemónico, para omitir la presencia de un grupo social (considerado) minoritario, con la finalidad de suprimir su identidad, y así reducir la resistencia a la dominación y mantener el poder político (toma de decisiones) y el control socio cultural (coerción) sobre el mismo. (p. 516)

La omisión deliberada del *niño por nacer* en las declaraciones de los funcionarios encargados de salvaguardar su derecho a la vida, consideramos luego, configuraría un atípico de *invisibilización*; por lo menos, no considerado desde los discursos académicos hegemónicos. De modo que, casi todos los operadores jurídicos entrevistados y el personal médico que partió en la investigación, coincidió que el delito de aborto es un tipo invisible a efectos de investigación penal, por la ausencia de una parte ofendida que pueda activar el oxidado engranaje burocrática en pos de justicia. Por el contrario, se da el caso que, la que en teoría debía velar por los derechos del no-nacido, como es la familia o la madre, es la agresora. Esta confusión entre víctima (*nasciturus*) y representante o agente (*madre*) hace que en muchos testimonios los operadores de justicia confundan a la parte agraviada, estableciendo así que es un delito en que “agraviada y ofensora se confunden”.

Conclusiones

Los testimonios de los profesionales de la salud y los activistas relacionados con el aborto coinciden en manifestar un alto número de abortos clandestinos en la ciudad de Arequipa, más de 7000 al año, en el conteo más optimista. Por contrario, el índice de investigación y judicialización de los abortos es bajísimo, contándose en el 1 % de los casos que reportan gineco-obstetras y agentes que tratan con víctimas del aborto. La punibilidad solo ha alcanzado dos casos en los doce años que son monitoreados por esta investigación.

Las cifras constatadas nos inducen a pensar que el delito del aborto se ha convertido *de hecho* en uno meramente simbólico, es decir, uno que las autoridades no quieren punir por criterios que responden más a asuntos culturales, de manera implícita y a pesar de sus funciones.

Se ha corroborado la ascendencia del discurso *pro-choice* en algunos operadores de justicia, quienes justifican la impunidad del aborto a una naturaleza estrictamente privada, restándole su impacto social. Sin embargo, esta influencia se da de manera difusa y no autoconsciente, por lo menos en los sectores medios y bajos del escalafón del funcionariado. De alguna manera, este discurso habría ordenado una política vedada que estimula la impunidad del aborto. Lo que se hace palpable es que, casi en todos los operadores de justicia, opera una *invisibilización* de la víctima del aborto, es decir el *nasciturus*, al punto que en sus testimonios constantemente se confunde a la madre con la víctima. Esto se daría porque, en la práctica, la única que puede denunciar el hecho es la madre o la familia; personas que en este delito no tienen ningún interés de denunciar.

Más allá de lo expuesto, y de la probable transformación del tipo de aborto en uno meramente simbólico a causa de un cambio de paradigma cultural, creemos que tal como ocurre con los delitos contra la propiedad intelectual o la receptación, la impunidad del aborto recaería más que en un cambio de paradigma (todavía muy difuso) a la crisis generalizada del aparato de justicia. Esta, aunada al doble discurso sobre estos delitos —son reprochables *en general*, son justificables *en concreto*—, ha normalizado su comisión en tanto el ciudadano contempla los beneficios que obtiene del delito, sin tener conciencia de perjuicios que recibe a largo plazo, por los efectos a nivel macro.

Referencias

- Arrieta Ruiz, Y. (2018). Populismo punitivo y el Derecho Penal Simbólico. *Inciso*, 20(1), 37-45. <https://doi.org/10.18634/incj.20v.1i.857>
- Bastidas, F., & Torrealba M. (2014). Definición y desarrollo del concepto ‘proceso de invisibilización’ para el análisis social. Una aplicación preliminar a algunos casos de la sociedad venezolana. *Espacio Abierto*, 23(3), 515-533. <https://www.redalyc.org/pdf/122/12232258007.pdf>
- Bates, C. (2013). Abortion and a right to health in international law: L.C. v Peru. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2(3),

- 640-656. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cajoincla2&div=59&id=&page=>
- Calvi del Risco, J., & Flores Santana, G. (2021). La afectación al derecho a la vida y el tratamiento de la objeción de conciencia en el Perú. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (57).
- Cheliotis, L. (2014). Decorative justice: Deconstructing the relationship between the arts and imprisonment. *The International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 3(1), 16-34. <https://search.informit.org/doi/abs/10.3316/INFORMIT.270047671071545>
- Corte Constitucional. Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Expedientes D-6122, 6123 y 6124 Demandas de inconstitucionalidad contra los arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la Ley 599 de 2000 Código Penal.
- Delicia, F. (2006). *El aborto clandestino en el Perú*. Editorial Flora Tristán.
- Elgar, R. (2014). Women's rights in transition: The collision of feminist interest groups, religion and non-governmental organizations in three Latin American countries. *Journal of Public Affairs*, 14(3-4), 359-368. <https://doi.org/10.1002/pa.430>
- Figari, R. (2010). *El homicidio y aborto en la legislación peruana*. Morivensa Editorial Jurídica.
- Fine, J. B., Mayall, K., & Sepúlveda, L. (2017). The role of international human rights norms in the liberalization of abortion laws globally. *Health and Human Rights*, 19(1), 69-79. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5473039/>
- Freeman, C. (2017). The crime of choice: Abortion border crossings from Chile to Peru. *Gender, Place and Culture*, 24(6), 851-868. <https://doi.org/10.1080/0966369X.2017.1339020>
- Gianella, C., & Álvarez, B. (2021). Judicial lawfare: Analysis of legal arguments against abortion rights in peruvian courts. *Revista Direito GV*, 17(3), 1-23. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202146>
- Hanschmidt, F., Linde, K., Hilbert, A., Riedel- Heller, S. G., & Kersting, A. (2016). Abortion stigma: A systematic review. *Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, 48(4), 169-177. <https://doi.org/10.1363/48e8516>
- Hassemer, W. (1995). Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos. En *Pena y Estado* (pp. 23-36). Editorial Jurídica Conosur.
- Hood, R., & Sparks, R. (1970). *Problemas clave en criminología*. Editorial Guadarrama.

- Koch, E. (2014). Epidemiología del aborto y su prevención en Chile. *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, 79(5), 351-360. <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-75262014000500001>
- Kulczycki, A. (2014). A comparative study of abortion policymaking in Brazil and South America: The salience of issue networks and policy windows. *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 16(1), 62-78. <http://dx.doi.org/10.1080/13876988.2013.785669>
- Landrove, G. (1976). *Política criminal del aborto*. Editorial Bosch.
- Laurenzo Copello, P. (2012). *Dogmática y política criminal del aborto*. Tirant lo Blanch.
- Ministerio Público. (2021). *Informe N° 0156-2021/FSC-DFA-MP-FN*. Distrito Fiscal de Arequipa, Fiscalía Superior Coordinadora.
- Nalvarte, D. (2019). Salud mental y discriminación por razones de género en el marco del aborto terapéutico en el Perú. *Ius Et Veritas: Revista de la Asociación Ius Et Veritas*, 59, 146-161. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201902.010>
- Pacora-Portella, P. (2014). Aborto terapéutico: ¿realmente existe? *Acta Médica Peruana*, 31(4), 234-239. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1728-59172014000400006
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2013). *Derecho Penal Parte Especial* (Tomo I). Legales Ediciones.
- Prado Saldarriaga, V. R. (1985). *Política criminal peruana. Aborto, anticonceptivos, drogas, delitos sexuales, reforma penal*. Cultural Cuzco Editores.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2017). *Delito y penas. Una aproximación a la parte especial*. Ideas y solución, Editorial S.A.C.
- Promsex. (2018). *El aborto en cifras: encuesta a mujeres en el Perú*. Instituto de Opinión Pública (IOP-PUCP). <https://promsex.org/publicaciones/el-aborto-en-cifras-encuesta-a-mujeres-en-el-peru/>
- Reátegui Sánchez, J. (2015). *El homicidio y aborto en la legislación peruana*. Motivensa Editorial Jurídica.
- Romero, E. G., Flores, F. H., & Moreno, H. W. P. (2021). Journalistic framing on abortion in Peru (2015-2019): A comparative analysis between the press of the metropolitan Lima and Piura regions. *Revista de Comunicación*, 20(2), 189-206. <https://revistadecomunicacion.com/article/view/2380/2112>
- Ruiz López, C., & Arenas Ávila, R. (2022). Populismo punitivo: manifestación política vs. Derecho penal. La cadena perpetua en Colombia. *Revista de Derecho*, 58, 218-252. <https://doi.org/10.14482/dere.58.348.527>
- Salinas Siccha, R. (2007). *Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial Grijley.

- Sánchez Calderón, S., Mere del Castillo, J., Pacora Portella, P., Chávez Alvarado, S., Guerrero Vásquez, R., Barrientos Pachette, M., & Jiménez Sánchez, M. (2015). Opiniones, percepciones y prácticas de médicos ginecobstetras respecto a informar de las pacientes con aborto inducido a la policía, Lima, Perú, 2014. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 61(3), 227-235. <https://doi.org/10.31403/rpgo.v61i1848>
- Sarmiento, J., Bula, E., & Mariño, C. (2019). El populismo penal en Colombia: propuesta para un debate inconcluso. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 52(155), 1047-1079. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.155.14956>
- Solís, V. (2019). Crítica feminista a la penalización del aborto en casos de violación sexual. Una mirada interseccional a propósito del embarazo infantil. *Ius Et Veritas: Revista de la Asociación Ius Et Veritas*, 59, 226-239. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201902.014>
- Torres Vásquez, H. (2022). La tercera vía del derecho penal en el delito de aborto y el principio de oportunidad en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 13(24), 1-22. <https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.24.9535>
- Taype-Rondan, A., & Merino-García, N. (2016). Hospitalizaciones y muertes por aborto clandestino en Perú: ¿Qué dicen los números? *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 33(4), 829-830. <https://doi.org/10.17843/rpmpes.2016.334.2573>
- Van Oordt, L. (2017). *El derecho penal simbólico y la ineficacia del Estado de emergencia constitucional para combatir la criminalidad*. Universidad San Martín de Porres.
- Villavicencio Terreros, F. (2014). *Derecho Penal Parte Especial*. Editorial Grijley.

