

**UNIVERSIDAD SAN PEDRO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**Regulación de las lesiones al no nacido en el Perú**  
**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL**

**Autora**

Chávez Pajares, Lesdie.

Asesor

Mg. Guevara Vásquez, Marco Antonio

Cajamarca – Perú

2019



## **DEDICATORIA**

A Dios y la Virgen Santísima por haberme concedido la vida, y por guiar mis pasos, para lograr concluir mi carrera profesional.

A la memoria de Ángela y Aurelio, a quienes llevo y llevare siempre en mi corazón, por haberme enseñado a luchar para cumplir siempre mis metas.

A mi madre Mercedes, quien siempre me apoyo, en todo momento.

A Martin, a mis hijos Maxel Aurelio y Edwin Mateo, quienes siempre estuvieron a mi lado, dándome fuerzas para poder concluir mi carrera profesional.

A Juana y Martha, quienes con su apoyo y cariño me brindaron aliento moral en todo momento.

## **AGRADECIMIENTO**

A la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad San Pedro- Filial Cajamarca, a los catedráticos de esta casa superior de estudios, los cuales supieron darme, valiosos consejos y orientaciones para llegar a la meta trazada.

A todos mis compañeros de estudio, gracias por la académica discusión de los conceptos, para el desarrollo de la presente monografía, por la transmisión de experiencia relevante.

## PRESENTACION

El delito de lesiones al feto, es un delito, que atenta contra la vida del ser humano en formación, si analizamos nuestro ordenamiento jurídico nacional, podemos notar que nuestro código civil en su artículo uno prescribe: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece...”, lo que nos da a entender que la persona es considerada ser humano desde la concepción por lo cual si se le causase alguna lesión en esta etapa, se estaría atentado contra su proyecto de vida.

En nuestra realidad social, podemos observar que hay un alto índice de mujeres gestantes, que se someten a tratamientos médicos, por profesionales de esta área durante el periodo gestacional, las cuales reciben medicamentos prescritos por estos profesionales, que recibieron formación médica y bajo un juramento hipocrático con los cuales se pueden causar efectos secundarios durante la etapa de gestación, causando graves e irreparables daños a este nuevo ser en formación, Así como también ellas mismas, muchas veces toman medicamentos, auto medicándose, o de alguna u otra forma causan lesiones al *nascituris*.

En el Perú recién en el año 2002 el Código Penal incorporo el artículo 124-A, castigando las acciones dolosas que causen lesiones al concebido.

Iniciamos el presente estudio tratando el tema de “límites de la vida humana dependiente”, en la cual a través de las diversas ciencias se determina estos límites para que el derecho lo desarrolle en el ámbito de la justicia. Asimismo se definen importantes conceptos relacionados con la investigación.

En segundo lugar, tratamos sobre “la lesión y el no nacido”, se anota la definición de lesión, su clasificación, elementos y tipificación.

El tercer apartado expone el tema “el delito de lesiones al feto”, en el cual se hace unas referencias liminares, cita el concepto, se expone la teoría de la anidación como fundamento de la criminalización, los sujetos que intervienen en la comisión del ilícito penal, el bien jurídico protegido, su tipificación específica y la consumación del delito.

En el cuarto apartado, denominado “la regulación de los delitos de lesiones contra la vida humana dependiente en derecho comparado”, donde se cita tres legislaciones de diferentes países, España, El Salvador y Colombia.

Para finalizar se anotan las conclusiones y recomendaciones correspondientes al estudio y se cita las fuentes de información utilizadas.

La presente investigación busca colmar las preocupaciones comunes de los estudiosos del Derecho Penal, en lo que respecta a los delitos de lesiones contra el *nasciturus*.

**Palabras claves:**

|                     |   |
|---------------------|---|
| <b>Tema</b>         | Regulación lesiones al no nacido en Código Penal. |
| <b>Especialidad</b> | Penal   |

**Key words:**

|                  |   |
|------------------|---|
| <b>Text</b>      | Regulation of injuries to the unborn child in the Penal Code. |
| <b>Specialty</b> | Penal   |

# INDICE GENERAL

|  |     |
|--|-----|
| DEDICATORIA .....                          | i   |
| AGRADECIMIENTO .....                       | ii  |
| PRESENTACION.....                          | iii |
| Palabras claves.....                       | v   |
| Key words .....                            | v   |
| INDICE GENERAL .....                       | vi  |
| RESUMEN .....                              | ix  |
| CAPÍTULO I .....                           | 1   |
| LÍMITES DE LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE..... | 1   |
| 1.1. Antecedentes.....                     | 1   |
| 1.2. Aspectos conceptuales .....           | 3   |
| 1.2.1. Pre-embrión.....                    | 3   |
| 1.2.2. Embrión.....                        | 5   |
| 1.2.3. Concebido .....                     | 6   |
| 1.2.4. Nasciturus .....                    | 6   |
| 1.2.5. Persona .....                       | 6   |
| CAPITULO II.....                           | 8   |
| LA LESION Y EL NO NACIDO .....             | 8   |
| 2.1. Definición de lesión.....             | 8   |
| 2.2. Clasificación de las lesiones .....   | 9   |
| 2.3. Bien jurídico protegido .....         | 9   |
| 2.3. Elementos del delito de lesiones..... | 10  |
| 2.3.1. Acto dañoso.....                    | 10  |
| 2.3.2. Resultado dañoso .....              | 11  |
| 2.3.3. Voluntad de dañar .....             | 12  |
| 2.3.4. Sujetos del delito .....            | 12  |
| 2.4. Tipificación del delito .....         | 13  |
| a) Tipicidad subjetiva.....                | 13  |
| b) Tipicidad Objetiva .....                | 13  |
| CAPITULO III .....                         | 15  |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>EL DELITO DE LESIONES AL FETO .....</b>                                       | <b>15</b> |
| <b>3.1. Referencias liminares .....</b>  | <b>15</b> |
| <b>3.2. Concepto.....</b>  | <b>16</b> |
| <b>3.3. La teoría de la anidación como fundamento de la criminalización.....</b> | <b>17</b> |
| <b>3.4. Sujetos que intervienen en la comisión del ilícito penal .....</b>       | <b>18</b> |
| a) <b>Sujeto activo.....</b>   | <b>18</b> |
| b) <b>Sujeto Pasivo .....</b>  | <b>18</b> |
| <b>3.5. Bien jurídico protegido .....</b>  | <b>18</b> |
| <b>3.6. Tipificación específica. ....</b>  | <b>19</b> |
| a) <b>Tipicidad subjetiva.....</b>   | <b>19</b> |
| b) <b>Tipicidad objetiva.....</b>  | <b>22</b> |
| <b>3.7. Consumación del delito .....</b>   | <b>24</b> |
| <b>3.8. Penalidad .....</b>  | <b>24</b> |
| <b>CAPÍTULO IV .....</b>   | <b>25</b> |
| <b>LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE LESIONES CONTRA LA VIDA .....</b>             | <b>25</b> |
| <b>HUMANA DEPENDIENTE EN DERECHO COMPARADO .....</b>                             | <b>25</b> |
| <b>4.1. Antecedentes.....</b>  | <b>25</b> |
| <b>4.2. España (Código Penal de 1995).....</b>                                   | <b>27</b> |
| 4.2.1. <b>Generalidades .....</b>  | <b>27</b> |
| 4.2.2. <b>Figura delictiva dolosa.....</b>                                       | <b>28</b> |
| 4.2.3. <b>Figura delictiva imprudente .....</b>                                  | <b>29</b> |
| <b>4.3. El Salvador - Código Penal de 1998.....</b>                              | <b>30</b> |
| 4.3.1. <b>Generalidades .....</b>  | <b>30</b> |
| 4.3.2. <b>Figura delictiva dolosa.....</b>                                       | <b>30</b> |
| 4.3.3. <b>Figura delictiva culposa.....</b>                                      | <b>31</b> |
| <b>4.4. Colombia - Código Penal de 2000 .....</b>                                | <b>32</b> |
| 4.4.1. <b>Figura delictiva dolosa.....</b>                                       | <b>32</b> |
| 4.4.2. <b>Figura delictiva culposa .....</b>                                     | <b>33</b> |
| <b>CONCLUSIONES .....</b>  | <b>34</b> |
| <b>RECOMENDACIONES.....</b>  | <b>36</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>  | <b>37</b> |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>SENTENCIA N° 0054.....</b>                                 | <b>40</b> |
| <b>ANTECEDENTES.....</b>                                      | <b>40</b> |
| <b>1.- LA RESPONSABILIDAD PENAL .....</b>                     | <b>40</b> |
| <b>2.- HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS MATERIA DEL PROCESO .....</b>  | <b>41</b> |
| <b>3.- PRETENSION PENAL Y CIVIL.....</b>                      | <b>41</b> |
| <b>4.- PRETENSÓN DE LA DEFENSA DE LA PROCESADA .....</b>      | <b>42</b> |
| <b>5.- POSICIÓN DE LA DEFENSA DE LA PARTE AGRAVIADA .....</b> | <b>42</b> |
| <b>6.- HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS PROBADAS.....</b>              | <b>42</b> |
| <b>7.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.....</b>                        | <b>43</b> |
| <b>8.- JUICIO DE SUBSUNCIÓN.....</b>                          | <b>43</b> |
| <b>10.- DETERMINACION E IMPOSICION DE LA PENA .....</b>       | <b>43</b> |
| <b>13.- DETERMINACION DE LA PENA CONMINADA .....</b>          | <b>44</b> |
| <b>14.- DETERMINACION DE LA PENA CONCRETA .....</b>           | <b>44</b> |
| <b>15.- REPARACIÓN CIVIL .....</b>                            | <b>44</b> |
| <b>18.- DE LA APROBACIÓN DEL ACUERDO.....</b>                 | <b>45</b> |

## **RESUMEN**

El delito de lesiones al feto, es un delito, que atenta contra la vida del ser humano en formación, si analizamos nuestro ordenamiento jurídico nacional, podemos notar que la protección jurídica empieza desde un punto de vista constitucional, la Constitución Política del Perú en su artículo 2° inciso 1 establece toda persona tiene derecho “a la vida, 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”, Asimismo, por su parte el Código Civil en su artículo 1° prescribe: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”, dispositivos legales lo que nos permite entender que, para nuestra legislación se considera ser humano a la persona desde el momento de la concepción, por lo cual, si se le causase alguna lesión en esta etapa, se estaría atentado contra su integridad y su proyecto de vida.

En nuestra realidad social, podemos observar que hay un alto índice de mujeres gestantes, que continuamente se someten a tratamientos médicos, por profesionales de la salud, durante el periodo gestacional, tratamientos en los cuales reciben una serie de medicamentos, que en muchos casos estos medicamentos pueden causar efectos secundarios durante la etapa de gestación, causando graves e irreparables daños a este nuevo ser en formación, esta realidad de prescripción médica con medicamentos que afectan al concebido, se viene dando pese a la formación médica y juramento hipocrático De los profesionales en la salud.

Por otro lado, también señalamos que son las propias gestantes que muchas veces toman medicamentos, vía auto medicación, que de alguna u otra forma causan lesiones al feto.

En el Perú a partir del año 2002 el Código Penal incorporó el artículo 124°-A, sancionando las acciones dolosas que causen lesiones al concebido; sin embargo, su tratamiento legal, doctrinario y jurisprudencial no ha evolucionado como se esperaría de esta institución jurídica penal de mucha importancia al tratarse de proteger a un ser en vía de formación.

Es por eso que el presente trabajo de investigación está dirigido a reforzar las consideraciones del por qué es necesario que las regularizaciones a las lesiones al no nacido tengan legislación propia y que formen parte de un cuerpo normativo.

# CAPÍTULO I

## LÍMITES DE LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE

### 1.1. Antecedentes

En torno del ser humano giran diversas ciencias como la Medicina, la Sociología, la Antropología, la Filosofía, el Derecho y otros que tratan de dar respuesta a los diferentes interrogantes que afloran a partir de su existencia. Sin embargo, debemos hacer una división de dicha existencia, cuya línea demarcatoria viene dada por el nacimiento, acontecimiento biológico que marca una existencia dentro del vientre de la madre y otra fuera de ella o vida albergada en la sociedad y que transcurre hasta la muerte de la persona.

Para el desarrollo del presente trabajo y de acuerdo a Fernández (2003, p. 97) “El estudio jurídico-penal, se centra en el primer espacio, pues, se trata de precisar el límite mínimo y límite máximo de la vida del no nacido para efectos del Derecho Penal. En principio, respecto del límite mínimo en sentido amplio o comienzo de la vida del ser humano se presenta la siguiente interrogante que ha sido una constante preocupación del hombre: ¿cuándo o en qué momento comienza la vida del ser humano?”. Esta pregunta ha desencadenado una serie de respuestas, que tratan de explicar la interrogante mencionada, y lógicamente que todas las respuestas intentadas tienen cuestionamientos, por lo que en la actualidad no encontramos una respuesta pacífica sobre el comienzo de la vía humana dentro del claustro materno.

Así, desde la aparición de las primeras culturas se le trató de explicar a través de mitos y leyendas, luego, con el avance de las ciencias antiguas se sostuvo que el embrión recibía el aliento vital al momento de nacer.

Tratando el tema desde el punto histórico y su avance a través de los tiempos fue Aristóteles quien afirmara que el feto ya es un ser con vida propia; más tarde, bajo la influencia del cristianismo se indicaba que este adquiriría la vida con la infusión del espíritu, y esto ocurriría de la siguiente manera: cuando el feto era varón lo adquiriría a los cuarenta días de la concepción, mientras que cuando eran mujeres se producía en torno al tercer mes.

Por ello, precisar cuál es el momento en que se da la génesis de la vida humana ha sido un tema de constante discusión en los círculos filosóficos, teleológicos, científicos, jurídicos y otros.

También las ciencias médicas y algunas concepciones filosóficas y teleológicas consideraban que el inicio de la vida humana se daba con la animación ósea al momento en que el cuerpo se une con el alma.

Sin embargo, con el progreso de las ciencias médicas quedaron superadas estas concepciones y en la actualidad ya no son tomadas en cuenta.

Hoy, gracias a los datos científicos, y por mayoría de estudios con carácter científico, se sabe que la vida intrauterina pasa por todo un proceso biológico cuyo momento inicial tiene lugar con la fecundación, siguiendo con la concepción, la anidación, la actividad cerebral y finalmente el nacimiento. Es entonces, alrededor de estos momentos de la vida humana dependiente que surgen diferentes posturas con los cuales se tratan de determinar cuándo tiene lugar el inicio de la vida.

Otro aspecto problemático gira alrededor del límite máximo de la vida fetal, es decir, el nacimiento, momento en el cual el feto deja ser tal para adquirir la calidad de persona, conforme lo prescribe el Derecho privado.

Sobre este acontecimiento han surgido, en Derecho Penal, diferentes posiciones que tratan de determinar cuándo estamos ante un objeto material tutelado por el homicidio y lesiones o por el aborto y en su caso por lesiones al *nasciturus*.

Finalmente, se sabe que el objetivo de la ciencia jurídica es adaptarse a la verdad que arroja la ciencia y, en este caso la Embriología, ya que, es ella quien nos dar la información precisa sobre cuándo, dónde y de qué modo ocurre esa realidad llamada vida humana.

Entonces afirmamos que el tema en estudio es altamente controvertido, lo que trae como consecuencias jurídicas que las ramas del Derecho y en especial el Derecho Civil y Penal adopten en muchos casos posiciones encontradas.

También debemos dejar establecido que en la doctrina civilista ya es unánime en admitir que la vida se inicia con la concepción, mientras todo lo contrario sucede en el ámbito penal donde se observa un constante debate.

## **1.2. Aspectos conceptuales**

Antes de entrar a tratar las diferentes posturas que se acogen a los momentos por los que pasa la vida intrauterina, considero importante tener presente los conceptos y/o definiciones de los términos que serán utilizados y están estrechamente relacionados con el presente trabajo de investigación como son: pre-embrión, embrión, feto, concebido, *nasciturus* y persona; por cuanto resultan básicos para manejar un adecuado lenguaje técnico-jurídico que nos permita precisar el ámbito de protección del Derecho penal.

### **1.2.1. Pre-embrión**

Cousiño (2004) explica que “El término pre-embrión fue producto de la necesidad de justificar la destrucción de embriones necesarios para la investigación sobre fertilización y embriología humana; porque será, a partir del Informe Warnock de

1984 que se permite la investigación embrionaria” (p. 51). Con ello la ciencia médica contaba con un término adecuado para que la investigación sobre el producto de la concepción hasta antes de la anidación en el útero materno resulte justificadamente permitida por la sociedad, del mismo modo sirve a los juristas para determinar desde que momento es relevante su protección.

Bajo esta concepción y amparados en fundamentos, que hoy ya han perdido todo basamento científico, pues no tiene solidez, y resulta; por consiguiente, insostenible, es que se viene a actuar la palabra pre-embrión para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del ovulo desde que es fecundado hasta aproximadamente 14 días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero materno.

Sin embargo, en la actualidad desde una óptica científica es inútil pronunciarse por el vocablo «pre-embrión» puesto que, antes del embrión, sólo hay un óvulo y espermatozoides, y, hasta que alguno de estos no ha fecundado al primero, no existe un ser nuevo. Entonces, no se puede hablar, por lo tanto, de pre-embrión porque, por definición, el embrión es la forma más joven de ser humano.

En el uso científico este término ha desaparecido por que ha quedado en desuso, siendo necesario tener otros términos que están vigentes en las diversas ciencias actuales que tratan del tema en estudio.

En todo caso, para efectos de una diferenciación se puede utilizar el término de embrión preimplantatorio.

En conclusión, considero que se ha impuesto dicho término no porque sea en sí mismo significativo de alguna realidad biológica; sino porque sirve para convalidar o neutralizar éticamente la pérdida o destrucción deliberada de embriones que va inevitablemente unida a los procedimientos de reproducción asistida y a la investigación sobre embriones.

### **1.2.2. Embrión**

La Real Academia Española de la Lengua lo define como el producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo; es decir, abarca la fase del denominado pre-embrión. Sin embargo, para algunos autores como es el caso de HIGUERA GUIMERÁ se habla de embrión propiamente dicho desde la anidación 14 días después de la fecundación hasta que trascurren aproximadamente dos meses y medio; además, es la etapa en que se lleva a cabo la formación de los órganos del nuevo ser humano; es decir, se produce la figura de la organogénesis.

Consideramos que con la expresión de embrión se alude a la etapa del desarrollo humano que va desde la concepción, pasando por la anidación hasta aproximadamente tres meses después, momento en el cual la ciencia médica lo viene a denominar feto.

En este caso se puede hablar de embrión pos implantatorio. El término en mención es utilizado tanto en dispositivos legales internacionales como en distintos dispositivos nacionales. En este último caso, se debe apreciar el Decreto Supremo N 009-97-EM que aprueba el Reglamento de Seguridad Radiológica, así como la Sentencia de fecha 26 enero de 1998 emitida por la Sala Penal de la Corte Superior de Lima, documentos en los cuales se vienen utilizando la frase embrión o feto. De ello, debemos manifestar que embrión y feto son dos realidades vitales totalmente distintas, por lo que mal se hace equiparar dichos términos con la palabra o, logrando con ello únicamente conducirnos a un error terminológico, confusión que tratamos de despejar al precisar dichas figuras.

Sin embargo, debemos señalar que parece que la voluntad tanto del legislador como de los operadores legales fue equiparar dichos términos.

### 1.2.3. Concebido

De acuerdo al autor Aguado (2001) los diferentes textos legales que rigen nuestra sociedad vienen a utilizar el término «concebido», para referirse al ser humano intrauterino a quien se le otorga derechos, como por ejemplo el derecho a la vida.

De dichas disposiciones se aprecia que el vocablo “concebido” en los diferentes campos y especialmente en el campo del Derecho y Derecho Penal es el más utilizado y adecuado para los fines de protección jurídica penal.

### 1.2.4. Nasciturus

A lo largo de distintos textos de doctrina jurídica se suele manejar el término *nasciturus* para referirse al ser humano que habrá de nacer; es decir, es el sujeto de derecho que ha sido concebido, pero todavía no alumbrado o ha sido expulsado del vientre materno; sin embargo, se debe precisar que cuando manejamos dicho término tenemos que tener presente que éste, engloba dos figuras: el *coceptus* que se refiere al concebido, y el *cocepturus* que hace referencia al ser humano el cual habrá de ser concebido.

Andorno (1993) explica que “En esta misma línea se podrá decir que con la expresión *nasciturus* nos referimos al ser humano en sus distintas etapas dentro del útero materno; es decir, abarca al pre-embrión, embrión, feto y concebido. En principio se podrá decir que el vocablo *nasciturus* equivale al concebido, pero lo cierto es que, con el primer vocablo, incluso, hacemos referencia al segundo” (p. 102).

### 1.2.5. Persona

El Diccionario De la Real Academia de la Lengua española considera a la persona como aquel individuo de la especie humana. Cabe destacar, que de acuerdo con la doctrina civilista se considera persona «el hombre y traslaticamente, en su caso,

ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica»; en este sentido, desde el punto de vista del derecho positivo persona es el hombre una vez nacido, ya sea como individuo, o colectivamente organizado siempre que cumpla con la formalidad de su inscripción exigida por la norma.

Las primeras son llamadas personas físicas, naturales o de existencia visible; en tanto que las segundas, son llamadas personas jurídicas y también morales e ideales, son las que se encuentran formadas por determinación de la ley.

Expresamos que para efectos de Derecho Penal se considera persona al ser humano quien ha dejado atrás la vida fetal y ha pasado a formar parte de la sociedad. En términos generales, teniendo en cuenta el Derecho Civil y el Derecho Penal, se puede decir que persona es el ser humano quien deja tras de sí la vida fetal para adquirir una vida en comunidad.

Sin embargo, el debate en la literatura penal se presenta en determinar el momento preciso en la cual se deja la vida intrauterina.

## CAPITULO II

### LA LESION Y EL NO NACIDO

#### 2.1. Definición de lesión.

Conviene antes de alcanzar una definición del término lesión, desentrañar su origen etimológico, señalando que "lesión" deriva del latín *laesio*, que proviene de la voz *laedere*, dañar.

Entendiéndose a las lesiones como las violencias ejercidas por agentes vulnerantes, sobre las diversas partes del cuerpo de una persona (agraviado) perturbando su salud en forma variable siendo de *lato sensu*, la lesión todo menoscabo de la salud o de la integridad corporal.

De acuerdo al autor Basile, (1994) “De ello se tiene entonces, que las lesiones son el daño causado a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona, sin *animus necandi* (ánimo de matar), y resulta que dicho daño debe ser infligido de forma parcial contra la persona, alterando su salud o su integridad corporal sin llegar a extinguir su vida” (p. 156). Siendo que la lesión comprende a cualquier alteración del normal funcionamiento del cuerpo, ya sea por pérdida de sustancia corporal o por inutilización funcional de cualquier órgano o miembro (integridad), ya sea por enfermedad física o psíquica (salud)

## 2.2. Clasificación de las lesiones.

Según su culpabilidad.

- A) Lesiones graves, Art. 121° Código Penal.
- B) Lesiones culposas, Art.124° Código Penal.
- C) Lesiones leves, Art. 122° Código Penal.
- D) Lesiones con resultado fortuito, Art. 123° Código Penal.

Según la importancia del resultado.

- A) Lesiones Graves.
- B) Lesiones Menos Graves.
- C) Lesiones Simples.

## 2.3. Bien jurídico protegido

A través de la descripción del ilícito penal de lesiones se procura tutelar el bien jurídico, llamado salud individual. En el entendido que la *mens legislatoris* ha buscado prohibir los graves daños, en el cuerpo o en la salud de las personas, asumiendo un concepto comprensivo de salud, en su aspecto físico y psíquico.

Por su parte el maestro Alberto Donna, con una postura integral, nos dice que el bien jurídico protegido por este capítulo es, sin lugar a dudas, la integridad corporal y la salud de la persona humana, protegiéndose no solamente el cuerpo del individuo sino también su salud, es decir, se incluye tanto el aspecto anatómico como el fisiológico, incluyéndose además no sólo la salud física, sino que también la psíquica.

Por su parte el exiguo jurista Berdugo Gómez De La Torre, refiere que afirmar que la salud es el bien jurídico, es decir muy poco, en vista de la magnitud y complejidad que abarcan estos injustos, cuando adquieren concreción material, cuando se ha de emitir el juicio de tipicidad penal. La salud puede verse afectada y/o menoscabada, cuando se produce uno de estos atentados antijurídicos, empero de forma concreta se lesiona una dimensión de dicho interés jurídico, esto es el aspecto fisiológico, corporal y/o psíquico,

pero con esto aún no se define con precisión el objeto de protección punitiva, es decir, este triple objeto es reconducible a un único bien jurídico: la salud personal, considerado como "el estado en el que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones, entendiendo por función el ejercicio de un órgano o aparato, estado que, por otra parte, posibilita una concreta participación en el sistema social".

Podemos señalar que el bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico viene a ser la salud integral de la persona humana, es decir, su salud física, psicológica y moral.

### **2.3. Elementos del delito de lesiones**

Seguindo al profesor Manuel Abastos integran el delito de lesiones los siguientes elementos generales:

#### **2.3.1. Acto dañoso**

Basso (1993) explica que "El acto dañoso presenta en el delito de lesiones una morfología diversa que va desde las contusiones y las heridas, hasta la castración y la mutilación. Es la forma que reviste el ataque al cuerpo o salud física o mental de una persona. La forma del daño en la lesión tiene que ver con el resultado dañoso y no con el acto. El acto dañoso importa la ejecución de un hecho en que concurre necesariamente la violencia física, la cual es ejercida sobre la persona humana (p. 98).

El dato violencia física parece excluir los medios morales, la morfología de que se habla aquí hay que mencionarla al referirse al resultado dañoso.

En cuanto a los medios empleados, los daños corporales varían según que el agente haga uso de sus puños o de su sola fuerza muscular, o eche mano de medios físicos como armas de fuego o instrumentos cortantes o contundentes.

Nuestra ley, nos referimos al Código Penal, no habla de los medios morales que, como la amenaza o el estado de terror, pueden producir, también daños en el cuerpo o perturbaciones mentales, para estos daños se tiene que recurrir al ordenamiento sustantivo civil, en el que si es posible hacer valer económicamente o lograr una indemnización por daños morales.

Tampoco menciona expresamente el empleo de sustancias o bebidas nocivas, del que hacía más bien mención el código derogado y al que se refiere, por ejemplo, el artículo 424 del vigente código español. Pero tanto da que se cause enfermedad o se altere la salud de una persona por medio de una puñalada, o que se cause el mismo resultado por medio de filtros, brebajes o mixturas diabólicas como las que propinan nuestros hechiceros criollos.

Nuestro código sanciona todo daño en la salud física y mental de las personas, cualesquiera que sean los medios empleados, no importa el medio comisivo en el delito de daños.

### **2.3.2. Resultado dañoso**

Según Beraún (2006) el resultado dañoso, es el efecto o consecuencia del acto dañoso. Este efecto ofrece diversas formas y grados y puede consistir o en la alteración, permanente o temporal, de la salud física o mental de una persona; o en la incapacidad, total o parcial para el ejercicio de una función orgánica; o en el afeamiento de la figura física de la víctima (p. 159). La gravedad de las lesiones se mide por la intensidad y duración de cualquiera de estos efectos. Y es aquí donde el concurso del perito se hace necesario.

Tiene que existir relación de causalidad entre el hecho que origina el daño y el daño ocasionado como consecuencia de este hecho.

También es necesario se considere que el daño causado a la persona abarca en todo su contexto físico y mental, daños que para su medición necesariamente requieren

del concurso de un especialista, como es el caso de un perito y según el tipo de lesiones causadas.

### **2.3.3. Voluntad de dañar**

Berdugo (2000) el elemento subjetivo en el delito de lesiones no es; como en el homicidio, el *animus necandi*, sino el *animus vulnerandi*, es decir la voluntad de herir, golpear, maltratar o inferir un daño cualquiera, pero no de matar (p. 164).

El dolo o la intención del sujeto agente está marcadamente diferenciado con el delito de homicidio, por lo que consideramos que no es posible su confusión entre ambos, ello por cuanto en el delito de homicidio el sujeto agente tiene una voluntad de matar, mientras que en el delito de lesiones este daño desaparece, por cuanto el sujeto agente tiene la intención de lesionar o dañar más no matar.

### **2.3.4. Sujetos del delito**

Como en todo tipo de delitos son dos los sujetos que intervienen en el delito de lesiones: sujeto activo y sujeto pasivo.

a) Sujeto activo. Es el autor del delito y puede ser cualquier persona, pero debe tratarse de un ser humano distinto del que sufre la lesión.

La autolesión no puede configurar ninguno de los delitos previstos en este capítulo, considerándose como una conducta atípica o que no está sancionada en nuestro Código Penal.

b) Sujeto pasivo. La víctima o agraviado, debe ser una persona nacida y obviamente debe tratarse de un sujeto con vida.

Es decir, cualquier persona sobre la que recae la conducta que le causa lesiones en cualquier parte de su cuerpo.

## 2.4. Tipificación del delito

a) Tipicidad subjetiva. Se requiere necesariamente el dolo de lesionar o *animus laedendi*. No se admite la forma culposa. El sujeto activo tiene la plena convicción o conocimiento que con su conducta va a causar daño al sujeto pasivo.

Esta es la diferencia fundamental, desde el punto de vista teórico, entre un delito de lesiones seguido de muerte y un homicidio, aunque en la práctica es muy difícil determinar con toda certeza si el sujeto activo quiso causar una lesión o, en realidad, quiso matar a su víctima.

b) Tipicidad Objetiva. El propio legislador excluye de pena los supuestos de autolesiones, es decir, el causarle un daño así mismo, puesto que no se estaría afectando a "otro", esta es la consideración que merecen los supuestos de intervenciones quirúrgicas tales como vasectomías o ligaduras de trompas, donde el sujeto decide libremente, con su consentimiento, someterse a este tipo de tratamiento en donde, desde un punto de vista objetivo sufre un menoscabo de su integridad física, pero que no afecta directamente a su salud.

En consecuencia, el sujeto pasivo tiene que ser otro. La autolesión es impune (en algunos regímenes penales especiales comparados no lo es, como ocurre en el militar, pero porque se protegen bienes jurídicos distintos).

Esa impunidad se extiende aun a los partícipes de la autolesión (salvo que tengan el deber jurídico de evitarla), pero no a quien la produce como autor, aunque lo haga cumpliendo con la voluntad expresada por la víctima. Obsérvese que no son autolesiones los casos en que la víctima se daña actuando como instrumento de otro (por su incapacidad para comprender el carácter de la acción que realiza o por error a que fue inducido por el agente) o cuando el daño proviene de la situación en que la acción ilícita del agente colocó a la víctima; en tales casos, quien usó a la víctima como instrumento o creó la situación en que se produjo el daño, es el autor de las lesiones. Desde este punto de vista, la intervención médica sería un acto de participación en una

autolesión, que, al ser atípica, excluiría también la responsabilidad del partícipe, según las reglas generales de la teoría participación.

## CAPITULO III

### EL DELITO DE LESIONES AL FETO

#### 3.1. Referencias liminares

Díez (2007) sostiene que “Conviene incoar este aspecto señalando en primer lugar que el inicio de una vida humana es el primer acto indispensable y biológicamente registrable para que se forme un embrión humano, es la fusión de dos células altamente especializadas, extraordinariamente dotadas y teleológicamente estructuradas y programadas, llamadas gametos: el óvulo y el espermatozoide, que son las células germinales femenina y masculina, respectivamente” (p. 167). En la ciencia penal existe la polémica incansable y nada pacífica sobre la interrogante de establecer cuándo se inicia la vida para ser protegida penalmente. Para un sector de la doctrina, la vida comienza con el fenómeno de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (teoría de la fecundación o concepción) en tanto que, para otro sector mayoritario, el inicio de la vida se produce desde la implantación del óvulo ya fecundado en el útero de la mujer (teoría de la anidación).

Para nuestra doctrina nacional existe unanimidad en considerar que ésta se inicia desde el momento de la anidación del óvulo fecundado por el espermatozoide en el útero de la mujer.

Si bien las posiciones son disímiles en cuanto al momento de inicio de la vida humana dependiente, debemos tener presente la opinión dada por Salinas Siccha, quien refiere

claramente, que para el derecho penal la vida humana se inicia realmente desde el histórico momento que el óvulo fecundado por el espermatozoide llega y se implanta en el útero de la mujer, siendo en consecuencia, que para efectos del tratamiento normativo del delito de lesiones al feto, regulado en el artículo 124°-A de nuestro Código Penal, debe de entenderse que la salud e integridad del concebido o feto se protegen desde la anidación del óvulo fecundado en el útero, finalizando dicha protección de la integridad física y salud del feto al momento del inicio del parto. A partir de dicho momento -del inicio del parto-, cualquier menoscabo en el ser humano, debe direccionarse su protección a los delitos de lesiones.

Entonces de acuerdo a lo señalado existe un plazo o tiempo determinado -inicial y final- de protección al concebido, que nos permite establecer con claridad las lesiones que se puede causar al concebido y que se regulan dentro del tipo penal contenido en el artículo 124° - A del Código Penal.

### **3.2. Concepto.**

Espinoza (2001) expone que “Puede decirse que las lesiones dañan la integridad corporal o la salud psicofisiológica de la persona. La integridad corporal alude naturalmente a la totalidad unitaria de la organización anatómica humana. La salud psicológica tiene que ver con el funcionamiento mental en su triple dimensión cognitiva, afectiva y comportamental (p. 92). La salud fisiológica comprende un adecuado funcionamiento del cuerpo y todos sus órganos y funciones. Relacionada con la protección al feto, lo que se protege es la integridad, la salud y la vida misma del feto, por lo que las lesiones al feto son el potencial daño que se le pudiera ocasionar al *nasciturus* en el vientre materno, con dolor, pero sin llegar a causar el aborto.

Resulta ser un requisito para la consumación del delito de lesiones al feto que se verifique un daño irreparable en la salud misma del feto. Se debe precisar que el delito en comentario, es uno de tipo doloso, lo cual conlleva a dejar impunes las conductas criminosas desarrolladas por culpa, vale decir, aquellas que son practicadas en su mayoría de veces por personal de la salud, quienes en un obrar negligente, causan daños

irreparables en la integridad física y en la salud del concebido; y que por una deficiencia legislativa podrían quedar impunes.

También quedan impunes las conductas de las madres y otras personas, que en el afán de automedicación también generan lesiones al feto, de allí que esta omisión legal, genera desprotección al feto y se necesita su regulación en este sentido.

### **3.3. La teoría de la anidación como fundamento de la criminalización.**

Como ya lo hemos señalado anteriormente, la doctrina no es pacífica al establecer el momento exacta de protección legal al feto; sin embargo, s dominante la posición doctrinaria que señala como momento de inicio de la protección del feto, el de la “anidación” dentro del útero de la madre.

El autor Creus (2000) sostiene que: La "anidación" se produce cuando el óvulo fecundado se adhiere al útero materno y empieza a recibir de la madre lo necesario para su desarrollo, esto es a los 14 días de la fecundación. La doctrina se viene orientando mayoritariamente por esta tesis.

La fecundación “*In Vitro*”, clarifica más este concepto, en el frasco sólo se produce la fecundación, pero no tiene el impulso de la madre para su desarrollo, para ello se necesita la implantación en el útero materno, esto es la "anidación", de lo contrario se consideraría aborto la destrucción del óvulo únicamente fecundado en el frasco” (p. 167). En igual forma tendría que considerarse aborto la interrupción de un embarazo ectópico o extrauterino, porque en este caso la fecundación también se ha producido.

Por tal contexto, para punir la conducta de lesiones al feto se requiere que se dañe a un cigoto que se encuentra anidado en el claustro materno o en el útero de la madre; pues de lo contrario no se produciría ninguna conducta delictiva.

Los ejemplos expuestos no clarifican la protección legal penal al feto, siendo la más acertada por el momento y según el avance doctrinario y biológico, el de la anidación,

que nos está permitiendo establecer en lo referente a la protección del ser en gestación y con vida dependiente.

### **3.4. Sujetos que intervienen en la comisión del ilícito penal**

a) Sujeto activo. Sujeto agente o autor del delito de lesiones al feto puede ser cualquier persona. El tipo penal no exige alguna cualidad o calidad especial en el sujeto activo. En consecuencia, puede ser perfeccionado, realizado o cometido tanto por un ignorante en la ciencia médica como por un iniciado en ella, igualmente la misma persona que se encuentra gestando.

Como se ha señalado anteriormente, el sujeto activo puede ser un profesional de la salud, médico, enfermera u otros, como una persona que no tenga esas condiciones profesionales e incluso puede ser la propia madre cuando se auto médica y como consecuencia de ello causa lesionar al concebido, por lo que sería responsable de sus propios actos.

b) Sujeto Pasivo. La víctima o sujeto pasivo de la conducta en análisis indudablemente será el feto o ser humano en formación que comprende desde la anidación o implantación del óvulo fecundado en el útero de la mujer hasta el momento que comienza el parto de la gestante.

Así, el Diccionario de la Lengua Española define al feto como "el embrión de los mamíferos, placentarios y marsupiales, desde que se implanta en el útero hasta el momento del parto".

### **3.5. Bien jurídico protegido**

Del tipo penal contenido en el artículo 124° - A del Código Penal, se concluye que los bienes jurídicos que el Estado pretende proteger con la tipificación de la conducta son la integridad física y la salud del feto. Es decir, el bien jurídico protegido es la integridad física y salud del ser que se encuentra en la etapa o periodo de tiempo, que comienza

con la anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer hasta el momento en que se inicia el parto, se protege la integridad y la salud del ser humano en formación que tiene vida dependiente, dentro del claustro materno, no con vida independiente de la madre.

El objeto de protección en estos delitos es la vida humana, condicionada a que esta vida sea dentro del claustro de la madre, dentro de la cual hay que considerar tanto la vida del embrión o el feto, como la vida de la persona, vida dependiente.

En nuestros tiempos actuales y según el avance las ciencias, consideramos que no puede dudarse que el feto y el embrión disfrutan también de vida humana, sólo que, de manera dependiente de la vida de otra persona, la madre, puesto que existe la esperanza de que surja la vida de una persona.

### **3.6. Tipificación específica.**

a) Tipicidad subjetiva. El delito previsto en el artículo 124° - A del Código Penal está definido como un delito netamente doloso, el mismo que no admite la forma culposa de comisión, vale decir, que el sujeto agente tenga la plena voluntad de cometer el delito o lo que es lo mismo causar las lesiones al feto.

Esto resulta ser bastante significativo y controversial en nuestro sistema jurídico penal, ello en la medida que las lesiones causadas al feto de manera imprudente siguen siendo atípicas en nuestra legislación penal, es decir, que las conductas negligentes y que causan daños al feto no se encuentran sancionadas en nuestra legislación sustantiva penal, dejando desprotegido al futuro ser vivo o en proceso de formación.

Es por eso que las lesiones al feto que se le causen, por ejemplo, por haber tomado una medicina que afecta al desarrollo del feto, recetada por el doctor de manera negligente, no determinará ningún tipo de responsabilidad penal para el facultativo; en cambio, admitir la forma dolosa como la única susceptible de sanción penal en el delito de lesiones al concebido obliga a la hora de poder subsumir la conducta del sujeto bajo la

calificación típica de este delito el comprobar que la conducta del sujeto iba directamente dirigida a causar esas lesiones al feto, es decir, que el resultado causado fue buscado de propósito y querido por el autor del delito.

De esta manera, cabe admitir este delito cuando el sujeto activo suministra a la mujer embarazada un determinado producto sabiendo que es inocuo para ella o no es nocivo para la madre gestante, pero i es nocivo para la salud del sujeto, con la intención, no de matarlo, y, por lo tanto, no queriendo provocarle un aborto, sino simplemente con la voluntad de afectar el normal desarrollo del proceso de gestación, causando lesiones al feto.

Obviamente que se suscitarán graves problemas para poder diferenciar esta conducta del aborto cometido en grado de tentativa y su consumación, cuando como consecuencia del mismo se le causaron lesiones al feto, las mismas que nunca le provocaron la muerte. En este caso, la única diferencia posible entre lo que podríamos calificar como una tentativa de aborto y las lesiones al feto del artículo 124°-A del Código Penal, sería única y exclusivamente el aspecto subjetivo de la conducta realizada por el sujeto, por cuanto, mientras que en la tentativa del delito de aborto el dolo con el que actúa el sujeto activo es precisamente causar la muerte del feto, o lo que la doctrina denomina como *animus necandi*, en el delito de lesiones al concebido el dolo es exclusivo de lesionar y no incluye la intención de causar la muerte. Esto resulta bastante importante en la práctica, sobre todo porque la sanción prevista para ambas conductas es muy diferente.

Este hecho tiene mucha relevancia en la práctica jurídica, así, mientras que la tentativa de aborto, dependiendo la modalidad, puede ser sancionada con una pena que puede ser incluso inferior a los dos años de privación de libertad, teniendo en cuenta que el Juez está facultado para disminuir prudencialmente la pena, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16° del Código Penal; en cambio, las lesiones dolosas al concebido se sancionarán, como mínimo, con una pena no menor de un año.

Nótese que resulta difícil establecer cuál de los dos tipos penales en la práctica tendría mayor sanción al sujeto activo, situación que será establecida en la práctica y como vaya presentándose la casuística en la realidad y la práctica.

La solución que corresponda dar a esta problemática pasa necesariamente por la clara demostración a lo largo del proceso de la intención con la que actuaba el sujeto, de tal forma que en caso de que se pudiera determinar claramente la intención abortiva del sujeto, corresponde necesariamente sancionar el hecho como delito de aborto en grado de tentativa; pero si esta intención no pudiera determinarse claramente, habrá que afirmar que la calificación correcta sería la de lesiones al concebido del artículo 124° - A del Código Penal.

Sin embargo, debemos señalar que este aspecto de establecer en forma definitiva y precisa para la imposición de una sanción o imposición de una pena, si el sujeto agente actuó con la intención de causar aborto o por el contrario tuvo la intención de causar lesiones al feto, no es una tarea sencilla, sino por el contrario muy complicada y de análisis minucioso, recayendo esta delicada labor en los jueces para hacer viable la distinción entre ambos tipos penales y evitar llegar a casos de impunidad, situación que generamos una doble victimización o doble daño al feto, por un lado, se causa lesiones a un ser que depende de su madre por tener vida dependiente y por otro lado, este ser en formación no tiene posibilidades de defenderse o auto defenderse, situación que consideramos agravaría la cuantificación de la sanción que se impondrá al responsable del delito.

De la redacción del tipo penal se concluye que se trata de una conducta punible netamente dolosa. No cabe la comisión por culpa o imprudencia. Es decir, el agente debe actuar con conocimiento y voluntad de ocasionar daño a la salud o integridad física del ser concebido.

Señalamos, que en la práctica judicial pueden presentarse varias circunstancias jurídicas, un dolo directo, indirecto o eventual. Así mismo, en un caso concreto puede

presentarse un error de tipo, el mismo excluirá de sanción al agente del hecho debido que no se ha previsto como delito a las conductas culposas.

Si se llega a determinar que el daño ocasionado al sujeto pasivo, se originó a consecuencia de una conducta negligente o imprudente, se descartará la comisión del delito en estudio.

b) Tipicidad objetiva. En el delito de lesiones, el principal problema se suscita entorno al mismo concepto de concebido. Obviamente, este término abarca tanto al embrión como al feto, una vez que se produce la anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer; pero, si bien no plantea problemas la definición de cuándo existe un concebido, no sucede lo mismo a la hora de establecer el límite en el que éste pasa a ser ya un nacido, y por lo tanto, las lesiones que pudieran causarse a partir de este momento pasarían a calificarse de acuerdo a los demás preceptos previstos en el capítulo relativo a estos delitos, pero nunca podría aplicarse el artículo 124°-A del Código Penal.

Este tema, esto es, el de la definición de cuándo acaba la vida humana dependiente y cuando comienza la vida humana independiente se ha convertido sin duda alguna ya en una de las cuestiones clásicas del debate en la ciencia del Derecho Penal sustantivo, la cual no cuenta hasta el momento con una solución unánimemente aceptada por la doctrina. No obstante, la que parece que se abre paso entre la multitud de tesis esbozadas en torno a esta cuestión es la que considera que la vida humana independiente comienza a partir del momento en que es factible la percepción visual del feto en el ámbito del parto, situación que tendría lugar a partir de la fase de expulsión, última con la que concluye todo el proceso complejo del nacimiento de un ser humano.

En este sentido, el sujeto que golpea al feto fuertemente en el oído, causándole una sordera permanente, una vez que éste asoma al exterior, habrá cometido un delito de lesiones graves previstas en el artículo 121° del Código Penal; pero si esa misma lesión es causada cuando aún el feto se encuentra en la fase de alumbramiento, esto es, en

pleno descenso por el cuello uterino, estaremos ante el delito de lesiones al feto del artículo 124°-A del mismo cuerpo legal.

En lo que respecta a la conducta típica, el legislador se limita exclusivamente a describirla como el causar daño en el cuerpo o en la salud, obviamente del concebido, sin describir o determinar cuál debe ser la entidad o intensidad de ese daño, lo que nos permite afirmar que, desde este punto de vista, la intensidad del daño no interesa a los efectos de la aplicación de este tipo penal, por cuanto lo único importante será demostrar que hubo una afectación de la salud del concebido para aplicar el artículo 124°-A del Código Penal, al margen de la gravedad intensa o mínima del daño causado al feto.

Así, si el concebido sufre una malformación, o uno de sus órganos queda afectado en su funcionamiento, o en cambio, sufre una lesión que posteriormente es susceptible de ser curada, no interesa a los efectos de la aplicación del tipo penal, dado que éste abarca todos estos resultados que aquí se indican, los mismos que tampoco van a tener ningún tipo de incidencia en la pena a aplicar, la cual oscilará entre de un año a tres de privación de libertad.

Desde este punto de vista, el delito de lesiones al concebido se clasifica como un delito de resultado, donde la tentativa, no obstante, podrá ser admisible en la teoría, más en la práctica exigirá demostrar que el sujeto quiso causar un daño más grave que el efectivamente producido, lo que resultará muy difícil.

Este tema de la prueba resultará de especial y difícil relevancia en el desarrollo procesal del presente delito, por cuanto dadas las mismas características que definen al sujeto pasivo, el concebido, mucho dependerá de la evolución de la ciencia, el que pueda determinarse la efectiva causación de lesiones al feto, antes de su nacimiento, y aun cuando éstas no puedan determinarse en ese momento, el precisar si las que sufre el recién nacido han sido consecuencia directa de la acción de lesionar del sujeto activo y no de malformaciones congénitas que éste haya podido desarrollar durante el embarazo. Estas cuestiones que deberán ser resueltas necesariamente en el ámbito del

proceso sin duda van a tener una clara repercusión en la aplicación efectiva de este delito, y, por tanto, en su supuesta función preventiva.

Debemos manifestar que en lugares donde los establecimientos médicos cuentan con equipos sofisticados y profesionales especializados para determinar el tiempo en que se produjeron las lesiones, será más complicada la labor de los operadores jurídicos, para emitir las sanciones penales a los que incurrir en la comisión de este tipo de delitos.

### **3.7. Consumación del delito**

El delito se consuma o perfecciona en el mismo momento que el agente por cualquier medio ocasiona o causa lesión en la integridad física o causa daño a la salud del feto.

Este tipo penal no requiere de un medio específico para causar las lesiones al feto, sino que por el contrario se utiliza la expresión “cualquier medio”, lo que nos permite concluir, que el medio utilizado puede ser un instrumento contundente o una práctica médica o similar que origina lesiones en el feto, como es el caso de las prácticas médicas que son muy comunes y que por lo general quedan impunes, así como también las prácticas de automedicación por las propias gestantes.

Es posible la tentativa, habrá tentativa cuando el agente desarrolla su comportamiento orientado a ocasionar lesión en el feto; sin embargo, no logra alcanzar su objetivo por la intervención de circunstancias extrañas a su voluntad, o también por su propio desistimiento.

### **3.8. Penalidad**

El artículo 124° - A del Código Penal sanciona el delito de lesiones al feto con una pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres.

## CAPÍTULO IV

### LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE LESIONES CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE EN DERECHO COMPARADO

#### 4.1. Antecedentes

Bramont (1998), sostiene que “El tradicional Derecho Penal de las diferentes naciones de tradición jurídica-germánica, hasta tiempos recientes se ocupaban sólo de aquellas conductas ilícitas más usuales, como por ejemplo el homicidio, robo, fe pública y otros. Sin embargo, de cara al mundo moderno, producto del desmedido avance tecnológico, el *ius puniendi* era incapaz de punir aquellas acciones criminales que afectaban intereses individuales como también colectivos (p. 220). Es por esto último que en Derecho Penal moderno las novedades legislativas penales se presentan sobre todo en su Parte Especial, pues obedece a que el actual escenario delictivo, decorado por el avance tecnológico, vienen apareciendo nuevas conductas que atentan contra aquellos bienes jurídicos fundamentales necesarios para la convivencia del ser humano en sociedad. Así, los Códigos Penales de distintos países vienen puniendo las acciones que atentan contra la integridad corporal y la salud del *nasciturus*, pero cada una de ellas atendiendo a su propia técnica y política legislativa.

Ante este panorama la forma como se debe reaccionar frente al delito constituye la esencia de la Política Criminal. Tradicionalmente cada país tenía sus propias directrices político-criminales. Como expresión de la soberanía, cada Estado procuraba delinear sus formas de control de la criminalidad. Todo eso está cambiando rápidamente con

relación a algunos delitos. Hoy la gran reivindicación consiste en la uniformización de la reacción contra los delitos que perturban el "orden internacional", particularmente el organizado.

En función de lo anterior, se observa que los Estados Democráticos de Derecho se han visto en la necesidad de adecuar sus normativas penales a la nueva orientación doctrinaria, la cual considera al Derecho Penal como último recurso (*ultima ratio*) para resolver los conflictos sociales y por consiguiente el instrumento más efectivo para lograr la paz y seguridad jurídica de los pueblos. Con ello se observa claramente que los actuales Códigos Penales, es decir, de reciente vigencia, se orientan por una mayor vocación penalizadora que despenalizadora, éstas son las pautas que han de configurar el devenir del Derecho punitivo en su aproximación a los aspectos más positivos de la globalización. Lo manifestado se refleja con nitidez al observar el contenido de la parte especial de las modernas legislaciones penales que vienen puniendo el delito de lesiones al feto, la manipulación genética, el delito ecológico, las escuchas telefónicas ilegales, el lavado de activos, la inseminación artificial no consentida, la intromisión ilegítima en la intimidad ajena, la protección penal de la propia imagen, la utilización de información privilegiada, la tutela punitiva de la vida silvestre, el tráfico de influencias, el delito informático, los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes, el delito urbanístico, delitos contra los derechos de los trabajadores y una amplia lista de delitos socioeconómicos, entre otros.

Reduciendo el amplio elenco de las nuevas formas de criminalidad, nos centramos en las lesiones contra la vida humana dependiente. Al respecto, es claro que la primera positivización de esta forma de criminalidad lo efectuarían los legisladores españoles cuando comprenden, por primera vez, valga la redundancia, la figura de «lesiones al feto» en el vigente Código Penal español de 1995. Con ello se trataba de llenar el vacío legal. En tal virtud, podemos afirmar que, hasta la fecha, en Europa, es la única legislación penal de influencia germánica que castiga penalmente los comportamientos dirigidos a menoscabar la salud del *nasciturus*. Motivo por el cual viene desarrollando una doctrina que paulatinamente se viene incrementando.

Siguiendo el camino legislativo emprendido por el Código Penal español en materia de lesiones al feto, hicieron lo propio, en América Latina, los legisladores salvadoreños y colombianos. Los primeros lo materializaron al promulgar el Código Penal de 1998 convirtiéndose así en la primera legislación latinoamericana en recoger la figura en cuestión, mientras los segundos lo harían con la promulgación del Código Penal del 2000. Por su parte la República de Costa Rica aprobaba por unanimidad en 1998 el Proyecto del Código Penal que viene a recoger la figura materia de comentario.

Antes de pasar a desarrollar cada una de las legislaciones que contempla las lesiones al *nasciturus*, debo manifestar que la intención de este capítulo apunta a describir de manera general los articulados que caen bajo la figura en debate.

En líneas finales, tomando las palabras de MORILLAS CUEVA considero que el Derecho Penal del futuro debe de continuar siendo un Derecho basado en el principio de intervención mínima, sin caer en un excesivo simbolismo, pero al mismo tiempo ha de afrontar la criminalización de nuevas formas de delincuencia, siempre bajo la cobertura del absoluto respeto a los principios delimitadores del moderno Derecho Penal, entre los que lógicamente se encuentra el carácter de ultima *ratio*.

Resumiendo, señalamos que las legislaciones penales de los diferentes países en los tiempos actuales vienen incorporando en sus cuerpos normativos penales, figuras jurídicas que tipifican las agresiones que se causen a los seres humanos en vías de formación, como es la protección del feto y su vida dependiente, lo que quiere decir si bien avanza la delincuencia también avanza la legislación sustantiva penal, estando acorde ambas situaciones tanto social como jurídica.

## **4.2. España (Código Penal de 1995)**

### **4.2.1. Generalidades**

En España el impulso codificador proviene de la necesidad de sustituir una normativa que hundía sus raíces en el siglo XIX (Código Penal de 1848) y que obedeciera a las

exigencias del mundo moderno. Por ello, el Código Penal de 1995 ha de constituir una pieza básica del ordenamiento jurídico propio de un Estado Social y Democrático de Derecho como lo es el Estado español según la Constitución de 1978. Así las cosas, el 23 de noviembre de 1995 mediante Ley Orgánica N° 10/1995 se promulgo el Código Penal de 1995, la cual entró en vigor desde el 24 de mayo de 1996. De esta manera y conforme a su exposición de motivos entraba a regir en el pueblo español un código que tutele los valores y principios básicos de la convivencia social y obedezca al principio de la intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia.

De conformidad con las últimas líneas del párrafo anterior se criminalizó aquellas conductas, sean dolosas o imprudentes, que causaren daños en la salud del ser, producto de la concepción bajo la nomenclatura de «lesiones al feto». Esta figura se recogería a través de sus artículos 157 y 158 contenidos en el Título IV, del Libro II del Código Penal español vigente. Con ello, se colmaba el vacío legal que provocaban aquellas acciones dirigidas al feto con el fin de menoscabar su salud.

#### **4.2.2. Figura delictiva dolosa**

Artículo 157. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

En principio, sujeto activo puede ser cualquier persona, incluso la mujer gestante pues el precepto legal no las excluye de la sanción penal. Mientras que el sujeto pasivo, conforme al articulado, viene a ser el feto. El comportamiento típico se perfecciona cuando se causa por cualquier medio o procedimiento, sea material o moral, incluido el contagio de enfermedades por conducto de la madre, una lesión o

enfermedad que perjudique gravemente el normal desarrollo del feto, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica. Por tanto, quedarían excluidas aquellas lesiones o enfermedades en el feto que no perjudiquen gravemente su normal desarrollo, o no provoque en el mismo una grave tara física o psíquica. Teniendo en cuenta la acción del agente y su relación con el objeto de la acción, se trata de un delito de resultado material. Siguiendo esta misma línea es susceptible de cometerse por omisión en atención del art. 11 del Código Penal español. La lesión al feto, en comentario, es dolosa, pues debe comprender el conocimiento de que el medio utilizado es idóneo para producir las lesiones típicas y la voluntad de, a pesar de ello, utilizarlo.

Respecto a la figura del concurso, se advierte que si el agente además de causar lesiones al feto, le causa lesiones o en su defecto la muerte a la mujer embarazada, existirá un concurso de delitos en atención al art. 77 del Código Penal del país de la Península Ibérica.

El delito de lesiones al feto es ley especial respecto del aborto. No obstante en el tipo doloso de éste, cuando el propósito fuera el de destruir el producto de la concepción, las lesiones finalmente causadas se castigarían como aborto en grado de tentativa, salvo que las lesiones estén más gravemente penadas, en cuyo caso se aplicaría el tipo de lesiones por razón de la alternatividad. Respecto a las penas se prevé la prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

#### **4.2.3. Figura delictiva imprudente**

Se castiga aquí, expresamente, por tanto, la imprudencia profesional, que no es más que un supuesto pero agravado de la imprudencia grave. En este caso se impone además de la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana («asimismo» indica este artículo 158, párrafo segundo), la pena propia de la imprudencia profesional cual es la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión,

oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. Las lesiones al feto por imprudencia profesional pueden ser producidas, por ejemplo, cuando el médico realiza el diagnóstico prenatal, o también cuando como consecuencia del diagnóstico prenatal se presta el tratamiento al feto. Concurren, en concurso ideal, las lesiones al feto con las que eventualmente se le puedan causar a la mujer embarazada.

La imprudencia profesional se castiga además de la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana con la de inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

### **4.3. El Salvador - Código Penal de 1998**

#### **4.3.1. Generalidades**

Tipificar expresamente las lesiones contra la vida humana dependiente bajo la denominación de «lesiones en el no nacido». Esta efigie legal está contenido en el Capítulo II bajo la nomenclatura «De los delitos relativos a la vida del ser humano en formación», del Título I «Delitos relativos a la vida» del Libro II «De los delitos y sus penas», del referido Código Penal.

#### **4.3.2. Figura delictiva dolosa**

Artículo 138. El que ocasionare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudicare gravemente su normal desarrollo o provocare en el mismo una grave tara física o psíquica, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

a) Sujeto activo puede serlo cualquiera, no teniendo inconveniente de comprender a la mujer gestante. El sujeto pasivo puede serlo el embrión como el feto, pues esto se deduce de la glosa legal al utilizar el término «no nacido» para referirse al sujeto pasivo.

Del texto legal se desprende que el comportamiento humano típico se configura cuando por cualquier medio sea material o moral se causa una lesión o enfermedad cuyo resultado afecte gravemente el normal desarrollo del feto o embrión o; le provoque una grave tara física o psíquica.

Es un delito de resultado y también es posible la comisión por omisión. No hay inconveniente en admitir la tentativa.

b) En lo que respecta a su aspecto subjetivo este requiere que el comportamiento humano sea realizado con dolo, es decir, conciencia y voluntad de cometer algunos de los actos constitutivos del delito.

En lo que respecta a las consecuencias jurídicas del delito; es decir, la penalidad, para esta modalidad de lesiones al «no nacido» es la prisión que va de dos a cuatro años.

#### **4.3.3. Figura delictiva culposa**

Artículo 139. El que culposamente ocasionare las lesiones descritas en el artículo anterior, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa. La embarazada no será penada al tenor de este precepto.

Del precepto legal se desprende que sujeto activo tranquilamente puede ser cualquier persona, con la única excepción de la madre gestante.

En lo que se refiere al sujeto pasivo éste puede ser tanto el embrión como el feto.

Respecto de la conducta prohibida, los cuales causan los resultados prohibidos me remito a lo desarrollado en la figura anterior (art. 138). El aspecto subjetivo exige que el agente no desee el resultado lesional. En este caso lo que se va a castigar es la acción (falta de previsión y debido cuidado) y no el resultado.

## 4.4. Colombia - Código Penal de 2000

### 4.4.1. Figura delictiva dolosa

Artículo 125. El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años. Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.

- a) La descripción del delito de lesiones al feto doloso permite considerar como sujeto activo a cualquier persona inclusive la mujer gestante.
- b) Por su parte respecto al sujeto pasivo, al igual que en la figura dolosa española, sólo puede serlo el feto.

Respecto al aspecto subjetivo se requiere que el comportamiento del agente sea realizado con dolo, es decir conciencia y voluntad de cometer algunos de los actos constitutivos del delito. El tipo penal es un delito de resultado. También es posible su comisión por omisión y admite la tentativa.

- c) El acto material que configura el tipo o conducta prohibida, se perfecciona cuando por cualquier medio material o moral se causa un daño en el cuerpo o en la salud del feto el cual le va a perjudicar su normal desarrollo.
- d) La pena establecida en este delito, para los que resulten culpables, es la pena de prisión que fluctúa entre un mínimo de dos años a un máximo de cuatro años. Además, si la conducta fuera realizada por un Profesional de la salud; además de la pena de prisión, se le impondrá la inhabilitación para el ejercicio de su profesión por el mismo término de la pena de prisión.

#### **4.4.2. Figura delictiva culposa**

Artículo 126. Si la conducta descrita en el Artículo anterior se realizare por culpa, la pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años. Si fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término. La versión culposa de las lesiones al feto permite apreciar que el sujeto activo puede ser cualquier persona, incluso la mujer en estado de gestación.

Como puede observarse de las modalidades culposas hasta aquí tratamos, la legislación colombiana es la única que no excluye de la comisión de este delito a la mujer embarazada. En este caso al igual que el artículo anteriormente analizado, debe considerarse como sujeto pasivo al feto. Respecto al comportamiento delictivo que configura esta clase de delito me resta volcarme al artículo desarrollado anteriormente. En esta versión culposa, se requiere el comportamiento del agente sea producto de la inobservancia del debido cuidado, siendo por ello el resultado dañoso no querido.

Respecto a la pena, se aplica pena de prisión no menor de uno ni mayor de dos años y, al igual que el precepto legal anterior, la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término cuando resultare culpable un profesional de la salud.

## CONCLUSIONES

1. Las legislaciones de los diferentes países y especialmente en América Latina, han comenzado a brindar protección jurídica penal al ser humano en formación y con vida dependiente, incorporando en su legislación figura que protegen al concebido o feto.
2. En el Perú mediante Ley N° 27716 del 08 de mayo de 2002, se incorpora el artículo 124° - A al Código Penal, creándose el delito de “lesiones al feto”.
3. La vida humana dependiente (feto o concebido) tiene un inicio y un fin, para ello la doctrina mayoritaria ha determinado que el inicio de la vida dependiente es el momento de la “anidación del óvulo fecundado” dejando atrás al embrión que se desplaza entre la concepción y la anidación.
4. Igualmente el límite máximo de la vida humana dependiente viene representado por el inicio del periodo de la dilatación, que se inicia con las primeras contracciones musculares uterinas causante de los dolores naturales de todo parto; y continua con el periodo de expulsión, en ambos momentos el nacimiento ya ha comenzado. Con ello se pone fin al estadio fetal.
4. El inicio y fin de la vida dependiente establece el periodo de protección al feto o concebido y la diferencia con el delito de lesiones al nacido.
5. La intención del sujeto agente, nos permite establecer la diferencia entre los delitos de lesiones al feto y el aborto.
6. El tipo penal de lesiones al feto no señala la clase de agente con el cual se puede causar lesiones al feto, por lo que pueden ser causadas éstas con cualquier medio, agentes externos sean mecánicos, físicos, químicos, biológicos y/o psíquicos.
7. El bien jurídico protegido según la doctrina mayoritaria en el delito de lesiones al feto (vida dependiente) es la salud del *nasciturus*.

8. El tipo penal de lesiones al feto, presenta un vacío legal al no castigar penalmente las lesiones causadas por conducta culposa o imprudente.

## **RECOMENDACIONES**

1. Se hace necesario y urgente que el artículo 124° - A del Código Penal, que incorpora el delito de lesiones al feto, sea modificado para que también se pueda punir las conductas culposas, negligentes o imprudentes.
2. Mayor difusión del delito de lesiones al feto para concientizar a la sociedad y prevenir esta clase de delitos.
3. Modernizar los conceptos de lesiones dejando atrás el concepto clásico de lesiones (daño en el cuerpo y la salud física y psíquica o mental) por un nuevo concepto, el cual se deberá entender como daño en la salud del ser humano.

## BIBLIOGRAFÍA

1. AGUADO LÓPEZ, Sara (2001). Algunas cuestiones sobre la imprudencia profesional en el código penal de 1995 a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1999, en: La Ley, Actualidad penal.
2. ANDORNO, Roberto (1993). «El embrión humano ¿merece ser protegido por el derecho?», en: Cuadernos de Bioética, Santiago de Compostela, 1993, N° 15.
3. BASILE, Alejandro (1994). «Lesiones. Aspecto médico-legales», Editorial Universidad, Buenos Aires.
4. BASSO, Domingo (1993). «Nacer y morir con dignidad: bioética», 3a edición, Editorial Depalma, Buenos Aires.
5. BERAÚN SÁNCHEZ, David (2006): «El bien jurídico en el derecho penal», en: RPCP, N° 9, Lima.
6. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (2000). «Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico», Universidad de Salamanca.
7. BERISTAIN, Antonio (2001). Interrupción voluntaria del embarazo: Reflexiones teológico-jurídicos, en: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Madrid.
8. BERNALES BALLESTEROS, Enrique (2002). La constitución de 1993. Análisis comparado, 3 edición, ICS Editores, Lima, 1997.
9. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: «Manual de Derecho penal. Parte especial», 4a edición, Editorial San Marcos, Lima, 1998.

10. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Manual de Derecho penal. Parte especial», 1ª edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1996
11. BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2000). «Lecciones de Derecho penal», Volumen II, Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito, Editorial Trotta S.A., Valladolid.
12. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (2002). «Diccionario jurídico elemental», 5ª reimpresión, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1982.
13. CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José. (2000). «Derecho penal. Parte especial», Tomo II, Editorial Bosch S.A., Barcelona.
14. COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomas. (2006). «Derecho penal. Parte general», 4ª edición, Tirant lo blanch, Valencia.
15. COUSIÑO MAC IVER, Luis (2004). «Manual de medicina legal», Editorial Jurídica Chile, Santiago.
16. CREUS, Carlos. (2000): «Derecho penal. Parte especial», Tomo I, 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires.
17. CUELLO, Joaquín. (2001). «Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal», en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 34.
18. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. (2007). «Comentarios al Código Penal. Parte especial I», (Coords. Díez Ripollés / Gracia Martín), Tirant lo Blanch, Valencia.
19. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. (2001). «Estudio de derecho de las personas», 3ª edición, Editorial Huallaga, Lima.

20. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. (2003). «Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentario al libro primero del Código Civil peruano», 7a edición, Editorial Grijley E.I.R.L., Lima.

**Expediente N° 0025 – 2018 – 1 – 0601 – JR – PE – 01**

**Imputado : Rosana Malqui Malca.**

**Agraviado : El concebido.**

**Delito : Lesiones dolosas leves al no nacido.**

**Juez : Roberto Pérez Sánchez.**

**Especialista Judicial : Michel Ruíz Camacho.**

## **SENTENCIA N° 0054**

**Resolución Número cinco.-**

**Cajamarca, doce de marzo**

**Año dos mil dieciocho.**

**VISTA y OIDOS** en audiencia de juzgamiento, por el señor Juez Unipersonal Roberto Pérez Sánchez, del Tercer Juzgado Unipersonal de Cajamarca de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, con la presencia de la imputada Rosana Malqui Malca, asistida por su abogado defensor, Joe Barboza Pérez, así como la presencia del señor Juan Salazar Salazar quien señala ser el futuro padre del concebido, y la representante del Ministerio Público, Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Penal doctora Nelly Bazán Bazán.

### **ANTECEDENTES:**

La Segunda Fiscalía Provincial Penal de Cajamarca, formalizo investigación preparatoria en contra de Rosana Malqui Malca por la presunta comisión del delito Contra la Vida el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de Lesiones dolosas leves al no nacido, en agravio de su propio hijo por nacer; tipificado en el segundo párrafo del Artículo 124° – A del Código Penal.

### **CONSIDERANDO:**

#### **1.- LA RESPONSABILIDAD PENAL.**

El establecimiento de la responsabilidad penal supone, en primer lugar, la valoración de la prueba actuada en el proceso con la finalidad de establecer los hechos probados; en segundo lugar, la precisión de las normas aplicables; y en tercer lugar la subsunción de los hechos

a dichas normas. Posteriormente, de ser el caso, individualizar la pena y determinar la reparación civil; en caso contrario proceder a la absolución de los cargos; además, la sentencia debe cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 394°, 397°, 398° y/o 399 del N.C.P.P. según corresponda.

## **2.- HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS MATERIA DEL PROCESO.**

En la audiencia realizada y en la disposición de formalización de investigación preparatoria, la fiscalía ha imputado como cargos en contra de la procesada que el día 19 de agosto del 2018 Rosana Malqui Malca al promediar las diez de la mañana estaba realizando trabajos de agricultura en el terreno denominado San Mateo ubicado en el Sector Pourt del distrito de Chilete, Provincia de Contumazá, cuando la persona de Juan Salazar Salazar, pareja de la imputada, observo que esta se estaba dando golpes intencionalmente en el vientre con una picota usada para trabajar sus tierras de cultivo, pese a saber que estaba en estado de gestación de cinco meses, lo que produjo un sangrado profuso en forma inmediata y al ser llevada a la posta médica, al sacarle una ecografía se llegó al diagnóstico que se había producido una lesión a la placenta habiendo también lesionado al feto, que podrían ser catalogadas como leves, que luego de los exámenes medico merecieron quince días de incapacidad médico legal.

## **3.- PRETENSION PENAL Y CIVIL.**

En la audiencia realizada, conforme al acuerdo provisional realizada por el representante del Ministerio Publico y la imputada, se ha propuesto que la imputada Rosana Malqui Malca, se le imponga la pena de dos años de pena privativa de libertad y la reparación civil se establezca en mil doscientos soles (S/. 1,200.00), la cual será depositado en una cuenta a favor del niño por nacer, la cual será usada en el tratamiento médico que amerite y estará a nombre del representante del menor Juan Salazar Salazar.

#### **4.- PRETENSIÓN DE LA DEFENSA DE LA PROCESADA.**

En la audiencia realizada, la imputada ha manifestado su voluntad de reconocer los cargos atribuidos en su contra; así como manifestó estar de acuerdo con la pena y la reparación civil solicitada por el Ministerio Público.

#### **5.- POSICIÓN DE LA DEFENSA DE LA PARTE AGRAVIADA.**

En la audiencia realizada, la abogada de la parte agraviada ha indicado que no está de acuerdo con el monto de la reparación civil propuesta por la fiscalía, indicando que la reparación civil debe establecerse en la suma de cinco mil soles (S/. 5,000.00).

#### **6.- HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS PROBADAS.**

El fiscal ha ofrecido como medios probatorios que corroboran la aceptación de los cargos por parte de la procesada:

- Los certificados médicos legales 00 1528-VFL y 00 1549-VF-AR, practicados a la imputada donde se describen las lesiones ocasionadas al feto además se le prescribe, quince (15) días de incapacidad médico legal.
- La declaración de Juan Salazar Salazar, quien ha declarado como sucedieron los hechos.
- La declaración testimonial de Miguel Sánchez Sánchez, quien estuvo presente durante los hechos.

Con los medios probatorios indicados se tienen por corroborados los cargos aceptados por la procesada, puesto que se refieren en forma uniforme a las circunstancias de los hechos, donde los certificados médicos corroboran la lesión producida y la declaración del testigo sobre la forma como se suscitó la agresión.

## **7.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

El Artículo 124°-A del Código Penal describe la conducta tipificada como lesiones dolosas leves contra el no nacido.

En consecuencia, el delito de lesiones dolosas leves se configura como la conducta por la que el sujeto activo del delito causa a su propio hijo no nacido.

## **8.- JUICIO DE SUBSUNCIÓN.**

En el presente caso, los hechos atribuidos a los procesados se subsumen dentro del tipo penal establecido en la norma, puesto que en principio conforme ha sido indicado por el Ministerio Público.

9.- Así también, se aprecia la concurrencia del elemento subjetivo, es decir el dolo, puesto que las circunstancias como se produjeron los hechos se deduce que la imputada realizó la conducta descrita en el tipo penal, como pleno conocimiento, voluntad y con la intención de lesionar al *naciturus*.

## **10.- DETERMINACION E IMPOSICION DE LA PENA.**

La determinación judicial de la pena tiene por función, identificar y decidir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de un delito. Se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanción penal.

11.- En la segunda etapa se debe identificar la pena concreta dentro del espacio y límite de los prefijados en la pena conminada se realiza en función a la presencia de circunstancias legalmente relevantes y que están presentes en el caso.

**12.-** Si bien, el resultado de la determinación de la pena debe ser la identificación de la duración de la pena privativa de libertad expresada en un determinado número de meses o años y las demás penas a imponerse; sin embargo, se debe tener en cuenta lo expuesto el acuerdo plenario 005-2009, de la Corte Suprema de Justicia.

### **13.- DETERMINACION DE LA PENA CONMINADA.**

En el caso, los hechos materia de denuncia han sido tipificados en el segundo párrafo del Artículo 124°-A del Código Penal, por lo tanto, la pena conminada o básica corresponde a pena privativa no menor de dos ni mayor de cinco años.

### **14.- DETERMINACION DE LA PENA CONCRETA.**

Para determinar la pena concreta se debe considerar las circunstancias legalmente establecidas en la norma, es decir, las descritas en el artículo 45° y 46° del Código Penal.

### **15.- REPARACIÓN CIVIL.**

La reparación civil conforme lo prescribe el artículo 93° y 95° del Código Penal, tiene como fin la reparación o resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por lo que ella debe fijarse partiendo del principio de responsabilidad y proporcionalidad, por el cual se asume, que quien causa un daño debe responder por sus actos lo que debe materializarse en el presente caso, disponiéndose el pago de un monto económico que permita reparar adecuadamente al sujeto pasivo del evento dañoso.

**16.-** El acuerdo plenario 005 – 2009, de la Corte Suprema indica:

10° El control de la legalidad del acuerdo se expresa en tres planos diferentes: (...)

B. El ámbito de la legalidad de la pena y, en su caso, a su correspondencia con los parámetros, mínimo y máximo, que fluyen del tipo legal aplicado y de las circunstancias modificativas de responsabilidad – esto es lo que se denomina, “pena básica”. También el juicio de legalidad alcanza al respeto de los ámbitos legalmente definidos de la reparación

civil – siendo del caso resaltar que en este extremo prima por completo la disposición sobre el objeto civil – y de las consecuencias accesorias.

C. La exigencia de una suficiente actividad indiciaria. Ello implica que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente – probabilidad delictiva- (i) de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado, y (ii) que están presente todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.

**17.-** El acuerdo plenario 005 – 2009, de la Corte Suprema indica:

11° El control de la razonabilidad de la pena está centrado en el examen del *quantum* de la pena y de la reparación civil objeto del acuerdo. El Juez ha de realizar una valoración que evite que se vulnere, por exceso o por defecto, el principio de proporcionalidad, se lesione la finalidad de la pena o se afecte indebidamente los derechos e intereses legítimos de la víctima; por lo consiguiente, solo podrá rechazar el acuerdo si de modo palmario o evidente se estipule una pena o una reparación civil evidentemente desproporcionada o que en el caso de la pena se lesione ostensiblemente el principio preventivo.

#### **18.- DE LA APROBACIÓN DEL ACUERDO.**

El Artículo 468.6 del NCPP dispone que en caso de que el juez considere que la calificación jurídica del hecho punible y la pena imponer y de conformidad con lo acordado son razonables u obran elementos de convicción suficiente, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada, la reparación civil y las consecuencias accesorias que correspondan.

**19.-** En el presente caso, efectivamente, la calificación jurídica del hecho punible ha sido realizada correctamente conforme ha sido expuesto en la presente sentencia, puesto que se ha determinado que los hechos denunciados se subsumen dentro del tipo penal invocado por el Ministerio Público, conforme se ha establecido también la pena propuesta se ubica dentro del margen legal de la pena, finalmente la reparación civil propuesta por el representante del Ministerio Público, conforme se ha expuesto anteriormente ha sido

encontrada razonable a los daños generados, por la conducta materia de investigación y la existencia de medios probatorios, que se puedan considerar la reparación civil.

**20.-** En consecuencia, habiéndose encontrado adecuada la calificación jurídica del hecho punible, así como razonable la pena y la reparación civil, corresponde aprobar el acuerdo con el Ministerio Público, conforme faculta el numeral 6 del artículo 468° del Código Procesal Penal.

Por los fundamentos expuestos, en la aplicación de la norma referida; administrando justicia a nombre del pueblo, conforme dispone el artículo 138 de la Constitución Política del Estado y apreciando los hechos y las pruebas con el criterio que la ley autoriza.

#### **SE RESUELVE:**

**1.- IMPONER** a la procesada **ROSANA MALQUI MALCA** identificada con Documento Nacional de Identidad Numero 23911389, de Nacionalidad Peruana, nacida el 10 de noviembre del 1986, natural del Distrito y Provincia de Anta del Departamento de Cuzco, de 31 años de edad, de sexo femenino de estado civil soltera, con grado de instrucción primaria completa, ocupación ama de casa, domiciliada en Urb. Las Estrellas X-4, del Distrito de Chilete; **A DOS AÑOS PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**, como autora del delito **CONTRA LA VIDA EL CUERPO Y LA SALUD**, en su modalidad **LESIONES DOLOSAS LEVES AL NO NACIDO**; delito tipificado en el segundo párrafo del artículo 124-A del Código Penal.

**2.- ESTABLECER** la reparación civil en la suma de **MIL DOCIENTOS SOLES**, el cual será depositada en una cuenta a nombre del padre, hasta la fecha de nacimiento del agraviado.  
**Tómese Razón y Hágase Saber.**