

José Antonio Caro John^(*)

Sobre la relevancia del **protocolo médico** para la concreción del riesgo permitido en el **aborto terapéutico**^(**)

1. Objeto de la cuestión

¿Cuál es el fundamento jurídico de la no punibilidad del aborto terapéutico y si a partir de esto se deriva un «derecho a abortar»?

¿Qué relevancia jurídico-penal tiene el denominado «Protocolo para el manejo de casos de interrupción legal del embarazo» a efectos de calificar un aborto como terapéutico?

¿El profesional que practica un aborto terapéutico tiene algún tipo de responsabilidad penal?

En el presente artículo se dará una respuesta a todas estas cuestiones a partir de una interpretación jurídica de los alcances de la regulación del aborto terapéutico, previsto en el artículo 119 del Código Penal, cuyo tenor es el siguiente:

«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».

2. Antecedentes

La realización de un aborto por razones terapéuticas es absolutamente legal dentro de nuestro ordenamiento jurídico, conforme se aprecia de la lectura del artículo 119 del Código Penal, siendo dos las causales de no punición de esta conducta, las mismas que se asientan en un contexto especial de necesidad descrito por la propia norma como «el único medio» para (i) salvar la vida de la gestante, o, (ii) para evitar

(*) Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn (Alemania) y Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(**) Este trabajo recoge el Informe Legal sobre los alcances del aborto terapéutico que fuera redactado por el autor por encargo del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa en abril de 2008.

en su salud un mal grave y permanente. Por su propia configuración, ambas causales contempladas por la norma precisan de una valoración de carácter extrapenal, toda vez que la determinación de cuándo la gestante se encuentra en uno u otro de los dos supuestos en mención dependerá de la opinión de un profesional especializado, en este caso un médico, a quien la norma traslada de manera implícita una competencia relevante para analizar y calificar *ex ante* los potenciales riesgos para la vida o la salud de la gestante en caso de tener que ser sometida a este tipo de aborto.

Habiéndose trasladado al campo de la actividad médica la competencia para determinar las dos causales de riesgo, en la medida que la opinión del médico incidirá en la determinación de los ámbitos del riesgo permitido del artículo 119 del Código Penal, necesariamente tendrá que sujetar su conducta a alguna norma que permita un control de la actividad del galeno a fin de evitar la arbitrariedad. Ahora bien, ubicados propiamente en el sector de la medicina, observamos que no existe una norma especial que establezca las condiciones y límites de calificación de un aborto como terapéutico. Es causa de ello que, por tratarse de un ámbito carente de una regulación legal, la actuación médica queda regulada por la *lex artis*, la misma que está conformada por el conjunto de normas técnicas originadas por la práctica profesional, reiterada y permanente y con legitimidad histórica, es decir, normas no escritas pero con un grado de institucionalización suficiente para vincular y guiar la actuación de un profesional, en este caso, del médico. Significa que aun cuando no exista una regulación legal escrita, la práctica médica sí podrá ser dirigida y controlada conforme a esta norma, gozando a su vez esa práctica de perfecta validez y legitimidad jurídica.

A efectos de darle un contenido más preciso a la *lex artis*, el 26 de diciembre de 2007 fue aprobado en la ciudad de Arequipa mediante Resolución Gerencial Regional 751-2007-GRA/GRS/GR.DG el denominado «Protocolo para el manejo de interrupción del embarazo». Este protocolo tiene como objeto la regulación de la interrupción del embarazo y contempla en síntesis: las indicaciones para la interrupción legal del embarazo, las entidades clínicas (causas) que la justifican, la infraestructura, equipamiento, insumos, el procedimiento administrativo para determinar si ha de ser realizado o no, la evaluación y preparación del caso antes

de la interrupción legal del embarazo, el procedimiento técnico del aborto terapéutico, el manejo de las complicaciones de la evacuación uterina, así como el seguimiento y consejería. Es evidente que en un contexto carente de regulación legal especial expresa, el mencionado protocolo viene a precisar los contornos de la *lex artis* en la región Arequipa, concretando una guía y procedimientos a fin de brindar una mejor atención, seguridad, control y científicidad a la actividad del galeno.

No obstante, el 21 de febrero del presente año, mediante Resolución 109-2008, el Gerente Regional de Salud suspendió la aplicación del Protocolo y dispuso realizar la consulta sobre el contenido del mismo a la Organización Panamericana de la Salud y a la Defensoría del Pueblo. La entrada en vigencia de la norma y su posterior suspensión fueron objeto de debate en el medio, siendo la Iglesia Católica la institución que se opuso abiertamente a la norma, centrando sus argumentos en los siguientes puntos técnicos y jurídicos, respectivamente: (i) el actual avance tecnológico hace imposible que puedan existir casos en los cuales el nacimiento de un niño pueda conllevar a un riesgo en la salud o la vida de la madre, y, (ii) el aborto terapéutico es inconstitucional, pues en ningún supuesto se podría disponer de la vida de otra persona.

Cabe precisar que la opinión de la Iglesia Católica tuvo como sustento los Informes 203-2007-JUS/OGAJ y 373-2007-PCM/OAJ. Los mencionados informes tienen como antecedente el intento del Ministerio de Salud de conformar una Comisión Multisectorial encargada de revisar y opinar sobre el proyecto de «Guía técnica para la Atención Integral de la Interrupción

José Antonio Caro John

Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas», el mismo que pretendía estandarizar el procedimiento de aborto terapéutico en el ámbito nacional. Las conclusiones a las que se llega en los mencionados informes son contrarias al proyecto, pues se considera que el aborto terapéutico es inconstitucional al afectar el derecho fundamental a la vida del concebido y que todo procedimiento (como el protocolo) que afecte un derecho fundamental debe ser autorizado mediante ley.

Habiendo establecido el antecedente general, en las páginas siguientes dejamos plasmado nuestra opinión jurídico-penal sobre las cuestiones que han dado lugar a la controversia descrita.

3. Análisis jurídico

3.1. Acerca del aborto terapéutico y su legitimidad constitucional

El debate entorno al aborto terapéutico tiene muchas aristas, siendo la primera el debate en torno a su constitucionalidad. Sin embargo, antes de ingresar de plano al aspecto constitucional, hemos de precisar que el presente trabajo no persigue vincular el análisis constitucional con las cuestiones religiosas o empíricas últimamente invocadas sobre todo por quienes reclaman la inconstitucionalidad del aborto terapéutico. En esencia, carece de sentido semejantes reflexiones desde el momento en que existe de *lege lata* una norma penal (artículo 119 del Código Penal) que zanja el debate, haciendo innecesario apelar a argumentos extrajurídicos como los recientemente mencionados. Mientras que la norma penal señalada siga vigente y el Tribunal Constitucional no la invalide, ella rige plenamente, como las demás normas del Código Penal, ejerciendo su fuerza comunicativa tanto a plena luz del día como en la oscuridad de la noche, fijando pautas de conductas a las que el ciudadano debe ceñir su obrar en la interacción social⁽¹⁾.

La principal crítica jurídica a la constitucionalidad del aborto terapéutico viene dada por quienes asignan al derecho a la

vida un contenido intangible, es decir, consideran a la vida como un valor de carácter absoluto que en ningún contexto admite posibilidad de limitación. En ese sentido, y ahondando un poco más en la crítica, sostienen que solo mediante una norma constitucional es posible la legalización del aborto, pues normas de segundo rango como el Código Penal (específicamente su artículo 119), no tienen la misma jerarquía que las normas fundamentales contenidas en la carta magna.

Para demostrar lo errado de la argumentación contraria al aborto terapéutico hemos de centrarnos en dilucidar dos puntos. En primer lugar, demostraremos que «normativamente» no existe ningún derecho absoluto, todo lo contrario los derechos *per se* tienen un carácter relativo. En segundo lugar, sobre la base del anterior desarrollo daremos una interpretación constitucional del derecho a la vida, la misma que nos permitirá entender por qué el referido derecho sí puede tener limitaciones mediante una norma del Código Penal, a pesar de tener menor jerarquía que la Constitución. Por lo mismo, existen sobradas razones para afirmar que el aborto terapéutico supera plenamente el test de constitucionalidad.

3.1.1. ¿Son absolutos los derechos?

La discusión en la presente sección tiene como punto de partida determinar qué es el derecho y diferenciarlo del plano fenomenológico, pues entendida las diferencias entre ambos planos resulta de simple comprensión el carácter relativo de todo derecho.

(1) Sobre la vigencia de la norma y capacidad de rendimiento mientras dure su vigencia, cfr. POLAINO ORTS, Miguel. *Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto*. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coordinador). *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. pp. 61-106.

Partimos reconociendo la existencia de un plano «natural» anterior al derecho, el cual es una realidad innegable, porque el hombre y todas las facultades «naturales» inherentes a él (su existencia, su integridad física, su capacidad de desplazamiento por el territorio, etcétera) siempre han preexistido al derecho. Estas facultades, salvo limitaciones basadas en causas naturales o jurídicas, tienen un carácter absoluto, es decir, el hombre siempre existe, siempre tiene la posibilidad física de desplazarse, pues el ejercicio de una facultad física es una facultad intrínseca a él.

En un plano «normativo» las facultades «naturales» encuentran una equivalencia en los diversos derechos que le son asignados a la persona. De esa forma, por ejemplo, la capacidad de desplazamiento físico es considerada la base del derecho a la libertad personal, la vida humana es el contenido esencial del derecho a la vida de la persona, la integridad corporal es la base del derecho a la salud, etcétera. En ese sentido, las capacidades naturales inherentes al hombre son organizadas en un plano normativo de forma tal que permita al titular de las mismas poder desarrollarlas contando con una protección jurídica. Pero esta protección jurídica como ocurre dentro de la sociedad recibe necesariamente una mediación social que repercute en una adaptación y limitación de los derechos conforme al contexto social concreto. La limitación de los derechos puede hacerse en distintos grados pudiendo llegarse incluso hasta la exclusión. Por eso ningún derecho, en cuanto derecho válido en una sociedad es absoluto. Los derechos tienen un carácter relativo, pudiendo incluso ser afectado su núcleo duro sin que ello implique necesariamente la realización de un acto ilícito. A este respecto el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que ningún derecho es absoluto⁽²⁾:

«En el Estado Constitucional de Derecho, por regla general, no hay derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de manera absoluta, pues estos pueden ser limitados, ya sea en atención a la necesidad de promover o respetar otros derechos constitucionales, ya sea porque su

reconocimiento se realiza dentro de un ordenamiento en el cual existen también reconocidos una serie de principios y valores constitucionales. Y es que para que una limitación del derecho no sea incompatible con los derechos constitucionales a los que restringe, esta debe respetar su contenido esencial».

El paso dado por el máximo intérprete de la Constitución es trascendental porque se refiere a la vigencia «real» de los derechos y no a una vigencia meramente postulada. Cuando el Tribunal Constitucional fija en el «contenido esencial» el tope máximo a la limitación de los derechos, se refiere a un contenido normativo, es decir, a la «relación jurídica» que debe mediar necesariamente en toda limitación de los derechos, porque si la relativización de los derechos carece de límites, por esa vía podría hacerse incluso desaparecer el derecho como tal, su esencia real, dando lugar a la arbitrariedad. Aquí un derecho es «real» cuando vincula a otro, cuando encuentra aprobación en la comunicación, diferenciándose de la coacción y la arbitrariedad⁽³⁾. Por ejemplo: porque el aborto terapéutico permite interrumpir el embarazo por razones médicas no crea un «derecho a matar» a la vida no nacida. La limitación del «derecho a la vida» mediante esta forma de aborto responde única y exclusivamente a un contexto especial de necesidad, a una excepción, el mismo que si se convierte en un derecho a matar sí afectaría de manera arbitraria el contenido esencial del «derecho» a la vida.

3.1.2. Límites al derecho a la vida y constitucionalidad del aborto terapéutico

(2) Cfr. la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 010-2002-AI, de 03 de enero de 2003. Fundamentos 127 y 128.

(3) Sobre la realidad del derecho, del orden normativo, cfr. JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. 2da. edición. Berlín: Walter de Gruyter, 1999. pp. 14 y siguientes.

José Antonio Caro John

Entendido el Derecho desde la óptica «normativista» sostenida en el apartado anterior, queda claro que todo derecho es atribuido y no nacido. Por ende, el ente creador puede decidir estados en los cuales los derechos fundamentales pueden ser limitados, pues los mismos, al no tener el carácter de absolutos sino relativos, son pasibles de recortes, siempre y cuando la relativización no altere su contenido esencial. Los motivos por los cuales son admisibles esos recortes y los derechos que se han de preferir en contextos determinados, son decisiones que competen también al ordenamiento jurídico y encuentran su expresión en los mandatos establecidos en la Constitución.

En lo concerniente a la vida, es innegable que ella posee un contenido ontológico, pero como derecho solo tiene relevancia «normativa» cuando el ordenamiento jurídico asigna a una persona la potestad de ejercerla. En este sentido no es la vida lo que, por ejemplo, se protege con el castigo del delito de homicidio, sino el «derecho a vivir» de la persona⁽⁴⁾. Pero, al igual que el resto de derechos fundamentales, el derecho a la vida también puede ser objeto de limitaciones, pues pese a ser el derecho más trascendente para el desarrollo del resto de las facultades «naturales»⁽⁵⁾, nuestro ordenamiento jurídico de modo expreso reconoce al menos tres limitaciones al derecho a la vida que se aprecian la vigencia de la pena de muerte, la legítima defensa y el estado de necesidad.

No hay supuesto más claro de una limitación del derecho a la vida que el efectuado por el ordenamiento jurídico mediante la regulación de la pena de muerte. Conforme al sentido de esta pena, ella es aplicada a quien cometa los siguientes delitos: traición a la patria en un estado de guerra y terrorismo (artículo 140 de la Constitución). El fundamento

de esta pena no tiene una consideración de carácter técnica, sino política, por lo que no cabe hablar más de ella en este lugar.

Asimismo, en el caso de la legítima defensa, ella no solo tiene acogida en nuestro Código Penal (artículo 20, inciso 3, o sea, en una norma de menor jerarquía que la ley fundamental, sino tiene también su fundamento en la Constitución (artículo 2, inciso 23. En virtud de la legítima defensa una persona agredida por un tercero puede repeler la agresión ilegítima mediante un acto de defensa racional al ataque. La consecuencia para el agresor puede incluso significar su muerte como consecuencia de la defensa que realice el agredido. La antijuridicidad del hecho queda exceptuada o justificada en virtud del contexto de defensa frente a un agresor.

En el caso del estado de necesidad sucede algo parecido. Este supuesto se encuentra regulado en los artículos 20, inciso 4 (estado de necesidad justificante) y 20, inciso 5 (estado de necesidad exculpante) de nuestro Código Penal. Si bien al respecto nos referiremos con más amplitud en el apartado siguiente, baste aquí indicar que el estado de necesidad constituye otro ejemplo de una limitación a un derecho fundamental. Pero solo opera si se presenta una situación de necesidad, de carácter excepcional, que pueda implicar un peligro para la vida, la integridad o la

-
- (4) Cfr. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 1996. p. 25, nota 10. Lo relevante a destacar del pensamiento de Jakobs en esta nota es su punto de vista de que al asesino no se le castiga por destruir una vida humana, porque visto así el asesinato no deja de ser un mero hecho natural, todo lo contrario, en tanto exista una norma que castigue el asesinato, al asesino se le castiga por lesionar el derecho a vivir de la persona o por matar a un ser humano «que no debe ser matado sin razón».
- (5) La postura de nuestro Tribunal Constitucional se decanta por considerar al Derecho a la vida como «el primero de los derechos fundamentales». Cfr. la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente 06057-2007-PHC, fundamento jurídico 6. Sin embargo, dicha consideración no ha de tener como necesaria consecuencia el establecer una posición preferente del mencionado derecho sobre el resto de derechos fundamentales, sino que el mismo - dependiendo del contexto- puede incluso ser limitado en pro de los últimos.

libertad personal de quien obre sumido en esa situación de necesidad.

Como se aprecia, nuestro ordenamiento jurídico admite limitaciones al derecho a la vida. Si bien el criterio que subyace a cada instituto es distinto, el efecto de privar del ejercicio del derecho a la vida a una persona es común a todos. ¿Puede sostenerse entonces que la posibilidad de abortar bajo un contexto de necesidad generalice un derecho a abortar? La respuesta a esta pregunta es rotundamente negativa, porque la existencia de una exculpación no amplía *per se* el ámbito de actuación lícita (el riesgo permitido) de la madre. En síntesis: el derecho a la vida también admite limitaciones y una de ellas es el aborto terapéutico; sin embargo, dichas limitaciones no generan un derecho a privar de la vida a otro, sino que vienen a ser excepciones en un contexto de protección del derecho fundamental a la vida. Con esto, la constitucionalidad del aborto terapéutico reluce sin más.

3.2. La «situación de necesidad» como piedra angular de la no punibilidad del aborto terapéutico

Una vez sentada la base constitucional del aborto terapéutico, en este lugar se abordan los fundamentos jurídico-penales que sustentan porqué esta figura prevista en el artículo 119 del Código Penal no es punible.

La pregunta común que rodea al aborto terapéutico es ¿Cómo podría sacrificarse una vida no nacida a favor de otra vida (incluso solo a favor de la salud) de la gestante, sin que dicho acto no reciba una sanción penal? ¿Acaso la vida prenatal como la vida nacida no tienen el mismo valor y protección constitucional? Como hemos dicho, las cuestiones constitucionales ya han sido abordadas en el apartado anterior, con la conclusión general de que el derecho a la vida no es absoluto, y que si bien no cabe hacer una distinción de ambas vidas por su valor, porque la vida humana tanto dentro del vientre como fuera de él tiene el mismo valor constitucional, mereciendo por ello protección jurídica como «derecho a la vida», sí es posible en cambio levantar una excepción, o un límite a ese derecho, pero solo en función del contexto social concreto donde la conducta practicada ejerce su fuerza comunicativa, en este caso, ceñido a la especial «situación de necesidad». De esta manera, el contexto especial de necesidad se erige como

el elemento determinante para la punición del aborto terapéutico.

La situación de necesidad a que nos referimos, y que goza de relevancia penal, se encuentra descrita en el artículo 20, incisos 4 y 5 del Código Penal como elemento común del estado de necesidad justificante y exculpante respectivamente, con el siguiente tenor:

Está exento de responsabilidad penal:
(Estado de necesidad justificante)

«el que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo que amenace la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico’, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y, b) cuando se emplea un medio adecuado para vencer el peligro»; y,

(Estado de necesidad exculpante)

«el que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad’, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación. No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviere obligado por una particular relación jurídica».

Se trata de un contexto especial en el que el Derecho Penal admite la posibilidad de lesionar el derecho de una tercera persona bajo los siguientes fundamentos:

José Antonio Caro John

a) Estado de necesidad justificante (artículo 20, inciso 4 del Código Penal)

Existiendo una situación de necesidad se toma en cuenta el «interés preponderante»⁽⁶⁾ en virtud del cual se sacrifica un bien de menor jerarquía a favor de otro de superior jerarquía. La conducta salvadora pierde su carácter antijurídico. Ejemplo: ante el ataque de un ladrón que porta un arma de fuego, el atacado huye e ingresa desesperadamente en una tienda para protegerse, pero, como no pudo controlar su movimiento al ingresar, destruye los cristales de uno de los mostradores (lesión de una propiedad para salvar la vida). La conducta no es punible precisamente por estar amparada en una la causa de justificación denominada estado de necesidad justificante.

b) Estado de necesidad exculpante (artículo 20, inciso 5 del Código Penal)

A diferencia de lo anterior, aquí la situación de necesidad no se resuelve acudiendo al «interés preponderante», porque ambos bienes, tanto el sacrificado como el que se salva, son de la misma jerarquía o del mismo valor. Se trata más bien de un supuesto de «inexigibilidad»⁽⁷⁾ que excluye la culpabilidad de la conducta. El ejemplo paradigmático al respecto es el de la «Tabla de Carneades»⁽⁸⁾, propuesta por el filósofo Pufendorf, consistente en que después del hundimiento de un barco en alta mar dos naufragos solo contaban con una tabla para salvarse, pero la tabla solo podía sostener a una persona. Si uno de ellos mata al otro para salvarse, su conducta no tendría que resultar punible, por ampararse en un estado de necesidad exculpante: en la situación de necesidad concreta no podía exigírsele otra conducta, excluyéndose así su culpabilidad.

A partir de lo anterior es evidente que el caso del aborto terapéutico se encuadra dentro de la eximente conocida

como «estado de necesidad exculpante». No estamos ante un estado de necesidad justificante porque este presupone una ponderación de intereses como criterio de solución al conflicto. Para admitir esta causa de justificación tendría que reconocerse que la vida prenatal tiene menor valor que la vida de una persona nacida, por lo que su sacrificio responde a una ponderación de intereses, tan igual como ocurre en el caso de una legítima defensa, donde, ninguna vida vale más que la otra, siendo inevitable que, por ejemplo, en el caso de una guerra se mate también a «vidas inocentes»⁽⁹⁾.

Sin embargo, la postura aquí defendida dista en polo opuesto a la solución del estado de necesidad justificante porque no puede existir una ponderación de intereses donde dos vidas tienen el mismo valor. La vida de la persona nacida no es más valiosa que la vida prenatal y viceversa. Si cabe diferenciar ambas vidas, ello solo ocurre en el plano fenomenológico porque en realidad se trata solo de dos vidas humanas donde una es posterior al nacimiento y la otra previa a aquel, nada más. Por esta razón, como «es evidente que el nacimiento no modifica esencialmente el valor de la vida humana (...) no es posible considerar aplicable a estos casos el estado de necesidad justificante»⁽¹⁰⁾.

Lo único que determina una diferencia entre dos bienes del mismo valor es el contexto

- (6) JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997. pp. 504 y siguientes.
- (7) KÜHL, Kristian. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 5ta. edición. Munich: Franz Vahlenp, 2005. p. 310.
- (8) En profundidad sobre este caso: KÜPER, Wilfried. *Immanuel Kant und das Brett des Carneades*. Heidelberg: CF. Müller, 1999. pp. 44 y siguientes.
- (9) ESER, citado por JAKOBS, Günther. *¿Existe un aborto lícito de personas?* En: JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson - Civitas, 2004. p. 234.
- (10) BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Akal Iure, 1997. p. 292.

de necesidad. En el «estado de necesidad exculpante» nos encontramos precisamente ante bienes del mismo valor: vida-vida, incluso según el contexto de necesidad, la norma penal también admite la posibilidad del sacrificio de la vida prenatal para el salvamento de la salud de la gestante, cuando constituye el único medio para evitar en la salud de esta un mal grave y permanente (artículo 119 del Código Penal). Esta solución sin duda no está ajena a objeciones, pero se compagina perfectamente con el estado de evolución alcanzado por la institucionalización de los derechos de la persona con la característica esencial de su relatividad. Desde el momento en que el ordenamiento jurídico ha incorporado dentro de su estructura la exención de una lesión del derecho a vivir, como en el presente caso, la protección jurídica de la vida no es uniforme. Pero, como se dijo antes, solo el contexto social especial de «necesidad» determinará que, conforme a las circunstancias, una vida debe prevalecer sobre la otra, por ello el Código Penal no puede exigirle nada más a quien vea salvada su vida a causa del sacrificio de otra vida. Esto nada tiene que ver con desconocerle al ser en formación el derecho fundamental a la vida, puesto que, como sujeto de derecho (estatus jurídico reconocido por la Constitución en el artículo 2, inciso 1, es portador de derechos y deberes, con todas las prerrogativas y limitaciones que tiene una persona dentro de un Estado de Derecho.

Una cuestión adicional que abona a favor del aborto terapéutico como un caso de estado de necesidad exculpante expresamente regulado en el Código Penal, es decir, como un supuesto de exclusión de la culpabilidad del agente, es el hecho de que el feto no organiza el embarazo ni crea la situación de necesidad. Y aquí radica la diferencia del estado de necesidad exculpante con la legítima defensa, porque quien fallece a causa de una legítima defensa es el propio agresor, o sea, quien ha creado la situación de necesidad. Por eso la conducta del defensor queda justificada. Todo lo contrario ocurre en el estado de necesidad exculpante donde ninguna de las vidas en conflicto crea la

situación de necesidad, de allí que la muerte de una de ellas no se justifica, sino se exculpa (se excluye la culpabilidad). Aplicado al presente caso se tiene lo siguiente: como la situación de necesidad tampoco es creada por la gestante, no admitir la exculpación del aborto, significaría imponer de manera antijurídica a la embarazada un deber de continuar con el embarazo, a pesar del riesgo de muerte, pero semejante deber es ilegal, desprovisto de relación jurídica. El Derecho no puede (en tanto Derecho y no arbitrariedad) imponerle una muerte a la gestante, sino a lo sumo, en virtud del contexto especial de necesidad reconocer su inculpabilidad cuando la salida de la situación de necesidad (no creada por ella) tiene como consecuencia el sacrificio de la vida prenatal⁽¹¹⁾.

3.3. Relevancia jurídica del «Protocolo para el manejo de casos de interrupción legal del embarazo»

En contra de las opiniones vertidas por los críticos que minimizan el valor de la intervención médica y el Protocolo en mención hay que decir ¿quién sino el médico como único garante en el contexto de una situación de necesidad para brindar una opinión y asesoramiento profesional técnico-especializada, con lo cual su intervención viene a brindar incluso una mayor garantía y protección tanto para la vida del feto como para la madre? En la medida que la norma condiciona que la interrupción del embarazo debe ser hecha con la aprobación de un médico, ya destaca como primera garantía normativa la

(11) Si bien no refiriéndose a este caso, Pawlik tiene un argumento que se compagina con la idea aquí defendida: la inculpabilidad de quien obra en estado de necesidad exculpante se fundamenta precisamente en que él tampoco es culpable por la creación de la situación de necesidad, por eso el Derecho no tiene más que exculparlo. Cfr. PAWLIK, Michael. *Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung*. En: *Jahrbuch für Recht und Ethik*. Tomo XI, 2003. pp. 287-315.

José Antonio Caro John

restricción del círculo de personas competentes para la práctica de este aborto a un profesional especializado, lo que excluye a las comadronas, los curanderos, en suma, a las personas inescrupulosas que sin tener el título profesional ni formación médica ofrecen este tipo de servicio de manera clandestina, en condiciones no saludables y con el grave riesgo de un daño mayor para la madre, procediendo incluso a estas prácticas cuando el contexto de necesidad no es lo suficientemente necesario como para llegar a la interrupción del embarazo.

Unido directamente a las consideraciones hechas en el apartado anterior, hay que destacar que la existencia de una situación de necesidad es indispensable para la validez del aborto terapéutico, puesto que solo de ese modo se cuenta con el substrato material-objetivo que determinará el carácter *excepcional* de esta forma de aborto. Sin embargo, contándose con la situación de necesidad en un caso concreto, ello *per se* no habilita directamente la interrupción del embarazo. Justamente el carácter excepcional de esta figura condiciona además la presencia de una calificación previa de orden médico-administrativa y una intervención médico-profesional integrada por galenos con competencia profesional reconocida. En esta línea, a la que cabe calificar de «garantista», el Protocolo viene a concretar el programa normativo del artículo 119 de Código Penal, que condiciona la exención del aborto terapéutico a que sea «practicado por un médico con el consentimiento de la embarazada o de su representante legal».

En efecto, el Protocolo exige (en el aspecto médico-administrativo) en su artículo 5 que la decisión administrativa que apruebe el aborto deberá ser tomada por una Junta Médica en un plazo máximo de 7 días, la misma que ha de estar constituida por 3 profesionales médicos, cuidando de que forme parte de la misma el médico que evaluó inicialmente el caso. Esta Junta podrá pedir asesoría de otros profesionales de la especialidad correspondiente, también ampliar la anamnesis o volver a examinar y dictaminar por la procedencia o no de lo solicitado, debiendo dejar constancia escrita de sus conclusiones y recomendaciones en la historia clínica.

Asimismo, el Protocolo (en la cuestión netamente médico-profesional) exige en el artículo 6, para proceder a la

interrupción del embarazo, la constitución de una Junta Médica constituida por 3 médicos gineco-obstetras, uno de los cuales será el médico que evaluó el caso en el servicio, y estará presidida por el Jefe del Departamento o de Servicio. Esta Junta también podrá asesorarse en lo posible con profesionales vinculados al caso en consulta. No obstante, si el caso es dictaminado afirmativamente para proceder a la interrupción, la Junta Médica deberá asegurarse de que exista un consentimiento informado por parte de la paciente o de su representante legal de ser el caso; sin duda, esto último está pensado para pacientes menores de edad.

Pero los alcances del Protocolo son muchos más ricos y garantistas: señala además las entidades (causas) clínicas que dan contenido a la situación de necesidad (artículo 2), por ejemplo: cardiopatía congénita o adquirida con insuficiencia cardíaca congestiva, mujeres en diálisis, tuberculosis pulmonar avanzada multidrogoresistente, insuficiencia renal crónica y severa, entre otras más, alcanzando un total de 24 las causas contempladas. También considera (artículo 3) la infraestructura, equipamiento, insumos a fin de que la interrupción del embarazo se lleve a cabo en los ambientes más adecuados de los establecimientos de salud. Asimismo, el Protocolo contempla la evaluación clínica (artículo 7), el procedimiento clínico laboratorial (artículo 8), los procedimientos para la evacuación del útero (artículo 9), los métodos de evacuación hasta las 12 semanas de embarazo (artículo 10), métodos para evacuar el útero entre las 13 y 20 semanas de embarazo (artículo 11), el manejo de las complicaciones de la evacuación uterina (artículo 12), el seguimiento y consejería después de la práctica hasta los cuidados

post-interrupción del embarazo (artículos 13 al 16). Finalmente, contempla como anexo un formato de solicitud para el procedimiento del aborto terapéutico, así como un formulario de consentimiento informado, lo que en definitiva plasma la autonomía de la gestante como la persona que ha de decidir en última instancia si se le practica o no la interrupción del embarazo.

Mientras el Código Penal exige de manera general en el artículo 119 que el aborto debe ser «practicado por un médico», sin precisar los alcances de la intervención médica, advirtiéndose a este respecto asimismo la inexistencia de una ley especial que precise dichos alcances, es evidente que el Protocolo en referencia, aprobado por la Gerencia Regional de Salud del Gobierno Regional de Arequipa, viene a concretar el programa normativo del artículo 119 con unas reglas que han derivado -y por ende encuentran su legitimidad- de la propia *praxis* médica con la finalidad de aportar la mayor garantía posible a aquel aspecto impreciso de la norma penal.

En un ámbito carente de una regulación legal, el Protocolo viene a encarnar la *lex artis* compuesta por un conjunto de normas profesionales técnico-administrativas creadas por la práctica médica de manera reiterada y permanente. Esta *lex artis* goza de una validez legal para vincular y guiar la actuación profesional médica, y, en el presente caso, de la interrupción del embarazo por indicaciones médicas. De este modo, como la actividad médica constituye un ámbito donde el estándar de conducta es imposible de ser regulado por una ley general a causa de su permanente evolución, las reglas profesionales creadas por los médicos gozan de reconocimiento legal a título de *lex artis*, sustituyendo plenamente a los preceptos jurídicos⁽¹²⁾. Aquí es indiferente que estas reglas hayan sido dadas -cual es uno de los reproches contra el presente Protocolo- por una Región Gerencial Regional, y no por un ente superior con una validez para todo el territorio de la República. Todo lo contrario, la reciente *lex artis* aprobada por el Gobierno Regional de

Arequipa coloca a este gobierno regional a la vanguardia en la búsqueda de una mejor garantía y protección de los derechos de la gestante y del no nacido en su comunidad, o en su contexto social, pudiendo reconocerse que hoy al menos en una región del país la práctica del aborto terapéutico se encuentra regulada desde un punto de vista médico con una serie de reglas técnico-administrativas haciendo previsible y exigible la conducta del médico que lo practica, pudiéndose comprobar incluso de un modo más claro la responsabilidad médica en que pueda incurrir el actor a causa de una negligencia o una práctica irresponsable.

El punto de relevancia penal de una conducta siempre está condicionada al contexto social concreto donde la acción es practicada⁽¹³⁾. No existe así una conducta sin un contexto social porque solo en su contexto en particular se sabrá con certeza si ella es penalmente relevante o no. Sobre esta premisa, se entiende de un mejor modo que los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal siempre están condicionados a un contexto social concreto. En el caso del aborto terapéutico el contexto social concreto incluye un elemento extrapenal, cual es, la intervención médica, de tal manera que si dicho aborto no es practicado por un médico, entonces pierde su irrelevancia o exención penal declarada. Pero como el mundo extrapenal propiamente del ámbito médico no cuenta con una regulación legal para el caso concreto del aborto terapéutico, sino con una *lex artis*, la misma que está

(12) Cfr. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Lima: Grijley, 1998. p. 49. Véase también al respecto: MARAVER GÓMEZ, Mario. *Riesgo permitido por legitimación histórica*. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coordinador). *Op. cit.*; pp. 207-253.

(13) Cfr. LESCH, Heiko. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. Colonia: Carl Heymanns, 1999. p. 253: «No hay una acción *per se* sin un contexto social». En profundidad sobre esta cuestión: CARO JOHN, José Antonio. *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten - Regressverbot*. Baden-Baden: Nomos Dike, 2007. pp. 105 y siguientes.

José Antonio Caro John

sujeta a una permanente evolución, todos los cambios y regulaciones que se susciten dentro de este ámbito sustituye la ausencia de regulación legal. Por ello nada impide que el Protocolo aprobado tenga una vigencia legal y real sin límites en la Región de Arequipa, pues es su propio contexto social la fuente de su legitimidad, máxime cuando se compagina perfectamente con la Ley General de Salud que señala que la protección de la salud es de interés público, siendo responsabilidad del Estado (aquí en su concreción por medio del Gobierno Regional) regularla, vigilarla y protegerla.

3.4. Irresponsabilidad penal del médico en el aborto terapéutico

En la medida que la práctica médica esté ceñida a lo establecido en el Protocolo, todo médico que practique la interrupción del embarazo circunscribiendo su conducta a lo establecido en esa *lex artis*, goza de plena licitud. En este contexto rige plenamente el principio capilar de la imputación jurídico penal: «nadie responde de las consecuencias que deriven de sus obligaciones»⁽¹⁴⁾. Esto quiere decir, que quien actúa en estricto cumplimiento de su rol estereotipado, en este caso, en su rol de médico, sin extralimitar su ámbito de competencia, tiene la plena garantía de no responder penalmente⁽¹⁵⁾.

Esta fundamentación se compagina con el argumento antes expuesto de que la conducta sometida al análisis del Derecho Penal no puede ser desgajada de su contexto social, porque es el contexto social precisamente donde la conducta desarrolla su fuerza comunicativa. La persona es un ser social a quien la Constitución le reconoce un «espacio de libertad» garantizado jurídicamente. Dentro de este espacio de libertad la persona tiene la plena potestad de elegir el desarrollo de su personalidad mediante el ejercicio de una actividad, profesión u oficio determinado, y a esto se refiere precisamente la Ley Fundamental cuando en el artículo 2, inciso 1 reconoce como derecho garantizado de «toda persona (...) su libre desarrollo y bienestar». Una vez que la persona elige desarrollar su personalidad en un determinado sector parcial de la sociedad con el

desempeño de una profesión -por ejemplo, en el presente caso, la profesión de médico-, tiene plenamente garantizado que el Derecho Penal al momento de examinar la relevancia o irrelevancia penal de su conducta deberá considerar necesariamente el desempeño de esa profesión en el contexto social en particular con las normas que la rodean y delimitan sus contornos y competencia.

En plano netamente dogmático-penal, esto se resume de la siguiente manera: quien obra desempeñando su rol correctamente, esto es, practicando una conducta ceñida a la normatividad (*lex artis*) del sector social concreto, tiene la plena garantía de obrar dentro del marco del riesgo permitido, siendo su conducta «atípica» de pleno derecho. La explicación es como sigue: en la medida que el Código Penal (artículo 119) ha fijado la base general de la competencia exclusiva del médico -y de nadie más- para practicar la interrupción del embarazo cuando constituya el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente en atención a una situación de necesidad, toda actuación médica que se enmarque dentro de este presupuesto es penalmente irrelevante. Pero aquí no se agota el fundamento de la irresponsabilidad, porque, si además de la exención declarada por la norma penal, el médico ajusta su conducta a las reglas propias de la *lex artis* (en el presente caso, a las del Protocolo para el manejo de casos de interrupción legal del embarazo), entonces su accionar será el de uno adecuado a su rol social, reluciendo con mucha más fuerza la licitud de su

(14) JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Lima: Grijley, 1998. p. 78.

(15) Sobre estas cuestiones, en detalle véase CARO JOHN, José Antonio. *Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales*. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. Número 5, 2004. p. 105.

Sobre la relevancia del protocolo médico para la concreción del riesgo permitido en el aborto terapéutico

conducta⁽¹⁶⁾. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia penal de la Corte Suprema⁽¹⁷⁾ -una jurisprudencia cada vez más reiterada y creciente⁽¹⁸⁾- al señalar que «quien obra en el marco de un rol social estereotipado o inocuo, sin exlimitarse de sus contornos, no supera el riesgo permitido, su conducta es 'neutra y forma parte del riesgo permitido, ocupando una zona libre de responsabilidad jurídico-penal, sin posibilidad alguna de alcanzar el nivel de una participación punible'».

4. Conclusiones

a) Ningún derecho es absoluto, todo derecho puede ser limitado. A diferencia del plano «natural» donde las capacidades del hombre son inherentes a él, en el plano «normativo» la posibilidad de ejercer la capacidad «natural» solo tiene relevancia cuando el ordenamiento jurídico le otorga dicha posibilidad a la persona. En otras palabras, en el mundo del Derecho no nos hallamos ante la naturaleza, sino nos encontramos frente a creaciones, ante relaciones vinculantes atribuidas y reconocidas por el ordenamiento jurídico. En ese sentido, así como se otorgó a la persona el derecho, de la misma forma este puede ser limitado en función a los criterios que el propio contexto social así lo demande y la sociedad decida. Incluso el derecho a la vida también puede sufrir limitaciones como sucede con la pena de muerte, la legítima defensa o el estado de necesidad, instituciones excepcionales que facultan la privación del mencionado derecho.

b) La constitucionalidad del aborto terapéutico no puede ponerse en duda, puesto que no nos encontramos frente a una privación ilegítima de la vida de una persona. La licitud del aborto terapéutico se encuentra en la preservación de una vida a cambio de otra, cuyo origen es una situación excepcional de necesidad. La situación de necesidad es precisamente una de las excepciones en virtud de la cual la privación del derecho a la vida se valida, mal podría

sancionarse el deseo de la madre de preservar su propia vida en este contexto. Asimismo, en tanto y en cuanto el Tribunal Constitucional no ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 119 del Código Penal, reluce plenamente la legitimidad constitucional del aborto terapéutico.

c) Un elemento central que fundamenta la exención penal del aborto terapéutico es la «situación de necesidad» porque solo en virtud de su comprobación (como peligro actual para la vida o salud de la madre, no evitable de otro modo) podrá contarse con la base material para proceder o no a la interrupción del embarazo). Comprobándose la situación de necesidad, la redacción del aborto terapéutico del artículo 119 es un supuesto de estado de necesidad exculpante. La relación jurídica no permite (por tratarse de relación jurídica y no de arbitrariedad) imponerle una muerte a la gestante, sino a lo sumo, en virtud del contexto especial de necesidad, reconocer su inculpabilidad cuando la salida de la situación de necesidad (no creada por ella) tiene como consecuencia el sacrificio de la vida prenatal.

d) El Protocolo para el manejo de casos de interrupción legal del embarazo tiene perfecta validez porque viene a sustituir el vacío de una regulación legal en un ámbito social donde la propia dinámica y estructura del contexto de interacción están sometidas a una permanente evolución.

(16) Cfr. sobre los puntos orientativos de la *lex artis* para la concreción del riesgo permitido en FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Madrid: Colex, 1995. pp. 96 y siguientes.

(17) Cfr. CARO JOHN, José Antonio. *Diccionario de jurisprudencia penal*. Lima: Grijley, 2007. pp. 309-318.

(18) Los aportes dados por la Jurisprudencia en este ámbito han sido impulsados con el desarrollo jurisprudencial del instituto dogmático conocido como «imputación objetiva». Al respecto véase una completa documentación en: *Ibid.*; p. 304.

José Antonio Caro John

Aquí las reglas que se gestan de la propia interacción adquieren validez legal y legitimidad histórica. Este es el caso de la *lex artis*, cuya vigencia es indiscutible en la medida que es aceptada y practicada por los actores, concretamente en el presente caso por los médicos. En virtud de la *lex artis* se hace predecible y exigible el contorno de los derechos y obligaciones al que todo médico deber sujetar su actividad profesional. Que el Gobierno Regional de Arequipa haya aprobado el protocolo en mención, constituye un buen ejemplo ante la sociedad peruana, porque de esa manera la práctica médica aludida por el

artículo 119 del Código Penal, al menos en la región de Arequipa, contará con unas reglas claras y precisas para la realización de dicha forma de aborto. El Protocolo es válido en la medida que tiene en su propio contexto social la fuente de su legitimidad, pero además de ello, concreta el programa general de la Ley General de Salud que señala que la protección de la salud es de interés público.

e) El médico que en la práctica del aborto sujete su actividad profesional a lo preceptuado en el artículo 119 del Código Penal y en el Protocolo para el manejo de casos de interrupción legal del embarazo, es decir, circunscribiendo su actividad a una norma general y a la *lex artis* (actuando de acuerdo a su rol estereotipado), goza de la plena garantía de no responder penalmente.