



# Aborto Terapéutico: Sofismas, mascarones de proa y cabeceras de puente.

**Alberto González Cáceres,**

Abogado, Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Médico

En la antigüedad y quizás hasta finales del siglo pasado, la muerte provocada de un hombre, la tortura, la esclavitud y otros, eran situaciones jurídicas que de alguna u otra forma se encontraban implantadas, o en todo caso, eran presentadas o asumidas directamente sin más justificación, por ideologías, políticas o economías utilitaristas que se presentaban como tales y sin que exista mayor discusión. Sin embargo, hoy por hoy, a pesar del incuestionable desarrollo del derecho y del avance indetenible de la ciencia, dentro un mundo cada vez más globalizado, se siguen presentando situaciones que cuestionan de una u otra forma, la universalización de los derechos humanos que tienen al hombre y su dignidad como inicio, fundamento y principio. Ciertamente nuestro país, no es ajeno a tal situación, sin embargo aparentemente se presenta tal discusión de forma velada y gestada dentro del propio Estado, de tal manera que pareciera que socava sus propias estructuras.

Dentro del contexto anterior, es que se presenta actualmente en nuestro país situaciones jurídicas extremas y propias, ciertamente, a nuestra naturaleza contingente, que son aprovechadas invariablemente por defensores de determinadas políticas públicas e ideologías que usando términos ambiguos o términos que nos exigen de mayor estudio especializado para su comprensión, pretenden “acomodarlas” y “posicionarlas” como situaciones legales y por lo tanto lícitas. Nos referimos pues a aquellas posturas que señalan que el mal llamado aborto “terapéutico”<sup>1</sup> en nuestro país es legal, en consideración a que tal cometido no es punible por nuestra legislación penal<sup>2</sup>. Sin embargo, consideramos que tal posición resulta apresurada en su calificación, por lo menos desde el punto de vista jurídico nacional peruano, por cuanto merecen de un mayor análisis, para conocer y comprender acertadamente su significado jurídico y por lo tanto su presunta legalidad. Sobre el particular debemos señalar en primer lugar, que el aborto como tal, es una conducta que en nuestro país es tenida *a priori* como delictiva<sup>3</sup>. Tradicionalmente nuestra doctrina jurídica penal ha señalado que nuestro código penal contiene aquellas conductas

---

<sup>1</sup> Decimos mal llamado aborto terapéutico en razón al significado etimológico del vocablo terapéutico, sobre el cual la Real Academia de la Lengua Española señala: parte de la medicina que enseña los preceptos y remedios para el tratamiento de las enfermedades

<sup>2</sup> **Artículo 119.- Aborto terapéutico**

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

<sup>3</sup> **LUIS A. BRAMONT ARIAS – TORRES**, Código Penal Anotado, Primera Edición, Editorial San Marcos, p. 328.



prohibidas o no deseadas por el legislador. Sobre el propósito señala Roy Freire<sup>4</sup> *“El vocablo delito, que sirve de membrete al Libro que nos ocupa, debe ser interpretado en el sentido que WELZEL le atribuye al tipo. Aquí el término “Delito” no solamente significa la descripción de la prohibición penal que circunscribe materialmente la conducta proscrita (tipo en sentido restringido), sino, también permite comprender, aunque no se mencione de manera expresa en razón de su evidencia, que la acción u omisión es antijurídica y culpable*<sup>5</sup>. Esta función circunscriptiva de la ley penal, que presupone una tarea de estimación respecto a precisar cuáles son los intereses generales para una determinada sociedad, tiene una importancia hoy universalmente admitida en la medida en que, siendo expresa e inequívoca la descripción de cada acto u omisión, se constituye así, en una formal garantía para la seguridad civil. De esta manera la ley punitiva se convierte paradójicamente en un amparo para la libertad ciudadana, libertad expresada en la múltiples manifestaciones que puede revestir el quehacer de los representantes de los poderes que integran El Estado único ente titular contemporáneo del ejercicio indelegable del **ius puniendi**. Tal es la razón por la que ahora se afirma, con referencia tácita a la parte especial, constitutiva sin duda de la médula de la ciencia de los delitos y sanciones, que el Derecho Penal **es un sistema discontinuo de ilicitudes**; esto es, que entre una figura delictiva y otra hay solución de continuidad, pues cada una de estas figuras es autónoma y **está meramente yuxtapuesta a otra en tal manera que en su total es una suma y no un producto**”. Ahora bien, existen casos en que, pese a la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable (delito y por lo tanto acto ilícito o ilegal), el derecho penal niega la aplicación de la pena, como ocurre cuando no se dan las condiciones objetivas de punibilidad requerida por el tipo o cuando media una excusa absolutoria en que se considera que, consagrando la impunidad, se pueden preservar intereses que son prevalecientes con respecto a los que representa el ius puniendi o cuando el delito se plantea como imperseguible por defecto o falta de acción procesal. Sobre el particular explica con preclaridad el reconocido penalista alemán Claus Roxin: **“Según mi tesis, una pena solamente resulta legítima cuando es preventivamente necesaria y, al mismo tiempo, es justa en el sentido de que evita al autor cualquier carga que vaya más allá de la culpabilidad del hecho**<sup>6</sup>. Una pena absoluta, que renuncie a finalidades de prevención y únicamente –tomando la expresión de MAURACH- demuestre la “majestad del Derecho desprendida de objetivos”, no solamente no acertaría con la tarea social del Derecho Penal, sino tampoco sería compatible con las bases de una Constitución democrática. Y es que la pena constituye una intervención estatal grave y, como tal, precisa una legitimación jurídica que no puede consistir en una idea metafísica de compensación retributiva de culpabilidad, sino solamente en su idoneidad y necesidad para cumplir con las tareas estatales (en el caso concreto: un control seguro de la criminalidad). El Estado no está facultado para imponer una pena que no sea preventivamente necesaria. Por

<sup>4</sup> **LUIS E. ROY FREIRE**. Derecho Penal, Tomo I, Parte Especial, Delitos contra la Vida el Cuerpo y la Salud, Lima, 1986, 2da. Edición. Pp. 40-41.

<sup>5</sup> Las negritas son nuestras.

<sup>6</sup> Las negritas son nuestras.



*otro lado, las finalidades puramente preventivas no pueden tampoco legitimar la pena. Y es que, como la pena contiene un reproche personal contra el autor (caso contrario, no sería una pena, sino en todo caso, una medida de seguridad), ello no puede justificarse frente a éste como una simple finalidad preventiva, sino la pena tiene que poder ser entendida por este autor en el sentido de que se ha hecho merecedor a ella. Y esto solamente ocurre cuando la pena es justa, es decir, cuando se la vincula a la culpabilidad del autor, a la cual también va unida su medida. Luego, la pena tiene que estar en una relación apropiada con la culpabilidad. El principio de culpabilidad que se describe con estas palabras, es considerado por la mayoría en Alemania como garantizado incluso por la Constitución. Una pena que por razones preventivas –p.ej. con la finalidad de intimidar- vaya más allá de la medida de la culpabilidad, es vista como un atentado contra la dignidad humana que, en el artículo 1 de la Ley Fundamental alemana, es declarada como “intangible”. Ahora bien, tratando de resumir lo señalado hasta el momento podemos concluir, que si bien el legislador nacional no ha establecido una sanción o punición a quien realice la interrupción de un embarazo, siendo este el único medio para salvar la vida de la madre, no significa que este hecho sea legal, sino que el derecho nacional considera que frente ante este acto ilícito y por lo tanto ilegal, no corresponde reproche penal por no ser necesario, idóneo, y constitucionalmente aceptable.*

Por otro lado, sobre el tema en cuestión, uno de los pocos documentos que con algún fundamento jurídico serio, o al menos así se pretenden presentarlos, lo encontramos paradójicamente en recientes pronunciamientos publicados por la Defensoría del Pueblo<sup>7</sup>. En efecto conforme a recientes declaraciones realizadas por sus funcionarios y voceros extraoficiales y oficiosos<sup>8</sup>, se señala que el aborto terapéutico es legal, razón por la cual urge la promulgación de un Reglamento o Protocolos para la atención del aborto terapéutico. Así se señala en el Primer Informe de Adjuntía N° 001-2008-DP/ADDM<sup>9</sup> que *“Especial mención merece la necesaria aprobación de un protocolo para la atención del **aborto terapéutico** en los establecimientos de salud públicos de nuestro país. Al respecto, la Defensoría del Pueblo ha manifestado en reiteradas oportunidades que, **de acuerdo con el artículo 119° del Código Penal vigente el aborto terapéutico no es punible**”<sup>10</sup>. En tal*

---

<sup>7</sup> Decimos paradójicamente por cuanto, de acuerdo con lo señalado por la Constitución Política del Estado le corresponde a la Defensoría del Pueblo proteger los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración pública y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

<sup>8</sup> **Fernando Vivas**, En nombre del No Nacido. El Comercio, 25 de Junio de 2009. Este fundamentalismo misógino es responsable de dramas espantosos. Resulta que ha impedido que el Ministerio de Salud apruebe un protocolo médico para el aborto terapéutico que sí está permitido según el Art. 119 del Código Penal: “No es punible el aborto (...) cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”.

<sup>9</sup> Primer Reporte de la Defensoría del Pueblo sobre el cumplimiento de la Ley de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres. Marzo – Diciembre 2007

<sup>10</sup> Las negritas son nuestras.



*sentido, corresponde a las autoridades de salud dictar las normas que permitan su reglamentación con la finalidad de brindar una atención oportuna y apropiada para estos casos, evitar negligencias médicas, reducir las muertes maternas, estandarizar procedimientos médicos, evitar abortos clandestinos y, de esta manera, proteger la vida y la salud mental y física de las mujeres. La maternidad segura y saludable forma parte de los derechos humanos de las mujeres. Así se ha reconocido en diversos foros y documentos de carácter internacional. El Programa de Acción de El Cairo, adoptado en la V Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo señala que “en los casos en los que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas”. Recientemente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha instado al Estado peruano a garantizar el acceso a las mujeres a servicios de calidad para el manejo de las complicaciones derivadas de abortos inseguros a fin de reducir el índice de mortalidad materna.” Siguiendo el mismo tenor, el Segundo Informe de Adjuntía N° 001-2009-DP/ADDM<sup>11</sup>, desarrolla con mayor amplitud el análisis jurídico sobre aborto “terapéutico” y menciona: “Según la información brindada por el MINSA, a la fecha de elaboración del presente Reporte no se ha aprobado dicho protocolo. A este respecto, la Defensoría del Pueblo ha señalado que, de acuerdo con el artículo 119° del Código Penal vigente, el aborto terapéutico no es punible. Más allá de la expresión “no es punible”, la doctrina nacional y comparada califica mayoritariamente a este supuesto como una causa de justificación, atendiendo a su naturaleza y a una interpretación sistemática del Código Penal. De este modo, no se trata de una excusa absolutoria que simplemente excluye de pena a una conducta considerada delictiva, sino que autoriza, a partir de la verificación de las condiciones excepcionales relacionadas con la vida y la salud de la gestante, a interrumpir el embarazo. Ahora bien, la valoración de estas circunstancias excepcionales requiere un pronunciamiento médico conforme a determinados parámetros técnicos y científicos. Estos deben ser establecidos necesariamente de manera general para todo el personal médico en el ámbito nacional, toda vez que se trata de complementar una norma jurídico-penal de alcance nacional. Una elemental exigencia de seguridad jurídica y de sistemática normativa exige que esto se regule a través de un protocolo de alcance general, aprobado mediante una norma reglamentaria. En efecto, no se requiere una norma con rango legal, toda vez que el artículo 119° del Código Penal ya regula los componentes esenciales de la conducta delictiva, por lo que se encuentran satisfechas las exigencias del principio de legalidad penal. **Así, técnicamente, se trata de una norma penal en blanco, cuya constitucionalidad, conforme a un consolidado criterio dogmático y jurisprudencial, se solventa si la norma jurídico-penal (art. 119° del CP) contiene el núcleo esencial de lo prohibido y solo deja a la norma extra penal (legal o de rango menor) aspectos complementarios.**<sup>12</sup> Corresponde, entonces, al Ministerio de Salud, dictar las normas que permitan su reglamentación con la finalidad de brindar una atención oportuna y apropiada para estos*

<sup>11</sup> Segundo Reporte de la Defensoría del Pueblo sobre el cumplimiento de la Ley de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres (Enero – Diciembre 2008).

<sup>12</sup> Las negritas son nuestras.



*casos, evitar negligencias médicas, reducir las muertes maternas, estandarizar procedimientos médicos y, de esta manera, proteger la vida y la salud mental y física de las mujeres de nuestro país.”*

Al respecto debemos señalar que no es correcto mencionar que existe una calificación mayoritaria de la doctrina nacional y comparada que establece el supuesto penal del artículo 119° del Código Penal como una causa de justificación, atendiendo a su naturaleza y a una interpretación sistemática del Código Penal. Tampoco es jurídicamente correcto señalar que *“técnicamente, se trata de una norma penal en blanco, cuya constitucionalidad, conforme a un consolidado criterio dogmático y jurisprudencial, se solventa si la norma jurídico-penal (art. 119° del CP) contiene el núcleo esencial de lo prohibido y solo deja a la norma extra penal (legal o de rango menor) aspectos complementarios.”* Así tenemos para el primer supuesto que no existe consenso en la dogmática nacional sobre atribuir causas de justificación al aborto terapéutico. En efecto, si es que nos atenemos a lo señalado por el reconocido penalista nacional Luis A. Bramont Arias, cuando es citado por el no menos reconocido penalista nacional Luis E. Roy Freire, en su tratado de “Derecho Penal”<sup>13</sup>, quien nos menciona que: *“Razones de mayor peso ha presentado BRAMONT ARIAS a favor de la previsión específica del aborto necesario. Al hacer un estudio comparativo entre los requisitos del estado de necesidad (como causa de justificación genérica) y los que demanda el aborto terapéutico, llega a la conclusión que este último ha sido regulado entre nosotros conforme a criterios que no se adecúan a las condiciones del estado de necesidad in extenso”*<sup>14</sup>. Observa, en primer lugar, que el artículo 85, inciso 3°, se refiere al estado de necesidad de la persona que se halla en una situación de peligro personal, mientras que el artículo 163° (aborto terapéutico Código Penal peruano de 1924) comprende al extraño a tal circunstancia de riesgo, como sería el médico, por ejemplo. En Segundo lugar, el artículo 85, inciso 3°, contempla el caso de un peligro **inminente**; en tanto que el artículo 163° no contiene este requisito, pues aquí no es necesario que el peligro sea inminente, bastando que a juicio del médico exista un riesgo, que bien puede ser futuro, para la vida o la salud de la gestante. En tercer lugar, en el supuesto que el artículo 85° inciso 3°, comprendiera también a los extraños, cualquier persona podría practicar el aborto, mientras que en la hipótesis del artículo 163° sólo puede hacerlo el médico. El artículo 163°, pues contiene una exigencia mayor en razón a que son los médicos quienes, por sus conocimientos del organismo humano, han de declarar que el embarazo implica un peligro para la vida o la salud de la gestante. En cuarto lugar, el artículo 85°, inciso 3° no contiene referencia alguna al requisito del consentimiento prestado por la mujer en cinta, el mismo que de exigirse en dicha justificante haría impracticable el auxilio necesario que supone una decisión y acción inmediata; en cambio resulta que el artículo 163° si demanda el consentimiento de la embarazada... **El análisis precedente nos permite concluir, por un**

<sup>13</sup> Derecho Penal, Tomo I, Parte Especial, Delitos contra la Vida el Cuerpo y la Salud, Lima, 1986, 2da. Edición.

<sup>14</sup> Las negritas son nuestras.



**lado que el aborto necesario no responde a todas las exigencias de nuestra dogmática sobre el estado de necesidad; y por otro, que el aborto terapéutico tiene formuladas sus propias demandas.**<sup>15</sup> A nuestro juicio, insistimos, es explicable que el codificador nacional haya preceptuado específicamente esta previsión. De no haber procedido así, la solución adecuada hubiera sido difícil de encontrar. En efecto: con gran cautela dice BRAMONT ARIAS que si no existiera el artículo 163° del Código Penal, el estado de necesidad tal vez funcionaría forzando un poco los alcances de esta justificante, para el aborto terapéutico, pero con otros **elementos**, atinencia que de por sí es bastante para justificar al estatución del artículo 163° en la parte especial del Código Penal. Nosotros pensamos que, tal como ha sido conceptualizado el artículo 85°, inciso 3°, **en manera alguna podría aplicarse al tema tratado**<sup>16</sup>. Por otro lado, respecto al segundo supuesto de la argumentación jurídica presentada por la defensoría debemos mencionar que el planteamiento jurídico de que el artículo 119° del Código Penal es una norma penal en blanco que debe ser complementada vía reglamentaria tampoco resulta ser acertado. En efecto, el Tribunal Constitucional español, el cual es recurrido constantemente por el nuestro, en sendas sentencias constitucionales ha establecido que para que exista una norma penal en blanco se deben satisfacer tres requisitos<sup>17</sup>. El primero de ellos consiste en que el reenvío normativo sea expreso; esto es que la propia norma señale expresamente la necesidad de su reglamentación. Esto es lo que en Derecho Penal se conoce como la reserva de ley dentro de una perspectiva formal. Como vemos el artículo 119° del Código Penal no señala ni por asomo, ni exige la reglamentación de situaciones en la que sería aceptada su aplicación. Por otro lado se exige como requisito para estar frente a una norma penal en blanco que la norma reglamentaria esté justificada en razón del bien jurídico protegido por la norma penal. En este punto debemos detener nuestra atención. Conforme a un debido análisis de la estructura, interpretación dogmática y sistemática del artículo 119° del Código Penal se entiende claramente que este artículo se encuentra incorporado en el Capítulo II del Título

---

<sup>15</sup> Las negritas y el subrayado es nuestro.

<sup>16</sup> Las negritas son nuestras.

<sup>17</sup> “Sentando lo anterior debemos seguidamente señalar que, conforme a doctrina reiterada de este Tribunal, la reserva de ley que opera en materia penal no impide la existencia de posibles "leyes penales en blanco", esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta jurídico-penal no se encuentre exhaustivamente prevista en ellas y que remiten para su integración a otras normas distintas, que pueden tener incluso carácter reglamentario (por todas, STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 3). **Al respecto lo que resulta exigible es la concurrencia de los tres siguientes requisitos: en primer lugar, que el reenvío normativo sea expreso; en segundo término, que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; y, finalmente, que la Ley, además de señalar la pena, dé certeza, es decir, sea de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada** (entre muchas otras, SSTC 122/1987, de 14 de julio, FJ 3; 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 62/1994, de 28 de febrero, FJ 4; y 24/1996, de 13 de febrero, FJ 3)” **STC 034/2005**.



I del Libro Segundo del Código Penal en que **el bien jurídico protegido es la vida del feto durante todo el tiempo del embarazo**<sup>18</sup>, por lo que en todo caso, la norma reglamentaria debería estar encaminada a proteger y defender la vida del ser humano en gestación o del ser humano dependiente <sup>19</sup>, conjuntamente con el de la madre, y no conforme el planteamiento que se pretende introducir, en la que la vida del *nasciturus* no es considerada o protegida en lo absoluto. Es necesario señalar en este punto, que este requisito además exige que la norma extrapenal no debe extralimitar el núcleo esencial de la prohibición (atentar contra la vida humana en gestación), de modo que la norma remitida se limite a completar con carácter instrumental y de forma subordinada a la ley el contenido de la misma, quedando salvaguardada la función de garantía del tipo penal. Finalmente señala el Tribunal Constitucional español que el tercer requisito que debe ser cumplido para conocer si es que estamos frente a una norma penal en blanco, es que la Ley, además de señalar la pena, dé certeza; es decir sea de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite. Siendo pues el caso que la norma materia de análisis se encuentra libre de sanción, no tiene sentido escudriñar más allá de lo señalado, para establecer que el planteamiento presentado por la defensoría resulta equivocado, por no decir deliberadamente forzado para satisfacer intereses ajenos.

Finalmente, frente a lo explicado se nos podrá acusar de violar o cuestionar “*el cumplimiento de la Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y varones*”. Pues bien, al respecto consideramos con toda certeza, que con los sofismas jurídicos planteados y a talante de mascarones de proa, lo que en realidad se pretende hacer en nuestro país, es instalar cabeceras de puente para aceptar más adelante la violación del derecho más primario y fundamental, que es el derecho a la vida que tenemos todos los seres humanos, y que para el caso en cuestión, no nos ha sido privado, tanto a los que consideramos a la vida como principio y fundamento del derecho, como a aquellos que la niegan.

A modo de conclusión, consideramos que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, resultaría el artículo 119° aplicable para cada caso en concreto, siempre y cuando la salvación de la vida de la madre dependa de una urgente intervención quirúrgica, u otro tratamiento terapéutico, que tenga como consecuencia accesoria, de ningún modo querida ni pretendida, pero inevitable la muerte del no nacido.

Lima, 14 de Julio de 2009.

---

<sup>18</sup> **LUIS ROY FREIRE**, Derecho Penal, Tomo I, Parte Especial, Lima 1986, p. 254.

<sup>19</sup> Cfr. **Luis A. Bramont Arias – Torres**, Código Penal Anotado, Primera Edición, Editorial San Marcos, p. 324, 325.