



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Departamento de Derecho Penal

**LA PUNIBILIDAD DE LAS ACCIONES
PRENATALES CON RESULTADOS LESIVOS**

Un análisis desde la teoría de las normas

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

INTEGRANTES
JORGE BOLDT SILVA
JAVIER CONTESSE SINGH
PROFESOR GUÍA: MIGUEL SOTO PIÑEIRO

Santiago, Chile
2009

AGRADECIMIENTOS

La realización de una tesis de pregrado en estricta coautoría, como es precisamente el caso, permite tomar conciencia del inestimable valor que para estos efectos puede tener el trabajo colectivo. Es en virtud de lo mismo que se dificulta la tarea de precisar a todos aquellos que debiesen ser reconocidos por su desinteresado y relevante aporte para llevar adelante la tarea. De hecho, a diferencia de la cuestión relativa a quién cuenta como *autor* de una tesis, la cual se deja resolver sin más institucionalmente, el acto de agradecimiento parece no admitir una determinación igualmente sencilla. Baste lo anterior para excusar la omisión imprudente y afirmar, sin complejos, que son muchas las personas que han contribuido a la elaboración de estas páginas, algunas incluso sin saberlo, y que a todas ellas está dirigida nuestra gratitud.

Sin perjuicio de lo anterior, quisiéramos agradecer especialmente al profesor -y amigo- Juan Pablo Mañalich Raffo por el notable aporte realizado en la tarea de fundamentar una dogmática con el rigor característico del instrumental de la filosofía analítica, método que ha sido utilizado aquí para la resolución de los principales problemas a los que nos hemos enfrentado, y del cual pudimos recibir una primera aproximación como sus alumnos y luego, por cierto, en las siempre fértiles conversaciones sostenidas con él.

Además, nos merece una mención aparte quien fuera el principal inspirador en nuestra decisión de abocarnos al estudio del derecho penal, el profesor Miguel Soto Piñeiro. Precisamente por dicha decisión es que nos convertimos

hace algunos años en sus ayudantes y le solicitamos que guiara la realización de esta tesis. A él se encuentra dirigida nuestra mayor gratitud por su incansable labor de formación y por su total disposición a escuchar las generalmente poco rigurosas apreciaciones y sugerencias que le formuláramos. Su total apertura al diálogo intelectual queda aquí demostrada con la conducción de una tesis cuyas conclusiones no necesariamente comparte. Esperamos, así, haber estado a la altura de las expectativas que alguna vez depositó en nosotros.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y SOLUCIONES DOCTRINALES

- 1. EL PUNTO DE PARTIDA: EL CASO CONTERGAN Y LA SENTENCIA DEL LG AACHEN 4**
- 2. LAS SOLUCIONES DOCTRINALES EN EL DERECHO COMPARADO 8**
 - 2.1. La tesis de Maurach: el aplazamiento jurídico de la lesión 8**
 - 2.2. La tesis de Kaufmann: la solución del momento de la incidencia de la acción 11**
 - 2.3. Las tesis de Tepperwien: la importancia del delito de lesiones como delito de resultado 15**
 - 2.4. La tesis de Silva Sánchez: las lesiones al feto como problema de imputación objetiva 19**
- 3. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA CHILENA 23**
- 4. EXCURSO: EL DELITO DE LESIONES AL FETO COMO TIPO PENAL AUTÓNOMO 24**
 - 4.1. El caso español 24**
 - 4.2. El proyecto de ley chileno 29**

CAPÍTULO II

UN MODELO DEL HECHO PUNIBLE BAJO LA TEORÍA DE LAS NORMAS

- 1. RECAPITULACIÓN 35**
- 2. NORMAS DE SANCIÓN Y NORMAS DE COMPORTAMIENTO 36**
- 3. LAS NORMAS DE COMPORTAMIENTO COMO RAZONES PARA LA ACCIÓN 38**
 - 3.1. Dimensión semántica y dimensión pragmática de las normas de comportamiento 38**
 - 3.2. El objeto de la norma de comportamiento 44**
- 4. LA IMPUTACIÓN COMO CONTRARIEDAD A DEBER 49**
 - 4.1. La relación entre las normas de comportamiento y las reglas de imputación 49**
 - 4.2. Los dos niveles de imputación: imputación de primer nivel e imputación de segundo nivel 50**

4.3. Las dos formas de imputación: imputación ordinaria e imputación extraordinaria 55

CAPÍTULO III

LA IMPUTACIÓN DE LAS ACCIONES PRENATALES CON RESULTADO LESIVO

1. SÍNTESIS DE LA DISCUSIÓN DOCTRINAL 59

1.1. Reformulación del problema: ¿antinormatividad o imputación? 59

1.2. La estructura del problema de la mutación del objeto en el tiempo 64

2. LA CAUSACIÓN DEL RESULTADO TÍPICO COMO OBJETO DE LA IMPUTACIÓN: LA LESIÓN A UN OTRO COMO CATEGORÍA DE LA ANTINORMATIVIDAD 67

2.2. La lesión como resultado típico 67

2.2.1 Las lesiones como delito de resultado: el problema en la doctrina chilena 67

2.2.2. Crítica al concepto de “incidencia” de Kaufmann 72

2.2. La determinación del objeto de imputación en las acciones lesivas prenatales: el resultado como modificación perjudicial de un estado de cosas 75

2.3. El resultado típico en el delito de lesiones en Chile 84

3. LA IMPUTACIÓN DE LA CAUSACIÓN DE UN RESULTADO LESIVO A LAS ACCIONES PRENATALES 86

3.1. La irrelevancia de la calidad del objeto al momento de la acción 86

3.1.1. La neutralidad de la acción 86

3.1.2. El problema de la causalidad entre la acción y el resultado típico 91

3.2. El dolo de lesionar a otro como prognosis del resultado lesivo en la persona 93

4. CUESTIONES CONCURSALES 96

CAPÍTULO IV

LA IMPRUDENCIA EN LAS ACCIONES PRENATALES CON RESULTADO LESIVO POSTNATAL

1. RECAPITULACIÓN 99

2. EL ABORTO IMPRUDENTE IMPUNE COMO ARGUMENTO SISTEMÁTICO PARA LA IMPUNIDAD DE LAS ACCIONES PRENATALES IMPRUDENTES CON RESULTADO POSTNATAL 101

2.1. La (supuesta) paradoja de la punibilidad de la imprudencia de las lesiones al feto 101

2.2. El “efecto de cierre” del aborto imprudente 110

3. LA PUNIBILIDAD DE LAS ACCIONES PRENATALES IMPRUDENTES CON RESULTADO LESIVO POSTNATAL	113
3.1. La imprudencia como imputación extraordinaria	114
3.2. La artificialidad del argumento del “efecto de cierre”.	120
3.3. La mutación del objeto de la acción en el tiempo como objeto del desconocimiento imputable	123
3.4. La imputación a título de imprudencia bajo el Código Penal chileno	127
4. CUESTIONES CONCURSALES	129
CONCLUSIONES	131
BIBLIOGRAFÍA	133

INTRODUCCIÓN

En el curso de las últimas décadas, la doctrina y el derecho comparado han mostrado inquietud por la protección penal, ya no sólo de la vida del feto, sino que además de su integridad física y psíquica. Esto se ha debido fundamentalmente a que tanto el desarrollo de nuevas técnicas médicas como los avances en la industria farmacéutica, han dado lugar a una serie de nuevas hipótesis impensadas en la época del establecimiento de los tipos penales básicos, mediante las cuales es posible percibir la creación de riesgos ciertos en la etapa embrionaria de desarrollo del ser humano, que pueden resultar perjudiciales para sus capacidades físicas, psíquicas.

Ante esto, últimamente algunos ordenamientos jurídicos han incorporado un tipo nuevo y especial de lesiones al feto en sus respectivas codificaciones para hacer frente a dicha inquietud, penalizando acciones que sin ser constitutivas de delito de aborto, produzcan daños en el no nacido. Sin embargo, en otros países que no cuentan con un delito de lesiones al feto, se ha planteado la interrogante acerca de si es posible que las acciones realizadas antes o durante el embarazo de la mujer, y que pudieran afectar la salud del feto y/o del nacido, pueden entenderse descritas en los delitos de lesiones contra la persona, o incluso en el delito de homicidio.

La cuestión pasa entonces por determinar bajo qué presupuestos es posible (si es que es posible) entender que dichas acciones puedan imputarse como lesiones cometidas en contra de una persona, sin que sea necesario el establecimiento de un delito especial de lesiones al feto.

El tema, de este modo, no sólo es susceptible de análisis en lenguaje político criminal en los contextos de fundamentación que supone la actividad legislativa, sino que además abre un abanico de posiciones doctrinales en sede dogmática en ordenamientos en que no existe un delito especial como el señalado. Siendo el nuestro un país en el que no existe dicho delito, es precisamente en esta sede dogmática que se desarrolla el presente trabajo. Nos preguntamos, entonces, hasta qué punto los delitos de lesiones en la persona y de homicidio, soportan la inclusión, en sus respectivas hipótesis, de las acciones prenatales.

Esta pregunta, por cierto, ya ha sido abordada por parte importante de la doctrina comparada, particularmente a fines de la década del sesenta e inicios de la del setenta del siglo recién terminado. Desde entonces, el tema se ha tenido por resuelto o, al menos, ha existido una posición en particular que ha tenido mayor acogida en el medio doctrinario y jurisprudencial, sin que la discusión haya retomado, a la fecha, su vigor.

En lo medular, la doctrina debatió acerca de si la acción prenatal podía imputarse como lesión a una persona en el evento de que a raíz de dicha acción el feto nacía lesionado o se producía una lesión tras el nacimiento, y acerca de si podía imputarse como homicidio una acción que provocara la muerte con posterioridad al nacimiento. Entendido que el momento de la ejecución de la acción era irrelevante, se desarrollaron básicamente dos

teorías: una que daba relevancia al momento de producción del resultado lesivo (o mortal), y otra que daba importancia al momento en que la acción incidía en el objeto de ataque, al margen del momento del resultado.

El presente trabajo se desarrolla desde la base de una teoría de las normas, de modo que adopta como nuclear la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación, que proviene de la distinción analítica entre categorías prescriptivas y categorías adscriptivas. Hasta donde conocemos, ésta constituye una perspectiva no explotada por los autores de voz preponderante en la materia que se aborda.

Pues bien, desde dicho prisma, el presente trabajo se dejará ver como una nueva versión de la teoría del resultado en cuanto otorga relevancia primordial a este momento, fundamentada esta vez en una mirada distinta de la teoría del delito. Procuraremos, entonces, desde dicha mirada, retomar una discusión olvidada por la doctrina, para así reformular los elementos del problema, esclarecer los alcances de la hipótesis y, acaso, aportar con algunas conclusiones.

Abordaremos, en primer lugar, la discusión doctrinaria, exponiendo las posiciones paradigmáticas en la materia (Capítulo I); posteriormente procuraremos realizar un acercamiento a la teoría de las normas, sustento material de nuestro argumento (Capítulo II); seguidamente revisaremos las dificultades que aparecen en las posiciones anteriores, y pondremos énfasis en la estructura de los delitos de resultado (Capítulo III); y finalmente nos haremos cargo de las hipótesis de imprudencia en las acciones materia de este trabajo (Capítulo IV).

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y SOLUCIONES DOCTRINALES

1. EL PUNTO DE PARTIDA: EL CASO CONTERGAN Y LA SENTENCIA DEL LG AACHEN

A fines de la década del cincuenta e inicios de la del sesenta, ambas del siglo XX, muchas mujeres europeas y norteamericanas dieron a luz a niños que nacieron con serias malformaciones físicas. Así, varios de ellos tenían el fémur extremadamente corto, o carecían de orejas, dedos, o incluso brazos. Hubo también los que nacieron con deficiencias cardíacas, urinarias u otras. Aún más, muchos de estos niños fallecieron poco después de nacer, precisamente por causa de dichas deformidades.

Estas anomalías se repitieron a tal nivel, que los médicos y demás especialistas comenzaron a investigar la posibilidad de que hubiera una causa en común. Tales investigaciones llevaron a constatar que una gran número de las mujeres que habían dado a luz a esos niños, consumieron durante su primer trimestre de gestación un medicamento –antiemético y sedante- producido y comercializado por la empresa alemana *Grünenthal*. Dicho medicamento recibía como denominación, entre otras, la de Contergan.¹

En esta línea, se llegó a constatar que en la Alemania Federal, entre los años 1959 y 1961, nacieron más de tres mil niños con sus miembros deformados y

¹ Se comercializó también como TALIDOMIDE, DISTAVAL, KEVADON, SOFTENON, entre muchos otros.

cuyas madres habían ingerido dicho medicamento. A fines de 1961, éste fue retirado del mercado.

El acaecimiento del caso Contergan, en Alemania, inmediatamente dio pie a una prolífica discusión en la doctrina. Se ponía sobre la mesa una hipótesis fáctica cuya relevancia jurídico-penal debía necesariamente abordarse. En efecto, los resultados producidos por dicha droga² parecían, a todas luces, implicar una vulneración a algún bien jurídico susceptible de protección penal.

El debate doctrinario alemán procuró, entonces, determinar si las lesiones producidas a un feto (con resultado de muerte tras el nacimiento, en muchos casos) eran subsumibles o no en los delitos de lesiones corporales dolosas, lesiones corporales culposas y homicidio culposo, todos delitos contra las personas –nacidas-, correspondientes a los parágrafos (§§) 223, 230 y 222 del Código Penal Alemán (StGB³), respectivamente.

Fundamentalmente, la causa de que la discusión tuviera lugar en el plano indicado precedentemente, antes que en el plano de fundamentación de proporcionalidad, fue el hecho de que el fallo del Tribunal Provincial de Aquisgrán (en adelante, indistintamente, el Tribunal), que conoció del caso Contergan, dictó una resolución de sobreseimiento donde estimó, entre sus considerandos, que en el caso de los niños muertos poco después de su nacimiento había homicidio imprudente, y que en el caso de los niños nacidos con malformaciones que menoscababan sus funciones, existía el tipo de lesiones imprudentes cometido contra las personas.

² No debe desconocerse que el problema de la causalidad es precisamente el de más álgida discusión en cuanto a los hechos investigados, de modo que decir que el medicamento produjo como resultado las lesiones, es presuponer un hecho controvertido.

³ Sigla denominativa de *Strafgesetzbuch*.

En efecto, tras cerca de dos años de juicio, el Tribunal optó por sobreseer la causa, en uso de la facultad que le confería el parágrafo §§ 153, 3 St. P.O.⁴, omitiendo así una condena a los imputados⁵, a la vez que la empresa Grünenthal se comprometía al pago de 110 millones de marcos para los niños nacidos con malformaciones, y 4 millones de marcos para los que hubieren sufrido trastornos nerviosos⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, en la misma resolución de sobreseimiento, el Tribunal incluyó en sus considerandos un análisis acerca de las figuras típicas que pudieran estar implicadas en el caso. De esta manera, se comprometió con una tesis referida a la hipótesis en cuestión, en el marco de un ordenamiento jurídico en el que no existía (ni existe) regulación explícita de las lesiones al feto en materia penal. En la exposición de esta sentencia de sobreseimiento, seguiremos a Eduardo Ramón Ribas⁷.

Ramón Ribas inicia su análisis constatando que la sentencia referida reconoce que en el ordenamiento jurídico alemán no protege la salud del feto *en sí misma*. Es decir, los §§ 222 y 230 del StGB protegen a las personas, y no al feto. Esta conclusión sería necesaria, fundamentalmente por cuanto el legislador distingue inequívocamente entre feto y persona, protegiendo a ambos de modo diferenciado, según se desprende del delito de aborto, contenido en el § 218, distinto del delito de homicidio⁸.

⁴ Se trata del cuerpo de normas procesales penales alemán.

⁵ Éstos imputados eran directivos de la compañía Grünenthal, acusados de haber producido y comercializado el medicamento.

⁶ En nota al pie, KAUFMANN, Armin, "Tipicidad y Causación en el Procedimiento de Contengan. Consecuencias para el Derecho en Vigor y la Legislación", *en Nuevo Pensamiento Penal*, 2, 1973, p. 8.

⁷ RAMÓN Ribas, Eduardo, *El Delito de Lesiones al Feto*, Comares, Granada, 2002.

⁸ *Ibíd.*, p. 88 y 89..

En efecto, el aborto aparece como un delito que, sustancialmente, sólo se distingue del homicidio en el objeto de ataque de cada uno de ellos. Y sin embargo son delitos completamente distintos. De este modo, el lesionado del § 230, así como el del § 223, son tan distintos del feto como lo es la víctima del delito de homicidio. En otros términos, “el feto tan solo es objeto de tutela penal, en cuanto realidad jurídica diferenciada de la persona jurídica, frente a ataques dolosos contra su vida. La muerte imprudente del feto es impune por ausencia de previsión legal en dicho sentido, mientras su salud e integridad no se contemplan, por sí mismas, en los tipos penales de lesiones, que, al igual que el homicidio, requieren la condición de ‘persona’ del sujeto pasivo”⁹.

Sin embargo, el Tribunal no desechó la concurrencia de los delitos de lesiones y homicidio imprudente en el caso que conocía, estimando en cambio que, *prima facie*, estas imputaciones sí eran posibles siempre que el resultado acabara manifestándose en niños *nacidos* que presenten malformaciones.

Entonces, la cuestión consistió básicamente en resolver dos problemas: (i) determinar si -aún en un ordenamiento jurídico sin delito de lesiones al feto- las malformaciones producidas durante el embarazo, pero que se manifiestan en una persona, pueden considerarse como lesiones en una persona y satisfacer así el tipo de lesiones del § 230 StGB¹⁰; y (ii) determinar si las acciones que inciden sobre el feto condicionando su muerte con posterioridad al nacimiento pueden subsumirse en el tipo de homicidio imprudente del § 222 StGB¹¹.

Pues bien, tras recibir informes de varios de los más importantes juristas de la época¹², el tribunal opta por la tesis minoritaria¹³ de Maurach, conforme a la

⁹ *Ibid.*, p. 91 y 92.

¹⁰ *Ibid.*, p.92.

¹¹ *Ibid.*, p. 101.

¹² Así, entre otros, KAUFMANN, NOWAKOWSKI, MAURACH Y SCHRÖDER.

cual: (i) las lesiones producidas al feto, y materializadas en el ya nacido, son constitutivas del delito de lesiones (imprudentes) contra las personas, y (ii) la acción prenatal que produce la muerte del niño tras su nacimiento es constitutiva del delito de homicidio imprudente.

2. LAS SOLUCIONES DOCTRINALES EN EL DERECHO COMPARADO

2.1. La tesis de Maurach: el aplazamiento jurídico de la lesión

El planteamiento de Maurach, y que fuera acogido por el Tribunal de Aguirrán, comienza por reconocer que sólo la persona –en tanto ser humano *nacido*- es susceptible de ser sujeto pasivo en el delito de lesiones.

Esta afirmación se desprende del hecho de que para que existan lesiones, es necesario que exista una función corporal, física o psíquica, *humana*¹⁴ que se lesiona. Es decir, si no hay una función humana, no hay nada que pueda lesionarse. De esta manera, la lesión consiste en el menoscabo de una función corporal, física o psíquica humana, ya sea mediante la producción de este menoscabo, o mediante el aumento de aquél que ya existiere con anterioridad.

Además de esto, se constata que el feto, al no tener la capacidad de despliegue de las funciones corporales, físicas o psíquicas, carece, en rigor, de tales funciones propiamente dichas, las que no existen sino hasta el nacimiento –o, incluso, cuando el desarrollo natural “así lo determine”¹⁵-. Las funciones señaladas sólo existen en la medida en que pueden ser desplegadas, cuestión que no ocurre con el feto, incapaz de desplegar función alguna. Dicho aún de otro modo: el feto no posee *salud* a efectos del derecho penal.

¹³ En nota al pie, RAMÓN Ribas, Eduardo, *El Delito de Lesiones...*, p. 95.

¹⁴ *Ibíd*, p.96.

De esta manera, sólo el nacido puede ser lesionado en el sentido del § 230 StGB. Y sin embargo Maurach (y subsecuentemente el Tribunal) insistirá en que las lesiones al feto pueden ser lesiones a la persona. Para esto, el problema se trasladará a determinar si, al nacer el feto lesionado, puede configurarse, en ese preciso momento, el delito de lesiones contra la persona que acaba de nacer. Es decir, se tratará de determinar si, careciendo el feto de funciones corporales, físicas o psíquicas, puede este delito configurarse, o, más bien, materializarse, si al momento de nacer una persona cuyo cuerpo ha sido *lesionado* cuando era feto.

Para construir una estructura como ésta, es necesaria una distinción preliminar entre dos sentidos de la palabra *lesión*. Sólo aquella lesión que se produce en una persona (esto es, en un nacido), son lesiones en el sentido del §§ 222 StGB. Es por esto que aquéllas pasan a ser denominadas lesiones en “sentido jurídico”.

Sin embargo, continúa esta tesis, no es posible desconocer que un feto puede ser, en un sentido no jurídico, lesionado. En efecto, las malformaciones que pudieran ocasionarse en él existen aún antes de su nacimiento. El acaecimiento de tales menoscabos en su *integridad*¹⁶ se denominan entonces “lesiones en sentido material”. En este razonamiento, Maurach entiende que la única lesión que es relevante a efectos punitivos es la lesión en sentido jurídico, y que esta lesión sólo se produce en quien posee salud¹⁷.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 96.

¹⁶ En caso alguno se pretende prejuzgar con esta expresión qué es aquello que se menoscaba, de modo que la expresión “integridad” no tiene, por ahora, connotación valorativa alguna.

¹⁷ RAMON Ribas, Eduardo, *El Delito de Lesiones...*, p. 242.

Ahora bien, quien ha lesionado (en sentido material) un feto, no ha cometido –aún- un delito de lesiones contra las personas, por carecer aquél de salud.

Pero esto no significa –en opinión del Maurach- que no vaya a existir delito de lesiones. En efecto, si el feto que ha sido lesionado (nuevamente, en sentido material) nace, entonces, en ese momento, la lesión se manifiesta como jurídica¹⁸. Esto es lo que se denomina “aplazamiento jurídico de la lesión”¹⁹. Consiste en que si la lesión, en sentido material, carece del atributo de *jurídica* –pues en el caso de la lesión contra una persona, la lesión en sentido material es *también* una lesión en sentido jurídico- aún puede adquirir este atributo si la lesión persiste, o existe aún, al momento de nacer el que era feto, y devenir en sujeto pasivo de lesión.

La circunstancia de que la lesión en sentido jurídico implique que el objeto material de la misma no esté ya lesionado –entendido que la persona en quien se manifiesta la lesión *nace lesionada*- no sería obstáculo: basta con que haya existido en algún momento un estado de indemnidad natural con anterioridad a la realización del tipo²⁰. Es decir, si el feto no estaba lesionado, entonces ese estado de indemnidad se vio alterado por una acción constitutiva de lesiones (en sentido natural) que luego fueron constitutivas de lesiones en sentido jurídico.

Así, el hecho de incurrirse en una acción que lesione un feto que antes era indemne, añadido al nacimiento de dicho feto como una persona portadora de tales lesiones, se incurriría en el tipo de lesiones contenido en el §§ 222 del StGB. La lesión al feto sería el presupuesto lógico de la lesión en sentido jurídico.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 96.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 242.

Zanjado lo anterior –según Maurach-, determinar si existe delito de homicidio –imprudente- en el evento de fallecer el recién nacido por causa de las lesiones producidas mientras era feto, se presenta como algo sencillo. En efecto, en este caso no hace falta acudir a la distinción entre un resultado en sentido material y otro en sentido jurídico, pues *todo* el resultado se produce en tanto el objeto de ataque es ya una persona. De este modo, asumidos todos los presupuestos señalados respecto de las lesiones al feto²¹, no cabe sino concluir que existe homicidio imprudente en la persona que nace y muere, si ésta ha sido lesionada mientras era aún un feto: es la acción imprudente del agente la que, en definitiva, provoca la muerte de esa persona.

La tesis antes descrita abrió una profunda polémica en la discusión doctrinal alemana. En general, los juristas de dicho país vieron con malos ojos que pudiera ser efectiva la ecuación antes descrita, de modo de hacer aplicables a las acciones que inciden en el feto, los tipos penales referidos a la persona nacida.

2.2. La tesis de Kaufmann: la solución del momento de la incidencia de la acción

Según señaláramos, las críticas al planteamiento de Maurach no se hicieron esperar. Armin Kaufmann, que había estado encargado de preparar uno de los informes tenidos a la vista por el Tribunal, alzó, en efecto, el argumento contrario que sería a la postre adoptado tanto por la doctrina dominante en Alemania, como por la jurisprudencia venidera.

²⁰ *Ibíd.*, p. 97.

El argumento de Kaufmann comienza por la distinción entre tres momentos en los delitos instantáneos (como lo son la lesión corporal, o el homicidio): “el de la actuación de la voluntad, o acción en sentido estricto (...); el momento de la incidencia sobre el objeto del hecho (...) y el de la consumación...”²². De este modo, señala Kaufmann, se debe optar por uno de estos tres momentos para decidir cuándo el objeto debe tener la calidad exigida por el tipo objetivo.

Éste iba a ser el punto “neurálgico” de la discusión, toda vez que lo relevante sería determinar si al momento de incidir la acción sobre el objeto del hecho, éste objeto posee o no la calidad exigida por el tipo. En efecto, si tanto el tipo de lesiones como el de homicidio requieren, en su tipo objetivo, que el sujeto pasivo sea una persona, esto es, un ser humano nacido -con lo que concuerda la tesis de Maurach, por lo demás-, entonces la lesión (así como el homicidio) no pueden producirse sobre algo que no sea una persona. Es por eso precisamente que la tesis de Maurach derrocha esfuerzos en explicar cómo es que la lesión sólo se manifiesta *jurídicamente* al nacer el lesionado.

Pues bien, Kaufmann comienza por constatar que dicho aplazamiento en la consideración del objeto del hecho (hasta que sea persona) no es posible: Aquél debe poseer la calidad exigida por el tipo en el momento en que la acción que se imputa incide sobre él. En el caso Contergan, habiéndose producido las lesiones cuando el objeto no era aún persona, no cabe sino la atipicidad de la conducta.

Esta sola consideración es suficiente, a decir de Kaufmann, para desestimar la tesis conforme a la cual concurren los delitos de lesiones o de homicidio, en su caso, en los supuestos en que la lesión se produce sobre un feto, por cuanto

²¹ Sin perjuicio de la objeción referida a la confusión entre esta forma de “matar” y el aborto, que será analizada *infra*.

el momento de incidencia de la acción en el objeto es el único momento relevante a efectos de la determinación del tipo. No cabría aquí la distinción entre lesiones en sentido material y lesiones en sentido jurídico, pues ésta implicaría un desconocimiento del tipo.

En segundo lugar, Kaufmann señala que una interpretación como la propuesta por Maurach tiene por consecuencia un efecto extensivo “considerable” de la pena²³. Es así como el tipo de homicidio culposo, o imprudente, abarcaría “todos los casos mortales después del comienzo del parto”²⁴, cuando aquellos históricamente han sido considerados como casos de homicidio imprudente. Además, cualquier circunstancia que produjere un deterioro en el estado de salud del recién nacido tendría, en principio, relevancia jurídico penal.

Así, habrán de tenerse en cuenta como acciones relevantes todas aquellas acciones que pudieran incidir, ya sea directa o indirectamente, sobre el feto, perjudicándolo²⁵. Al parecer del autor de referencia, no sería concebible que cualquier acción prenatal pudiera devenir en relevante a efectos jurídico penales.

Pero las consideraciones de Kaufmann no acaban aquí. Existen además, dice este autor, razones teleológicas, fundadas en la sistemática de la legislación penal alemana, que fuerzan el rechazo de una tesis como la de Maurach. En esta línea, debe necesariamente tenerse en consideración la situación del aborto imprudente, impune en Alemania (así como en la mayor parte del derecho comparado). Si la conducta imprudente que provoca un

²² KAUFMANN, A., “Tipicidad y Causación...”, p. 9.

²³ *Ibid.*, p. 10.

²⁴ *Ídem.*

²⁵ *Ibid.*, p. 11.

aborto es impune, pero la conducta imprudente que provoca una lesión en el feto (aún cuando ésta cause su muerte tras el nacimiento) es punible, entonces se produciría una situación paradójica: la lesión que sea tan grave como para causar la muerte *in utero* del feto es impune, pero si la lesión no reviste de aquella gravedad, entonces cabe la punibilidad.

Esta consideración devela la principal dificultad de la tesis de Maurach. La extensión de los delitos de lesiones y homicidio culposo a las lesiones prenatales produciría que, en lo que respecta a las exigencias de cuidado, se llegue los mismos resultados a que se llegaría si se penalizara el aborto imprudente. Esto es así por cuanto son las mismas acciones relevantes en las hipótesis de aborto imprudente (impune) las que pasan a tener relevancia si se acoge la idea de Maurach. Sistemáticamente (y teleológicamente, dice Kaufmann) esto es inconcebible.

La idea de que todas las acciones que pudieran tener incidencia en la salud del feto tengan *ahora* relevancia, y no la tuvieran *antes* no es interpretativamente seria. El legislador ya había optado por no considerar jurídico-penalmente relevantes las conductas propias de un aborto imprudente, de modo que lo mismo debe entenderse para las conductas que ocasionen lesiones en el feto, o su muerte tras el nacimiento (si hay imprudencia).

En sede de *lege ferenda*, Kaufmann reconoce que un delito doloso vendría a llenar un vacío “sensible” de la legislación penal, pero subraya que dicha protección carece de urgencia político criminal²⁶.

Además, sostiene que el modo de proteger eficientemente la salud del feto (más bien, del que va a nacer, por cuanto lo relevante es que será persona) es

²⁶ *Ibíd.*, p. 19.

en la fuente, a través de los delitos ya existentes en Alemania referidos a la producción y distribución de medicamentos²⁷, toda vez que dicha legislación abarca igualmente los resultados perjudiciales que pudieran ocasionarse con ocasión de dicho comportamiento²⁸.

Hoy, esta tesis es mayoritaria en Alemania tanto a nivel doctrinario como Jurisprudencial. Aún más, la idea de tratar la problemática en sede de Ley de Medicamentos es tan fuerte que, aún a pesar de Contengan, no existe a la fecha en Alemania una Ley que sancione explícitamente las lesiones al feto.

2.3. Las tesis de Tepperwien: la importancia del delito de lesiones como delito de resultado

La posición de Kaufmann, hemos visto, puso el acento en lo que se denominó “momento de la incidencia” para identificar el cuándo de la determinación de si hay o no delito en casos de acciones prenatales con resultado lesivo. Es precisamente este punto el que Ingeborg von Tepperwien ataca. Su posición comienza por constatar que el delito de lesiones se caracteriza por ser un delito de resultado, de modo tal que sólo una vez producido el resultado, y en la medida en que exista vínculo causal entre éste y la acción respectiva, se entiende que el delito se ha cometido²⁹.

Tepperwien concuerda con Kaufmann en que el momento de la acción es irrelevante para identificar el momento decisivo de existencia del objeto jurídico de ataque, fundamentalmente por lo insatisfactorio de los resultados a que

²⁷ Hace referencia a la Ley de Medicamentos vigente en Alemania a la fecha de publicación de su artículo.

²⁸ KAUFMANN, A., “Tipicidad y Causación...”. 20.

²⁹ RAMON Ribas, E., *El delito de lesiones...*, p. 168.

conduciría la exigencia de dicha existencia en aquél momento³⁰. De este modo, la cuestión pasa por determinar si dicho momento decisivo se encuentra en la incidencia de la acción, o en la producción del resultado previsto en el tipo.

Para Tepperwien, la incidencia de la acción en el objeto de ataque no puede ser tenida por relevante, desde que el delito de lesiones (así como el homicidio) son delitos de resultado “en los que la punibilidad sólo se conecta a la lesión del bien jurídico protegido, sin restringir las modalidades de ejecución o el círculo de personas que pueden ser autores”³¹. En otros términos, para el tipo penal alusión a que la acción incida en el objeto de ataque, de modo que es irrelevante dicho momento. Así, “al momento de la efectiva incidencia de la acción sobre su objeto no cabe atribuirle un significado especial, por lo que es insignificante en qué estado se encontraba dicho objeto cuando la acción le alcanzó”³².

En aquél sentido, el momento de incidencia de la acción en el objeto de ataque no es sino un paso más en el curso causal entre el momento de la acción y el del resultado (la parte endógena del curso causal, diría Tepperwien³³), pero ese “sólo hecho no tiene entidad suficiente para otorgarle una especial significación al momento de la incidencia”³⁴.

De esta manera, Tepperwien se decide por considerar que el momento decisivo para la determinación del objeto jurídico no es el de la incidencia, sino el del resultado. Sin embargo resta aún por dilucidar en qué consiste ese

³⁰ *Ibíd.*, p. 170.

³¹ *Ibíd.*, p. 173.

³² TEPPERWIEN, Ingeborg von, *Praenatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, Tübingen, 1973, p. 54, citada por RAMÓN Ribas, *El Delito de Lesiones...*, p. 174.

³³ TEPPERWIEN, *Praenatale Einwirkungen...*, p. 50, citada por RAMÓN Ribas, *El Delito de Lesiones...*, p. 171.

³⁴ TEPPERWIEN, *Praenatale Einwirkungen...*, p. 50, citada por RAMÓN Ribas, *El Delito de Lesiones...*, p. 172.

resultado, o cuáles son las condiciones que deben concurrir para que se entienda que éste ha acaecido.

De partida, esta autora considera que en los casos en que un feto resulta dañado en la estructura habrá de posibilitar luego el ejercicio de sus funciones, el menoscabo a la salud debe ser afirmado ya en el momento de dicha lesión prenatal³⁵. De este modo, Tepperwien, a diferencia de Maurach y el fallo del LG Aachen, no considera que en la lesión al feto sólo haya incidencia en el objeto, y no resultado lesivo, sino que entiende que ya hay un resultado en dicha lesión.

Sin embargo, de dicha consideración no se sigue que no exista una vulneración del tipo de lesiones en la lesión del feto, sino que, por el contrario, precisamente porque hay un resultado en dicha lesión es que es posible analizar si se produce la tipicidad de dicho resultado por el solo hecho del nacimiento³⁶. En otros términos, en su opinión existe un resultado lesivo ya en el feto, sin embargo dicha consideración deja aún sin responder si es posible encontrar la tipicidad en el nacimiento de una persona lesionada a raíz de aquél resultado.

El delito de lesiones es un delito de estado, de modo tal que ya en la producción del resultado el delito se perfecciona, y no ocurre como en los delitos de efectos permanentes, en que la situación jurídicamente relevante se prolonga en el tiempo. De esta clasificación surge un posible obstáculo para considerar que con el nacimiento se perfecciona el delito: el resultado ya se produjo antes.

³⁵ RAMON Ribas, *El Delito de Lesiones...*, p. 175.

³⁶ *Ibíd.*, p.177.

Sin embargo Tepperwien rechaza esta objeción. Para ella, la lesión del feto es efectivamente un resultado, pero no lo es en sentido jurídico, sino que tan solo en sentido natural. De este modo, la distinción recién apuntada no es aplicable en casos en que aún no se haya producido ningún resultado de relevancia jurídica. Así, al nacer el feto hay un resultado de relevancia jurídica, y es el que permite la imputación a título de lesiones.

En síntesis, con la argumentación descrita, Tepperwien hace frente a dos objeciones. De una parte, al considerar que el resultado lesivo en el feto sí es un resultado, hace frente a la crítica conforme a la cual la lesión requiere de una modificación en el estado de cosas para ser típica. Ante dicha objeción, Tepperwien sostiene que sí hay modificación en el estado de cosas, porque sí es reconocible una lesión (en tanto vulneración del estado de salud) en el feto, de modo que un feto que antes estaba sano, ha pasado a estar lesionado. Pero al mismo tiempo, Tepperwien afirma que el resultado sólo es en sentido natural, por lo que la distinción entre delitos de estado y de efectos permanentes no afecta su postura.

Para fundar este último punto, Tepperwien acude a la distinción, ya revisada, de lesiones en sentido natural y en sentido jurídico, conforme a la cual es posible identificar una lesión que no tiene relevancia jurídica (pero que sí permite hablar de resultado que modifica un estado de cosas), y otra que sí posee dicha relevancia. Con todo, para esta autora, la lesión “es compatible con la letra de la ley, cuando existe ya vida humana, aunque tan solo sea en la forma de vida embrionaria y, por consiguiente, cuando aún no existe una persona en sentido jurídico”³⁷.

³⁷ TEPPERWIEN, Ingeborg von, *Praenatale Einwirkungen ...*, p. 74, citada por RAMÓN Ribas, *El Delito de Lesiones...*, p. 186.

Queda aún una pregunta: ¿Acaso la lesión en sentido jurídico no exige la preexistencia del estado ileso del objeto de ataque? Tepperwien entiende que no. Sostiene, al efecto, que el tipo de lesiones no sólo contempla el derecho de una persona de no ser lesionada, sino que también su derecho a nacer sin que su salud se encuentre mermada. En este sentido, “los conceptos de *vida* y *salud* están conectados, en un plano prejurídico, con la existencia humana y no, por tanto, con el concepto de persona”³⁸. Entonces, teniendo el feto vida y salud, éstas estarían protegidas por el tipo de lesiones, vinculándose dicha protección con su posterior condición de persona, de modo tal que si nace (y sólo si nace), la lesión en sentido jurídico coincide con dicho nacimiento, lo que sería acorde al tipo penal³⁹.

Más allá de los presupuestos que implica esta argumentación, y las múltiples consecuencias que conlleva, es sumamente ilustrativa la relevancia que le otorga a la idea de que el delito de lesiones es un delito de resultados, pues, si esto es así, el momento en que es relevante que exista el objeto de ataque es el momento en que el resultado se produce, y no el momento en que incide la acción en el objeto. El punto adicional en la tesis de Tepperwien, es que lo que ella entiende por “existencia del objeto de ataque”, no es precisamente su existencia como persona, sino como “sujeto de lesiones”, en los términos que ella misma expone.

2.4. La tesis de Silva Sánchez: las lesiones al feto como problema de imputación objetiva

Las posiciones hasta ahora expuestas fueron todas desarrolladas en los años inmediatamente siguientes al acaecimiento del caso Contergan, y, por lo

³⁸ RAMÓN Ribas, *El Delito de Lesiones...*, p. 190.

³⁹ *Ibíd.*, p. 190 y 191.

demás, en Alemania, país en el que dicho caso tuvo lugar y, consiguientemente, en el que tuvo mayor eco dogmático.

En esta línea, Jesús María Silva Sánchez representa un segundo aire en la discusión. Él no sólo se encuentra en un contexto normativo distinto⁴⁰, sino que además resuelve el asunto poniendo el acento firmemente en la teoría de la imputación objetiva.

Este autor identifica el problema como uno que en general se presenta en los casos en que el objeto de ataque muta, de modo que cambia también la valoración jurídica que recae sobre él, entre el momento de la acción y el momento en que el resultado se produce. En el caso en cuestión, lo que cambia es el feto (cuya relevancia jurídico penal está dada por el delito de aborto y el de lesiones al feto, en su caso), que pasa a ser persona.

En sus términos, se trata de resolver los problemas dogmáticos que se presentan cuando el cambio de *status* jurídico-penal del objeto de ataque “se produce entre el momento de la realización de la acción y el momento en que la acción alcanza al objeto (o incluso, cuando dicho cambio se produce después de que la acción alcance al objeto, pero antes de que despliegue sus efectos lesivos; o, todavía, cuando el cambio se produce después de que despliegue tales efectos lesivos, cuando éstos se prolongan)”⁴¹.

La posición de Silva Sánchez consiste básicamente en sostener que, dado un resultado lesivo jurídico-penalmente relevante que es consecuencia de una acción previa a la mutación del objeto de ataque, debe analizarse si el resultado

⁴⁰ En efecto, la posición de este autor fue publicada con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Penal español de 1994.

ocasionado puede imputarse objetivamente a dicha acción. De este modo, si la acción constituye creación de un riesgo no permitido, y el resultado es la concreción de dicha puesta en riesgo, entonces es plausible la imputación del resultado lesivo a la acción.

En este sentido, sostiene el autor, “[l]a norma protege la indemnidad del bien frente a agresiones probables, de modo que lo único cuya presencia se requiere en el momento de la acción es el valor o la pretensión de vigencia del bien jurídico (la expectativa, en otros términos), el riesgo penalmente relevante y los elementos de la imputación subjetiva”⁴². De este modo el autor justifica que sea posible que un delito pueda cometerse aún si la acción que se imputa es anterior a la existencia misma del objeto de ataque que el tipo penal supone. En esta conclusión, si embargo, no hay mayor novedad y en nada se difiere con los autores anteriores.

Respecto de lo que sí toma partido Silva Sánchez, distinguiéndose al menos de la tesis de Kaufmann, es en cuanto a la consideración por el “momento de la incidencia”. Al efecto, denuncia que, en los casos en que la acción lesiva prenatal produce efectos después del nacimiento, “desde una perspectiva puramente causalista, no hay duda de que el sujeto ha ‘causado’ la muerte o las lesiones de un sujeto con vida independiente. Ello, incluso aunque el efecto se hubiere iniciado ya antes de la transformación de la vida intrauterina en extrauterina”⁴³. Lo anterior, por cuanto todo el punto pasa por identificar si la acción constituye la creación de un riesgo no permitido tanto para un feto como para una persona (nacida). Si hay dolo respecto del riesgo en el nacido, hay imputabilidad.

⁴¹ SILVA Sánchez, Jesús, “La Dimensión temporal del delito y los cambios de “status” jurídico-penal del objeto de la acción (1999)”, en: del mismo, *Instituciones de Derecho Penal*, Ángel Editor, México DF, 2001, p. 57-72.

⁴² *Ibíd.*, p. 62.

Ahora bien, este autor adopta un particular posición respecto de lo que debe entenderse por resultado, a efectos de determinar qué es lo que debe imputarse. Para él, el resultado es tanto la consumación misma del delito, como la prolongación de los efectos de la acción, que permitirían igualmente entender que el delito se ha consumado.

Así, en su posición, “aun en el caso de que el momento de la afectación se asocie a la consumación de un tipo delictivo, ello no excluye todavía que, en virtud de la misma acción y de los efectos causales derivados de la misma, pueda realizarse un tipo distinto. (...). Ahora bien, que el tipo distinto que se realice por una prolongación de los efectos causales de la acción (lesiones/homicidio; tentativa/consumación) o por un cambio de la naturaleza jurídico-penal del objeto en realidad es intrascendente. Desde un punto de vista normativo, lo decisivo es la naturaleza del riesgo (o de los riesgos) creados por la acción, su dimensión objetiva y subjetiva y si el resultado da cuenta de dichos riesgos: los explica”⁴⁴. De esta manera, si los efectos de una acción se prolongan en el tiempo, sostiene el autor, el delito muta junto con el objeto de ataque, siempre que pueda imputarse el *nuevo* resultado a la acción inicial.

Silva Sánchez no aclara si los efectos posteriores de un delito hacen que, si cambia el objeto de ataque, haya un nuevo resultado. Lo único que sostiene es que aún en los delitos de resultado (como lo es el delito de lesiones), los efectos de la acción pueden prolongarse, y que dicha prolongación tiene efectos jurídicos⁴⁵.

⁴³ *Ibíd.*, p. 65 y 66.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 67.

⁴⁵ Sostiene, “[e]n ocasiones, los efectos de la acción no se prolongan (claramente en la acción de matar); en otras, en cambio (lesiones, injurias, etc.) cabe que, aunque el delito sea instantáneo, sus efectos se prolonguen en el tiempo. Algo que, sin duda, sucede en los delitos permanentes o de estado”, en, del mismo, *La dimensión temporal...*, nota al pie, p. 58.

En síntesis, para Silva Sánchez es irrelevante si la lesión es anterior o posterior al nacimiento, sino que lo único que considera es si es posible la imputación objetiva y subjetiva de la acción al estado lesivo (nótese, no al resultado lesivo) posterior al nacimiento. Es decir, basta con que haya un *otro* que se encuentre lesionado, aún cuando la lesión se haya producido antes del nacimiento.

En este sentido, la tesis de Silva Sánchez aparece como una reformulación de la tesis de Tepperwien, mas sobre la bases de consideraciones completamente distintas.

3. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA CHILENA

La legislación chilena, ya se ha dicho, no contempla un delito de lesiones al feto. En efecto, el tipo de lesiones está contenido en el Título VIII del Libro II del Código penal, sobre “Crímenes y Simples Delitos Contra las Personas”, y por tal persona se entiende al ser humano nacido independiente de la madre. Lo anterior tanto por razones interpretativas, pues entender al feto como persona sería analogía in *malam partem*, como sistemáticas, pues si el feto fuera persona a los ojos del Código Penal, entonces la distinción entre aborto y homicidio carecería de sentido.

Es en mérito de lo anterior que la doctrina chilena ha tenido la tendencia a sostener que la conducta consistente en lesionar a un no nacido es impune⁴⁶.

⁴⁶ Esta atipicidad, por supuesto, no obsta que con una acción lesiva prenatal tenga lugar un delito distinto. Así, por ejemplo, las acciones consistentes en distribuir fármacos nocivos, que pudieran dañar la salud de un feto, bien pudiera entenderse comprendida en el artículo 314 del Código Penal, referido al expendio de sustancias peligrosas para la salud. Esto, entendido que dicha norma se encuentra contenida en el Parágrafo 14 del Título VI del Libro II del Código

En este sentido se pronuncian explícitamente Juan Bustos, Francisco Grisolia y Sergio Politoff, al sostener categóricamente que en nuestro país la salud y la integridad física y psíquica del feto no está protegida penalmente⁴⁷. El propio Politoff, junto a Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, da cuenta de que “los redactores de nuestro CP [Código Penal] no pudieron prever, en las postrimerías del siglo antepasado, las posibilidades de intervención médica en la *fase fetal* del desarrollo humano –y aún en la fase *preembrional*-, posibilidades técnicas que pueden levar a la comisión de lesiones en criaturas no natas, cuya sanción –salvo que se trate de evidentes intentos de aborto fracasados-, no está prevista en nuestra ley, como en otros ordenamientos de más reciente data”⁴⁸.

Recientemente, en la misma línea, María Inés Horwitz y Miguel Soto, al referirse al Anteproyecto de Código Penal de actual tramitación legislativa en Chile, dan cuenta de una laguna de punibilidad en lo que respecta a las lesiones al feto tanto en dicho anteproyecto como en la actual legislación penal⁴⁹, consideración de la que desprende que las lesiones al feto no son punibles en nuestra legislación

4. **EXCURSO: EL DELITO DE LESIONES AL FETO COMO TIPO PENAL AUTÓNOMO**

4.1. **El caso español**

Penal, de modo que no está reservada para la protección de las personas, sino de la salud pública, la que, podría ciertamente sostenerse, incluye al feto.

⁴⁷ BUSTOS, Juan, GRISOLÍA, Francisco; POLITOFF, Sergio, *Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 181.

⁴⁸ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 108.

⁴⁹ HORVITZ, María Inés y SOTO, Miguel, “Consideraciones Críticas sobre la Regulación del Delito de Aborto en el Anteproyecto de nuevo Código Penal Elaborado por el Foro del Ministerio de Justicia”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Número 9, 2007, p. 96.

A diferencia de la situación en Alemania, en España no hubo casos de renombre en los que se discutiera si había o no punibilidad en la acción de lesionar un feto sin un delito específico de lesiones al feto. Además, la jurisprudencia dio por sentado que si no existía un tipo específico de lesiones al feto, entonces no había punibilidad.

Incluso la mayor parte de la doctrina sostuvo que, no existiendo un tipo específico de lesiones al feto, no era posible la punibilidad de dicha conducta⁵⁰. Lo anterior se desprende fundamentalmente de los alcances del principio de legalidad, que impiden el reproche de una conducta que no se condiga con la descripción típica en el momento mismo de su comisión. Si el delito de lesiones exige que sea un *otro* el lesionado, entonces no es posible imputar dicho delito a quien lesiona algo que no es tal.

Si bien la discusión en torno a esta figura tiene un cierto desarrollo fundado en la discusión alemana precedentemente expuesta, lo cierto es que, en términos generales no existe una propuesta muy distinta de la que planteara Armin Kaufmann. Más bien la doctrina se dedicó a enfatizar la relevancia del principio de legalidad en la resolución de la cuestión, asumiendo como momento relevante para identificar el objeto de ataque el de la incidencia de la acción en él.

Con todo, la jurisprudencia no vaciló en concluir que la lesión de un feto era una conducta impune sin un delito de lesiones al feto. Una buena prueba de ello es el fallo pronunciado por la segunda sala del Tribunal Supremo español, con fecha 22 de enero de 1999, en la causa número 726 de 1998. En dicha

⁵⁰ Así, en, ROMEO C., Carlos María, *Los Delitos Contra la Vida, la Integridad Personal y los Relativos a la Manipulación Genética*, Comares, Granada, 2004, p.251 y ss. Lo mismo en ESCUCHURRI, Estrella y GRACIA, Luis, *Los Delitos de Lesiones al Feto y los Relativos a la Manipulación Genética*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

sentencia, referida a un caso acaecido con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Penal de 1995⁵¹, toda la cuestión giró en torno a si al momento de iniciarse el parto el feto es o no una persona. Es decir, se discutió si el nacimiento era requisito para que se trate de una persona o si bastaba el cese de la relación simbiótica propia del embarazo para que pueda hablarse de tal como persona. Pero lo que nunca se discutió siquiera (es decir, no hay un solo párrafo destinado al efecto) es si el tipo de lesiones era o no aplicable cuando se trataba de un feto: la respuesta es *obviamente* negativa.

Es en este contexto que el legislador español, al modificar el Código Penal en el año 1995, decidió introducir especialmente un delito de lesiones al feto, a fin de “llenar una laguna jurídica”.

El Código Penal de 1995 en España se hizo cargo de la mayor parte de los temas que a esa época se discutía y se criticaban de la legislación penal española. Uno de esos temas era la que aparecía como una desprotección de la salud e integridad física del no nacido. Si la ley (penal) protegía la vida tanto del nacido como del que está por nacer, no se veía porqué no había de haber de hacer lo mismo respecto de la salud y la integridad física⁵².

⁵¹ Se trató del caso de una mujer en la etapa final de su embarazo que acudió a un centro asistencial para ser atendida ante los dolores que sentía. Sin embargo, quienes la asistieron determinaron que aún no debía ser ingresada a pabellón para dar a luz. El diagnóstico fue errado, y el retraso en el parto ocasionó lesiones en el feto que persistieron tras el nacimiento. En este caso se condenó a los facultativos a título de lesiones, estimándose que la “persona” que éste delito protege existe desde el comienzo del parto, y no desde el nacimiento, como ocurre en la regulación civil. Es llamativo, sin embargo, que el fallo no se haya hecho cargo de un posible error de tipo de los facultativos, que si realmente no sabían que la mujer estaba con contracciones producidas por el parto, entonces desconocían que en su vientre había una “persona”, de modo que no puede haber dolo en su comportamiento.

⁵² Entendido que salud e integridad física son dos bienes jurídicos distintos. Al efecto, BUSTOS, Juan, GRISOLÍA, Francisco y POLITOFF, Sergio, *Derecho Penal Chileno...*, p. 179 y ss.

Es así como el Código Penal de 1995 introdujo en sus artículos 157 y 158 un tipo especial de lesiones al feto en forma dolosa y culposa, respectiva. Las disposiciones indicadas rezan:

“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, consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.*

Artículo 158. *El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.*

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.”

Desde ya, y sin perjuicio del análisis que se desarrollará respecto de una eventual tipificación de las lesiones al feto en nuestro país, cabe la formulación de ciertas consideraciones referidas a este tipo penal. La primera de ellas dice relación con el hecho de que el tipo penal contemple la posibilidad de imputación a título de imprudencia.

Para comenzar, debe resaltarse el hecho de que el aborto producido por imprudencia grave es igualmente punible en la codificación penal española de 1995. Esto significa que no hay paradoja posible en la punibilidad de las lesiones al feto a título de imprudencia del modo en que Kaufmann formulaba su denuncia para el caso alemán (en la imputabilidad de lesiones imprudentes a

un *otro*, por cierto). En efecto, Kaufmann constataba que no tenía sentido que la conducta imprudente fuera impune si con ella se producía un aborto, pero que no lo fuera si sólo se producían lesiones. Pues bien, en el caso español dicha paradoja desaparece desde que tanto el aborto como las lesiones al feto son punibles a título de imprudencia.

Sin embargo las críticas de Kaufmann siguen siendo atingentes en lo que respecta a la dificultad que él constata en determinar cuáles serían las acciones relevantes a efectos del tipo de lesiones imprudentes. Así, efectivamente una serie de acciones que antes carecían de toda relevancia jurídico penal, pasar ahora a ser susceptibles de análisis si de ella pudiera derivarse una consecuencia negativa en el desarrollo del feto, en su salud física o síquica. La crítica de Kaufmann no pierde fuerza por el hecho de que el tipo penal contenido en el artículo 158 del Código Penal español exija que la imprudencia sea *grave*. Más bien al contrario, la determinación de lo que puede ser considerado como grave es una cuestión interpretativa que implica la revisión de conductas antes irrelevantes *prima facie*. Procuraremos dar respuesta a las interrogantes que se suscitan con ocasión de esta crítica en el curso de esta investigación.

Una segunda consideración acerca del tipo penal español de lesiones al feto está referida al hecho de que el facultativo tiene una pena agravada, tal como ocurre en el tipo de aborto. Esta norma encuentra fundamento en el deber de cuidado del facultativo, cuya infracción agrava el disvalor de acción de su conducta, lo que el código traduce en una mayor penalidad.

Finalmente, la mujer embarazada tiene un tratamiento diferenciado en lo que respecta a la lesiones imprudentes (también lo tiene en lo que respecta al aborto imprudente): no hay imputación a título de culpa para ella. Esta

disposición encuentra amplia aprobación en la doctrina, y se funda principalmente en la confrontación del interés estatal en la protección de la salud e integridad física y psíquica del feto con la autonomía reproductiva de la mujer, cuyos alcances serán analizados *infra*.

4.2. El proyecto de ley chileno

El legislador chileno ha manifestado su preocupación por la regulación de las lesiones al feto a través de un proyecto de Ley que pretende precisamente señalar esta conducta como un comportamiento constitutivo de delito. En efecto, el año 2006 los diputados señores Nicolás Monckeberg, Jorge Burgos, Marco Núñez y Patricio Walter presentaron un proyecto de Ley⁵³ que tipifica las lesiones al feto dolosas o imprudentes, y que se encuentra en actual tramitación en el Congreso. Si bien a esta fecha proyecto aparece como “archivado” merece la pena hacer una sucinta revisión de él.

En la introducción de dicho proyecto, los diputados dan cuenta de la atipicidad de las lesiones al feto, y señalan que la punibilidad de dicho comportamiento sólo sería punible como aborto tentado o frustrado. Señalan explícitamente lo siguiente:

“nuestra legislación vigente, no contempla una pena específica que sancione al que dolosa o culposamente lesione gravemente al feto sin provocarle la muerte. Este caso sólo puede ser sancionado como una tentativa de aborto o como aborto frustrado”.

Caben, respecto de dicha consideración, dos observaciones que formular. En primer lugar, sostener que aquél “caso” sólo pueda sancionarse a título de tentativa o frustración de aborto carece de todo sentido. Lo que probablemente

⁵³ Número de Boletín 4307-07.

quiso decirse en el preámbulo del proyecto, es que la acción de una persona que cause en definitiva lesiones en un feto, pueden resultar punibles sólo si hay dolo de abortar sin resultado de muerte del feto.

Pero lo que ocurre en ese caso, es que se imputa la infracción al delito de aborto en cuanto se intentó su provocación, siendo las lesiones al feto un resultado ulterior que carece de toda relevancia. Si no las hubiera habido, en nada varía la imputación a título de aborto. En efecto, la aseveración del preámbulo tiene tan poco sentido como sostener que las lesiones al feto sólo son punibles a título de lesiones contra la mujer embarazada cuando el feto resulta lesionado conjuntamente con ella. Tanto en uno como en otro caso la lesión del feto es un hecho de que carece por completo de relevancia en lo que respecta a la imputación jurídico penal que se formula.

Precisamente de esta constatación se desprende la segunda observación que es dable realizar respecto del preámbulo del proyecto. Conforme a éste, las lesiones al feto serían, en Chile, una situación jurídico penalmente irrelevante. Es decir, según los diputados que presentan este proyecto de ley, así como según la doctrina nacional, no cabrían imputación penal alguna por el hecho de provocar dichas lesiones. En este sentido, el proyecto de Ley vendría a llenar un “vacío legal”.

El proyecto propone la introducción en el Código Penal de dos nuevos artículos que disponen la punibilidad de la producción de lesiones en el feto a título de dolo y de imprudencia, respectivamente. Así, el eventual artículo 343 bis del Código Penal chileno, dispondría lo siguiente:

“El que, a sabiendas, por cualquier medio o procedimiento distinto de las labores del parto, causare en el feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o

provoque en el mismo una grave deficiencia física o síquica, será castigado con pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Cuando los hechos descritos en el párrafo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá además, la pena de inhabilitación especial, para ejercer cualquier profesión sanitaria, en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por el período de dos a cinco años.”

Por su parte, el segundo artículo propuesto, 491 bis, dispondría:

“El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo 343 bis, será castigado con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio. Lo dispuesto en este inciso no se aplicará a la mujer respecto de su embarazo.

Cuando los hechos descritos en el inciso anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

Como puede apreciarse, y como es lógico, ambas disposiciones se encuentran fuertemente inspiradas en la regulación española ya revisada. Sin embargo, en el primer caso, referido a la imputación a título de dolo, se introduce una condición objetiva del tipo que no se encuentra en el artículo 157 del Código ibérico: el procedimiento por el cual se provoque la lesión, debe ser distinto de las labores de parto. ¿Cuál es la razón de esta disposición, sobre todo cuando es precisamente con las labores de parto que el feto se encuentra más vulnerable? Aún más, el eventual artículo 491 bis propuesto remite al artículo 343 bis, dado lo cual tampoco sería posible imputar a título de imprudencia por las lesiones al feto durante el proceso de parto. ¿Cómo se explica esto? El proyecto de Ley no lo explicita de modo que sólo caben elucubraciones.

Una respuesta posible, y que hace sentido si la inspiración proviene de la legislación española, consiste en estimar que después de iniciado el parto, el feto se encuentra amparado por la protección que brinda la regulación de las lesiones contra las personas. Decimos que hace sentido si se observó la regulación española, toda vez que, como ya señalábamos con anterioridad, existe jurisprudencia reciente en dicho país conforme a la cual las lesiones provocadas en el momento del parto están amparadas por el delito de lesiones contra la persona. Es decir, si la lesión se produce antes de iniciado el proceso de parto, habría delito de lesiones al feto (siempre que esté tipificado), en cambio, si la lesión se produce a partir de las primeras contracciones, entonces el delito será de lesiones contra las personas⁵⁴.

El argumento que se ha esgrimido para sostener esta tesis consiste en relativizar el concepto de persona propio del ámbito civil, entendiendo que la persona a efectos jurídico penales no requiere haber nacido, sino que basta con que se trate de un ser humano independiente. El feto, al momento del parto, no se encuentra ya en relación simbiótica con el cuerpo de la madre, de modo tal que goza de la independencia que el concepto penal de persona requeriría. Siendo esto así, el tipo de lesiones al feto no abarcaría ya aquellas lesiones que se ocasionan a aquel cuyo parto ya ha comenzado.

Sin embargo, esta postura se encuentra de frente con la jurisprudencia nacional, que ha entendido constantemente que la protección penal de las personas (a lo menos en lo que respecta a los delitos contra la vida) principia únicamente a partir del nacimiento. Al efecto, lo único que se ha discutido es si

⁵⁴ Esta idea ha sido recientemente recogida por la jurisprudencia chilena. Así, en el caso contra Marisol Monje Núñez y José Redondo Caro, Corte Suprema, 16 de abril de 2009, Rol Número 1882-2008, en Legal Publishing Chile (www.Legalpublishing.cl), N° Legal Publishing 41988, [consulta: 30 de mayo de 2009].

existe o no solución de continuidad en la protección penal de la vida, entre el aborto y el homicidio-infanticidio. Así, se ha sostenido que la provocación de la muerte del feto en el proceso de parto es impune⁵⁵, por no haber ya embarazo, ni haber aún nacimiento (lo que excluiría tanto el delito de aborto como el de homicidio-infanticidio), tesis que la jurisprudencia revirtió con posterioridad, sosteniendo que el aborto se provoca hasta el momento mismo del nacimiento, sin solución de continuidad⁵⁶.

De esta manera, no es pacífico tampoco, menos en nuestro país, sostener que las lesiones producidas al feto durante el proceso de parto se estén produciendo contra una persona.

En vista de esto, el hecho de que se excluyan del ámbito típico del delito de lesiones al feto las acciones propias del proceso de parto parece ser más un error de apreciación en el ámbito de situaciones jurídico penalmente relevantes que la adopción de una postura frente a la situación jurídico penal del feto en proceso de parto, toda vez que no existe base institucional en nuestro país para considerar que durante el parto hay una persona (en términos jurídico penales), y, paralelamente.

Finalmente, es necesario observar que el proyecto propone que, tal como se estatuyó en España, las lesiones al feto sean igualmente punibles a título de imprudencia. Sin embargo hay un punto que el proyecto no considera: en España el aborto es punible a título de imprudencia⁵⁷, a diferencia de lo que ocurre en Chile, donde, conforme lo ha entendido la doctrina mayoritaria y la

⁵⁵ Así se resolvió en el caso contra Rogelia Maldonado, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 28 de octubre de 1935. Gaceta de los Tribunales, 1935-II, Sentencia N° 123, p. 414, *Muerte al feto durante el parto*.

⁵⁶ Así, recientemente esta posición ha sido respaldada por la Corte Suprema en fallo de fecha 23 de julio de 2008, en la causa Rol 875-2008.

⁵⁷ Así lo establece el artículo 152 del Código Penal español.

jurisprudencia, el aborto imprudente es impune por no estar considerado como uno de los delitos contra las personas⁵⁸.

⁵⁸ Esta conclusión se deriva del siguiente razonamiento: Por regla general, los comportamientos imprudentes son impunes, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 N° 13 del Código Penal chileno. La excepción se encuentra contenida en el Título X del Libro II del Código Penal, que establece la punibilidad de los comportamientos imprudentes que fueren constitutivos de delitos contra las personas. El delito de aborto no se encuentra regulado en el Título VIII del Libro II, denominado “Crímenes y simples delitos contra las personas”, sino en el Título VII del mismo libro, llamado “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”. En mérito de lo anterior, se ha dicho que extender al delito de aborto la punibilidad de la imprudencia, cuando ésta es punible sólo para los delitos contra las personas, sería realizar una interpretación por analogía in *malam partem*. En relación a la relativización de esta idea, véase *infra* Capítulo IV.

CAPÍTULO II

UN MODELO DEL HECHO PUNIBLE BAJO LA TEORÍA DE LAS NORMAS

1. RECAPITULACIÓN

La exposición de la discusión doctrinaria realizada en el capítulo anterior permite observar la falta de claridad en torno a los problemas dogmáticos involucrados en las hipótesis analizadas. La pregunta por el estatus del objeto de la acción (en este caso, el feto) encierra, en realidad, una pregunta por la consumación del delito de lesiones, es decir, por la determinación de la antinormatividad. Y para estos efectos, la identificación de la estructura típica del delito es fundamental. La punibilidad, sin embargo, supone, además, la satisfacción de ciertas condiciones de imputación referidas al comportamiento antinormativo.

En este sentido, la respuesta a la pregunta por la punibilidad de las acciones prenatales con resultados lesivos (prenatales o postnatales) exige identificar la correcta relación entre las reglas que prohíben causar ciertos resultados y aquellas que determinan las condiciones de imputación de esos resultados a un sujeto bajo la forma de un juicio de atribución de responsabilidad. En atención a esto, en este capítulo, presentaremos un modelo que comprende correctamente la diferenciación entre normas de comportamiento y reglas de imputación como una diferenciación lógica.⁵⁹ El punto de partida de la tesis consiste en dar cuenta que ambos tipos de reglas no se sitúan en un mismo nivel, sino que, por el contrario, las reglas de imputación están *referidas* a las normas de

comportamiento en un sentido en el que estas últimas no lo están en relación a las primeras. En otras palabras, aquello que es caracterizado por una norma de comportamiento como prohibido, exigido o permitido constituye el *objeto* de las reglas de imputación. De este modo, la punibilidad de una conducta nunca se determina exclusivamente en consideración a una u otra clase de normas, sino que, por el contrario, a ambas. La punibilidad no se concibe como mera tipicidad sino que antes que todo como infracción a deber, y toda construcción de un deber obedece al preciso establecimiento de una conducta prohibida, exigida o autorizada (en el nivel de la norma de comportamiento) junto a la afirmación de las condiciones bajo las cuales es exigible la evitación o realización de dicha conducta (en el nivel de las reglas de imputación). Cabe, por lo tanto, antes de adentrarnos en la solución del problema de la punibilidad de las acciones prenatales con resultados lesivos, detenernos en una formulación más acabada del modelo enunciado.

2. NORMAS DE SANCIÓN Y NORMAS DE COMPORTAMIENTO

Es a Karl Binding a quien se debe la formulación de una de las ideas quizás más fértiles en la historia de la dogmática alemana. El punto de partida de su teoría de las normas, la que a su vez está en la base de su teoría del hecho punible, es la afirmación de que el delincuente no infringe la ley penal sino que, por el contrario, la realiza.⁶⁰ La formulación semántica de los tipos penales, para Binding, obliga a descartar la idea según la cual quien comete un delito pueda contravenir una regla que está formulada en términos de un programa condicional: “Si X (supuesto de hecho), entonces Y (consecuencia asociada a la

⁵⁹ Fundamental al respecto, HRUSCHKA, Joachim, “Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación”, en: del mismo, *Imputación y Derecho Penal*, ed. BdeF, Buenos Aires, 2009, pp. 11-30.

⁶⁰ Para una exhaustiva revisión de la teoría de las normas de Binding en español, KAUFMANN, A., *Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna*, Depalma, Buenos Aires, 1977.

realización del supuesto de hecho)".⁶¹ Binding llama a estas reglas "leyes penales", denominación que en la dogmática contemporánea ha sido reemplazada por la de "normas de sanción".⁶² Ahora bien, es un hecho que, tanto en el ámbito teórico como en el práctico, cuando imputamos a un sujeto la realización de un delito, al mismo tiempo afirmamos que éste ha infringido una norma. La pregunta que se plantea Binding, por ende, es cuál es esa norma que decimos que es infringida.⁶³

Ciertamente, dicha norma ha de ser entendida como una norma que esté dirigida al sujeto en términos prescriptivos, es decir, que prohíba, exija o autorice algún comportamiento: sólo así –insistimos– tiene sentido decir que el sujeto *infringe* la norma. En ese sentido, pues, se trata de una norma de comportamiento. No es menos cierto, empero, que las normas de comportamiento no se encuentran formuladas explícitamente en la legislación penal. En razón de esto, Binding entendía que dichas normas no pertenecían al ordenamiento jurídico-penal, sino que consistían más bien en normas de derecho público.

Tal como lo ha argumentado recientemente Juan Pablo Mañalich, es probable que esta afirmación de Binding haya obedecido al temor de este último de tener que atribuir al derecho penal una función directamente preventiva si se admitía, paralelamente, que las normas de comportamiento –en tanto directrices de conducta orientadas a evitar el menoscabo de ciertos estados de cosas llamados bienes jurídicos– pertenecen al derecho penal.⁶⁴ Y esto, por cierto, era inadmisibles a la luz del retribucionismo sostenido por Binding. Dicho

⁶¹ Para la idea de programa condicional, véase LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, Universidad Iberoamericana, 2002, p. 256.

⁶² KAUFMANN, A., *Teoría de las Normas...*, p. 5 y ss.

⁶³ *Ibíd.*, p. 4.

⁶⁴ MAÑALICH, Juan Pablo, *Terror Estatal y Derecho Penal*, inédito, segunda parte, p. 15, (borrador citado con autorización del autor).

temor, sin embargo, sería infundado toda vez que, como lo señala Mañalich, un derecho penal fundado retributivamente admite la comprensión del mismo como medio de protección de bienes jurídicos pero sólo de forma indirecta: la prestación retributiva –fijada en las normas de sanción y las reglas de imputación- asegura la vigencia de las normas de comportamiento como razones eficaces para la acción⁶⁵.

De este modo, tanto las normas de sanción como las normas de comportamiento son normas penales, y ambas no son más que las dos caras de la misma moneda que es el tipo penal. En este sentido, las disposiciones de la parte especial del Código Penal admiten ser interpretadas, al mismo tiempo, como normas de sanción estructuradas condicionalmente y dirigidas al adjudicador, y como normas de comportamiento formuladas categóricamente y dirigidas al ciudadano. En este último caso, la norma de comportamiento no es otra cosa que la formulación invertida del supuesto de hecho contenido en la norma de sanción⁶⁶.

3. LAS NORMAS DE COMPORTAMIENTO COMO RAZONES PARA LA ACCIÓN

3.1. Dimensión semántica y dimensión pragmática de las normas de comportamiento

Las normas de comportamiento se expresan en proposiciones jurídicas prescriptivas, pudiendo distinguirse entre prohibiciones, mandatos y autorizaciones. Las primeras proscriben un hacer, mientras que los segundos

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ Bajo este esquema, el fundamento del establecimiento de normas de comportamiento penales es la protección de bienes jurídicos. En ese sentido, la norma de comportamiento como directriz de conducta está destinada a evitar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos por parte del ciudadano destinatario de la norma. Fundamental al respecto, KINDHÄUSER, Urs,

un omitir y, finalmente, las terceras permiten un hacer u omitir.⁶⁷ Consecuentemente, las normas de comportamiento están integradas por dos elementos: un operador deóntico (por ejemplo: “está prohibido...”) y la descripción del objeto de dicho operador (por ejemplo: “...lesionar a otro”).

Desde un punto de vista semántico, las normas de comportamiento pueden pretender validez sólo en tanto tengan un contenido claro y lógicamente no-contradictorio.⁶⁸ Esto se reduce básicamente a no controvertir las reglas morfológicas y sintácticas del idioma en el cual se encuentren formuladas y a respetar el principio de prohibición de contradicción normativa.

Desde un punto de vista pragmático,⁶⁹ en cambio, las normas de comportamiento operan como razones para la acción, esto es, como directivas de conductas jurídicamente vinculantes. Se entiende que el ciudadano al cual están dirigidas las incorpora dentro de su esquema de motivos como razones predominantes en su actuar, de modo tal que dichas razones tienen un efecto exclusionario: la atención a una norma de comportamiento como una razón (predominante) para la acción supone la exclusión de las demás razones atendibles para la misma circunstancia.⁷⁰ Por ejemplo, en el evento en que X sostiene un revólver con la intención de jalar el gatillo y disparar sobre Y, X puede atender a una serie de razones para decidir si finalmente lleva a cabo su

“Estructura y Legitimación de los Delitos de Peligro del Derecho Penal”, en: del mismo, *Teoría de las Normas y Sistemática del Delito*, ARA Editores, Lima, Perú, 2009, pp. 41-61.

⁶⁷ Si bien, usualmente, no se hace la distinción, dentro de las autorizaciones pueden distinguirse permisiones y exenciones. Las primeras autorizan un hacer, mientras que las segundas una omisión. Al respecto, VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993, p. 27.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 32.

⁶⁹ Fundamental, HABERMAS, Jürgen, “¿Qué significa pragmática universal?”, en: del mismo, *Teoría de la Acción Comunicativa. Complementos y Estudios Previos*, Cátedra, Madrid, 1989, p. 299 y ss.

⁷⁰ RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Londres, 1975. La idea de razón predominante no está referida necesariamente a la idea de razón compulsiva, para la idea de razón

intención de disparar o no: vengar el daño que Y le ha generado, obtener un monto de dinero como recompensa; o, en el caso de desistirse de su intención, compadecerse por la vida de Y, u obedecer la norma que le prohíbe matar a otro. La comprensión de las normas de comportamiento como razones exclusionarias supone que, dentro de este esquema de razones, para el ciudadano fiel al derecho se impone la prohibición de matar otro como razón preponderante.

Ahora bien, es evidente que no todas las razones recién presentadas son incompatibles con la prohibición de matar a otro. Incluso más, algunas de ellas pueden ser entendidas como el fundamento de la elección acorde a la prohibición: por ejemplo, X puede anteponer a sus deseos de venganza la obligación de evitar matar a otro *precisamente* porque se compadece por la vida de Y. ¿Significa esto que en este caso X no *obedeció* la obligación de evitar matar a otro? La respuesta a esta pregunta se relaciona con aquello que Georg von Wright ha denominado la “complejidad de la motivación”⁷¹. Para von Wright, la explicación de una acción en términos de razones -el tipo de explicación que él llama “explicación comprensiva”-⁷² supone indagar en el trasfondo de motivación del agente: la verdad de la explicación de una acción está determinada por la comprensión misma de la acción en el contexto del razonamiento. En la mayoría de los casos, no obstante, ese contexto no está compuesto por una sola razón, sino que por varias. Y la complejidad de lo anterior no radica sólo en el *número* de razones sino que también en la *fuerza* de las mismas. De este modo, la explicación comprensiva es un ejercicio de reconstrucción de ciertos estados mentales del agente que puede devenir sumamente difícil, y no sólo por el hecho de que el trasfondo motivacional sea

predominante véase WRIGHT, Georg Henrik von , *Sobre la Libertad Humana*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 81.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 80.

⁷² *Ibíd.*, p. 84.

complejo, sino que además por cuanto, en principio, es el agente mismo quien tiene el acceso privilegiado a sus estados mentales, lo cual supone que toda explicación comprensiva de una acción realizada por un tercero esté mediada por la autocomprensión del agente.

Volviendo a nuestro ejemplo, en términos de von Wright, el contexto motivacional de X es complejo puesto que existen varias razones para evitar disparar sobre Y (así como también las hay en sentido contrario). Tanto la norma de comportamiento “no matar a otro” como los sentimientos de compasión son razones que integran dicho contexto. Así es como, en este nivel, cobra importancia la distinción entre “razones existentes” y “razones eficaces”: ambas son razones pertenecientes al esquema de motivos del agente, sin embargo sólo las segundas son verdaderas razones para la realización de una acción determinada, es decir, aquellas que el agente efectivamente tuvo en cuenta para actuar.⁷³ La relevancia de distinguir entre unas y otras radica, por tanto, en que sólo pertenecen a la explicación de una acción en base a razones aquellas que pueden ser consideradas eficaces.

En atención a lo anterior, la norma de comportamiento “no matar otro”, en el ejemplo, a lo sumo podría ser entendida como una razón existente, mas no como una razón eficaz, y de este modo, la idea según la cual las normas de comportamiento operan como razones para la acción parecería carecer de desempeño discursivo: sólo en aquellos casos en que la norma de comportamiento es seguida por convicción, podría afirmarse correctamente que la norma opera como una razón para la acción.

Las consecuencias que lo anterior tendría para el derecho penal son evidentes: el juicio de culpabilidad penal (entendido como el reproche por un

⁷³ Ídem.

déficit de fidelidad al derecho expresado en la falta de motivación acorde a la norma de comportamiento infringida) equivaldría a un juicio de culpabilidad moral.

Esto, sin embargo, no es el caso. La afirmación de que las normas de comportamiento *penales* operan como razones eficaces debe ser entendida en un sentido muy preciso: la motivación de observar la norma como razón para la acción es un asunción contra-fáctica subyacente a la imputación de responsabilidad penal, no una constatación empírica relativa a las actitudes proposicionales⁷⁴ de los agentes que actúan conforme a las normas. En este sentido, que la norma de comportamiento penal opere *eficazmente* como una razón para la acción, en el sentido anotado por von Wright, no pasa de ser una contingencia vinculada a la auto-identificación reflexiva del sujeto con ella, la cual en ningún caso es, ni puede ser, exigida por un derecho penal respetuoso de la autonomía privada de los ciudadanos.

Podría pensarse, empero, que la sola caracterización de la operatividad de la norma de comportamiento como asunción contra-fáctica no es más que una forma de eludir el problema mediante la introducción de una premisa *ad hoc*. Dicho de otro modo, que una concepción del derecho penal que toma como punto de partida el modelo (ideal) de un agente que incorpora las normas como razones eficaces para sus acciones, pero que, al mismo tiempo, se desvincula de la necesidad de establecer si, en el caso concreto, el agente efectivamente actúa siguiendo esas razones, sería inconsistente. Tanto la explicación del comportamiento de aquel sujeto que actúa conforme a la norma como la de aquel sujeto que la infringe serían incompletas.

⁷⁴ En el lenguaje de la filosofía de la mente, una actitud proposicional corresponde a un estado mental intencional referido a un estado de cosas diferente del mismo conceptualizado mediante una proposición. En este sentido, la intencionalidad corresponde a la dimensión propia de los

La respuesta a esta objeción, sin embargo, se deja ver de inmediato: la función de la teoría de la imputación nunca ha sido elaborar la mejor explicación del comportamiento humano, sino que, fundamentalmente, establecer las condiciones bajo las cuales un comportamiento es atribuible a una persona bajo su responsabilidad. Lo anterior tiene dos consecuencias claras: en primer lugar, la consideración de las normas de comportamiento como razones eficaces para la acción de modo alguno está exenta de justificación, sino que, al contrario, la presupone. El punto está en notar que esa justificación es una construcción normativa, consistente en el establecimiento de un vínculo entre la norma y el sujeto en virtud del cual éste último pueda reconocerla como *su* norma.⁷⁵ La fundamentación correcta de dicho vínculo permite entender que la actuación orientada por normas de comportamiento (incluidas las normas penales) es explicable como ejercicio de autonomía. En segundo lugar, el criterio para establecer si una acción es imputable jurídico-penalmente a un sujeto como no-seguimiento de la norma como razón para la acción difiere del criterio para explicar adecuadamente la conexión de esa acción con una razón particular del sujeto. Esto último supone identificar *positivamente* la(s) razón(es) que, al momento de actuar, tuvo efectivamente en consideración el agente. Lo primero, en cambio, sólo exige establecer la no-concurrencia de ciertas condiciones específicas de atribución cuya particularidad reside en que, en caso de haber concurrido, habrían hecho pragmáticamente necesario un comportamiento acorde a la norma. La imputación de la acción radica, por ende, en la *posibilidad* de obedecer la norma, mientras que la explicación de la acción reside en la *actualidad* de ese obediencia. De este modo, el establecimiento de responsabilidad por la infracción de una norma opera *negativamente*. Sobre

estados mentales cuando están referidos a “algo más”. Al respecto, SEARLE, John, *Rationality in Action*, MIT Press, Cambridge, 2001, pp. 34 y ss.

este punto volveremos al tratar la imputación de las acciones prenatales con resultados lesivos dolosos.⁷⁶

En síntesis, la consideración de las normas de comportamiento en un sentido pragmático, es decir como razones para la acción, debe ser entendida, antes que como una forma de explicación del comportamiento de un agente, como un criterio para fundamentar la imputación de una acción a este último. La justificación de la utilización de ese criterio reside, en primer lugar, en el hecho de que la norma es, en un sentido político, su norma y, consecuentemente, su razón, y en segundo lugar, en el hecho de que las circunstancias para poder obedecerla a su vez se encuentran verificadas.

3.2. El objeto de la norma de comportamiento

Bajo la terminología de la teoría de los actos de habla, la dimensión pragmática de las normas de comportamiento corresponde a su sentido ilocucionario.⁷⁷; o bien, puesto de otro modo, la dimensión semántica de la norma puede ser entendida como “contenido” o sentido locucionario, mientras que la dimensión pragmática como “significado”.⁷⁸ Lo anterior, sin embargo, debe ser complementado por una consideración adicional. El paso de un nivel a otro no es automático; ambos sentidos no son las dos caras de una misma moneda (la norma de comportamiento). Antes bien, la norma de comportamiento sólo se deja entender íntegramente como razón para la acción cuando efectivamente es capaz de *obligar*, y esto sólo puede ocurrir en el caso

⁷⁵ Al respecto, KINDHÄUSER, U., “La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad”, en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1, 2000, pp. 171 y ss.; y DETMOLD, Michael, “Law as Practical Reason”, en: *Cambridge Law Journal*, 48, 1989, pp. 436-471.

⁷⁶ *Vid. Infra*, capítulo III.

⁷⁷ Al respecto AUSTIN, John L., *How to Do Things with Words*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1975, y SEARLE, J., “A Taxonomy of Illocutionary Acts”, en: del mismo, *Expression and Meaning*, Cambridge University Press, Cambridge, Mass, 1979, pp. 1 y ss.

⁷⁸ VOGEL, J., *Norm und Pflicht...*, p. 35.

concreto, más específicamente, cuando se verifica la concurrencia de las condiciones para el seguimiento personal de la norma. Al establecimiento de esas condiciones están destinadas las reglas de imputación. En razón de esto, la explicación de la sección anterior de la norma de comportamiento como razón para la acción debe entenderse de manera *prima facie*, puesto que aún está pendiente el estudio de las condiciones de imputación.

Sin embargo, antes de abocarnos a esto último, es necesario detenerse en un aspecto que todavía está pendiente y que dice relación con el objeto de la norma de comportamiento considerada (aún) en abstracto, es decir, con aquel hecho que es calificado deonticamente como prohibido, mandado o permitido, o bien axiologicamente, como bueno o malo, por la norma.⁷⁹

La pregunta por el objeto de la norma de comportamiento, pues, implica la pregunta por la identidad de aquello a lo cual el sujeto, para quien la norma opera como una razón para la acción, estaría obligado. ¿Se estaría obligado a una acción en particular? ¿A la producción de un estado de cosas? ¿A la evitación de la producción de un estado de cosas?⁸⁰

Una respuesta particularmente célebre a lo anterior es aquella formulada por Armin Kaufmann, y luego desarrollada por el finalismo radical. El punto de partida de Kaufmann es la observación de Welzel según la cual “solamente las acciones voluntarias pueden ser los comportamientos a los cuales se vinculan

⁷⁹ La consideración de uno u otro sentido se vincula con la distinción ya tradicional entre la “norma de determinación” y “norma de valoración” que surgiera en el contexto de causalismo neokantiano o neocausalismo.

⁸⁰ La utilización del condicional “estaría” obedece al hecho de que, como se verá posteriormente, la obligación en sentido estricto, es decir, aquello que la teoría de las normas aquí defendida llama “deber”, es una categoría que sólo existe una vez que se han aplicado las reglas de imputación, y, por ende, no pertenece a la norma de comportamiento.

los deberes del orden de protección”.⁸¹ Obviamente, desde una perspectiva finalista, el término “voluntarias” es, en este contexto, equivalente al término “finales”. Para Welzel, una prohibición dirigida a la naturaleza o a los animales carece de sentido. Sólo tiene sentido la orientación de la voluntad, y la voluntad corresponde, según Welzel, a la supradeterminación final del comportamiento. De este modo, “el contenido de la prohibición es, por tanto, siempre una acción (final)”.⁸² Lo que se sigue de lo anterior, para el finalismo radical, es que las condiciones de obediencia de la norma están incorporadas en la misma, es decir, que sólo tiene sentido la formulación de una norma de determinación en tanto el comportamiento que se espera del agente sea posible. Esto es lo que diferenciaría la comprensión de la norma de comportamiento como norma de determinación, por un lado, y como norma de valoración, por otro: la norma de valoración no tiene en consideración la capacidad de acción del sujeto y, por ende, es comprensible en abstracto. La norma de determinación, en cambio, sólo es concebible en tanto pueda ser seguida, de modo que su formulación paradigmática correspondería a un imperativo condicional que considera la capacidad de acción del agente: “debes, si puedes”. Marcelo Sancinetti, quizás el representante más conspicuo del finalismo radical en nuestro continente, ha entendido que de lo anterior se concluye que sólo los comportamientos dolosos pueden ser (lógicamente) prohibidos u ordenados, y que, por lo tanto, la única regulación penal sensata es la prohibición u ordenación de una acción (final): cualquier agravación de la pena en virtud de la producción de un resultado (distinto de la realización intencional de la acción prohibida) es irracional.⁸³

⁸¹ WELZEL, “Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”, en: del mismo, *Abhandlungen zum Strafrecht*, p. 23, citado en: KAUFMANN, A., *Teoría de las Normas...*, p.140.

⁸² Ídem.

⁸³ SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y Disvalor de Acción. Un análisis de las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

Sin perjuicio de la corrección o incorrección de la afirmación anterior, que es en definitiva aquella que justifica la etiqueta de “radical” atribuida esta variante del finalismo, la distinción entre disvalor de acción y disvalor de resultado como elementos del hecho punible sigue siendo mayoritaria en la doctrina. Bajo estos términos, una concepción como la de Kaufmann considera que la norma de comportamiento prohíbe acciones (finales) y, además acciones (finales) que, en virtud del conocimiento de la ley causal, posiblemente causan ciertos resultados. Esto nos permite, desde ya, articular una primera aproximación al problema: la respuesta a la pregunta por el objeto de la norma de comportamiento sólo se deja formular en términos relativos. Dependerá, en último término, de si la norma de comportamiento corresponde a la formulación invertida del supuesto de hecho de un tipo de mera actividad o de un tipo de resultado.

Ahora bien, para Kaufmann, en ambos casos la conducta prohibida por la norma de comportamiento sólo puede ser una acción final, es decir, un comportamiento cuyas condiciones de atribubilidad subjetiva al agente se encuentren satisfechas. Es aquí, sin embargo, donde reside el error de la concepción de Kaufmann. Si bien en cierto, como afirma este autor, que la norma (de comportamiento) abstracta sólo despliega su efecto obligante cuando las condiciones para poder seguirla se cumplen, no es menos cierto que dichas condiciones no pueden ser presupuestas por, o al menos no pueden estar incluidas en, la misma formulación de la norma de comportamiento. Las condiciones para poder obedecer la norma corresponden a categorías que, lógicamente, hacen referencia a la misma, de modo que pretender que se encuentren ya formuladas en ella supone infringir la prohibición de

autorreferencia.⁸⁴ En este sentido, la tesis de Kaufmann está basada en un error categorial.⁸⁵

Las condiciones de seguimiento de la norma, en consecuencia, están determinadas por otra clase de reglas, a las cuales hicimos referencia al principio de esta sección: las reglas de imputación. Ellas tienen como objeto de referencia a la norma de comportamiento, y serán analizadas con detención en la sección siguiente. Por el momento, debe señalarse que la norma de comportamiento no incluye dichas condiciones, de modo que lo prohibido o exigido por la norma, en abstracto, no puede ser una acción *final*, si por ello entendemos una acción imputable subjetivamente al autor a título de dolo o de imprudencia. Si la norma de comportamiento, tal como fue analizado *supra*, opera como una razón para la acción, entonces desde el punto de vista subjetivo ella debe ser atribuible a la persona como *su* razón, pero la verificación de que eso sea el caso no puede ser tarea, a su vez, de la misma norma de comportamiento. En ese sentido, su formulación no es condicional, sino categórica: sencillamente “no debes”. Y la infracción de la misma no puede ser conceptualizada como infracción personal, sino que sólo de manera objetivada, como mera antinormatividad.

Lo anterior, insistimos, se concreta en función de la formulación semántica del tipo. Si estamos ante un delito de resultado, la prohibición se expresa como prohibición de causar o producir un resultado determinado. Si estamos en presencia de un delito de mera actividad, la prohibición se concreta como prohibición de realizar una actividad determinada. Desde un punto de vista

⁸⁴ VOGEL, J., *Norm und Pflicht...*, p. 35.

⁸⁵ Bajo esta concepción, la distinción entre la norma de determinación y la norma de valoración, como dos modalidades de la norma de comportamiento, es reformulada como dos funciones distintas de la norma de comportamiento: a la primera corresponde una función prospectiva de configuración, mientras que a la segunda corresponde una función retrospectiva de baremo de medición. Al respecto HRUSCHKA, J., “Reglas de Comportamiento...”, pp. 13 y ss.

pragmático, sólo esto es necesario para la orientación del comportamiento, bajo el supuesto de que las condiciones de seguimiento de la norma se cumplan. Por eso, la identificación clara del objeto de la norma de comportamiento que prohíbe lesionar a otro es fundamental para la determinación de la punibilidad de las acciones prenatales con resultados lesivos. En un sistema sin delito de lesiones al feto, es esa norma de comportamiento la que podría eventualmente operar como una razón para evitar lesionar a un feto. Esto será analizado en el capítulo siguiente. Por el momento, debemos detenernos a examinar con mayor detención las condiciones de seguimiento de la norma a las que nos hemos referido anteriormente.

4. LA IMPUTACIÓN COMO CONTRARIEDAD A DEBER

4.1. La relación entre las normas de comportamiento y las reglas de imputación

Según lo señalado anteriormente, junto a las normas de comportamiento, existe otro tipo de reglas que hemos identificado como reglas de imputación.⁸⁶ Dichas reglas apuntan a establecer la concurrencia de las condiciones bajo las cuales tiene sentido afirmar que una norma de comportamiento *obliga* a una persona en particular. Desde el punto de vista de la tradicional distinción entre una parte general y una parte especial del derecho penal, las reglas de imputación pueden ser entendidas como reglas de la parte general, toda vez que a esa categoría le corresponde el establecimiento de las condiciones bajo las cuales la realización de un comportamiento típico puede ser considerado como una infracción a deber reprochable.

⁸⁶ HRUSCHKA, J., "Reglas de Comportamiento y...".

Las reglas de imputación, por tanto, no se encuentran dirigidas ni al ciudadano ni al adjudicador. A diferencia de las normas de comportamiento, su función no es prescriptiva, sino que adscriptiva. No están destinadas a orientar el comportamiento, sino que a establecer las condiciones de adscripción o atribución de responsabilidad a una persona por la realización de un comportamiento antinormativo.⁸⁷ Las normas de comportamiento y las reglas de imputación pertenecen, así, a niveles lógicos distintos, pero están vinculadas: las segundas están referidas a las primeras.⁸⁸

De este modo, para que un comportamiento antinormativo pueda ser considerado como contrario a deber, el mismo requiere de la aplicación de reglas de imputación. Como hemos venido anunciando, la categoría del deber se diferencia de la antinormatividad en tanto se trata de una categoría personal. Esto quiere decir que sólo en el caso concreto y respecto de una persona en particular, sólo en atención a sus circunstancias individuales, es posible fundamentar un *deber* de obedecer la norma de comportamiento; o dicho de otro modo, sólo en ese contexto, la norma de comportamiento puede desplegar, en términos definitivos, su *obligatoriedad*. La razón de lo anterior reside en la máxima "*ultra posse nemo obligatur*": sólo se puede fundamentar un deber de actuar (u omitir), si es que en la situación concreta es posible actuar (u omitir).⁸⁹ Así, las reglas de imputación establecen cuándo un sujeto que ha de ser

⁸⁷ Fundamental, HART, Herbert Lionel Adolphus, "The Ascription of Responsibility and Rights", en: *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49, 1948.

⁸⁸ La distinción entre ambos tipos de reglas tiene su correlato en la teoría del derecho anglosajona en la distinción entre "conduct rules" y "decision rules". Véase al respecto, ROBINSON, Paul, "Rules of Conduct and Principles of Adjudication", en: *University of Chicago Law Review*, 57, 1990, pp. 729-771, y DAN-COHEN, Meir, "Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law", en: del mismo, *Harmful Thoughts. Essays On Law, Self, and Morality*, Princeton University Press, New Jersey, 2002, pp. 37-93.

⁸⁹ KINDHÄUSER, U., "El Denominado Riesgo 'No Permitido'", en: del mismo, *Crítica a la Teoría de la Imputación Objetiva y Función del Tipo Objetivo*, Grijley, Lima, 2007, p. 58. Véase para su formulación como *impossibilium nulla est obligatio* y una crítica de su imprecisión, HRUSCHKA, J., "Justification and Excuses: A Systematic Approach", en: *Ohio State Journal of Criminal Law*, 407, 2005, pp. 407-413.

orientado por una norma de comportamiento se encuentra en condiciones de seguirla y, por ende, está obligado a seguirla.

4.2. Los dos niveles de imputación: imputación de primer nivel e imputación de segundo nivel

La imputación de una conducta como contraria a deber implica, por ende, la identificación de *agencia* en un sujeto. Para estos efectos, la agencia debe ser entendida como la propiedad que caracteriza a la realización de una acción intencional, y la intencionalidad, por su parte, corresponde a la particularidad de ciertos estados mentales de estar referidos a objetos que son independientes de quien posee el estado intencional.⁹⁰ Si esos objetos corresponden a proposiciones –que gramaticalmente se identifican generalmente como complementos circunstanciales bajo la forma subjuntiva “que X”-, entonces los estados intencionales corresponden a actitudes proposicionales. En ese sentido se dice que “querer que X sea el caso” o “creer que X es el caso” son actitudes proposicionales. La intencionalidad, por ende, es aquello que permite describir una acción de un sujeto como *su* acción, en tanto la misma pueda ser descrita como el resultado de alguna actitud proposicional, y en esa medida, “representa el criterio fundamental para toda atribución de agencia”.⁹¹

La capacidad de formarse y realizar intenciones constituye, así, el dispositivo contra-fáctico de verificación de la auto-determinación de un sujeto. Pero la particularidad de la identificación de agencia como auto-determinación se vincula con el hecho de que aquello que nos caracteriza como personas es la

⁹⁰ SEARLE, J., *Rationality in...* , pp. 34 y ss. También, DENNETT, Daniel, “Los Verdaderos Creyentes: La Estrategia Intencional y Por Qué Funciona”, en: del mismo, *La Actitud Intencional*, Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 25-49.

⁹¹ MAÑALICH, J.P., “Determinismo, Autonomía y Responsabilidad Penal”, en: KINDHÄUSER, U./ MAÑALICH, J.P., *Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático*, ARA Editores, Lima, 2009, p. 188.

posibilidad que tenemos de formarnos dos tipos de intenciones diferentes: intenciones de primer y de segundo orden. Las primeras corresponden a las intenciones de hacer u omitir algo, mientras que las segundas corresponden a las intenciones de formarse, a su vez, intenciones de hacer u omitir algo.⁹²

Es notable la correspondencia que existe entre esta explicación de la libertad de la voluntad, propia del contexto de la actual filosofía de la mente, con la explicación de las condiciones de atribución de responsabilidad penal que surge en el con la filosofía moral de los siglos XVII y XVIII y que pervive hasta hoy.⁹³ En ese contexto, se articula la distinción entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*; la cual, reformulada por la teoría penal contemporánea como imputación de primer nivel e imputación de segundo nivel, corresponde en gran medida a la distinción entre capacidad de formarse intenciones de primer orden y capacidad de formarse intenciones de segundo orden.

La imputación de primer nivel consiste en la atribución de capacidad puramente fáctica de hacer u omitir una acción, y en ese sentido, de formarse y/o realizar la intención de ejecutar (u omitir) dicha acción. Esta capacidad desaparece en los casos en que la ejecución u omisión es físicamente imposible o físicamente necesaria (vgr., en casos de *vis absoluta* o de actos reflejos) y en aquellos casos en que no existe conocimiento por parte del sujeto de la situación relevante o de la alternativa a la acción u omisión (vgr. en casos de error de tipo el cual supone la exclusión del dolo). De este modo, la

⁹² Esta construcción encuentra su correlato en la versión que ofrece Harry Frankfurt del argumento compatibilista, como reformulación del llamado principio de posibilidades alternativas, en el contexto de la discusión sobre el libre albedrío. Véase al respecto, FRANKFURT, Harry, "Alternate Possibilities and Moral Responsibility", en: del mismo, *The Importance of What We Care About*, Cambridge University Press, New York, 2007, pp. 1-10.

⁹³ Para una completa exhaustiva revisión histórica de la teoría de la imputación, HRUSCHKA, J., "La Imputación Ordinaria y Extraordinaria en Pufendorf. Sobre la Historia y Significado de la Diferencia entre *Actio Libera in Se* y *Actio Libera in Sua Causa*", en: del mismo, *Imputación y...*, pp. 51-102; con especial énfasis en la teoría kantiana de la imputación, SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y Teoría del Delito*, BdeF, Buenos Aires, 2008.

imputación de primer nivel supone la verificación de criterios de evitabilidad de la realización (u omisión) del comportamiento prohibido (o mandado). Imputar un comportamiento en estos términos implica verificar que, si el sujeto tuvo capacidad de acción y conoció la situación típicamente relevante, teniendo un motivo para evitar la realización del comportamiento prohibido, entonces la habría podido evitar. Si no lo hizo, entonces su comportamiento se imputa como contrario a deber. Cabe notar, sin embargo, que la imputación como infracción a deber requiere de la motivación del sujeto por la norma de comportamiento. A esto se refiere la expresión “teniendo un motivo para evitar la realización del comportamiento prohibido”. Que la norma de comportamiento pueda constituir un motivo para actuar, ya quedó demostrado. No obstante, resta comprobar que, en el caso concreto, *efectivamente* pudo constituir una razón para actuar. Esta es, precisamente, la función de la imputación de segundo nivel.⁹⁴

En efecto, la imputación de segundo nivel corresponde a la atribución de capacidad de motivación para la ejecución u omisión de una acción. En ese sentido, está referida a la formación de una intención de segundo orden, puesto que su función consiste en verificar la capacidad de formarse la intención de, a su vez, tener la intención (de primer orden) de evitar la realización del comportamiento prohibido; en otras palabras, de formarse la intención de actuar en conformidad con la norma de comportamiento, la cual, en estos términos, opera como una razón para formarse la intención (de primer orden) de actuar u omitir. De este modo, la imputación de segundo nivel es la imputación a la

⁹⁴ Es importante notar que la exigencia de que la norma de comportamiento haya podido efectivamente -esto es, en el caso particular- operar como un motivo para evitar la realización del comportamiento prohibido, no es incompatible con lo afirmado *supra* relativo a que no es necesario que la norma de comportamiento corresponda al motivo *inmediato* por el cual se evita la realización del comportamiento prohibido, pues la exigencia no es actual, sino que se mantiene en términos hipotéticos. Lo que las normas de imputación indican es que no sólo en abstracto la norma de comportamiento *puede* constituir una razón para la acción, sino que -y más importante- en el caso concreto la norma de comportamiento *pudo* constituir un motivo. Que no haya sido el motivo inmediato es obvio: precisamente ése es el objeto del reproche de culpabilidad.

culpabilidad: constituye el equivalente conceptual de aquello que la dogmática continental conoce mayoritariamente como “reprochabilidad”.⁹⁵

Al igual que la imputación de primer nivel, la imputación de segundo nivel es cancelada por la concurrencia de ciertas condiciones que actualizan la exclusión de la motivación. Estas condiciones pueden ser clasificadas en dos categorías: las causas de inculpabilidad y las causas de exculpación. Las primeras corresponden a los casos en que no existe capacidad de motivación por la norma, por ejemplo, en los casos inimputabilidad o de error de prohibición. Las segundas, por su parte, corresponden a aquellos casos en que, existiendo fácticamente la capacidad para motivarse por la norma, ésta es, sin embargo, inexigible.⁹⁶

El modelo de imputación aquí esbozado puede ser caracterizado mediante el recurso al instrumento del silogismo práctico.⁹⁷ Lo relevante de la utilización de este instrumento radica en que el mismo permite dar cuenta de la necesidad *práctica* a la que está sometido aquel sujeto respecto del cual se verifican las condiciones de imputación para obedecer la norma. Como todo silogismo, el silogismo práctico cuenta con una premisa mayor, una menor, y una conclusión. En la premisa mayor se establece el objetivo del agente, el cual está determinado, en nuestro caso, por aquello prescrito por la norma de comportamiento (por ejemplo: “no lesionar a otro”). En la premisa menor, se

⁹⁵ Para la formulación de la idea de culpabilidad como reprochabilidad, FRANK, Reinhardt, *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, Montevideo, 2004.

⁹⁶ La eximente por miedo insuperable ha sido tradicionalmente incluida, tanto en la doctrina comparada como nacional, en la categoría de las causas de inculpabilidad, sin embargo, bajo el modelo aquí defendido su caracterización corresponde la de una causal de exculpación por inexigibilidad. Defendiendo esta última posición, MAÑALICH, J.P., “Miedo Insuperable y Obediencia Jerárquica”, en: *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XXI - N° 1, 2008, pp. 61-73. Para la opinión mayoritaria, por todos, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1996, pp. 113 y ss.

⁹⁷ Al respecto, en el contexto de la filosofía analítica y de la acción, véase ANSCOMBE, G.E.M., *Intention*, Harvard University Press, Cambridge, 1957; y SEARLE, J., *Rationality....*

establece la capacidad de acción y el conocimiento necesario del agente para realizar el objetivo propuesto. La conclusión, finalmente, muestra la acción necesaria a realizarse u omitirse por el agente para lograr el objetivo. Puesto en otros términos: si el agente se propone evitar la realización de una lesión a otra persona (premisa mayor), y es el caso que el agente, en el momento relevante, sabe que aquello que se dispone a realizar puede lesionar a otra persona y está en condiciones de evitarlo (premisa menor), entonces para conseguir su objetivo, el agente debe *necesariamente* evitar realizar lo que se disponía a realizar (conclusión). En este sentido, en la imputación de primer nivel, la voluntad de querer y la capacidad de poder obedecer la norma son presupuestas contra-fácticamente: así, sólo con la intención de evitar el comportamiento prohibido y con la capacidad de hacerlo, se torna necesario, desde el punto de vista práctico, obedecer la norma. La imputación de segundo nivel, enseguida, actualiza la asunción contra-fáctica estableciendo la efectiva posibilidad de tener la intención de obedecer la norma. En otras palabras: en el primer nivel, al autor se le imputa su conducta como infracción a deber; en el segundo nivel, al autor se le imputa la infracción a deber como culpable.

La caracterización binaria de la estructura de imputación no significa, sin embargo, que exista más de un juicio de atribución de responsabilidad. El juicio es siempre unitario: sólo se trata de hacer responsable a un sujeto por su comportamiento. La distinción de niveles, por ende, constituye así un recurso analítico que permite esclarecer la atribución de responsabilidad por una conducta en los mismos términos en que lo es la clásica caracterización del delito como acción típica, antijurídica y culpable.

4.3. Las dos formas de imputación: imputación ordinaria e imputación extraordinaria

Hasta el momento, la estructura de imputación del comportamiento antinormativo ha sido caracterizada como verificación de las circunstancias que hacen posible la constatación de agencia en el autor. La idea central para estos efectos es la de intencionalidad, toda vez que, como vimos, un comportamiento es atribuible a un sujeto como *su* comportamiento si existe al menos una descripción de éste como comportamiento intencional. La representación del autor de la circunstancias relevantes para el obedecimiento de la norma de comportamiento y su capacidad de llevar a cabo la acción necesaria para dicho cumplimiento son, por ello, esenciales para poder imputar el comportamiento antinormativo como infracción a deber.

Ahora bien, las razones para la cancelación de las condiciones de seguimiento de la norma de comportamiento y, por ende, para la exclusión de la imputación del comportamiento antinormativo, pueden ser a su vez atribuidas al destinatario de la norma. En este sentido, la sola constatación de la incapacidad de obedecer la norma por parte de este último no constituye una razón suficiente para la exclusión de responsabilidad. Aquel sujeto que sufre de miopía severa y, por tanto, tiene la indicación médica de usar anteojos permanentemente, no puede legítimamente invocar su condición deficitaria para exonerarse de la responsabilidad que le pueda caber por el disparo que efectuó sobre un hombre creyendo que se trataba de un animal, cuando cazaba sin portar sus anteojos. Su incapacidad de evitar la lesión del bien jurídico –la cual no ha sido puesta en duda- en el momento decisivo del disparo, excluye la posibilidad de imputar *ordinariamente* la lesión, es decir, en los términos explicados anteriormente, como infracción a deber. Sin embargo, en tanto la incapacidad actual haya sido, a su vez, evitable por el autor, el comportamiento sigue siendo imputable como infracción a deber, toda vez que, como afirma Kindhäuser, “es una contradicción el pretender cumplir con la norma, sin querer

estar en condición de hacerlo física e intelectualmente.”⁹⁸ A esta ampliación de la responsabilidad se le denomina imputación extraordinaria: la inevitabilidad del comportamiento antinormativo es inevitabilidad culpable.

La imputación extraordinaria constituye, así, no un tercer nivel de imputación, sino que una forma alternativa de imputación y, como tal, puede coexistir junto a la imputación de primer y de segundo nivel. En otras palabras: así como una conducta puede ser imputada ordinariamente en un primer y en un segundo nivel como conducta dolosa culpable, también puede ser imputada extraordinariamente en un primer y en un segundo nivel como conducta imprudente culpable. El dolo y la imprudencia corresponden, en consecuencia, a los dos criterios básicos de atribución de responsabilidad por la realización de un comportamiento antinormativo.

Como lo ha puesto en evidencia Hruschka,⁹⁹ la distinción entre estas dos formas de imputación también era conocida por la filosofía moral de los siglos XVII y XVIII. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría con la distinción entre imputación de primer nivel e imputación de segundo nivel (representada en ese entonces por la distinción entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*), autores como Pufendorf o Daries no tenían una terminología propia para conceptualizarla en términos concisos. Su formulación más ilustrativa tenía que ver con la diferenciación entre dos formas de capacidad de dejar que algo sea el caso o no, las cuales podían ser separadas tanto lógicamente como temporalmente. De este modo, la distinción se restringió históricamente al controvertido problema de la *actio libera in causa*, puesto que la imputación ordinaria fue identificada, en Pufendorf, con la “*actio libera in se*”, mientras que la imputación extraordinaria

⁹⁸ KINDHÄUSER, U., “Imprudencia y Riesgo Permitido”, en: del mismo, *Derecho Penal y Conducta Peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 106.

⁹⁹ HRUSCHKA, J., “La imputación Ordinaria y Extraordinaria ...”, en: del mismo, *Imputación...*, pp. 51-102.

con la “*actio libera in sua causa*”.¹⁰⁰ El reconocimiento de dos formas distintas de imputación, empero, y tal como lo ha demostrado sistemáticamente Hruschka, no debe ser reducido a este problema en particular.¹⁰¹ Por el contrario, toda la estructura de la imputación a título de imprudencia puede ser reconducida a la distinción entre imputación ordinaria e imputación extraordinaria, toda vez que la infracción a los deberes de cuidado constituye el fundamento de la imputación del déficit de capacidad de seguimiento de la norma al autor como infracción a deber. Sobre esto volveremos, con mayor detenimiento, en el capítulo IV.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 57.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 64.

CAPÍTULO III
**LA IMPUTACIÓN DE LAS ACCIONES PRENATALES CON RESULTADO
LESIVO**

1. SÍNTESIS DE LA DISCUSIÓN DOCTRINAL

1.1. Reformulación del problema: ¿antinormatividad o imputación?

La discusión referida a la punibilidad de la acción que lesiona un feto, ya se ha dicho, no ha girado en torno al problema de la identificación del feto como un otro, sino en la posibilidad de imputar a título de lesiones a otro, una vez que el feto pasa a detentar dicha calidad. Es decir, no son lesiones al feto las que se imputan, sino, en rigor, lesiones a otro. Aún en otros términos, la norma de comportamiento a la que se atiende no es una inexistente que proscriba las lesiones a un feto, sino que es la norma que prohíbe lesionar a otro nacido. La particularidad del caso está dada por el hecho de que las acciones lesivas (en una persona nacida) se producen antes de que exista el otro pueda ser lesionado, y sin embargo los resultados pueden tener lugar con posterioridad al nacimiento.

En vista de lo anterior, la discusión en la doctrina gira en torno a las condiciones que deben reunirse para que a una acción lesiva prenatal, esto es, una acción que se realiza con anterioridad al nacimiento del eventual lesionado, pueda considerarse constitutiva del delito de lesiones. La problemática, de esta manera, puede reformularse a través de la siguiente pregunta: ¿Bajo qué

presupuestos y en qué momento puede considerarse que otro resulta lesionado, en los términos exigidos por el tipo, y cuáles son las condiciones para la imputación de dicho comportamiento a la luz de la norma de comportamiento?

Tanto Maurach y Tepperwien como Kaufmann pusieron sus esfuerzos en analizar el primero de dichos aspectos, es decir, en determinar cómo y cuándo la acción lesiva prenatal puede condecirse con la descripción del tipo de lesiones contra la persona. Se trata entonces de un problema semántico, en particular, de determinación de concurrencia de los presupuestos de la antinormatividad. Es decir, para la mayoría de la doctrina la cuestión central del problema ha consistido en identificar en qué momento debe concurrir el objeto exigido por el delito, y éste se ha visto primordialmente como un problema de antinormatividad, y no como un problema que también es de imputación.

En este sentido, para los dos primeros autores, si la lesión perduraba tras el nacimiento del feto –esto es, cuando pasa a ser otro- el tipo quedaba satisfecho. Fundaban esta consideración en la distinción entre lesiones en sentido material y en sentido jurídico, conforme a la cual, al nacer el que era feto, la lesión se manifestaba como relevante en sentido jurídico, y el resultado típico quedaba satisfecho. Luego, si el comportamiento había sido doloso o culposo, era posible imputarlo a título de lesiones a otro¹⁰².

Para Kaufmann, en cambio, lo relevante no es el momento –o tiempo- en que el resultado se encuentra manifiesto (nótese que no decimos “en que el resultado se produce”, pues lo relevante en Maurach y Tepperwien no es el instante de dicha producción, sino el estado posterior al resultado), sino que lo

relevante es el momento en que *la acción incide sobre el objeto de ataque*. Esto implica una propuesta distinta a la anterior, en cuanto considerará irrelevantes todas las acciones que incidan en el feto mientras es tal, siendo sólo atendibles aquellas que incidan en el que ya es un otro.

Sin embargo, analíticamente ambas posiciones (la de Maurach y Tepperwien, de una parte, y la de Kaufmann, de otra) observan la cuestión desde un mismo prisma: para todos ellos, el problema se resuelve en sede de antinormatividad. Para ellos, la cuestión relevante es determinar en qué medida la acción lesiva prenatal se encuentra semánticamente contenida en el tipo. Se preguntan si la acción lesiva prenatal se encuentra descrita en el tipo de lesiones a otro, y de qué modo, pero el problema de la imputación del comportamiento es sólo secundario.

Es así como la imprudencia en Maurach y Tepperwien no es punible “por consideraciones sistemáticas”. Pero no hay en las respectivas tesis de éstos un mayor análisis de los presupuestos de dicha imputación. Lo mismo puede decirse de Kaufmann, para quien la impunidad del aborto imprudente opera como una “demostración” de que las acciones prenatales imprudentes son irrelevantes para el legislador penal alemán¹⁰³. Para ninguno de ellos la aplicación de las reglas de imputación juega un rol relevante a la hora de resolver la cuestión de las acciones lesivas prenatales.

Silva Sánchez, en cambio, se encuentra exactamente en la vereda opuesta. Para él lo único relevante es determinar si de la acción prenatal lesiva puede o no imputarse objetivamente al resultado de lesiones a que se ve expuesto aquel

¹⁰² Sin perjuicio de la impunidad de la conducta a título de imprudencia que dichos autores postulaban por consideraciones sistemáticas, al ser el aborto imprudente un comportamiento atípico.

¹⁰³ Argumento que, si fuera efectivo, sería plenamente esgrimible en nuestro país.

que ha nacido. Se trata, en este sentido, de decidir si la acción implica o no la producción de un riesgo no permitido a la luz de la norma de comportamiento.

Para Silva Sánchez, así como para Maurach y Tepperwien (no así para Kaufmann), lo único relevante a efectos del tipo, es que ocurra el suceso consistente en que haya otro lesionado. Para ellos, el resultado lesivo acaece en la medida en que el estado de lesión aparece en otro. Sin embargo, en el caso del autor español, este análisis carece de mayor importancia. En su estudio sólo importa la imputación del resultado.

Es así como para que la conducta pueda entenderse como típica, basta la imputación objetiva desde el prisma del riesgo permitido. Desde que se considera que la acción prenatal lesiva configura un riesgo no permitido, la conducta realiza el tipo. El resto es imputación subjetiva, y así todo es pura imputación. Allí donde Maurach, Tepperwien y Kaufmann ven una dificultad prescriptiva, Silva ve pura adscripción: objetiva en un primer momento, subjetiva después.

Dicho lo anterior, aparece que todos los autores ya señalados tienden a realizar su análisis formulando el problema como uno de antinormatividad, o como uno de imputación. O es una cuestión puramente prescriptiva, o puramente adscriptiva.

Sin embargo el problema no puede dejarse ver desde uno y otro prisma separadamente. La atribución de responsabilidad a un agente por un comportamiento antinormativo presupone siempre la aplicación de normas de comportamiento conjuntamente con las reglas de imputación. La posibilidad de imputar la infracción de una norma a un comportamiento exige el análisis conjunto de dos dimensiones de sentido de esa norma: ésta aparece a la vez

como una proposición y como una razón para actuar¹⁰⁴. La norma no sólo pretende ser comprendida (dimensión *locucionaria*), sino que además pretende ser obedecida (dimensión *ilocucionaria*).

De una parte, cuando se analiza si una norma de comportamiento pudiera verse infringida con una acción determinada, cualquier análisis que aborde sólo una de las dimensiones de sentido de la norma aparece como incompleto, pues la sola proposición de la norma no dice sino lo que se desprende semánticamente de ella: que se prohíbe, manda o permite esto o aquello. El modo en que se infringe esa norma requiere necesariamente la mirada de las reglas de imputación, y ése es precisamente el asunto en controversia.

Lo anterior aparece como evidente desde que se observa que la aplicación de una norma de comportamiento implica la imputación a la acción. Sólo si la imputación en el primer nivel (a la acción) es posible, tiene sentido la aplicación de la norma infringida, esto es la consideración de la norma como baremo de medición¹⁰⁵.

Esto se debe a que la construcción de un deber requiere la determinación de la imputación a la acción. No puede construirse un deber sobre aquello que no es imputable en un primer nivel¹⁰⁶. Así el deber implica poder, entendido este poder como capacidad de acción¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Al efecto, véase VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht ...*. Vid. *supra* II, 3.1.

¹⁰⁵ HRUSCHKA, Joachim, "Reglas de Comportamiento ...", p. 18.

¹⁰⁶ No ocurre lo mismo respecto de la imputación en el segundo nivel: si lo que no es posible es la imputación a la motivación, no deja de haber infracción a deber.

¹⁰⁷ Sobre esto, HRUSCHKA, Joachim, "Imputation", en *Brigham Young University Law Review*. 669, 1986.

Con todo, si la pregunta es si es posible entender que una acción puede constituir una infracción a deber, entonces la consideración de las reglas de imputación es imprescindible.

De otra parte, y a la inversa, el análisis de si una conducta puede o no ser constitutiva de un delito determinado no puede hacerse sin observar la formulación de ese tipo. Es el tipo penal el que informa acerca de las situaciones que pudieran ser relevantes a la luz de su formulación. El deber se construye con miras al tipo penal, y el intérprete encontrará en él tanto el sostén de ese deber, como los límites de la imputación: se imputa la infracción de éste, y sólo éste contenido proposicional típico.

Pareciera ser, adelantamos, que es esto último lo que Silva Sánchez no incluye en su análisis. La norma propone, en cuanto da cuenta de aquello que es relevante a efectos de la imputación, al punto que esta imputación no puede exceder los límites de dicha norma.

La cuestión referida a la imputación de lesiones prenatales como infracciones a la norma de comportamiento que prohíbe lesionar a otro se deja ver, insistimos, como una cuestión de antinormatividad e imputación en forma simultánea: se trata de identificar en qué medida tales acciones pueden imputarse como infractoras de deber a la luz de la norma de comportamiento.

1.2. La estructura del problema de la mutación del objeto en el tiempo

Jesús María Silva Sánchez hace una asertiva constatación: el problema de las lesiones a otro a través de acciones prenatales es el mismo que se da cada vez que una acción tiene lugar antes de la mutación del objeto de ataque, de

modo que la valoración jurídica de dicho ataque sea distinta según el momento en que se entiende realizada la acción.

Podemos explicar lo anterior con algunos ejemplos:

a) X vende a Z un automóvil sin garantía alguna y cierra el negocio, pero deja la entrega para el día siguiente. Antes de que la propiedad sea traspasada mediante la entrega de las llaves, X ha alterado el motor a fin de que éste falle a los pocos kilómetros y Z necesite repararlo en el taller de X. ¿Delito de daño en la propiedad ajena?

b) C tiene la intención de contraer matrimonio con B para heredar su fortuna. La noche de bodas, antes de firmar el acta de matrimonio, C hace beber a B un copa mezclada con un veneno mortífero que hará efecto a la mañana siguiente. ¿Homicidio calificado o parricidio?

c) Antes de que P sea nombrado Ministro de Estado, Q formula declaraciones injuriosas a través de un canal de televisión sabiendo que las imágenes no serán difundidas sino hasta el nombramiento oficial de P. ¿Injurias simples o desacato contra la autoridad?

En los casos expuestos, tras el acaecimiento de la acción, el objeto de ataque muta, de modo tal que cambia la valoración jurídica de dicho ataque. Es precisamente esto lo que ocurre en los casos de las acciones prenatales con resultado lesivo. Tras realizarse éstas, el objeto de ataque pasa de feto a

persona, de modo que la valoración jurídica de la conducta dependerá de si se considera que el objeto “atacado” fue un feto, o si fue una persona.

Pues bien, en los casos de mutación del objeto de ataque en el tiempo, pueden ocurrir tres cosas: i) que el ataque al objeto en su estado original sea jurídico penalmente relevante, pero que no lo sea tras la mutación del objeto; ii) que el ataque al objeto sea jurídico penalmente relevante tanto antes como después de su mutación, pero de modo diverso; o iii) que el ataque sea irrelevante en su estado original, pero que adquiera dicha relevancia tras la mutación. Para el caso de las acciones lesivas prenatales, en un sistema con delito de lesiones al feto, como lo es el español, se trata de la segunda hipótesis. En un sistema sin delito de lesiones al feto, como lo es actualmente el chileno, se trata de la tercera.

Por cada norma de comportamiento que pudiera verse vulnerada debe realizarse un análisis de imputación distinto. Dicho de otro modo, habrán tantas imputaciones como aplicaciones de norma hayan. Esto es así por cuanto las reglas de imputación operan siempre referidas a una norma de comportamiento determinada. Es la infracción a esa norma de comportamiento la que activa el desarrollo de las reglas de imputación, de modo tal que si hay multiplicidad de normas de comportamiento eventualmente infringidas (aún cuando tales infracciones eventuales provengan de una misma acción), entonces las reglas de imputación operan separadamente para cada una de ellas.

Así, en los casos en que el ataque al objeto sea relevante en ambos momentos de dicho objeto (tanto antes como después de su mutación), serán

dos las imputaciones posibles. Si es posible la imputación de la causación de ambos resultados típicos, la cuestión no pasa de ser un problema concursal¹⁰⁸.

2. LA CAUSACIÓN DEL RESULTADO TÍPICO COMO OBJETO DE LA IMPUTACIÓN: LA LESIÓN A UN OTRO COMO CATEGORÍA DE LA ANTINORMATIVIDAD

2.2. La lesión como resultado típico

2.2.1 *Las lesiones como delito de resultado: el problema en la doctrina chilena*

Decidir cuándo se entiende cometido un delito pasa, en buena medida, por definir si dicho delito es de resultado o de –mera- actividad¹⁰⁹. Para el caso de los delitos de resultado, el acaecimiento del éste es un elemento objetivo del tipo, de modo tal que la antinormatividad sólo se produce *con* él.

Tanto la doctrina nacional como comparada han entendido en forma muy mayoritaria que el delito de lesiones es un delito de resultado, y no de actividad, toda vez que su consumación se produce por el acaecimiento de una lesión corporal, y no por la actividad de lesionar. No obstante lo anterior, se ha sostenido por parte de la doctrina que el delito de lesiones es, en ciertas legislaciones, un delito de actividad. En el contexto de la regulación nacional, adhiere a esta tesis Alfredo Etcheberry¹¹⁰¹¹¹, autor cuyas líneas pasaremos a analizar en lo que sigue.

¹⁰⁸ El modo en que se estructuran los problemas concursales para los casos de acciones lesivas prenatales será analizado en la parte final del presente capítulo.

¹⁰⁹ Sobre la distinción entre delitos de resultado y delitos de actividad, vid. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 1997, p. 205 y ss.

¹¹⁰ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 112 y ss.

¹¹¹ Una misma idea en GARRIDO Montt, Mario, *Derecho Penal, Tomo III, P.E.*, 2 ed. Santiago, 2002., p. 161.

Etcheberry se pregunta, a la luz de la redacción de los delitos de lesiones regulados en el Código Penal chileno, si éstos se encuentran formulados como delitos de resultado, o como delitos de actividad que, si bien se ve agravada por dicho resultado, se bastan de las meras “vías de hecho” para entender cometido el tipo. En el primer caso, claro, el resultado es imprescindible para que el delito se entienda consumado. En el segundo, en cambio, bastaría con el acto de lesionar para que el delito se encuentre consumado. El resultado producido por ese acto sólo sería relevante a efectos de agravar la pena.

Este autor analiza el sentido en que el término “lesión” es utilizado en el Código Penal. Constata así que en ciertas disposiciones dicha expresión es utilizada por el legislador para designar una vía de hecho, un modo de actuar. Así, en el artículo 397 utiliza la frase “...si de resultas de las lesiones”, y luego si “... las lesiones produjeren”, con lo que se expresa que la lesión sería una simple actividad¹¹².

Sin embargo, otras disposiciones se refieren a la lesión como un efecto, y no como la vía de hecho. Así, el artículo 398 utiliza la expresión “causar una lesión grave”, que supone entender la lesión como un resultado, idea que parece verse reafirmada por los artículos 494 N° 5, 140 y 150, todos del Código Penal¹¹³.

Considerando Etcheberry que el punto podría ser discutible, se inclina por estimar que el núcleo del injusto de las lesiones son las vías de hecho. Para llegar a dicha conclusión, no se vale de las normas del Código Penal, sino que más bien atiende a criterios de justicia. Es así como señala que si no se

¹¹² ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal...*, p.114.

¹¹³ *Ibid.*, p. 114-115.

entendiera que el núcleo está en las vías de hecho, “se produciría un vacío importante en la protección de valores jurídicos de la persona. Se protegería un valor inmaterial, como es su honor, y en cambio se la dejaría indefensa frente a los ataques ajenos en su persona misma, si no produjeran efectos permanentes o duraderos. Una persona podría ser derribada al suelo; tirada fuertemente por los cabellos; recibir un puntapié; experimentar intenso dolor por torcérselo un brazo, y todas estas conductas serían impunes, si no acarrearán un efecto permanente...”¹¹⁴.

La tesis de Etcheberry aparece de este modo como una solución para la totalidad de las acciones prenatales lesivas: si el delito de lesiones es de actividad, y ésta se produce cuando no hay persona a la que se lesione, entonces siempre habrá impunidad en dichas acciones. Esto implica que, si bien Etcheberry no se pronuncia sobre el punto, él seguiría la tesis de la acción, absolutamente minoritaria en la doctrina comparada.

Sin embargo, la tesis conforme a la cual el intento de lesionar mediante una acción encaminada a ello sería constitutiva del delito de lesiones aún cuando no se produzca lesión alguna, no se condice con la estructura del tipo y aparece, más bien, como un obstáculo a la armónica interpretación de las lesiones en la regulación chilena.

Es cierto que el tipo de lesiones se encuentra formulado de modo tal que las penas varían según cuál sea el resultado lesivo. Pero esto en ningún caso significa que exista un tipo único de lesiones cuya penalidad depende únicamente del resultado. El resultado es más bien un elemento objetivo del tipo que permite distinguir entre especies de lesiones. Así cada uno de los tipos de lesiones constituye en rigor un delito distinto.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 116.

Lo anterior tiene una relevancia capital: la imputación se realiza, en cada caso, a la causación de una lesión en particular. En la tesis de Etcheberry, el resultado lesivo excede de la imputación del delito, pues según él, lo relevante a efectos de determinar la concurrencia del delito de lesiones es el mero hecho de comportarse lesivamente, y el resto sería, en términos de Binding, pura *ley penal*¹¹⁵. Sin embargo, desconocer que existe una norma penal (como configurativa del delito en su dimensión semántica) distinta para cada lesión según su gravedad es, subsecuentemente, desconocer que existe un ejercicio de imputación distinto para cada caso.

En un ejemplo, si X intenta golpear el ojo de su enemigo con el puño, y en su intento hacer perder el equilibrio a su adversario, quien cae y pierde un brazo en una maquina de moler carne que se encuentra junto a ambos, debe formularse sobre X una doble imputación. En primer lugar, la tentativa de lesiones leves, y en segundo lugar, el dolo eventual, la imprudencia, o aún la impunidad respecto de la mutilación. Con su comportamiento, X hace necesario realizar ambos ejercicios de imputación separadamente. Esto se debe a que los delitos de lesiones leves, y de mutilación, son delitos distintos.

En el ejemplo anterior, si se sigue la tesis de Etcheberry conforme a la cual el disvalor de intención se satisface, para cualquiera de las lesiones contempladas en el Código Penal, con el dolo de lesionar “de alguna manera”, se estaría sosteniendo que por el solo hecho de ser intencional el acto de

¹¹⁵ La expresión “ley penal” hace referencia a la distinción que Binding formula entre ésta y la expresión “delito”. Este último, es la satisfacción de un conjunto de reglas que permiten la imputación de una acción a un resultado típico. La “ley penal”, en cambio, hace referencia a las consecuencias que el legislador ha establecido para la comisión de un delito en particular. Así, por ejemplo, la decisión acerca de si un delito será castigado o no a título de tentativa, es una decisión de Ley Penal, y no afecta la estructura del delito. Al efecto, véase KAUFFMAN, Armin, *Teoría de ...*

golpear, la mutilación sería imputable a título de dolo¹¹⁶. Esta no es una interpretación acorde a la sistemática de la parte especial de dicho Código.

Los delitos de lesiones hacen una clara distinción entre tipos de lesiones. Esta distinción debe estar abarcada por las reglas de imputación, lo que sólo es posible si se asume que dichos tipos de lesiones se corresponden con diferentes tipos penales. La tesis de Etcheberry aparece como incongruente a la luz de la normativa vigente.

El problema de la tesis sostenida por el autor nacional se encuentra ya en el propio fundamento material de los delitos de lesiones: el bien jurídico que éstos protegen, este es, la salud y la integridad física de las personas¹¹⁷. Etcheberry deja pasar el hecho de que los delitos de lesiones son, antes que otra cosa, un modo de proteger dichos bienes jurídicos, y el modo en que se han formulado corresponde al de los delitos de peligro concreto¹¹⁸.

Explicaremos esta idea con el ejemplo que el propio autor utiliza para decidirse a favor de la tesis que postula: el caso del sujeto que agrede a otro (lo bota al suelo, por ejemplo) sin causarle una lesión. Para Etcheberry, esta hipótesis sería algo similar a un tipo base de la lesión, y se pregunta cómo es que tal conducta puede quedar impune. La objeción a dicho razonamiento pasa

¹¹⁶ Este es el paradigma de la falta de consideración por la relatividad de la descripción de las acciones. Al efecto, sobre el llamado “efecto acordeón” de la atribución intencional de consecuencias de la acción, Vid. DAVIDSON, Donald, “Agency”, en BINKLEY, BRONAUGH, MARRAS (Dir.) *Agent, Accion and Reason*, Oxford, 1971, p. 3.

¹¹⁷ Sobre la determinación del bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, BUSTOS, Juan, GRISOLÍA Francisco, POLITOFF, Sergio, *Derecho Penal ...*, 1993.

¹¹⁸ Los delitos de peligro concreto, a diferencia de los de peligro abstracto, requieren, para su consumación, que el bien jurídico que ellos protegen se vea efectivamente vulnerado. Los delitos de peligro abstracto, en cambio, protegen bienes jurídicos mediante la prohibición de conductas que eventualmente, *in abstracto*, pudieran afectarlos, aún cuando *in concreto* la realización de esa conducta no afecte ni pueda afectar el bien jurídico. Así, en un ejemplo, quien cruza la calle con luz roja, infringe la norma a título de consumación aún cuando no se

por dar cuenta de cómo dicha conducta queda excluida del conjunto de delitos contra la integridad física.

Hemos dicho que los delitos de lesiones son delitos de peligro concreto, cuestión puramente hermenéutica (el legislador pudiera optar por un modo distinto de protección, como lo hace con los delitos contra la salud pública). Si un sujeto actúa agresivamente y ataca a otro, por agresivo que sea, si no hay resultado lesivo, simplemente no hay lesión. Es más, la descripción de la conducta no atiende siquiera a si había intención de provocar una lesión, sino que atiende únicamente al hecho de agredir. Si la agresión no tiene por objeto afectar la salud del imputado y no lo hace tampoco, entonces la punibilidad de la conducta (si es que la hay) no puede encontrar su fundamento material en la integridad física del sujeto pasivo.

Si ha habido intención de lesionar, pero ésta no se ha provocado, sólo cabe la imputación a título de tentativa. Lo que no puede sostenerse es que un comportamiento que no pretende una lesión, ni la consigue, sea un delito de lesiones: sería una desproporción desde el principio de lesividad.

La tesis de Etcheberry parece ser una forma de suplir la carencia en Chile de un delito que haga referencia a las vías de hecho (inexistente en el marco de los delitos contra la libertad), mediante su inclusión en el delito de lesiones. Si bien es efectivo que la regulación de este delito puede dejar lugar a dudas desde una interpretación semántica de las normas, si se analiza teleológicamente habrá de rechazarse aquella posición, y entenderse que el delito de lesiones requiere del resultado lesivo, esto es, de la lesión como efecto.

afecta la vida, la salud ni la propiedad de nadie, en circunstancias que dicha norma tiene por objeto precisamente proteger tales bienes jurídicos.

2.2.2. Crítica al concepto de “incidencia” de Kaufmann

Como ya se ha dicho precedentemente, asumiendo el delito de lesiones como uno de resultado, Armin Kaufmann considera que el momento determinante, a efectos de identificar la concurrencia de un tipo penal, es el de la incidencia de la acción en el objeto de ataque. A primera vista, esta idea de incidencia, parece fácil de comprender. Si la acción ha sido la de disparar contra otro, la incidencia en el objeto de ataque se produce en el preciso instante en que la bala toca el cuerpo de la víctima, y si la acción es la de golpear a otro, la incidencia se produce cuando el puño toca el rostro del rival. El resultado, de su parte, es la muerte en un caso, y el corte en el pómulo en el otro.

La tesis parece así apropiada para resolver de modo convincente diversas hipótesis de acciones prenatales que ocasionan lesiones que aparecen manifestadas tras el nacimiento. Así, siempre según este autor, si la acción incide sobre el feto, no hay punibilidad. En cambio, si la acción incide sobre el objeto de ataque cuando ya es persona, entonces sí sería posible imputar a título de lesiones contra la persona. De este modo, se conseguiría que las acciones imprudentes que ocasionan lesiones en personas que, al efectuarse la acción, aún no nacen (o aún más, aún no son concebidas), sí podría imputarse como delito de lesiones.

Si se mira con mayor detención, empero, la solución propuesta deja ver fácilmente sus inconvenientes. Kaufmann no consigue explicar cuál es, en su concepto de delito, la relevancia de un momento como la incidencia. Si la incidencia es lo relevante a efectos de determinar cuándo se comete el delito, entonces significa que el delito ya es cuando es la incidencia es.

En la estructura de la norma de comportamiento que prohíbe la causación de lesiones, lo que permite que el delito se entienda cometido es precisamente la causación de éstas. Jurídicamente, la incidencia no ocupa lugar alguno en la configuración del delito. Si esto es así, entonces no puede entenderse que dicha incidencia sea lo relevante para determinar el momento en que el objeto de ataque es lesionado: precisamente, en dicho momento no ha sido aún lesionado.

Normativamente, la incidencia ni siquiera es un “momento”, pues a la luz de la norma de comportamiento, la incidencia simplemente no es nada, es pura facticidad. La decisión acerca del momento relevante en el ataque es una decisión normativa para la cual sólo puede atenderse a elementos normativos. La incidencia no es un suceso de connotación normativa, sino meramente fáctica. Luego, a estos efectos, ni siquiera es un suceso relevante.

Más bien ocurre que este momento permite a Kaufmann dar con una respuesta *ad-hoc* para el problema de las lesiones en el feto, y el autor parece preferir adoptarla no obstante su falta de conexión con la estructura del delito.

Tepperwien da cuenta de los problemas de la incidencia a través de algunos ejemplos en que no es posible siquiera identificarla¹¹⁹. Así, fuera de los casos planteados por Kaufmann, existe infinidad de otras hipótesis en que la incidencia aparece como difusa, o incluso indeterminable. Si se deposita en una persona un virus, ¿Cuándo incide éste en ella? ¿Cuándo se ingresa en su cuerpo? ¿Cuándo inicia su incubación? ¿Cuándo produce sus primeros efectos en la persona, aún cuando éstos no sean lesivos aún? En nuestra posición, ni

¹¹⁹ RAMÓN Ribas, Eduardo, *El Delito de Lesiones...*, p. 171.

debe buscarse una respuesta: la incidencia, normativamente, no tiene cabida en el análisis.

Los delitos de resultado no puede imputarse previo acaecimiento de éste (dejando a salvo la figura de la tentativa), toda vez que es éste el que define al delito mismo. El momento del delito no es sino el momento del resultado.

Sin perjuicio de que este punto será analizado con mayor detalle, debe desde ya hacerse notar que desatender el resultado es desatender la norma de comportamiento. Luego, imputar sin considerar el resultado, sino otros sucesos, conlleva un desinterés por la dimensión semántica de la norma de comportamiento. Veremos luego cómo, en rigor, las otras tesis que se han analizado incurren, por otras consideraciones, en el mismo problema.

Hay además otro punto que será abordado en lo que sigue, pero que vale adelantar: el resultado no es un estado de cosas, sino la modificación de dicho estado. Una vez revisado este aspecto, veremos cómo una gran parte de las soluciones de Kaufmann coinciden con aquellas que aquí se proponen, aunque por consideraciones diversas.

2.2. La determinación del objeto de imputación en las acciones lesivas prenatales: el resultado como modificación perjudicial de un estado de cosas

No obstante las importantes diferencias que hay entre una y otra, las tesis de Maurach y Tepperwien, de una parte, y la tesis de Silva Sánchez, de otra, tienen un importante punto en común. Para todos ellos, que la lesión se produzca en el momento en que el objeto de ataque es aún un feto sería irrelevante a efectos del tipo. Lo único importante, sería el hecho de que, tras el

nacimiento, hay un “otro” que se encuentra lesionado. Luego, desde el momento en que hay otro, quien provocó dicha lesión, lesionó en el sentido de la norma de comportamiento que prohíbe lesionar a otro.

Para Tepperwien, ya lo hemos dicho, debería distinguirse entre las lesiones en sentido natural, y las lesiones en sentido jurídico. Las primeras son irrelevantes jurídico penalmente, y son las que se ocasionan al feto. Las segundas, en cambio, son aquellas que sí son relevantes a efectos del derecho penal. En los casos en que es el feto el lesionado, dicha lesión carece de significación jurídica: la lesión tiene sólo un sentido natural. Sin embargo, al nacer el feto con esa lesión, sostiene Tepperwien, ésta “se manifiesta” como una lesión en sentido jurídico. Entonces sí quedaría satisfecha la descripción del tipo.

Sin decirlo explícitamente, Silva Sánchez asume una posición que resulta ser, en la práctica, idéntica. Para él, la lesión de un feto puede reformularse como la realización de un riesgo no permitido a la luz de la norma de comportamiento. Luego, en su razonamiento, si el feto nace lesionado, entonces dicho riesgo, al materializarse en otro, adquiere relevancia jurídica y puede imputarse a título de lesiones a otro. Esta posición, empero, no puede sostenerse.

El tipo de lesiones es un delito de resultado. Para los autores señalados, por tanto, el resultado exigido sería el *estado de lesión* ocasionado en el otro que nace. En dicha postura, las lesiones del otro deberían reformularse del siguiente modo: lesionar a otro consiste en que se produzca en un otro el estado de lesión. Sólo así podría sostenerse que la lesión “se manifiesta” como una lesión en sentido jurídico con el nacimiento, o que la lesión de un feto es la creación de un riesgo no permitido a la luz de la prohibición de lesionar a una persona.

La objeción lógica consiste en sostener lo siguiente: la lesión, como delito de resultado, implica un cambio en el estado de cosas que debe producirse cuando están dispuestos los elementos del tipo; uno de tales elementos es que el destinatario de la lesión es una persona, de modo que si no hay tal al momento de producirse el cambio en el estado de cosas que el tipo penal exige, no puede haber delito; si la lesión se produce en algo que no es persona, como lo es el feto, entonces la persona que nace, lo hace ya lesionada; de este modo nunca se produce en ella el resultado típico de la lesión¹²⁰.

El modo de Tepperwien de objetar esta tesis consiste en formular la ya señalada distinción entre lesiones en sentido natural y en sentido jurídico. Sin embargo, esta distinción se deja ver fácilmente como un eufemismo. En primer lugar, jurídico-penalmente, la lesión en sentido natural no puede ser un factor. La lesión en un sentido natural es un hecho que resulta irrelevante para el derecho, de modo que no es un avance su alusión para efectos de identificar el modo en que se imputa una norma de comportamiento.

Pero existen además otras razones para prescindir de la propuesta de Tepperwien, Maurach y Silva Sánchez. Para estos autores el resultado lesivo no es comprendido como el paso de un estado “saludable” a otro “no saludable”. Para ellos, el resultado lesivo es el estado en que se encuentra el lesionado tras el *suceso* lesivo, y no el *suceso* lesivo mismo. De otro modo no podría comprenderse que una lesión irrelevante *se manifieste* como relevante tras el nacimiento. Se sostiene, en otros términos, que la lesión *en tanto estado de cosas*, carece de relevancia antes del nacimiento, pero, *aún como estado de cosas*, la adquiere una vez que el feto pasa a ser persona.

¹²⁰ RAMÓN R., Eduardo, *El Delito de Lesiones...*, p. 182.

La cuestión pasa así por determinar si es posible concebir el resultado de lesiones que el tipo exige como un estado de cosas. La discusión referida a la definición de resultado no es, por cierto, nueva. Sin embargo sí se ha hecho ver recientemente la urgencia de identificar con mayor precisión qué es el resultado –a la luz de los tipos penales-, y cuándo se configura¹²¹.

En lo que sigue, procuraremos tomar postura en lo que se refiere a la determinación del resultado, por la vía de analizar desde una concepción lógica de la acción y, subsecuentemente, desde una concepción lógica de la norma de comportamiento en tanto ésta ordena, prohíbe o permite una acción. Desde ya adelantamos que entenderemos que un resultado típico, en el sentido de los delitos de resultado, debe necesariamente, tal como lo entiende Ingeborg Puppe, hacer alusión a la modificación perjudicial de un estado de cosas de un objeto del bien jurídico¹²². Procuraremos, en este marco, dar cuenta del modo en que puede entenderse realizado un resultado siguiendo a Georg Henrik von Wright.

Para comenzar, es necesario precisar que Von Wright hizo ver que a las proposiciones contingentes (esto es, las proposiciones que pueden ser verdaderas “en algún(os) mundo(s) posible(s), pero no en todos”¹²³), que son verdaderas, corresponde un *hecho* en el mundo. Es decir, las proposiciones descriptivas dan cuenta de *hechos*. Éstos, a su vez, pueden ser de varios tipos, pero hay tres que revisten particular importancia en opinión del autor citado: los *estados de cosas*, los *sucesos* y los *procesos*. Así, siguiendo al autor, que un objeto se encuentre sobre una mesa, es un *estado de cosas*, distinto del hecho de que se encuentre lloviendo, al que prefiere denominar *proceso*. Al primer

¹²¹ PUPPE, Ingeborg, “El resultado y su explicación en Derecho Penal”, [en línea] en *Revista Electrónica INDRET* (www.Indret.com), Barcelona, 2006, p. 17, [consulta: 15 de junio de 2009].

¹²² PUPPE, Ingeborg, *La imputación del resultado en Derecho Penal*, ARA Editores, Lima, 2003, p. 43.

caso, corresponde la expresión *estática*; al segundo, la expresión *dinámica*. Los *sucesos*, de su parte, consisten, tal como los *procesos*, en el acontecimiento de un *hecho*, “[p]ero al contrario que el acontecer de los procesos, el acontecer de los sucesos es un *tener lugar* y no un *continuar*”¹²⁴.

Si bien los hechos antes descritos pueden hacer referencia, aisladamente, a distintas proposiciones, puede decirse de ellos que se encuentran entre sí íntimamente ligados. Así, el suceso opera al modo de un puente de transición entre estados de cosas (o incluso entre procesos, o entre un estado de cosas y un proceso¹²⁵). Antes del suceso hay un estado de cosas que el suceso modifica¹²⁶.

Desde nuestra perspectiva, si el suceso es la provocación de una lesión, ésta es el umbral entre el cuerpo sano y el cuerpo herido. El estado en el cual el cuerpo está sano deja paso al estado en el cual el mismo cuerpo está herido, y el suceso es el hecho consistente en el paso de un estado al otro. Visto así, el suceso aparece como un cambio entre estados, o como la transformación de un estado a otro¹²⁷. El suceso no es la causa de la transformación de estados, es la transformación misma¹²⁸.

Pues bien, esta comprensión de la idea de suceso permite que pueda entenderse el acto humano en el marco de la lógica del cambio. Así como el suceso es una transformación de estados de cosas, el acto humano aparece

¹²³ WRIGHT, Georg Henrik von, *Norma y Acción*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 41.

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 45.

¹²⁵ *Ibíd.*, p. 47.

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 46.

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 46.

¹²⁸ Debe hacerse ver que un cambio en el estado de cosas no es necesariamente el cambio de un estado determinado a otro distinto (de p a $\sim p$), sino que bien puede consistir precisamente en la conservación de un estado de cosas (de p a p). Así, por ejemplo, quien mantiene una puerta cerrada de modo tal que sin su intervención la puerta se abriría, produce un resultado: el de dejar la puerta cerrada.

como la intervención en los estados de cosas o, dicho de otro modo, la provocación de un suceso¹²⁹: “[u]n acto requiere un agente”¹³⁰. Se requiere la presencia de un agente, de una persona, para que pueda estarse en presencia de un acto. Pero lo que resulta del acto, en definitiva, es un suceso, esto es, una transformación en el estado de cosas¹³¹.

Es efectivo que nuestro lenguaje admite que el resultado sea entendido en dos sentidos: tanto para designar el cambio mismo del estado de cosas (esto es, el suceso) como para designar el estado terminal¹³². Es decir, si el suceso es la apertura de una ventana, por resultado podemos entender tanto el hecho de estarse abriendo ésta (el preciso instante en que pasa de estar cerrada a estar abierta) como la condición posterior de estar abierta¹³³. Pero, en cualquier

¹²⁹ La idea de ligar los actos con los sucesos permite asimismo introducir el concepto de “actividad”, ligado al concepto de proceso. WRIGHT, Georg Henrik von, *Norma...*, p. 58.

¹³⁰ WRIGHT, Georg Henrik von, *Norma...*, p. 54.

¹³¹ Von WRIGHT hace ver cómo a raíz de esta estructura es posible apreciar cuatro actos elementales: aquél que modifica p a $\sim p$; el que modifica $\sim p$ a p , el que modifica $\sim p$ a $\sim p$; y el que modifica p a p . Pero además constata que dichos cuatro actos elementales tiene sus respectivos correlatos en las abstenciones, entendido que un agente se abstiene “sólo de la acción que sabe que puede ejecutar, pero *decide* (escoge, prefiere) dejar sin hacer en la ocasión en cuestión”. De ello resultan además cuatro abstenciones elementales: no hacer la modificación p a $\sim p$, no hacer la modificación $\sim p$ a $\sim p$, no hacer la modificación $\sim p$ a p , y no hacer la modificación p a p . Resultan así los ocho actos fundamentales en el marco de los que prosigue su investigación. Al efecto, vid. WRIGHT, Georg Henrik von, *Norma...*, p. 62 y ss. La simbología utilizada por von Wright a lo largo de su obra identifica las acciones con el signo d , y las abstenciones con el signo f . A su vez, cierra entre paréntesis el contenido mismo de la acción o abstención, que simboliza con los dos estados (el anterior y el posterior a la acción u omisión), ubicando entre ellos el signo T , que simboliza la transformación. Así, la acción de modificar p a $\sim p$ se simboliza $d(pT\sim p)$, mientras la abstención de modificar un estado de cosas de $\sim p$ a p se simboliza $f(\sim pTp)$. De lo anterior, se desprenden la siguiente formulación de los ocho actos elementales (sean estas acciones o abstenciones): $d(pT\sim p)$; $d(\sim pTp)$; $d(pTp)$; $d(\sim pT\sim p)$; $f(pT\sim p)$; $f(\sim pTp)$; $f(pTp)$ y; $f(\sim pT\sim p)$.

¹³² WRIGHT, Georg Henrik von, *Norma...*, p.56.

¹³³ Von WRIGHT propone una distinción, en este marco, entre resultado y consecuencia. El primero es intrínseco a la acción, toda vez que es el resultado mismo el que describe la acción. La acción de abrir una ventana se explica por cuanto la ventana resulta abierta, dice. Bien puede ocurrir que con ese acto, además, se ventile el dormitorio, pero éste no es un resultado (en el sentido) de la acción, puesto que no la describe, sino más bien una consecuencia, extrínseca al acto mismo. Ahora bien, si el acto consiste en ventilar la habitación, y para esto se abre la venta, entonces la entrada de aire a la habitación sí es resultado, y la ventana abierta, una consecuencia. Vid. WRIGHT, G. H. von, *Norma ...*, p. 56 y 57.

caso que el suceso corresponda a un acto, el resultado de éste no puede concebirse sin la idea de cambio en el estado de cosas, esto es, sin la presuposición de que hay un acto anterior que el acto transforma, pues de otro modo no hay un *cambio elemental* que atribuir al acto¹³⁴.

Nótese que para hacer referencia a un resultado no es relevante cuál es el estado anterior de cosas, sino que basta con que se produzca un cambio y un estado posterior. Con esto queremos decir que el estado anterior y el posterior pueden bien ser el mismo, pero si hay un suceso que explique que el estado de cosas se conserve, entonces hay un resultado.

Así por ejemplo, si, habiendo un apagón, una luz encendida no se apaga gracias a la intervención de un generador automático de energía, es precisamente la incidencia de dicho generador el que explica que la luz se mantenga como encendida. En este sentido, la activación del generador es el suceso que hace que la luz no se apague, y dicha activación, conjuntamente con el hecho de seguir encendida la luz constituyen un resultado. Sin embargo, esto no significa que el generador satisfaga la premisa *encender la luz*. En rigor, sólo la *mantuvo encendida*. Será necesario estar a la formulación de la premisa para verificar si ésta es verdadera o falsa a la luz de los hechos. Si la premisa reza “el generador mantuvo la luz encendida” (o “evitó que se apagara”), entonces es verdadera, pero si reza “el generador encendió la luz”, entonces es falsa (a menos que se haya apagado durante un instante). Lo que se intenta decir es que, ciertamente dependiendo de cómo se formule la premisa, la incidencia del generador sí puede ser entendida como un resultado, aún cuando sólo mantenga un estado de cosas como ya estaba.

¹³⁴ WRIGHT, G. H., von, *Norma ...*, p. 47.

La formulaciones de normas, en la medida en que hacen referencia a la causación de resultados como objetos de imputación, se entienden, por tanto, referidas igualmente a actos, luego, a transformaciones en el estado de cosas¹³⁵. La diferencia está dada por cuanto los actos referidos en las premisas descriptivas son *verdaderos* o *falsos* (según se corresponden en el mundo o no), mientras que los actos referidos en normas de comportamiento son *correctos* o *incorrectos* a la luz de éstas. Así la norma que prohíbe la provocación de un resultado, indica que el acto de modificación de un estado de cosas en los términos de la norma es un acto *incorrecto*.

Pues bien, dado que el suceso es explicación de por qué el mundo cambia o permanece inalterado, y el acto, asimismo, tiene contenido en la medida en que consiste en la provocación de un suceso, las normas de comportamiento deben necesariamente hacer referencia a actos que expliquen que el mundo cambie o se conserve como está. Es decir, las normas hacen referencia a actos¹³⁶ que explican un cambio o la falta de éste. Pero no hacen referencia a un mero estado de cosas desvinculado de un suceso (o del acto).

En un sentido similar, pero con otra terminología, es que Puppe ha sostenido que “uno sólo necesita entender el resultado, en lugar de como una situación, como proceso de modificación de circunstancias y, por cierto, como una modificación perjudicial para el bien jurídico”¹³⁷.

Retomando, la norma de comportamiento que nos interesa es el delito de lesiones a otro. La pregunta al respecto es si puede entenderse que dicha norma se encuentra vulnerada si se ha lesionado un feto que, posteriormente, nace como una persona lesionada. Lo que aquí ocurre es que, en términos

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 99 y ss.

¹³⁶ O actividades, en el caso de los delitos de mera actividad.

lógicos, el estado de persona lesionada en que se encuentra el que ha nacido es ciertamente explicable por el comportamiento del agente.

Sin embargo, no hay en aquel caso un resultado que imputar. El agente no ha actuado (en el sentido de la lógica del cambio), o no ha provocado un suceso, de modo tal que se lesione a otro. Al no existir suceso alguno constitutivo de lesión a una persona, no se satisface la hipótesis de la norma de comportamiento. Que el feto después devengue en otro (en tanto persona) no modifica el único suceso del agente: la lesión de un feto. El resultado de lesionar a otro que exige el tipo penal, empero, no se ha producido.

Lo que la norma exige es que se lesione a otro, lo que supone que al momento del acto se produzca una transformación de un estado de cosas constitutiva de lesión a otro, lo que en el caso apuntado ciertamente no ocurre¹³⁸. La crítica formulada a Tepperwien, referida a que no puede entenderse que se ha lesionado a aquel que nace ya con dicha lesión, tiene todo sentido. Imputar como lesión a otro una lesión a un feto que nace es contravenir derechamente el tenor de la norma de comportamiento y, en este sentido, pasar a llevar el principio de legalidad.

La tesis de Tepperwien (así como las de Maurach y Silva Sánchez, con todo y sus diferencias) se desentienden de un concepto lógico de resultado, dejando a dicho elemento un papel secundario, sino inexistente. Si la consumación está

¹³⁷ PUPPE, I, "El resultado y su explicación...", p. 17.

¹³⁸ Distinto es el caso en que el estado lesivo ya existe, y se conserva como tal como resultado del acto de un agente. Así, si un médico receta dolosamente a un paciente herido una píldora que, lejos de mejorarla, impide la cicatrización de la herida, el médico actúa como agente del suceso que mantiene la lesión como tal, de modo que dicha lesión posterior a la intervención del anticicatrizante, es resultado del acto del médico. Aquí sí hay un resultado atribuible al agente. Sin embargo, pueden encontrarse buenas razones para sostener la atipicidad de esta conducta por el modo en que la norma de comportamiento se encuentra redactada, pues ésta, al establecer "el que lesione a otro" parece exigir una forma en particular de producción del resultado que no se satisface necesariamente con el acto de "mantener a otro lesionado".

dada por el resultado, se llega en su tesis al absurdo de que el delito se consumaría con el nacimiento, de modo que sería ése el momento relevante, y si no hubiera nacimiento, no habría consumación. Pero el nacimiento no puede entenderse como un cambio en el estado de cosas que sea jurídico penalmente relevante, pues el único cambio que supone es el de un feto a una persona. Además, no es siquiera un suceso que pueda atribuirse al agente que lesionó al feto¹³⁹.

De este modo, no habiendo un acto que se corresponda con la descripción del tipo, no puede entenderse que haya un delito de lesiones al feto. Sostenemos, entonces, que la acción lesiva prenatal que ocasiona una lesión en el feto es una conducta atípica en un sistema sin delito de lesiones al feto (sin perjuicio de las leyes sobre medicamentos que pudieran existir), y que no pasa a ser típica por el sólo hecho de nacer el feto lesionado. La única lesión típica en nuestro sistema es la lesión a una persona nacida, es decir, aquel suceso que admite ser descrito como la modificación perjudicial de un estado de cosas (incolumidad) de un ser humano nacido.

2.3. El resultado típico en el delito de lesiones en Chile

Las lesiones en Chile se encuentran reguladas en el Parágrafo 3 del Título VIII del Libro II del Código Penal (artículos 395 a 403 bis del Código Penal), así como en el artículo 494 número 5 del mismo código.

Existen dos grandes grupos de lesiones. Las primeras corresponden a las mutilaciones, que se encuentran descritas en los artículos 395 y 396 del Código Penal. El artículo 395 se refiere a la *castración*, la que ha sido entendida como

¹³⁹ Conforme veremos en el presente trabajo, el nacimiento y la expulsión deben distinguirse con nitidez. De hecho, semánticamente el aborto es la causación de la expulsión del feto,

la mutilación de los órganos destinados a la procreación¹⁴⁰¹⁴¹. Por su parte, el artículo 396 se refiere, en su inciso primero, a las mutilaciones de miembros importantes, cuales son las que dejan “al paciente en la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar acciones naturales que antes ejecutaba”. En el inciso segundo, quedan las mutilaciones de miembros menos importantes, dice el Código, “como un dedo o una oreja”.

En segundo lugar, encontramos las *lesiones propiamente tales*. Nuestro Código Penal las clasifica, según su intensidad, en *graves*, *menos graves* y *leves*. La figura básica, por ser la aquella residual, de las lesiones, es la de las lesiones *menos graves*, señaladas en el artículo 398 del Código Penal, que hace referencia a “las lesiones no comprendidas en los artículos anteriores”.

Las lesiones *leves*, reguladas en el Título de las faltas (artículo 494 número 5, del Título I del Libro III), son una figura anómala respecto de las lesiones *menos graves*. La norma dispone que comete dicha falta “el que causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho”. La doctrina nacional ha entendido que aquella es una figura privilegiada respecto del tipo base de lesiones *menos graves*¹⁴². Lo anterior, por cuanto se trataría de una hipótesis en la que el adjudicador estaría llamado a considerar aspectos subjetivos adicionales que le permitirían atenuar la punibilidad mediante la modificación del tipo penal. Es efectivo que ése el es

concepto que puede entenderse excluyente con el nacimiento. Al efecto vid. *infra*, cap. IV.

¹⁴⁰ BUSTOS, J., GRISOLÍA, F., POLITOFF, S., *Derecho Penal...*, p. 195.

¹⁴¹ La doctrina nacional tiende a ser conteste en concluir que el sujeto pasivo de la castración puede ser tanto un hombre como una mujer. Así BUSTOS, J., GRISOLÍA, F. Y POLITOFF, S., *Derecho Penal...*, p. 198, ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal...*, p. 122, y Garrido, Mario, *Derecho Penal...*, p. 153. En contra, QUINTANO Ripollés, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I*, Madrid, 1962, p. 709.

¹⁴² Vid. BUSTOS, J., GRISOLÍA, F. y POLITOFF, S., *Derecho Penal...*, p. 196 y ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal...*, p. 128 y ss.

modo en que se plantea el tipo, sin embargo, la redacción de la norma deja ver un serio déficit en la determinación del tipo penal de lesiones *menos graves* en relación con el de lesiones *leves*.

Las lesiones *graves*, comprendidas en el artículo 397 del Código Penal, se clasifican a su vez en *simplemente graves*, para el artículo 397 número 2, y en *graves-gravísimas* (denominación doctrinaria no contenida en la ley), para el artículo 397 número 1. Las primeras son aquellas lesiones que produjeren al sujeto pasivo “enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días”. Las segundas son aquellas que lo dejaren “inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme”.

Los resultados posteriores al parto de las acciones lesivas prenatales cuya causación pudiere imputarse, deberán, de esta manera, reconducirse a los tipos penales precedentemente descritos. Ciertamente nos encontraremos con casos difíciles cuando se trate de la causación de deficiencias cardíacas, renales o respiratorias en otro, resultados todos cuya adscripción a la hipótesis de lesiones pudiera resultar problemática.

Por supuesto, en cualquier evento, no podrá tratarse de deficiencias congénitas, pues éstas habrán sido anteriores al nacimiento, luego, atípicas.

3. LA IMPUTACIÓN DE LA CAUSACIÓN DE UN RESULTADO LESIVO A LAS ACCIONES PRENATALES

3.1. La irrelevancia de la calidad del objeto al momento de la acción

3.1.1. *La neutralidad de la acción*

En la sección anterior se ha explicado porqué la lesión a un feto que luego nace lesionado no es constitutiva de delito de lesiones a otro. En el presente capítulo, en cambio, haremos, en algún sentido, un trabajo inverso. Revisaremos porqué la acción lesiva prenatal que provoca un resultado de lesiones con posterioridad al nacimiento sí puede, eventualmente, imputarse como lesión a otro.

Entendido que ya hemos señalado porqué el momento del resultado es relevante y en qué medida, y hemos dicho porqué el momento de la incidencia de la acción en el objeto de ataque carece de relevancia, nos referiremos ahora a porqué el momento de la acción es irrelevante.

Armin Kaufmann señala explícitamente, al hacerse cargo de las lesiones al feto, que “[e]n nuestro contexto, el momento de la actuación de la voluntad carece de significación” ¹⁴³. Seguidamente utiliza un ejemplo: “la circunstancia de que la botella que contiene veneno, tomado por el niño, haya sido dejada antes de que éste fuera procreado, no excluye el castigo del causante”.

Por cierto que el momento en el que se realiza la acción es, en principio, irrelevante a la hora de mirar al objeto de ataque. Esto, sin embargo, se debe a que la acción misma, o más bien el contenido mismo de la acción, es el que no tiene, en un primer momento, significación en sí. Si el delito es de resultado en el entendido de que la norma de comportamiento proscribiera la realización de tal, diremos que dicha norma de comportamiento prohíbe la realización de *alguna* acción que produzca el resultado, supuesto que esta acción ha sido libre. Dicha acción, cualquiera sea, puede vincularse con el resultado a través de la

¹⁴³ KAUFMANN, A., “Tipicidad y causación...”, p. 10.

aplicación de las reglas de imputación, entonces dicha acción basta para realizar el tipo¹⁴⁴.

Dado que sólo al aplicarse las reglas de imputación –en el primer nivel, es decir, de imputación a la acción- será posible revisar si la acción es manifestación de infracción a deber, entonces nada se sabe de esa acción. Aún de otro modo, la norma de comportamiento que prohíbe la realización del resultados no establece, por regla general, cuál es la acción que produce el resultado.

Decimos “por regla general”, toda vez que ciertas normas de comportamiento sí hacen referencia al modo en que la acción debe realizarse. Así, por ejemplo, se discute en la doctrina chilena si las lesiones graves sólo se configuran en el evento de que la lesión se produzca de propia mano o si basta con cualquier medio de comisión¹⁴⁵. Por supuesto que si se concluye que un tipo penal limita los modos en que puede cometerse el delito, el adjudicador habrá de estar a esos medios para imputar, de modo tal que sólo si se ha cometido el delito a través de uno de ellos podrá aplicar la sanción. Sin embargo, estos son casos en que el legislador ha puesto el énfasis del reproche en la forma en que se comete el delito, y constituyen la excepción¹⁴⁶. Si sólo se establece un resultado en la norma de comportamiento, el modo de acción es irrelevante. En este sentido decimos que es *neutral*.

¹⁴⁴ HRUSCHKA, J., “Imputation”.

¹⁴⁵ Sobre esta discusión, vid. MERA, Jorge, “Los Medios en el Delito de Lesiones Graves (Art. 397 del C.P.)”, en *Revista de Ciencias Penales*, Tercera Época, Julio-Diciembre 1975, Nº 2, Tomo XXXIV, p. 163 y ss..

¹⁴⁶ Lo mismo ocurre con los delitos que no son de resultado, sino de mera actividad. Lo que ocurre en esos casos es que es la acción misma el objeto de reproche. Así en los casos de tenencia ilegal de armas, lo que se reprocha es la tenencia misma, la que se confunde con la acción.

Podemos ilustrar la idea anterior con dos ejemplos tradicionales: la tentativa y la participación. En el caso de la tentativa, por definición no hay en ella siquiera una infracción de la norma de comportamiento, sino sólo un intento por vulnerarla. Y sin embargo hay punibilidad. Esto ocurre porque el acto constitutivo de tentativa, cualquiera sea éste, es *comprendido* por el Derecho como una acción que infringe la norma de comportamiento en su dimensión ilocucionaria. Para concluir que ha habido esta infracción, han debido operar las reglas de imputación, que hacen ver la acción como antinormativa. Así, pese a que ciertamente la acción puntual no ha sido prevista por la norma de comportamiento, sí aparece como una infracción a deber.

En el caso de la participación ocurre una cosa similar. El encubridor no es, en caso alguno, el que infringe por sí mismo la norma de comportamiento, sino que encubre al autor (en los términos del artículo 17 del Código Penal), lo que en ningún caso se encuentre descrito por la norma. Y sin embargo se formula imputación. Esto es, nuevamente, porque las reglas de imputación permiten ligar la acción del agente encubridor con la norma de comportamiento¹⁴⁷.

De este modo ocurre que para los casos de delitos de resultado, salvo que la ley disponga medios especiales de comisión, no es relevante cuál sea la acción que se imputa, sino que a través de ella se infrinja la norma de comportamiento, y que pueda, por cierto, imputarse.

Así, si lo relevante es el resultado, según ya se ha expuesto, para identificar la infracción de una norma de comportamiento, entonces significa que el momento en que la acción se comete carece de toda significación. Puede

¹⁴⁷ Nótese que en el caso del partícipe, su acción es propiamente neutral *–prima facie–* aún tratándose de delitos de mera actividad. Así, quien encubre al tenedor ilegal de un arma de fuego, infringe la norma como partícipe, pese a que puede ni siquiera tener contacto con el arma.

perfectamente infringirse una norma que impide la destrucción de una cosa a través de una acción cometida cuando la cosa aún no existe, siempre que cuando la cosa exista, ésta resulte destruida por causa de la acción, y siempre que el resultado pueda imputarse al autor como infracción a deber.

Explicaremos lo anterior con algunos ejemplos. Quien construye una casa de modo temerariamente defectuoso, será responsable de las lesiones o muertes que ocasione su derrumbe, aún cuando las víctimas no hayan sido siquiera concebidas al momento de entregarse la casa. La acción tuvo lugar cuando no existía siquiera objeto de ataque, y sin embargo es posible la imputación.

Otro ejemplo es el propuesto por Silva Sánchez¹⁴⁸. Una persona inyecta en un feto un virus frente al que está inmunizado mientras se halla en el claustro materno o incluso mientras dura la lactancia natural tras el nacimiento, pero se produce más tarde el fallecimiento. Este segundo ejemplo difiere del primero en que, en la terminología de Kaufmann, la incidencia de la acción en el objeto de ataque (sin perjuicio de que rechazamos la relevancia de dicha incidencia) se produce cuando éste es aún feto. Y sin embargo, entendemos, la imputación es posible. Éste es, por tanto, un caso en que tanto la acción como la incidencia se producen antes del nacimiento, pero el resultado es posterior, de modo que será posible la imputación a título de homicidio, siempre que la aplicación de las reglas de imputación así lo permitan.

En síntesis, así como entendemos que una lesión producida antes del nacimiento no puede enmarcarse en la hipótesis de la lesión a otro, aún cuando luego haya una persona lesionada, también entendemos que la acción lesiva prenatal que ocasiona una lesión (o un resultado lesivo, más propiamente) posterior al nacimiento, sí permite dicha imputación, toda vez que las acciones

¹⁴⁸ SILVA Sánchez, Jesús, *La dimensión temporal...*, p. 67.

deben entenderse como neutrales, *prima facie*, a la luz de las normas de comportamiento.

Esto permite además entender que la acción prenatal con resultado de muerte en el otro que ya ha nacido puede igualmente imputarse a título de homicidio, toda vez que es irrelevante el momento en que la acción se realizó, si es posible la imputación de la causación del resultado típico y concurre además la imputación subjetiva.

3.1.2. ***El problema de la causalidad entre la acción y el resultado típico***

Entendido que una acción prenatal puede bien ser constitutiva de delito de lesiones contra las personas, será necesario que esa acción se encuentre ligada causalmente con el resultado lesivo postnatal. Y ésta no es una contingencia menor.

Ya en el marco de la investigación del caso Contergan, Armin Kaufmann hizo ver las serias dificultades propias de probar el vínculo causal entre una acción prenatal y sus consecuencias –en el feto, en el caso de su artículo-. Sostuvo que la causalidad es un concepto que debe llenarse mediante leyes causales que estén universalmente reconocidas¹⁴⁹. Dicha posición, recogida en buena medida por la jurisprudencia alemana¹⁵⁰, da cuenta de la dificultad en la imputación de acciones cuyo –supuesto- resultado no es inmediatamente apreciable.

No es objeto de este trabajo resolver cuestiones generales relativas a la causalidad en la imputación de resultados a una determinada acción en casos

¹⁴⁹ KAUFMANN, A., “Tipicidad y causación...”, p. 20 y ss.

¹⁵⁰ Al efecto, vid. PUPPE, I., *La imputación del resultado...*, p.67 y ss.

difíciles. Sin embargo sí es necesario hacer ver que es precisamente esa la dificultad que se presentará en casos como el de las acciones prenatales. Más aún si se sostiene que tales acciones sólo serán imputables si el resultado se produce con posterioridad al nacimiento, pues en tal caso la acción y el resultado estarán necesariamente diferidos.

Sin perjuicio de lo anterior, debe hacerse ver que un problema de causalidad que pudiera recurrentemente surgir en casos de acciones prenatales (respecto de resultados posteriores al nacimiento) es el referido a la tardanza en la producción de efectos. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que se receta a una mujer embarazada un medicamento que produce una deficiencia cardíaca en el feto que le ocasiona un paro cardiorrespiratorio recién un par de años después de su nacimiento. ¿Es legítimo acaso imputar el resultado después de varios años de realizada la acción? Estimamos que no aparecen razones que impidan responder afirmativamente, salvo aquellas razones de naturaleza puramente procesal.

En efecto, si existe una acción que causa un resultado, aún cuando éste se produzca de modo muy diferido, la imputación será posible, a menos que concurran circunstancias procesales que lo impidan, así, la prescripción de la acción penal o la cosa juzgada. Esta idea ha sido planteada explícitamente por Puppe, quien ha sostenido: “Que no podemos imputar efectos tardíos por un tiempo indefinido tiene su razón, por tanto, no en un criterio de Justicia, sino únicamente en la conclusión práctica del conflicto. No es una cuestión de principio, sino una consecuencia procesal inevitable del carácter de cosa juzgada de la sentencia”¹⁵¹, considerando que en Alemania el asesinato, delito al que refiere Puppe en la cita, no prescribe¹⁵².

¹⁵¹ PUPPE, I., *La Imputación del Resultado...*, p. 262.

¹⁵² *Ibid.*

Pero que la imputación de la causación del resultado no tenga límite de tiempo, es una idea que no puede prescindir de la imputación subjetiva del resultado al agente, ya sea a título de dolo o de imprudencia. En el apartado que sigue abordaremos esa primera forma de imputación, la imputación ordinaria.

3.2. El dolo de lesionar a otro como prognosis del resultado lesivo en la persona

La importancia de la imputación subjetiva al dolo del autor radica en que ello permite describir la acción como infracción de un deber de evitación de la producción de un resultado. Considerando lo señalado anteriormente en el capítulo II, la posibilidad de imputar la realización de una acción como contrariedad a deber depende de la satisfacción de ciertos presupuestos de evitabilidad, dentro de los cuales está la representación de la situación relevante a efectos de formarse la intención de evitar la realización del tipo penal. Si el autor, teniendo la intención (de segundo orden) de anteponer la norma de comportamiento como motivo dominante para su actuar, toma conocimiento de que aquello que se dispone a realizar implica la realización de una conducta antinormativa, entonces le es *prácticamente* necesario evitar dicha realización. Esto ya fue demostrado mediante la apelación al recurso analítico del silogismo práctico y, por ende, no cabe redundar sobre ello.

Nótese, no obstante, que cuál haya sido efectivamente la intención del autor al momento de infringir el deber de evitación es, bajo el modelo aquí esbozado, completamente irrelevante. La norma de comportamiento opera como una razón para la evitación de la infracción a un deber cuya existencia sólo depende del conocimiento de la situación típicamente relevante y, por ende, lo único

determinante para efectos de la imputación es que el autor *no* se haya formado la, a su vez, única intención exigida: la intención de evitación. En palabras de Kindhäuser, “la intención que el autor realmente persiguió, sea cual fuere su contenido, era en cualquier caso la incorrecta, pues no era la intención de evitar la realización del tipo penal que se esperaba que él, como ciudadano fiel al Derecho, se formaría activamente.”¹⁵³ Esto implica, como es evidente, que la forma básica del dolo no es el dolo directo de primer grado sino que el dolo eventual. La mera representación no sólo es condición necesaria sino que además suficiente (junto con las capacidades físicas adecuadas, claro) para el surgimiento del deber de evitación.¹⁵⁴

Queda aún por responder, empero, la pregunta por el grado de conocimiento necesario para la formación esperable de la intención de evitar la realización del comportamiento típico. Para ello, obviamente, el punto de referencia no puede ser el mismo autor puesto que éste, precisamente, no se ha formado la intención de evitar el comportamiento. La determinación del nivel de conocimiento, por ende, sólo puede hacerse teniendo en consideración un destinatario ideal de la norma, el que, bajo el esquema del delito aquí presentado, corresponde a un ciudadano fiel a Derecho que actúa racionalmente. En estos términos, actúa dolosamente quien no evita la realización de un comportamiento típico con un grado de conocimiento del mismo que habría llevado a un ciudadano racional y fiel a Derecho a evitar dicha realización.

Tratándose de los delitos de resultado, como es el caso –ya lo vimos- de las lesiones, el grado de conocimiento se vincula con el grado de probabilidad en la

¹⁵³ KINDHÄUSER, U., “¿Indiferencia como dolo?”, en: KINDHÄUSER, U./GARCÍA CAVERO, P./PASTOR, N., *Cuestiones Actuales de Derecho Penal General y Patrimonial*, ARA Editores, Lima, 2005, p 47-48.

producción del resultado típico. La intención de evitar el comportamiento prohibido requiere de un cierto grado de conciencia, por parte del autor, de la probabilidad o riesgo de que, con su comportamiento, se produzca el resultado. En este sentido, la imputación de dolo requiere un juicio de *prognosis*. Y el grado de probabilidad requerido es, obviamente, aquel que haga prácticamente necesaria la evitación del comportamiento, o en términos del propio Kindhäuser, que sea “decisivamente relevante”¹⁵⁵ para la no realización del tipo. Esto incluso hace innecesario, según este mismo autor y en contra de la doctrina dominante, el recurso a la teoría de la imputación objetiva para la imputación del resultado a la acción, toda vez que desde el punto de vista de la capacidad de evitación – que es lo que importa aquí- el dolo conlleva ya un pronóstico del riesgo de producción del resultado típico¹⁵⁶. Esto no significa que el agente deba conocer el curso causal concreto, sino que es suficiente que conozca el riesgo que se realiza¹⁵⁷.

En relación a las acciones prenatales con resultado lesivo postnatal, lo anterior supone que éstas serán imputables a título doloso cuando el autor se represente con un grado de probabilidad relevante que su acción causará el resultado lesivo típico. Y esto con absoluta independencia del momento en que se ejecute la acción; y, por cierto, con total independencia del momento en que la misma incida en el feto. Lo único relevante para estos efectos, es el conocimiento de la probabilidad de producción del resultado, y, como quedó demostrado en la sección anterior, dicho resultado no es otro que la

¹⁵⁴ Ídem. Esto sin perjuicio de las exigencias adicionales que puedan concurrir en los tipos penales de la parte especial.

¹⁵⁵ KINDHÄUSER señala que “[u]na probabilidad es decisivamente relevante cuando esa probabilidad no tiene un valor insignificante para el caso de una decisión racional que tenga como objetivo no realizar el tipo penal concerniente”, KINDHÄUSER, U., “Imprudencia y ...”, p. 97, en nota al pie número 10.

¹⁵⁶ KINDHÄUSER, U., “El Tipo Subjetivo en la Imputación del Delito”, en: del mismo, *Crítica a la Teoría de la Imputación Objetiva y Función del Tipo Subjetivo*, Grijley, Lima, 2007.

¹⁵⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal...*, p. 356.

modificación perjudicial del estado de incolumidad del nacido vivo. Por ello, la conciencia del riesgo de lesión no está referida a la modificación del estado de cosas *en* el feto, sino que a dicha modificación producida cuando éste ya se transformó en persona. Lo contrario constituiría, y en esto acierta la doctrina española dominante y se equivoca Silva Sánchez, una clara infracción al principio de legalidad.

Las hipótesis de acciones prenatales con resultado postnatal imputables dolosamente como lesiones en el sentido del Código Penal chileno, por ende, están restringidas a los casos en que, objetivamente, existe modificación perjudicial de la incolumidad personal, y subjetivamente, existe un grado de conocimiento decisivamente relevante, por parte del autor, de la probabilidad de causación de ese resultado. Así, los casos en cuestión, si bien no parecieran ser muy comunes, son perfectamente imaginables, en especial cuando el autor tiene conocimientos especiales determinantes, como por ejemplo, conocimientos médicos especializados.

4. CUESTIONES CONCURSALES

Hemos dicho que el resultado típico de las lesiones (y del homicidio) requieren que éste acaezca en un ser humano nacido, y no es suficiente que el resultado se haya producido antes del nacimiento y sus consecuencias persistan tras el parto. Pero en cualquier evento, no es necesario que la acción haya tenido lugar después del nacimiento, pues las acciones lesivas prenatales pueden imputarse a título de lesiones (u homicidio) si el resultado típico concurre, esto es, si la lesión (o la muerte) tiene lugar tras el nacimiento.

Ante dicha hipótesis, es muy posible que en los casos de interés a efectos del presente trabajo, concurren dos o más delitos¹⁵⁸. De ellos, nos interesan aquellos casos en que existe dolo de lesionar a otro mediante una acción lesiva prenatal. Así, existiendo dolo de lesionar a otro (ya se ha dicho, supuesta la prognosis del agente de que el resultado tendrá lugar en un nacido), la acción lesiva prenatal puede llevar a diversos resultados distintos de la mera lesión del otro.

Así, si el feto resulta lesionado antes del nacimiento, la conducta es atípica, pues no existe delito de lesiones al feto en Chile. No obstante, existiendo dolo de lesionar a otro, es posible la imputación a título de tentativa. Esta imputación es compleja atendidas las serias dificultades que podría plantear acreditar la concurrencia del dolo. Ésta es una cuestión que excede, sin embargo, los límites de este trabajo¹⁵⁹.

Puede además ocurrir que el feto muera antes de nacer. Si es así, entonces será necesario analizar si es posible imputar el aborto a título de dolo (pues el aborto imprudente es considerado mayoritariamente atípico en Chile). Si dicha imputación es posible, entonces existe concurso ideal entre tentativa de lesiones y aborto, concurso que se resuelve en Chile, de conformidad a lo establecido en el artículo 75 del Código Penal, debiendo imponerse la pena mayor asignada al delito más grave. Por supuesto, si el dolo ha sido de ocasionar la muerte del nacido, entonces el concurso ideal es entre los delitos de homicidio y aborto.

¹⁵⁸ En general, sobre concursos de delitos, vid. CURY, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 8ª ed., Santiago, 2005, p. 649-671.

¹⁵⁹ Al efecto, vid. HRUSCHKA, J., "Sobre la difícil prueba del dolo", en, del mismo, *Imputación y ...*, pp. 181-199.

Otra hipótesis posible es que el agente actúe con dolo de lesionar a otro, y sin embargo, tras el parto, el nacido muera por causa de la acción prenatal. En este caso, habrá que ver si el resultado de muerte puede imputarse como homicidio doloso o culposo. Si es así, dicho delito estaría en concurso ideal con el delito de lesiones al otro en grado de tentativa¹⁶⁰. Como en el caso anterior, se aplicará la pena mayor asignada al delito más grave.

Finalmente, existe el caso en que una acción prenatal es la causante de resultados lesivos que se van manifestando sucesivamente en el tiempo, tanto en el feto como en el nacido. En estos casos, debe entenderse que habrá de imputarse la causación de cada resultado típico en forma independiente, sin perjuicio de que, si son dos o más los resultados típicos, éstos estarán en concurso ideal, y se regirán por las normas precedentemente citadas.

¹⁶⁰ No obstante, debe hacerse notar que la hipótesis es anómala, pues se trata de un caso en el cual si se produce el aborto, no es posible que las lesiones tengan lugar, es decir, la tentativa de lesionar a otro deviene en tentativa inidónea como consecuencia de que sólo hay lesiones si ha habido mutación en el objeto de ataque, mutación que no es posible si media aborto. Precisamente por ello, podría discutirse si existe un concurso auténtico, pues esto implicaría sostener que es posible la concurrencia, en una misma acción, de dolo de dos delitos incompatibles: el agente tendría conocimiento de que su acción pudiera ocasionar una lesión a otro, o un aborto, pero no ambas figuras en forma simultánea. En este sentido, pareciera que se trata de delitos alternativos, de modo que podría sostenerse que el concurso es meramente aparente. Por supuesto, si el dolo ha sido de ocasionar la muerte del nacido, entonces el concurso es entre los delitos de homicidio y aborto, y las razones para entender que dicho concurso es de leyes, y no de delitos, sería las mismas recién apuntadas.

CAPÍTULO IV

**LA IMPRUDENCIA EN LAS ACCIONES PRENATALES CON RESULTADO
LESIVO POSTNATAL**

1. RECAPITULACIÓN

En el capítulo anterior quedó demostrada la incorrección del tratamiento de la doctrina dominante de las así llamadas lesiones al feto. Mientras el resultado lesivo se produzca en el *nasciturus*, la acción es impune por respeto al principio de legalidad y, a ese respecto, el concepto de “incidencia de la acción” no aporta nada. Habiéndose identificado correctamente, en cambio, el resultado típico del delito de lesiones como la modificación perjudicial de un estado de cosas en una persona, la tarea de imputación de la causación de dicho resultado por medio de una acción prenatal con resultado lesivo postnatal depende de que la realización de esta última pueda ser considerada como infracción a deber. El injusto de acción se expresa en la no evitación intencional de un comportamiento evitable; y evitable, desde el punto de vista subjetivo, es un comportamiento que en la representación del sujeto concreto conduce, con una probabilidad relevante para la decisión de un destinatario fiel a la norma, a la producción del resultado típico. Las consecuencias que lo anterior tiene para la punibilidad de las acciones prenatales con resultados postnatales ya nos son conocidas.

Ahora bien, esas consecuencias no se reducen sólo a la afirmación de la punibilidad de las acciones prenatales dolosas. Es evidente que si se afirma la

posibilidad de imputación a título de dolo, surge la pregunta por la imputación a título de imprudencia. Habiéndose establecido que el dolo no es el único criterio de imputación de la causación de un resultado típico como infracción a deber, cabe examinar la imputación de la causación no intencional de un resultado como infracción a deber cuando las causas del desconocimiento de la probabilidad de producción del mismo son atribuibles al agente. En el caso de las acciones prenatales con resultado lesivo postnatal, esto es evidente desde el punto de vista del Código Penal chileno, toda vez que los artículos 490 y siguientes del Título X del Libro II determinan el marco genérico de la punibilidad de la imprudencia como un régimen de *numerus clausus* referido a los crímenes y simples delitos contra las personas. Y las lesiones, bajo la sistemática del Código, son precisamente delitos contra las personas.

En el tratamiento del problema de la punibilidad de las lesiones al feto, la doctrina unánimemente, empero, ha negado esta posibilidad en el caso de la imputación a título de imprudencia. El argumento central para lo anterior radica en los efectos que genera la exclusión de la punibilidad del aborto imprudente. Si bien las hipótesis que nos interesan no son las que corresponden a las lesiones al feto, la impunidad del aborto imprudente puede constituir una razón atendible para la exclusión de la punibilidad de las acciones prenatales con resultado lesivo postnatal. Esto, por cuanto en los términos en que ha sido formulado el argumento por la doctrina alemana mayoritaria, las consecuencias que surgen de la inexistencia de deberes de cuidado referidos a la vida del feto pudieran extenderse los casos de acciones prenatales con resultado lesivo postnatal.

En virtud de lo anterior, es necesario revisar el argumento construido en torno a la impunidad del aborto imprudente. Esto nos permitirá evaluar hasta

qué punto éste puede operar como una razón para excluir la punibilidad de la acciones prenatales con resultado lesivo postnatal cometidas imprudentemente.

2. EL ABORTO IMPRUDENTE IMPUNE COMO ARGUMENTO SISTEMÁTICO PARA LA IMPUNIDAD DE LAS ACCIONES PRENATALES IMPRUDENTES CON RESULTADO POSTNATAL

2.1. La (supuesta) paradoja de la punibilidad de la imprudencia de las lesiones al feto

“Si la incidencia es tan grave que el feto muere en el vientre materno, la acción cometida con ligereza es impune; en cambio, si es menos grave y el parto se produce, habrá punibilidad, incluso en caso de culpa leve, con arreglo a los §§ 230 y 222.”¹⁶¹

Así explica Kaufmann el problema que se produciría si se acogiera dogmáticamente la tesis del LG Aachen en el Caso Contergan. La punibilidad de las lesiones al feto¹⁶² cometidas imprudentemente constituiría una solución contra-intuitiva, puesto que el *nasciturus* estaría más protegido frente a atentados de gravedad menor, que ante atentados de una gravedad tal que lleguen incluso a afectar su vida. Lo anterior obedece a que, en el contexto de la regulación alemana del aborto, la comisión imprudente de éste es impune. De este modo, aquellas acciones imprudentes que afecten al feto produciéndole la muerte dentro del vientre materno, no son punibles, mientras que, en atención a lo señalado por el LG Aachen, si las mismas acciones causan efectos menos severos, produciéndose consecuentemente el parto y luego lesiones o la muerte, dichas acciones se tornan punibles, ya sea a título de lesiones culposas

¹⁶¹ KAUFMANN, A., “Tipicidad y Causación...”, p. 11.

¹⁶² Nótese que hablar de “lesiones al feto”, en este contexto, prejuzga la solución al problema, puesto que Kaufmann está planteando el caso en que -según su planteamiento- el feto se vería

(§ 222) o de homicidio culposo (§ 230). La construcción del LG Aachen no respetaría, así, un mínimo de razonabilidad sistemática en el contexto de la regulación del código penal alemán.

El punto de partida de la tesis de Kaufmann es, como se ve, la inexistencia deliberada de protección de la vida del feto frente a atentados abortivos imprudentes. Una persona que se relaciona con una mujer embarazada debe tener en cuenta cierto grado de prudencia en su actuar. Pero este nivel de cuidado, desde el punto de vista de la regulación legal aplicable, no sería otro que el estándar de cuidado que debe tener cualquier persona que se relaciona con otra cuando pretende velar por la no realización de conductas que puedan atentar contra la vida o la salud de esta última, esto es: el deber de cuidado que debe tener cualquier destinatario fiel a las normas que prohíben la causación de un homicidio o de un delito de lesiones. El embarazo, a lo sumo, podría consistir en una razón adicional para evitar la realización de dichas conductas en atención a la mayor vulnerabilidad de la mujer que ese estado podría suponer, pero no conduciría a la elevación de los deberes de cuidado en virtud de la protección de la salud o vida del feto.

En este sentido, tanto la madre de la criatura que se gesta en su vientre, como el tercero que se relaciona con la primera, no están obligados (penalmente) a tener en consideración estándares de cuidados vinculados a la protección de la vida del feto. El tercero se encuentra vinculado sólo por los estándares de cuidado en relación a la madre, y la madre, como es evidente, en relación al tercero. La razón de fondo de lo anterior, para Kaufmann, es la siguiente: “la idea de un control penal del embarazo, del comportamiento de la misma embarazada y de todas las personas que están en contacto con ella, es

lesionado en tanto se ha producido la incidencia de la acción en él. Que esto constituye una petición de principios se hace evidente con el análisis llevado a cabo más adelante.

hoy tan intolerable como lo fue hace 65 años atrás (Radbruch) o 100 o 120 años atrás (Código Penal del Reich y Código Penal prusiano, respectivamente).¹⁶³ Se trataría de razones de proporcionalidad que subyacen a la sistemática del Código, que excluirían la punibilidad de la causación imprudente de este tipo de resultados. Los estándares de cuidado debido en atención a la protección de la vida *nasciturus* no son penalmente relevantes: con imprudencia es posible (legítimo) incluso hasta matar a un feto. No así cuando se está frente a una persona. El argumento de Kaufmann se deja construir, así, como un argumento del tipo *ad maiori ad minus*: si es lícito matar imprudentemente a un feto, con mayor razón debe serlo lesionarlo imprudentemente, y, por ende, prohibir la causación de lesiones imprudentes en el feto, no estando prohibida la causación imprudente de su muerte, es desproporcionado.

Esta desproporción es, según Kaufmann, un argumento para sostener la tesis según la cual el momento decisivo para la tipicidad de las lesiones es el de la incidencia y no el del resultado. Su solución al problema de la consumación, en consecuencia, no obedece a un argumento conceptual sino que puramente sistemático: la regulación penal alemana no admitiría una tesis que afirme la consumación en el momento de la producción del resultado puesto que ello implicaría tener que afirmar la punibilidad de las acciones imprudentes que inciden en el feto, no al punto de producir su muerte sino que teniendo lugar el parto, a título de lesiones u homicidio imprudentes de una persona.¹⁶⁴ Y dichas acciones –para Kaufmann– son menos graves que las acciones que inciden en el feto matándolo. Si esas acciones son menos graves, entonces no hay razones para prohibirlas. No habiendo razones para esa prohibición, el momento de la consumación no puede ser el del resultado. La tesis del LG

¹⁶³ KAUFMANN, A., “Tipicidad y Causación...”, p. 16.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 15.

Aachen importaría, para Kaufmann, introducir subrepticamente una prohibición conscientemente excluida por el legislador. En términos del propio Kaufmann:

“Al extender los §§ 222 y 230 a perjuicios prenatales con efectos ulteriores, se *llegaría*, respecto de las exigencias de cuidado, *exactamente al mismo resultado que se obtendría si se declarara la punibilidad del aborto culposo.*”¹⁶⁵

Así, la impropiedad de considerar las acciones lesivas imprudentes con incidencia prenatal y con resultado postnatal como conductas punibles opera como argumento sistemático para sostener que la interpretación correcta del delito de lesiones, bajo el código penal alemán, es aquella que afirma la consumación al momento de la incidencia. Bajo una interpretación tal, las hipótesis ventiladas en el caso Contergan, y que la doctrina llama comúnmente lesiones al feto, son atípicas, lo cual se condeciría con la verdadera intención legislativa plasmada en la regulación alemana.

Esta conclusión, sin embargo, no puede ser aceptada sin más. El primer problema que plantea es la identificación del significado de la palabra “parto” en el contexto en que ésta es usada por Kaufmann. Comúnmente, debiese entenderse “parto” como nacimiento, es decir, como resolución esperable en tiempo y forma del embarazo. Sin embargo, en vista de las características del caso planteado por Kaufmann, el parto también puede estar referido a la expulsión del feto. La asignación de un significado u otro genera consecuencias radicalmente disímiles, todas ellas, empero, incorrectas.

Bajo una comprensión de “parto” como expulsión, si efectivamente la incidencia de la acción lesiva en el feto no es de una gravedad tal que produciría la muerte del feto, sino que sólo alcanza a generar su expulsión y su

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 16.

posterior muerte extrauterina, la calificación correcta no es homicidio sino que aborto. La definición del problema supone, sin embargo, atender previamente a la solución que se otorgue al problema de la determinación del significado del tipo objetivo en el delito de aborto.¹⁶⁶

Cuándo sea posible identificar la comisión de un aborto es una cuestión que, en primer término, depende de la regulación positiva. En el caso del código penal alemán, la acción típica ha sido comúnmente entendida como “interrupción del embarazo”¹⁶⁷ y, por ende, la dificultad de determinación del significado de la acción se produce en relación a si es necesaria o no la muerte del feto o del recién nacido para que se produzca la consumación del delito de aborto. En el caso de la regulación española, la situación es similar. El legislador español ha prohibido la “producción de un aborto”, sin especificar qué se entiende por este último.¹⁶⁸ Con ello, la doctrina también se ha dividido en atención a la necesidad del requisito muerte del feto o del recién nacido para la consumación del delito. En nuestro código penal, los artículos 342 y siguientes disponen como núcleo común a todas las hipótesis típicas de comisión del delito de aborto la fórmula “causar un aborto”¹⁶⁹, replicándose así el problema presente en las dos regulaciones anteriores.

La solución del problema depende de cuál sea el modelo de interpretación a adoptar como criterio rector de la reconstrucción dogmática de la parte especial. Al respecto, comúnmente, dos concepciones se encuentran en disputa: la

¹⁶⁶ Para una exhaustiva revisión de este problema en la legislación española, pero con conclusiones equivocadas en relación al tratamiento de las acciones prenatales con resultado lesivo postnatal, véase FARRÉ, E., “Sobre el concepto de aborto y su delimitación en los delitos contra la vida humana independiente”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIII, 1990, pp. 337 y ss.

¹⁶⁷ § 218 StGB.

¹⁶⁸ Artículo 144 Código Penal español.

¹⁶⁹ Para estos efectos, el término “ocasionar” del artículo 343 equivale al verbo “causar”.

concepción semántica y la concepción teleológica.¹⁷⁰ Restringida al problema del aborto, la concepción semántica vincula la determinación del momento de consumación de este delito al momento de la expulsión del feto del útero. Si el resultado de la acción lesiva prenatal es la expulsión del feto, la calificación siempre será aborto, con independencia de si se produce la muerte del feto o no (una vez fuera del útero). Se le llama, “concepción semántica” a esta interpretación dado que basa su explicación en el sentido literal de los tipos en cuestión. En el caso alemán, esto último es evidente: mientras la definición del estado de embarazo dependa del mantenimiento de la anidación del embrión en el útero de la madre, el criterio paradigmático para determinar que existe *interrupción* del mismo es la expulsión del feto del vientre materno. Las regulaciones española y chilena, por su parte, también admiten ser interpretadas en estos términos, toda vez que, desde el punto de vista del estándar semántico oficial, como es el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la acción de “abortar” tiene asignado, como primer significado, el “parir antes del tiempo en que el feto puede vivir”.¹⁷¹

La concepción teleológica, por su parte, encuentra su fundamento en el fin de protección de la norma conforme al bien jurídico protegido en delito de aborto. Mientras este último corresponda a la vida del *nasciturus*,¹⁷² la acción de causar un aborto sólo puede tener sentido en atención a la efectiva lesión del bien jurídico, de modo que sólo aquella acción que produzca la muerte del embrión o feto es constitutiva de aborto consumado.¹⁷³ Esto último, por lo demás, puede acaecer con total independencia de la expulsión del *nasciturus*, de modo que sería posible distinguir entre un “aborto intrauterino” (cuando la

¹⁷⁰ Para el tratamiento de la distinción, véase BASCUÑÁN RODRÍGUEZ., Antonio, *El Delito de Aborto*, Materiales de estudio, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 2007, pp. 9 y ss.

¹⁷¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22° ed., 2001, p. 10.

¹⁷² Para la discusión relativa al bien jurídico protegido en el delito de aborto, véase BASCUÑÁN RODRÍGUEZ., A., *El Delito...*, pp. 4 y ss.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 10.

muerte del feto ocurre al interior del vientre materno) y un “aborto extrauterino” (cuando la muerte del feto ocurre una vez expulsado).

Tanto el caso en que, como consecuencia del ataque, se produce la expulsión junto con la muerte, como el caso en que ninguna de estas dos consecuencias tiene lugar, se resuelven de igual manera por ambas concepciones: en el primer caso, siempre habrá aborto consumado; en el segundo, nunca. La adopción de una u otra postura se torna decisiva, sin embargo, en los casos en que o bien existe expulsión con supervivencia del feto, o bien el feto muere permaneciendo dentro del útero. Para la concepción semántica, el primer caso es claramente un caso de aborto consumado, mientras que el segundo, a lo sumo, se trataría de una tentativa (acabada) de aborto. Para la concepción teleológica, en cambio, el primer caso constituye un caso de tentativa (acabada), mientras que el segundo es obviamente un caso de aborto consumado.¹⁷⁴

Habiéndose interpretado el término “parto” como expulsión del feto, la conclusión de Kaufmann no se deja explicar coherentemente cuando es tematizada en atención a la distinción entre una concepción semántica y otra teleológica del aborto. Al afirmar que, en el caso de una incidencia de tal gravedad sobre el feto que alcanza a producir su muerte en el vientre materno, la calificación es aborto, pero que no siendo la incidencia tan grave y produciéndose sólo el parto y la muerte posterior, la calificación es homicidio, la tesis es falsa. Pues, si existe un caso en el cual ambas concepciones del delito de aborto coinciden en la calificación de un hecho como tal, ése es precisamente el caso en que se produce la expulsión del feto sobreviniendo su muerte con posterioridad y siendo ésta atribuible a dicha expulsión. La

afirmación de un homicidio culposo para este caso contraviene la comprensión más extendida del delito de aborto. Existiendo expulsión, la concepción semántica no puede sino calificar el caso como aborto, y concurriendo además la muerte, la concepción teleológica no puede sino calificar el hecho también como aborto.¹⁷⁴ La única alternativa razonable, en consecuencia, es interpretar el término “parto” como nacimiento.

Bajo una comprensión tal, la calificación de homicidio culposo para este caso es correcta. Pero de la corrección de esta conclusión no se sigue que el planteamiento de Kaufmann, en su totalidad, sea correcto. Por el contrario, la tesis de Kaufmann es abiertamente falaz. La comparación de la gravedad de la

¹⁷⁴ Para una lúcida explicación de la combinación de ambas concepciones, véase BASCUÑÁN VALDÉS., A., “Nota a sentencia”, en *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XXII-Nº 2, pp. 221-231.

¹⁷⁵ Lo particular de esta hipótesis de aborto (expulsión del feto con muerte extrauterina) radica en que, si bien ambas concepciones coinciden en calificarla como tal, ninguna de las dos es enteramente consistente en dicha calificación puesto que, en definitiva, se trata de un criterio combinatorio. Para la comprensión semántica del tipo del aborto, la expulsión del feto es suficiente para establecer la consumación del tipo, de modo que la muerte sobreviniente de la criatura debiera ser irrelevante para efectos de la constatación de antinormatividad. Pero, tal como lo señala Bascuñán Rodríguez, esta implicancia es sumamente problemática desde el punto de vista del principio de lesividad: ¿qué razón podría existir, en el caso de un delito de resultado, para desvincular la producción del resultado típico (expulsión del feto, bajo la comprensión semántica) de la efectiva lesión del bien jurídico (vida del *nasciturus*)? Salvo que se afirme que el bien jurídico protegido en el delito de aborto corresponde a un estado de cosas en alguna dimensión reconducible al mantenimiento de la relación simbiótica de feto con la madre –cuestión que, como afirma correctamente Bascuñán, carece de todo sentido político criminal-, no existen argumentos que fundamenten tal implicancia de la concepción semántica. Véase al respecto, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ., A., *El Delito...*, p. 13. Por su parte, la concepción teleológica tampoco ofrece una explicación enteramente satisfactoria, puesto que, en sus propios términos, es incierto hasta qué punto pueda calificarse esta hipótesis como un atentado contra la vida del *nasciturus*. El resultado muerte se produce ya no sobre un feto, sino que sobre un ser humano independiente, de modo que la identificación del *nasciturus* como titular del bien jurídico vida es cuestionable. La cuestión se decidirá, en último término, en función del estatus normativo asignado al nacimiento como separación del primer y segundo nivel de protección de la vida. ¿Goza acaso el ser humano “nacido” de un estatus deóntico distinto del ser humano “expulsado” por el solo hecho de haber nacido? La respuesta negativa vuelve incomprensible la calificación de estos casos como aborto y no como homicidios toda vez que el resultado típico “muerte” se produce sobre un ser humano nacido o expulsado. La respuesta afirmativa exige la identificación de un argumento de justicia política que justifique la relevancia del nacimiento en comparación con la mera expulsión.

incidencia de la acción en cada caso –es decir, en aquel caso en que el feto muere dentro del vientre, y en aquel caso en que, no obstante se produce el nacimiento, muere o resulta lesionado con posterioridad-, se plantea en base a la existencia de un mismo objeto de la acción: el feto. Pero postular que ambas acciones inciden en un mismo objeto supone asumir como verdadero aquello que precisamente debe demostrarse: que el momento relevante para la consumación de un delito de resultado, como son el homicidio y las lesiones, es el de la incidencia de la acción en el objeto de la misma. De este modo, la petición de principios es evidente.

Esto no hace más que confirmar que la determinación del momento relevante para la afirmación de la tipicidad en atención exclusivamente a razones sistemáticas¹⁷⁶ es inaceptable. Como ya quedó demostrado en el capítulo anterior, la incidencia de la acción en el objeto como solución al problema de la antinormatividad constituye una estrategia puramente *ad-hoc*. En tanto las lesiones y el homicidio sean delitos de resultado, la solución para la identificación del momento relevante para la tipicidad no puede desatender la formulación de la estructura típica y, por ende, el momento determinante no es otro que el de la producción del resultado y, en esa instancia, -mediando el nacimiento- ya no puede hablarse de afectación al feto, sino que sólo de afectación a un nacido vivo.

Las consideraciones anteriores, sin embargo, no han desmentido aún uno de los puntos más atractivos de la argumentación de Kaufmann, a saber, que la punibilidad de las lesiones al feto cometidas imprudentemente conlleva una carga de cuidado excesiva para los potenciales autores de un delito de lesiones al feto, y en especial para la mujer embarazada, carga que concientemente ha querido ser evitada por el legislador excluyendo la punibilidad del aborto

¹⁷⁶ Ésta es la idea que subyace a la interpretación teleológica ofrecida por Kaufmann.

imprudente. Este argumento tiene una particular importancia cuando se trata de acciones prenatales con resultados lesivos postnatales, puesto que estas hipótesis coinciden, por regla general, con aquellas que tenía en mente Kaufmann dado que usualmente se van a tratar de casos donde la acción tiene algún grado de incidencia en el feto pero el resultado lesivo se produce con posterioridad al nacimiento. Antes de adentrarnos en el examen de este problema, sin embargo, debemos detenernos en el argumento formulado por Tepperwien en el contexto de la tesis del resultado el cual tiene una gran similitud con el de Kaufmann.

2.2. El “efecto de cierre” del aborto imprudente

Como ha quedado demostrado, la tesis de Kaufmann recién expuesta constituye uno de los diversos argumentos que éste esgrime para fundamentar su concepción del momento de la incidencia de la acción como el evento clave para determinar la tipicidad del delito de lesiones. Las nefastas consecuencias sistemáticas que, según este autor, tendría una tesis como la del LG Aachen – entre ellas la extensión de la punibilidad de la imprudencia- obligaría así a entender que la incidencia es el momento correcto para afirmar la antinormatividad. Por su parte, aquel sector de la doctrina que acepta la punibilidad de las lesiones al feto (y de las acciones prenatales con resultado lesivo postnatal), como es el caso por ejemplo de Tepperwien, también da cuenta de estas consecuencias excesivas. Sin embargo, su argumento opera de forma inversa. Para esta parte de la doctrina no son las razones sistemáticas o teleológicas las que obligan al intérprete a postular que el momento relevante es el de la incidencia. El problema de la determinación de ese momento es conceptual y, por ende, lógicamente anterior. En el caso de Tepperwien, éste corresponde al resultado típico. La razonabilidad sistemática de esa afirmación es, empero, una cuestión distinta. Y en este nivel, la impunidad del aborto

imprudente sería un obstáculo insalvable. A diferencia de Kaufmann sin embargo, Tepperwien concibe lo anterior como un correctivo externo a la necesidad conceptual de afirmación de su punibilidad. Este correctivo por el cual se restringen las consecuencias dogmáticas de la tesis del resultado sólo a los casos de comisión dolosa, es lo que se conoce generalmente como el “efecto de cierre” del aborto imprudente.¹⁷⁷

La expresa exclusión de la punibilidad del aborto imprudente por parte del legislador alemán es, para Tepperwien, una cuestión ineludible al momento de examinar las consecuencias que se derivan de la tesis del resultado. Esta decisión legislativa, según esta autora, gozaría de una larga tradición histórica en el contexto de la regulación alemana de los delitos contra la vida y contra la integridad física, pudiendo reconocerse ya desde el código penal de los estados prusianos de 1851.¹⁷⁸ Las razones para dicha decisión no son, empero, del todo evidentes. Tepperwien sugiere que un primer motivo correspondería a las dificultades probatorias del nexo causal que pudieren sobrevenir al momento de imputar una acción abortiva imprudente.¹⁷⁹ La plausibilidad de esa sugerencia es, no obstante, incierta desde el momento en que los mismos problemas de comprobación del nexo causal parecen ser predicables tanto de las conductas abortivas dolosas como de aquellas realizadas imprudentemente. Por otra parte, Tepperwien ofrece un segundo argumento, el cual constituye el equivalente, en la tesis del resultado, a aquel formulado por Kaufmann: la creación de un tipo que sancionare, en términos generales, el peligro imprudente para el feto conduciría a una excesiva punibilidad en este ámbito y, de este modo, a una restricción insoportable de los ámbitos de libertad tanto de la mujer embarazada como de los terceros que la rodearen.

¹⁷⁷ TEPPERWIEN, I. von, *Praenatale Einwirkungen...*, p. 118 y ss., citado en RAMÓN R., E., *El Delito de Lesiones...*, p. 211.

¹⁷⁸ TEPPERWIEN, I. von, *Praenatale Einwirkungen...*, p. 127 y ss., citado en RAMÓN R., E., *El Delito de Lesiones...*, p. 197.

Tepperwien no vacila en afirmar que esa consecuencia es intolerable bajo una comprensión razonable de los tipos penales que componen el sistema de protección de la vida y la integridad física.¹⁸⁰ Y en este aspecto hace suyo el argumento presentado por Kauffman, según el cual, el efecto de cierre que genera el §218 del Código Penal alemán no sólo obedece a una razón de coherencia sistemática, sino que también -y más importante- a una exigencia de justicia material (proporcionalidad). Puesto en estos términos, el problema dogmático de la determinación del momento relevante para afirmar la tipicidad en un delito de resultado requiere de la corrección material pertinente en función de las consideraciones político-criminales subyacentes al esquema de la regulación legal. Esto no equivale a corregir la adecuación de la decisión legislativa en atención a criterios propios del contexto de fundamentación de la misma,¹⁸¹ cuestión que evidentemente supondría una arrogación injustificada de ámbitos de competencia exclusivos del legislador. Por el contrario, en su mejor formulación, el argumento de Tepperwien pretende hacer justicia a la decisión legislativa dando cuenta de que la aceptación incondicional de las consecuencias de una tesis que admite la aplicación de los tipos del homicidio y de las lesiones a conductas realizadas (y que inciden) con anterioridad al nacimiento del feto, conduciría a afirmar que el legislador se comporta contradictoriamente. El llamado “efecto de cierre” del aborto se convierte, así, en la herramienta sistemática que permite evitar esta consecuencia.

La tesis de Tepperwien, por tanto, está sometida a las mismas dificultades que la tesis de Kaufmann toda vez que admite la impunidad del aborto

¹⁷⁹ *Ibíd.*, p. 198.

¹⁸⁰ *Ídem.*

¹⁸¹ Para la distinción entre discursos de fundamentación y de aplicación, véase HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 2005, cap. III, siguiendo la formulación de Klaus Günther. Véase GÜNTHER, K., *The Sense of Appropriateness*, State University of New York Press, New York, 1993.

imprudente como un argumento sistemático determinante para negar la punibilidad de las lesiones al feto imprudentes. En tanto Tepperwien adhiere a la teoría del resultado para fundamentar la punibilidad de las lesiones al feto en el entendido de que el resultado se produce *en* el feto –caso que para nosotros no admite otra solución que la impunidad-, cuál sea su opinión en torno a los casos de acciones prenatales con resultado lesivo postnatal no es del todo evidente. Sin perjuicio de ello, puede entenderse que, haciendo suyo el argumento del efecto de cierre del aborto imprudente en atención a la carga de cuidado excesiva que recaería sobre la mujer y sobre los terceros que la circundan, Tepperwien no admitiría otra solución que la impunidad para estos casos.¹⁸²¹⁸³

¹⁸² La posibilidad de que en la regulación chilena del aborto pueda construirse un argumento como aquel del “efecto de cierre” de la impunidad del aborto imprudente, es incierta. Pues la posibilidad de que el aborto imprudente sea punible no se encuentra totalmente descartada en la doctrina. En efecto, el artículo 343 del Código Penal sanciona al sujeto que comete violentamente un aborto, “aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.” La postura doctrinal mayoritaria entiende este tipo como un tipo de dolo directo o eventual en relación a la violencia ejercida, en conjunto con dolo eventual o culpa en relación al resultado de aborto, tratándose así de un delito preterintencional. Así, por todos, BUSTOS, J., GRISOLÍA, F., POLITOFF, S., *Derecho Penal...*, pp. 156-158. Enrique Cury objeta esta solución sosteniendo que la única interpretación admisible del artículo 343 es aquella que acepta la consagración de una hipótesis de aborto imprudente. Las razones para lo anterior, según Cury, serían al menos dos: en primer lugar, la estructura del delito preterintencional exige que se trate de dos delitos distintos, uno cometido con dolo y el otro con imprudencia. Pero el puro ejercicio de violencia no constituye un delito autónomo. Sería necesario, por ejemplo, la concurrencia de un resultado lesivo a la incolumidad corporal, para constatar así un delito de lesiones. En segundo lugar, si se aceptara la concurrencia de las lesiones, se produciría el efecto absurdo de que éstas siempre quedarían absorbidas por el artículo 343, y esto significaría privilegiar la pena de cualquier delito grave de lesiones por el hecho de causarse además un aborto imprudente. CURY, E., “Interpretación del artículo 343 del Código Penal”, en: *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XVII-Nº 3, 1958, pp. 86-91. Para una convincente crítica de este segundo planteamiento, véase BASCUÑÁN, RODRÍGUEZ., A., *El Delito...*, p. 41. Como se ve, la impunidad del aborto imprudente no puede ser afirmada con la misma intensidad que en el caso de la regulación alemana, de modo que aun si admitiera el “efecto de cierre” como un argumento conceptualmente plausible, su aplicación al caso chileno está sometida a esta dificultad.

¹⁸³ En el caso español, el argumento carece aún más de aplicación, ya que, como se vio en el capítulo I, la punibilidad del aborto imprudente está expresamente establecida para ciertos casos.

3. LA PUNIBILIDAD DE LAS ACCIONES PRENATALES IMPRUDENTES CON RESULTADO LESIVO POSTNATAL

Los argumentos analizados en la sección anterior están referidos fundamentalmente a las hipótesis que se conocen como lesiones al feto. En el caso del planteamiento de Kaufmann, éstas se producen con la sola incidencia de la acción lesiva en el *nasciturus*. Para Tepperwien, en cambio, éstas tienen lugar cuando se produce un resultado lesivo en el feto y luego se manifiesta con el nacimiento. Ya quedó demostrado, no obstante, que ninguna de estas dos posturas es consistente: las lesiones al feto son impunes por respeto al principio de legalidad. Esto no prejuzga, empero, respecto de la punibilidad de las acciones prenatales con resultado lesivo o mortal postnatal. No existen razones para negar la punibilidad de la causación de un resultado de muerte o de lesión ocurrido sobre un nacido a causa de una acción realizada antes del nacimiento si la acción fue ejecutada con un grado de representación suficiente de que ese resultado acaecería en la víctima con posterioridad al nacimiento.

En el caso de la imputación a título de imprudencia, la cuestión no puede ser distinta, pues las lesiones y el homicidio son delitos contra las personas. El problema de la impunidad del aborto imprudente se vuelve de este modo relevante en atención a que, como afirma Kaufmann y sugiere Tepperwien, las acciones u omisiones debidas en virtud del respeto a los estándares de cuidado que existirían si el aborto imprudente fuese punible coincidirían con aquellas debidas si las lesiones al feto imprudente fuesen punibles. Como es claro, esto también debiese tener consecuencias para los casos de acciones prenatales con resultados lesivos postnatales, puesto que, en último término, se trata también de acciones que deben ser evitadas durante el período de embarazo. No obstante, para el análisis de lo anterior, debemos revisar, en primer lugar, las características de la estructura de la imputación a título de imprudencia.

3.1. La imprudencia como imputación extraordinaria

Como vimos en el segundo capítulo,¹⁸⁴ la imputación de un comportamiento antinormativo como contrariedad a deber admite la distinción entre, por una parte, dos *niveles* de imputación, y por otra parte, dos *formas* de imputación. Lo primero corresponde a la distinción entre imputación de primer nivel e imputación de segundo nivel, es decir, a la distinción entre imputación a la capacidad de acción e imputación a la capacidad de motivación o culpabilidad; lo segundo corresponde a la distinción entre imputación ordinaria e imputación extraordinaria. Esta última distinción, a su vez, responde al reconocimiento de los dos criterios fundamentales para la imputación: el dolo y la imprudencia. Cuando la realización de un comportamiento antinormativo es imputable como no evitación intencional de un comportamiento evitable, entonces esa realización se imputa a título doloso. Por el contrario, en caso de que la no evitación no sea intencional, la posibilidad de observar una contrariedad a deber queda, *prima facie*, excluida. Esto es evidente si se atiende, una vez más, al modelo del silogismo práctico: la necesidad práctica a la que se ve constreñido el agente de cumplir con lo dispuesto en la premisa mayor (el contenido de la norma de comportamiento) surge de la satisfacción de los requisitos establecidos en la premisa menor, y éstos corresponden a su capacidad física (mecánica) de actuar y su conocimiento de la situación (típicamente) relevante. Este grado de conocimiento equivale al dolo, de modo que no concurriendo éste no existe necesidad práctica alguna de evitación, y la imputación como contrariedad a deber, en principio, carece de fundamento práctico. En este sentido, el error, sea vencible o invencible, *siempre* excluye la imputación (ordinaria).

¹⁸⁴ Vid. *Supra* II, 4.2.

Pero la intención de seguimiento de la norma de comportamiento supone algo más que la sola formación de la intención de evitación de la conducta prohibida en el momento típicamente decisivo. El compromiso esperable de todo ciudadano fiel al Derecho es que éste no sólo evite la realización de comportamientos prohibidos, sino que también se procure de las condiciones necesarias para que, llegado el momento, efectivamente pueda evitar la realización de esos comportamientos.¹⁸⁵ En otros términos: quien pretende seguir la normas debe además –y esto también constituye una necesidad práctica- evitar limitar su capacidad de seguimiento de las mismas. De este modo, la falta de una de las condiciones necesarias para la imputación –por ejemplo, la falta del conocimiento de las circunstancias relevantes en el caso del error- no excluye esta última cuando esa misma falta es atribuible al agente. En este caso, la imputación de la realización del comportamiento prohibido como infracción a deber es posible, pero sólo en tanto sea entendida como *imputación extraordinaria*; lo extraordinario de la imputación radica en que ésta sólo puede tener lugar con un nuevo título, ya que se lleva a cabo *a pesar de* faltar uno de los elementos necesarios para la imputación (ordinaria). Esto sucede así en todos los casos de error de tipo vencible, de error de prohibición vencible, de ausencia de acción atribuible al sujeto y de ausencia de imputabilidad también atribuible al sujeto.¹⁸⁶ La imputación extraordinaria consiste, por lo tanto, en el esquema de imputación propio de las conductas imprudentes, del mismo modo en que la imputación ordinaria corresponde a la imputación de las conductas dolosas, y su fundamento radica en la infracción a un deber de cuidado que hace imputable el déficit de capacidad de seguimiento al mismo sujeto.

¹⁸⁵ KINDHÄUSER, U., “Imprudencia...”, en: del mismo, *Derecho Penal de la Culpabilidad...*, p. 105.

¹⁸⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación...*, p. 545.

La noción de la imprudencia como infracción de un deber de cuidado es, desde luego, suficientemente conocida en la evolución de la dogmática penal.¹⁸⁷ La idea consiste, básicamente, en que la no evitación de un comportamiento prohibido hubiese sido, sin embargo, evitable en caso de haberse respetado las exigencias de cuidado debidas y, de ese modo, la realización del comportamiento es imprudente. Al contrario, si aún habiéndose respetado los estándares de cuidado exigidos hubiese sido igualmente inevitable evitar la realización del comportamiento prohibido, entonces la imputación de ese comportamiento se excluye, el cual sólo puede ser entendido, pues, como obra del infortunio. Esto no es más que la aplicación del principio *ultra posse nemo obligatur*.

La determinación del estatus deóntico de los deberes de cuidado, empero, es una de las cuestiones más problemáticas de la dogmática de los delitos imprudentes. Bajo el modelo aquí esbozado, los deberes de cuidado no corresponden estrictamente a deberes generados a partir de la existencia de una norma de comportamiento vinculada a la satisfacción de sus condiciones individuales de seguimiento, sino que a lo que la doctrina contemporánea ha llamado “incumbencias”.¹⁸⁸ La incumbencia corresponde a la carga que debe soportar quien se encuentra vinculado por normas de comportamiento con el fin de asegurar el seguimiento personal de las mismas. En este sentido, la infracción de un deber de cuidado no es equiparable a la infracción de una norma de comportamiento, puesto que la incumbencia y la norma de conducta no se sitúan en un mismo nivel lógico. La incumbencia (o más bien su infracción) permite fundamentar la imputación de la infracción de una norma de

¹⁸⁷ Al respecto, BINDING, Karl, *La Culpabilidad en Derecho Penal*, BdeF, Buenos Aires, 2009, pp. 119-165.

¹⁸⁸ Ésta es la traducción que se utiliza comúnmente para la palabra alemana *Obliegenheit*, Sobre las dificultades de su traducción, SÁNCHEZ-OSTIZ, P. *Imputación...*, p. 539 y ss. En la doctrina chilena, MAÑALICH, J.P., “Condiciones Generales de la Punibilidad”, en: V.V.A.A., *Revista de*

comportamiento como infracción a deber, por lo que, en algún sentido, la primera se encuentra referida a la segunda. En consecuencia, el problema se traduce en determinar cuál es la relación entre estos dos tipos de infracciones.

La cuestión se torna aún más compleja con la asunción de las normas que tipifican deberes de cuidado bajo la forma de delitos de peligro (generalmente abstracto). El ejemplo paradigmático para esto es el del tráfico rodado. Las normas que regulan el tránsito vehicular establecen deberes de conducta para quienes participan en él. Estos deberes de conducta están generalmente orientados a evitar la producción de menoscabos entre quienes participan del tráfico protegiendo la disponibilidad racional y segura de ciertos bienes jurídicos, como pueden ser la vida o la integridad corporal.¹⁸⁹ Consecuentemente, estos deberes admiten ser entendidos de dos maneras: por una parte, constituyen normas de comportamiento que definen conductas correctas o incorrectas al interior de la misma práctica del tráfico rodado (por ejemplo, la prohibición de conducir por sobre una velocidad determinada), y, por otra parte, operan como criterios de evaluación del grado exigido de vinculación de los ciudadanos a otras normas de comportamiento, como por ejemplo, las prohibiciones de matar o lesionar. En el primer caso, las infracciones suelen entenderse como contravenciones pertenecientes, por regla general, a lo que tradicionalmente se ha conocido como derecho de policía o, en Alemania, derecho de las infracciones administrativas [*Ordnungswidrigkeiten*] y, sólo en casos calificados, pertenecen al derecho penal estricto.¹⁹⁰ En el segundo caso, la infracción al deber de cuidado establecido legalmente (como delito de peligro) constituye una condición necesaria para la atribución de responsabilidad por la

Derecho Universidad Adolfo Ibáñez. Comentario de la Jurisprudencia del Año 2004., Peñalolén-Viña del Mar, 2005, pp. 406 y ss.

¹⁸⁹ Para la fundamentación de la existencia de delitos de peligro como forma de aseguramiento de la disposición de los bienes jurídicos, opuesto a un paradigma de la agresión, véase KINDHÄUSER, "Estructura y Legitimación...", en: del mismo, *Teoría de las Normas...*, pp. 39-61.

infracción de las otras normas de comportamiento (cuando mediante la defraudación de la expectativa de cuidado se ha infringido alguna de estas normas, por ejemplo, en el caso en que conduciendo a exceso de velocidad un sujeto atropella a un peatón quitándole la vida). No constituye, empero, una condición suficiente, pues que la contravención permita fundar la imputación de la infracción de una norma de comportamiento como comportamiento imprudente no significa que esa contravención -considerada como infracción a un deber de cuidado- deje de depender de las capacidades individuales del infractor. Pues, en este punto, la pregunta relevante es si la observancia de las exigencias de cuidado habría permitido al sujeto evitar la infracción de la norma de comportamiento, y esto no admite una respuesta en abstracto. Con esto queda de manifiesto, además, la correcta relación existente entre la infracción a una incumbencia o exigencia de cuidado y la imputación de la realización imprudente de un comportamiento antinormativo. A diferencia de lo sostenido por la doctrina mayoritaria, esa relación no se deja explicar en términos puramente causales, sino que, antes bien, consiste en una relación de fundamentación normativa: la infracción a una incumbencia implica la reducción de la capacidad del autor para evitar la realización del tipo penal y ese hecho es el que fundamenta la responsabilidad imprudente.¹⁹¹

En síntesis, la imputación por imprudencia se deja explicar como imputación extraordinaria en atención a que opera aun a pesar de faltar algún elemento necesario para el seguimiento personal de la norma de comportamiento. Su fundamento radica en la infracción de una incumbencia o deber de cuidado que se traduce en una (auto)limitación de la capacidad necesaria para asegurar la evitación del comportamiento prohibido. Ese deber de cuidado se estructura en términos objetivos, lo que no implica que la determinación del mismo se realice

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 44.

¹⁹¹ KINDHÄUSER, U., "Imprudencia...", pp. 110-111.

sin considerar las capacidades individuales del sujeto. Esto es de la mayor importancia considerando que, actualmente, se asiste a una estandarización cada vez mayor de las exigencias de cuidado por parte del legislador mediante el recurso a los delitos de peligro. Generalmente, estos últimos admiten ser entendidos como la reformulación en términos puramente prescriptivos de una exigencia de cuidado, pudiendo, así, atribuírseles una doble función normativa. Los delitos de peligro reducen la complejidad de la protección de bienes jurídicos estandarizando el respeto de sus condiciones de seguridad y disposición, en tanto operan, a la vez, como normas de comportamiento, y como cargas asociadas al cumplimiento de un mínimo de cuidado. El margen de peligro restante corresponde a lo que se conoce como “riesgo permitido” y, de este modo, la concurrencia de un riesgo permitido no hace otra cosa que conducir a la exclusión de la infracción de un deber de cuidado. Tal como lo ha puesto de manifiesto Kindhäuser, el riesgo permitido sólo designa esa área donde se descarga al sujeto de adoptar una medida de cuidado más intensa, inmunizando su comportamiento frente a la posibilidad de ser considerado imprudente.¹⁹²

3.2. La artificialidad del argumento del “efecto de cierre”.

A menos que sean formuladas como tipos de peligro, las exigencias de cuidados no especifican *ex – ante* los comportamientos que, en virtud de su observancia, deban realizarse u omitirse. Qué acción debe omitirse para no matar imprudentemente a un sujeto sólo va a estar determinado por el contexto en que esa situación típica tiene lugar. Es cierto, no obstante, que en algunas circunstancias la especificación de esas acciones u omisiones puede resultar más fácil que en otras. El sujeto que manipula un arma frente a otro con la intención de limpiar el cañón debe, si pretende no agredir a su compañero, por

¹⁹² *Ibid.*, pp. 125 y ss.

ejemplo, descargarla previamente o activar el seguro. Pero hasta qué punto el mismo sujeto debe utilizar guantes especiales o no manipular determinadas sustancias químicas es, en cambio, una cuestión mucho más incierta.

El grado de indeterminación de esas conductas se reduce, como vimos, con la formulación de delitos de peligro abstracto.¹⁹³ Nuevamente los ejemplos del tráfico rodado permiten clarificar la cuestión: una de las formas por las cuales un conductor fiel a las normas que prohíben la causación de lesiones puede evitar lesionar a otro conductor es deteniéndose en cada cruce en el que se encuentre con otro automóvil y permitiendo a éste pasar en primer lugar. El conductor prudente entiende que de esta forma no se expone a la imposibilidad de evitar lesionar a otras personas llegado el momento del cruce, como sería el caso si atravesara la calle a alta velocidad y sólo la redujera en el evento de toparse imprevistamente con otro vehículo.¹⁹⁴ Las reglas que regulan las formas de detención en los cruces de calles, en cambio, establecen de antemano cuáles conductas deben ser realizadas en estas circunstancias con el fin de no reducir la capacidad de evitación de una colisión. Para estos efectos, incluso se diferencian formas más intensas y menos intensas de reducción de velocidad en atención al riesgo que supone cada tipo de cruce. Ante una señal “pare” todo vehículo debe reducir la velocidad hasta el punto de detenerse, y esto con absoluta independencia de si en la calle que atraviesa se aproxima o no otro vehículo.

Esto demuestra que es apresurado afirmar que la aplicación de los tipos penales de los delitos contra las personas en los casos de causación de un

¹⁹³ Nuevamente debe entenderse aquí incluidas también las regulaciones pertenecientes al derecho de policía.

¹⁹⁴ Que en estos casos el grado de cuidado esté determinado no por el respeto a la norma no lesionar a otro sino que por la intención de evitar resultar lesionado uno mismo, no desmiente el ejemplo. Para ello baste reemplazar al segundo conductor por un niño que se desplaza en un monopatín.

resultado lesivo o mortal mediante la ejecución de una acción prenatal produce las mismas consecuencias que admitir la punibilidad del aborto imprudente. Qué acciones u omisiones deban, en el caso concreto, ser realizadas o evitadas es una cuestión totalmente contingente. Lo único que puede establecerse *ex – ante* es que, probablemente, muchos comportamientos que deben ser evitados en atención a procurar no lesionar o matar a un nacido, son también comportamientos que en algún grado son riesgosos para la víctima cuando ésta tiene todavía el estatus de un feto. Pero esto no genera dificultad alguna. Lo mismo sucede en todos los casos en que existen deberes de cuidado que son respetados. El sujeto A que construye una casa donde luego habitará una familia debe respetar ciertas exigencias de cuidado en atención a evitar que un eventual derrumbe acabe con la vida de los futuros moradores. Que, al mismo tiempo, A esté también evitando causar daños en la propiedad colindante -los que se producirían con ocasión del derrumbe-, no significa que con ello se llegue, subrepticamente, a las mismas consecuencia a las que se arribaría si se afirmara la punibilidad de la imprudencia en el delito de daños. Suponer lo contrario, implica no advertir la relatividad de la descripción de las acciones.¹⁹⁵ La acción por la cual A se procura de las condiciones para no causar la muerte o las lesiones de los habitantes del hogar admite también una descripción verdadera según la cual se trata de una acción por la que A se procura de las condiciones de no causar daños en la propiedad ajena. Que esa descripción sea verdadera no significa que la norma que prohíbe la causación de daños en la propiedad ajena pueda ser infringida imprudentemente. El llamado “efecto de cierre” de la impunidad del aborto imprudente es, por ende, inexistente.

La razón de que autores como Kaufmann o Tepperwien consideren que la aplicación de los tipos de las lesiones o del homicidio a casos de acciones

¹⁹⁵ Al respecto, fundamental DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 13 y ss.

prenatales imprudentes con resultado lesivo postnatal restringe ámbitos de libertad que el legislador ha pretendido no intervenir, radica en la idea de que los comportamientos imprudentes pueden encontrarse, como tales, prohibidos. Pero esa idea es incorrecta. Lo único que se encuentra prohibido es la causación de ciertos resultados, en el caso de los delitos de resultados, o la realización de determinadas acciones, en el caso de los delitos de mera actividad. No existe una norma de comportamiento que prohíba comportamientos imprudentes. Pues las formas de infracción de una norma no están, a su vez, determinadas en la misma. Esto infringe la prohibición de autorreferencia de las normas.¹⁹⁶ Las normas de comportamiento prescriben *objetivamente*. Su existencia no depende de la satisfacción de las condiciones subjetivas de seguimiento porque eso corresponde al nivel del deber no de la norma.

Existe, en consecuencia, un ámbito donde la protección de la vida y la integridad corporal de las personas redundan, en algún grado, en una protección del feto. Que esto implique la existencia de un control penal del embarazo insoportable desde el punto de vista de la libertad de acción de los ciudadanos, y en particular, de la mujer embarazada, dependerá de cuáles sean los criterios de exigibilidad del cuidado debido en la realización de acciones prenatales. Por ello, es necesario revisar la particularidad a la que están sometidos los deberes de cuidado en los casos que estamos examinando

3.3. La mutación del objeto de la acción en el tiempo como objeto del desconocimiento imputable

La punibilidad a título de imprudencia exige que el autor sea hecho responsable de la limitación de su capacidad de evitación del comportamiento

¹⁹⁶ Vid. *Supra*, II, 3.2.

prohibido. El mero desconocimiento de aquello que se hace o de aquello que es consecuencia de lo que se hace no excluye *per se* el juicio de responsabilidad, pues la imputación aún es posible en atención, precisamente, a que ese desconocimiento se produjo en virtud de la infracción de ciertos deberes de cuidado. Por eso, la imprudencia suele concebirse vinculada al desconocimiento de aquello que era cognoscible, y el objeto del conocimiento no es otra cosa que aquello que es objeto del dolo.¹⁹⁷ Hasta qué punto esto supone aceptar que el criterio para la fundamentación de la imputación a título de imprudencia sea la *pura cognoscibilidad* es incierto, pues el sólo hecho de que algo fuese cognoscible no es condición suficiente para la formación de la intención de evitar un comportamiento que produzca aquello.¹⁹⁸ Así como en la imputación ordinaria el conocimiento de las circunstancias típicamente relevantes –el dolo- constituye la base para la imputación por la no formación de un motivo determinante a favor de la norma, en la imputación extraordinaria esa base sólo puede encontrarse en la ignorancia como objeto de la lesión al deber de cuidado, y no en la pura posibilidad de conocimiento, pues, como señala acertadamente Kindhäuser, “la cognoscibilidad como tal no es ningún conocimiento, y por ello tampoco es un reemplazo equivalente del mismo”.¹⁹⁹ Pero mientras lo relevante sea, de todos modos, la ignorancia en tanto ésta fundamenta la infracción al deber de cuidado, aquello que se espera que el ciudadano fiel al Derecho evite corresponde a las comportamientos que limitan su capacidad de representación de las circunstancias necesarias para la formación de la intención de evitación de conductas prohibidas, y esa representación no puede extenderse más allá del objeto del dolo.

En este sentido, el deber de cuidado básico que, desde el punto de vista de los casos de acciones prenatales con resultados lesivos postnatales, se exige

¹⁹⁷ JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, pp. 380 y ss.

¹⁹⁸ KINDHÄUSER, U., “Imprudencia...”, pp. 114 y ss.

es que el sujeto no limite, mediante conductas prenatales, su capacidad de evitación de comportamientos que producirán resultados lesivos sólo una vez que el feto nazca. La mutación del objeto de la acción (desde un feto cuando se realizan las acciones hasta un ser humano nacido cuando tiene lugar el resultado lesivo) es, por ende, un elemento necesario del objeto del conocimiento. Pero el conocimiento necesario no se reduce sólo a la transformación de un feto en persona, sino que además debe ser posible la representación de que, con un grado de probabilidad relevante, el resultado lesivo sólo va tener lugar en la persona. Esto no es otra cosa que la exigencia de representación de aquel riesgo que efectivamente se realiza.²⁰⁰

Cuán exigible sea formarse el conocimiento de estas circunstancias que se transforman en el tiempo, va a depender de las circunstancias concretas en las que se encuentre el autor y de su condición particular, de modo que la respuesta, en algún sentido, siempre es casuística. Lo relevante es tener claridad sobre aquello que debe representarse el autor como objeto de la ignorancia y cómo eso determina el grado de exigibilidad de la representación. Es claro, por ejemplo, que la situación de la mujer embarazada es muy distinta a la de los terceros que interactúan con ella. La mujer embarazada ocupa un lugar privilegiado en relación a la posibilidad de representación de que existe un feto que en algún momento llegará a ser persona. Más aún si la mujer se encuentra, por ejemplo, en su octavo mes de embarazo. Pero en relación al hecho de que el resultado lesivo sólo se producirá cuando el hijo haya nacido, quizás la posición de la mujer embarazada –por sí sola- no fundamenta ninguna capacidad de representación privilegiada. A ese respecto, la existencia de conocimientos técnicos especializados puede ser más determinante. En ese sentido, del ginecólogo que prescribe un medicamento a una mujer

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 115.

²⁰⁰ JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, p. 391.

embarazada, es mucho más razonable esperar que se procure de las condiciones para representarse el hecho de que alguno de los efectos del medicamento puede ser, por ejemplo, la causación de una falla renal en el recién nacido.

Teniendo en consideración aquello que debe ser objeto de representación para la formación de la intención de evitar realizar conductas prenatales con resultados lesivos postnatales, las aprensiones respecto de aquello que se ha llamado “control penal del embarazo” comienzan a disiparse. Pues sólo en casos particularmente calificados, la comisión imprudente de ese tipo de acciones será merecedora de sanción penal. Los terceros que circundan a la mujer en el contexto de interacciones comunes y corrientes muy rara vez podrán verse expuestos a cometer este tipo de acciones de manera imprudente. Pero en casos tales como aquél en que el ginecólogo receta a la mujer embarazada un medicamento que lesiona al recién nacido obviamente la punibilidad del tercero aparece como una opción mucho más plausible.

Probablemente, el caso de la mujer embarazada sea el que genera los problemas más importantes, pues obviamente su estado la pone en una situación de particular exigencia. Por una parte, debe soportar –hasta el punto que lo exige cada legislación, por cierto- la permanencia del feto en su cuerpo por un plazo relativamente prolongado con todas las consecuencias que eso supone para su espacios de autonomía, pero por otra parte, la misma condición de embarazo la sitúa en una posición de cercanía tal con los efectos que puedan tener sus acciones sobre el recién nacido que, al mismo tiempo, se ve mayormente expuesta a la posibilidad de actuar imprudentemente en los términos aquí examinados. El punto está en observar, no obstante, que esta posibilidad ha estado siempre presente existiendo punibilidad de las lesiones y el homicidio imprudentes. Y que estas hipótesis no suelen darse en la práctica

no obedece a la atipicidad de las mismas, sino que al hecho de que la calificación de imprudencia es sumamente dificultosa en virtud de las elevadas exigencias de conocimiento que son necesarias para ello.²⁰¹

3.4. La imputación a título de imprudencia bajo el Código Penal chileno

Una vez establecidas las particularidades de la imputación a título de imprudencia de las acciones prenatales con resultados lesivos postnatales, sólo resta dar cuenta de las características especiales de la punibilidad de la imprudencia bajo el código penal chileno. La estructura de esta última no hace más que confirmar la implausibilidad de la idea del excesivo control penal del embarazo que ya fuera denunciada anteriormente.

La punibilidad de la imprudencia en el Código Penal chileno está consagrada como un régimen de *numerus clausus* en el artículo 10 N° 13 en conjunto con el Título X del Libro II.²⁰² Las conductas imprudentes punibles en términos generales se reducen a los delitos o crímenes contra las personas, según lo dispone el artículo 490 CP. Las normas de comportamiento asociadas a esas normas de sanción pueden, a su vez, ser infringidas imprudentemente de tres maneras distintas: mediante imprudencia temeraria, mediante negligencia culpable, y mediante mera imprudencia o negligencia sumada la infracción de reglamentos. De este modo, los criterios de exigibilidad son diferenciados en función básicamente de la posición institucional que ocupa el autor.

²⁰¹ En atención a esto, probablemente el caso donde la posibilidad de imputar a título de imprudencia sea más factible es aquel de la mujer embarazada que a la vez es ginecóloga y tiene conocimientos especializados respecto de un medicamento que ella misma elabora e ingiere y que luego produce la lesión de su hijo recién nacido. Obviamente, el estado de embarazo puede dar pie a la construcción de algún argumento de exigibilidad (y en ese sentido, de igualdad) que descargue, parcialmente, a la mujer de estos deberes que parecen excesivos. El punto está en notar, no obstante, que ese argumento sólo admite ser entendido como una razón externa.

En efecto, el Código reconoce como criterio de incriminación genérico la imprudencia temeraria. La temeridad está asociada generalmente con la imprudencia grave o grosera²⁰³, es decir, con aquellas conductas que manifiestan un alto déficit de fidelidad al Derecho. Esto tiene como consecuencia que el ámbito de punibilidad de la imprudencia se restringe al espectro más acotado posible de conductas negligentes. Y en ese sentido, el criterio de exigibilidad es relativamente laxo: los niveles de diligencia debida son mínimos, lo cual se traduce en que las acciones prenatales con resultados lesivos postnatales punibles a título de imprudencia son sólo aquellas en que el desconocimiento de la mutación del objeto de la acción y del hecho de producirse el resultado lesivo sólo una vez que existe un ser humano nacido, obedece a descuidos graves. Como se puede apreciar, la probabilidad de que existan casos como estos es bajísima.

Respecto de lo que el Código llama, en el artículo 491, “negligencia culpable”, la doctrina ha considerado comúnmente que el concepto de negligencia es enteramente equivalente al de imprudencia,²⁰⁴ de modo que la exigencia de que esa negligencia sea a la vez “culpable” no constituye más que la exigencia de imputación de segundo nivel como reprochabilidad. La “negligencia culpable” está referida a grados de descuido menores que la imprudencia temeraria, de modo que el estándar de diligencia se vuelve más exigente. Esto coincide con que los destinatarios de la norma del artículo 491 son “el médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona”, los cuales responden de lo realizado sólo en “el desempeño de su profesión”. Así, la posibilidad de que el médico tratante de la mujer embarazada responda de

²⁰² Esto sin perjuicio de la existencia de hipótesis especiales consagradas en ciertas disposiciones como los artículos 224 N 1, 228 inciso segundo, 229 última parte, 243, etc.

²⁰³ Al respecto, JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, pp. 392 y ss.

²⁰⁴ CURY, E., *Derecho Penal...*, p. 345.

acciones prenatales con resultados lesivos postnatales realizadas imprudentemente es mayor en atención a su posición institucional. Esto es enteramente coincidente con las mayores posibilidad de conocimiento que, estandarizadamente, pueden ser atribuidas a estos profesionales en el ejercicio de su profesión respecto de la mutación del objeto de la acción y de la producción del resultado en el ser humano nacido vivo.

Finalmente, el artículo 493 refiere los casos en que la “mera imprudencia o negligencia” opera sin necesidad de que el autor ocupe una posición institucional particular. En estas hipótesis, las posibilidades de imputación a título de imprudencia son, evidentemente, mayores que en el caso de la imprudencia temeraria. Ello se explica por la exigencia adicional de que además concorra “la infracción de los reglamentos”. Nótese que esta norma reconoce la idea más básica de la imputación extraordinaria como imputación individual: si bien los deberes de cuidado están determinados objetivamente (como en el caso de los reglamentos), su sola infracción no es condición suficiente para la constatación de imprudencia. Ésta sólo es posible cuando se comprueba, además, que la observancia del deber de cuidado habría puesto al sujeto en condiciones de evitar la realización del comportamiento prohibido. Que la medida de cuidado necesaria coincida con la dispuesta en “los reglamentos” es una cuestión contingente.²⁰⁵

4. CUESTIONES CONCURSALES

Desde que se acepta que las lesiones a una persona nacida ocasionadas por una acción prenatal imprudente pueden imputarse al agente, aparece la posibilidad de que se presenten hipótesis concursales entre dicha imputación, y la imputación de la infracción de otras normas de comportamiento que pudieran

²⁰⁵ Al respecto, MAÑALICH, J.P., “Condiciones Generales...”, p. 412.

haberse vulnerado con la misma acción. Esto ocurrirá, particularmente, cada vez que una conducta prenatal se ejecute con dolo de cometer un delito, y que, en cambio, se produzcan lesiones en otro nacido que sean atribuibles a título de imprudencia.

Así, si la realización de una acción prenatal con la intención de provocar un aborto provoca, en definitiva, un resultado lesivo por imprudencia posterior al nacimiento, será posible la imputación tanto de la tentativa de aborto como de las lesiones a otro a título de culpa²⁰⁶. La atribución de responsabilidad por la infracción a tales normas de comportamiento (delito de lesiones y delito de aborto) se encontrarán en concurso ideal, y deberá aplicarse, de conformidad a lo establecido en el artículo 75 del Código Penal, la pena mayor aplicada al delito más grave.

Si se ha obrado con dolo de causar un homicidio en la persona nacida, pero en lugar de ello se le han causado lesiones, entonces la tentativa de homicidio se encontrará en concurso con las lesiones, si es que éstas pueden imputarse a título de dolo o imprudencia. El concurso, en esta hipótesis, será igualmente ideal, y se resolverá como el caso anterior.

Por supuesto, si el agente ha tenido la intención de lesionar al feto, y con ocasión de su acción provoca lesiones en una persona nacida que pueden imputarse a título de imprudencia, no hay concurso alguno, pues las lesiones al feto son atípicas: sólo habrá un cuasidelito de lesiones contra la persona nacida.

²⁰⁶ Jesús María Silva Sánchez ha visto es esta hipótesis, una situación análoga a la *aberratio ictus*, toda vez que se trata de un resultado producido en un objeto de ataque inicialmente no previsto por el agente. La cuestión pasará entonces por dirimir si el dolo de provocar un aborto puede extenderse o no al de lesionar o matar a un nacido. Conforme ya se ha expuesto, estimamos que la imputación por las lesiones o por el homicidio deben realizarse

separadamente, y teniendo en consideración la calificación producida por la propia mutación del objeto. Al efecto, *vid*, SILVA Sánchez, Jesús, “La Dimensión temporal...”, p. 66.

CONCLUSIONES

El análisis expuesto y sus conclusiones pueden resumirse del siguiente modo:

1. La pregunta central del presente trabajo es si, en un sistema sin delito de lesiones al feto, es posible imputar la realización del tipo de *lesiones contra la persona*, si éstas han sido causadas mediante acciones prenatales.
2. A dicho respecto, la discusión doctrinal ha girado fundamentalmente en torno a cuál es el momento relevante en el que el objeto de ataque debe tener la calidad de *persona* para ser susceptible de ser considerado sujeto pasivo del delito de lesiones. Así, una parte de la doctrina se ha inclinado por considerar que el momento crucial es el de la incidencia de la acción, mientras que otra parte ha sostenido que se trata del momento del resultado. En este sentido, la presente tesis adhiere a la teoría del resultado pero reformulada – correctamente- bajo el esquema de la teoría de las normas.
3. El momento de la incidencia de la acción es irrelevante, toda vez que dicha incidencia no es un elemento objetivo del tipo, de modo tal que la imputación a la causación del resultado no puede tenerlo en consideración.
4. El resultado, que sí es un elemento objetivo del tipo (y que, además, determina la consumación del delito), debe ser entendido como la modificación perjudicial de un estado de cosas, y no como el estado de cosas mismo resultante. Por eso, el objeto de ataque debe ser una persona al momento de producirse dicha modificación.

5. En concordancia con la doctrina mayoritaria, estimamos que el momento de acción es *prima facie* irrelevante, ya que las acciones sólo son significativas en atención a sus descripciones posibles, y, desde el punto de vista de las lesiones, una acción es lesiva en tanto sea descriptible como acción que causa un *resultado* lesivo. Por lo tanto, la causación de lesiones mediante acciones prenatales, puede imputarse a título de *lesiones contra la persona* sólo si el resultado lesivo es posterior al nacimiento, y siempre que sea posible la imputación por dolo o imprudencia.
6. La imputación a título de dolo supone un juicio de *prognosis* relativo a la mutación del objeto de la acción y al hecho de que el resultado lesivo tendrá lugar cuando el objeto de ataque ya sea una persona.
7. Si la imputación es a título de lesiones a una persona, entonces se encuentra abierta la posibilidad de imputar por imprudencia. A este respecto, el argumento de la impunidad del aborto imprudente es irrelevante.
8. La imputación a título de imprudencia está determinada por una necesidad de conocimiento calificado, acerca de la mutación del objeto de ataque y de que el resultado se producirá en una persona. A esta exigencia, debe sumarse la existencia de estándares de exigibilidad calificados según la posición institucional del agente, de modo que las aprehensiones referidas a un posible control excesivo en el período de embarazo son injustificadas.

BIBLIOGRAFÍA

ANSCOMBE, G.E.M., *Intention*, Harvard University Press, Cambridge, 1957

AUSTIN, John L., *How to Do Things with Words*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1975.

BINDING, Karl, *La Culpabilidad en Derecho Penal*, BdeF, Buenos Aires, 2009.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ., Antonio, *El Delito de Aborto*, Materiales de estudio, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 2007.

BASCUÑÁN VALDÉS., Antonio., “Nota a sentencia”, en *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XXII-N° 2

BUSTOS, Juan; GRISOLÍA, Francisco; POLITOFF, Sergio, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Delitos Contra el Individuo en sus Condiciones Físicas.*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

CURY, Enrique: - “Interpretación del artículo 343 del Código Penal”, en: *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XVII-N° 3, 1958.

- *Derecho Penal, Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 8ª ed., Santiago, 2005.

DAN-COHEN, Meir, “Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law”, en: del mismo, *Harmful Thoughts. Essays On Law, Self, and Morality*, Princeton University Press, New Jersey, 2002.

DAVIDSON, Donald: - “Agency”, en BINKLEY, BRONAUGH, MARRAS (Dir.) *Agent, Accion and Reason*, Oxford, 1971.
- *Essays on Actions and Events*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

DENNETT, Daniel, “Los Verdaderos Creyentes: La Estrategia Intencional y Por Qué Funciona”, en: del mismo, *La Actitud Intencional*, Gedisa, Barcelona, 1998.

DETMOLD, Michael, “Law as Practical Reason”, en: *Cambridge Law Journal*, 48, 1989.

DIEZ R., José Luis, *El bien jurídico protegido y objeto material del delito de aborto*, en M. Cobo del Rosal (Dir.), M. Bajo F. (coord.): “Comentarios a la Legislación penal”, Tomo IX, Madrid, 1989 (a).

ESCUCHURRI, Estrella, y GRACIA M., Luis, *Los Delitos de Lesiones al Feto y los Relativos a la Manipulación Genética*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal, Parte Especial*, Tomo III, Editorial Jurídica, Santiago, 1999.

FARRÉ T., Elena, “Sobre el concepto de aborto y su delimitación en los delitos contra la vida humana independiente”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990.

FRANK, Reinhardt, *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, Montevideo, 2004.

FRANKFURT, Harry, “Alternate Possibilities and Moral Responsibility”, en: del mismo, *The Importance of What We Care About*, Cambridge University Press, New York, 2007.

GARRIDO Montt, Mario, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

GÜNTHER, Klaus., *The Sense of Appropriateness*, State University of New York Press, New York, 1993.

HABERMAS, Jürgen: - “¿Qué significa pragmática universal?”, en: del mismo,

Teoría de la Acción Comunicativa. Complementos y Estudios Previos, Cátedra, Madrid, 1989.

- *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 2005.

HART, H. L. A., “The Ascription of Responsibility and Rights”, en: *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49, 1948.

HORVITZ, María Inés; SOTO, Miguel, “Consideraciones Críticas Sobre la Regulación del Delito de Aborto en el Anteproyecto de Nuevo Código Penal Elaborado por el Foro del Ministerio de Justicia”, en *Revista de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile*, N° 9, Santiago, 2007.

HRUSCHKA, Joachim: - “Imputation”, en: *Brigham Young University Law Review*, 669, 1986

- “Justification and Excuses: A Systematic Approach”, en: *Ohio State Journal of Criminal Law*, 407, 2005.

- “Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación”, en: del mismo, *Imputación y Derecho Penal*, ed. BdeF, Buenos Aires, 2009.

- “Sobre la Difícil Prueba del Dolo”, en: del mismo, *Imputación y Derecho Penal*, ed. BdeF, Buenos Aires, 2009.

- “La Imputación Ordinaria y Extraordinaria en Pufendorf. Sobre la Historia y Significado de la Diferencia entre *Actio Libera in Se* y *Actio Libera in*

Sua Causa.”, en: del mismo, *Imputación y Derecho Penal*, ed. BdeF, Buenos Aires, 2009.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 1997.

KAUFMANN, Armin:

- “Tipicidad y Causación en el Procedimiento de Contergan. Consecuencias para el derecho en vigor y la legislación”, en: *Nuevo Pensamiento Penal*, 2, 1973.
- *Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna*, Depalma, Buenos Aires, 1977.

KINDHÄUSER, Urs:

- “Imprudencia y Riesgo Permitido”, en: del mismo, *Derecho Penal de la Culpabilidad y Conducta Peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- “La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad”, en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1, 2000.
- “¿Indiferencia como dolo?”, en: KINDHÄUSER, U./GARCÍA CAVERO, P./PASTOR, N., *Cuestiones Actuales de Derecho Penal General y Patrimonial*, ARA Editores, Lima, 2005.
- “El Denominado Riesgo ‘No Permitido’”, en: del mismo, *Crítica a la Teoría de la Imputación Objetiva y Función del Tipo Objetivo*, Grijley, Lima, 2007
- Estructura y Legitimación de los Delitos de Peligro del Derecho Penal”, en: del mismo, *Teoría de las Normas y Sistemática del Delito*, ARA Editores, Lima, Perú, 2009.

LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, Universidad Iberoamericana, 2002.

MAÑALICH, Juan Pablo: - “Condiciones Generales de la Punibilidad”, en: V.V.A.A., *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez. Comentario de la Jurisprudencia del Año 2004.*, Peñalolén-Viña del Mar, 2005.

- “Miedo Insuperable y Obediencia Jerárquica”, en: *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XXI - N° 1, 2008.

- “Determinismo, Autonomía y Responsabilidad Penal”, en: KINDHÄUSER, U./ MAÑALICH, J.P., *Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático*, ARA Editores, Lima, 2009.

- *Terror Estatal y Derecho Penal*, inédito.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1996.

MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

MERA, Jorge, “Los Medios en el Delito de Lesiones Graves (Art. 397 del C.P.)”, en: *Revista de Ciencias Penales*, Tercera Época, Julio-Diciembre 1975, N° 2, Tomo XXXIV.

PUPPE, Ingeborg: - *La imputación del Resultado en Derecho Penal*, Ara Editores, Lima, 2003.

- “El resultado y su explicación en Derecho Penal”, [en línea] en Revista electrónica “INDRET” (www.Indret.com), Barcelona, 2006, p. 17, [consulta: 15 de junio de 2009].

QUINTANO Ripollés, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Tomo I, Madrid, 1962.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22° ed., 2001.

RAMÓN R., Eduardo, *El delito de lesiones al feto*, Comares, Granada, 2002.

RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Londres, 1975.

ROBINSON, Paul, “Rules of Conduct and Principles of Adjudication”, en: *University of Chicago Law Review*.

ROMEO C., Carlos, *Los Delitos Contra la Vida, la Integridad Personal y los Relativos a la Manipulación Genética*, Comares, Granada, 2004.

ROXIN, Claus, “Derecho Penal”, P.G., Tomo I, Madrid, 1997.

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y Disvalor de Acción. Un análisis de las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y Teoría del Delito*, BdeF, Buenos Aires, 2008.

SEARLE, John: - “A Taxonomy of Illocutionary Acts”, en: del mismo, *Expression and Meaning*, Cambridge University Press, Cambridge, Mass, 1979.

- *Rationality in Action*, MIT Press, Cambridge, 2001

SILVA Sánchez, Jesús, “La Dimensión Temporal del Delito y los Cambios de ‘Status’ jurídico-penal del objeto de la acción”, en: del mismo, *Instituciones de Derecho Penal*, Ángel Editor, México DF, 2001.

VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993.

WRIGHT, Georg Henrik von: - *Norma y Acción*, Tecnos, Madrid, 1979.
- *Sobre la Libertad Humana*, Paidós, Barcelona, 2002.

