



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**EL DELITO DE ABORTO:
CONCEPTO Y LÍMITES DE LA PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DEL BIEN
JURÍDICO TUTELADO**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

BELÉN NAZARETH CAROLINA PAVEZ CORTÉS

Profesor guía:

Javier Contesse Singh

Santiago, Chile

2020

A mis padres

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
1. Regulación del aborto en el actual Código Penal chileno.....	4
1.1 Breve reseña histórica del delito de aborto	4
1.2 Ubicación del delito de aborto en el Código Penal.....	6
1.3 Acción típica	8
1.3.1 Aborto causado por terceros extraños	9
1.3.2 Aborto causado por la mujer embarazada	10
1.3.3 Aborto abusivo del profesional.....	11
1.3.4 Aborto justificado.....	12
1.4 Sujetos que intervienen	13
1.5 Normativa que regula el aborto	14
2. Concepciones de aborto	20
2.1 Aborto como acontecimiento biológico-fisiológico	20
2.1.1 Vida humana y fases prenatal y postnatal	21
2.1.2 Fases de desarrollo de la vida humana. Conceptos biológicos de importancia para el derecho penal	25
2.1.3 Concepción médica de aborto	28
2.2 Concepción vulgar del aborto	32
2.3 Cuatro concepciones jurídico-penales distintas de aborto	33
2.3.1 Aborto como expulsión del feto del claustro materno.....	35
2.3.2 Aborto como muerte del fruto de la concepción	36
2.3.3 Aborto como interrupción del embarazo	36
2.3.4 Concepto ecléctico de aborto	37
2.4 Tendencia doctrinal en derecho nacional y comparado.	38
2.5 Casos de jurisprudencia en el derecho chileno.....	44
3. Vida del no nacido como objeto jurídico de protección del aborto	49
3.1 Concepto de objeto jurídico de protección	49
3.2 Propuestas doctrinarias de objeto de protección tutelado por el..... aborto.....	50
3.2.1 Vida y salud de mujer embarazada	50

3.2.2	Derechos sexuales y reproductivos de la mujer (y de la mujer embarazada).....	53
3.2.3	Interés demográfico del Estado. Lesión a sociedad y propagación de la especie	56
3.2.4	Derecho de los padres a tener descendencia.....	58
3.2.5	Normal desarrollo uterino.....	61
3.2.6	Autodeterminación de la mujer	62
3.2.7	Otras alternativas	66
3.3	Propuesta dominante: vida del no nacido como objeto jurídico.....	
	amparado por el delito de aborto	67
3.4	Conflicto de intereses vida dependiente y vida independiente	71
3.5	Jurisprudencia que recoge posición doctrinaria mayoritaria.....	75
4.	Límites de protección a la vida humana dependiente	79
4.1	Vida humana dependiente e independiente	79
4.2	Límites de protección.....	80
4.3	Límite de protección inferior al bien jurídico tutelado	82
4.3.1	Teoría de la actividad cerebral	83
4.3.2	Teoría de finalización de la organogénesis	88
4.3.3	Teoría de la fecundación	90
4.3.4	Teoría de la concepción.....	95
4.3.5	Teoría de la anidación.....	96
4.3.6	Otras teorías con menor recogida o apoyo doctrinario.....	98
4.3.6.1	Teoría de la tolerancia inmunológica	98
4.3.6.2	Teorías relacionales.....	99
4.3.6.3	Teoría de la viabilidad extrauterina	100
4.3.7	Postura mayoritaria en Chile.....	103
4.4	Límite de protección superior al bien jurídico tutelado	106
5.	Nacimiento como límite superior de protección de vida humana	
	independiente	109
5.1	El nacimiento como concepto biológico-fisiológico.	110
5.2	El nacimiento como límite de protección superior del bien jurídico...	

tutelado.....	112
5.3 Necesidad de punto demarcatorio durante el proceso de nacimiento.....	116
5.4 Posiciones doctrinarias en torno al nacimiento	119
5.4.1 Relación del infanticidio con el nacimiento y regulaciones en el.. derecho comparado	119
5.4.2 Propuesta de momentos diferentes al nacimiento como límite	120
superior de protección a la vida humana dependiente.....	120
5.4.2.1 Criterio de la viabilidad.....	120
5.4.3 Principales posiciones doctrinarias sobre momento determinante en el nacimiento	123
5.4.3.1 Criterio del inicio de la separación del vientre materno o inicio del nacimiento obstétrico.....	123
5.4.3.1.1 Criterio del inicio de las contracciones	124
5.4.3.1.2 Criterio de la percepción visual y criterio de la..... exteriorización.....	127
5.4.3.2 Criterio del cordón umbilical.....	128
5.4.3.3 Criterio de cesación de la respiración placentaria y posibilidad de respiración pulmonar	130
5.5 Criterio predominante en torno al momento del nacimiento en que... finaliza la protección jurídico penal de la vida humana dependiente .	131
5.5.1 Criterio de la expulsión del concebido.....	132
5.5.2 Argumentos a favor del criterio de la expulsión.	134
5.5.2.1 Continuidad en la protección jurídica a la vida humana	134
5.5.2.2 Facilidad probatoria para la configuración del tipo penal o..... determinación de ocurrencia de hechos en la investigación....	139
5.5.2.3 Evitación de circunstancias arbitrarias que nieguen o limiten su protección.....	140
5.6 Jurisprudencia chilena en torno al momento demarcatorio en el..... nacimiento.....	142
6. Tratamiento de actuaciones prenatales con resultados	

en nacido vivo	148
6.1 Aborto como delito de resultado	149
6.1.1 Los delitos de resultado	149
6.1.2 Clasificación del aborto como delito de resultado material	154
6.2 Situación de mutación de objeto jurídico de protección	156
6.3 Problemática en torno a las actuaciones prenatales e importancia de la mutación del objeto	161
6.4 Determinación de tres momentos de relevancia y teorías doctrinales existentes	166
6.4.1 Teoría del momento de la acción	168
6.4.2 Teoría del momento de la incidencia	170
6.4.3 Teoría del momento del resultado	176
6.5 Teoría de resultado como criterio idóneo para determinar el	
momento en que debe existir el objeto exigido por el tipo penal	180
7. Delimitación entre los delitos de aborto y homicidio	187
7.1 Delito de homicidio	187
7.2 Algunos criterios de diferenciación entre los delitos que protegen ... la vida humana en sus distintas fases biológicas	190
7.2.1 Objeto jurídico protegido	190
7.2.2 Límites de protección jurídico-penal de bienes tutelados por los. delitos de aborto y homicidio	192
7.3 Demarcación delitos de aborto y homicidio: conceptos amplios y restrictivos	194
CONCLUSIONES	200
BIBLIOGRAFÍA	205

INTRODUCCIÓN

El delito de aborto se encuentra regulado en los artículos 342, 343, 344 y 345 de nuestro Código Penal vigente, estableciendo la existencia de diferentes hipótesis en torno a este delito. Dichas hipótesis tienen en común un núcleo, el cual dice relación con la acción típica de “causar u ocasionar un aborto”. Sin embargo, ni la norma del 342 ni ninguno de los siguientes artículos de dicho cuerpo legal indica en qué consiste la causación del aborto expresada en el tipo penal. Es decir, ninguna de estas normas se refiere a qué significa causar un aborto o, simplemente, en qué consiste el aborto.

En atención a esta situación, es que ha existido un desarrollo doctrinario y jurisprudencial orientado a la determinación del concepto de aborto, siendo relevante tanto lo que se ha expuesto en nuestro ordenamiento jurídico como los distintos postulados en otros ordenamientos.

A su vez, la doctrina nacional de forma prácticamente unánime¹, ha sostenido que el delito de aborto se encuentra tipificado a efectos de proteger el bien jurídico vida humana dependiente, diferenciándose así del delito de homicidio, regulado en el título octavo del libro segundo del Código Penal chileno vigente, el cual protege el bien vida humana independiente. No obstante, debe señalarse que han existido diversas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto a la determinación de cuál o cuáles son los bienes tutelados por el delito de aborto.

Sin perjuicio de esto último, se sigue entonces que ambos delitos buscan la protección de la vida humana, aunque ambos lo hacen en distintas fases biológicas del desarrollo del ser humano: se distingue la protección en una fase prenatal y una fase postnatal. Así, se desprende un reconocimiento efectuado por el legislador respecto del valor jurídico de la vida humana, por lo que se protege esta vida casi en

¹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; y RAMÍREZ, María Cecilia, 2009. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2° ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 86p.

la totalidad de fases, siendo una situación especial y diferente la relativa a la vida preimplantacional

Sin embargo, tal y como se señaló, ha existido variedad doctrinaria y jurisprudencial en torno al concepto de aborto y, asimismo, en relación con los límites jurídicos superior e inferior de protección de la vida humana dependiente. Ambas cuestiones resultan sumamente relevantes a efectos de determinar la subsunción de ciertos hechos en dicho tipo penal u otro, como el homicidio. Sobre todo, ha sido discutido en los distintos ordenamientos jurídicos la determinación del momento en que finaliza la protección jurídico penal del bien tutelado por el aborto y, a su vez, inicia la protección del tutelado por el delito de homicidio. Si bien se ha señalado de forma mayoritaria que este momento consiste en el nacimiento, se trata de un proceso compuesto por variadas fases o etapas, por lo que se requiere, para efectos de determinar la configuración del tipo penal, la determinación de un punto específico dentro del proceso de nacimiento o parto, los cuales han sido entendidos como sinónimos para estos efectos.

Sumado a lo anterior, debe señalarse que, en torno a los delitos mencionados, que buscan proteger la vida humana, existen concepciones tanto amplias como restrictivas de las mismas, lo que puede conllevar a la existencia de lagunas punitivas o esferas de impunidad ante actuaciones dirigidas en contra de una vida humana, o a la existencia de esferas de super protección.

Finalmente, cabe destacar que el delito de aborto ha sido entendido como un delito de resultado, con una característica en particular: la mutación del objeto material de la acción. Esto implica un cambio en el estatus jurídico social del objeto tutelado, el cual se manifiesta en una transformación o cambio tanto físico-material como valorativo-jurídico, al pasar de la vida humana dependiente a la vida humana independiente. Esta situación plantea la problemática de las actuaciones prenatales que manifiestan un resultado en el nacido vivo.

Por ello, resulta del todo relevante hacer una precisión en torno al concepto del delito de aborto, sus límites jurídicos de protección y su demarcación con el delito de homicidio, determinando de forma esencial dos cuestiones: el momento del

nacimiento en que finaliza la protección jurídico penal del delito de aborto y el tratamiento que se le debe dar a las actuaciones prenatales con resultado en un nacido vivo.

La presente tesis se realiza bajo una recopilación y análisis de distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales formuladas tanto en el derecho nacional como comparado. La estructura de la investigación inicia contextualizando la regulación del aborto en el actual Código Penal chileno y refiriéndose a la protección jurídica (tanto en sede civil, penal como constitucional) que se le ha otorgado a la vida humana en distintas fases. Posteriormente, se analizan las diferentes concepciones existentes respecto al aborto, en base a las nociones semánticas, teológicas y mixta, y cuál ha sido la postura aceptada de forma mayoritaria en nuestro país. Luego, se hace una referencia al bien jurídico protegido por este delito, revisando los diferentes postulados señalados por la doctrina y señalando cuál ha sido la posición predominante en el ordenamiento jurídico chileno. A continuación, se hará la diferenciación de límites de protección jurídico penal inferior y superior en torno al bien tutelado por este delito, explicando los diferentes criterios y por qué el momento de expulsión en el nacimiento resulta relevante como el momento en que finaliza dicha protección, en el caso de la vida humana dependiente. Luego, se abordará la problemática del cambio de estatus del objeto material de la acción y las actuaciones prenatales que poseen resultado en un nacido vivo, a efectos de determinar en qué momento el objeto contra el cual se dirige un ataque debe ostentar la calidad que exige el tipo penal de aborto u homicidio. Finalmente, se hará una breve referencia a la demarcación entre ambos delitos, refiriéndose a las nociones amplias y estrictas existentes respecto de ellos y los criterios de bien jurídico protegido y límites de protección de cada uno.

1. Regulación del aborto en el actual Código Penal chileno

De manera previa a analizar las problemáticas identificadas someramente en la introducción de este trabajo, se hace necesario contextualizar el delito de aborto y su regulación en Chile, tanto a través de lo dispuesto en el Código Penal Chileno como en otras normativas.

1.1 Breve reseña histórica del delito de aborto

El Código Penal chileno del año 1984 contemplaba ya el delito de aborto. Se encontraba regulado en el título séptimo “Crímenes y simple delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”, en el artículo 342 y siguientes.

El artículo 342 indicaba tres hipótesis, señalando el tipo penal de “causar maliciosamente un aborto”, disponiendo lo siguiente:

ART. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

- 1.º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.
- 2.º Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.
- 3.º Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.

El artículo 343 contenía una hipótesis respecto al tercero que causare un aborto, aún sin propósito de hacerlo, con tal de que el estado de embarazo de la mujer fuese notorio o le constare al actor. Por otro lado, el artículo 344 contenía la hipótesis de la mujer que causare su propio aborto o que consintiere en que otra persona lo causare. Finalmente, el artículo 345 contenía la hipótesis del facultativo que abusando de su oficio causare aborto o cooperare con la realización del mismo.

Posteriormente, en el año 1931 el decreto con fuerza de ley N° 225 aprobó el Código Sanitario. Este código, en el título III “Del ejercicio de la medicina y profesiones similares”, disponía la legalidad del delito de aborto terapéutico en su artículo 226, estableciendo lo siguiente:

Art. 226. Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer quiere la opinión documentada de tres facultativos.

Cuando no fuere posible proceder en la forma antedicha, por la urgencia del caso por falta de facultativos en la localidad, se documentará lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente.

Esta norma, por tanto, establecía una admisibilidad limitada a la realización de un aborto, cuyos límites era la finalidad terapéutica del mismo. No obstante, de acuerdo al tenor de la norma, se requería para la realización del aborto la opinión de tres facultativos que aprobaran dicho procedimiento. Sin embargo, se regulaba en el segundo inciso del referido artículo una excepción, en caso de urgencia por falta de facultativo.

El Código Sanitario de 1931 fue derogado por medio del decreto con fuerza de ley N° 725. A través de dicho decreto, se aprobó el nuevo texto del Código Sanitario (de 1968). Este cuerpo legal regulaba en el artículo 119 el aborto, estableciendo su procedencia sólo con fines terapéuticos, y tras la opinión documentada de dos médicos-cirujanos².

Posteriormente, en el año 1989 se modificó nuevamente el Código Sanitario en relación al aborto. A través de la ley 18.826 del mismo año indicado, se modificó el artículo 119, y se estableció que:

“Artículo 119.- No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.

Dicha ley, por tanto, resultó en la prohibición absoluta del llamado “aborto terapéutico” (y claro está, la prohibición de cualquier otro tipo de modalidad de aborto, bajo la sanción impuesta en el Código Penal).

² “Artículo 119° Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos”. Código Sanitario de 1931.

El artículo 119 del Código Sanitario fue modificado nuevamente, y de manera sumamente relevante, el año 2017 por medio de la ley 21.030. No obstante, se tratará dicha modificación, junto con la actual normativa legal y constitucional existente relativa al aborto en el apartado 1.5 del presente trabajo.

1.2 Ubicación del delito de aborto en el Código Penal

Según se adelantó anteriormente, el delito de aborto se encuentra regulado en el título séptimo, llamado “Crímenes y simples delitos contra el orden de la familia y contra la moralidad pública”.

En dicho título, se encuentran regulados el delito de aborto, el abandono de niños y personas desvalidas, los crímenes y simples delitos en contra el estado civil de las personas, la violación, el estupro y otros delitos sexuales. Anteriormente, también se regulaba bajo este título el rapto³.

De acuerdo con Mario Garrido Montt, los delitos regulados en el título VII se amparan en dos órdenes diferentes de bienes jurídicos: “Uno constituido por la familia, unidad básica de la sociedad conforme por dispuesto por la Constitución (art. 1°, inc. 2°) y a la cual el Estado se obliga a proteger y fortalecer (inc. 4°). El otro grupo son los delitos contra la moralidad pública y en contra de la integridad sexual, bienes jurídicos difíciles de precisar y que en su alcance literal podrían ser discutibles como objetos de protección penal, porque la autoridad estatal aparece imponiendo una ética pública, con figuras penales que -por lo demás- no responden propiamente a tal criterio”⁴.

La sistematización e inclusión de dichos delitos bajo el título séptimo ha sido recurrentemente criticado. Entre las diversas críticas formuladas, se encuentra la falta de fundamento que explique la sistematización de los delitos referidos en dicho título, la inexistencia de un sistema u ordenamiento similar en el Código Español del año 1848, la diferente naturaleza de los objetos jurídicos protegidos por los delitos en

³ Artículo derogado.

⁴ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. 7ª ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 231.

cuestión y que los mismos se enmarquen en los bienes jurídicos “moralidad pública” u “honestidad”⁵, entre otros.

En el caso particular del aborto, diversos autores⁶ han sostenido que la ubicación del aborto en dicho título es errónea.

Mario Garrido Montt sostiene que la regulación del delito de aborto en dicho título se debió a que la Comisión Redactora del código utilizó como modelo y criterio el sistema del Código Penal de Bélgica: asimismo, el criterio de dicho código consistía en considerar que el bien jurídico protegido en realidad era la familia y no la vida. Garrido Montt sostiene que es incorrecto que señalar que lo que se protege es la familia y no la vida toda vez que “el nasciturus puede tener como madre una mujer soltera”⁷. Del mismo modo, señala que tampoco existe relación entre el delito y la moralidad sexual, “como podría entender en razón de que el legislador ubicó la figura entre aquellas que atentan en contra de las buenas costumbres”⁸.

Por otro lado, Alfredo Etcheberry se refiere a dos cuestiones relevantes en torno a la ubicación del delito de aborto. En primer lugar, en cuanto a su no ubicación junto al delito de homicidio en el título octavo que regula los crímenes y simple delitos en contra las personas, sostiene lo siguiente: “el legislador hizo bien en no considerar el aborto entre los delitos contra las personas, ya que el sujeto pasivo, el producto de la concepción, no es todavía persona, ni aun par el derecho penal, mientras no tenga existencia individual”⁹. Y, en segundo lugar, en cuanto a su ubicación en el título séptimo señala que “(...) nos parece claro que la ubicación sistemática del aborto es menos afortunada que si se le hubiere situado en el título VIII, puesto que consistiendo fundamentalmente el delito en un atentado contra la vida del producto de la concepción, se encuentra mucho más cercano a los delitos contra la vida de las personas que a los delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública. El aborto no ofende necesariamente a un orden de las familias, ya que es igualmente

⁵ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. 231 – 232pp.

⁶ Entre ellos, Alfredo Etcheberry Mario Garrido Montt, entre otros.

⁷ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 98.

⁸ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 98.

⁹ ETCHEBERRY, Alfredo, 1998. *Derecho Penal: Parte Especial*. 3ª ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 87p.

punible el aborto de una mujer casada que el de una soltera; el de una menor de edad que el de una adulta. Tampoco atenta contra la moral sexual (sentido en que se emplea la expresión “moralidad pública” en el título VII), aunque en el origen del producto de la concepción pueda encontrarse una falta de tal clase. Habiendo escogido en esta obra el criterio de agrupar sistemática los delitos contra la vida, es éste el lugar en que debe tratarse el aborto”¹⁰.

En la sección 3 del presente trabajo se hará referencia al bien jurídico protegido por el presente delito, no obstante se mencionen anteriormente indicaciones de cuáles es.

1.3 Acción típica

Existe en nuestro Código Penal Chileno un sistema de diferentes hipótesis del delito de aborto, los cuales se encuentran regulados en los artículos 342, 343, 344 y 345. Cabe destacar como primer punto que existe un núcleo en común entre las diferentes hipótesis, resultante en “causar u ocasionar un aborto”. En cuanto al significado de este llamado núcleo común (esto es, en qué consiste la causación del aborto), esto será desarrollado en el apartado número 2 del presente trabajo.

Los artículos mencionados de la normativa referida disponen lo siguiente:

Art. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

1° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.

2° Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.

3° Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.

Art. 343. Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencia ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer será notorio o le constare al hechor.

¹⁰ ETCHEBERRY, Alfredo, 1998, op. cit. p. 88.

Art. 344. La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Si lo hiciere para ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.

Art. 345. El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado.

Estas hipótesis referidas al tipo de aborto pueden ser clasificadas de diferentes maneras. De acuerdo con lo dispuesto por Etcheberry¹¹ se pueden clasificar en: i. Aborto causado por terceros extraños, ii. Aborto causado por la mujer embarazada, iii. Aborto abusivo del profesional y; iv. aborto justificado.

Del mismo modo, el aborto causado por terceros extraños puede subdividirse en 3 clases distintas: aborto causado con violencia, aborto causado sin consentimiento y aborto con consentimiento.

1.3.1 Aborto causado por terceros extraños

Este primer tipo penal dice en relación con el aborto realizado por un tercero extraño, esto es “persona que no sea la propia mujer embarazada”¹², excluyendo al facultativo que abusando de su oficio ocasionare un aborto (figura regulada en el artículo 345).

La primera modalidad del aborto causado por terceros extraños es aquel aborto causado con violencia, regulado en los artículos 342 N° 1 y 343, distinguiéndose entre ambas en el elemento subjetivo que anima al hechor¹³.

¹¹ ETCHEBERRY, Alfredo, 1998, op. cit. p. 97 y ss.

¹² ETCHEBERRY, Alfredo, 1998. op. cit. p. 97.

¹³ ETCHEBERRY, Alfredo, 1998. op. cit. p. 98.

Como violencia debe entenderse “no sólo la energía física que se despliegue sobre la mujer, sino con mayor énfasis que aquella, la fuerza moral. Así, dentro de la “violencia” queda comprendida la “intimidación” o amenaza”.

Por tanto, es del todo relevante que, para que se configure este tipo penal, no exista consentimiento o voluntariedad de la mujer embarazada de aceptar la realización del procedimiento, y además de que se ejerza en contra de ella, con violencia: es decir, forzarla física o moralmente para lograr (en contra de su voluntad) la realización del aborto.

La segunda modalidad es el aborto sin consentimiento, regulado en el artículo 342 N° del Código Penal. Este tipo penal se caracteriza y diferencia del anterior en que no se fuerza a realizar el aborto en contra de la voluntad de la mujer embarazada, sino que se realiza el aborto prescindiendo totalmente de su consentimiento o voluntariedad. Además, se debe asimilar a la falta de consentimiento el “consentimiento viciado (obtenido por engaño o bien coacción con amenaza de mal moral, no físico)”¹⁴.

La tercera modalidad del aborto causado por terceros es el aborto consentido, regulado en el artículo 342 n°3. Esta modalidad es la de las tres la que tiene una menor penalidad asociada. Consiste en realización del aborto a la mujer embarazada existiendo de su parte un consentimiento entregado de forma libre, entiendo la naturaleza y efectos del acto.

1.3.2 Aborto causado por la mujer embarazada

Este segundo tipo penal dice relación con el aborto provocado por la propia mujer embarazada, y se regula en el artículo 344, siendo una figura calificada. En este artículo se configuran dos hipótesis distintas: la primera, referida a que la mujer ocasione su aborto, y la segunda, consistente en que la mujer simplemente consienta con la realización o ejecución del aborto. En la segunda hipótesis, de concurrir la circunstancia típica, la mujer embarazada sería castigada de acuerdo al artículo 344 del Código Penal chileno por haber manifestado su voluntad de forma libre, aceptando

¹⁴ ETCHEBERRY, Alfredo, 1998. op. cit. p. 100.

la realización del aborto; mientras que el tercero que lo realiza (prestado el consentimiento de ella) sería castigado de acuerdo al artículo 342 n° 3, mencionado en el punto anterior.

1.3.3 Aborto abusivo del profesional

Este tercer tipo penal de aborto se encuentra regulado en el artículo 345 del Código Penal. Se trata de una figura especial, calificada, pues quien realiza el aborto es un tercero y no la mujer embarazada (caso de los artículos 342 N°1, 2 y 3, y 343). No obstante, se regula esta figura calificada, aumentando las penas en un grado en relación a las indicadas en el artículo 342, en relación a la figura de “facultativo”, esto es, el tercero que ocasiona o cause el aborto.

El término “facultativo” puede entenderse como “quien ejerce alguna de las profesiones a que se refiere el art. 313 a CP: médico-cirujano, dentista, químico-farmacéutico, bioquímico u otra de características análogas, relativa a la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano. Entre dichas profesiones se encuentran, por ejemplo, las que requieren un título otorgado por una facultad de medicina o vinculada a las ahora denominadas ciencias de la salud (estomatología, kinesiología, enfermería, obstetricia, farmacología, etc)”¹⁵.

Dicho artículo sostiene que para que se configure el tipo penal, el facultativo debe “abusar de su oficio”. De acuerdo a Etcheberry¹⁶, esta exigencia dice relación con dos cuestiones. En primer lugar, que en facultativo actúe en calidad de tal (teniendo influencia relativa a su cargo) y, en segundo lugar, que su conducta no se encuentre justificada (esto es que la conducta típica no se encuadre en aquellos casos en que la conducta es permitida, y el profesional puede lícitamente causar o cooperar en un aborto). Sumado a lo anterior, Politoff, Matus y Ramírez señalan que “abusa de su oficio quien, sin necesidad terapéutica, utiliza su ciencia y arte para causar el aborto”¹⁷. Por tanto, el profesional de la salud que comete el aborto actuando por

¹⁵ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2009, op. cit. p. 89.

¹⁶ ETCHEBERRY, Alfredo, 1998. op. cit. p. 104.

¹⁷ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIRÉZ, María Cecilia, 2009. op. cit., p. 89.

necesidad médica, y siguiendo las normas que impone la *lex artis*¹⁸, no abusaría de su oficio, estando el hecho justificado.

1.3.4 Aborto justificado

Este tipo de aborto dice relación con la regulación, ya mencionada, existente en relación con la interrupción del embarazo en el Código Sanitario.

El Código Sanitario de 1961 disponía en su artículo 119 la posibilidad de interrumpir un embarazo, sólo con fines terapéuticos, y requiriéndose la opinión documentada de dos médicos cirujanos.

Posteriormente, este artículo fue derogado en 1989, prohibiéndose la ejecución de cualquier acción cuyo fin sea la realización de un aborto.

Finalmente, y según se tratará en el apartado 1.5 del presente trabajo, la ley 21.030 modificó nuevamente este artículo permitiéndose el aborto en 3 causales (a través de la despenalización de los mismos).

Cabe destacar que el artículo 119 se encuentra ubicado en el Libro V, titulado “Ejercicio de la Medicina y Profesiones Afines”, por lo que se trata de una norma dirigida a los médicos, enfermeras, matronas y cualquier otro auxiliar de salud, a fin de regular el ejercicio de las actuaciones médicas en torno a la interrupción del embarazo.

Además de la clasificación mencionada anteriormente, las hipótesis del tipo de aborto pueden agruparse de otra forma: aborto voluntario y aborto no voluntario¹⁹.

¹⁸ Lex artis debe entenderse como el “conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos en la actualidad. Por definición, es cambiante con el progreso técnico de la medicina, así como con las peculiaridades personales de cada paciente”. Definición de Diccionario Médico de Clínica Universidad de Navarra. [en línea] <<https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/lex-artis>> [consulta 20 agosto 2019].

La Corte Suprema (ROL 6229-2006, fallo de 30 de enero de 2008) la ha entendido como actuar conforme a los conocimientos adquiridos por ciencia médica, con el objeto de prevenir, diagnosticar o sanar adecuadamente al paciente. Asimismo, se ha de tener cuenta en cada caso las características personales del profesional, el estado de desarrollo de la especialidad de que se trate, la complejidad del acto, la disponibilidad de elementos técnicos y materiales, así como las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente.

¹⁹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2009. op. cit. p. 87.

Dentro del grupo de “aborto voluntario” se encontraría el “auto aborto” (regulado en el artículo 344, inciso primero, primera parte) y el “aborto consentido” (regulado los artículos 344, inciso primero, segunda parte y 342 n°3).

Por otro lado, dentro del grupo de “aborto no voluntario” se encuentra el aborto “causado con violencia” (regulado en el artículo 342 n° 1), el “aborto causado sin violencia” (regulado en el artículo 342 n°2) y el llamado aborto “sin propósito de causarlo” (regulado en el artículo 343).

1.4 Sujetos que intervienen

En primer lugar, debe señalarse que cualquier persona puede ser sujeto activo del delito de aborto. Al respecto, Mario Garrido Montt dispone que “cualquier persona puede ser sujeto activo, no se requiere de una característica especial, se trata de un delito común que no precisa de un sujeto determinado”²⁰.

Pero, sin perjuicio de lo anterior, en la primera clasificación efectuada respecto a los tipos penales del aborto (mencionada por Etcheberry, que emplea como criterio precisamente a la persona que realiza la comisión del aborto) podemos distinguir dos sujetos activos, según el caso: un tercero extraño y la propia mujer embarazada. Y, en el caso del tercero, este debe subdividirse a fin de realizar una mención especial: el facultativo.

Por tanto, se tiene lo siguiente:

En el caso del artículo 342 N° 1, 2 y 3 y 343 el sujeto activo del delito de aborto es un tercero extraño.

En el caso del artículo 345 el sujeto activo es el facultativo.

En el caso del 344 debe distinguirse. En la primera hipótesis (denominada “autoaborto”) solamente la mujer es sujeto activo en la ejecución del delito. En cambio, en la segunda hipótesis hay dos sujetos activos: la mujer embarazada que consiente en la realización del aborto, y el que lo causa (en su caso, castigado como autor del delito de aborto del artículo 342 N°3). Según se mencionó con anterioridad, el artículo

²⁰ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 108.

344 es una figura de aborto calificada en razón del sujeto activo que ejerce la acción, toda vez que la conducta de la mujer embarazada se considera más reprochable que la del tercero (extraño o facultativo)²¹. Por tanto, lo que ocurre en esta segunda hipótesis es que la legislación transforma el sistema normativo respecto a la partición para analizar separadamente la actuación de los copartícipes (mujer embarazada y tercero), dando origen dos figuras distintas.

Dicho lo anterior, existen por tanto 3 tipos de sujetos activos distintos: a. el tercero extraño, que puede ser cualquier persona (no se requiere atributo especial ni precisa sujeto determinado), b. la mujer embarazada, c. el facultativo, esto es, el profesional de la salud que realiza el aborto.

Respecto al sujeto pasivo, se ha determinado que se trata del feto o embrión anidado en el útero de la mujer embarazada, puesto que en contra de él se dirige la acción que configura el delito de aborto. Mario Garrido Montt sostiene que “en el sistema nacional el sujeto pasivo del delito de aborto es aquel que está por nacer, o sea, el producto de la concepción, por lo tanto, no es la mujer embarazada”²².

Cabe destacar además una relación ente el sujeto pasivo del presente delito y el objeto sobre el cual recae la acción que causa el aborto; referida a que “el objeto material de la acción también es el producto de la concepción, el producto que está en proceso fisiológico de gestación en el vientre materno”²³.

Esto se tratará con mayor profundidad en los apartados 2 y 3.

1.5 Normativa que regula el aborto

a) Código Penal y Código Sanitario.

Según se ha indicado reiteradamente, el delito de aborto se encuentra regulado en los artículos 342, 343, 344 y 345 del Código Penal.

²¹ ETCHEBERRY, Alfredo, 1998. op. cit. p. 102.

²² GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 106.

²³ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 107.

Por otro lado, se regula el aborto en el artículo 119 del Código Sanitario, en un contexto de regular el ejercicio de las prestaciones médicas o clínicas en el ejercicio de la profesión de salud.

No se hará mención del contenido de las normas mencionadas toda vez que el mismo ya ha sido expuesto en este trabajo. Sin embargo, se expondrá el contenido de la ley 21.130 del año 2017 que vuelve a modificar el artículo 119 del Código Sanitario.

b) Ley 21.130.

La ley 21.130 “que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” fue con promulgada el día 14 de septiembre de 2017 y publicada el 23 de septiembre del mismo año. Esta ley tuvo su origen, en el primer trámite constitucional, con el mensaje N°1230-362 de 31 de enero de 2015, realizado por la presidente de la República doña Michelle Bachelet Jería y dirigido al presidente de la Cámara de Diputados.

Tal como se indicó, el proyecto se basaba en la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo por tres causales específicas. Entre los antecedentes relevantes del proyecto de ley, se encuentra: la dignidad de mujeres como atributo inviolable y el deber de respeto y protección, la realidad material de práctica de abortos en Chile²⁴, el historial de políticas públicas en salud de las mujeres²⁵ y antecedentes de otras iniciativas parlamentarias para regular la despenalización de interrupción voluntaria del embarazo.

Por otro lado, entre los fundamentos del proyecto de ley se indicaba: el compromiso del Estado con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la existencia de un contexto normativo internacional o global que traía consigo la necesidad de modificar la normativa en Chile a fin de equipararla a los márgenes

²⁴ Se menciona en este apartado la cifra de 395.905 casos de aborto, según información de egresos hospitalarios entre los años 2001 y 2012.

²⁵ Indicando en relación con esta cuestión la necesidad y urgencia de que las mujeres en Chile contaran con métodos anticonceptivos y reglamentaciones para evitar abortos clandestinos y consecuencias, manifestada alrededor del año 1930 por el Movimiento de Emancipación de la Mujer Chilena (MEMCH).

normativos de otras naciones, el reconocimiento de la autonomía de la mujer y deber del estado de proteger y respetar su vida y salud, entre otros.

La normativa sustituye el artículo 119 del Código Sanitario, e introduce al mismo cuerpo legal el artículo 119 bis, 119 ter, 119 quáter. Del mismo modo, se reemplazó el artículo 344 del Código penal y se intercaló el inciso primero del artículo 13 bis de la ley 19.451 que establece normas sobre trasplante y donación de órganos, agregando otra hipótesis de sanción (esto es, destinar con fines de lucro o a un uso distinto del permitido por dicha ley o por el Código Sanitario, órganos, tejidos o fluidos humanos provenientes de una intervención propia de la interrupción del embarazo).

Es por lo anterior que el artículo 119 del Código Sanitario que establecía que “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto” se reemplaza, estableciendo lo siguiente: “Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano en los términos regulados en los artículos siguientes (...)”. Las tres situaciones en que se despenaliza el aborto se mencionarán brevemente a continuación.

1. El primer numeral indica la situación de la mujer que se encuentra en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida. Es la llamada indicación terapéutica²⁶.
2. El segundo numeral señala la situación del embrión o feto que padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal. Es la llamada indicación embriopática.
3. El tercer numeral expresa la situación en que el embarazo sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del

²⁶ Existen dos casos de indicación terapéutica: con y sin plazo. El caso de Chile se trata de un sistema mixto, en que la indicación terapéutica en específico es sin plazo. En el caso de la regulación española, la indicación terapéutica es con plazo de 22 semanas (Ley orgánica 2/2010).

embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de 14 semanas de gestación. Es la llamada indicación ética, sentimental o criminológica, la cual se refiere a la permisividad de practicar aborto en casos de ideas de maternidad impuestas a la fuerza, aunque en Chile, según se señaló, se refiere solo a la violación²⁷.

Por tanto, en los casos mencionados anteriormente y cumpliéndose las circunstancias descritas en la normativa, la práctica del aborto no es punible.

Finalmente, cabe mencionar que se modificó el artículo 344 del Código Penal, toda vez que si bien se mantuvo en lo esencial el contenido de la norma, después de indicar al sujeto activo de la acción (“la mujer”) se agregó la expresión “que fuera de los casos permitidos por la ley”.

Artículo 344 Antiguo. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere para ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.

Artículo 344 Modificado. La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Si lo hiciere para ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio

c) Otra normativa relacionada.

Se hace relevante para los fines del presente trabajo mencionar otra normativa que, si bien no se refiere directamente al delito de aborto como tal, regula al sujeto pasivo y objeto material de dicho delito. Esto es, normas relacionados con el feto o

²⁷ En doctrina o derecho comparado, esta indicación permitiría la realización del aborto en casos de concepción producida por relación incestuosa o casos de inseminación artificial no consentida.

embrión, en cuanto a su protección y sus límites. Lo anterior, sin perjuicio del desarrollo que se realizará en los apartados 4 y 5 de la presente tesis.

c.1) Constitución Política de la República, del año 1980.

La vigente Constitución Política de la República de Chile establece en su artículo 19 el catálogo de derechos que tienen todas las personas. En particular, en el numeral 1 se establece lo siguiente:

“Artículo 19.- La constitución asegura a todas las personas:

“1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado”.

Existen dos cuestiones importantes para los fines del presente trabajo que cabe destacar en relación con este artículo de la Constitución.

En primer lugar, es fundamental destacar que este artículo otorga protección constitucional al que está por nacer. Se entiende que el que está por nacer es valioso y merecedor de protección en nuestro ordenamiento jurídico. Es por lo anterior, que se dicho artículo enuncia la garantía de protección al no nacido, disponiéndola como un deber del legislador.

Y, en segundo lugar, cabe destacar la diferenciación que se realiza, ya que en el primer inciso se le otorga protección a la vida de la persona, y en el segundo protección al que está por nacer, sin llamarlo con el término “persona”, diferenciándolos. Por tanto, se da a entender que “el que está por nacer” no es persona (por lo menos, no por ahora) y que es merecedor de una protección, la cual es distinta al de la persona nacida. Se volverá a este punto más adelante, en el apartado 2 y 3.

c.2) Código Civil de Chile.

El Código Civil en el título II del libro “De las personas” es llamado “El principio y fin de existencia de las personas”. Al respecto, resulta relevante el artículo 75, que concede protección legal al que está por nacer:

Art. 75. La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.

Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.

Por otro lado, el artículo 74 del mismo cuerpo legal se refiere al inicio de la existencia legal de toda persona, el artículo 76 a la época del nacimiento y el artículo 77 a los derechos del producto de la concepción que se encuentra en el vientre materno.

De acuerdo con Etcheberry²⁸, el artículo 19 N° 1 de la Constitución, ya citado, solamente realizaba un traslado literal a la Constitución de la regla del artículo 75 del Código Civil, el cual señala la protección de la vida del que está por nacer. A lo anterior, agrega que “claramente establece una distinción entre la “persona” y “el que está por nacer”: el Código declara que protege la vida de este último, al que no mira como una simple cosa, ni finge ignorar su existencia, ni lo estima simplemente parte del cuerpo materno: reconoce que tiene vida, pero fija una regla para considerarlo “persona”, que es el nacimiento (artículo 74)”²⁹.

Como conclusión, se tiene de las normas citadas que hay en nuestra legislación vigente un reconocimiento de la vida del que está por nacer o no nacido (*nasciturus*) y que, asimismo, se encuentra regulada una obligación legal y constitución de respetar y proteger la vida del no nacido.

²⁸ ETCHEBERRY, Alfredo, 1998. op. cit. p. 92.

²⁹ Loc. Cit.

2. Concepciones de aborto

Según se pudo observar previamente, ni el artículo 342 u otro artículo siguiente del Código Penal, ni ninguna otra normativa vigente en Chile describe o explica qué es (o en que consiste) el aborto.

A lo largo de la historia de nuestro ordenamiento jurídico y, asimismo, en el derecho comparado, se han formulado diversas concepciones sobre qué es el aborto. Así, es como ha habido una evolución respecto al contenido de este excepto concepto y existen en la actualidad diversas teorías (hipótesis o posiciones) que buscan definirlo, teniendo algunas mayor apoyo doctrinario o jurisprudencial que otras.

Esta cuestión se torna sumamente relevante al momento de concurrir un hecho y determinar si se configura o no el tipo penal de aborto (es decir, la concurrencia del supuesto del hecho). De acuerdo con la teoría que se aplique en su análisis, el mismo hecho puede ser constituido de aborto, feticidio, infanticidio, ser impune, etc. O, igualmente, puede considerarse que en el hecho se configura uno u otro grado de participación³⁰.

Es por lo anterior que resulta relevante realizar un análisis de las diversas concepciones del aborto en nuestro país y en el derecho comparado, iniciando con su definición de acuerdo con la medicina en su especialidad obstétrica- o, de otro modo, desde un punto de vista biológico-forense, al definirse desde los postulados científicos-médicos que se han desarrollado en torno a esta materia.

2.1 Aborto como acontecimiento biológico-fisiológico

De acuerdo con lo enunciado, se iniciará con la perspectiva biológica sobre qué es o en que consiste el aborto, indicando un concepto médico del mismo. Para lo anteriormente dicho, se realizará previamente la revisión de algunas definiciones relevantes dentro de la perspectiva biológica-fisiológica.

³⁰ Por ejemplo, puedo haber unanimidad en que un hecho configura el delito de aborto, pero existe disconformidad de si el aborto se encuentra consumado o en otro grado de participación. Un caso como el aquí enunciado se mencionará en la sección 2, a raíz del caso contra Teresa Pastén de 1963.

2.1.1 Vida humana y fases prenatal y postnatal

En primer lugar, se hace necesario referirnos a qué es la vida humana. De acuerdo con la RAE, la noción de vida humana alude a un humano que la posee, y el humano es definido como “dicho de un ser: Que tiene naturaleza de hombre”, mientras que el concepto de “hombre” se define como “ser animal racional, varón o mujer”. Igualmente se ha definido al ser humano como aquel individuo nacido de padres humanos; o como un individuo de la especie *homo sapiens*. Perteneciente a la familia de los homínidos³¹.

Asimismo, respecto al concepto de vida humana se ha señalado que “supone una referencia biológica a una especie determinada: el *homo sapiens* que tiene 23 pares de cromosomas. Habría que pensar si determinados trastornos en el momento de la fusión de los gametos son vida humana, si determinadas anomalías genéticas que llevan en pocas horas a no seguir viviendo son vida humana. Vida humana, de todas formas, es una categoría biológica pero no exenta de significado filosófico”³².

Bascuñán, desde un punto de vista biológico y entorno a la identidad individual del ser humano, ha señalado que dicha calificación puede afirmarse cuando “se ha producido en ese organismo en el desarrollo la expresión génica de aquellos rasgos que se consideran definitorios de la condición de un individuo de la especie humana”³³.

La medicina moderna y la bioética, al momento de estudiar temas como el genoma humano, clonación humana y manipulación genética humana³⁴, han concebido la vida humana no reducida únicamente a una realidad naturalística bio-fisiológica, sino aquella solo conforma su sustrato natural y complementada con criterios valorativos como la dignidad humana, considerársela como “una forma especial de vivir”, es decir, vivir adecuadamente en condiciones dignas, entender a las personas como un ser único e irrepetible, dotado de capacidad, de sensibilidad y

³¹Diccionarios Conceptos de. [en línea] <https://concepto.de/humano/> [consulta 8 noviembre 2020]

³² DE LA TORRE, Francisco Javier, 2016. op. cit. p. 87.

³³ BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio, 2004. *La píldora del día después ante la jurisprudencia*, en Estudios Públicos 95 (invierno 2004). Chile: Centro de Estudios Públicos, 50-51pp.

³⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. 2015. *Protección del derecho a la vida*. Vox Juris. En: VOX JURIS, Lima N°24 (2), 70p.

orientarse conforme a los valores”³⁵. Sin embargo, para los efectos de este trabajo y el estudio del ser humano en sus distintas fases, debe entenderse acorde a lo expuesto en los párrafos anteriores: individuo perteneciente a la especie humana. Ahora, en cuanto al desarrollo de la vida humana³⁶, se hace necesario referirse brevemente al proceso de gestación del fruto de la concepción o al proce del embarazo. Esta etapa de desarrollo se ha definido como “Gestación, preñez; estado de una mujer encinta”³⁷; “período comprendido desde la fecundación del óvulo hasta el parto”³⁸. Dicho estado se caracteriza por signos de probabilidad y certeza. Los primeros son: la supresión de las reglas, los trastornos digestivos, el abultamiento progresivo del abdomen, las modificaciones de las mamas, coloraciones pigmentarias en el soplo uterino. Los segundos son: los movimientos activos y pasivos (peloteo) del feto, el choque fetal, los ruidos cardíacos fetales y la detección del feto por ecografía”³⁹.

En definitiva, tenemos que el embarazo se trata de un proceso biológico – fisiológico en el cual se produce la gestación o desarrollo del producto de la concepción. Y en este contexto, el desarrollo biológico de la vida humana se divide, acorde a los postulados de la medicina, en dos etapas o fases principales: la fase prenatal y la fase postnatal.

La fase prenatal es la primera etapa del desarrollo de los seres humanos. Esta fase es la que se desarrolla durante el embarazo, en el cuerpo de la mujer, y se extiende desde del origen del nuevo ser humano hasta el momento de su nacimiento. Dentro de esta fase, la medicina ha distinguido a su vez en tres etapas distintas: período germinal cigótico, período embrionario y período fetal.

Desde ya se hace presente que, para los efectos de este trabajo, es sumamente relevante otra clasificación que es posible efectuar en el ámbito de la fase prenatal de

³⁶ Desarrollo referido a su crecimiento o madurez.

³⁷ The Free Dictionary. [en línea] <<http://es.thefreedictionary.com/embarazo>> [consulta 14 noviembre 2020]

³⁸ Diccionario de Universidad de Salamanca. [en línea] <<http://dicciomed.eusal.es/palabra/embarazo>> [consulta 4 octubre 2019]

³⁹ Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas, 121ª ed. Salvat Editores S.A., Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Caracas, Lima, México, Quito, Río de Janeiro, San Juan de Puerto Rico, Santiago de Chile, 1984, p. 353. En: SILVA, Hernán, 2012. *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*. 3ª ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 112p.

la vida humana, en torno a un criterio distinto. Así, es posible distinguir entre la fase preimplantacional y la fase implantacional. El período germinal cigótico, anteriormente nombrado, coincide con la llamada fase preimplantacional y tiene lugar en el período previo a la producción de la anidación. Es una fase cuya duración es de aproximadamente 14 días. Se hará mayor desarrollo de esta clasificación y su relevancia en los apartados siguientes, sin perjuicio de hacer una primera prevención que se sigue como consecuencia de esta clasificación: hablar de fase prenatal no es sinónimo de fase implantacional, existiendo otra fase que a la luz del derecho recibe un tratamiento diferenciado, según se expondrá. Por otro lado, la fase postnatal es aquella que se extiende desde el nacimiento del ser humano hasta su muerte, y se desarrolla al exterior del útero o vientre materno. Se concibe entonces a un ser humano nacido, con corporeidad e individualidad propia y distinto de mujer que lo concibió. Existen diversas sub fases dentro de esta etapa, divididas y catalogadas de acuerdo con el nivel o grado de desarrollo y madurez física, además de evaluación de desarrollo psíquico del nacido.

Cabe destacar que la “calidad” que posee el ser humano es distinta en una fase y otra.

Habiendo hecho referencia a las fases en que se divide el desarrollo de la existencia humana, cabe referirse a la distinción existente entre dos conceptos sumamente relevantes, que serán centrales a lo largo del presente trabajo: vida humana dependiente y vida humana independiente.

Casabona se refiere a la vida humana independiente como aquella vida que existe a partir del nacimiento, mientras que la vida humana dependiente dice relación con la vida del concebido⁴⁰. Es decir, entendiéndose la vida como una propiedad esencial de determinados seres, o como “fuerza o actividad esencial mediante la que

⁴⁰ ROMEO CASABONA, Carlos Marías, 1994. *La incidencia de la delimitación de las distintas fases de la vida humana y su protección Jurídica*. En: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. 1ª ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Arece, 139p.

obra el ser que la posee; energía de los seres orgánico; hecho de estar vivo”⁴¹, se alusión a esta propiedad que posee el ser humano en sus distintas fases.

Dentro de este contexto, es que Politoff, al referirse al concepto de vida humana dependiente, lo hace entonces aludiendo a aquella vida que posee el “ser humano en formación; el fruto de la concepción”⁴², siendo, según se revisará, el objeto de tutela en el delito de aborto la vida de quién está por nacer.

A su vez, el autor, al referirse a la vida humana independiente, hace alusión a la vida del nacido⁴³. Es decir, la propiedad vida que ostenta un ser humano en su fase postnatal. Esta vida es trascendental al momento de estudiar otros tipos penales, tales como el homicidio, infanticidio, entre otros.

En el mismo sentido, se puede complementar lo anterior señalando que “la dependencia comporta una especial forma de aislamiento y protección del feto, de manera que puede decirse que la vida es independiente cuando puede ser directa e inmediatamente lesionada y que es dependiente cuando la agresión inevitablemente incide de manera más o menos intensa sobre el cuerpo de la madre, siquiera sea como vehículo para la lesión”⁴⁴.

Para el derecho, la dependencia o independencia de esta vida humana ha resultado relevante, como criterio delimitador entre distintas figuras tipificadas.

La jurisprudencia ha señalado al respecto que “(...) existe acuerdo generalizado en torno al concepto de vida humana independiente como bien jurídico tutelado, y no puede ser de otra forma si se tiene en cuenta la protección diferenciada de la vida humana dependiente que se lleva a cabo mediante el delito de aborto. La dependencia o independencia de la vida humana se constituye así en un concepto delimitador que entre unos y otros atentados introduce una primera opción valorativa del legislador:

⁴¹ Diccionario de la Real Academia Española. [en línea] < <https://dle.rae.es/vida> > [consulta 10 noviembre 2020]

⁴² POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2009. op. cit. p. 90.

⁴³ Ibid, p. 26.

⁴⁴ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2003. *La protección de la vida y la salud humana entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo*, Revista de Derecho penal y Criminología, 2º Edición, N°11, 223p.

tratar de manera diferente dos situaciones que no solo son distintas desde un punto de vista biológico sino también valoradas desigualmente en términos sociales”⁴⁵.

2.1.2 Fases de desarrollo de la vida humana. Conceptos biológicos de importancia para el derecho penal

Según se indicó anteriormente, existen dos fases en torno a la vida humana: la prenatal y la postnatal. En la fase prenatal, también existe una división en tres períodos: el período germinal cigótico, período embrionario y período fetal.

Dicho lo anterior, cabe destacar que, desde el área de la medicina y la biología humana, se ha realizado distinciones en torno al nombre que recibe la vida en las distintas fases. Así, de acuerdo con su etapa evolutiva, crecimiento y formación, su desarrollo se incluye en diferentes categorías y varía la denominación con la que se le nombre. A grandes rasgos, y según los postulados médicos, se puede entonces señalar someramente la existencia de tres fases de relevancia con su correlativa denominación otorgada a la vida humana existente.

En primer lugar, se encuentra la figura del cigoto. El cigoto es aquella célula que se produce (en casos de reproducción de forma sexual) por la fusión de un espermatozoide y un óvulo (en el proceso llamado “fecundación”). Por tanto, de dicho proceso de fecundación se sigue consecuentemente un cigoto que contiene ADN de ambos progenitores, y se desencadena un proceso de diferenciación celular (por medio del cual se van desarrollo los diferentes sistemas y órganos del cuerpo humano). El proceso de desarrollo del cigoto, antes de dar lugar a la siguiente etapa y denominación, es sumamente breve, teniendo una duración aproximada de veinticuatro horas.

En según lugar, se hace referencia al “embrión”. Es la etapa siguiente del desarrollo, la cual ocurre en el útero de la mujer embarazada. Esta etapa se extiende desde la fecundación hasta la octava semana posterior a la misma. Se caracteriza por

⁴⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 06.01.2011, ROL N° 2133-2010.

el proceso de diferenciación celular anteriormente mencionado, el cual se divide en 3 fases: blastulación, gastrulación y organogénesis.

Finalmente, podemos hablar del llamado “feto”. Se le denomina así a la vida en desarrollo desde la octava semana, hasta que finaliza el proceso del desarrollo gestacional por medio del parto o nacimiento. Durante este tiempo, el feto continúa creciendo y desarrollándose, y terminan de formarse los distintos órganos y tejidos.

Basándose en esta categoría que alude a las distintas etapas de desarrollo, y en relación a los distintos hechos que se han propuesto como configurativos del delito de aborto (hechos del supuesto), es que algunos autores han señalado que la expulsión o extracción del producto de la concepción consiste en un aborto, mientras que la muerte o destrucción del feto configura un caso de feticidio (tipo penal regulado en algunos países). Al margen de profundizarse este punto en los siguientes apartados, Del Río ha propuesto que el aborto consiste en la extracción o expulsión del producto, de forma previa a que ocurra de forma natural, sin que se configurase en dicha situación el delito de feticidio, entendido como dar muerte al feto⁴⁶.

Sin perjuicio de la clasificación biológica-médica anteriormente explicada, y según se previno anteriormente, es sumamente importante otra clasificación que dice relación con el criterio de la implantación. Así, podemos distinguir entre una fase preimplantacional y otra implantacional. Esta clasificación, y según se desarrolla en el presente trabajo, resulta relevante para el derecho penal y nuestro ordenamiento jurídico.

La vida, entendiéndola como un proceso que trae consigo distintas variaciones o mutaciones, implica entonces en su desarrollo “una serie de proceso concatenados de difícil separación temporal, y de casi nula separación eficiente desde la perspectiva del derecho penal”⁴⁷. En este contexto, se han distinguido en el derecho penal tres

⁴⁶ SILVA, Hernán, 2012. *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*. 3ª ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 141- 142P.

⁴⁷ VALENZUELA, Jonathan, 2007. *Aproximación a la regulación de la ley 20.120: cuestiones generales sobre la protección penal del embrión no implantado en el derecho chileno*. En: *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, N°9, 166p.

estadios o grados del desarrollo del proceso de la vida humana, que a su vez dan lugar a tres niveles diferenciados de protección penal a la vida humana.

El primer nivel de protección a la vida corresponde a la protección de la vida humana independiente, vinculada en nuestro derecho con el delito de homicidio.

El segundo nivel correspondiente a la protección de la vida humana independiente, vinculado con el delito de aborto.

Finalmente, existe un tercer nivel de protección penal a la vida humana. Respecto a este nivel, se ha señalado que “corresponde a los delitos surgidos respecto de la regulación de la fecundación asistida (dada la posibilidad de fecundación extracorporal). El momento que da origen a este nivel de protección es algo que se encuentra en un plano poco pacífico y varía de legislación en legislación. Podemos determinarlo en función del segundo nivel de protección penal a la vida que llega hasta la anidación”⁴⁸.

Mientras que en el segundo nivel se protege la vida en su fase implantacional, en el caso del tercer nivel se hace referencia al embrión preimplantacional.

Sin perjuicio de que este trabajo se enfocará en torno al llamado “embrión implantacional”, según se revisará en los siguientes capítulos, cabe destacar una compleja discusión existente en el tercer nivel mencionado. Existen diversos problemas que, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el de otros países, se han identificado en torno a este nivel, tal como la dificultosa determinación del estatus del embrión preimplantacional, los marcos de protección en torno a éste y eventual situación de comisión de daños al embrión durante alguno de estos límites y, finalmente, la determinación de la técnica legislativa empleada por el legislador chileno.

Sin embargo, el derecho penal chileno y Código Penal vigente se enfocan, mediante su regulación, en otorgar protección únicamente respecto de los dos

⁴⁸ VALENZUELA, Jonathan, 2007. op. cit. p. 167.

primeros niveles señalados anteriormente, teniendo como consecuencia que no existe en la actualidad una protección jurídico penal dirigida al embrión preimplantacional.

Finalmente, es necesario prevenir que para los efectos de este trabajo se usará de forma indistinta las nociones de embrión, feto, nasciturus o no nacido, configurándose su existencia dentro de los márgenes del segundo nivel de protección anteriormente introducido.

2.1.3 Concepción médica de aborto

El diccionario médico de la Clínica Universidad de Navarra define el aborto como la “pérdida del producto de la concepción antes de alcanzar la viabilidad extrauterina”⁴⁹.

Por otro lado, el nuevo diccionario médico Laurosse define el aborto como: “Expulsión del producto de la concepción antes de ser viable. El aborto es embrionario antes de los noventa días, fetal hasta el séptimo mes; a partir de esa fecha ya no se trata de aborto, sino de parto prematuro, considerándose entonces al niño viable desde el punto de vista legal; en realidad, desde el uso de las incubadoras, la viabilidad es posible desde los seis meses. El aborto puede ser espontáneo o provocado (terapéutico y criminal)”⁵⁰.

Sumado a lo anterior, el aborto también ha sido definido médicamente como “(..) la interrupción de la gravidez en el período en que el producto de la concepción no es todavía capaz de vida extrauterina, esto es en los primeros seis meses; mientras que la interrupción de la gravidez en los últimos 3 meses es definida como parto prematuro”⁵¹.

Las dos últimas definiciones se refieren a la expulsión o interrupción ocurrida antes de que sea posible para el producto de la concepción la vida extrauterina; antes de serle posible sobrevivir en el exterior También se indica en ambas definiciones que

⁴⁹ Diccionario médico. Clínica Universidad de Navarra. [en línea] <<https://www.cun.es/diccionario-medico>> [consulta 10 septiembre 2019].

⁵⁰ Nuevo Diccionario Médico LAUROSSE, En: SILVA, Hernán, 2012. *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*. 3ª ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 8p.

⁵¹ BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio, 2013. *Corte Suprema. Contra Teresa Pastén (muerte por aborto)*, Revista de Ciencias Penales, N°2, Tomo XXII, 222p.

posterior a los seis meses (o dicho de otro modo, dentro de los últimos tres meses del desarrollo del embarazo) la situación que configuraría ante una interrupción del embarazo ya no se trataría de un aborto, sino que consistiría en un caso de un parto prematuro.

Lo anterior es reafirmado por Hernán Silva. Por un lado, éste señala que “la ciencia médica distingue entre parto prematuro y aborto, y este último operaría antes de que el producto de la fecundación tenga 6 meses; después de este plazo habría parto prematuro”⁵². Profundiza lo anterior, señalando que “desde el punto de vista médico, el aborto es la interrupción del embarazo en los primeros seis meses del mismo, es la expulsión del producto de la concepción provocada prematuramente. Es la interrupción del proceso fisiológico del embarazo, producido por causas naturales o provocadas. Si se termina el proceso del desarrollo del feto o el embarazo después de los 6 meses hay parto prematuro”⁵³.

Asimismo, Mario Garrido Montt señala un concepto ginecológico del aborto, que viene en definirlo como “(...) la expulsión prematura del embrión o feto dentro de los seis primeros meses de gestación”⁵⁴.

En virtud de las nociones médicas de aborto anteriormente introducidas, cabe realizar una prevención en torno a dos conceptos recurrentes: interrupción y expulsión. Puede mencionarse en torno a ambos conceptos una relación de género y especie, ya que la expulsión puede entenderse como una forma (modalidad) en que se configura la interrupción o como una consecuencia de la misma.

La interrupción del embarazo consiste en “una acción que busca que el proceso normal de una gestación no alcance su término natural”⁵⁵. Es decir, es una acción que viene en irrumpir, cortar o suspender el proceso “normal” de desarrollo biológico del embarazo. Ahora bien, esta actuación puede realizarse en distintos contextos y con distintas finalidades. Por lo general, desde el punto de vista médico, las interrupciones

⁵² SILVA, Hernán, 2012. op. cit. p. 141.

⁵³ SILVA, Hernán, 2012. op. cit. p. 141.

⁵⁴ GARRIDO MONTT, 2010. op. cit. p. 105.

⁵⁵ BESIO ROLLERO, Mauricio, 2016. *Las interrupciones del embarazo en la práctica obstétrica: recurso terapéutico vs aborto provocado*. Acta Biothica; 22 (2): 172p.

suelen ser actuaciones completamente lícitas, realizadas como una herramienta terapéutica ante una patología materna o fetal que lleva a adelantar el procedimiento del parto, sin que transcurra el término del proceso del embarazo en su totalidad. Y, por tanto, en dicho caso, se busca que esta acción tenga lugar cuando el feto se encuentre suficientemente maduro, a efectos de no afectar su bienestar o salud. Igualmente, es posible que por un hecho de la naturaleza se produzca espontáneamente el adelanto del parto, sin que se llegue a su término ordinario y no exista un desarrollo completo del feto, acorde a las etapas evolutivas señaladas en la medicina.

De lo anterior se siguen dos consecuencias muy importantes: por un lado, la interrupción requiere una acción por parte del agente que produzca este cese o alteración en el desarrollo normal del embarazo, buscando su conclusión de forma anticipada. Por otro lado, esta acción puede ser lícita o ilícita según las condiciones en que se desarrolle.

Así es que como consecuencia de la interrupción pueden configurarse distintas situaciones: puede dar lugar al nacimiento, de forma anticipada, de un nacido vivo; puede ocurrir una expulsión del producto de la concepción, habiendo fallecido; o podría ocurrir también que fallezca el producto de la concepción dentro del claustro materno, sin que exista una expulsión natural y debiendo por tanto intervenir quirúrgicamente, entre otras posibles situaciones.

La expulsión, por otro lado, consiste en la salida del feto desde el cuerpo de la mujer embarazada hacia el exterior, pudiendo igualmente configurarse distintas situaciones, sin que todas ellas impliquen o traigan como consecuencia la muerte del feto.

Así, se tiene que la expulsión puede devenir como una consecuencia de la interrupción.

Cabe destacar que tanto la interrupción como la expulsión pueden tener tanto un origen natural como un origen provocado. Por lo anterior, es que algunos autores han señalado distintas situaciones que quedarían fuera del concepto de aborto, tales

como “la extracción del vientre materno del embrión o del feto muerto por causas naturales y el parto prematuro de la criatura que nace viva”⁵⁶.

De acuerdo con Antonio Bascuñán Valdés,⁵⁷ la interrupción del embarazo se concibe generalmente en torno a la expulsión prematura del fruto de la concepción desde el claustro materno hacia del exterior, y que de dicha expulsión resulta la muerte del mismo por no haber alcanzado las condiciones de madurez y viabilidad requeridas. Señala que existen cuatro combinaciones posibles de interrupción, en consideración al orden en que se desencadenan los hechos y sus efectos, a saber:

- A) Interrupción del embarazo, expulsión del producto de la concepción y muerte del mismo.
- B) Interrupción del embarazo muerte del producto de la concepción, el que posteriormente es expulsado.
- C) Interrupción del embarazo y expulsión prematura del producto de la concepción, pero mediando sobrevivencia de feto por haber alcanzado grado de madurez y desarrollo físico suficiente para afrontar la vida extrauterina.
- D) Interrupción del embarazo y muerte del producto de la concepción en el claustro materno (útero), sin expulsión del mismo al exterior (por no producirse una eliminación espontánea del mismo).

Mientras que las dos primeras combinaciones corresponderían, de acuerdo con el autor, al concepto de aborto, la letra c se trata del parto prematuro o aceleración del parto. Finalmente, la letra d dice relación con el aborto retenido o diferido (missed abortion). De acuerdo con Bascuñán Valdés, todas las combinaciones descritas corresponden a fenómenos fisiológicos del orden causal-explicativo.

Es por lo anterior, que debe considerarse el proceso biológico-fisiológico descrito como punto de partida a fin de determinar en qué consiste el aborto.

⁵⁶ GARRIDO MONT, Mario, 2010. op. cit. p. 105.

⁵⁷ BASCUÑAN VALDÉS, Antonio, 2013. op. cit. pp. 21 - 22.

2.2 Concepción vulgar del aborto

En primer lugar, debe explicarse que se entiende por concepción vulgar o popular.

Esta palabra se origina dentro del contexto del conocimiento vulgar. Entendido el conocimiento como un proceso inacabado de aprendizaje, es posible catalogarlo, al menos, en cinco diferentes tipos de conocimientos, a saber: conocimiento empírico, teórico, científico, vulgar o popular y divulgación.

El conocimiento vulgar es “aquel que se adquiere en la vida cotidiana del trato con los hombres y la naturaleza. Su carácter es superficial, empírico y no sistematizado”⁵⁸. Por otro lado, el conocimiento popular puede entenderse como “la información que se transmite sin una crítica de las fuentes que la validan, va dirigido al público en general y su lenguaje es sencillo. Dentro de este tipo de conocimiento se incluye la información periodística, televisiva, conferencias populares, etc”⁵⁹. Desde una perspectiva amplia, ambos tipos de conceptos pueden ser asimilables en una categoría.

De acuerdo con Bascuñán Valdés el concepto vulgar o popular de aborto dice relación con la interrupción antes de tiempo del proceso de gestación⁶⁰.

Cabe mencionar en este apartado, la definición de aborto entregada por el Diccionario de la RAE (Real Academia Española). De acuerdo con éste, aborto significa: “1. Acción y efecto de abortar 2. Interrupción del embarazo por causas naturales o provocadas. Puede constituir eventualmente un delito. 3. Ser o cosa abortados 4. Engendro, monstruo”⁶¹, mientras que abortar significa: “1. Dicho de una

⁵⁸ GARCÍA MENDOZA, Yasmín, 2017. *Problemas del Conocimiento*. En: CON-CIENCIA, Boletín Científico de la Escuela Preparatoria N°4, año 4, No. 7, 1p.

⁵⁹ Loc. Cit.

⁶⁰ BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio, 2013. op. cit. p. 223.

⁶¹ Diccionario de la Real Academia Española, [en línea] <<https://www.rae.es/drae2001/aborto>> [consulta 10 diciembre 2019]

mujer o de un animal hembra: Interrumpir de forma natural o provocada, el desarrollo del feto durante el embarazo”⁶².

2.3 Cuatro concepciones jurídico-penales distintas de aborto

Hasta el momento, se han anticipado algunas de las concepciones que han existido (y existen aún) en relación con el concepto de aborto. Entre dichas concepciones, se han repetido algunas hipótesis como la “interrupción del embarazo”, la “destrucción del fruto de la concepción (feto o embrión, según su caso), entre otras.

De acuerdo con el profesor Antonio Bascuñán Rodríguez⁶³ esas son precisamente las dos alternativas interpretativas, en relación con la acción típica del aborto (el significado de ocasionar o causar un aborto):

- A) Abortar (ocasionar o causar un aborto) dice relación con la producción de la expulsión del feto o embrión que se encuentra en el claustro materno.
- B) Abortar significa producir la muerte del fruto de la concepción (feto o embrión) durante el desarrollo del embarazo.

El profesor Bascuñán Rodríguez explica que existen dos concepciones respecto a lo enunciado anteriormente: la concepción semántica y la concepción teleológica del aborto.

Mientras que la concepción semántica, originada de la definición otorgada por la RAE ya expuesta anteriormente en el apartado 2.2, dice relación con la noción de “parir antes de que el feto pueda vivir” (entrelazada por tanto con la expulsión o permanencia del producto de la concepción en el útero materno), la noción teleológica tiene asidero en el bien jurídico protegido (entendido como vida del no nacido) por lo que esta acepción sostiene que el “causar u ocasionar un aborto” debe consistir en la producción de un resultado: la destrucción del fruto de la concepción. Por tanto, es

⁶² Diccionario de la Real Academia Española. [en línea] <https://www.rae.es/drae2001/abortar> [consulta 10 diciembre 2019]

⁶³ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, 2007. *El delito de aborto*, Manual editado para uso exclusivo de estudiantes; Chile, 9-10pp.

relevante para efectos de esta concepción la muerte o supervivencia del embrión o feto.

Cabe destacar una tercera concepción, entendida como postura intermedia o mixta, toda vez que combina la concepción semántica con la concepción teleológica como elemento subjetivo del tipo. Esto, toda vez que el aborto bajo esta óptica se entendería como “producir la expulsión del feto con el propósito de ocasionar su muerte”⁶⁴.

Considerando las primeras dos hipótesis, es decir, las nociones semánticas y teleológicas, nos encontramos con cuatro posibles combinaciones: i. expulsión desde el útero y muerte del no nacido, ii. expulsión desde el útero y supervivencia del embrión o feto, iii. permanencia en el útero y muerte del no nacido, iv. permanencia en el útero y supervivencia del no nacido.

Resulta fundamental las hipótesis ii y iii (relativas a expulsión con sobrevivencia, y muerte con permanencia en el útero) en cuanto a la importancia de diferenciar las concepciones (y determinar finalmente qué es el aborto). Esto ya que, en palabras del profesor, “la necesidad de optar por uno de los dos conceptos de aborto se hace evidente. Dependiendo de cuál sea el concepto manejado, lo que en un caso da lugar a la punibilidad a título de delito consumado, en el otro a lo más a título (acabada o inidónea)”⁶⁵.

En consideración de lo anterior, podemos agrupar las distintas hipótesis en tres grandes grupos: aborto como interrupción del embarazo, aborto como expulsión del feto o embrión del claustro materno, y aborto como muerte del embrión o feto (fruto de la concepción). Lo anterior, sin perjuicio de encontrar algunas hipótesis de carácter eclécticas donde requieran en la generalidad más de uno estos elementos, ocurriendo que igualmente existe uno de ellos que es el definitorio e imprescindible.

Cabe destacar que dichas hipótesis poseen apoyo en distintos niveles por parte de la doctrina (nacional e internacional). Lo anterior lo reafirma Hernán Silva, al

⁶⁴ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, 2007. op. cit. p. 10.

⁶⁵ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, 2007. op. cit. p. 10.

sostener que no existe un concepto jurídico unitario del aborto, señalando que “sería la expulsión del feto en cualquier momento después de la fecundación, sean cuales fueren la etapa del embarazo y del desarrollo del feto, en cuanto a edad, peso, porte, etc. Para otros es la muerte del feto, la que puede producirse con o sin expulsión. Una tercera posición el aborto sería la interrupción del embarazo en que tiene cabida la muerte sin expulsión, como la expulsión sin muerte. No hay acuerdo ni en la doctrina ni en la jurisprudencia; en esta última se sostiene que es la muerte dolosa o intencional del feto en cualquiera de las etapas de la fecundación (...)”⁶⁶.

A continuación, se pasarán a describir someramente cada una de estas hipótesis, para posteriormente referirse en mayor detalle a los distintos autores que han apoyado cada una de ellas y algunas de las principales críticas que se le han formulado.

2.3.1 Aborto como expulsión del feto del claustro materno

Antonio Bascuñán Valdés sostiene en torno a esta hipótesis que el aborto puede consistir tanto como en la expulsión o la extracción del feto o embrión desde el claustro materno al exterior; siendo indiferente cual término utilizar⁶⁷. Sin embargo, señala que esta concepción admite dos variantes: la expulsión (o extracción) del producto de la concepción antes de ser viable, o la expulsión (o extracción) del producto de la concepción en cualquier época del embarazo), viable o no⁶⁸.

Anteriormente se hizo referencia a esta noción, entendiéndola como la salida del feto desde el útero de la mujer embarazada hacia el exterior del claustro materno, puede diferenciarse las variantes según la etapa de desarrollo, grado y madurez que posee en dicho momento del feto.

⁶⁶ SILVA, Hernán, 2012. op. cit. p. 141.

⁶⁷ Igualmente podría señalarse una distinción en torno a ambos términos. La expulsión podría entenderse como la salida del feto desde el útero materna hacia el exterior por el canal del parto. Si bien en los casos relevantes para este trabajo, la expulsión proviene de un actuar ilícito que le da origen, ésta tiene lugar por el conducto ordinario o biológico. En cambio, la extracción dice relación con un proceso de separación del feto en relación con el cuerpo de la mujer embarazada, que puede llevarse a cabo por distintas operaciones o mecanismos (por ejemplo, un procedimiento quirúrgico) que tiene lugar por otras vías, sin ocurrir por el canal ordinario o natural. Sin embargo, para los efectos presentes se entienden ambas nociones como sinónimas, siendo relevante concebirlas como la salida feto desde el útero hacia el exterior del claustro materno.

⁶⁸ BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio, 2013. op. cit. p. 225.

Algunos autores de acuerdo con esta posición son Mergier, Del Río⁶⁹, Garraud, entre otros. Cabe señalar además la posibilidad encuadrarse dentro de esta categoría algunas nociones ginecológicas del aborto, como aquella que lo define como “expulsión prematura del embrión o feto dentro de los seis primeros meses de gestación”⁷⁰. Aunque, como se expresa, dicha noción mencionada hace referencia igualmente al elemento de la viabilidad (acorde con las variantes que menciona Bascuñán Valdés) toda vez que se entiende en relación a una expulsión que sea posible de catalogar como “prematura” y ocurra dentro de los primeros seis meses del embarazo.

Esta hipótesis corresponde a la noción semántica existente del aborto, anteriormente mencionada, pudiendo entenderse entonces como “parir antes del tiempo en que el feto puede vivir”⁷¹, siendo relevante para la calificación la permanencia o expulsión del feto en el útero de la mujer embarazada.

2.3.2 Aborto como muerte del feto

De acuerdo con esta posición, el aborto consiste en la producción de la muerte o destrucción del embrión o feto. No es relevante para esta concepción si el feto muere en el útero de la mujer o en el exterior (pudiendo distinguirse variantes); el elemento definitorio es su muerte. Por tanto, esta posición excluye los casos de expulsión del producto de la concepción con supervivencia del mismo (se trataría solamente de un parto prematuro).

Según lo revisado, se condice con la denominada concepción teleológica-

2.3.3 Aborto como interrupción del embarazo

De acuerdo con esta hipótesis, el aborto consiste simplemente en la interrupción del proceso del embarazo; de su desarrollo normal. Esta interrupción puede

⁶⁹ “lo que constituye el aborto es la expulsión o extracción del producto antes que la naturaleza lo realice, o sea, el atentado contra su desarrollo intrauterino y no su muerte, aunque prácticamente, en la mayor parte de los casos, unos y otros coinciden”. DEL RÍO, Raimundo, 1935. “*Derecho Penal*”, Tomo III. Chile; Editorial nacimiento, 282p.

⁷⁰ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 105.

⁷¹ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, 2007. op. cit. p. 9-10.

manifestarse de distintas formas y traer consigo diferentes consecuencias, requiriéndose únicamente esta discontinuidad en el proceso. Esto podría llevar, según se planteará, a considerar como aborto la producción de una actuación que interrumpe el embarazo e implica un parto anticipado, aunque concluya con el nacimiento de un nacido vivo (incluso en el evento de que forma posterior no se manifieste ningún tipo de lesión o secuela en el nacido vivo ni se siga su fallecimiento). Según con señalado previamente, para algunos esta situación descrita sería una hipótesis de parto prematuro y no de aborto. Sin embargo, en un sentido estricto, sería igualmente posible de calificar como aborto en tal de que haya habido esta interrupción producto de una acción dirigida al feto.

No obstante, por lo general esta interrupción se concibe en conjunto a otros elementos, transformándose en un concepto más amplio o ecléctico. Es más, en vez de entender la interrupción por sí sola como constituidora de una hipótesis autónoma, en muchos casos se concibe la interrupción como un requisito conceptual mínimo para que se configure un aborto⁷². Es decir, se entiende que en todo evento de posible aborto existiría una interrupción, la que podría traer diversas consecuencias (y según la teoría seguida, finalmente entenderse que se configura aborto o no): expulsión del feto muerto, expulsión del feto vivo (parto prematuro) o muerte del feto en el útero materno. Así las cosas, sería un elemento mínimo, básico y necesario que debe configurarse para la ocurrencia de la acción típica del delito, tal como lo es la exigencia del estado de embarazo previo en la mujer.

2.3.4 Concepto ecléctico de aborto

Según lo señalado por Antonio Bascuñán Valdés, esta definición de aborto se trataría de la más amplia, toda vez que en esta se incluirían elementos conjuntos de las hipótesis planteadas anteriormente, a saber: la muerte del producto de la concepción (feto o embrión) sin expulsión del útero, como la expulsión del feto o embrión con sobrevivencia del mismo (sin sobrevenir muerte o destrucción del fruto de la concepción). Haciendo eco a lo expuesto en el apartado anterior, la interrupción

⁷² BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, 2007. op. cit. p. 9.

sería el presupuesto mínimo, y podría entenderse el aborto definido tanto en relación como a la muerte o a la expulsión del feto.

Cabe destacar que esta noción de aborto, que resulta claramente de un carácter amplio, constituyó un punto de partida en la discusión sobre la determinación del concepto de aborto. Esto se debe, según lo señalado por Bascuñán Valdés⁷³, a que comúnmente muerte y expulsión se configuraban en la mayoría de los casos, aunque en forma alternativa en relación de causa y efecto, sumado a que lo externamente percible era la expulsión del feto hacia el exterior. Posteriormente, esta noción ha ido evolucionando, entiendo a la interrupción como un requisito mínimo, conforme lo expuesto.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, varios autores⁷⁴ sostienen que lo que se buscaba proteger por medio de la tipificación de este delito, y que está aparejado implícitamente las hipótesis referidas, era la idea de tutelar la vida humana en gestación. Esto se expresa en palabras de la Comisión Redactora, la que señala que “desde el momento en que el feto tiene un principio de existencia, hay en él un germen de un hombre y el que lo destruye se hace reo de un gravísimo delito”⁷⁵.

2.4 Tendencia doctrinal en derecho nacional y comparado

En primer lugar, cabe destacar que Raimundo Del Río manifestó su conformidad con la primera posición mencionada, entendiendo aborto como extracción o expulsión del feto o embrión. Cabe recordar, según se dijo, que esta posición admite dos variantes, en torno a si la expulsión se produjo antes de la viabilidad del feto, o entorno a la irrelevancia de este elemento, requiriéndose únicamente la expulsión durante el embarazo. Al respecto, Del Río sostenía que el aborto consiste en la extracción o expulsión del producto antes de que la naturaleza lo realice y en cualquier época de la vida intrauterina, o sea, el atentado contra su desarrollo intrauterino y no su muerte, aunque prácticamente en la mayor parte de los casos uno y otros coinciden⁷⁶. En

⁷³ BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio, 2013. op. cit. p. 226.

⁷⁴ Etcheberry, Garrido Montt, Politoff, entre otros.

⁷⁵ Sesión 159, Comisión Redactora Código Penal.

⁷⁶ DEL RÍO, Raimundo, En: SILVA, Hernán, 2012. op. cit. p. 141.

relación con esto, Silva sostiene que “según esta tesis, se castiga la expulsión, que sería el aborto, y no el feticidio, que es dar muerte al feto”⁷⁷.

Del mismo modo, Mergier sostiene que el aborto consiste en la “expulsión prematura, intencional e ilegal del producto vivo pero no vital (viviente ma non vitale) de la concepción humana”⁷⁸. Asimismo, Garraud define el aborto como “(...) la expulsión prematura, voluntariamente provocada, del producto de la concepción”⁷⁹.

Bajo otra óptica, debe señalarse que Carraca se manifestó entorno a la tercera posición: aborto como interrupción del embarazo. Así, el autor entendió al aborto como: “aborto “(...) la interrupción violenta del proceso fisiológico de desarrollo del feto”⁸⁰

Por su lado, Labatut igualmente estaba de acuerdo en la noción de aborto entorno a la interrupción. Al respecto, entendía que el aborto implicaba una interrupción maliciosa del proceso del embarazo, con el objeto de dar destruir o dar término a la vida del feto o embrión, entendido como una futura vida humana⁸¹. Así y según se introdujo anteriormente, Silva señala que en dicha posición la muerte o destrucción del fruto de la concepción no es un elemento decisivo: no se requiere objetivamente, sino que el tipo penal de causar u ocasionar un aborto se satisface (en el plano objetivo) con la interrupción del embarazo. No obstante, agrega que en el plano subjetivo se requiere dolo en relación con la interrupción: esto es, realizar la interrupción a dicho proceso fisiológico teniendo en miras la destrucción del fruto del embarazo; buscando su muerte⁸². De esta forma, la postura planteada por Labatut, se encuadra dentro de la postura intermedia o mixta, que viene en combinar la noción semántica con la concepción teleológica (esta última como elemento subjetivo del tipo, requiriéndose la intención maliciosa en el actuar de causar la muerte del feto).

Un problema que se puede detectar en torno a las hipótesis de la expulsión y de la interrupción dice relación en torno al bien jurídico protegido. Si bien esta materia

⁷⁷ Loc. Cit.

⁷⁸ MERGIER, En: BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio, 2013. op. cit. p. 225.

⁷⁹ GARRAUD, R. En: BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio, 2013. op. cit. p. .225.

⁸⁰ CARRARA, Mario. En: BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio, 2013. op. cit. p. .226.

⁸¹ LABATUT, Gustavo. En: SILVA, Hernán, 2012. op cit. p. 142.

⁸² Loc. Cit.

será desarrollada con mayor profundidad en los capítulos siguientes de este trabajo, resulta relevante tener en mira este elemento al distinguir la acción típica del delito de aborto. Si se planteara que el bien tutelado por esta figura es el denominado “desarrollo normal u ordinario de la vida intrauterina” o la “estabilidad de la relación entre el cuerpo materno y el embrión o feto” sería del todo razonable sostener que la expulsión (entendida como parir anticipadamente, es decir, de forma previa a lo naturalmente debido) o interrupción fuesen hipótesis adecuadas en la construcción de un concepto de aborto. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria apunta a que el bien jurídico protegido es otro, sin tener mayor respaldo las anteriormente mencionadas. Así, se puede criticar una falta de razonabilidad político criminal al desvincular la lesión que sufre el objeto jurídico protegido con el resultado típico del tipo penal.

Además, se ha señalado que es incorrecto e improcedente⁸³ limitar al aborto bajo tales nociones, ya que podría señalarse que existe aborto si se interrumpió el embarazo aunque el feto haya sobrevivido y exista un nacido vivo e, igualmente, señalarse que existe aborto si se expulsó (anticipadamente) al feto en forma natural, sin que exista una muerte posterior. Ambos casos implicarían una noción muy amplia del delito, que no se condice con el espíritu de la regulación y con el bien jurídico protegido.

Aún si en todo caso ocurriera la muerte del feto, la exigencia de la expulsión (y el momento temporal en que esta tenga lugar) podría traer como consecuencia adelantar el momento consumativo del delito de aborto o por otro lado exigir un resultado adicional a la muerte del feto o embrión, sin bastar únicamente este acontecimiento.

Igualmente, estas teorías no encuentran asidero al no explicar racionalmente el motivo del por qué, aunque se produzca la muerte del feto, no se configuraría el aborto en caso de que no ocurriera la expulsión⁸⁴.

⁸³ GARRIDO MONTT, 2010. op. cit. p. 105.

⁸⁴ ⁸⁴ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, 2007. op. cit. p. 13.

De acuerdo con Silva, “la opinión dominante, sin embargo, es que lo que tipifica el aborto es dar muerte al feto”⁸⁵. El mismo Silva al sostener que “el resultado en este delito sería la “muerte del feto” y es indiferente que lo sea dentro o fuera del vientre materno (...)” da a entender que apoya la posición referida que presenta el aborto como causación de la muerte del producto de la concepción. Lo anterior, ya que considera que para que el delito de aborto, entendido como delito de resultado, se encuentre consumado, se necesita la muerte del embrión o feto (no una simple interrupción del proceso de embarazo, que podría dar lugar a un nacido vivo, y directamente señala que carece de importancia la expulsión o extracción del producto de la concepción desde el útero hacia el exterior, configurándose aborto la muerte del feto dentro del útero materno, ante una acción dañosa).

Sumado a lo anterior, Etcheberry apoya la misma posición, señalando que “jurídicamente debe entenderse por aborto la muerte inferida al producto del embarazo que aún no es persona”⁸⁶. Por tanto, agrega que “siendo el delito la muerte inferida a un feto, la acción consiste también fundamentalmente en matar, poner término a la vida del que está por nacer”⁸⁷.

A su vez, Politoff, Matus y Ramírez definen el aborto de la siguiente forma: “(..) como la interrupción del proceso de gestación con la muerte consiguiente del producto de la concepción, dentro o fuera del cuerpo de la madre⁸⁸”. Como primer punto relevante, consideran que el aborto debe entenderse como una interrupción del embarazo, pero no es posible reducir al aborto únicamente a la ocurrencia de la expulsión o extracción del feto, u otra forma de interrupción. Se trata de un concepto insuficiente. No puede entenderse este concepto limitado a una interrupción toda vez que, según señalan, el curso ordinario y natural del proceso de gestación del feto es interrumpido con frecuencia por el médico obstetra u otro profesional de la salud en el caso de partos inducidos o cesáreas anticipadas. Por tanto, sumado a la interrupción debe producirse la muerte del feto como consecuencia de la interrupción al

⁸⁵ SILVA, Hernán, 2012. op. cit. p. 142.

⁸⁶ ETCHEBERRY, Alfredo, 1998. op. cit. p. 88.

⁸⁷ Ibid, p. 95.

⁸⁸ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2009. op. cit. p. 92.

embarazo⁸⁹. Es decir, se tiene como presupuesto mínimo, según se señaló anteriormente, la preexistencia de un embarazo y la interrupción a este proceso, seguido de otro elemento. Lo relevante, finalmente, es entender el aborto como “acción de dar muerte al producto de la concepción humana, puede darse, sea que se lo prive de la vida intrauterina, sea alcanzó el mismo fin al provocar su expulsión prematura, de modo de producir la muerte en el exterior por falta de condiciones de viabilidad (...)”⁹⁰.

Mario Garrido Montt, de forma muy similar a lo planteado anteriormente, sostiene que el aborto consiste en “la interrupción del embarazo con destrucción o muerte del producto de la concepción dentro o fuera del cuerpo de la mujer”⁹¹. Garrido Montt considera que efectivamente se produce una interrupción del proceso de gestación (embarazo) del producto de la concepción, pero que el sólo elemento de la interrupción del embarazo no es suficiente para determinar el concepto de aborto, ya que se limitaría la noción, en el entendido que podría ocurrir un aborto (si se entiende como interrupción del proceso de gestación) y existir supervivencia del feto o embrión. De acuerdo con lo señalado por él, el delito de aborto “requiere de la destrucción o deceso del producto de la concepción; a su vez, la simple destrucción o muerte del producto de la concepción es un concepto insuficiente. Si es expulsado el embrión en forma natural, no constituye aborto su destrucción posterior; tampoco la del óvulo inseminado en vitro podrá ser calificado de aborto”. En torno a este punto, el autor sostiene que, a contrario, tampoco sería suficiente el sólo elemento de la muerte del feto para configurar el delito de aborto, requiriéndose la interrupción que da lugar a la muerte. Esto, ya que podría ocurrir una expulsión del embrión de forma natural, sin interrupción externa o provocada (por ejemplo, un caso de parto prematuro), y que el posterior deceso de éste no configuraría en caso alguno un evento de aborto.

Es por esto que enfatiza en entenderlo como la interrupción del embarazo, el cual da lugar a la destrucción o muerte del producto de la concepción, el cual puede

⁸⁹ De acuerdo con lo indicado por los autores, toda maniobra abortiva que finalmente conduzca solamente la expulsión prematura del embrión o feto (aceleramiento del parto) pueden considerarse únicamente como aborto frustrado.

⁹⁰ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2009. op. cit. p. 93.

⁹¹ GARRIDO MONTT, 2010. op. cit. 105.

ocurrir dentro o fuera del cuerpo de la mujer. Es decir, la expulsión puede ocurrir o no, siendo relevante la interrupción y la muerte del feto.

Agrega el autor que se excluye de la noción de aborto dos hipótesis: los casos de extracción o expulsión del feto o embrión muerto por causas naturales desde el claustro materno y los casos de parto prematuro. En el primer caso faltaría la acción de interrupción que da lugar a la muerte, ya que esta ocurre por causas naturales, mientras que en el segundo caso faltaría el deceso del feto. Eventualmente podría faltar también la interrupción, dependiendo de si en el caso específico este parto prematuro se produjo por razones naturales o biológicas o, en cambio, se debió a una actuación humana que lo provocó e interrumpió entonces el proceso ordinario de la gestación.

Tanto Politoff, Matus y Ramírez como Garrido Montt incluyen en las definiciones planteadas el elemento de la interrupción, ya que la entienden como este presupuesto mínimo y básico que debe encontrarse, a efectos de descartar otras hipótesis (como muertes por causas naturales, exista expulsión o no). Sin embargo, lo que es finalmente relevante (ocurriendo que sin este hecho no existe o no se configura bajo modo alguno un aborto) y definitorio, es la exigencia de configurarse la muerte o destrucción del feto o embrión. Sin esa característica, tal como se señaló, no se trataría de un aborto (al menos, no consumado). Además, según se señaló, esta destrucción puede ocurrir tanto aparejada a la expulsión del feto desde el útero, o permaneciendo éste en el claustro materno.

Sebastián Soler, tratadista argentino, apoya también la posición que entiende el aborto como muerte del producto de la concepción. El autor realiza un vínculo con el homicidio, señalando que “así como el homicidio es la muerte inferida a un hombre, el aborto es la muerte inferida a un feto”⁹². A lo anterior agrega: “(...) Toda acción destructiva de la vida, anterior a ese momento, es calificada de aborto, sea que importe la muerte del feto en el claustro materno, sea que la muerte se produzca como consecuencia de la expulsión prematura, forma esta última que es precisamente la

⁹² SOLER, Sebastián, 1945-1946. *Derecho Penal Argentino, Tomo III*. 5° ed. Buenos Aires: La Ley. p. 96.

más característica del modo de actuar que corresponde a este delito. De ellos se deduce que el elemento esencial consiste en la muerte del feto. Así, determinar el nacimiento prematuro, no constituye el delito de aborto cuando, a pesar de ellos, el feto sigue viviendo. Tampoco habrá aborto cuando la muerte, producida en el seno materno, no sea la consecuencia de la acción ejercida sobre el feto, sino que éste careciera ya de vida. Tampoco puede ser objeto de aborto el producto del desarrollo completamente anormal del huevo (mola). El feto es protegido en la medida en que es un embrión de la vida humana. Si éste no es el caso, el hecho carece de objeto. En cambio, establecido el estado de gestación, es indiferente el grado de desarrollo alcanzado por el feto⁹³. Lo expuesto por el autor da cuenta de manera clara de lo señalado en este apartado, entendiendo al aborto la producción de muerte del feto, ya sea en el útero materno o como consecuencia de una expulsión prematura, requiriéndose también ejercer una acción sobre el feto vivo, que interrumpa el proceso del embarazo.

2.5 Casos de jurisprudencia en el derecho chileno

- Caso Teresa Pastén. Fallo casación forma y fondo, con fecha 9 de abril de 1963⁹⁴.

En el presente caso, el Juzgado de La Ligua condenó a Teresa Pastén como autora del delito de aborto consumado, realizado a María Garay. Dicho fallo (en que se le condenaba a pena de 541 días de presidio) fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. En vista de lo anterior, Teresa Pastén recurrió de casación en la forma y en el fondo.

Cabe destacar, como antecedente, que el hecho ejecutado por Teresa Pastén consistió en la introducción de una sonda en el útero de María Garay por pedido de esta última, con el fin de ejecutar un aborto. Posteriormente, María Garay falleció a consecuencia de una tuberculosis generalizada, según el informe de autopsia, el cual

⁹³ Ibid, p. 97.

⁹⁴ Corte Suprema, 09.05.1963, En: Revista de Derecho y jurisprudencia. LX, 2º parte, sección 4º. p. 82.

igualmente daba cuenta de que la víctima en su útero residía un feto de quince centímetros, el cual presentaba una herida en su hemitórax derecho.

En el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso se indicó que “el acto realizado por la reo, consistente en introducir una sonda en el útero de María Garay y herir mortalmente al feto, constituye aborto consumado, aun cuando no hubiere existido la expulsión de éste”⁹⁵.

A fin de esclarecer el concepto de aborto, se cita la definición que se encuentra en el diccionario de la Lengua⁹⁶ y su significado etimológico⁹⁷. Además, se menciona la definición aportada por el Diccionario jurídico de Dalloz, y las definiciones de Garraud, Maggiore y Tardieu (expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción⁹⁸). Todas las nociones citadas y mencionadas en el fallo de la Corte Suprema tienen como elemento común el entender el aborto como “expulsión” o “expelir” al feto o embrión del claustro materno.

Posteriormente, el fallo hace mención a la que es entendida como la tendencia moderna, siendo fundamental para dichos efectos lo planteado por Carrara, teoría que viene en entender al aborto no como un delito contra el orden de las familias y la moralidad pública, sino como un delito contra la vida. La Corte brevemente hace mención a la evolución que ha existido de este concepto en España, en torno a lo planteado por Carrara o Cuello Calón, para referirse posteriormente que a diferencia de dicho caso, no existe en nuestro país texto legal alguno que alterase la definición gramatical y clásica del aborto. Por tanto, en el entendido de que un aborto consumado requeriría la expulsión prematura del producto de la concepción, según la definición clásica, es que no se configuraría en el caso de marras dicha situación. Esto, toda vez que no existió expulsión y tan solo una herida en el cuerpo de feto.

Como consecuencia, la Corte Suprema acogió el recurso de fondo y sostuvo que María Garay fue autora de tentativa del delito de aborto, y no de aborto consumado, arguyendo que “el informe médico de autopsia sólo estableció una herida

⁹⁵ Considerando 2°.

⁹⁶ “Parir antes del tiempo en que el feto pueda vivir”. Citado en considerando Quinto, letra b, 84p.

⁹⁷ “La palabra aborto significa mal parir o parir antes de tiempo”.

⁹⁸ Considerando 5°, C.

en el feto y un intento de provocación de aborto, que no llegó a consumarse, no ha podido legalmente darse por establecido el delito consumado de aborto sino únicamente en grado de tentativa”⁹⁹.

La sentencia anteriormente descrita, demuestra que la Corte Suprema se basó, para efectos de calificar el estado o fase de ejecución del delito, en la noción del aborto entendido como una expulsión (o extracción) del feto o embrión que se encuentra en el claustro materno al exterior, siguiendo así la tesis planteada por Raimundo Del Río y por la ya mencionada teoría semántica. Si bien la Corte reconoce, aunque sea de forma somera, la existencia de la teoría moderna que entiende al aborto como un delito contra la vida del feto, se señala que no existe en nuestro ordenamiento algún texto legal que se condiga con dicha teoría, por lo que única y necesariamente debe recurrirse a la definición gramatical y clásica existente en torno al aborto.

- Sentencia dictada en causa ROL 759-2007, por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel.

El día 15 de mayo del año 2006, alrededor de las dieciséis horas con treinta minutos en la comuna de La Granja, Santiago, Jessica del Carmen Olguín Gutiérrez se reunió, previo concierto, con el médico cirujano Carlos Lund Gutiérrez, la auxiliar de enfermería Frida Tapia Zamora y Ricardo Salinas Valenzuela. Jessica Olguín, quien se encontraba embarazada y teniendo a la fecha mencionada ocho semanas de gestación o embarazo, se instaló en el segundo piso de su casa en una camilla ginecológica a fin de que se le realizara, mediando su consentimiento, un procedimiento que tenía como finalidad poner término el embarazo. Ricardo Salinas pagó al médico y la auxiliar, por este concepto, la suma de \$200.000, junto con la entrega adicional de un bolso original marca Louis Voutton. No obstante, el procedimiento que buscaba poner término al embarazo se vio interrumpido ante la llegada de personal de la Brigada de Investigación Criminal de la Policía de Investigaciones, sin poder llevarse a cabo.

⁹⁹ Considerando Quinto.

De acuerdo a la Fiscalía, los hechos constituidos correspondían al delito de aborto, según se mencionará, y correspondía sancionar a los imputados de la siguiente forma: Jessica Olgún (mujer embarazada) en calidad de autora por el delito contenido en el artículo 344 (en grado frustrado), Ricardo Salinas en calidad de autor por el delito contenido en el artículo 344 (en grado frustrado), Carlos Lund en calidad de autor por el delito contenido en el artículo 345, en relación al 342 n° 3 (en grado tentado) y Frida Tapia en calidad de autora por el delito contenido en el artículo 342 n° 3 (en grado tentado).

No obstante, la sentencia de 4 de mayo de 2007 del 12° Juzgado de Garantía de Santiago absolvió a todos los imputados, por lo que la fiscal Macarena Car Silva recurrió de nulidad ante la Corte de Apelaciones de San Miguel.

La Corte finalmente rechazó el recurso de nulidad interpuesto, declarando que la resolución recurrida no era nula.

En la fundamentación de su decisión, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo lo siguiente:

“Que en la especie los actos materia de la acusación no permiten configurar el centro del tipo penal que en el caso en comento, no se encuentra definido por la ley, pero según la doctrina, consiste en “la expulsión prematura del feto ocasionando su muerte” (Etcheberry); sino que, dichos actos, instalación en el dormitorio de un domicilio de una camilla ginecológico y especies de uso médico, con la presencia de un profesional médico-cirujano, una auxiliar de éste, y una mujer con 8 semanas de embarazo, sin que hubiese ejecutado en su cuerpo ningún tipo de maniobras abortivas, constituyen actos preparatorios que no alcanzan a integrar el núcleo del tipo penal señalado”

En la sentencia de la Corte de Apelaciones se observa, por lo tanto, un planteamiento diferente al del fallo anteriormente referido. En este caso en particular, adoptando una

noción entrega por Etcheberry, se entiende que el aborto implica una expulsión prematura del feto ocasionando su muerte. Así, se tiene como base el presupuesto mínimo, consistente en la interrupción del embarazo (siendo la expulsión una forma en la que puede manifestarse esta interrupción al proceso de gestación). Sin embargo, la expulsión no es suficiente de modo alguno toda vez que, para que se configure el tipo penal, se requiere igualmente la verificación de esta muerte. Es decir, la expulsión del feto debe llevar consecuentemente a la muerte de éste, siendo el deceso, muerte o destrucción el elemento el decisivo y definitorio sostener que se verifica en los hechos el tipo penal exigido.

3. Vida del no nacido como objeto jurídico de protección del aborto

Habiéndose presentado el tipo penal que se encuentra regulado en nuestro Código Penal vigente y señalado igualmente las principales posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el concepto de aborto, se hace necesario referirse a continuación a otro asunto de relevancia: cuál es el bien jurídico protegido por el delito penal en estudio.

Es relevante hacer presente que han existido diversas posturas doctrinarias al respecto, tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado, las cuales se pasarán a revisar. No obstante lo anterior, existe en la actualidad un consenso en la doctrina chilena en el que se indica que es finalmente la vida del no nacido el objeto jurídico tutelado por dicho delito.

3.1 Concepto de Objeto Jurídico de protección

Como punto de partida, es necesario explicar qué es el objeto jurídico de protección y cuál es su relevancia en el derecho penal.

Podemos entender como objeto jurídico “un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente”¹⁰⁰. Así, Garrido Montt señala que “el legislador penal entonces no es libre para sancionar cualquiera conducta, sólo puede reprimir aquella que en alguna forma lesiona o pone en peligro uno de esos intereses sociales o individuales apreciados como fundamentales”¹⁰¹. Ejemplos de bienes jurídicos protegidos son la vida, la salud y/o integridad física-psíquica, el patrimonio, la fe pública, el interés colectivo, la libertad o indemnidad sexual, el medio ambiente, entre otros.

Por lo anterior, tenemos que la función del derecho penal es proteger dichos bienes jurídicos, lo cual otorga la legitimidad necesaria para imponer sanciones, represiones o castigos por infringir la norma penal y lesionar el bien jurídico tutelado por la misma¹⁰².

¹⁰⁰ WELZEL. En: GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 66.

¹⁰¹ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. 66.

¹⁰² Loc. Cit.

Por tanto, si cada tipo penal protege al menos un bien jurídico ¿cuál es el bien jurídico tutelado en el delito de aborto?

3.2 Propuestas doctrinarias de objeto de protección tutelado por el aborto

Las respuestas a la pregunta planteada en el punto anterior no han sido uniformes. Sin embargo, según lo ya introducido, existe en la actualidad acuerdo doctrinario sobre cuál es el bien jurídico que protege el delito de aborto.

Sin perjuicio de lo anterior, se expondrá en primer lugar algunas de las otras alternativas planteadas y desarrolladas por la doctrina, que han tenido cierta relevancia histórica. Entre ellas tenemos la vida y salud de la mujer embarazada, un interés demográfico del estado, el derecho de las personas a tener descendencia, los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, la autodeterminación de la misma, la vida del no nacido, entre otros.

3.2.1 Vida y salud de mujer embarazada

En primer lugar, una propuesta doctrinaria sobre el objeto jurídico tutelado por el aborto dice relación con la protección de la vida y de la salud (incluyendo integridad física y/o psicológica) de la mujer embarazada. Esto, toda vez que la mujer embarazada se trata de un ser humano nacido vivo; es una persona de derecho, de acuerdo con nuestra regulación (civil y penal). Es decir, una persona natural que titular de derechos y obligaciones. Y la protección a estos bienes jurídicos son derechos regulados en nuestra legislación, tanto en un ámbito de protección constitucional como en un ámbito de protección legal (jurídico-penal).

En cuanto a la protección constitucional, el artículo 19 numeral 1 de nuestra Constitución Política de la República (mencionado anteriormente en razón de la protección constitucional que se le entrega al que está por nacer) consagra y asegura “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”. Asimismo, el numeral 9 del mismo artículo consagra “el derecho a la protección de la salud”.

En cuanto a la protección jurídico-penal de ambos bienes jurídicos, debe mirarse especialmente un título del Código Penal Chileno.

Este título en cuestión se trata del séptimo (VIII) título “Crímenes y simples delitos contra las personas”, en los que se regula a partir del artículo 390 el homicidio y demás figuras especiales derivadas (como el parricidio o infanticidio) en que se tipifica “matar a otro”, protegiendo la vida de las personas. Además, a partir del párrafo 3, artículo 395 se regulan las lesiones corporales, esto es, se regulan los delitos que protegen el bien jurídico integridad física o salud. Se encuentra acá regulada la castración y la mutilación propiamente tal (artículo 395 y 396 respectivamente), las lesiones graves gravísimas (artículo 397, numeral 1), las lesiones simplemente graves (artículo 397, numeral 2) y lesiones menos graves dolosas en el artículo 399.

Es por todo lo anterior, es que queda claro que se protege en nuestro ordenamiento jurídico la vida y la salud de toda persona y, por tanto, de toda mujer embarazada. Y en esta situación tan particular que es el embarazo, debe considerarse los procesos biológicos que ocurren y la relación de dependencia del no nacido con la mujer embarazada. Toda vez que el producto de la concepción necesita residir en el útero hasta que termine su proceso de desarrollo biológico y depende, por tanto, de la mujer embarazada, existe una estrecha vinculación de ambos. En virtud de esta relación simbiótica, es que una afectación o ataque al feto que se encuentra anidado en el claustro materno podría implicar como consecuencia una lesión corporal (por tanto daño físico) o ataque a la vida de la mujer embarazada. En una serie de casos, por tanto, serían inseparables ante una actuación dañosa o un ataque, sin poder dañar a uno sin dañar al otro, por lo que se buscaría finalmente sería cautelara y proteger la vida y la salud de la madre, que se encuentra en esta relación orgánica especialísima, ante eventuales ataques que podría ser objeto el feto que reside en su cuerpo. No obstante, si se entiende entonces que el aborto busca tutelar la vida o salud de la mujer únicamente, ¿sería necesaria la regulación de este tipo penal? Las actuaciones que se realicen sobre la mujer podrían igualmente subsumirse dentro de los tipos penales anteriormente expuestos, pudiendo igualmente concurrir un concurso entre ellos.

Con todo, debe destacarse que siguen siendo entidades distintas: una vida dependiente, vinculada a una vida independiente, con derechos distintos. Puede

ocurrir, por tanto, y según se expondrá brevemente en el punto 3.4, un conflicto de intereses entre la vida humana dependiente y la independiente.

Sin entrar en mayor detalle a este conflicto, debe considerarse aquellas situaciones en que por una enfermedad u otra anomalía pelagra la vida o salud de la mujer embarazada. Y, en dichos casos, considerar con mayor detenimiento aquellos casos o situaciones en que el riesgo o amenaza a su vida – de la mujer embarazada- aumenta más de no interrumpirse el embarazo.

Es por lo anterior que en nuestra legislación y debido a la ya mencionada Ley N° 21.030, se regula la llamada indicación terapéutica. En virtud de ésta, la práctica de un aborto sería posible en caso de que peligrase la vida de la mujer embarazada.

De lo anterior se concluye que la indicación claramente protege (y prioriza) la vida de la mujer embarazada, más no así su salud. En virtud de las normas anteriormente referidas, cabe destacar que no existe regulación expresa que proteja la salud del no nacido, existiendo únicamente referencia a su vida.

Siguiendo este hilo ¿Es de relevancia la señalada indicación, del artículo 119 del Código Sanitario, para efectos del bien jurídico protegido por el delito de aborto? Si bien la norma tiene como objeto la priorización de la vida de la mujer embarazada - ante un peligro para su vida- por sobre la vida del feto, precisamente lo hace por medio de permitir la despenalización del aborto en circunstancias específicas. Es decir, no es que el delito de aborto tutele en sí – o al menos, no de forma exclusiva- la vida de la mujer embarazada; siendo una despenalización de dicho delito -que permite la práctica del aborto- lo que viene en proteger y tutelar la vida de la misma.

Igualmente cabe destacar que se trata de una norma especial, que no forma parte de la regulación sistemática del aborto en el Código Penal. Es una norma introducida por la ley 21.030, que modifica el Código Sanitario, por lo cual no sería procedente extrapolar interpretaciones en torno al artículo 119 de forma extensiva al Código Penal o la regulación general existente respecto de este delito.

Al margen de lo expuesto, debe insistirse en los distintos problemas y discusiones que han surgido respecto a las particularidades que implica el embarazo; la vinculación

orgánica entre la mujer embarazada y el feto que resultan en una especial relación de dependencia, existiendo una contraposición en intereses. En definitiva, se ha buscado concretar el interés preponderante entre la vida del feto y el interés de la mujer embarazada. Este “interés” de la mujer embarazada resulta del todo relevante al hacer referencia, posteriormente, a la autodeterminación de la misma.

Finalmente, cabe destacar que por lo general esta postura no se ha planteado entendiéndola como el objeto jurídico exclusivo o único que ampararía este delito. Es decir, se ha planteado la vida o salud de la mujer como un bien de carácter secundario, que se protege ante la “puesta en peligro por maniobras abortivas”. En ese sentido se ha manifestado Cuello Calón¹⁰³.

3.2.2 Derechos sexuales y reproductivos de la mujer (y de la mujer embarazada)

Otra propuesta del bien jurídico tutelado por el delito de aborto dice relación con un llamado “derecho de tercer generación”.

Previo a explicar estos derechos como manifestación de bien jurídico protegido por el aborto, se hace necesario explicar a qué nos referimos al hablar de los derechos sexuales y reproductivos.

Cabe destacar que, si bien es posible realizar una distinción entre ambos conceptos, por lo general en el derecho internacional, así como en legislaciones de determinados países, se usan dichos conceptos de forma indistinta o se hace una referencia de forma genérica de “derechos sexuales y reproductivos”, englobando todos los elementos que se pasarán a mencionar bajo dicha determinación, tales como la libertad, dignidad, salud sexual y salud reproductiva de la mujer.

Los derechos sexuales pueden definirse como “conjunto de derechos inalienable que tienen las personas de tomar decisiones libres y sin coacciones ni discriminación de ningún tipo sobre su propia sexualidad, tanto en sus aspectos corporales y relacionales como en sus aspectos reproductivos: la noción más

¹⁰³ CUELLO CALÓN, E. En: GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 99.

extendida es la de derechos reproductivos, muchas veces superpuesta con la salud reproductiva”¹⁰⁴. Los derechos sexuales, por tanto, pueden entenderse referidos a la libertad de toda persona de ejercer plenamente su sexualidad sin interferencias, coerciones, limitaciones, abusos o discriminación de tipo alguno¹⁰⁵. Es, por tanto, una expresión de los derechos de autonomía y libertad aplicados en la dimensión sexual de las personas.

En cambio, los derechos reproductivos se entienden como “las decisiones y libertades de que un/a sujeto debe gozar en orden a decidir sobre sus capacidades reproductivas, al abarcar una gama de derechos que van desde las decisiones acerca de la cantidad y espaciamiento de los hijos, el acceso a servicios adecuados ante situaciones de infertilidad, el acceso a anticonceptivos; hasta el derecho al aborto seguro, legal y accesible”¹⁰⁶.

Estos derechos sexuales y reproductivos se han hecho presentes en el ordenamiento internacional y han comenzado a reconocerse, regularse y constitucionalizarse en ciertos casos. Así se pueden reconocer en el marco internacional el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas (El Cairo, 1994), Plataforma de acción de la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer (Beijing, 1995) y la Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva (2001/2128 INI)¹⁰⁷. Muy vinculado a la exigibilidad de estos derechos se encuentra la lucha feminista, y en este marco destaca la lucha por acceso a los anticonceptivos, la igualdad de la mujer en el mundo laboral, y la autonomía sexual. Todo esto ha llevado a disociar la idea de “sexualidad” con la idea de “reproducción”.

En relación con esto, se ha señalado que “la mujer es titular de una serie de derechos reproductivos que se fundan en un conjunto de derechos y libertades civiles (vida privada; libertad individual; información) y sociales (salud; bienestar), en el marco

¹⁰⁴ PALMA, EN: BONACCORDI, Nélica, y REYBET, Carmen, 2008. *Derechos sexuales y reproductivos: Un debate público instalado por mujeres*. Revista Liminar. Estudios sociales y humanísticos, año 6, vol. VI, núm. 1, diciembre, 56p.

¹⁰⁵ BONACCORDI, Nélica y REYBET, Carmen, 2008. op. cit. p. 55.

¹⁰⁶ Loc. Cit.

¹⁰⁷ P. 101.

de los cuales la interrupción voluntaria del embarazo es una intervención que, sin ser en absoluto deseable, forma parte de las opciones reproductivas que tiene la mujer embarazada”¹⁰⁸.

Dentro de este contexto, Patricia Laurenzo¹⁰⁹ se refiere al embarazo como una consecuencia de la fertilidad potencial de las mujeres (posibilidad de procrear en la mayoría de las mujeres, dentro de determinadas franjas de edad, en la práctica de sexo heterosexual) siendo entonces, igualmente, una consecuencia posible de la sexualidad femenina. Así, de acuerdo con la autora, el planteamiento permite vincular el aborto a la salud sexual y reproductiva de las mujeres sin que por ello se le considere como un medio más de control de la natalidad.

Es por todos los antecedentes relatados que toda persona (sin perjuicio de que nos referimos específicamente a la mujer para los efectos del presente trabajo) tiene derechos a decidir sobre su sexualidad y reproducción y, por tanto, decidir si concebir y dar a luz hijos o no. Es en este contexto, reconociendo la existencia de la opción de elegir de la mujer, es que los derechos sexuales y reproductivos (o específicamente los reproductivos, según la prevención realizada en el inicio de este apartado) podrían ser considerados como un objeto jurídico protegido – o susceptible de ser titulado- por el delito de aborto.

Son las mujeres, por las características tan insólitas y especiales que implica un embarazo, las que deben decidir si embarazarse o no, y si dicho embarazo concluye con el nacimiento del nacido vivo. Por tanto, una ataque o agresión dirigida hacia el feto que deviene en muerte del mismo, en contra de su voluntad de la mujer (sin su consentimiento) vulnera sus derechos reproductivos y sexuales, por lo que debe castigarse al infractor con la pena regulada en el delito de aborto (que varía según el caso en particular).

¹⁰⁸SAURA ESTAPÁ, Jaime, 2019. *El estándar jurídico internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo: Reflexiones en perspectiva de derechos humanos*. Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Núm. 37, Junio , 31p.

¹⁰⁹ LAURENZO COPELLO, Patricia, 2011. *Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres: un nuevo paradigma para la regulación del aborto*. En: Anuario de Derechos Humanos 2011, 102p.

En concordancia a esto, debe hacerse referencia a la actual regulación sobre el aborto en el Código Penal.

De acuerdo con lo revisado en el primer capítulo, existen diversas clasificaciones o hipótesis en torno a la acción típica de este delito. Así, por ejemplo, en el mencionado aborto causado por “terceros extraños” y sin consentimiento de la mujer ocurre que, produciéndose entonces la actuación dañosa, se lesionarían los derechos reproductivos de la mujer. Es decir, se tiene que sería plausible esta posición en torno a este tipo, al faltar la anuencia o consentimiento de la mujer que daría cuenta de su disposición y ejercicio de sus derechos reproductivos.

Sin embargo, solo lo sería respecto de dicho caso. Así, no podría entenderse que estos derechos reproductivos son el bien jurídico que se lesionaría en un evento de aborto ante el tipo penal del 342 N°3 (aborto causado por tercero extraño con consentimiento) toda vez que el tipo precisamente se caracteriza porque la mujer está de acuerdo con que se practique el aborto, conociendo la naturaleza y consecuencia del acto. En ese contexto, es del todo imposible hablar de una lesión a sus derechos reproductivos si se manifiesta la voluntad en torno a la ejecución del aborto.

Por lo anterior, debe descartarse esta postura, al menos como bien jurídico único y exclusivo, sin perjuicio de la posibilidad de concurrir como un bien secundario, y al margen, igualmente, de una legislación eventual en torno al denominado “aborto libre”, que dejaría atrás un modelo de aborto justificado por causales.

3.2.3 Interés demográfico del Estado. Lesión a sociedad y propagación de la especie

Alfredo Molinario señala que, respecto a la vida humana independiente, existe un llamado interés demográfico del Estado (tutelado por el delito de homicidio). Al respecto sostiene que “pero, además, por otra parte, hay un interés directo del Estado en la conservación de la vida humana, como instrumento que ella es para la realización de sus finalidades, entre otras, la finalidad demográfica, que explica su propia subsistencia. En efecto, el Estado, así como el individuo, tiende, por inercia o por voluntad, a subsistir en el tiempo, y no podría hacerlo, como es evidente, sin pueblo,

que es uno de sus elementos. El Estado, pues, y ésta es la segunda fase, ve en la vida humana un instrumento que asegura su perpetuidad”¹¹⁰.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, Molinario señala que el delito de homicidio no tutela únicamente el bien jurídico “vida humana dependiente”, sino que además se protegería el llamado interés demográfico del Estado, el cual dice relación con el interés que el mismo tiene por la conservación de la vida humana.

En virtud de esto, se puede realizar una analogía con el delito de aborto y la vida humana dependiente. Algunos han señalado que en el delito de aborto también se tutela este interés demográfico, toda vez que al Estado le interesa que el proceso del embarazo prosiga su curso normal y que a consecuencia de esté el producto de la concepción nazca vivo, pasando a ser vida humana independiente. De este modo, se conserva la especie humana y el mismo Estado persiste su existencia en el tiempo.

En la doctrina del derecho comparado se han mencionado también la posibilidad de que el interés demográfico del Estado sea el bien jurídico tutelado por el aborto. Esto, entendiendo que eventualmente el titular del bien jurídico es la sociedad. De lo anterior es posible inferir que “el bien jurídico protegido bajo la rúbrica del aborto es un interés demográfico, es decir, el interés social en su propia perpetuación mediante la protección de lo que se da en llamar *spes vitae*; interés que, si no es contemplado desde una perspectiva racista (como lo era en la franquista), es perfectamente legítimo”¹¹¹. De tal modo se manifestó Queralt, entendiendo al interés demográfico del Estado como principal objeto de tutela del aborto, en base a la Ley de 1941 sobre protección de la natalidad.

Cabe destacar que ha señalado que esta postura devenía como consecuencia de la expresa negativa a reconocer la existencia de vida humana en el embrión¹¹².

¹¹⁰ MOLINARIO, Alfredo – AGUIRRE OBARRIO, Eduardo. *Los delitos, t. I*, TEA. Buenos Aires, 1999, 104-105pp. En: KIERSZENBAUM, Mariano. *El Bien Jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual*. Lecciones y Ensayos, nro 86, 2009. 207P.

¹¹¹ QUERALT, Joan J, 20119. *La regulación del aborto en España tras la ley orgánica 2/2010*. En: La ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, N°81, 5p.

¹¹² MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. 2005. *Reflexiones jurídico-penales sobre la interrupción voluntaria del embarazo*. En: Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 248p.

Esta hipótesis no tiene mayor asidero en la actualidad. En el derecho español, como se señaló, fue el mayor exponente Queralt. Otros autores (tales como García Vitoria o Díez Ripollés) lo reconocieron en principio como un bien jurídico de orden secundario, pero condicionado a la legislación existente de forma previa al año 1978. Posteriormente, se ha descartado por considerarse como incompatible con la política social y criminal actual¹¹³.

Esta postura, que busca privilegiar la persistencia de la especie humana, así como los niveles de natalidad, no se condice con la actual situación internacional como nacional, la cual evoca a la protección de los derechos reproductivos, la libertad, dignidad y autodeterminación de la mujer embarazada.

Sumado a esto, no es procedente entender que sea el bien jurídico protegido o interés predominante, al existir hipótesis como las del artículo 342 N° 2 del Código Penal o en atención a la misma ley 21.030 que despenaliza la interrupción en ciertas causales, reconociendo otros intereses asociados en la regulación del aborto. Se volverá a este punto en el apartado 3.2.6.

3.2.4 Derecho de los padres a tener descendencia

La siguiente postura doctrina sobre bien jurídico tutelado por el delito de aborto es el llamado “derecho a tener descendencia”¹¹⁴. Resulta evidente y necesaria realizar la vinculación con el punto 3.2.2., toda vez que la descendencia implica el ejercicio de un derecho sexual y reproductivo. No obstante, en este punto nos referimos no solamente al derecho de la mujer de decidir respecto a su autonomía sexual y reproductiva, y al curso del embarazo al que se encuentra sometida; sino que se incluye el derecho de los hombres de tener descendencia, pese al hecho de que el fruto de la concepción resida en el cuerpo de la mujer.

Si bien el derecho a “tener hijos” no se encuentra consagrado en nuestro Constitución, lo que no consiste en una situación insólita ya que es el común en otros

¹¹³ SUANZES PÉREZ, Fernando, 1999. *El delito de aborto: la modificación de indicaciones*. Lecciones de derecho sanitario. España: Universidad da Coruña, Servicio de Publicaciones. 470p,

¹¹⁴ SILVA, Hernán, 2012. op. cit. p. 147.

países, se ha hablado en diferentes instancias de la existencia de este derecho y su reconocimiento.

Existiría, por tanto, un derecho a tener hijos (esto es, descendencia), sea de forma natural o tradicional, sea por técnicas de reproducción asistida, entre otras alternativas existentes.

En concordancia con lo anterior, Verónica Undurraga sostiene que “debe entenderse que el derecho a tener hijos es una manifestación a la autonomía personal o del libre desarrollo de la personalidad, en relación con el derecho al libre e igualitario acceso a las acciones de salud y al más alto nivel posible de salud física y mental, y con el derecho a beneficiarse del progreso científico, el derecho a formar una familia, a la protección de ésta y asistencia en su constitución”¹¹⁵.

Por lo anteriormente explicado, tenemos que el bien jurídico protegido por el delito de aborto implicaría, según esta posición, la protección del derecho de las personas de tener a un hijo; esto es, que producto del embarazo nazca un nacido vivo. Impedir dicha situación, a través de un ataque al producto de la concepción, implicaría infringir el derecho a la descendencia de las personas.

Una manifestación en torno a este bien jurídico podría configurarse en relación con la autorización o consentimiento que se requería (o aún se quiere en la actualidad) en algunos países para efectos de que una mujer pueda realizarse un aborto. Es decir, son casos en que la ejecución de este procedimiento estaba o está condicionada en torno a la voluntad del cónyuge de la mujer, en el entendido que él poseía un interés jurídicamente protegido: su derecho a la descendencia, que permitiría entonces un veto al procedimiento del aborto.

Así es como, por ejemplo, el antiguo Código Penal de Nicaragua del año 1891 permitía el aborto en caso de riesgo de la vida o salud de la mujer embarazada, así como en el caso de una violación, pero requería además de la intervención de

¹¹⁵ UNDURRAGA VALDÉS, Verónica, 2018. *¿Existe un derecho a tener hijos? Una respuesta desde el derecho constitucional chileno sobre autonomía y acceso a técnicas de reproducción asistida*. Madrid, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. Num. 38, Junio 2018. 134 – 135pp.

facultativos (presupuesto lógico), del consentimiento del cónyuge (o en su defecto, de otro pariente del grado más próximo posible).

Cabe destacar que “*The world’s abortion laws*”¹¹⁶ del año 2014, señaló en dicho año la existencia de legislación en determinados países (tales como India o Fiji) en que para la práctica de un aborto era requerido el consentimiento del cónyuge (spousal authorization required).

Sin embargo, en relación con nuestro actual ordenamiento y en concordancia a la normativa internacional, debe descartarse esta postura como posible bien jurídico. En caso de hacer referencia a los derechos reproductivos, estos han tenido fundamentación y adherencia en forma mayoritaria en relación con aquellos que posee la mujer, en virtud de esta relación orgánica que la vincula con el embrión o feto. No existe norma alguna en nuestro ordenamiento que se vincule o haga referencia a la protección de este bien jurídico, de la forma planteada en los párrafos anteriores.

En cuanto al panorama internacional y del derecho comparado, cabe hacer presente que ya en el año 1976 la Corte Suprema de los Estados Unidos denegó, en el caso *Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth*¹¹⁷, la facultad a los Estados para conceder a los maridos poder de veto sobre la decisión de sus esposas de abortar embarazos, así como señaló que los padres de niñas menores solteras no podían ser atribuidos con un veto absoluto sobre los abortos de las mismas.

Asimismo, según se detalló en el apartado 3.2.2, existen en el derecho internacional distintos programas, tratados y convenciones dirigidas al reconocimiento de la autodeterminación de las mujeres, considerando su libertad y dignidad personal, por lo que se opondría a este reconocimiento el requerimiento de una autorización del cónyuge o conviviente. Es más, en nuestro ordenamiento se opondría a distintos principios que reglan el derecho (desde un punto de vista constitucional, civil o incluso

¹¹⁶ Center for reproductive rights. [en línea]
<<https://www.reproductiverights.org/sites/default/files/documents/AbortionMap2014.PDF>> [consultado 22 noviembre 2020]

¹¹⁷ SHAPIRO, Ian, 2007. *El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: Una introducción. (The Constitutional Law of Abortion in the United States: an Introduction)*. Abortion: The Supreme Court Decisions 1965-2007, Hackett Publishing Company, Inc, 439p.

en materia de familia), siendo de suma relevancia la igualdad entre las personas y entre los cónyuges.

3.2.5 Normal desarrollo uterino

Según se introdujo anteriormente, el embarazo se trata de un proceso biológico-fisiológico durante el cual se produce el desarrollo, crecimiento y maduración del producto de la concepción en el claustro materno. Se entiende que este proceso tiene “un período mínimo y otro máximo de desarrollo o gestación del nuevo ser. El mínimo de 180 días y el máximo de 300 días”¹¹⁸.

Silva define el embarazo como “el estado de la mujer que va desde la fecundación hasta el parto o nacimiento. En el fondo, es el período del desarrollo del huevo en el vientre materno y termina con la expulsión del producto. Se sostiene que si el feto es viable, estaríamos frente a un parto, y la expulsión de un feto no viable, se trataría de un aborto”¹¹⁹.

Del mismo modo Melloni define el embarazo como “período de tiempo comprendido entre la concepción y el nacimiento del niño; la duración normal es de unos 280 días o nueve meses naturales; también denominado gestación”¹²⁰.

Es por lo anterior, que el delito de aborto tutelaría de acuerdo con esta posición, el normal desarrollo intrauterino. Esto significa por tanto que el proceso de embarazo o gestión se desarrolle en el tiempo señalado anteriormente y de acuerdo con los parámetros biológicos o fisiológicos que en medicina son considerados como normales. El aborto, en conclusión, buscaría evitar la interrupción del proceso de gestación, a fin de que el embarazo se desarrolle de forma natural y normal.

Esta postura se condice por lo planteado por Del Río, quien entiende por aborto “la expulsión del feto aunque no se produzca su muerte. El bien tutelado sería en este caso la normalidad del desarrollo intrauterino de la criatura y no la vida humana

¹¹⁸ SILVA, Hernán, 2012. op. cit. p. 110.

¹¹⁹ Loc. Cit.

¹²⁰ MELLONI DOX EISNER. Diccionario Médico Ilustrado de Melloni. Barcelona, Editorial Reverte S.A, 1983. P. 167. EN: Silva, Hernán, 2012. op. cit. pp. 111 – 112.

propriadamente tal¹²¹. Así es que este bien jurídico se relaciona con la llamada concepción semántica del aborto, así como una definición tradicional o clásica del mismo, según lo revisado anteriormente.

Tal como se expuso, lo que se lesionaría bajo esta postura al producirse un aborto sería este cese en el proceso del embarazo, que trae como consecuencia que llegue a término de forma anterior a lo debido, siendo totalmente irrelevante la muerte o no del no nacido.

Cabe destacar sobre esta postura el tenor literal de la ley 21.030 así como el artículo 119 modificado por ésta, que se refieren a la autorización “de la interrupción del embarazo por un médico cirujano” concurriendo alguna de las causales ahí mencionadas. Pero, sin perjuicio de este aspecto gramatical, no existe mayor referencia a que sea el bien jurídico tutelado dentro del sistema de normas reguladoras de este delito en nuestro ordenamiento. Incluso en el caso mencionado, debe descartarse dicha interpretación, ya que son otros los intereses, según la historia de la ley, que se contraponen con la protección de la vida del feto, para efectos de la despenalización en determinadas circunstancias.

Tal como se expuso en el capítulo anterior, tanto de forma doctrinaria como jurisprudencial ha habido una evolución en torno a entender la interrupción como un presupuesto mínimo o básico del aborto, así como lo es la existencia misma del embarazo, requiriéndose otros elementos para finalmente configurar un aborto. Por consiguiente, no se puede prosperar en torno a la interrupción como bien protegido.

3.2.6 Autodeterminación de la mujer

Este bien jurídico se encuentra estrechamente relacionado con los expuestos en los puntos 3.2.2 y 3.2.4, por lo que debe analizarse considerando igualmente lo ya dicho en los apartados citados. Del mismo modo, se hace presente que este objeto encuentra relacionado con otros derechos fundamentales resguardados por nuestra Constitución Política de la República, como los dispuestos en el artículo 19 N° 2, 4, 6

¹²¹ SILVA, Hernán, 2012. op. cit. p. 147.

y 7. Asimismo, está vinculado con la autonomía de toda persona y posibilidad de tomar decisiones en torno a su propia vida.

La palabra “autodeterminación”¹²², desde una perspectiva genérica, es definida en el diccionario de la Real Academia Española en su segunda acepción como “capacidad de una persona para decidir por sí misma algo”. Desde un concepto más amplio, la autodeterminación dice relación con la capacidad de la mujer de tomar decisiones, autodirigirse y regularse en todo aspecto de su vida, siendo elementos integrantes y esenciales el respeto a su vida, libertad, dignidad y honra. A estos elementos deben sumársele los ya reconocidos y mencionados derechos sexuales y reproductivos. Esto, toda vez que “el contenido esencial del derecho de autodeterminación reproductiva de la mujer es inherente al libre desarrollo de la personalidad. Su ejercicio es promovido como un espacio de decisión personal respecto al modo, forma y condiciones en que los ciudadanos pueden ejercer su derecho a trascender”¹²³.

La autodeterminación ha sido denominada como aquel interés que posee la mujer, y que precisamente sería el que se contrapondría contra el interés que posee el no nacido (en relación a su vida), lo cual nuevamente trae la discusión que ha existido sobre cuál de dichos intereses sería el preponderantemente. Así es como Muñoz Conde¹²⁴ distingue tres posiciones fundamentales:

- i. Una primera posición, proveniente de la Iglesia Católica, considera como interés preponderante la vida del feto, por lo que debía y debe existir una penalización total del aborto provocado, sin admitir ningún tipo de excepciones. Se trata de un interés o valor de carácter absoluto que no puede ceder bajo ningún otro.
- ii. Una segunda posición sostiene que el interés preponderante es el constituido por la mujer embarazada, su determinación, siendo el feto

¹²² Diccionario Real Academia Española. [en línea] <<https://dle.rae.es/autodeterminaci%C3%B3n>> [consulta 5 mayo 2020]

¹²³ SÁNCHEZ SIFRIANO, Reyna. 2015. *Convencionalidad del derecho de autodeterminación reproductiva de la mujer en el Estado mexicano*. En: TLA-MELAU, Revista de Ciencias Sociales, Universidad Autónoma de Puebla, México, Año 9, N° 38, abril – septiembre, 123p.

¹²⁴ MUÑOZ CONDE. En: MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, 2005. op. cit. p. 248.

una “simple prolongación del vientre de la madre”, abogando esta postura por la despenalización total del aborto, siempre y cuando concurriera el consentimiento de la mujer embarazada (claramente, debido a esta situación especial y vínculo orgánico de dependencia existente como consecuencia del embarazo).

- iii. Finalmente, una tercera posición, de carácter intermedio, viene en valorar la vida del feto, sin por eso dejar de lado los intereses de la mujer embarazada, buscando una compatibilización entre ambos (aunque reconociendo igualmente una preponderancia de uno sobre otro). Así es como se admitiría un número mayor o menor de excepciones a la punibilidad genérica del delito de aborto.

Habiendo señalado la noción de autodeterminación y las posiciones propuestas en torno a este conflicto, cabe referirse cuál es el lugar que ocupa en nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, cabe destacar la mencionada Ley N° 21.030. Esta normativa, según se indica en el Mensaje N°1230-362 que inició el proyecto ley¹²⁵, indica en sus antecedentes la dignidad de la mujer como atributo inviolable y el deber de respeto y protección, además de las políticas públicas existentes en Chile en salud de la mujer. Posteriormente, dentro de sus fundamentos, hace referencia a la normativa internacional respecto de los derechos fundamentales, así como consagra un deber del estado de proteger y respetar la vida y la salud de las mujeres, reconociendo su autonomía. En definitiva, con este proyecto, que posteriormente se materializó en la mencionada ley, se viene en establecer que al regular sobre el aborto debe mirarse igualmente a la mujer (autodeterminación, vida, salud y derechos reproductivos) por lo que en aquellos casos en que la tipificación implicara una vulneración de la mujer y sus derechos, era necesario despenalizar (así se estimaba que sucedía en los 3 casos reglados por el 119 del Código Sanitario). Es decir, bajo dicha óptica, la autodeterminación y protección de la mujer podría entenderse tanto como fundamento

¹²⁵ Mensaje de Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Santiago, 31 de enero de 2015.

como límite del tipo penal. Sin embargo, este argumento no es suficiente para entenderla como el objeto protegido.

En segundo lugar, debe considerarse las objeciones expuestas en torno al criterio de los “derechos sexuales y reproductivos” que igualmente aplican a este caso, por formar ellos parte de esta autodeterminación de la mujer. Así, si bien podría desprenderse que se protege la autodeterminación ante las expresiones “sin consentimiento” o “contra la voluntad de la mujer”¹²⁶ que se indican en los artículos que regulan el delito de aborto, según lo que se ha indicado con anterioridad, cabe la misma crítica. Sería plausible que el bien lesionado fuera la determinación en un caso de aborto cometido por terceros extraños sin consentimiento, toda vez que es manifiesta la falta de ejercicio de los derechos de la mujer embarazada. Sin embargo, este bien jurídico no explica la tipificación de otras hipótesis, tales como el aborto con consentimiento de la mujer del artículo 342 N°3 del Código Penal. De igual modo, no existe otra norma que dé cuenta de la protección a este objeto.

Por tanto, esta postura no es suficiente.

Sin embargo, debe realizarse una mirada conjunta de los puntos anteriormente expuestos. En diversos ordenamientos, tales como Francia (Consejo Constitucional), Alemania (Tribunal Constitucional, Estados Unidos, entre otros (incluyendo el nuestro), se ha dado esta discusión sobre los bienes jurídicos en pugna: derecho a la vida y derecho a la autodeterminación reproductiva. Por lo general la decisión ha sido proteger la vida de forma precia al nacimiento, pero regulando diversas excepciones que resguarden los derechos de la mujer y le permitan determinarse, en coherencia con su dignidad humana y libertad.

Si bien se señala que no es un criterio suficiente, esto no obsta a que pueda considerarse como un bien secundario tutelado por el aborto, sobre todo en vistas de la ley del año 2016 y los postulados internacionales en la materia.

¹²⁶ RUSCONI, Maximiliano, 1987. *Estudios de la dogmática de la legislación actual del delito de aborto y análisis de errores interpretación en doctrina y jurisprudencia*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones Universidad de Buenos Aires. 173p.

Según las posiciones señaladas por Muñoz Conde, puede sostenerse, aunque de forma reciente en nuestro país, la presencia de la tercera postura, que viene en reconocer el valor de la vida del no nacido mientras que del otro lado no se abandona la protección de los intereses de la mujer. La ley 21.030 permitiría, aunque de forma limitada y restrictiva, evitar un sacrificio absoluto de los intereses de la mujer por la protección de la vida del no nacido, al permitir en determinadas circunstancias la realización de un aborto.

Previo a esta modificación legislativa en nuestro país, se tiene que indiscutidamente no tenía lugar la regulación del delito de aborto el resguardo de la autodeterminación de la mujer, al ser imposible en caso alguno la ejecución del aborto (por penalizarse totalmente). Sin embargo, todo lo expuesto en este apartado da cuenta de otro interés o derecho, que ha sido reconocido como el objeto protegido por el delito de aborto en nuestro ordenamiento (y, por tanto, el interés que se lesionaría ante la comisión de un aborto).

3.2.7 Otras alternativas

Cabe destacar que, según menciona Garrido Montt¹²⁷, en el Código Penal de la Alemania Nazi y en el Código Penal de Italia del año 1932 se consideraba que el bien jurídico tutelado por el delito de aborto no era la vida del no nacido u otra de las alternativas planteadas anteriormente; sino que se amparaba como bien jurídico la pureza de la raza o de la estirpe. Es por lo anterior, es que se llegó a despenalizar el aborto de seres humanos no nacidos que no tuviesen origen alemán, como es el caso de los judíos.

Etcheberry hace mención a esta misma cuestión, señalando que el delito de aborto puede tutelar múltiples bienes jurídicos y no solo a uno (pese a que uno de ellos tenga la característica de ser el bien principal o fundamentalmente protegido, según se expondrá), y que un ejemplo de dichos bienes tutelados era la llamada, por la ley italiana, “integridad de la estirpe”¹²⁸, haciendo alusión al mismo concepto¹²⁹.

¹²⁷ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 99.

¹²⁸ ETCHEBERRY, Alfredo, 1998. op. cit. p. 95.

¹²⁹ Bien jurídico pureza de la raza o la estirpe.

3.3 Propuesta dominante: vida del no nacido como objeto jurídico amparado por el delito de aborto

Habiéndose hecho una revisión de las distintas posiciones doctrinarias respecto al bien jurídico protegido o tutelado por el delito de aborto, procede señalar que existe en la actualidad un consenso tanto doctrinario como jurisprudencial en que el bien jurídico protegido es la vida humana dependiente, es decir, la vida del feto o embrión; la vida que está en gestación. A continuación se revisará lo señalado por algunos autores, que sustentan lo anteriormente dicho.

Hernán Silva, por ejemplo, señala que la vida del feto o no nacido es el bien jurídico protegido¹³⁰ siendo, según sus palabras, la opción doctrinaria con mayor aceptación nacional y mundial. Agrega a lo anterior, que esto se manifiesta en las distintas regulaciones de otros países, en sus respectivos códigos. Así es como en España se regula el aborto en el título de “delitos contra las personas”, en Holanda en “los delitos contra la vida”, en Francia en “delitos contra las personas”, en Argentina en “delitos en contra de las personas”, pero en relación a tipificarlos contra la vida de éstas, y del mismo modo ocurre con otros países como Brasil, Suiza, Costa Rica y Perú¹³¹. Finalmente, Silva indica que considera que el bien jurídico amparado por el delito de aborto es complejo, encontrándose comprendido en el tanto la vida del feto como su desarrollo, y el orden de las familias. Es decir, existiría de acuerdo con el autor unanimidad en torno al cuál es el objeto principal de protección por este delito, lo cual no obsta o impide que existen otros bienes que concurren con él en la protección, pero en forma secundaria.

Asimismo, Mario Garrido Montt sostiene que lo protegido por el delito de aborto, como bien jurídico, es “la vida en gestación (o incipiente o dependiente)”¹³². Esto, sin perjuicio de la existencia de los otros bienes mencionados anteriormente, y que se encontrarían secundariamente amparados, como la salud de la madre en caso de encontrarse en peligro, y el interés demográfico del Estado. Por tanto, el aborto se

¹³⁰ En específico, el autor señala que el objeto jurídico es la vida del feto, esto es, “el producto de la concepción antes que llegue a ser persona”. SILVA, Hernán, 2012. op. cit. 147.

¹³¹ SILVA, Hernán, 2012. op. cit. p. 147.

¹³² GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 99.

trataría de un delito contra la vida, pese a que el feto no sea por el momento una vida independiente, y carezca de personalidad, según la regulación jurídica al respecto¹³³. Lo relevante de esto, de acuerdo con el mismo autor, es una posible equiparación del nasciturus con el nacido vivo. Si bien se protegen las vidas de ambos, se ejerce esta protección de distinta manera (tanto en materia penal como en otras ramas del derecho).

Del mismo modo, Etcheberry¹³⁴ sostiene que si bien la vida del no nacido es el bien jurídico principalmente tutelado por el delito de aborto, esto no obsta a que la ley proteja a más de un bien jurídico: por tanto, además de la vida del producto de la concepción (bien principal) es susceptible de proteger otros bienes jurídicos, de los mencionados anteriormente, como lo son: vida y salud de la mujer embarazada, el orden de las familias (relación con ubicación del tipo penal en nuestro código), interés demográfico del Estado, entre otros.

En el mismo sentido, Politoff, Matus y Ramírez señalan que “hay acuerdo entre nosotros en que el bien jurídico protegido en las figuras del aborto es la vida del que está por nacer, esto es, la vida humana dependiente, que se sitúa en un continuo previo a la protección que a la vida humana independiente dispensa el Código a través de las distintas formas de homicidio punibles”¹³⁵.

De acuerdo con lo expuesto, es que en la actualidad la doctrina nacional está conteste en reconocer que el bien protegido por este delito (y que se lesionaría entonces, al configurarse un aborto) es la vida del feto o del embrión. Esta postura, se condice con lo expuesto anteriormente en torno al concepto de aborto.

Bajo una perspectiva moderna, y siendo igualmente relevantes la ya mencionada concepción teleológica del aborto, es que éste requiere como presupuesto la muerte del que está por nacer. No basta una simple interrupción (sea

¹³³ Ibid, pp. 98-99.

¹³⁴ ETCHEBERRY, Alfredo, 1998. op. cit. p. 95.

¹³⁵ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2009. op. cit. p. 85.

una expulsión o no), requiriéndose la muerte del ser en gestación para efectos de entender que el delito en mención se encuentra consumado.

Igualmente, la jurisprudencia ha entendido el asunto en este mismo sentido, según se revisará en el punto 3.5 del presente trabajo. No obstante, en los fallos que ya han sido expuestos para efectos de dilucidar el concepto de aborto, se puede desprender este mismo entendimiento sobre el bien tutelado.

Si bien en el caso contra Teresa Pasten, la Corte Suprema reconoce una noción semántica de aborto, en los considerandos del fallo dictado por el tribunal se hace alusión y se reconoce la tendencia moderna, citando a Carrara, quién entiende el aborto como un delito contra la vida (ya que la eventual lesión afectaría a la vida humana, aunque en una fase distinta a aquella tutelada por el delito de homicidio).

En cambio, en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel en la causa ROL 759-2007 se da cuenta de una noción distinta de aborto, señalándose expresamente que se requiere la muerte del embrión o feto, producto de la expulsión (sin ser esta última suficiente para configurar el aborto).

Sin embargo, se requiere hacer mención de otros puntos relevantes en relación a la vida del feto o embrión como bien jurídico protegido.

En primer lugar, debe reiterarse que, tal como se expuso en el primer capítulo, los artículos 342 y siguientes del Código Penal establecen distintas hipótesis de aborto bajo la figura de “causar un aborto”, sin definir expresamente qué es lo que constituye un aborto, lo cual motiva el segundo capítulo del presente trabajo. Es por esto que, en principio no es posible señalar una incompatibilidad en entender este bien como aquel tutelado por el delito referido. Si bien anteriormente predominaba otra noción del aborto (denominada clásica, tradicional o semántica)¹³⁶ hoy en día impera una noción teleológica -o al menos mixta- por lo que es plausible señalar que la vida humana

¹³⁶ Sin perjuicio de que el concepto semántico, además de una definición otorgada por la RAE, deriva de una comparación en el derecho comparado. Es decir, si bien no se dan mayores luces de qué es causar un aborto, al comparar esta norma con aquellas que regulan el aborto en otros países, podría llegarse a la conclusión que nuestra norma posee un sentido estricto que busca limitar al aborto a la causación de la expulsión.

dependiente es el objeto de protección. Y en dicho sentido se manifiesta la doctrina y jurisprudencial actual.

Asimismo, destacar que no es posible reiterar las críticas que se realizaron previamente a los bienes “derechos sexuales y reproductivos” como “autodeterminación”, ya que el hecho de entender la vida del concebido como el bien protegido, explica la punibilidad del aborto cometido por terceros extraños, tanto en caso de mediar o no el consentimiento de la mujer embarazada.

En segundo lugar, debe abordarse la ubicación sistemática de este delito en el Código Penal. Si bien resulta lógico y necesario una regulación distinta del homicidio, al poseer dos bienes protegidos diferentes, no se condice con que el bien tutelado sea la vida humana dependiente, si el sistema de normas existente sobre el aborto se regula en el título VII de dicho cuerpo legal denominado “crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”.

Sin embargo, por medio de este tratamiento diferenciado se manifiesta la diferencia entre bienes jurídicos personalísimos y el objeto de protección de la norma que sanciona al aborto. En definitiva, se expresa “la ausencia de un auténtico titular de intereses personales en el caso del aborto”¹³⁷. Este punto, que busca explicar el por qué no se encuentra incluido bajo el título de “delitos contra las personas”, se relaciona con la consideración del no nacido como persona natural y en la posibilidad de ser titular de derechos e intereses, el cual no es materia de este trabajo.

Sin perjuicio de esto, aludiendo entonces al título en el que se encuentra regulado, debe señalarse que la doctrina nacional ha descartado, a contrario, que el bien jurídico tutelado sea la moralidad pública o la familia. Así, Etcheberry ha señalado que “el aborto no ofende necesariamente el orden de las familias, desde el momento en que es igualmente punible el aborto de una mujer casada que el de una mujer soltera; el de una menor de edad que el de una adulta”¹³⁸. A su vez, Cury ha sostenido que “tampoco atenta contra la moralidad pública, por muy inmoral que sea el acto, desde

¹³⁷ BASCUÑAN VALDÉS, Antonio, 2013. op. cit. p. 7.

¹³⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. En: SILVA, Hernán, 2012, op. cit. p. 146.

el momento en que se realiza tan secretamente que la mayor parte de las veces ni se sospecha que se haya cometido”¹³⁹.

Por tanto, si bien se estima que es inadecuada la ubicación sistemática del aborto en dicho título, y debiese modificarse a efectos de regularse junto con los demás delitos contra la vida, salud e integridad, debe señalarse que el argumento de la ubicación es insuficiente para efectos de desvirtuar que el bien tutelado sea la vida del concebido, en virtud de lo expuesto.

En tercer lugar, cabe hacer mención a la Ley 21.030. La regulación de la despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales, ¿es relevante en la discusión sobre la determinación del bien tutelado por el aborto? Si bien se ha hecho mención a esta ley anteriormente, y se hace remisión al siguiente apartado, cabe destacar que aún en el entendido de reconocer que existe más de un interés o bien tutelado por el aborto, esta cuestión no excluye la protección de la vida humana del concebido como aquel de principal protección. Variados autores, tales como Garrido Montt o Silva, han indicado que concurren otros bienes junto con la vida dependiente, siendo tutelados por el tipo penal, pero siendo central e imprescindible la vida del feto.

Finalmente, cabe destacar que en el caso de una eventual legislación en torno al denominado aborto libre (es decir, ampliando los casos de despenalización, teniendo como presupuesto básico y mínimo el consentimiento de la mujer embarazada) se realiza nuevamente esta discusión sobre los intereses existentes y contrapuestos, cambiando finalmente el paradigma sobre cuál de ellos es el que predomina y por tanto debe ser mayormente protegido.

3.4 Conflicto de intereses vida dependiente y vida independiente

Según se indicó anteriormente, es posible referirse a un conflicto de intereses entre vida humana dependiente e independiente, esto es: conflicto de intereses existente entre la mujer embarazada y el feto o embrión que se encuentra en el claustro materno (en razón de su vida)). Pueden darse variadas situaciones en los que peligre la salud o la vida de uno de ellos o de ambos. Un ejemplo típico de esta situación,

¹³⁹ CURY, Enrique. En: SILVA, Hernán, 2012. op. cit. p. 146.

asociado a la salud de la mujer embarazada, se presente en aquellos casos en que la mujer embarazada adquiere o desarrolla una enfermedad, para la cual es necesario e imperante – como método de tratamiento- realizar determinada terapia, operación o consumo de fármacos, los que pueden causar (se estiman como posibles consecuencias) lesiones a la corporeidad o vida del feto, que pueden ser de carácter grave o fatal. Estas lesiones pueden ser malformaciones, producir algún tipo de discapacidad (en cualquiera de los seres), conllevar el aumento del riesgo de producirse un aborto, entre otras situaciones derivadas. Un claro caso de la situación descrita es aquel en que mujer embarazada es diagnosticada con algún tipo de cáncer, en determinado nivel según el desarrollo de la enfermedad, y para un correcto e idóneo tratamiento se requiere la realización de sesiones de quimioterapias, las que producen secuelas – o existe una alta probabilidad de que se manifiesten secuelas- u otros efectos indeseados en el feto o embrión.

Otro ejemplo, catalogado en atención a la urgencia o riesgo inminente que traen consigo- son aquellos casos en que existe un grave riesgo de la vida (es decir, se sobrepasa el umbral de “daño a la salud” y se encuentra ahora la vida en riesgo crítico). En momento de urgencia catastrófica, puede surgir la imposibilidad médica de tratar correctamente tanto a la mujer embarazada como al feto, teniendo que optarse y priorizar en el tratamiento de alguno de ellos.

De acuerdo con lo relatado, es que de este insólito y especial vínculo orgánico existente entre la mujer embarazada y el feto o embrión que reside en su cuerpo, pueden derivarse distintas consecuencias y problemáticas. Pese a reconocerse una existencia de dos entidades diferentes (vida humana dependiente e independiente), éstos se hallan unidos de tal forma que es dificultoso o incluso imposible que una acción ejercida sobre uno no afecte o tenga algún tipo de consecuencia sobre el otro.

En aquellos casos relatados para ejemplificar esta situación, es posible identificar un “conflicto de intereses que puede suscitarse entre ambas vidas, la del que está por nacer y la de la mujer embarazada, y si tiene preeminencia una respecto de la otra (tendencia relativa). A pesar de todo, subsisten las denominadas tendencias absolutas o radicales en uno u otro sentido, que rechazan la existencia de un conflicto

de intereses. En este sector, algunos se inclinan por desconocer a todo evento la posibilidad de sacrificar la vida incipiente, cualquiera sea el estado de su desarrollo y aun frente al peligro de la vida de la madre (posición de la Iglesia Católica); otros, al contrario, reconocen la más amplia libertad de la mujer embarazada de disponer de su estado de preñez: el derecho a tener hijos conllevaría a su vez el derecho de no tenerlos (abortar)¹⁴⁰.

Es decir, mientras que un sector considera que no existe conflicto alguno de interés entre la mujer embarazada y el feto, otro sector considera que existe un claro conflicto, existiendo dos opciones para resolver el conflicto.

Por un lado, quienes apoyan las teorías relativas, reconocen el valor tanto de la mujer embarazada como del feto. De esta forma reconocen que el producto de la concepción es un objeto digno de protección jurídico penal, así como reconocen que la mujer tiene un derecho a decidir sobre su propia maternidad. Por tanto, valoran ambos bienes, estableciéndose dos alternativas que permite otorgarle preeminencia a uno de ellos: el sistema de plazos y el sistema de las indicaciones. Estos sistemas marcan un límite (por transcurrir un período del embarazo o por concurrir determinadas circunstancias) lo cual permite finalmente determinar que bien es preponderante, a fin de resolver el conflicto de interés.

Por el contrario, quienes apoyan las teorías absolutas, sostienen que no existe un conflicto de interés. Dentro de estas teorías tenemos dos grupos. El primer grupo considera que de forma alguna puede haber predominancia del interés de la mujer embarazada sobre el interés de la vida humana dependiente o en gestación. No puede existir desmedro alguno o sacrificio de esta vida, independiente de la etapa evolutiva o de desarrollo en que se encuentre. Por el contrario, el segundo grupo establece la más amplia libertad y reconocimiento de derechos sexuales y reproductivos de la mujer, pudiendo ella decidir si llevar a término del embarazo. De la idea de que cada persona es libre y autónoma para decidir si tener hijos, e incluso la existencia de un derecho a la descendencia, se sigue la idea de que sé es libre y se tiene derecho a no

¹⁴⁰ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 103.

tener hijos: sea de forma preventiva – anticoncepción- o represiva -por medio de la realización de un aborto.

Lo anteriormente expuesto se condice con lo que se expresó previamente sobre las posiciones planteadas por Muñoz Conde. Según la prevención ya realizada, en nuestro país -teniendo en consideración la legislación existente- se seguía anteriormente una teoría absoluta, referida al interés predominante de la vida del concebido por sobre el interés de la mujer embarazada. Era así que se penalizaba de forma absoluta el aborto, sin permitir espacios de libertad o impunidad en el ejercicio del mismo. Se entendía que la vida del feto o embrión era un valor absoluto y supremo, que debía anteponerse ante cualquier otro, sin poder ceder de forma alguna ante otros intereses.

Sin embargo, la Ley 21.030 -siendo relevantes los fundamentos ya mencionados en el mensaje del proyecto de ley- busca precisamente un reconocimiento de la autodeterminación de la mujer, apelando principalmente a su vida y dignidad personal. Es así que, al despenalizar la interrupción en determinadas causales, se entiende que ya no es del todo cierto señalar que en nuestro ordenamiento haya una preeminencia absoluta de un valor sobre otro. En este conflicto de interés existente, se reconoce los intereses de la mujer como valores con relevancia jurídica que deben ser cautelados, no a un mismo nivel que el interés del feto o nasciturus, pero que tampoco pueden ser ignorados ni ser cedidos de forma absoluta.

La misma discusión se ha dado en otros ordenamientos jurídicos, sobre el conflicto de estos intereses, en miras de modificar la regulación del aborto, permitiendo interrupción del embarazo en determinadas situaciones.

De acuerdo con Eser, aquellos movimientos de reforma (que se han discutido en la gran mayoría de los ordenamientos, tal como el alemán, aunque en distintos tiempos) se caracterizan por la existencia de dos frentes de opinión contrapuestos, Así, el autor establece que existen por un lado “aquellos que ven en la supresión o, al menos, despenalización parcial del aborto una emancipación largamente esperada. Esto es, la liberación de todas las trabas que podrían obstar al derecho de autodisposición de la mujer sobre su propio destino. Ante la exclusividad de los

intereses propios de la mujer, existe sin embargo el peligro de perder de vista los no menos legítimos intereses del ser en gestación”¹⁴¹. En cambio, señala que en contraposición se encuentran “aquellos que, frente a tales aspiraciones de emancipación y con el objeto de proteger la vida en gestación, se creen en el deber de demostrar la firmeza de principios inviolables”¹⁴².

Finalmente, debe tenerse presente que hoy en día continua latente la discusión sobre el conflicto de intereses, siendo relevante en esta materia el avance en el derecho internacional en el reconocimiento de la autodeterminación y derechos reproductivos de la mujer, sobre todo ante una eventual modificación de este tipo penal en miras del denominado aborto libre.

3.5 Jurisprudencia que recoge posición doctrinaria mayoritaria

En relación con lo expuesto en el presente capítulo, se revisarán dos sentencias emitidas por tribunales superiores de nuestro país que resulta relevantes en el análisis y discusión sobre bien jurídico protegido por el sistema de normas que regulan el aborto.

- Rol 2040-2013, Corte de Apelaciones de Santiago. Fallo 19 de agosto de 2013.

Como contexto, debe explicarse previamente que en el caso de marras, conocido en Punta Arenas, doña M.A.V pagó a P.L.C.M la suma de \$130.000 con el objeto de que le practicase maniobras abortivas.

Por lo anterior, el Ministerio Público formuló acusación en contra de P.L.CM en su calidad de autora del delito de aborto, en concurso ideal con el delito de lesiones graves gravísimas en perjuicio de M.A.V, toda vez que las prácticas abortivas ejecutadas le causaron una histerectomía a M.AV.

¹⁴¹ ESER, Albin, 1989. *Reforma de la regulación del aborto en el derecho penal alemán: evolución y primeras experiencias*. En: Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona (Libro Homenaje al profesor Antonio Beristain), San Sebastián.

¹⁴² Loc. Cit.

Con fecha 3 de diciembre de 2007, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas absolvió a P.L.M.C, por lo que el Ministerio Público dedujo recurso de nulidad en contra de dicha resolución. Finalmente, la Corte rechazó el recurso de nulidad con fecha 19 de agosto de 2013.

En el fallo referido se señaló lo siguiente:

“Quinto: Que los sentenciadores estiman que no existe vulneración de las referidas normas constitucionales puesto que si bien es cierto aquellas se refieren a la protección de la vida del que está por nacer, la integridad física y la salud individual, el análisis efectuado por los Jueces Orales en el fallo recurrido, debía hacerse tutelando dichos bienes jurídicos, pero en relación a los tipos penales materia de la acusación del Ministerio Público, esto es: delito de aborto consentido en concurso ideal con delito de lesiones graves gravísimas, concluyendo los falladores en el considerando vigésimo cuarto que el primer bien jurídico la vida del que está por nacer- no se encontraba desprotegido, pues no se logró acreditar por el ministerio público el embarazo y, por ende, el primer ilícito imputado (...).”

“Séptimo: Que en lo que dice relación con el delito de aborto consentido, los sentenciadores estiman que no existió por los jueces del Tribunal Oral en lo Penal una errada interpretación de la norma del artículo 342 ° 3 del Código Penal, toda vez que no le dieron a dicha disposición un alcance distinto del que tienen sino que se limitaron en el considerando décimo cuarto a establecer que el bien jurídico protegido a través de la figura delictiva de aborto es la vida en formación y que el sujeto pasivo por tanto es el fruto de la concepción y que el objeto material de este ilícito lo constituye el producto de la misma en todas sus fases de desarrollo y congruente (...).”

El fragmento anterior, resulta relevante toda vez que se reconoce como objeto o bien protegido por el delito de aborto, la vida del no nacido o del que está por nacer. Se establece que debe velarse por la protección de la vida del concebido, siendo el bien tutelado por la figura delictiva del aborto, sin que en el caso particular se estimara como un caso de aborto consumado debido a que no fue posible acreditar si quiera la existencia de un embarazo (siendo éste un presupuesto mínimo y básico para configurarse el tipo).

Igualmente cabe destacar que el presente fallo señala igualmente que el sujeto pasivo de esta figura delictiva es el fruto de la concepción (el feto, embrión o no nacido) y que el objeto material del ilícito es el producto de la misma en toda fase de desarrollo.

- Rol 2133-2010, Corte de Apelaciones de Santiago. Fallo dictado 6 de enero de 2011.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso interpuesto en contra de la sentencia de 28 de diciembre de 2009, la cual absolvió a don P.O.B.R, acusado en calidad de autor del delito culposo de aborto, señaló lo siguiente:

“Primero: Que existe acuerdo generalizado en torno al concepto de vida humana independiente como bien jurídico tutelado, y no puede ser de otra forma si se tiene en cuenta la protección diferenciada de la vida humana dependiente que se lleva a cabo mediante el delito de aborto (...).”

Nuevamente se reitera que el bien jurídico tutelado por el delito de aborto es la vida humana dependiente (vida del feto o del embrión), contraponiéndolo con el objeto protegido por el homicidio, correspondiente a la vida humana independiente: el ser humano nacido.

Cabe destacar, por tener relación con la materia a tratar en el punto 5 del presente trabajo, que la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia que absolvía al imputado, toda vez que consideró que los hechos descritos e investigados

durante el proceso pena no configuraban un delito de aborto por no haber nacido el feto o embrión que residía en el claustro materno (es decir, entendiendo que el objeto o bien jurídico protegido por este tipo penal era una vida humana dependiente o vida en gestación) y por no existir en nuestro país la figura del delito de aborto culposo.

4. Límites de protección a la vida humana dependiente

En atención a lo expuesto en el punto 3, es posible concluir que existe un acuerdo tanto doctrinario como jurisprudencial en nuestro país, respecto a que el bien jurídico protegido¹⁴³ es la vida del que está por nacer o la vida del no nacido (vida del nasciturus); esto es, nos referimos a la vida humana dependiente. Pero ¿cuál es el alcance de esta protección? ¿Qué se considera como vida humana dependiente? ¿Cuáles son sus límites -diferenciación- con la vida humana independiente? Las respuestas a estas preguntas serán tratadas a continuación.

4.1 Vida humana dependiente e independiente

Los conceptos de vida humana dependiente e independiente fueron tratados anteriormente. De forma breve, se puede decir acorde a lo ya desarrollado, que la vida humana puede clasificarse en dos categorías (utilizando como criterio la etapa de desarrollo biológico en que se encuentra este ser humano): vida humana dependiente y vida humana independiente. Mientras que la primera se entiende como el bien jurídico tutelado por el delito de aborto (vida del no nacido; o vida del concebido)), la segunda corresponde al bien jurídico protegido por el delito de homicidio y sus diferentes variantes (figuras especiales y agravadas, en torno a la vida del nacido).

Como se señaló anteriormente, de acuerdo con Politoff, Matus y Ramírez¹⁴⁴, la vida humana dependiente, objeto protegido por el delito de aborto, es la vida del ser humano en formación, también denominada como vida del feto o embrión. En cambio, la vida humana independiente, objeto tutelado por el delito de homicidio y demás figuras especiales relacionadas, consiste en la vida del ya nacido, o vida nacido vivo (vida del ser perteneciente a la raza humana, de forma posterior al nacimiento).

Siguiendo con las ideas expresadas anteriormente, es posible preguntarse, en relación con el concepto de vida humana dependiente, qué nombre o designación recibe el concebido o ser que reside en el claustro materno y se desarrolla durante el

¹⁴³ O bien, si existe más de un bien jurídico protegido por dicho delito, el que es principalmente o fundamentalmente protegido es la vida del que está por nacer.

¹⁴⁴ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2009. op. cit. p. 26 y 90.

proceso del embarazo. De acuerdo con lo expuesto en el segundo capítulo del presente trabajo, el concebido también ha sido denominado bajo los términos nasciturus o no nacido¹⁴⁵; tratándose en definitiva, del embrión o feto¹⁴⁶. Sin perjuicio de diferencias del área de la biología humana que puedan señalarse entre estos dos últimos conceptos, se utilizarán de forma indistinta estos conceptos para hacer mención al embrión implantacional en los capítulos siguientes.

Y ¿cómo se puede definir el “feto”? De acuerdo con Josep Salàs, “existe práctica unanimidad doctrinal – embriología, fisiología, biológica, ontogenésica y jurídica- y jurisprudencial en definir al feto como el producto del proceso fisiológico de la gestación, constituyendo cabalmente la cuestión conflictiva de determinación de sus límites cronológicos -inferior y superior-, ante la evidencia de que este período vital está, por naturaleza, limitado cronológicamente a 280 días aproximadamente”¹⁴⁷.

Cabe en este punto realizar una precisión, consistente en que no necesariamente coincide el inicio de la vida humana (en su fase de vida humana dependiente) con el inicio de su protección, en particular penal. Por tanto, de acuerdo con la ciencia médica si bien podemos hablar de existencia de vida humana a partir de un determinado suceso de su desarrollo, la protección jurídica puede devenir en otro punto, a razón del criterio valorativo que se utilice. Se profundizará en esta cuestión más adelante.

4.2 Límites de protección

En virtud de lo relatado en el punto anterior, resulta relevante y pertinente estudiar la vida humana dependiente (siendo la vida del nasciturus fundamental en esta materia). Ahora bien, ¿qué es lo relevante a analizar o revisar en la doctrina o

¹⁴⁵ A lo largo se han utilizado diferentes denominaciones para individualizarlo, que significan lo mismo, por ejemplo: vida humana dependiente, el que está por nacer, el no nacido, nasciturus, producto o fruto de la concepción, gestante, entre otros.

¹⁴⁶ Existen diferencias biológicas-fisiológicas en el concepto del feto (...). Para efectos del presente, se usa el concepto feto de manera amplia y genérica.

¹⁴⁷ SALÀS DARROCHOA, Josep Tomás, 2005. *El concepto de feto en el código penal español*, Revista DS: Derecho y Salud, Vol. 13, Núm 1, 111p.

jurisprudencia respecto a este término (tanto en el ordenamiento nacional como en el derecho comparado)?

En variados casos, ante la concurrencia de determinados hechos, resulta difícil determinar si, debido a la existencia y desarrollo de dichos hechos, se configura el tipo penal del delito de aborto o el de homicidio. De esto se puede aparejar como consecuencia la aplicación incorrecta (o la grave posibilidad de que ocurra) de una sanción penal¹⁴⁸.

Como consecuencia de esto debe hacerse una aclaración entre dos temas de relevancia: objeto protegido, sujeto pasivo y objeto de la acción delictiva.

Por un lado, habiéndose detectado el objeto protegido por este tipo penal (vida humana dependiente), debe estudiarse esta protección a efectos de determinar los alcances de la protección jurídico-penal que se le otorga o debiese otorgársele.

Por otro lado, y según lo expuesto en el primer capítulo del presente trabajo, cuestión distinta (aunque relacionada) es determinar quién es el sujeto pasivo en este tipo penal, así como cuál es el objeto de la acción delictiva. Es en este entendido que Silva señala que “también existe discusión sobre quién es el sujeto pasivo y dependerá de la tesis que se adopte frente a la discutida cuestión del objeto jurídico. Luego, podría serlo la madre, el feto, etc. La doctrina mayoritaria estima que el aborto es un atentado en contra de la vida del feto, siendo éste (feto o embrión) el sujeto pasivo¹⁴⁹.

De igual modo, Garrido Montt sostiene que “el sujeto pasivo del delito de aborto es aquel que está por nacer, o sea, el producto de la concepción, por tanto, no lo es la mujer embarazada”¹⁵⁰, agregando posteriormente que “el objeto material de la acción también es el producto de la concepción, el producto que está en proceso fisiológico de gestación en el vientre materno. Quedan fuera de esta protección – como delito de aborto- los atentados de que pueda ser objeto el óvulo inseminado in vitro no anidado

¹⁴⁸ El riesgo se relaciona con la incorrecta calificación de los hechos que constituyen el tipo penal. De esto puede resultarse que unos hechos que constituirían delito de aborto,} sean sancionados con las penas correspondientes al delito de homicidio, y viceversa.

¹⁴⁹ SILVA, Hernán, 2012. op. cit. p. 147.

¹⁵⁰ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 107.

en el vientre de una mujer”¹⁵¹. Respecto a lo señalado por el autor en la última parte citada, cabe hacer remisión a lo expuesto anteriormente en torno a las tres fases o niveles de protección en torno a la vida humana, según lo expuesto por Valenzuela, excluyéndose la fase preimplantacional.

Habiéndose aclarado esta diferencia, es que en el contexto de determinar y especificar el alcance del límite de protección del bien jurídico tutelado por el aborto, podemos distinguir dos tipos de límites: el límite de protección inferior y el límite de protección superior. Dichos límites responden a las siguientes preguntas: ¿En qué momento comienza la protección jurídico-penal de la vida del que está por nacer?, y ¿En qué momento termina la protección jurídico-penal de la vida del nasciturus (o vida del que está por nacer)? De esta última pregunta se extrae otra que se encuentra necesariamente relacionada: ¿En qué momento inicia la protección jurídico-penal de la vida humana independiente? Así, se tiene que estas preguntas buscan determinar los momentos de inicio y finalización de la protección de la vida humana dependiente, sin ser el objeto de este capítulo determinar cuándo inicia la existencia de la vida humana (concepto distinto). Sin embargo, se hará de todas formas referencia a este hecho (inicio existencia vida humana) ya que, según lo prevenido, es del todo posible y plausible que dichos momentos concurren conjuntamente en un mismo instante o, por el contrario, sean momentos distintos e independientes, habiendo variados autores que abogan por la primera postura (mismo instante) aunque difieren en cuál momento o instante es aquel.

Las preguntas en torno a los límites planteadas en el párrafo anterior serán tratadas a continuación, por medio de una revisión de las principales teorías planteadas al respecto.

4.3 Límite de protección inferior al bien jurídico tutelado

Según se hizo referencia anteriormente, en esta sección se busca dar una respuesta a la pregunta “¿en qué momento comienza la protección jurídico-penal de la vida humana dependiente o vida del nasciturus?”.

¹⁵¹ Loc. Cit.

Respecto al límite inferior de protección de la vida humana dependiente (momento en que inicia protección del mismo) han existido diversas teorías o criterios en la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como comparada, siendo algunas de ellas las siguientes: fecundación, concepción, anidación, actividad cerebral, tolerancia inmunológica, y finalización de organogénesis. A continuación, se revisarán los criterios que se han considerado como los más relevantes en los distintos ordenamientos jurídicos y que buscan responder la pregunta planteada anteriormente.

4.3.1 Teoría de la actividad cerebral.

Un sector doctrinario considera que o el comienzo de la protección jurídico-penal de la vida humana, en su fase prenatal o dependiente, al momento del inicio de la actividad cerebral, lo cual ocurre aproximadamente transcurridos dos meses de desarrollo¹⁵² (en el entendido, entonces, de que existe vida prenatal de forma previa, aunque no se encuentre protegida por el tipo penal del aborto).. De acuerdo a Salàs Darrochoa se trata de un “hito que acontece entre los 43 y 45 días contados desde la fecundación, criterio que guarda relación con el históricamente sustentado por el judaísmo y el Islam”¹⁵³.

En primer lugar, es relevante referirse al concepto que funciona como criterio en esta teoría, esto es, ¿qué es la actividad cerebral? De forma simple, y aludiendo a una definición biológica, es posible señalar que a lo largo de la vida humana y durante el funcionamiento del cerebro, las células que lo conforman se comunican entre sí intercambiando información, lo cual se realiza por impulsos eléctricos. Estos impulsos eléctricos se encuentran activos en todo momento, incluso cuando los seres humanos duermen, y es lo que constituye la actividad eléctrica cerebral. Esta actividad puede

¹⁵² Cabe destacar que existe un sector, según señala De la Torre, que han postulado que el comienzo de la vida prenatal así como la protección de ésta vida ocurre en un mismo momento: el inicio de la actividad cerebral. Sin embargo, debe señalarse que la mayoría de los autores, en virtud de los postulados médicos, reconocen que la existencia de la vida humana en fase prenatal se produce de forma anterior, aunque sea un estado muy incipiente. Por lo que, ocurriendo la existencia con anterioridad, la teoría se enfoca más que nada como un criterio para determinar el inicio de la protección jurídico-penal de esta vida.

¹⁵³ SALÀS DARROCHOA, Josep, 2005. op. cit. p. 116.

ser estudiada por medio de un examen electroencefalograma (EEG) y se manifiesta el registro del mismo examen como líneas onduladas¹⁵⁴.

Esta teoría que asocia el inicio de la protección a la vida humana dependiente con el inicio de la actividad cerebral resulta relevante toda vez que la podemos relacionar la regulación sobre el concepto de muerte existente en nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien el Código Civil señala, bajo el título “2. Del fin de la existencia de las personas” en su artículo 78 que el fin de la persona se produce con su muerte¹⁵⁵, y el Código Penal se refiere al homicidio definiendo el supuesto de hecho como “el que mata a otro”, se desprende que ninguno de estos cuerpos normativos entrega una definición de la noción de muerte. Sin perjuicio de lo anterior, por lo general el concepto de muerte ha sido entendido como “cesación o término de la vida”¹⁵⁶.

Entonces, bajo el presupuesto de muerte entendida como el término de la vida, resulta necesario referirse a un criterio o indicador que permita identificar o determinar que la muerte ha tenido lugar.

En el área de la medicina se ha establecido que, para declarar la muerte de un ser humano, se requiere constatar previamente la “cesación irreversible de las funciones respiratoria y circulatoria o la cesión irreversible de todas las funciones cerebrales incluyendo el tronco”¹⁵⁷. En términos generales, se tiene como criterio la cesación de las funciones vitales de un ser humano.

En nuestra legislación, si bien no existe un concepto expreso de muerte, existe en otros cuerpos legales referencia al criterio o indicador requerido para la determinación y declaración de la muerte. Así, la Ley N° 19.451 que “establece

¹⁵⁴ Consulta sitio web. Mayo Clinica. [en línea] <<https://www.mayoclinic.org/es-es/tests-procedures/eeg/about/pac-20393875>> [consulta 20 noviembre 2019]

¹⁵⁵ “La persona termina en la muerte natural”.

¹⁵⁶ Diccionario de la Real Academia Española. [en línea] <<https://dle.rae.es/muerte>> [consulta 21 noviembre 2020]

¹⁵⁷ Guidelines for the determination of death. Report of the medical consultants on the diagnosis of death to the President’s Commission for the study of ethical problems in medicine and biomedical and behavioral reserach. JAM 1981; 246-2184-6. En: FLORES, Juan Carlos; PEREZ, Manuel; THAMBO, Sergio; y VALDIVIESO, Andrés, 2004. *Muerte encefálica, bioética y trasplante de órganos*. Revista Médica de Chile, 2004, vol. 132, 109-118pp.

normas sobre trasplante y donación de órganos”, regula en su título III la extracción de órganos a personas en estado de muerte. Dentro de esta normativa, resulta del todo relevante el artículo 11, el que se refiere a este asunto en el siguiente tenor: ,

Artículo 11.- Para los efectos previstos en esta ley, la muerte se acreditará mediante certificación unánime e inequívoca, otorgada por un equipo de médicos, uno de cuyos integrantes, al menos, deberá desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía.

Los médicos que otorguen la certificación no podrán formar parte del equipo que vaya a efectuar el trasplante.

La certificación se otorgará cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal, según parámetros clínicos corroborados por las pruebas o exámenes calificados. El reglamento deberá considerar, como mínimo, que la persona cuya muerte encefálica se declara, presente las siguientes condiciones:

- 1.- Ningún movimiento voluntario observado durante una hora;
- 2.- Apnea luego de tres minutos de desconexión de ventilador,
- y
- 3.- Ausencia de reflejos troncoencefálicos.

En estos casos, al certificado de defunción expedido por un médico, se agregará un documento en que se dejará constancia de los antecedentes que permitieron acreditar la muerte.

Así, la norma expuesta establece un criterio o indicador para la determinación de la muerte: abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, guardando coherencia con el postulado médico anteriormente mencionado. Posteriormente, esta norma sostiene que para la declaración de la llamada “muerte encefálica”, bajo este criterio, deben presentarse ciertos indicios o signos de la muerte,

a saber: falta de movimiento voluntario en el plazo de tiempo de una hora, apnea luego de tres minutos de desconexión y ausencia de reflejos troncoencefálicos.

La muerte encefálica, sinónimo de la muerte cerebral, es definida como “el cese irreversible en las funciones de todas las estructuras neurológicas intracraneales, tanto de hemisferios cerebrales como del troncoencéfalo”¹⁵⁸. La llamada muerte encefálica es ampliamente reconocida un indicador de la muerte del individuo, tanto en el área médico – científico, como en los ordenamientos jurídicos de diversos países. Así es como la muerte encefálica y la muerte natural, son criterios distintos que permiten determinar la ocurrencia de la muerte (término de la vida).

Por tanto, si la muerte encefálica -que implica el cese de la actividad cerebral- permite determinar en nuestro país la ocurrencia de la muerte (que igualmente marca el límite superior de protección de la vida humana dependiente), sería del todo razonable suponer que el inicio de la actividad cerebral sea igualmente un momento relevante en la instancia contrapuesta (comienzo de vida o comienzo de protección de la vida). Sin embargo, reconocer que sea un momento importante y la relación expuesta no permite entender ni trae como consecuencia inequívoca que la vida humana dependiente o independiente, o que la protección jurídica penal de la vida en alguna de estas fases, inicien precisamente en dicho momento. Se trata de una interpretación extensiva que no posee mayor fundamento.

Respecto de esta teoría, Francisco Javier de la Torre sostiene que “existe una débil actividad en torno a los 43-45 días. Para algunos este criterio es relevantes pues supone tener en cuenta el mismo criterio que con el final de la vida para trasplantar órganos: EEG plano (electroencefalograma plano)”¹⁵⁹, refiriéndose a la misma relación ya mencionada entre este criterio con el estado de muerte descrito en la regulación para el trasplante de órganos¹⁶⁰. No obstante, el autor critica este criterio desde 3 perspectivas:

¹⁵⁸ ESCUDERO, Dolores, 2009. *Diagnóstico de muerte encefálica (Brain death diagnosis)*. Revista Medicina Intensiva vol. 33. No. 4, mayo, 185p.

¹⁵⁹DE LA TORRE, Francisco Javier, 2016. op. cit. p. 119.

¹⁶⁰ Según se indicó, la consideración de la muerte de la persona como muerte encefálica tiene un gran alcance y reconocimiento, no solo en el área del derecho.

La primera dice relación con la diferencia de ambas situaciones, toda vez que en el caso en particular nos encontramos con una vida que está en un proceso, de desarrollo, por medio del cual llegará a la iniciación de esta actividad eléctrica cerebral, y se cuestiona el valor exclusivo que tendría la actividad cerebral en este proceso de desarrollo.

La segunda, respecto a que el funcionamiento de la actividad cerebral es manifiestamente distinto, toda vez que en el caso en particular recién se manifiestan las primeras señales (leves o débiles) del inicio del funcionamiento cerebral.

La tercera, toda vez que el autor no considera una clara analogía con la muerte que implique utilizar dicho criterio. Esto, porque no existen similitudes en las circunstancias que rodean o configuran a ambas vidas: en el caso de la vida humana dependiente, se trata de la vida del producto de la concepción en desarrollo, que posee una potencialidad de convertirse en vida humana independiente y que, en palabras del autor, tiene una “sólida esperanza de futuro”. Esto se contrasta con la situación de la vida del ser humano o persona nacida, la vida humana dependiente; quién se encuentra en situación de muerte encefálica. Como se indicó anteriormente, se requieren como mínimo tres indicios que den cuenta de la cesación total e irreversible de las funciones encefálicas, para que se declare este estado de muerte (lo que implica un deterioro o estado de enfermedad irreversible, que a su vez implica la no existencia de movimientos voluntarios, la necesidad de ventilador, entre otros elementos). Por lo anterior, es que el autor considera que, habiendo diferencias tan características y evidentes, es incorrecto aplicar el mismo criterio (comienzo - fin de actividad eléctrica cerebral) para determinación de los límites de protección jurídico penal.

Si bien el criterio descrito no cuenta actualmente con mayor apoyo doctrinario, ha sido tratado y estudiado por la doctrina otorgándole cierto reconocimiento. De acuerdo con Salàs¹⁶¹ se trata de un criterio que guarda relación con aquel históricamente sustentado por el judaísmo y el islam.

¹⁶¹ SALÀS DARROCHOA, Josep, 2005. op. cit. p.116.

En el caso de Francisco De la Torre, y en virtud del poco apoyo existente, se refiere a este criterio bajo el título “Otras posturas que requieren atención”.

4.3.2 Teoría de finalización de la organogénesis

De acuerdo con el Diccionario Médico de la Clínica de la Universidad de Navarra, la organogénesis consiste en “proceso de formación de los órganos. En el desarrollo humano este período se extiende entre la cuarta y la novena semana del embarazo”¹⁶².

Dicho con otras palabras, se trata de una etapa del crecimiento del embrión, consistente en el desarrollo de forma simultánea y coordinada de diversos órganos y sistemas a partir de las capas germinativas. Este proceso, en términos biológicos, es considerado como el período de mayor vulnerabilidad para el embrión, toda vez que la probabilidad de riesgos que implican aborto espontáneo o natural es alta. La organogénesis tiene lugar “en las diez primeras semanas después de la última menstruación (entre el decimoséptimo y quincuagésimo séptimo día después de la fecundación), en muchas ocasiones antes de que la mujer conozca su gestación y acceda a un programa de asistencia prenatal, momento que puede ser tarde para evitar lesiones sobre el embrión”¹⁶³.

Salàs Darrochoa sostiene respecto de este criterio que “para sus partidarios, el hito básico en la materia es la adquisición de apariencia humana, lo que acontece hacia los dos meses y medios de gestación, momento tenido en cuenta incluso por la medicina para dejar de hablar de embrión y hacerlo de feto. Específicamente, valoran el comienzo de la actividad eléctrica del cerebro del nuevo ser que relacionan, a su vez, con su carácter de nota distintiva del final de la vida en el otro extremo del ciclo vital”. En lo expuesto por el autor, podemos destacar tres puntos distintos de relevante mención.

¹⁶² Diccionario Médico: [en línea] <<https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/organogenesis>> [consulta 04 diciembre 2019]

¹⁶³ VÁSQUEZ LARA, Juana), 2017. *Manual Básico de Obstetricia y Ginecología*. 2ª ed. Madrid: Colección Editorial de Publicaciones del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, 96p.

En primer lugar, Salàs Darrochoa realiza una distinción entre embrión y feto. De lo dicho, se deduce por tanto que el embrión no poseería (bajo este criterio) protección jurídica mientras que el feto sí sería objeto de protección. Si bien ambos son ya vida humana dependiente, que poseen existencia reconocida en fase prenatal, no tienen la misma protección.

En segundo lugar, el autor señala que bajo este criterio la distinción entre embrión y feto guarda relación con un criterio médico, el cual consiste en la adquisición de “apariencia humana”. Aunque claro, para esta postura no basta el parecer “externamente” perteneciente a la especie humana; lo que se requiere, siendo más precisos, es la finalización de esta etapa (primaria)¹⁶⁴ de formación de órganos y sistemas.

En tercer lugar, menciona en este criterio otra teoría, ya mencionada en el presente trabajo, que dice relación con la actividad cerebral. No solo bastaría la apariencia de ser perteneciente a la especie de los seres humanos, sino que además debe agregarse este elemento de actividad eléctrica en el incipiente cerebro. Es así una teoría que involucra criterios o elementos de otra teoría.

De la Torre también se ha referido a este criterio. De igual forma que Salás, hace alusión a la distinción entre embrión y feto, ya que al adquirir características físicas de humanos, esto es, el momento en que ya “se han constituido cabeza, ojos, nariz, boca extremidades, huellas dactilares, órganos externos”¹⁶⁵, estaríamos hablando ya de un feto como tal. De la Torre reconoce un profundo valor antropológico en la apariencia humana.

Sin embargo, el autor distingue como mayor dificultad de esta postura la “sensibilidad” que trae asociada. ¿Qué significa esto? En sus palabras, “este criterio es un criterio variable y dependiente de las personas, de su sensibilidad, de su situación, de la valoración cultural y la evolución científica”¹⁶⁶. Esto, ya que a medida

¹⁶⁴ Primaria, ya que el producto de la concepción se sigue desarrollando todo el tiempo de permanencia en el claustro materno, pero finalizando la organogénesis se habla ya de que se completó una fase relevante del desarrollo fetal.

¹⁶⁵ DE LA TORRE, Francisco Javier, 2016. op. cit. p. 120.

¹⁶⁶ Loc. Cit.

que avance la tecnología (y, por ejemplo, se puede ver en mejor calidad imágenes del producto de la concepción por ecografías) o la medicina (nuevos conocimientos sobre el desarrollo intrauterino) se podría cambiar el momento (adelantándolo o atrasándolo) en que hablamos ya de un feto. O, por otro lado, debido a la percepción de los padres (por razones culturales, religiosas, entre otras) cambiaría el momento en que se cumple este criterio de “parecer humano” (perteneciente a la especie de los seres humanos).

A fin de superar dicha dificultad, autores como C. Alonso Bedate o Diego Gracia se han referido a criterios de información contenida o suficiencia constitutiva y constitucional (los que dicen relación con el momento en que el cigoto “posee toda la información requerida para la génesis correcta y completa del proceso embriológico”¹⁶⁷).

Si bien el presente criterio ha tenido relevancia en la doctrina, y por lo mismo De la Torre desarrolla esta teoría trata bajo el título “Otras posturas que requieren atención”, no posee un apoyo mayoritario ni en la doctrina nacional como en el derecho comparado.

4.3.3 Teoría de la fecundación

Entre las teorías más relevantes a efectos de delimitar cuál es el límite inferior de protección de la vida humana dependiente, tenemos el momento en el cual se produce la llamada “fecundación”.

De acuerdo con Salàs¹⁶⁸, resulta ser la actual posición oficial de la Iglesia Católica, tras haber superado otras teorías, como la animación retardada. En esta teoría se considera que “la nueva vida es tal desde el momento en que se constituye la realidad biológica del cigoto o célula-huevo, resultante de la fusión del óvulo y el espermatozoide”. Según el autor, el cigoto que resulta de dicha fusión tiene una relevancia que en cierto grado se asemeja a la del recién nacido puesto que si bien de forma externa es similar en su apariencia a los cigotos de otras especies animales,

¹⁶⁷ DE LA TORRE, Francisco Javier, 2016. op. cit. p. 121-123.

¹⁶⁸ SALÀS DARROCHOA, Josep, 2005. op. cit p. 115.

contiene información genética que es únicamente propia del ser humano y en la cual se encuentra prefigurado de forma íntegra (aunque incipiente) el ser humano que se desarrollará a partir de dicha información, y el cual es irrepetible y único. Asimismo, agrega que, no obstante habrá un largo periodo de dependencia en relación a la mujer embarazada a fin de suplir y satisfacer sus necesidades básicas, este momento marca en cierta forma su “autonomía” por poseer una información genética distinta (aunque relacionada en un porcentaje). De igual modo, el autor indica que el hecho biológico de la fecundación cobra relevancia para otras teorías, como la del desarrollo intrauterino del feto.

Complementando lo anteriormente dicho, Francisco Javier de la Torre¹⁶⁹ revisa diversos criterios por los cuales se considera como momento clave la fecundación.

En primer lugar, señala que al existir una fusión de gametos existe desde ya una realidad biológica humana con 32.000 genes, siendo un código genético propio distinto al de la mujer embarazada o del hombre. Se trataría ya de un nuevo sistema en vez de hablar de la suma de dos subsistemas.

En segundo lugar, destaca la “identidad” que se le puede reconocer al cigoto en esta etapa, toda vez que existe una preconfiguración del individuo o ser humana que se desarrollarlo, siendo un nuevo “proyecto-programa”.

En tercer lugar, se refiere al inicio del ciclo vital de este nuevo ser formado por la fusión de los gametos. Ya no se trata de un apéndice o una parte de la mujer embarazada, sino que es una realidad ontológicamente distinta. Se inicia su propio proceso de desarrollo por medio de la sintetización de sus propias enzimas y proteínas.

En cuarto lugar, el autor menciona una continuidad en el proceso de desarrollo embrionario. Es un proceso continuo y gradual en el cual de manera pausada y sin interrupciones se “actualizan” las potencialidades (y sistemas) presentes en el cigoto.

¹⁶⁹ DE LA TORRE, Francisco Javier, 2016. op. cit. p. 102-106.

Asimismo, el autor se refiere a la cohesión interna y coordinación de células, tejidos y órganos; la existencia de información genética suficiente para desarrollarse como persona adulta (potencialidad), entre otras características.

Igualmente, se señaló como otro argumento a esta teoría el hecho de ser una consecuencia directa y lógica de la natural relación carnal entre el hombre y la mujer, lo que implica una gran facilidad en la determinación del momento en que iniciaría la protección¹⁷⁰.

Es por todo lo anteriormente expuesto, que esta teoría determina que el momento de la fecundación resulta de tal importancia – al formarse este cigoto que posee una información o código genético único e irrepetible distinto al de la madre- y por tanto debiese desde aquí iniciarse la protección de la vida humana dependiente.

En atención de lo expuesto, cabe hacer una prevención. Si bien científicamente es posible distinguir, en base a un criterio biológico y evolutivo, entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción (según se expresará en el apartado siguiente), debe señalarse que históricamente ambos momentos se trataron de forma indistinta, entendiéndolos referidos a un mismo momento. Es más, si bien posteriormente se estableció una diferencia en esta materia¹⁷¹, era únicamente turno del concepto “fecundación”, señalándose que existía un concepto tradicional y un concepto no tradicional del mismo¹⁷².

Como consecuencia, es que se consideraban como las alternativas de mayor relevancia para establecer el inicio de la protección la teoría de la concepción o fecundación (definida como “instante en que el óvulo es inseminado por el espermio”¹⁷³) y la teoría de la anidación (entendida como momento en que “el óvulo inseminado se ubica en el útero”¹⁷⁴).

¹⁷⁰ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 100.

¹⁷¹ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 100.

¹⁷² Precisamente el denominado concepto “no tradicional” se condice con lo que posteriormente es explicado como “concepción”.

¹⁷³ GARRIDO MONTT, MARIO, op. cit. p. 98.

¹⁷⁴ Ibid. p. 99.

En dicho contexto, es que tradicionalmente se consideró en nuestro país que la protección debía regir desde la inseminación del óvulo, es decir, desde la fecundación o concepción. En tal sentido se manifestaron Labatut ¹⁷⁵(al entender que aborto consistía en la destrucción del producto de la concepción en cualquier etapa de la vida intrauterina, comprendiendo toda la fase de la gestación) y Etcheberry (al señalar que “la calidad de “feto” empieza en el instante de la concepción y termina o con su muerte o con la autonomía de vida (“parto”). Mientras dura la calidad del “feto”, se puede ser sujeto pasivo de aborto”¹⁷⁶).

Sin embargo, en la actualidad esta teoría no es la posición mayoritaria de nuestro país, al estimarse por la doctrina que la protección penal procede desde la anidación del ovulo fecundado,

Entre las críticas a la presente teoría se ha señalado que, si bien el embrión existe en esta fase (pudiendo denominarse de carácter “preimplantacional”) al ser efectivamente un organismo perteneciente a la especie humana por tener identidad genética humana, esta identidad genética es finalmente la misma que compartiría con cualquier célula o tejido celular del cuerpo de un ser humano, sin que estas últimas puedan clasificarse como vida humana dependiente¹⁷⁷.

Bascuñán Rodríguez¹⁷⁸ sostiene que lo particular de un embrión es su potencialidad de llegar a ser un individuo de la especie humana, pero que esta característica se debe al no haber sufrido aún un proceso de diferenciación y especificación que caracteriza el organismo humano. Faltan en el embrión determinados rasgos relevantes (tales como cancelación de posibilidad de gemelación, surgimiento del sistema inmunológico o constitución de programa del desarrollo embrionario) los cuales tienen lugar, precisamente, después de haber ocurrido la anidación del embrión en el endometrio de la mujer embarazada.

¹⁷⁵ LABATUT, Gustavo, 1959. *Derecho penal. Parte Especial (II)*. 5ª ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 126p.

¹⁷⁶ ETCHEBERRY, Alfredo, 1998. op. cit. 90-91pp.

¹⁷⁷ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, 2004. op. cit. p. 51.

¹⁷⁸ Ibid, 51-52 pp.

En este sentido, se señala igualmente que el comportamiento del organismo en esta etapa embrionaria no está codificado -o al menos no únicamente codificado- en su ADN o material genético, sino en la red interacciones de carácter celulares de carácter ambiental, siendo sumamente relevante la relación entre el embrión y el organismo que soporta su desarrollo. Así, se indica que las señalizaciones que gatillan las capacidades del embrión provienen de forma fundamental y esencial del endometrio de la mujer embarazada. Y en este sentido es que puede descartarse que, de forma previa a la anidación en el endometrio, exista en el embrión alguna capacidad autónoma de desarrollo; es decir, se concluye “sin la anidación no es posible el desarrollo del embrión, porque aún no ha emergido su programa de desarrollo”¹⁷⁹.

Finalmente, y en concordancia a lo anterior, se critica como incorrecta la tesis de equivalencia entre identidad genética e identidad personal. Así, se señala que un embrión puede llegar a nacer, pero también desarrollarse de otro modo, siendo muy probable su “pérdida” sin desarrollo en ningún sentido o desarrollarse como una mola. Remitiéndonos al primer punto, resulta imposible aludirle una identidad individual o considerarlo ex ante como un ser idéntico a una persona en virtud de su identidad genética, ya que sería -desde una óptica biológica- tan justificado como considerar al mismo como idéntico o equiparable a un quiste, tumor o cáncer.

Por tanto, es que se descarta la relevancia de esta teoría en la determinación del momento de inicio de la protección jurídico-penal. Si bien se reconoce una existencia de vida humana, en un estado incipiente y prenatal, no se protege aún esta vida en virtud de las distintas cuestiones expuestas, tales como la falta de un programa de desarrollo autónomo o la falta de identidad del cigoto (según exponía De la Torre previamente). De igual modo se ataca el argumento del proceso de desarrollo iniciado y potencialidad, así como la identidad genética o código propio, al equipararse con la identidad genética que tendría cualquier célula o tejido del cuerpo humano.

¹⁷⁹ Ibid, p. 53.

4.3.4 Teoría de la concepción

Otro momento biológico que ha sido de gran relevancia para los criterios de inicio de protección jurídico-penal de la vida humana dependiente, es la llamada “concepción”. ¿En qué consiste?

Según Salàs, la base biológica de esta distinción “se fundamenta en que la fecundación no es sino la penetración del espermatozoide en el óvulo, en tanto que la concepción llega tras la superación del estadio de singamia, en el que se produce el intercambio de información genética y la fusión de dos pronúcleos de las células germinales dando lugar, ahora sí, a la formación del cigoto, proceso en el que en definitiva se han empleado unas 22 o 23 horas, e incluso posiciones más extremas sostienen que atendido que hasta el cuarto día del desarrollo embrionario no se da la expresión genética del padre al nuevo ser – hasta ese momento solo estaría actuando el material genético materno- no podría hablarse propiamente de comienzo de una nueva vida sino desde este momento”¹⁸⁰.

De acuerdo con lo sostenido por mismo el autor, la diferencia entre fecundación y concepción radica en que en la fecundación se da inicio al proceso de formación del cigoto, mientras que en la concepción ya es posible hablar de un ser vivo con su código genético propio.

Sin perjuicio de lo desarrollado por Salàs y los conocimientos de carácter médico-biológico, se reitera la prevención expuesta en el apartado anterior, toda vez que en nuestro país tradicionalmente se equipararon los conceptos (y por tanto teorías) de fecundación y concepción, entendidas como aquel instante en que el óvulo es inseminado por el espermio.

Posteriormente, se propuso dos criterios en torno a la fecundación. El criterio tradicional señalaba que existía fecundación desde que “el óvulo ha sido penetrado en sus membranas protectoras por el espermatozoide, sin que se haya producido aún la unión de los pronúcleos”¹⁸¹ mientras que el criterio no tradicional entendía que había

¹⁸⁰ SALÀS, DARROCHOA Josep, 2005. op. cit. p. 116.

¹⁸¹ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 100.

fecundación solo al momento de producirse la fusión de los pronúcleos (singamia; sustancias de uno y otro que contienen el material genético, proceso que dura algunas horas y que termina con la fusión de ellos). Como consecuencia, la definición entregada por Salàs sobre “concepción” se condice con aquella formulada respecto del “concepto no tradicional de fecundación”.

En vista de lo expuesto, es que se reitera para este apartado lo anteriormente expuesto sobre el apoyo doctrinario que recibió esta teoría y los argumentos tanto a favor como en contra que se han formulado.

4.3.5 Teoría de la anidación

Como se ha podido observar en las teorías expuestas, se desprende que se han desarrollado distintas teorías para la determinación del momento en que debe iniciar la protección jurídico-penal de la vida humana dependiente.

Además de la fecundación y la concepción, podemos hablar de un tercer momento biológico que resulta sumamente relevante y que conforma otro criterio: la anidación.

Por tanto ¿en qué consiste la llamada anidación?

Salàs, por su parte, la define como “un proceso que dura unos doce o trece días, el cigoto avanza como por las trompas, penetra en el útero y se implanta en el mismo mediante unas raicillas o villi que produce”¹⁸².

De la Torre, por otro lado, la define como “un proceso que comienza a tener lugar entre el sexto y séptimo día, se completa sobre noveno. En el día decimocuarto está ya constituida la pared endometrial por encima del embrión implantado. A los sextos o séptimos días comienza a emitir unas pequeñas raíces o villa, con las que anida o se implanta en el endometrio”¹⁸³.

¹⁸² SALÀS DARROCHOA, Josep, 2005. op. cit. p. 116.

¹⁸³ DE LA TORRE, Francisco Javier, 2015. op. cit. p. 89.

¿En qué recae la relevancia de este elemento biológico, como para ser considerado el momento decisivo en que se pasa a hablar de una nueva vida? Existen diversos factores biológicos que lo explican.

En primer lugar, debe destacarse que, hasta el momento de la implantación, se encontraba aún abierta la posibilidad de división celular y que, en consecuencia, se diera origen a gemelos monocigóticos idénticos. Es decir, hasta este momento aún no podíamos hablar de la determinación de la individualidad del feto o embrión.

En segundo lugar, debe mencionarse que existe un elevado porcentaje de abortos espontáneos de forma anterior a la finalización de la anidación, por lo que alrededor de un setenta por ciento de los óvulos fecundados no llegan a implantarse in fine. Es decir, estos óvulos no alcanzan el útero y son expulsados en forma natural y espontánea fuera del cuerpo de la mujer¹⁸⁴. Por tanto, el momento de la anidación reafirma la idea de continuidad de desarrollo del concebido y proyección de su vida a futuro.

En tercer lugar, cabe destacar que este plazo mencionado anteriormente en el cual se desarrolla el proceso de anidación (de doce a catorce días) coincide con la constitución de la línea primitiva o cresta natural lo que constituye de forma incipiente el primer desarrollo del sistema nervioso central.

En cuarto lugar, cabe destacar que, desde el momento de la anidación, se producen una serie de eventos en el desarrollo del embrión, que son definitorios de la condición de individuo de la especie humana. Entre estos eventos o rasgos se encuentran algunos ya mencionados, tales como la cancelación de la posibilidad de gemelación (que ocurre en el día decimocuarto) y el surgimiento del sistema inmunológico, y otros tales como la constitución del programa de desarrollo embrionario (a partir de la octava semana). Al tratarse de eventos esenciales que permiten eventualmente su individualización dentro de la especie humana, que tienen lugar desde esta fase, es que se reafirma la importancia e idoneidad de la anidación como momento decisorio. De igual modo, precisamente es una de las carencias y

¹⁸⁴ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 100.

críticas que se realizaron a las teorías de la concepción y la fecundación (en las cuales aún no ha tenido lugar el principio de estos eventos)

Finalmente, resulta sumamente importante destacar que desde la anidación comienza la especial e insólita relación de dependencia del embrión con la mujer embarazada. Este vínculo orgánico es del todo relevante ya que, al anidarse, el embrión comienza su desarrollo en el endometrio, supliendo sus necesidades por medio del cuerpo de la mujer en que reside. En este sentido, Bascuñán señala que “la simbiosis entre el embrión y el organismo que soporta su desarrollo es tal que las señalizaciones que gatillan las capacidades del embrión provienen en parte esencial del endometrio. Sin estas señales, que son en todo semejantes a las señales del propio embrión, las posibilidades del embrión nunca se actualizarían. Por lo tanto, antes de la anidación en el endometrio de una mujer no puede afirmarse del embrión humano la posesión de una capacidad autónoma de desarrollo”¹⁸⁵.

4.3.6 Otras teorías con menor acogida o apoyo doctrinario.

Tras haberse revisado las teorías con mayor apoyo doctrinario, que han tenido distinta importancia en los ordenamientos jurídicos, y de forma previa a señalar cuál ha sido aquella de mayor acogida en nuestro país, se revisarán brevemente algunas de los otros criterios que han sido desarrollados en el derecho comparado

4.3.6.1 Teoría de la tolerancia inmunológica.

Entre las múltiples teorías o criterios existentes, se encuentra de la tolerancia inmunológica. En primer lugar, cabe destacar qué es lo que debe entenderse bajo este concepto. Al hablar de tolerancia inmunológica, nos referimos al proceso que ocurre durante el desarrollo del producto de la concepción en el claustro materno, en el que el feto u embrión es tolerado (biológica, hormonal y celularmente) por el cuerpo materno.

Natalia López Moratalla se refiere a este proceso con el concepto de “diálogo molecular”. Así, sostiene que “con el diálogo molecular el embrión convierte al sistema

¹⁸⁵ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, 2004. op. cit. p. 52.

inmunológico materno en tolerante hacia él. La tolerancia inmunológica se activa a través de una red de sustancias que liberan y actúan localmente y silencian todas las células maternas que generarían el natural rechazo hacia lo extraño: las células denominadas “asesinas naturales”, los linfocitos T, tóxicos para las células extrañas; y los linfocitos B, que producen los anticuerpos de rechazo”.¹⁸⁶

Por tanto, al ocurrir este proceso de relación y comunicación a nivel celular y hormonal entre la mujer embarazada y el producto de la concepción, que se expresa por medio de una tolerancia inmunológica, es que iniciaría la protección de la vida humana dependiente.

Si bien resulta relevante, no tiene mayor importancia ni apoyo en el derecho nacional o comparado.

4.3.6.2 Teorías relacionales

De forma breve, Salàs se refiere a esta teoría, señalando que en ellas además de exigir una cierta configuración o desarrollo biológico (es decir, que el fruto de la concepción se encuentre en determinada etapa evolutiva presentando determinadas características fisiológicas), se exige “condicionantes como un mínimo proceso de socialización, la capacidad relacional con sus semejantes o la autoconciencia, entendida como capacidad de discernimiento, razón y capacidad, que sitúan en torno a los 7 años de edad”¹⁸⁷.

Complementando lo anterior, se entiende que una razón relacional es “la razón humana que se aplica reflexivamente al actuar interno y externo de las personas, en cuanto el obrar es entendido como relación con el Otro (y en tal sentido social)”¹⁸⁸.

¹⁸⁶ LÓPEZ MORATALLA, Natalia, 2009. *Comunicación Materno – Filial en el embarazo*. Cuadernos de Bioética, vol. XX, núm. 3, septiembre – diciembre, España, 312p.

¹⁸⁷SALÁS DARROCHOA, Josep, 2005. op. cit. p. 116.

¹⁸⁸SANDOVAL ESTUPIÑÁN, Luz Yolanda; GARRO-GIL, Nuria, 2017. *La Teoría Relacional: Una propuesta para la comprensión y resolución de los conflictos en la institución educativa*, Estudios sobre Educación, volumen 32, 145p.

De esto, tenemos que el producto de la concepción debiese ya poseer la capacidad de interactuar con otros, aunque sea en un nivel primario o incipiente, existiendo una conciencia o percepción de él mismo y de otros distintos de él que convergen en su vida. Y, asimismo, ser consciente de sus relaciones sociales o comunicativas con estas personas.

Por tanto, de acuerdo a esta teoría, a una avanzada edad podríamos hablar del inicio de la protección jurídica de este ser, pese a que ya posee desde antes independencia (física) producto de la separación biológica con la madre y ha iniciado su aprendizaje de “habilidades humanas” (como lo es el aprender a hablar, a caminar bípedamente, entre otros).

Esta teoría no tiene mayor respaldo, por el avanzado límite inferior que propone, ya que dejaría en indefensión durante gran parte de su desarrollo inicial al producto de la concepción. Asimismo, esto implicaría mover también el límite inferior de protección jurídico-penal correspondiente al bien jurídico protegido por el delito de homicidio.

4.3.6.3 Teoría de la viabilidad extrauterina.

Esta teoría se menciona en este apartado, toda vez que se ha sido objeto de diversas críticas, señalándose que difícilmente sería un criterio para establecer el inicio de la protección de la vida humana independiente, siendo usualmente un criterio de utilidad para fijar el inicio de la protección de la vida humana independiente. Es por esto que en el capítulo 5 volverá a mencionarse, a raíz del límite superior de la protección de la vida humana independiente.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible desde ya realizar algunas prevenciones.

El diccionario Real Academia Española ha definido viable como “Dicho de un asunto: que, por sus circunstancias, tiene probabilidad de poder llevarse a cabo”¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Diccionario Real Academia Española. [en línea] < <https://dle.rae.es/viable> > [consulta 20 diciembre 2019]

De igual modo se indica como segunda acepción “que puede vivir”, utilizando como ejemplo la frase “un embrión in vitro puede convertirse en un feto viable”,

Por otro lado, según se infiere, la palabra extrauterino dice relación con algo que ocurre o se encuentra situado fuera del útero. Es por lo anterior que, en el contexto de su significado semántico, con este criterio se hace referencia a la probabilidad existente en torno a que el feto viva y sobreviva, pudiendo desarrollarse fuera del útero.

Asimismo, Salàs Darrachoa entiende este criterio como “momento en que el nuevo ser alcanza la capacidad de poder vivir fuera del útero, que permite romper la nota de dependencia respecto de la madre”¹⁹⁰.

Cabe hacer la aclaración, pertinente también cuando hablamos del concepto de “vida humana dependiente e independiente”, que esta independencia dice relación con la capacidad biológica del fruto de la concepción de vivir o existir sin estar vinculado de forma física o biológica o la madre. Es decir, hablamos de la capacidad de respirar por su cuenta, de tener un sistema digestivo propio, entre otros ejemplos, sin depender de la madre para realizar estas funcionalidades básicas de un organismo vivo de la especie. Esto es necesario aclararlo dado que, desde una perspectiva gramatical y literal bajo otros criterios (como los relacionales), el nacido vivo sigue siendo dependiendo de la madre, toda vez que requiere de sus cuidados, atenciones y ayudas para satisfacer sus necesidades básicas y posteriormente para su socialización y educación.

Hecha esa aclaración ¿cuáles son los problemas o críticas que se pueden realizar a esta teoría? De la Torre destaca, primeramente, su relación con el avance de la tecnología. ¿Qué significa esto? Anteriormente el fruto de la concepción podía nacer durante el séptimo mes de su gestación (los llamados “prematuros), y por no encontrarse desarrolladas determinadas características, fallecer prontamente (o al acto de dejar el claustro materno). No obstante, debido a los diversos avances científicos, tecnológicos y médicos, con el tiempo esos obstáculos han sido superados y los nacidos pueden continuar creciendo en incubadores y ser objeto de diversos

¹⁹⁰ SALÀS DARROCHOA, Josep, 2005. op. cit. p. 116.

tratamientos para paliar los problemas derivados de su inmadurez o falta de desarrollo. En atención a este punto De la Torre se refiere a casos de viabilidad producidos a las 20 semanas de gestación, e indica que en la actualidad la tasa de supervivencia de fetos nacidos a las 23 semanas es de un 17%¹⁹¹.

Las críticas en torno a este criterio, de acuerdo con el autor, podrían agruparse en tres grupos.

El primero, en relación con lo explicado anteriormente sobre la tecnología y los avances de los conocimientos médicos. Este criterio resulta fluido y cambiante, toda vez que la tecnología evoluciona de forma extremadamente rápida, y al utilizar este criterio probablemente los límites (tiempo de gestación) establecidos quedarían obsoletos en muy poco tiempo¹⁹².

El segundo grupo, se refiere a que este criterio pondría un valor excesivo a la independencia del ser humano, lo cual sería erróneo considerando que se trata de una especie sumamente frágil en relación a otras. En este punto, basta hacer una asociación con la necesidad de incubadoras y terapias para lograr la viabilidad extrauterina.

Y finalmente, la tercera crítica alude a que se trata de un criterio impreciso. Esto, porque además de lo mencionado anteriormente sobre la ciencia médica y la tecnología, cada feto tiene diversas cualidades (en razón de su fuerza, resistencia, entre otros) y estas características individuales son las que le permitirían adaptarse y sobrevivir fuera del claustro materno. Debido a que la viabilidad dependería de muchos factores (los avances médicos-tecnológicos y cualidades personales del feto) es que no es apropiado utilizar este criterio de forma general para delimitar el inicio de la protección jurídico-penal de la vida humana dependiente.

¹⁹¹ DE LA TORRE, Francisco Javier, 2016. op. cit. 119.

¹⁹² Por ejemplo, hoy en día podemos decir que cierto porcentaje de feto nacidos durante la semana 20 de gestación sobreviven (al desarrollarse en incubadora). Pero es factible que ese porcentaje se vaya a doblar o incluso triplicar con el pasar de los años, debido a las tecnologías desarrolladas y nuevos descubrimientos científicos.

4.3.7 Postura mayoritaria en Chile

Así las cosas, teniendo en consideración todos los criterios y teorías anteriormente descritos, necesariamente debe señalarse cuál es la postura mayoritaria en Chile respecto al momento en que inicia o debe iniciar la protección jurídico-penal del producto de la concepción (también llamado feto, embrión, nasciturus, entre otros).

A través de los años ha existido una variación respecto a la posición mayoritaria en la doctrina. Así, según se indicó en los apartados correspondientes, históricamente el criterio dominante o prevalente decía relación con la fecundación o la concepción.

Como se señaló, ejemplos de esto son lo expuesto por Labatut o Etcheberry, quién entiende que el momento de protección inicia en el momento de la fecundación. Igualmente, en un contexto de la discusión sobre la punibilidad o penalización del aborto, se ha sostenido que “el feto es vivo y es humano, con vida aunque sea en estado embrionario. Tiene autonomía biológica y jurídica. El derecho tutela la vida del que está por nacer, en especial en las Constituciones Políticas. La vida intrauterina está ampliamente protegida por la ley desde el momento de la fecundación”¹⁹³.

Por su parte, la Corte Suprema en la sentencia dictada en la causa ROL 2186-2001, considerando cuarto, señaló lo siguiente:

4° “Que el derecho para proteger la vida que tienen los seres que aún se encuentran en etapa de desarrollo o de gestación y, que culminará en el nacimiento, también se encuentra entre los fundamentos de la legitimación activa que reclaman los actores, puesto que como asociaciones propenden a la defensa, protección, cuidado, preservación y desarrollo del pleno derecho a la vida y el respeto a la dignidad humana desde el momento mismo de la concepción. Por ello que han podido accionar para

¹⁹³ SILVA, Hernán, 2012. op. cit. p. 139.

obtener, por esta vía de protección constitucional, el retiro de la autorización del fármaco uno de cuyos efectos podría ser abortivo”

En dicho caso, se estimó que permitir -o mejor dicho, mantener- la autorización de un fármaco cuyos efectos podrían tener el carácter de “abortivos” (esto es, la llamada “píldora del día después”) implicaría una grave vulneración al derecho de proteger la vida del que está por nacer, no solo por lo dispuesto en el artículo 19 N° 1 de nuestra Constitución vigente, sino que también en virtud de considerar que desde el momento de la concepción -y no anidación- el producto del embarazo ya posee una protección jurídico-penal.

Posteriormente, se produjo la variación en la posición dominante en nuestro país, según se previno, destacando lo señalado por los autores que se pasarán a exponer.

Politoff, Matus y Ramírez, al referirse al objeto de tutela – esto es, la vida del que está por nacer, como bien ya se ha dicho- sostienen que “esta tutela no comienza todavía con la fecundación, la que tiene lugar, como se sabe, en la trompa de Falopio -y que da origen, en una primera fase, a las 16 células que componen la mórula y luego, entre el quinto y sexto día, al blastocisto, apto ya para la anidación en útero-, ya que esas células no poseen aún una función orgánica y son sólo potenciales de una ulterior transformación (el llamado período germinal). Solo cuando esas células se fijan en la membrana mucosa del útero (endometrio) puede hablarse de anidación o período embrional. Con ello se da comienzo, como lo entiende la Organización Mundial de la Salud, al embarazo, esto es, al período comprendido entre la anidación en el útero y el parto, que es una condición exclusiva de la mujer –“estado en que se halla la hembra gestante”, según la definición del Diccionario-, de la cual, sólo en este momento, comienza a depender la vida del que está por nacer”¹⁹⁴. Esta misma idea es reiterada a continuación, cuando al expresar quién es el sujeto activo del delito de aborto y referirse a la mujer embarazada, se agrega que es aquella de quien depende “producto

¹⁹⁴ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2009. op. cit. p. 90-91.

de la anidación del blastocisto en el endometrio, la vida del que está por nacer”¹⁹⁵. Asimismo, se indica que el sujeto pasivo de este delito es el embrión o feto que se halla en el útero de la mujer embarazada, tras haberse anidado en el mismo.

Por su lado, Mario Garrido Montt destaca que las alternativas u opciones más relevantes son dos: la concepción (entendiéndose esta como aquel momento en que el óvulo pasa a ser inseminado por un espermio) y la anidación (entendiéndose como el momento en que este óvulo, ya inseminado por el espermio, pasa a ubicarse en el útero y es anidado en el mismo). De forma más específica, concluye que “la doctrina en la actualidad, mayoritariamente, se inclina por determinar que la protección penal procede desde la anidación del óvulo fecundado, las razones que se dan para respaldar este criterio son, entre otras, que normalmente un 50% de los óvulos inseminados no logran alcanzar el útero y son expulsados en forma natural y espontánea fuera del cuerpo de la mujer y, además, es muy complejo determinar el momento preciso de la concepción”¹⁹⁶. Sumado lo anterior, sostiene la relevancia de que existe un “principio de vida humana” únicamente cuando este óvulo se ha anidado en el útero. Esto, ya que el óvulo inseminado no es capaz de desarrollar y evolucionarse de no encontrarse anidado en la matriz, siendo imposible alcanzar el estado de embrión o feto.

Del mismo modo, Grisolía, Bustos y Politoff¹⁹⁷ enumeran una serie de argumentos por los cuales una fuerte corriente doctrinal estima que el principio de la protección penal debe situarse en el momento de la anidación: una numerosa cantidad de embriones con son desechados (eliminados naturalmente) por la mujer, al no haber anidación, y las problemáticas de aceptar la tesis contraria -que el óvulo no anidado posee protección jurídico penal- las que radican en conflictos asociados a los dispositivos intrauterinos, anticonceptivos de masiva utilización o conflictos asociados

¹⁹⁵ Ibid, p. 90.

¹⁹⁶ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 100

¹⁹⁷ POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, 1993. *Derecho penal chileno: parte especial: delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 193p.

con la fertilización asistida (a razón de la manipulación y descarte de células que de forma previa a la implantación fueron fusionadas.

En el mismo sentido se manifiestan otros autores, tales como Bascuñán Rodríguez¹⁹⁸.

Cabe destacar que incluso la Organización Mundial de la Salud da cuenta de la importancia del momento de la anidación, al señalar la definición del concepto de “embarazo” como “período comprendido entre la anidación en el útero y el parto, que es una condición exclusiva de la mujer –“estado en que se halla la hembra gestante”, según la definición del Diccionario-, de la cual, solo en este momento, comienza a depender la vida del que está por nacer”¹⁹⁹.

De todo lo anteriormente expuesto, se concluye que la actual posición doctrinaria mayoritaria en nuestro país establece que la protección jurídico-penal de la vida del que está por nacer o vida humana dependiente, debe iniciarse en el momento en que se produce la anidación. Esto, entre otros de los argumentos señalados en el apartado correspondiente, ya que a partir de este momento el óvulo inseminado puede iniciar su proceso de desarrollo y evolución en el útero, siendo un principio de vida humana. Anterior a esta etapa, es alta la probabilidad de que los óvulos fecundados sean desechados naturalmente del cuerpo de la mujer, por lo que no existe el referido principio de vida, propiamente tal. En cambio, en esta etapa el embrión adhiere al endometrio de la mujer embarazada, iniciándose esta particular vinculación orgánica de dependencia, que es la que permite al embrión desarrollarse y la posibilidad de existir proyección en torno a su existencia y eventual madurez y nacimiento.

4.4 Límite de protección superior al bien jurídico tutelado

Habiéndose revisado los diferentes criterios en torno a determinar el inicio o umbral de la protección jurídico-penal de la vida humana dependiente (esto es, el llamado “límite inferior” de protección al bien jurídico tutelado por el delito de aborto), y habiéndose establecido que la actual posición dominante sostiene que este se

¹⁹⁸ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, 2007. op. cit. p. 14.

¹⁹⁹ OMS, *Bulletin of the World Health Organization*. En: POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, 2009. op. cit. p. 91.

encuentra en el momento en que se produce la anidación, se hace del todo necesario referirnos al otro límite: la frontera que demarca el momento en el cual finaliza la protección jurídica-penal de la vida humana dependiente. Por tanto, se busca responder a la pregunta, mencionada anteriormente, consistente en ¿cuándo termina o concluye la protección jurídico penal de la vida humana dependiente?

Debe destacarse que es posible, por su lado, referirse al momento en el que inicia la vida humana independiente. Es del todo razonable preguntarse si es el mismo momento en que termina la protección del feto –es decir, existiendo una continuidad de protección del concebido mientras pasa, cambiando así de calificación, de vida humana dependiente a vida independiente- o si existe en realidad algún vacío, laguna o punto de desprotección, en donde los atentados hacia este ser son impunes.

Así las cosas, se tiene que de forma mayoritaria se ha establecido que el límite superior de protección de la vida humana dependiente se encuentra en el momento del nacimiento.

Politoff, Matus y Ramírez señalan el sujeto pasivo del delito de aborto corresponde al “embrión o feto anidado en el vientre materno, desde su fijación en el endometrio hasta su expulsión del útero”²⁰⁰. De esta forma, además de reiterar la protección del bien jurídico desde el momento de la anidación en el endometrio de la mujer embarazada, los autores indican que la protección del bien jurídico tutelado por el aborto termina una vez que la vida humana dependiente es expulsada del útero, esto es, cuando ocurre el nacimiento.

Por su lado, Etcheberry indica que la calidad de feto termina o con la muerte del mismo o con “la autonomía de vida (parto)”²⁰¹. Agrega, por otro lado, que “la mayor parte de los autores y de las legislaciones coinciden en hacer comenzar la esfera del homicidio junto con el inicio del proceso natural de expulsión (contracciones o dolores del parto)”²⁰².

²⁰⁰ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, 2009. op. cit. p. 91.

²⁰¹ ETCHEBERRY, Alfredo, 1998. op. cit. p. 90-91.

²⁰² Ibid, p. 90.

No obstante, debe entenderse que el nacimiento no es un solo hecho o un solo acto, sino que implica la idea cierta continuidad. El nacimiento es un proceso, el que se encuentra conformado por una serie o conjuntos de actos o acciones que se van desarrollando temporalmente, por medio del cual se expulsa al feto o concebido desde el claustro materno hacia el exterior.

Entonces, a raíz de lo expuesto, cabe preguntarse ¿Cuáles son los diferentes momentos que pueden distinguirse o identificarse en el proceso del nacimiento? ¿En cuál de estos momentos se fija o se debe precisar el límite superior de la protección de la vida humana dependiente? ¿Cuáles son los argumentos para delimitar un punto u otro? ¿Qué tendencia ha existido en Chile, tanto de forma doctrinaria como jurisprudencial?

Todas estas cuestiones serán abordadas en el punto siguiente del presente trabajo.

5 Nacimiento como límite superior de protección de vida humana dependiente

De acuerdo con diccionario de la Real Academia Española,²⁰³ el nacimiento es definido como “acto de nacer”. Por su lado, nacer es definido, en su primera acepción, como “dicho de un ser vivo: salir del vientre materno, del huevo o de la semilla”. A su vez, el mismo diccionario define parto como “acción de parir” o “ser que ha nacido”.

Por su lado, el diccionario del español jurídico define el nacimiento como “momento que determina el cese de la protección de la vida humana a través del delito de aborto y su inicio de protección por medio del delito de homicidio o de asesinato”²⁰⁴. El parto, por su lado, es definido como “proceso por el que la mujer expulsa el feto y la placenta al final de la gestación. Consta de tres fases: la de dilatación, la de expulsión y la placentaria o alumbramiento”, y parir como “dicho de una hembra vivípara: expulsar naturalmente el hijo o los hijos que tiene en su vientre”.

A su vez, Salàs sostiene que “en cuanto al nacimiento (...) su consideración nos aboca necesariamente al momento del parto como conclusión del estadio fetal prolongado por espacio de 280 días”²⁰⁵ y continuamente indica que “el parto puede ser entendido como proceso de salida al exterior del feto y demás estructurales fetales ya sea a pretérmino, término o post término. Las distinciones entre Medicina y Derecho son igualmente importantes en orden al entendimiento del parto, respecto del que determinar su inicio y secuenciación es capital atendido que la experiencia reporta numerosos supuestos eventualmente típicos -uso del fórceps, caídas en quirófano, etc- que precisamente se producen en el tránsito de la vía fetal a la autónoma”²⁰⁶.

De acuerdo con lo enunciado en el último punto del capítulo anterior, existe una doctrinaria mayoritaria quienes sostienen que el fin de la protección jurídico-penal del objeto jurídico tutelado por el aborto se produce con el momento del nacimiento; es

²⁰³ Diccionario de la Real Academia Española (RAE). [en línea] < <https://dle.rae.es/nacimiento>> [consulta 12 abril 2020]

²⁰⁴ Diccionario de Español Jurídico (DEJ) de la Real Academia Española. [en línea] <<https://dej.rae.es/lema/nacimiento>> [consulta 12 abril 2020].

²⁰⁵ SALÀS DARROCHOA, Josep, 2005. op. cit. p. 124.

²⁰⁶ Loc. Cit.

decir, el nacimiento constituye el límite superior de dicha protección a la vida humana dependiente. Entre los defensores de dicha posición, y según se volverá a revisar en los acápite siguientes, se encuentran Etcheberry, Politoff, Matus y Ramírez, entre otros.

Debe destacarse que, de igual modo, se ha reconocido en el derecho comparado que el momento decisivo al respecto de la finalización de la protección jurídico-penal consiste en el momento del nacimiento²⁰⁷. Así, tenemos una concordancia entre nuestro derecho nacional con el comparado respecto de la determinación de dicho momento como el decisivo en la demarcación de la frontera de esta protección.

En virtud de las circunstancias descritas, resulta relevante referirse con mayor profundidad al concepto de nacimiento, las distintas fases o instancias que lo integran y la necesidad de fijar un punto demarcatorio para determinar con mayor precisión el término del límite superior de protección. Con posterioridad, se expondrán opciones doctrinales postuladas respecto al punto demarcatorio en el nacimiento y las posiciones jurisprudenciales que se han desarrollado en nuestro país en el contexto de esta discusión.

5.1 El nacimiento como concepto biológico-fisiológico

En concordancia con lo expuesto en el punto anterior, el nacimiento consiste en un proceso fisiológico o biológico en que el nacido vivo es expulsado desde el claustro materno hacia el exterior. Este proceso, en términos obstétricos, es conocido como “trabajo de parto”. En virtud de esto, se entenderá para los efectos del presente trabajo que, al hablar de trabajo de parto o fases del trabajo de parto, se hace referencia al nacimiento y sus distintas etapas o fases, siendo ambos conceptos sinónimos y equivalentes. Cabe destacar que, de igual modo, la doctrina en esta materia ha entendido lo mismo, tratando ambos términos de forma indistinta, como sinónimos

²⁰⁷ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2003. op. cit. p. 168.

Habiendo realizado dicha precisión, debe señalarse qué es y qué comprende el proceso del nacimiento o trabajo de parto.

El trabajo de parto “corresponde al proceso fisiológico, mediado por las contracciones uterinas, que conduce al parto. Comienza con las primeras contracciones uterinas perceptibles y termina con la expulsión de la placenta. Respecto del modelo de fisiología de las contracciones uterinas, el trabajo de parto corresponde a la fase de estimulación miométrial”²⁰⁸. Asimismo, el trabajo de parto puede ser definido como “una serie de contracciones rítmicas, involuntarias y progresivas del útero que producen el borramiento (afinamiento y acortamiento) y la dilatación del cuello uterino (...). El trabajo de parto normal comienza dentro de las dos 2 semanas anteriores (antes o después) de la fecha estimada de parto. En el primer embarazo, el trabajo de parto en general dura 12 a 18 horas en promedio; los trabajos de parto posteriores se acortan, y promedian las 6 a 8 horas”²⁰⁹.

Igualmente, este proceso ha sido definido como “una serie de contracciones progresivas y continuas del útero que ayudan a que se abra (dilata) y afine (vuelva más delgado) el cuello del útero para permitirle al feto pasar por el canal de parto. El trabajo de parto generalmente comienza dos semanas antes o después de la fecha estimada de parto. Sin embargo, nadie sabe exactamente qué da inicio al trabajo de parto”²¹⁰.

El inicio del llamado “trabajo de parto” ha sido difuso, en cuanto a su determinación. La ciencia médica ha indicado que cada mujer embarazada presenta diferentes señales o síntomas del inicio de este proceso, entre las cuales se encuentran: pérdida del tapón mucoso, contracciones, ruptura del saco amniótico, entre otros. A su vez,

²⁰⁸ CARVAJAL, Jorge, y RALPH, Constanza, 2018. Manual de Obstetricia y Ginecología. 9ª ed. Chile: Escuela de Medicina, Universidad Católica de Chile, 42p.

²⁰⁹ BROWN L., Haywood (2017). Artículo “*Manejo del trabajo de parto normal*”, publicado en MNUAL MSD. Versión para profesionales. [en línea] <<https://www.msdmanuals.com/es/professional/ginecolog%C3%ADa-y-obstetricia/trabajo-de-parto-y-parto-normales/manejo-del-trabajo-de-parto-normal>> [consulta 28 abril 2020]

²¹⁰ Artículo Trabajo de parto, publicado en Stanford Children's Health. [en línea] <<https://www.stanfordchildrens.org/es/topic/default?id=trabajodeparto-85-P04320>> [consulta 3 mayo 2020]

estos síntomas se han presentado en diferentes tiempos, variando en cada caso según las circunstancias particulares.

Una vez iniciado este proceso, y de acuerdo con las denominadas “fases clínicas del trabajo de parto”, establecidas en el año 1954 por el doctor Emmanuel A. Friedman²¹¹, las etapas o estadios del parto se dividen en tres, a saber:

- A. Primera etapa: dilatación. A su vez, esta etapa se compone de dos fases: latente y activa. La fase latente es aquella que inicia con las primeras contracciones perceptibles por la mujer embarazada, hasta el inicio de la fase activa, teniendo una duración de 6,4 horas en nulípara y 4,8 en múltipara. Por su lado, la fase activa se inicia cuando existen 3 centímetros de dilatación y finaliza al haber dilatación completa.
- B. Segunda etapa: expulsivo. Esta etapa inicia cuando la dilatación es completa, esto es, de 10 centímetros, y finaliza con la salida del nacido vivo desde el claustro materno hacia al exterior. El proceso de esta etapa es de máximo 2 horas.
- C. Tercera etapa: alumbramiento. Esta etapa inicia con la salida del nacido vivo desde el claustro materno y se extiende hasta la salida o expulsión de la placenta hacia el exterior, pudiendo durar hasta 45 minutos.

5.2 El nacimiento como límite de protección superior del bien jurídico tutelado

Tal y como se indicó someramente en los acápites anteriores de este trabajo, la doctrina de forma mayoritaria ha establecido el nacimiento como límite de protección superior del bien jurídico tutelado del aborto (es decir, el límite superior de protección jurídico-penal de la vida del feto, embrión o nasciturus).

Así, en principio, se tiene que en el caso de ocurrencia de un aborto, se busca tutelar la vida del concebido o nasciturus, protección que se otorga desde el momento de la anidación hasta el momento del nacimiento de este ser. . De igual modo se tiene que, en principio, toda la lesión que afecta la vida del nacido vivo, y que finalmente ocasiona o deriva en su muerte, implica la configuración de otro delito regulado en

²¹¹ CARVAJAL, Jorge, y RALPH, Constanza, 2018. op. cit. p. 42.

nuestro Código Penal al manifestarse el supuesto de hecho: el delito de homicidio (existiendo otras figuras especiales en relación, como lo es la figura del infanticidio). La conclusión anterior resulta relevante, sin perjuicio de la situación particular que se expondrá en el capítulo sexto, la cual versa sobre la mutación que puede observarse en el objeto jurídico protegido, debido a su peculiar característica y calidad de delito de resultado, y lo dispuesto en el séptimo, en torno a la diferenciación de los delitos de aborto y homicidio

En virtud de esta importancia conferida al momento en cuestión, es que se revisarán algunas posiciones doctrinarias que se refieren a la importancia del proceso de nacimiento, tanto como reconociéndolo como límite de protección superior del bien jurídico protegido por el delito de aborto, así como refiriéndose a este hecho como un criterio decisorio en la diferenciación de los delitos aborto y homicidio, además de fijar el momento en que ocurre el paso de vida humana dependiente a vida humana independiente

Mario Garrido Montt ha indicado, para efectos del concepto del delito de homicidio, que se es persona desde que se nace, lo cual se desprende de los artículos 1 y 19 numeral primero de nuestra Constitución (refiriéndose en el último caso a la protección de la vida del que esta por nacer). En este contexto, y refiriéndose al hecho del nacimiento en relación con los delitos de aborto y homicidio, ha señalado que “lo que implícitamente importa hacer coincidir para los efectos penales la noción de “parto” con la de “nacimiento”, que es el principio de toda persona. De modo que ambos instantes se refieren al mismo hecho considerado desde perspectivas diversas: para la criatura es nacimiento, para la madre es parto. Indudablemente, después del parto la criatura debe sobrevivir, o sea, haber respirado y tener circulación sanguínea propia (autonomía de vida) siquiera un instante, pero no tiene transcendencia que éste o no cortado el cordón umbilical que la une a la placenta”²¹².

Posteriormente, el autor sigue en esta línea, sosteniendo “de modo que la expulsión del producto de la concepción del vientre materno marca la diferencia entre

²¹² GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 28.

aborto y homicidio”²¹³, entendiendo así que el nacimiento y, en específico, el momento de la expulsión del producto de la concepción, es del todo relevante en esta materia, tanto como para determinar la diferencia de ambos delitos y distinguir en sus respectivas esferas de protección, como para establecer el límite de protección superior de la vida humana dependiente, tutelada por el aborto.

Por su lado Etcheberry, también refiriéndose al nacimiento desde la óptica de diferenciación y límites de protección de los delitos de aborto y homicidio, ha señalado que “en la mayor parte de los autores y de las legislaciones coinciden en hacer comenzar la esfera del homicidio junto con el inicio del proceso natural de expulsión (contradicciones o dolores del parto). En nuestra ley, sin embargo, ya hemos dicho que la calidad de persona (sujeto pasivo del homicidio) comienza con la individualidad o autonomía de la vida (artículo 55 del C. Civil) y que, precisando el concepto, el Art. 394 establece que la calidad de persona principia después del parto. Por consiguiente, para los efectos jurídicos-penales la calidad del “feto” comienza en el instante de la concepción y termina o con su muerte o con la autonomía de la vida (“parto”). Mientras dura la calidad de “feto”, se puede ser sujeto pasivo de aborto”²¹⁴. Como consecuencia, por medio de lo planteado se tiene que nuevamente se destaca y reconoce el momento del parto o el nacimiento como aquel que distingue entre los delitos referidos, y produce un hito en los límites de protección de los bienes jurídicos protegidos por ambos.

Siguiendo la misma línea de ideas, Politoff, Grisolia y Bustos²¹⁵ se han referido a la relevancia que posee este momento, para referirse al tránsito que ocurre entre la vida incipiente, la cual es tutelada por el delito de aborto, y la vida de la persona como tal, protegida por la figura del homicidio. Así, han indicado que “naturalmente, la reflexión jurídica no puede ser separada del proceso fisiológico mediante el cual el feto es expelido del vientre materno. Como este proceso está compuesto de diversos instantes, se ha discutido en la doctrina extranjera cuál de estos instantes constituye el límite entre la vida y la de la persona propiamente tal”²¹⁶. De acuerdo con lo

²¹³ Loc. Cit.

²¹⁴ ETCHEBERRY, Alfredo, 1998. op. cit. p. 90-91.

²¹⁵ POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, 1993. p. 59.

²¹⁶ Loc. Cit.

expuesto, por lo tanto, se refiere a la importancia del nacimiento para la transición de vida incipiente a vida persona en cuanto tal, siendo ambas tuteladas por diferentes delitos. Esto, sin perjuicio de que además se refieren a los distintos momentos o fases que se pueden distinguir durante el proceso del parto-nacimiento, según lo que se pasará a exponer en el apartado siguiente.

Hernán Silva²¹⁷, al referirse al término del aborto, indica que este proviene del latín *ab*, que significa privar, privativo o privación, y al término *ortus*, el cual significa nacimiento. De esta forma se sigue que el término aborto dice relación con privar del nacimiento al *nasciturus*, o con no nacer. Del mismo modo, se indica que el aborto implica la destrucción y muerte del producto de la fecundación, con forma anterior al nacimiento, o sin que alcance a nacer, destacando así la importancia de este momento biológico para la demarcación de la protección del feto.

Existiendo entonces, una doctrina mayoritaria tendiente a reconocer el valor del nacimiento como momento determinante en la finalización de la protección jurídico-penal del *nasciturus*, cabe destacar que de igual modo la doctrina se ha referido a la necesidad de distinguir en qué punto de dicho proceso culmina finalmente la mencionada protección. Así, se ha señalado que “el nacimiento no es un instante preciso, sino un proceso más o menos largo (puede durar unas horas, pero también más de un día), proceso que se inicia con el comienzo del parto y concluye con el total desprendimiento del feto del vientre de la madre y ya no tiene ninguna ligazón orgánica con ella. El problema radica entonces en determinar a partir de qué preciso instante dentro de ese proceso se entiende que ha ocurrido el nacimiento”²¹⁸. Por tanto, entendiendo el trabajo de parto como un proceso en el que convergen distintos actos o eventos, resulta fundamental la determinación respecto a cuál de estos momentos es el que marca o define la finalización de la protección de la vida humana dependiente.

²¹⁷ SILVA, Hernán, 2012. op. cit. p. 137.

²¹⁸ ROMEO CASABONA, Carlos Marías, 1994. op. cit. p. 156.

5.3 Necesidad de punto demarcatorio durante el proceso del nacimiento

En las distintas posiciones doctrinarias revisadas en el punto anterior se desprende, de forma clara, la relevancia del momento del nacimiento para así distinguir el momento en que finaliza la protección jurídico penal que otorga el delito de aborto al producto de la concepción.

En variadas de las posiciones que se han revisado y expuesto se entiende al aborto como “la privación del momento del nacimiento”, o “la destrucción o muerte del feto antes del nacimiento”. En este sentido, es necesario especificar que al tratar esta materia se hace referencia a la producción de la muerte del nasciturus que tiene lugar en algún momento de la gestación o embarazo, existiendo una protección jurídico penal, la cual se extiende desde la anidación hasta el nacimiento (incluyéndose ambos momentos). Pero al poner la atención en el nacimiento, podrían configurarse distintas hipótesis en que ocurre una interrupción, expulsión o muerte del feto, y éstas tengan lugar en un momento determinado de este proceso, sea en el inicio, un momento intermedio, o ya ocurriendo la finalización del proceso.

Como se señaló con anterioridad, al revisar la noción del nacimiento como un fenómeno biológico-fisiológico, y, asimismo, revisar las nociones lingüísticas existentes, el nacimiento no se constituye de un solo hecho o acto definido; sino que se trata de un proceso. Es decir, es un conjunto de actos o hechos que los entendidos en la medicina y biología han clasificado en distintas fases. Según se señaló con anterioridad, Salàs²¹⁹ se refiere a este punto, indicando que resultan vitales las distinciones entre medicina y derecho sobre el entendimiento del parto, respecto a la determinación del inicio y fin del proceso, debido a la existencia en la práctica de numerosos hechos eventualmente típicos, mencionando como por ejemplo el uso del fórceps, caídas en el quirófano, entre otras situaciones.

Así, cuando hablamos de la importancia del nacimiento para precisar el momento en que finaliza la protección jurídico penal de la vida humana dependiente o

²¹⁹ SALÀS DARROCHOA, Josep, 2005. op. cit. p. 124.

vida del no nacido, debe distinguirse en qué fase o momento del nacimiento sucede esta finalización de la protección.

Al expresar que la destrucción o muerte del feto debe producirse “antes” del nacimiento, se coligen distintas consecuencias, ya que pueden manifestarse diferentes interpretaciones. Primeramente, es claro que el supuesto de hecho del delito puede ocurrir en cualquier momento del embarazo, desde la anidación inclusive. Entonces, teniendo como establecido aquel tiempo en que existe protección, y de acuerdo con la expresión “antes del nacimiento” ¿hasta que momento se extendería la protección?

Así, podría señalarse que esta protección se extiende hasta el momento anterior a que inicie cualquier signo, manifestación o síntoma del nacimiento (que, desde el punto de vista de la mujer embarazada, recibe el nombre del parto o alumbramiento). A su vez, se puede entender que la protección se extiende a todo momento, mientras que se encuadre “durante” el proceso de nacimiento o parto, pudiendo distinguirse algún punto en específico en este proceso o, simplemente, estableciéndose que la protección continua hasta el momento previo en que se produzca el término del parto o alumbramiento (por ejemplo, protección extendida hasta el momento anterior del inicio de la expulsión). Finalmente, podría de igual modo entenderse que la protección jurídico penal otorgada se extiende hasta el momento de la finalización del proceso de parto o nacimiento. Acto seguido y un instante después de este término, bajo esta hipótesis, iniciaría la fase del post nacimiento o post parto, en el cual -en principio- ya no existiría protección jurídico penal en este sentido, y podría hablarse de esferas jurídicas de protección de otros delitos y en torno a otros objetos protegidos por éstos.

Como conclusión de lo expuesto, se tiene que el concepto de “nacimiento” resulta muy genérico o vago para definir el límite de protección superior del producto de la concepción, en virtud de que el mismo consta de diversos actos y etapas. En virtud de que la actuación lesiva puede producirse en cualquier de estos momentos o fases, resulta necesario distinguir entonces en cuál de estas etapas finaliza la protección jurídica a la vida del nasciturus. De esta forma, puede ocurrir que existan momentos del nacimiento en los cuales no existe protección de tipo alguna por actuaciones que ocasionen lesión o muerte del objeto material, ya que – según la teoría

que se siga y se establezca como la idónea- los hechos descritos no se condecirían ni con el tipo penal de aborto ni el tipo penal de homicidio (supuestos de hecho), siendo posible encontrar momentos o lagunas de impunidad, en las que no podría atribuirse sanción penal al agente causante de la muerte del sujeto pasivo.

Sobre este punto, Politoff, Grisolia y Bustos se han referido a esta cuestión, al referirse al cambio de la vida incipiente a vida de la persona en cuanto total, señalando que “naturalmente, la reflexión jurídica no puede ser separada del proceso fisiológico mediante el cual el feto es expedito del vientre materno. Como este proceso está compuesto de diversos instantes, se ha discutido en la doctrina extranjera cuál de estos instantes constituye el límite entre la vida incipiente y la de la persona propiamente tal. En otros términos, en qué momento el parto, como fenómeno fisiológico, alcanza la significación jurídica de dar comienzo a la vida humana independiente del ser humano, toda vez que para buen número de legislaciones el infanticidio no sólo se comete después del parto, sino en o durante el parto”²²⁰.

Es decir, el nacimiento resulta significativo toda vez que implica un límite entre vida humana dependiente y dependiente (significando igualmente el traspaso de una fase a otro) y la determinación de un momento en este proceso permite clarificar las esferas de protección tanto del delito de aborto como de homicidio, con el objeto de distinguir qué tipo penal se configura en determinado caso o, tal y como se señaló, si los hechos que concurren en determinada situación consisten en una posición de impunidad en nuestro ordenamiento jurídico. Se volverá a este punto en el capítulo séptimo del presente trabajo.

Así, es como la necesidad de un punto demarcatorio en el proceso del nacimiento ha sido señalada en distintas ocasiones por la doctrina. Así, Peñaranda señala que “el dato que, en general, se considera decisivo a este respecto es el del nacimiento. No obstante, la elección de este límite no resuelve del todo el problema, precisamente porque el nacimiento es también un proceso dentro del cual cabe

²²⁰ POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, 1993. op. cit. pp. 59-60.

atender a su comienzo, su conclusión o algún momento intermedio. Por otra parte, la discusión actual de la cuestión pone de manifiesto que, frente al criterio del nacimiento, en sus múltiples variantes, cabe imaginar otras soluciones alternativas”²²¹.

5.4 Posiciones doctrinarias en torno al nacimiento

Habiéndose desarrollado la importancia de demarcar o fijar un punto en el proceso de nacimiento, el cual nos permita como consecuencia determinar el momento en que cesa la protección jurídico penal al bien tutelado por el delito de aborto, se pasarán a exponer algunas regulaciones relevantes y pertinentes en torno a esta materia, y se revisarán algunas de las posiciones doctrinas que han sido aceptadas en el ordenamiento jurídico.

5.4.1 Relación del infanticidio con el nacimiento y regulaciones en el derecho comparado

De forma previa a revisar los criterios más relevantes para el derecho comparado y el derecho nacional, cabe realizar una precisión, en torno a que en variadas legislaciones, al referirse al tipo penal del delito de aborto o del delito de homicidio (y, sobre todo, la figura especial del “infanticidio”), se hace referencia al momento del nacimiento. Sin embargo, y en virtud de que no se especifica en qué momento del nacimiento finaliza la protección jurídico penal del aborto e inicia la del delito de homicidio, es que resultan tan relevantes las distintas posiciones de doctrinas y jurisprudencias que serán desarrolladas en el siguiente acápite.

Según se indicó, variadas disposiciones de legislaciones extranjeras sostienen que se considera infanticidio la acción de dar muerte al concebido durante el parto o de forma posterior, sin definir exactamente un punto demarcatorio.

Por ejemplo, el artículo 113 del Código Penal de la República Democrática Alemana disponía que se castigaba a título de homicidio doloso de una persona a “una mujer mata a su hijo en o inmediatamente después del parto”. Por su lado, el artículo 217 del Código penal de la República Federal Alemana regulaba, en relación al

²²¹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2003. op. cit. p. 168.

infanticidio, que se sancionaría a la madre que “da muerte dolosamente a su hijo ilegítimo en o inmediatamente después del parto”.

Igualmente, el artículo 578 del Código Penal italiano establecía que se castigaría al que causara la muerte de un recién nacido inmediatamente después del parto, o de un feto durante el parto”. El artículo 123 del Código Penal brasileño disponía que constituye infanticidio “matar al propio hijo durante el parto o inmediatamente después” y el Código Penal argentino, en su artículo 81 N° 2 que es infanticidio la acción de mater al hijo durante el nacimiento.

Es del caso que en nuestro país el infanticidio, que consiste en una de las figuras especiales del tipo penal de homicidio, se encuentra regulado en el artículo 394 del Código Penal chileno. En dicha norma se señala que comete infanticidio el padre, madre o demás ascendientes legítimos o ilegítimos que, dentro de las 48 horas que siguen después del parto, maten al hijo o descendiente. El realce, por tanto, se encuentra nuevamente puesto el momento del nacimiento.

5.4.2 Propuesta de momentos diferentes al nacimiento como límite superior de protección a la vida humana dependiente

Sin perjuicio de haberse señalado que existe en la actualidad una mayoría doctrinaria y consenso, tanto en nuestro ordenamiento como en el derecho comparado, en entender al nacimiento como el límite superior de protección de la vida humana dependiente, debe igualmente señalarse que no es la única propuesta. Así, es que se han formulado distintas teorías que establecen que la protección de este objeto finaliza en un distinto momento o que el paso de la vida humana dependiente a independiente ocurre en un momento diverso al del nacimiento. O, por otro lado, teorías que entendiendo al nacimiento como el momento definitorio, han señalado otros criterios que deben concurrir conjuntamente.

5.4.2.1 Criterio de la viabilidad

En acápites anteriores se hizo mención al criterio de la viabilidad, pero desde otro punto de vista: refiriéndose a este criterio como una de las posibles hipótesis del inicio de la protección jurídico penal del bien tutelado por el delito de aborto. Sin

embargo, se hizo la prevención que ha tenido escaso apoyo toda vez que implica limitar o reducir excesivamente la vida humana dependiente, y que en realidad se trata de una teoría o criterio formulado para efectos de delimitar el inicio de la protección jurídico penal de la vida humana independiente (y, en su caso, marcar el término o finalización de protección a la vida dependiente).

Haciendo remisión a los postulados anteriormente señalados, Sàlas Darrachoa entiende este criterio como “momento en que el nuevo ser alcanza la capacidad de poder vivir fuera del útero, que permite romper la nota de dependencia respecto de la madre”²²². Así, esta teoría se relaciona con la aptitud biológica del concebido de sobrevivir fuera del claustro materno, es decir, sobrevida extrauterina²²³. Es decir, mientras que el producto de la concepción no sea viable, se encuentra bajo la espera de protección del delito de aborto. En cambio, cuando el mismo es entendido como viable, según sus características biológicas y en comparación al esquema de desarrollo o evolutivo de la especie humana, las actuaciones que deriven en su muerte se enmarcan, en principio, bajo la esfera de protección de la vida humana independiente y de concurrir el supuesto de hecho y lemas elemento, podría configurarse el tipo penal del homicidio (sin perjuicio de sus diferentes figuras especiales o las circunstancias agravantes y atenuantes que puedan concurrir en el caso en específico).

Esta teoría ha tenido cierto respaldo en la doctrina²²⁴. Al respecto, Gropp ha planteado que la delimitación de las fases o demarcación los límites de protección entre las esferas de la vida humana dependiente y la independiente, tiene lugar en un momento previo al nacimiento, ocurriendo con la “adquisición de la viabilidad extrauterina; esto es, el momento en que el fruto de la concepción alcanza el desarrollo suficiente para vivir independientemente del organismo de la gestante (...), aunque de facto la dependencia vital se mantenga hasta su expulsión del claustro materno”²²⁵. Es

²²² SALÀS DARROCHOA, Josep, 2005. op. cit. p. 116.

²²⁴ Un ejemplo de respaldo a este criterio es Joan Queralt Jiménez, según lo manifestado en “Derecho Penal Español”, 1996, Barcelano. En: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, 2012, op. cit. p. 74.

²²⁵ GROPP, *Der Embryo als Mensch*, 2000, En: PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2003, op. cit. p. 171.

decir, el momento determinante viene el ser la viabilidad extrauterina, y no el nacimiento.

Entre las críticas formuladas a este criterio, se encuentran algunas de las mismas indicadas para este criterio como el determinante para establecer el inicio de la protección jurídico-penal, como por ejemplo, la situación del rápido avance y modernización de las tecnologías, el cual implica finalmente que la determinación del momento de la viabilidad sea ambiguo e impreciso, sujeto continuamente a cambios, ya que una nueva tecnología puede permitir adelantar o retrasar ese momento en la línea cronológica-biológica de la vida humana.

Asimismo, es posible criticar que esta teoría se basa en consideración a determinadas características biológicas que, en teoría, implican que el producto de la concepción se encuentra maduro y desarrollado, lo que le permite la sobrevivencia al exterior del claustro materno. Sin embargo, y aludiendo nuevamente a los distintos avances tecnológicos y científicos, un feto -que podría considerarse como inmaduro, inviable o con falta de desarrollo al momento de expulsión o extracción del útero- es posible que sobreviva y continúe su crecimiento en virtud del uso de incubadoras u otras técnicas o implementos médicos-tecnológicos, llegando posteriormente a un momento de desarrolla en que, según la tecnología, sea posible su sobrevivencia (en forma independiente) en el exterior o -refiriéndonos a otros criterios- su respiración autónoma. Y, según lo que se argumentará en acápite siguientes, el producto de la concepción nacido, aunque haya sido en condiciones biológicas que impliquen que no se encuentren totalmente desarrollado, debe ser protegido jurídico no en relación a la esfera otorgada por el aborto, sino que en relación a la del homicidio.

Cabe agregar que Peñaranda ha rechazado la importancia del criterio en torno a la viabilidad, señalando que “con la completa expulsión, el feto ha adquirido la cualidad de persona en el sentido de los delitos contra la vida humana independiente, sin que ello esté condicionado a su efectiva viabilidad”²²⁶ (ya sea como criterio decisorio y exclusivo del momento en que se protege bajo la esfera de un delito u otro,

²²⁶ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2003, op. cit. p. 189.

o como un elemento adicional que debe concurrir junto con el hecho del nacimiento, para la determinación de los límites de protección).

5.4.3 Principales posiciones doctrinarias sobre momento determinante en el nacimiento

En del derecho nacional y comparado, siendo aquí sumamente relevante el desarrollo hecho por la doctrina española, se han observado a lo largo de la historia diversos criterios sobre el momento determinado del nacimiento en el cual finaliza la protección jurídico penal del bien jurídico tutelado por el aborto y, asimismo, el momento en el que inicia la protección del objeto jurídico tutelado por el delito de homicidio²²⁷.

Debe hacerse presente que existen numerosos criterios distintos en torno a esta cuestión, algunos de los cuales se basan en únicamente uno de los elementos que componen los criterios que se revisarán, y asimismo, existen otros que mezclan varios elementos, tratando de demarcar con claridad y especificidad cuál es este momento determinante que debe ser tomado en cuenta para la delimitación. Por lo anterior, se revisarán sólo algunas de estas posiciones formuladas por la doctrina, sin perjuicio de sus variaciones o transformaciones en el ordenamiento jurídico.

5.4.3.1 Criterio del inicio de la separación del vientre materno o inicio del nacimiento obstétrico

En virtud de esta posición, que es una de las que ha tenido mayor relevancia en el derecho comparado, el criterio fundamental implica que la vida independiente comienza con el proceso de nacimiento de la persona, esto es, “se es persona desde el inicio del proceso de parto”, la cual trae aparejado como consecuencia que la vida

²²⁷ En ese punto, resulta importante hacer énfasis en que por lo general el mismo punto o momento en cuestión sirve tanto para hablar de la finalización de protección de objeto tutelado por el aborto como del inicio de protección del bien tutelado por el homicidio. Sin perjuicio, es perfectamente posible que según algunas posiciones doctrinales o jurisprudenciales sean dos puntos distintos, pudiendo así ocurrir que existan espacios temporales en los que el sujeto pasivo de una actuación lesiva no se encuentre amparado por ningún tipo penal, como que ocurra que existan momentos en los que, habiendo tenido lugar esta actuación lesiva que concluye con el fallecimiento del sujeto pasivo, se pueden configurar - sin perjuicio de los otros elementos de cada tipo penal- tanto el delito de aborto como el delito de homicidio, habiendo una superposición o doble protección.

humana dependiente finaliza su protección, por tanto, de forma anterior a los primeros signos del nacimiento obstétrico. Así, habiendo iniciado el procedimiento de parto obstétrico, la actuación lesiva o dañosa que se ejecute en contra la vida humana, ya no se encontraría en el margen de la protección jurídico penal del aborto. Según los supuestos de hecho, podría configurarse un caso de homicidio, lesiones o de simple impunidad. e.

Como consecuencia de esto, necesariamente debe responderse ¿cuándo se da inicio al nacimiento obstétrico o el proceso de separación del producto de la concepción con el claustro materno?

Se han desarrollado diferentes respuestas para esta pregunta, lo que nos lleva a que la determinación del inicio de la separación del concebido del claustro materno posee diferentes variables, de las cuales se revisarán algunas, tales como el criterio de inicio de las contracciones y el criterio de la percepción visual y/o exteriorización

5.4.3.1.1 Criterio del inicio de las contracciones

Por un lado, se ha determinado que el inicio del nacimiento obstétrico posee su inicio cuando “comienzan las contracciones dilatantes intrauterinas en la mujer embarazada, tratándose de un parto natural- es claro que las contracciones dilatantes pueden tener una duración temporal amplia y continúan con contracciones expulsivas del nasciturus (embrión o feto)”²²⁸. De esto, se desprende una diferenciación: existen tanto contracciones dilatantes como contracciones expulsivas, teniendo cada una distinta finalidad y consecuencias durante el proceso biológico del parto.

Así, las contracciones dilatantes son aquellas “que permiten abrir el canal del parto hasta alcanzar plenamente la posibilidad de atravesar dicho conducto, este proceso involucra las siguientes secuencias: la dilatación del cuello primero y el borramiento después, continua con la ruptura de la bolsa de las aguas (saco amniótico), la progresión y rotación del feto y por fin la expulsión fetal”²²⁹. Por su lado,

²²⁸ POSADA MAYA, Ricardo, 2014. *Delitos contra la vida y la integridad personal. El homicidio, el genocidio y otras infracciones. Tomo I.* 1ª ed. Colombia: Grupo Editorial Ibañez, 76p.

²²⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, 2012. op. cit. p. 74.

las contracciones expulsivas se refieren, tal como dice el nombre, aquellas que facilitan la expulsión del concebido desde el útero hacia el exterior.

Es del caso que algunos, como Posada Maya²³⁰ o Villavicencio Terreros, sostienen que lo relevante es el inicio de las contracciones dilatantes. Otros autores, como Bacigalupo²³¹ o Fellini²³² estiman que el nacimiento tiene su inicio cuando comienzan las contracciones expulsivas del parto.

Continuando con la el criterio que fija el inicio de las contracciones como momento determinante o demarcatorio, otros autores como Prado, refiriéndose igualmente a la protección del objeto tutelado por el homicidio –en este caso, en relación a una de sus figuras especiales- ha señalado que “el infanticidio puede tener lugar en dos momentos: primero, desde el inicio de las contracciones uterinas que dan comienzo al proceso de parto; y, segundo, con posterioridad al nacimiento y mientras dure el estado puerperal”²³³. De forma específica, el mismo autor indica que “resulta importante precisar que el delito de aborto puede materializarse desde la anidación del óvulo fecundado (cigoto) en el endometrio femenino, hasta el momento anterior al inicio del parto (contracciones uterinas o dolores del parto o el corte del útero en caso de operación cesárea)”²³⁴.

Complementando la anteriormente dicho, se ha agregado que “asimismo, en los casos de cesárea no programada el nacimiento de la persona estará determinado por el momento inicial de la apertura quirúrgica del cuerpo (útero) de la mujer”²³⁵, añadiendo posteriormente que “en los casos de cesárea programada, el nacimiento comenzará cuando se realice la incisión quirúrgica en el útero de la madre y el sujeto activo pueda acceder directamente a la madre”²³⁶.

²³⁰ POSADA MAYA, Ricardo, 2014. op. cit. p. 76.

²³¹ BACIGALUPO, Enrique. *El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, N°1, año 1, enero – julio, 1993, p. 16. En: VILLAVIVENCIO TERRERO, Felipe, 2012. op. cit. p. 75.

²³² Fellini, Zulita. *Homicidio Simple. Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, p. 7. En: VILLAVIVENCIA TERRERO, Felipe, 2012. op. cit. p. 75.

²³³ PRADO, Víctor, 2017. *Derecho Penal: Parte especial. Los delitos*. 1ª ed. Perú: Editorial PUCP, p. 113.

²³⁴ Loc. Cit.

²³⁵ POSADA MAYA, Ricardo, 2014. op. cit. p. 76.

²³⁶ Loc. Cit.

Unas de las ventajas jurídicas atribuidas a esta teoría, es la mayor protección que implicaría el bien jurídico protegido. Esto, ya que el bien jurídico, al realizarse una actuación dolosa o culposa que derive en su muerte o lesiones, sería sancionada bajo el tipo penal de homicidio o lesiones²³⁷. En caso contrario, esto es, al persistir aún la protección jurídico-penal del bien tutelado por el aborto, las actuaciones culposas que implicasen lesiones del sujeto pasivo (feto o embrión) serían impunes, ya que no se encuentra tipificado en nuestro ordenamiento jurídico vigente. Y, a su vez, que considera como una ventaja esta teoría, el hecho de que si se constituyera un caso de actuaciones de carácter doloso que implican la muerte del feto o embrión, la sanción prevista para el delito de aborto es de menor intensidad que la del delito de homicidio. Por tanto, “conviene” que finalice la protección de la vida humana dependiente e inicie anticipadamente la protección de la vida independiente, sin mediar entre ambas esferas de protección espacio alguno de impunidad.

Cabe destacar que este criterio ha sido el dominante en Alemania, desde la sentencia de BGH 32, 194. Asimismo, este criterio ha sido seguido en otros países, como España, por las sentencias del Tribunal Supremo dictadas los días 23 de octubre de 1996 y 22 de enero de 1999²³⁸. Esto, sin perjuicio de que en España, de forma anterior, se señalaba que el criterio correcto era el de la finalización del parto.

Debe precisarse que la diferencia que existió entre ambos países respecto al criterio del inicio o término de parto como el momento idóneo tenía como sustento legal la regulación existente y distinta que ambos países respecto de un mismo delito: el infanticidio. Así, en palabras de Peñaranda “el art. 410 del anterior Código penal español describía este delito como un recién nacido, mientras que el 217 StGB en su antigua redacción consideraba como un supuesto de infanticidio no solo la causación de la muerte de quien acababa de nacer, sino también la producida durante el parto. La reciente supresión de esta figura delictiva, en España con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y en Alemania con la de la 6ª Ley de Reforma del Derecho

²³⁷ Esto, claramente, bajo el entendido que la esfera de protección en relación homicidio comienza un instante después que finaliza la protección jurídico penal del aborto, sin que existen en el espacio intermedio lagunas de impunidad.

²³⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, 2012, op. cit. p. 74.

Penal el 1 de abril de 1998, ha eliminado la base en que descansaba el argumento gramatical que se consideraba definitivo en uno y otro”²³⁹.

5.4.3.1.2 Criterio de la percepción visual y criterio de la exteriorización

Se trata de dos criterios similares, por lo que se tratan conjuntamente. Sin embargo, de igual modo la doctrina ha reconocido entre estos ciertos elementos de diferencia.

Por un lado, el criterio de la percepción visual establece que el nacimiento – y, de igual modo, la vida humana independiente- inicia desde el primer momento en que da comienzo a la expulsión del producto de la concepción desde el claustro materno. Son de esta opinión Bramont-Arias y García Cantizano²⁴⁰. Este momento, por tanto, puede entenderse desde el momento posterior del inicio de las contracciones expulsivas, habiendo síntomas externos de la expulsión del concebido. Así, la protección del objeto tutelado por el aborto finalizaría de forma posterior a las contracciones expulsivas (o de forma posterior a las primeras manifestaciones de estas contracciones), pero de forma previa a la manifestación de signos exteriores de la expulsión del concebido.

Por su lado, el criterio de la exteriorización, y tal como se desprende de su nombre, indica que el nacimiento inicia (y en consecuencia, finaliza la protección otorgada al feto) cuando de forma perceptible el producto de la concepción “se asoma al exterior”. Es decir, esto ocurriría cuando alguna parte de su cuerpo, sin importa cuál sea, es expulsada hacia exterior y se torna visible al ojo humano. De esto se sigue que, mientras que el concebido no sea visible -o al menos una parte de él- sigue siendo protegido jurídico-penalmente por el delito de aborto, ante la ocurrencia de la muerte del feto, concurriendo los demás supuestos requeridos por la normativa vigente. Son de esta opinión, en el derecho penal peruano, Roy Freyre²⁴¹.

²³⁹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2003, op. cit. p. 169.

²⁴⁰ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis, GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, 1998. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*. Lima, p. 40. En: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, 2012. op. cit. p. 74.

²⁴¹ ROY FREYRE, Luis, 1986. *Derecho Penal Peruano, Parte Especial*, T.I. p.209, En: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, 2012, op. cit. p. 74.

Cabe destacar que Gimbernat²⁴² se refirió a una supuesta mayor reprochabilidad de la conducta cuando el agente ocasiona la muerte de un ser que se percibe inmediatamente, a diferencia de cuando se causa la muerte del ser que reside al interior del claustro materno sin que exista percepción visual inmediata. Esta diferencia de reprochabilidad se encontraría, según el autor, basada en que en el primero de los casos se requeriría una “mayor energía criminal que en el segundo”.

Se criticó la opinión de Gimbernat – y el criterio de la percepción visual en general- por no resultar suficientemente convincente, toda vez que se considera como un criterio poco adecuado para establecer una distinción cualitativa entre los tipos penales de aborto y homicidio²⁴³ y, además, por considerarse inaceptable en términos generales, ya que sería dificultoso admitir que la conducta es más o menos reprochable por el simple de hecho de ver o no a la víctima, o percibirla visiblemente. Se pone como ejemplo, a efectos de respaldar esta crítica, la situación en que se mata a alguien -nacido vivo- sin verla en el preciso momento, ya que la acción se ejecuta por medio del envío de un paquete-bomba, a diferencia de la muerte directa causada a quien se percibe visualmente, por medio de un arma, como lo es el disparo de una arma de fuego o lesión provocada por medio de un arma blanca.

5.4.3.2 Criterio del corte del cordón umbilical.

Un sector doctrinario, refiriéndose a la vida independiente y delimitándolo de la vida dependiente, se ha referido al momento del corte del cordón umbilical, como el determinante, señalando que “hay vida independiente desde el preciso momento de la escisión del cordón umbilical y con ello un homicidio y, antes de ellos, un delito de aborto contra la criatura, pues no habría vida dependiente de la madre”²⁴⁴.

En estos términos se ha referido Mesa Velásquez, señalando que “la destrucción del producto de la concepción en el útero materno, así se trate de un feto maduro y viable, caracteriza un aborto y no un homicidio. Sin embargo, si la acción criminal se ejecuta sobre el llamado feto naciente, salido ya del vientre materno y en

²⁴² PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2003, op. cit. p. 223

²⁴³ Esferas de protección otorgada por cada uno.

²⁴⁴ POSADA MAYA, Ricardo, 2014. op. cit. p. 72.

la etapa de transición de la vida extrauterina, el delito que se integra es el de homicidio”²⁴⁵, entendiendo que se requiere el corte del cordón umbilical.

Raimundo del Río, por ejemplo, ha sostenido que para considerarse completo el nacimiento se exige que la criatura -producto de la concepción- se encuentre completamente separada de la madre, para lo cual se necesita haber efectuado el corte del cordón umbilical. Esta teoría dice relación con la concepción legal de existencia de las personas establecidas en el derecho civil en el artículo 74 de nuestro Código Civil. Así, mientras no se corte el cordón que une a mujer y producto de concepción, no existe persona -toda vez que no existe una persona diferenciada al seguir unidos- por lo cual no existiría objeto jurídico protegido por el delito de homicidio, ante una actuación que derive en la muerte del objeto de la acción delictiva.

En virtud de lo explicado en el último párrafo, la tesis que recalca como determinante el momento de corte del cordón umbilical, se trata entonces de una teoría correspondiente a la doctrina civilista más tradicional, según lo señalado por algunos autores, como Ducci²⁴⁶.

Cabe destacar que, al tratar esta teoría, un sector doctrinario ha entendido que la vida humana independiente inicia con el corte del cordón umbilical pero, que a su vez, la finalización de la protección jurídico penal de la vida humana dependiente finaliza antes, al ocurrir la separación entre la mujer embarazada y el nasciturus, aunque no sea completa. Es decir, este criterio sería en realidad una postura para delimitar el inicio de la protección -como límite inferior- de la vida humana independiente. Por lo anterior, se ha criticado que se trata de un criterio insostenible e inservible para el derecho penal, toda vez que existiría una fase intermedia (entre la separación de mujer embarazada y producto de la concepción, y el corte del cordón umbilical) que constituiría una situación de impunidad en la cual no se sancionaría las

²⁴⁵ MESA VELÁSQUEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal y contra la propiedad*, 2p; En: POSADA MAYA, Ricardo, 2014. op. cit. pp. 72-73.

²⁴⁶ DUCCI, Carlos, 2002, *Derecho Civil, Parte General*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 112. En: CASTILLO, ALEJANDRA, 2010. *Aborto e infanticidio: cómo sostener una adecuada defensa*. 1ª ed. Chile: Departamento de Estudios, Defensoría Penal Pública, 48p.

actuaciones dirigidas contra el nacido bajo ningún título, es decir, no se consideraría el tipo penal de aborto, homicidio o lesiones.

Por otro lado, bajo otra perspectiva, si se entiende que la protección del delito aborto continúa y existe hasta el momento justo antes del cordón umbilical, pese a la ya existente separación de la mujer embarazada de la vida que se gestó en su interior, se critica el hecho de que el corte del cordón umbilical depende de un tercero; es decir, es una persona ajena a la mujer embarazada y al gestado (auxiliar de la salud, neoenfermero, obstetra, ginecólogo, etc) quien realiza este corte. Así, el momento del corte del cordón umbilical puede ser inmediato tras la expulsión del concebido o, a su vez, puede demorarse, pasando variados minutos. Por tanto, la configuración de un delito de homicidio (o figuras especiales relacionadas) o aborto, al causarse la muerte del sujeto pasivo, depende de gran medida de la actuación de este tercero ajeno, configurándose una situación de carácter arbitraria.

5.4.3.3 Criterio de cesación de la respiración placentaria y posibilidad de respiración pulmonar

Otro sector doctrinario²⁴⁷, ha considerado como criterio correcto para determinar la finalización de la protección jurídico penal al bien jurídico tutelado por el aborto, aquel momento en que cesa la respiración placentaria y el producto de la concepción es capaz de respirar de forma autónoma.

Este criterio tiene una estrecha relación con el criterio anteriormente revisado, del corte del cordón umbilical, ya que este momento -del corte del cordón umbilical- es cuando finaliza la unión física existente entre la mujer embarazada y el concebido. Hasta este momento, y en virtud del cordón umbilical, existía una unión con la placenta y la respiración del concebido era por tanto de carácter placentaria.

Sin embargo, a efectos de diferenciarlo con el criterio del corte, debe señalarse que no basta únicamente esa acción, sino que se requiere para configurarse los supuestos del presente criterio que, de forma posterior, el concebido sea capaz de

²⁴⁷ BLANCO; CALDERÓN CEREZO, Ángel, 2007. *Comentario al Código Penal*; y MOLINARIO, Alfredo, 1996. *Los delitos*. En: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, 2012, op. cit. p. 74.

realizar actividad de capacidad respiratoria pulmonar por su cuenta. Desde ese momento, en que ejerce la respiración pulmonar autónoma, finalizaría la protección jurídico penal otorgada por el tipo penal del aborto para, acto seguido, iniciar la protección de la llamada vida humana independiente, protegida por distintos tipos penales.

La principal crítica que se ha efectuado en torno a este criterio se refiere a la manifiesta dificultad probatoria. Es decir, se critica que resulta difícil construir la prueba de la ocurrencia de este hecho (el momento exacto en que tiene lugar) y que por lo general se carece de medios adecuados para determinar que se abandonó la respiración placentaria, dando lugar a la respiración pulmonar. Lo anterior porque, según se indicó previamente, además del corte umbilical se sigue la ocurrencia de esta función respiratoria de forma autónoma, siendo este último aquel de mayor dificultad en la determinación.

5.5 Criterio predominante en torno al momento del nacimiento en que finaliza la protección jurídico penal de la vida humana dependiente

Tras haber revisado algunos de los criterios o posiciones que han tenido mayor respaldo doctrinal y jurisprudencial tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado, se revisará un último criterio, el cual es entendido en el presente trabajo como el idóneo para fijar el límite superior de protección jurídico-penal al bien tutelado por el delito de aborto.

Algunos autores, como Rolf y Annika Herzberg²⁴⁸, han señalado la imposibilidad que exista precepto alguno en el derecho alemán que autorice a considerar en calidad de “persona” ni como un “otro”- en términos penales- a quien está naciendo, o ha comenzado a nacer, pero aún no ha nacido en estricto rigor, sobre todo en el entendido que el delito de aborto se refiere a los “no nacidos” (*ungeborene*); quienes constituyen el objeto material de dicho tipo penal. Así, se ha entendido que solo con el momento de la conclusión del nacimiento surge la persona en el sentido que se refieren los tipos

²⁴⁸ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2003. op. cit. p. 171.

penales de homicidio y lesiones. Por tanto, una vez concluido el nacimiento por medio de la expulsión del concebido, existe el objeto jurídico protegido por ese delito. A su vez, mientras se encuentra naciendo o en proceso de expulsión el producto de la concepción se configura aún el objeto jurídico tutelado por el delito de aborto.

En primer lugar, se explicará en qué consiste el denominado criterio de la expulsión para, posteriormente, desarrollar las razones por las cuales se considera la idoneidad y pertinencia de utilizar este criterio como el decisorio del límite de protección del objeto tutelado por el delito de aborto.

5.5.1. Criterio de la expulsión del concebido

Primeramente, según lo dicho en el punto anterior, debe explicarse en qué consiste este criterio.

Gonzalo Rus ha señalado que “hay vida independiente cuando la expulsión ha llegado a un punto en que, al desaparecer la protección que el cuerpo de la madre presta al feto, es posible matar directamente al producto de la concepción, a partir de ese momento podrá hablarse de homicidio o asesinato; antes, de aborto (...) Por consiguiente: el nacido es sujeto pasivo del homicidio desde el momento en que la expulsión ha llegado a un grado en el que puede ser directamente objeto material de conducta típica”²⁴⁹. Y este punto, referido por el autor, ocurre una vez que finaliza de forma completa la expulsión, encontrándose todas las partes del producto de la concepción al exterior del claustro materno.

Así, se ha señalado que “el delito de homicidio (...) requiere que ese ser haya nacido, que se haya producido el nacimiento, entendiéndose por tal, la sola pero completa expulsión del feto del seno de la madre. Si todavía no hubiere nacido entraría en juego el delito de aborto (...). Una vez ocurrido el nacimiento la nueva criatura es protegida con independencia de su viabilidad extrauterina o de que sea un ser deforme o monstruoso”²⁵⁰. De esta forma, en concordancia con lo formulado por Álvarez García, para hablar de inicio de vida humana independiente, bien jurídico tutelado por el delito

²⁴⁹ POSADA MAYA, Ricardo, 2014. op. cit. p. 78.

²⁵⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, *Homicidio/Asesinato*. En: POSADA MAYA, Ricardo, 2014. op. cit. p. 73.

de homicidio, la vida formada debe haber sido expedida o expulsada en su totalidad desde el claustro materno hacia el exterior. Por tanto, mientras esté en curso la expulsión, el concebido se encuentra tutelado bajo el tipo penal del aborto y, una vez expulsado en su totalidad y solo desde ese instante, inicia la protección de la vida humana independiente dentro de la esfera de los delitos de homicidio y lesiones, existiendo una continuidad de protección, mientras se pasa de un ámbito o fase a otra, bajo el criterio descrito.

Igualmente, respecto de este criterio se ha sostenido que “biológicamente el nacimiento sólo ha concluido cuando se puede hablar ya de una vida del niño autónoma de la madre, lo que exige, cuando menos, el total desprendimiento del vientre de aquella (hasta entonces todavía no ha nacido, está naciendo (...)) En consecuencia también, la protección más intensa que confiere el Derecho a la vida humana independiente (a través del delito de homicidio) debe iniciarse a partir de ese instante, el de la expulsión completa del feto/niño”²⁵¹.

Cabe destacar, y según se explicará en el punto 5.6 de este trabajo, que la Corte Suprema ha respaldado esta postura, al señalar que “desde el punto de vista del derecho penal vigente en nuestro país, la vida humana independiente y, con ella, su destrucción como homicidio, comienza desde el momento del nacimiento, entendido por tal la total expulsión del claustro materno, que es el único criterio que permite distinguir con claridad uno y otro momento de la vida humana”²⁵².

Sumado a lo anteriormente expuesto, es de vital importancia señalar que en este criterio únicamente se necesita esta salida del fruto de la concepción desde el claustro materno hacia el exterior, sin requerir la ocurrencia complementaria de otros hechos, como la sería el corte del cordón umbilical o el inicio de respiración autónoma²⁵³.

Así lo ha señalado la doctrina, en el siguiente tenor: “Partiendo de esta percepción biológica y de este criterio normativo, solo a partir de la total expulsión del

²⁵¹ ROMEO CASABONA, Carlos, 1994, op. cit. p. 157.

²⁵² Corte Suprema, 30.01.2008, ROL 6229-2006.

²⁵³ Sin perjuicio, claro está, de determinadas variantes formuladas por la doctrina sobre esta base y las que se requiera algún elemento adicional.

feto del claustro cesa la protección de la vida humana dispensada por medio del delito de aborto y comienza la protección garantizada a la vida humana independiente por medio de la tipificación de delito de homicidio. Como señalan varios autores, no es necesario que se haya seccionado ya el cordón umbilical o que hayan comenzado de forma autónoma otras funciones vitales, por ejemplo, la respiración pulmonar, pues no suponen cambios cualitativos en relación con el hecho mismo de la expulsión, más bien son aspectos accesorios e irrelevantes a los efectos jurídicos-penales de constitución del objeto material del homicidio”²⁵⁴.

Finalmente, cabe destacar que este criterio se condice plenamente con el delito de infanticidio, regulado en nuestro Código vigente en el artículo 394, ya que el mismo, el cual protege vida humana independiente, es factible de cometerse dentro de las 48 horas siguientes a la finalización del parto.

5.5.2 Argumentos a favor del criterio de la expulsión.

Tal y como se anunció con anterioridad, para los efectos de este trabajo se entiende que el criterio fundamental para la determinación del fin de la protección jurídico-penal del bien jurídico tutelado por el aborto (vida humana dependiente) es el nacimiento; en específicamente, al finalizar este proceso, en el momento de la expulsión del concebido desde el claustro materno hacia el exterior. Se considera que es el criterio idóneo, a razón de las cuestiones que se analizarán a continuación.

5.5.2.1 Continuidad en la protección jurídica a la vida humana.

La primera cuestión relevante que debe destacarse, en virtud de lo expuesto por medio de este trabajo, es que el legislador – y según indica igualmente la doctrina nacional y la jurisprudencia – busca proteger la vida humana en casi todas sus fases, siendo su excepción la desprotección existente en la fase preimplantacional.

De acuerdo con lo regulado en el artículo 19 N° 1 de nuestra Constitución, se protege la vida, incluyéndose acá la vida del que está por nacer. De igual modo se incluye la protección de la llamada “vida humana independiente” como la “vida humana

²⁵⁴ GONZÁLEZ MORÁN, Luis, 2006. *De la bioética al bioderecho: libertad, vida y muerte*. 1ª ed. España: Editorial Dykinson S.L y Universidad Pontificia de Comillas, 432p.

dependiente”, a través de diversos tipos penales, como lo son el aborto, el homicidio, el infanticidio, las lesiones (ya no en relación con la vida del nacido, sino protegiéndose la integridad física del nacido), entre otros.

Es decir, existe un reconocimiento jurídico al valor de la vida humana, de carácter tanto constitucional como civil y penal. La vida humana se ha entendido como un bien jurídico de suma importancia que debe ser protegido con intensidad. La utilización de este criterio para determinar la finalización de protección de la vida humana dependiente y, a su vez, como criterio para iniciar el comienzo de la vida humana independiente, permite mantener una continuidad en la protección, que es lo buscado en virtud del reconocimiento de la importancia de dicho bien. Así, no existen, en principio, lagunas punitivas ante actuaciones que ocurran durante el proceso del nacimiento, sobre todo en el momento de la expulsión y los instantes inmediatamente siguientes.

Sin embargo, es necesario recalcar que por más que se busque una continuidad de la protección jurídico-penal de esta vida, esto no quita que esta protección posea una distinta intensidad durante toda su extensión. Si bien la vida se protege tanto en la fase prenatal como postnatal, la intensidad de protección y sanción penal aparejada es mayor en el segundo caso, a la vez que hablamos de una vida humana independiente, que posee otras características y se le atribuye un mayor valor jurídico.

De lo expuesto se sigue, por lo tanto, que el criterio idóneo para determinar el momento de finalización jurídico penal del objeto tutelado por el aborto debe ser aquel que permita una completa o mejor continuidad en la protección jurídica del bien vida, , al sostenerse la importancia del valor y protección del objeto jurídico tutelado.

Esto se logra, igualmente y según lo prevenido, no solo por este criterio en sí mismo en materia del delito de aborto, sino que siendo igualmente un antecedente determinante y esencial en la determinación, el inicio de la protección que otorgan las normas que prohíben el homicidio. Así es como la doctrina ha entendido que la expulsión es un momento de relevancia en la determinación de los límites entre ambos delitos, según lo que se revisará en el capítulo octavo del presente trabajo. En este sentido, Garrido Montt ha señalado que “la expulsión de la concepción del vientre

materno marca la diferencia entre el aborto y el homicidio. Esta separación – se haya cortado o no el cordón umbilical-otorga individualidad a la criatura y la madre pasa a ser prescindible o sustituible por una máquina (en el parto prematuro, una incubadora) o por otra persona”²⁵⁵. Por tanto, en caso de que en ambos tipos penales se tenga en vista este criterio, como ocurre en nuestro país, es que es factible otorgar una continuidad en la protección de la vida humana. De utilizarse otro criterio en el caso del aborto, y señalar que igualmente se requiere la finalización del nacimiento y expulsión para que se configure la esfera el bien jurídico protegido por medio de la prohibición del aborto, existiría lagunas punitivas.

A su vez, cabe destacar la ventaja que otorga este criterio en relación con otros de los criterios formulados y brevemente explicados en el acápite anterior, en cuanto a la continuidad de la protección del bien jurídico tutelado, o incluso en relación con una eventual mayor protección en caso de preferirse este criterio. En algunas de las posiciones estudiadas, se exige la ocurrencia de determinados hechos que implican que se atrase el inicio de la protección jurídico penal del delito de aborto o, en su caso, que existan algunas de impunidad antes actuaciones lesivas dirigidas en contra del concebido²⁵⁶.

Un caso de esto, por ejemplo, ocurre con la teoría de viabilidad. En virtud de los actuales conocimientos científicos y el notable desarrollo y avance tecnológico, es que hoy en día pueden nacer y sobrevivir seres humanos pese a que tuvieron menor tiempo de desarrollo del que es el usual o normal según los postulados científicos médicos. Así, y a diferencia de como ocurría en otros tiempos, un ser humano puede nacer tras permanecer únicamente 6 meses en el claustro materno y, según los criterios biológicos, no poseer aún la característica de “viable”. Esto, ya que puede tener deficiencias en su sistema respiratorio, digestivo, circulatorio, cardíaco, entre otros. Se trata de un recién nacido que no se encuentra totalmente desarrollado y el cual en

²⁵⁵ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 28-29.

²⁵⁶ Nuevamente, teniendo en consideración la esfera de protección jurídico-penal otorgada por medio de la prohibición del homicidio, en atención a lo expuesto en los párrafos anteriores.

otras épocas, en virtud de la tecnología y conocimientos científicos existentes, no habría podido sobrevivir.

No obstante, hoy en día y como consecuencia de los distintos avances tecnológicos y conocimientos profundizados en el área médica y científica, ocurre que dichos nacidos pueden sobrevivir, al ser unas circunstancias radicalmente distintas. Así, los mismos pueden continuar su crecimiento y evolución por medio de incubadoras y utilizando distintas maquinarias que les permiten suplir mientras tanto las deficiencias en su evolución o desarrollo biológico. Por ejemplo, máquinas que permitan un funcionamiento normal y correcto de sus funciones respiratorias, entubaciones, monitoreos cardíacos, entre otras cuestiones. Así, el recién nacido puede pasar semanas o meses conectado a maquinarias que le dan soporte, mientras continua su desarrollo y crecimiento. Asimismo, el nacer prematuro puede derivar -o haberse originado- por enfermedades o patologías, cuyos efectos son paliados por la tecnología, sin que exista así un verdadero riesgo mortal.

Esta situación, en la que ocurre un retardo en el inicio de la protección, utilizando como ejemplo la teoría de la viabilidad o sobrevivencia extrauterina, puede darse en otros casos, como por ejemplo, el de la respiración autónoma. Puede que, en virtud de haber ocurrido el nacimiento de forma prematura o alguna deformación o enfermedad, el recién nacido- ya expulsado del claustro materno- no pueda respirar por su cuenta, aun cuando se encuentre totalmente separado de la mujer progenitora, se haya realizado el corte umbilical y por tanto, haya cesado la respiración placentaria. Sin embargo, en aquellos casos esta respiración se suple o soluciona por medio de técnicas o utilización de maquinarias respiratorias. Pueden pasar días, semanas o meses en que el nacido no pueda respirar de forma autónoma por lo que, el utilizar este criterio, implicaría retrasar indebidamente su protección jurídica penal como vida humana independiente.

Así, en los casos detallados, y pese a que ya ha nacido un ser humano, que constituye un ser distinto al de la mujer embarazada en cuyo claustro materno se originó y desarrolló, bajo estos criterios no se le reconocería como una vida humana independiente o autónoma o, aludiendo a conceptos del derecho civil, como un “otro”.

Esto, como se indicó en el párrafo anterior, trae como consecuencia una desprotección: de forma injustificada se retrasa la protección que la correspondiente como vida humana independiente. Tal y como se señaló, el legislador y el constituyente pretende proteger la vida humana en la mayoría de sus fases -siendo la única excepción la fase pre implantacional-y de una forma continua, por lo que la utilización de criterios como la respiración autónoma o la viabilidad extrauterina no se condice con la intención manifestada.

De igual modo, al mantener el criterio señalado en torno a la esfera de protección dada por las normas que prohíben el homicidio, se sigue que la aplicación de otros criterios (tales como el inicio de las contracciones) darían paso a una falta en la continuidad de la protección jurídico penal de la vida humana.

En cambio, el criterio de la expulsión, aplicada en los mismos casos expuestos a modo de ejemplo, trae aparejado como consecuencia la mejor o más completa protección de la vida humana. Esto, logrando la continuidad de la protección de la vida y siendo compatible con el criterio establecido en materia de homicidio²⁵⁷. Así, se le otorgaría protección a la vida humana tanto en su carácter de vida humana dependiente como vida humana independiente. En el caso de haberse producido el nacimiento (siendo decisoria la finalización de la expulsión) las actuaciones lesivas dirigidas al nacido en las condiciones de los casos descritos, y que deriven en su muerte o lesiones, se encuentran tipificadas en nuestro ordenamiento jurídico bajo la figura del homicidio o lesiones causadas a la persona. De esta forma, se encuentra protegido según corresponde, pese a haber nacido de forma prematura, presentar deficiencias en su desarrollo o estar afecto a alguna patología o enfermedad.

²⁵⁷ En relación al límite inferior de protección del objeto tutelado por las normas que prohíben el homicidio: la vida humana independiente.

5.5.2.2 Facilidad probatoria para la configuración del tipo penal o determinación de ocurrencia de hechos en la investigación

En segundo lugar, resulta vital destacar la facilidad probatoria que trae consigo la utilización de este criterio. A diferencia de lo que ocurre con otras de las posturas propuestas, como el criterio del inicio de la respiración autónoma y no placentaria o el criterio del inicio de las contracciones -que, según la teoría seguida, pueden ser de carácter dilatante o expulsivo- no requiere conocimientos especialmente profundizados, de carácter profesionales, técnicos o especializados.

En los criterios anteriormente señalados a modo de ejemplo, ocurren procesos biológicos o fisiológicos que no son de fácil detección, es decir, requieren la utilización de maquinarias o instrumentos médicos especializados, la interpretación por parte de profesionales del área de la salud con los conocimientos adecuados, uso de tecnología apropiada, conocimientos elevadamente técnicos, entre otros. Es decir, no se trata de hechos que puedan detectarse a simple vista. Por lo anterior, en materia probatoria, se requiere la realización de peritajes, informes médicos de mayor especialización, opiniones de profesionales de salud con amplios estudios, entre otras vías. Todo lo anterior, solamente para poder determinar en un caso preciso la ocurrencia o no del “nacimiento” y, en su caso, si el concebido se encontraba dentro de una esfera de protección determinada o no, y bajo qué tipo penal, según se tratara de una vida humana dependiente o independiente de acuerdo con el criterio a utilizar.

A la complejidad para determinar si finalizó o no la protección jurídico penal otorgada al concebido debe agregarse las restantes pericias o informes orientadas, en cada caso particular, para determinar la configuración del tipo penal. En su caso, debe determinarse la ocurrencia de la muerte de la vida humana dependiente o independiente, la existencia de lesiones, la conducta dolosa, culpable o negligente del personal médico, el cumplimiento de deberes de dicho personal profesional de la salud acorde a la *lex artis*, entre otras cuestiones. Por tanto, y según se puede apreciar igualmente en los casos que se revisarán en el punto 5.6 del presente trabajo, los casos originados en torno a esta materia suelen requerir conocimientos técnicos o

científicos de por sí especializados, por lo que optar por un criterio como los ya mencionados (inicio contracciones expulsivas, inicio respiración autónoma, inicio viabilidad, entre otros) implicaría dificultar aún más la tarea investigativa y de esclarecimiento de los hechos y, así mismo, determinar si se configuran los elementos del tipo penal en cuestión.

A diferencia de lo expuesto, el criterio de la expulsión del concebido resulta mucho más simple y de facilidad probatoria para estos casos. Se trata de la ocurrencia de un hecho que puede ser constatado a simple vista, sin requerir utilización de instrumentos sofisticados o conocimientos en calidad de experto. Este criterio requiere, simplemente, que la totalidad del concebido sea expelida del claustro materno (sea vía parto natural, por medio de cirugía de cesárea de urgencia o programada, etc). Una vez que el cuerpo en totalidad del producto de la concepción salga al exterior desde el claustro materno, finaliza la protección jurídico penal otorgada por el delito de aborto e iniciaría la protección otorgada por el delito de homicidio -junto con sus figuras especiales- y del delito de lesiones, en casos de actuaciones lesivas dirigidas al recién nacido que provoquen dicho tipo de daño.

En virtud de lo relatado, este criterio resulta mucho más pertinente e idóneo para fijar aquel momento en el proceso del nacimiento que implica el límite superior jurídico de protección al bien tutelado por el delito de aborto.

Peñaranda se ha referido a esta cuestión, señalando que el criterio del comienzo del parto puede resultar arbitrario, inestable e impreciso, además de que “el criterio de la completa expulsión tiene (...) la incomparable ventaja de su claridad y de la seguridad que ofrece en su aplicación”²⁵⁸.

5.5.2.3 Evitación de circunstancias arbitrarias que nieguen o limiten su protección

En tercer lugar, debe señalarse otra ventaja que otorga el criterio de expulsión del producto de la concepción, en relación con los demás postulados.

²⁵⁸ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2003. op. cit. p. 226.

Algunos de los otros criterios que han poseído o poseen en la actualidad relevancia en la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, dicen relación con la ocurrencia de un hecho realizado por un tercero. Es decir, se trata de un hecho ejecutado, ajena a la voluntad de la mujer embarazada, que implican que desde ese momento finaliza o inicie la protección jurídico penal de los delitos de aborto u homicidio.

Por lo anterior, se tratan de hechos de carácter absolutamente arbitrarios que implican que un tercero, a su voluntad, adelante o retrase el inicio o término de protección jurídico penal.

Este es el caso, por ejemplo, del criterio del cordón umbilical. Tal y como se indicó en su oportunidad, es una tercera persona, y no la mujer embarazada, quién debe realizar el corte del cordón umbilical. Este corte puede hacerse de forma inmediata a la expulsión del concebido del claustro materno o en instantes después (que, varía en cada caso, pudiendo ocurrir lapsus de tiempos mayores o menores). De esta forma, la protección jurídico penal de un delito queda sometida a la voluntad del personal médico a cargo del parto.

Esto implicaría, por lo tanto, que en algunos casos la protección jurídico penal del recién nacido sea mayor que en otros casos, en virtud únicamente de si el personal médico realizó o no esta escisión. Por ejemplo, podría a la misma hora y mismo día, ocurrir dos nacimientos. Así, los dos recién nacidos habrían nacido exactamente al mismo tiempo, por lo que en teoría les cabría -o debería ser así- la misma protección jurídica desde el mismo minuto. Sin embargo, una vez nacidos, podría ocurrir una actuación lesiva culposa dirigida hacia que ocasionare su muerte. Y, en un caso, podría ocurrir que el personal médico ya había realizado el corte del cordón mientras que en el otro aún no. Y en virtud de esta, en apariencia simple diferencia, el tratamiento jurídico podría ser muy distinto: un caso podría ser considerado como cuasidelito de homicidio por profesional médico mientras que el otro podría quedar impune, al no encontrarse tipificado en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin dudas, y en virtud de la protección constitucional que se le otorga a la vida – así como la igualdad ante la ley de ambos nacidos vivos- como por razones de

concordancia en nuestra legislación penal, es que no puede ocurrir que la configuración del tipo penal esté sometida a la actuación voluntaria de un tercero ajeno, que limite la protección jurídico penal del sujeto pasivo.

Al respecto, Peñaranda ha sostenido que “más allá de la completa expulsión del claustro materno no es necesario, en cambio, que se produzcan otros hechos posteriores, que no determinan la existencia de una vida autónoma o independiente sino más bien su viabilidad. Así sucede con el corte del cordón umbilical, anteriormente requerido por Muñoz Conde, que ahora se conforma, acertadamente, con la total expulsión. Ni el tenor literal de la Ley, ni el sentido aquí atribuido a la noción de autonomía vital, imponen que se haya de sancionar como autor de aborto y no de homicidio a quien produzca la muerte de un ser humano que se encuentra ya complementado en el exterior del claustro materno, por el simple hecho de que tenga el cordón umbilical aún intacto. Tampoco hay razón para suponer que la superación del límite mínimo del objeto material de los delitos de homicidio y lesiones requiera que el recién nacido haya dado comienzo a su respiración pulmonar”²⁵⁹.

5.6 Jurisprudencia Chilena en torno al momento demarcatorio en el nacimiento

A continuación, y sin perjuicio con lo expuesto y desarrollado en el acápite anterior, se pasará a exponer algunas consideraciones de la jurisprudencia en torno a este tema. Resulta relevante señalar que en Chile se ha fallado de diversos modos, aceptando en momentos distintos el criterio de la expulsión total del concebido, así como el criterio del inicio de parto obstétrico o de la separación mujer embarazada-concebido, considerando éste desde el inicio de las contracciones de carácter dilatantes.

En concordancia con esto, se revisarán brevemente dos fallos que resultan relevantes y muestran la diferencia en el criterio seguido por los juzgadores y lo expresado en las sentencias pronunciadas al respecto.

²⁵⁹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 200. op. cit. p. 228.

- Sentencia Corte Suprema, dictada el 30 de enero de 2008.

El año 2002, específicamente con fecha 30 de julio de 2002, el Vigésimo Cuarto Juzgado del Crimen de Santiago en la causa ROL 23.596 condenó a José Ariel Pierre Lattus Olmos a sesenta y un día de presidio menor en su grado mínimo, a la accesoria de suspensión de cargo u oficio y solucionar costas de litigios, en su calidad de autor de cuasidelito de lesiones graves inferidos a doña Rosa Elena Vega Pizarro y de homicidio en el niño Rubén Darío Rodríguez Vega; ambos en carácter de consumados. Asimismo, fue condenado a pagar a doña Rosa Vega Pizarro por concepto de demanda civil de indemnización de perjuicios la suma de \$25.000.000, a título de daño moral.

En virtud de dicha sentencia condenatoria, se interpuso recurso de apelación y de casación en la forma ante la ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, quien desestimó ambas pretensiones, confirmando la resolución recurrida, con la salvedad de rebajar la indemnización por daño moral a un monto de \$15.000.000. Por lo anterior, se dedujo recurso de casación en la forma y en el fondo, el cual fue conocido por la Corte Suprema en la causa ROL 6229-2006. La Corte procedió a invalidar el fallo y, con misma fecha, dictar sentencia de reemplazo.

Los hechos constitutivos del presente caso tienen su origen el día 1 de marzo de 1992, cuando, aproximadamente a las 2.30 horas doña Rosa Vega, quién se encontraba en la sala de partos de maternidad del Hospital Félix Bulnes Cerrada, sufrió una rotura uterina que obligó a trasladarla de urgencia al pabellón quirúrgico donde fue intervenida, naciendo a las 2:34 horas -según acta médica- su hijo Rubén Rodríguez Vega. Al nacer, se detectó que Rubén Rodríguez presentaba asfixia neonatal severa a consecuencia de sufrimiento fetal agudo y mantenido, lo que se constituyó en daño hipóxico isquémico severo, falleciendo tiempo después con fecha 1 de agosto de 1992.

La Corte Suprema revocó la sentencia apelada, que condenó a José Lattus como autor de los cuasidelitos de lesiones graves, y se le absolvió de todos los cargos, rechazando asimismo la demanda civil promovida por la actora.

Los sentenciadores declararon que no había subsunción, ya que la acción ejercida era distinta a la requerida por la figura delictiva en cuestión. En su razonamiento, la Corte indicó lo siguiente:

10°. Que, la expresión “otro” conlleva la idea de alteridad que, como atributo, reclama la existencia de una individualidad personal reconocible y plenamente diferenciada, lo que trasladado al campo que aquí interesa remite al ser vivo, en cuanto dotado de vida independiente.

*No responde conceptualmente a tal exigencia el feto, incluso a término, que se encuentra todavía en el claustro materno. **Ni siquiera en el supuesto de que se halle en curso de expulsión, ya que está naciendo, pero todavía no se ha nacido (...).** Un ser vivo en período de expulsión, durante el parto, no es plenamente reconocible como “otro” respecto de la madre y tampoco en la relación con los demás sujetos. En él hay vida, podría decirse incluso que hay otra vida (biológicamente hablando) pero no la de otro, por falta del mínimo de autonomía requerida para construir una subjetividad.*

*Desde el punto de vista del **derecho penal vigente en nuestro país, la vida humana independiente y, con ella, su destrucción como “homicidio”, comienza desde el momento del nacimiento, entendido por tal la expulsión del claustro materno, que es el único criterio que permite distinguir con claridad uno y otro momento de la vida humana.***

*11°. Que como la **existencia legal de toda persona principia al nacer, es decir, al separarse completamente de su madre, es inconcuso que no ha podido configurarse un cuasidelito de homicidio respecto de quien no nacía al ocurrir la conducta enjuiciada, pues no se había apartado íntegramente de la madre, que es lo que constituye el nacimiento de las personas (...).***

Énfasis agregado.

Según lo expuesto, en los considerandos décimos y undécimos, la Corte Suprema recurre al criterio de la expulsión, señalando que en el caso de marras no puede configurarse el cuasidelito de lesiones graves, toda vez que el sujeto pasivo de la acción no es aún un “otro”, en el sentido que se le exige penalmente el sujeto pasivo del delito de homicidio.

Lo anterior, ya que el concebido aún no “ha terminado de nacer”. En virtud del criterio de la expulsión total del concebido, aún no inicia la protección del bien jurídico tutelado por el homicidio (o lesiones, en su caso), encontrándonos aún en la esfera de protección del delito de aborto. Una vez el producto de la concepción es expulsado en su totalidad del claustro materno, encontrándose así separada de ella y, sólo en ese momento, puede considerarse al nacido como vida humana independiente y las actuaciones que deriven en su muerte se entienden como configuradoras de un homicidio, según lo regulado en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Por su lado, y como igualmente indica la Corte Suprema en el considerando duodécimo de la sentencia dictada, tampoco puede entenderse como cometido el cuasidelito de aborto, toda vez que dichas clases de conductas se encuentran reguladas en los artículos 490 y 492 del Código Penal, que se aplican exclusivamente en relación con los delitos contra las personas (título VIII del libro II de dicho cuerpo legal).

- Sentencia Corte Suprema dictada el 16 de abril de 2009.

Con fecha 31 de octubre de 2001, alrededor de las 23.44 horas, doña Marisol Monjes Núñez -quién presentaba un embarazo de término- ingresó al Hospital de la ciudad de Coyhaique presentando contracciones. La matrona, de carácter particular, informó esta situación al médico tratante -también particular- quien no se encontraba presente al ingreso de la paciente. El médico, don José Redondo Caro le indicó a la matrona, doña Eliana Barría Haro, la realización de dos monitoreos fetales, en distintas horas. En caso de manifestarse igual condiciones entre ambos, se indicó que debía quedar doña Marisol Monjes en ayunas para realizar la cesárea correspondiente el día siguiente a las 8 horas.

Pese a que la paciente requería especial atención, ya que había desarrollado diabetes gestacional y había sufrido con anterioridad 3 abortos espontáneos, la matrona particular encargó la realización de las diligencias a una matrona de turno del Hospital, para posteriormente retirarse del recinto hospitalario. Alrededor de las 4 horas de la madrugada se detectaron irregularidades (bradicardia fetal de 60-70 por minuto), por lo que doña Eliana Barría regresó al recinto y alrededor de las 04:40 horas realizó intervención de extrema urgencia, constatando la presencia de una doble circular de cordón umbilical en el cuello del feto, causa de muerte del concebido en el claustro materno.

El segundo juzgado del crimen de Coyhaique, con fecha 8 de agosto de 2006, condenó a don José Francisco Redondo Caro y Eliana Candelaria Barría Haro a penas de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo, accesorias de suspensión de cargo y oficio público y pago de costos, en calidad de coautores del delito previsto en el artículo 491 en relación con el artículo 490 N° 1, ambos del Código Penal. Asimismo, se acogió con costas la demanda civil deducida de indemnización de perjuicios, que los condenó solidariamente a la suma de \$20.000.000 por concepto de daño moral. La Corte de Apelaciones de Coyhaique, con fecha 5 de marzo de 2008, revocó la sentencia en la parte que condenaba a José Redondo Caro, absolviéndolo y, asimismo, declarando que no se hace lugar a su respecto a la demanda civil.

La Corte Suprema, actuando de oficio, anuló el fallo y con fecha 16 de abril de 2009 dictó sentencia de reemplazo, en que se declaró que los acusados José Redondo Caro y Eliana Candelaria Barría Haro quedaban condenados como autores de cuasidelito que causa mal a la persona de Marisol Monje Núñez con resultado de muerte del feto.

En el considerando décimo, la Corte señaló lo siguiente:

*10°. Que el **bien jurídico protegido es la vida orgánica del feto, sujeto pasivo**, para que no sufra un mal o sea víctima de él, riesgo que afectó a la madre en cuanto fue abandonada y desatendida por su médico y matrona particulares, afectando*

*también al feto, a la criatura que estaba con vida en el claustro materno, que muere por esa falta de atención y cuidados (...). En cambio, en el ámbito penal el concepto, la idea de quien es “otro”, ha ido adquiriendo una visión más acorde con la realidad y circunstancias del tipo penal de que se trata, así en los cuasidelitos y en los de negligencia médica que nos preocupa, es también **“el otro” el producto de la concepción**, sin lugar a dudas y discusión, a lo menos, **en la etapa de nacimiento que se inicia con las primeras contracciones que sufre y experimenta la parturienta**, de manera que si durante ese proceso biológico, cuya vida ha sido auscultada, fallece antes de su extracción del vientre materno, sea por operación o procedimiento médico o naturalmente, **se habrá originado responsabilidad penal**, si quienes debieron controlar, dirigir y realizar las actuaciones médicas y obstétricas necesarias para el parto sin consecuencias, incurrieron en negligencia como la comprobada en autos”.*

Énfasis agregado.

De acuerdo con lo expuesto, la Corte estima en el caso presente que el criterio correcto para delimitar el término de protección jurídico penal del producto de la concepción es de forma anterior al inicio del nacimiento. Así, una vez iniciado este con las llamadas “contracciones”, el producto de la concepción es el sujeto pasivo del delito de homicidio. Por lo anterior es que, en el caso presente, pese a que el concebido no salió hacia el exterior y falleció en el claustro materno, es considerado como un “otro”; el proceso de parto había dado comienzo con las contracciones, por lo que las actuaciones lesivas dirigidas al mismo se consideraban punibles, ya sea a título de lesiones o de homicidio -o cualquiera de sus figuras especiales. Es decir, en este caso en particular la Corte recurrió a otro criterio, en el entendido que lo decisivo era finalmente el inicio de las contracciones que experimenta la mujer embarazada.

6 Tratamiento de actuaciones prenatales con resultados en nacido vivo

En los acápites anteriores se han revisado variadas cuestiones relativas al delito de aborto. Por un lado, se revisó tanto las legislaciones vigentes como otras normas ya derogadas que han existido en nuestro ordenamiento y en el derecho comparado, en relación con este delito. Junto con eso, se revisó algunas de las concepciones de la palabra “aborto” con el objeto de identificar cuál es la reflejada en nuestro ordenamiento, y cuál de ella ha sido entendida como la idónea o pertinente tanto por la doctrina como por nuestros tribunales.

Posteriormente, se revisó el objeto jurídico protegido por dicho delito, para posteriormente hacer referencia a una de las cuestiones centrales del presente trabajo: la determinación de los límites jurídicos de protección jurídico-penal superior e inferior del bien tutelado por las normas que prohíben el aborto.

Así, se ha determinado que la protección de la vida humana dependiente inicia con la anidación del concebido en el útero de la mujer embarazada. Por su lado, la finalización de la protección jurídico penal del producto de la concepción finaliza una vez que el concebido es expulsado en su totalidad del claustro materno, con independencia de la etapa de desarrollo físico o evolutivo en la que se encuentra, del hecho de haberse cortado el cordón umbilical o el hecho de haberse ejercido respiración pulmonar autónoma.

Habiéndose delimitado las cuestiones anteriores, queda otra situación importante por desarrollar para los efectos de la delimitación de protección y, así mismo, demarcar aquellos casos en que se configura o no el tipo penal de aborto (y a su vez, la posible configuración del tipo penal de homicidio, atendida las características de similitud que ambos presentan).

Esta situación dice relación con aquellos casos en que se producen actuaciones lesivas prenatales – es decir, dirigidas en contra del producto de la concepción que se encuentra en el claustro materno- pero que producen resultados una vez el mismo ha nacido vivo.

En los acápite siguientes se realizará una revisión de las diferentes propuestas doctrinarias desarrolladas como vía de solución a resolver esta problemática, por medio de determinar bajo qué tipo penal se configura y, por tanto, cómo debe sancionarse ante la ocurrencia de dichas actuaciones lesivas prenatales. Sin embargo, y según se expondrá, la forma de resolver esta situación dice relación con la calidad o estatus material-valorativo (jurídico) del objeto de la acción lesiva y la determinación del momento en que debe concurrir dicho objeto exigido por cada uno de los tipos penales relevantes (lesiones, aborto y homicidio).

6.1 Aborto como delito de resultado

De forma previa a tratar la problemática existente en torno de las actuaciones lesivas con resultados en el nacido vivo, resulta necesario distinguir entre la clasificación de delitos de resultado material y delitos de mera actividad y clasificar al aborto dentro de alguno de estos, debido a la peculiaridad que se expondrá.

6.1.1 Los delitos de resultado

Los delitos pueden ser objeto de diferentes clasificaciones, siendo criterios de distinción su gravedad, los caracteres de la conducta, la calidad del sujeto activo, las características de consumación, entre otros. La clasificación que resulta relevante para efectos del presente trabajo es aquella que los distingue en virtud de la acción típica y las características de consumación.

Así, la clasificación relevante para los efectos del presente trabajo es aquella que distingue entre los delitos de resultado y los delitos de mera actividad.

Se ha propuesto por parte de la doctrina diferentes nociones sobre ambos conceptos, entregándose una noción sobre el criterio diferenciador entre estos delitos mencionados.

Los delitos de resultados se han entendido como aquellos en que “se reconoce un evento “material” como consecuencia causal de la acción, el que podría llegar a acaecer en tiempo y lugar distintos de los de la completa ejecución de la acción

descrita por el tipo en cuestión”²⁶⁰. De esta forma, esta clase de delitos requieren de un hecho material, perceptible por los sentidos o por un proceso intelectual, que sea una consecuencia causal de la acción ejercida. En concordancia, el diccionario de español jurídico de la Real Academia Española ha entendido ese tipo de delitos como “tipo delictivo que requiere para la consumación la producción de un resultado, material o ideal, como consecuencia de la conducta y distinto de la misma, generalmente posterior, pero a veces simultáneo a ella. Por ello cabe perfectamente tanto tentativa inacabada como tentativa acabada o frustración”²⁶¹.

Se ha señalado como ejemplo clásico de delito de resultado, el delito de homicidio. Así, se ha ejemplificado esta cuestión señalando que “Si A dispara su arma contra B en un tiempo t1, causando su posterior muerte por desangramiento en un tiempo t2, A ha finalizado la ejecución de su acción en t1, a pesar de que al momento de disparar (i.e. al momento de jalar el gatillo), la muerte de B no se haya producido. Así, B muere en tiempo y lugar distintos de aquellos en que la acción de A fue ejecutada”²⁶². Otros ejemplos de este tipo de delito son el delito de lesiones (que, de acuerdo a nuestro Código, se requiere “herir, golpear o maltratar de obra a otro”, produciendo como consecuencia inmediata de esta acción la lesión corporal o física en la persona) o el delito de estafa, que requiere un perjuicio patrimonial, entre otros.

En consecuencia, los delitos de mera actividad son aquellos en no se requiere la ocurrencia del evento material como consecuencia causal de la acción, bastando el despliegue de la acción o conducta. Ejemplo de esta clase de delito son los delitos de injuria, los cuales requieren un despliegue de conducta por el agente, orientada a la deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona, y el delito de asociación ilícita, que dice relación con la formación de una asociación que busca atentarse contra el orden social, las buenas costumbres, las personas y las propiedades²⁶³.

²⁶⁰ OLAVE, Alejandra, 2018. *El delito de hurto como tipo de delito de resultado*. En: Revista Política Criminal, Vol. 13, N° 25 (Julio 2018), 189p.

²⁶¹ Diccionario de Español Jurídico (DEJ) de la Real Academia Española. [en línea] <<https://dej.rae.es/lema/delito-de-resultado>> [consulta 13 junio 2020].

²⁶² OLAVE, Alejandra, 2018. op. cit. p. 189.

²⁶³ El texto de este delito, regulado en el artículo 292 del Código Penal Chileno, señala expresamente que “importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse” sin requerir un resultado o un efectivo menoscabo en el patrimonio o las personas.

Es decir, son aquellos casos en los que “solo se exige la conducta del autor para su realización, sin necesidad de un hecho (suceso) separado de la misma. En dichos delitos, la conducta constituye el principio y el final de la realización típica, el punto final típico”²⁶⁴.

De esta forma, el criterio diferenciador se encontraría en relación con un elemento material o físico. Sin embargo, se ha señalado por la doctrina que entenderlo de este modo (ya sea como una alteración física que tiene lugar en el mundo exterior, como el requerimiento de que la acción ejecutada sea previa al evento material, o como el requerimiento de que la acción que se ejecuta pueda ser razonable y objetivamente atribuida como la causa, siendo el resultado su efecto)²⁶⁵ implica distintas problemáticas asociadas.

En este sentido, Roxin²⁶⁶ se refiere a una cuestión de hecho, señalando que no todos los tipos podrían encuadrarse claramente en esta clase de delitos. El autor pone como ejemplo las lesiones, que podrían según el caso ser un delito de mera actividad o un delito de resultado²⁶⁷.

Igualmente, se reconoce otra problemática sobre el entendido de que, en los delitos de resultados, “la acción produciría como resultado cambios en el mundo espacio-temporalmente diferenciados de ésta”²⁶⁸. Así, se establece la cuestión sobre el significado de un cambio espacio-temporalmente diferenciado. Por otro lado, se señala que siempre un delito de resultado trae consigo una modificación perjudicial por lo que, finalmente, resulta importante la determinación de si pueden reconocerse delitos que venga en producir dicha modificación perjudicial como resultado, pero sin que la misma modificación implique o signifique una modificación espacio-temporalmente diferenciada.

²⁶⁴ MODOLELL, Juan Luis, 2016. *El tipo objetivo en los delitos de mera actividad*. En: Revista Política Criminal, voy. 11, no. 22, 369p.

²⁶⁵ En este sentido se han referido Novoa, Etcheberry y Cury respectivamente. En: OLAVE, Alejandra, 2018. op. cit. p. 190.

²⁶⁶ Roxin, C. En: OLAVE, Alejandra, 2018. op. cit. p. 190.

²⁶⁷ El autor señala que sería mera actividad si las lesiones consisten en una bofetada, pero un caso de delito de resultado si se produce las lesiones por medio del lanzamiento de una piedra que posteriormente impacta en el cuerpo.

²⁶⁸ OLAVE, Alejandra, 2018. op. cit. p. 191.

Olave²⁶⁹, señala, tras haber revisado las problemáticas planteadas, que un tipo de delito de resultado debe especificar una acción que concluye con una modificación, producción o destrucción de un determinado estado y que, por tanto, la descripción de actividades no incluye dicha deferencia de modificación, producción o destrucción.

La misma autora, analiza estos delitos en relación con las nociones de acciones y actividades. Citando a Zendo Vendler, la autora distingue entre “términos de actividad” (actividad) y “términos de resultados” (acciones). Señala que mientras que las primeras “consisten en procesos cuya descripción no requiere del cumplimiento de nada más que realización del proceso mismo. Dentro de este grupo se encuentran verbos como correr o manejar”²⁷⁰, dentro del segundo se vienen en describir procesos que exigen y requieren un resultado.

Dentro del mismo punto de vista y distinguiendo entre actividad y acción, pero utilizando un criterio diferente, la autora cita a Kenny, quien sostiene que la diferencia finalmente entre actividades y acciones radica en la condición de homogeneidad que caracteriza y cumple únicamente la primera. Así señala que “quien realiza una actividad entre tiempo t1 y t3, la ha realizado igualmente en el tiempo t2, mientras quien inicia una acción en tiempo t1 que culmina con un determinado evento en t3, no ha realizado el resultado (no se ha dado el evento) en el tiempo t2. Estando ante una actividad, una vez iniciado el proceso, éste ya se encuentra consumado, en el sentido de que ya se ha realizado la actividad descrita²⁷¹”.

En virtud de ambos criterios, la autora concluye que la acción descrita por un tipo de delito de resultado es posible de describir como “la acción productiva o destructiva de un determinado resultado. Dicho resultado cuenta como la “marca de éxito” de la acción, marca exigida por el tipo”²⁷², mientras que la actividad descrita por un tipo de delito de actividad “no incluye la producción o destrucción como resultado. Ella se contempla al realizar la actividad, sin que se requiera modificación ulterior alguna. Esto quiere decir que, en un delito de actividad, si es que “el delincuente pone

²⁶⁹ Loc. Cit.

²⁷⁰ Ibid, p.192.

²⁷¹ Ibid, p. 193.

²⁷² Loc. Cit.

de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma”, éste se consumará, salvo que -como se verá más adelante- haya sido imposible la consumación desde el principio”²⁷³.

Cabe destacar que, al referirnos de la categoría de delitos según las características de consumación, se mencionan nuevamente los delitos formales o de simple actividad y los de resultado, agregándose los llamados delitos instantáneos y los permanentes. Esta categoría se realiza en función del momento en el cual se entiende como consumado un delito.

De esta forma, los delitos de simple actividad solo requieren la realización de esta conducta prohibida por la ley, con independencia de que se produzca un resultado tangible o perceptible por los sentidos. En cambio, los delitos de resultados además de una acción requieren la ocurrencia de un resultado específico, a efectos de punir la conducta, el cual debe ser perceptible por sentidos o el proceso intelectual, adquiriendo relevancia la relación de causalidad.

En consecuencia, de lo expuesto anteriormente se sigue que “en el primer caso se ejecuta una conducta lesiva de por sí (delitos de lesión de mera actividad) o de cuya ejecución deriva como consecuencia una lesión para el bien jurídico (delitos de resultado de lesión) reflejada, en ocasiones, en la exigencia de un resultado material”²⁷⁴.

Finalmente, cabe destacar otras nociones, que se condicen con lo anteriormente expuesto, contenidas en el glosario jurídico de la Universidad de Navarra en España. En este texto, se ha entendido los delitos de resultado como “aquellos tipos cuyo contenido consiste en la producción de un efecto separado espacio-temporalmente de la conducta. La producción de ese resultado constituye la

²⁷³ Loc. Cit.

²⁷⁴ MALDONADO, Francisco, 2006. *Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal*. En: REJ Revista de Estudios de Justicia, N° 7, 2006, 25p.

consumación formal del tipo”²⁷⁵ y los delitos de mera actividad como “aquellos cuya descripción y contenido material se agota en la realización de una conducta, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo”²⁷⁶ indicando como ejemplo el delito de allanamiento de morada.

6.1.2 Clasificación del aborto como delito de resultado material.

En virtud de lo expuesto en el punto anterior, es que debe entenderse al delito de aborto como un delito de resultado material. Esto, ya que el tipo penal no se configura únicamente con la realización de cierta conducta penada por la ley, como lo sería la realización de una conducta lesiva en contra del concebido. Además de dicha conducta penada, para que se entienda como consumado el delito de aborto, se requiere la existencia de un resultado material, el cual debe ser perceptible por lo sentidos o por un proceso intelectual.

En este tipo de delitos, por tanto, el resultado consiste en la muerte del feto o embrión (lesión mortal a la vida humana dependiente).

Sin embargo, y de acuerdo con lo señalado con Jesús María Silva Sánchez, este tipo de delitos se encuentran caracterizado por una dimensión temporal la cual es fuente de diversos problemas dogmáticos. Así, “éstos afectan seguramente a los tres elementos típicos: el sujeto, el objeto y la acción. En el caso de la acción, el tema ha sido discutido con profusión. La segregación temporal (y no sólo lógica o analítica) de dicho elemento en los sub elementos “conducta” y “resultado” da lugar, como es sabido, a problemas de imputación específicos. El objeto y el sujeto de la acción, en cambio, no han sido objeto de un estudio paralelo (en lo que alcanzo a ver). Y, sin embargo, ni uno ni otro se sustraen a la referida dimensión temporal. Así, la apreciación de la concurrencia de un delito de resultado de lesión consumado requiere

²⁷⁵ El sistema español, Glosario. Universidad de Navarra. [en línea] <<http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/delitosderesultadoydemeraactividad.html>> [consulta 13 junio 2020]

²⁷⁶ El sistema español, Glosario. Universidad de Navarra [en línea]. <<http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/delitosderesultadoydemeraactividad.html>> [consulta 13 junio 2020]

que la conducta del sujeto alcance al objeto de la acción de modo lesivo. A ese alcance lesivo del objeto por la conducta le llamamos resultado”²⁷⁷.

Una complejidad asociada por la desvinculación espacio - temporal de la acción con la producción del resultado típico, que se manifiesta en los delitos de resultado material, consiste en “la posibilidad de que el objeto sobre el cual recae tal resultado vea modificada su configuración en relación a aquella que tenía en el momento en que se llevó a cabo la acción”. Es decir, en esta clase de delitos, puede ocurrir que entre los momentos de acción y resultado tenga lugar una transformación el objeto de la acción, lo que a su vez conlleva un cambio de su estatus normativo.

Así, y como consecuencia de lo expuesto, se tiene que en el delito de aborto es del todo posible que se configure esta situación descrita. Anteriormente, de acuerdo con lo expuesto en el segundo capítulo del presente trabajo, se señaló al revisar las distintas nociones de aborto, que se requería un presupuesto mínimo consistente en la interrupción del embarazo, sin ser éste el elemento suficiente o único. El elemento central y decisorio consiste en la muerte del embrión o feto anidado en el vientre de la mujer materna. Igualmente, se estableció que podía ocurrir o no la expulsión, sin ser un elemento central, y que la interrupción podía precisamente manifestarse por medio de la ocurrencia de esta expulsión.

Ahora bien, la expulsión y muerte, que pueden seguirse de la actuación dañosa del autor que la ejecuta, pueden implicar entonces una muerte extrauterina. Así, estaríamos en un caso de muerte de seres humanos nacidos.

Como consecuencia, y en el entendido de que las normas que regulan el aborto incluyen esta muerte, teniendo entonces como presupuesto que el aborto incluya la muerte extrauterina²⁷⁸, es que es relevante la noción expuesta de este delito como un delito de resultado. Así, bajo este presupuesto puede darse que entre los momentos

²⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, 2001. *La dimensión temporal del delito y de los cambios de status jurídico penal del objeto de la acción*. EN: El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz; Pamplona, p. 759.

²⁷⁸ Y por tanto, muerte de seres humanos nacidos.

de acción y resultado tenga lugar una transformación del momento de la acción, que conlleva a su vez un cambio en su estatus normativo.

Por tanto, es necesario hacer mayor referencia y desarrollo sobre la mutación del objeto de la acción en los delitos de resultado y la problemática asociada, lo cual se desarrollará en los puntos siguientes.

6.2 Situación de mutación de objeto jurídico de protección

En relación con el objeto material del delito – en contra el cual se dirige la acción punible y en el cual se manifiestan los efectos- la doctrina ha señalado que no se trata de un elemento estático. Al contrario, se ha señalado que se trata de un elemento dinámico en un doble sentido: físico-material y valorativo. Así, “en el estricto sentido físico-material el objeto pasa de no existir a existir, sufre transformaciones en su propia fisicidad y, en algún momento, deja de existir. Por otro lado, en un sentido valorativo manteniendo su propia fisicidad, puede sufrir cambios en su “status” social o jurídico”²⁷⁹.

Como consecuencia de lo expuesto, se tiene que pueden producirse en el objeto material del delito cambios físicos o valorativos extrapenales, de lo cual puede seguirse a su vez que un mismo objeto vea modificado su estatus jurídico-penal. Es decir, puede ocurrir que varíe la protección jurídico penal del objeto material del delito, pudiendo las situaciones clasificarse en tres grupos: i. aquellos casos en que el objeto poseía protección jurídico penal, dejando de poseerla; b. aquellos casos en que el objeto tenía una protección jurídica, pero, producto de la modificación, se pase a proteger de un modo distinto y, finalmente; iii. aquellos casos en que el objeto no poseía protección jurídica alguna (o al menos, no de carácter penal) y producto de la modificación pase a tener dicha protección. En este último caso, puede ocurrir que “pase del ámbito de protección de un bien jurídico al ámbito de otro; o, en todo caso, dentro de la esfera de protección de un determinado bien jurídico, que pase a proteger más o menos en función de las circunstancias más o menos relevantes en las que se sitúe”²⁸⁰.

²⁷⁹ Ibid, p. 759-760.

²⁸⁰ Ibid, p. 760.

La situación planteada, por tanto, resulta sumamente relevante para el delito de aborto, en el entendido de que se trata de un delito de resultado. Este delito, según lo indicado anteriormente, tiene como contenido la producción de un efecto separado espacio - temporalmente de la conducta; es decir, se requiere la ocurrencia de un resultado tangible que sea diferente de la conducta, sin perjuicio de que en algunos casos concurren en el mismo tiempo. Por tanto, para que se entienda como consumado el delito de aborto, y según lo revisado en el presente trabajo, se requiere la muerte del feto o embrión

Sin embargo, la complejidad existente, vinculada con lo anteriormente desarrollado, dice relación la mutación del objeto jurídico de protección. En primer lugar, y según se indicó con anterioridad, la protección jurídica del objeto tutelado por el delito de aborto comienza desde la anidación y concluye con el momento de la expulsión en el nacimiento. Posterior a la expulsión, existe otro bien jurídico, tutelado por el delito de homicidio. Así, existe una mutación de vida humana dependiente a vida humana independiente²⁸¹.

Pese a esta diferencia que ocurre en relación al estatus jurídico que posee el objeto protegido, debe destacarse que se trata de un mismo ser humano, en diferentes etapas de su desarrollo evolutivo: la etapa prenatal (siendo relevante para estos efectos específicamente la fase implantacional), en la cual se desarrolla primariamente en el claustro materno (estadio fetal), y la etapa postnatal, en la que existen de forma autónoma e independiente de la mujer embarazada en cuyo útero se desarrolló, sin perjuicio claro está de que en la práctica requieren de cuidados para la sobrevivencia. Así, existe un cambio “en el “estatus” jurídico-penal del mismo, pues pasa de una esfera de protección del aborto/lesiones al feto a la esfera de protección del homicidio/lesiones comunes”²⁸².

Volviendo a la idea anterior, surge una problemática en torno a la modificación o mutación del objeto jurídico desde el momento de la acción hasta el momento de la

²⁸¹ Traspaso de una vida humana incipiente a vida humana propiamente tal.

²⁸² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, 2001, op. cit. p. 761.

producción del resultado. Farre Trepap²⁸³ señala que, en atención a diversos factores, pueden plantearse diferentes grupos de casos, siendo relevantes hacer las siguientes 5 distinciones:

- a. En primer lugar, se debe distinguir si el objeto sobre el cual incide directamente la actuación lesiva se encuentra penalmente protegido o no. De acuerdo con lo ya revisado en capítulos anteriores, la vida humana dependiente se encuentra protegida desde el momento de la anidación en adelante, mientras que no posee protección jurídico penal alguna en las fases anteriores al proceso de anidación.
- b. En segundo lugar, debe distinguirse en qué consiste el resultado de la intervención, pudiendo ser, en palabras de la autora, “la muerte del feto (la muerte en el interior del claustro materno o en el exterior del mismo, pero en un estadio de desarrollo tal que todavía no permita hablar de un “nacido vivo”) o bien en la muerte del niño nacido”²⁸⁴.
- c. En tercer lugar, en aquellos casos que el resultado consista en la muerte del “niño nacido” debe distinguirse por qué razón ocurrió la muerte. La autora menciona como ejemplos la falta de suficiente madurez desde un punto de vista cronológico para vivir de forma separada de la mujer embarazada en cuyo claustro se desarrolló, la vida humana afectada por una lesión orgánica producida durante la intervención prenatal que la incapacita para continuar una sobrevivida en el exterior del claustro materno y, finalmente, la ocurrencia de causas distintas a la viabilidad.
- d. En cuarto lugar, debe tenerse presente que el momento en que tiene lugar la muerte del nacido vivo puede variar temporalmente, ya que este puede ocurrir de forma inmediata tras la finalización del nacimiento o bien horas, días, meses o incluso años después de su término.

²⁸³ FARRE TREPAT, Elena, 1992, *Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente*. En: Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo; Madrid, Editorial J.M. Bosch Editor, 340p.

²⁸⁴ Ibid, p. 340.

- e. Finalmente, se indica que resulta relevante el examen de la parte subjetiva. Así, debe ponerse atención si la actuación del autor fue dolosa o accionando imprudentemente. Igualmente, debe tenerse en cuenta la posibilidad de actuación con dolo eventual como la punibilidad de formas imperfectas de ejecución.

Existen situaciones en las cuáles, si bien existe una modificación del objeto en los hechos, no se configura una problemática toda vez que esta mutación del carácter del objeto no ocurre, en el lapsus temporal, entre la acción y el resultado. Es decir, la mutación ocurre antes o después de la acción y su correspondiente resultado.

Esta situación se configura, por ejemplo, “en aquellos supuestos en que la intervención y el resultado tienen lugar o bien exclusivamente en el feto o bien exclusivamente en el nacido”²⁸⁵. Es decir, al observar los hechos anteriores y posteriores a la actuación dirigida en contra el sujeto pasivo, se tiene que efectivamente en algún momento éste muta y pasa de estar protegido por el delito de aborto al delito de homicidio y/o lesiones. Sin embargo, en un caso tanto la acción como el resultado tienen lugar antes de la mutación (que posteriormente podría observarse en el sujeto pasivo) y en otro caso, tanto la acción como su resultado se produce una vez ocurrida la mutación. Es decir, si se revisa la historia temporal, se observará que antes o después hubo una mutación en el objeto, pero que esta mutación pasará, en estos casos, a ser un elemento irrelevante para los efectos de analizar la acción en cuestión y su resultado.

Por tanto, se distinguen en principio dos situaciones relevantes. La primera, donde existe una actuación dañosa dirigida en contra del feto que produce su muerte (y esta muerte, en palabras de la autora, podría darse tanto en el interior del claustro materno como en el exterior, configurando en este último caso una muerte extrauterina), situación que configuraría entonces el presupuesto de hecho del delito de aborto. En cambio, se contempla la segunda situación en la cual se ejerce una actuación dañosa dirigida en contra del nacido vivo, ocurriendo su muerte, y enmarcándose estos hechos en el marco de las normas que prohíben el homicidio. La

²⁸⁵ FARRE TREPAT, Elena, 1992, op. cit, p. 341.

misma situación se configura respecto del delito de lesiones en caso de ejercerse en contra del nacido vivo.

A su vez, resulta relevante referirse a un segundo grupo de supuestos, tratándose de aquellos casos en que “se realiza una primera intervención sobre el feto, que se repite sobre el nacido vivo”²⁸⁶. En este grupo es de interés distinguir si la voluntad del autor se encuentra orientada en lesionar o matar al feto o, en cambio, lesionar o matar al nacido vivo, pudiendo surgir diferentes significaciones. Sin embargo, resulta plausible pensar en aquellos casos en que se intenta cometer un delito de aborto (muerte del feto) sin éxito, por lo que se ejecuta acción tendiente a obtener la muerte sobre el nacido vivo. En dicho caso, se pueden plantear diversas cuestiones.

Por un lado, la doctrina ha señalado que debe examinarse la relación existente entre los dos delitos que concurren, esto es, aquel que protege la vida humana dependiente y aquel que protege la vida humana independiente²⁸⁷, mientras que por el otro distinguir si el delito de aborto debe entenderse en grado de frustrado o consumado, toda vez que el sujeto pasivo falleció, pero hubo una segunda actuación lesiva dirigida una vez nacido.

En supuestos similares, el Tribunal Supremo Alemán falló que concurría un delito de aborto consumado en unidad de acción con un delito de homicidio consumado. Sin embargo, algunos autores como Farre Trepas²⁸⁸ han señalado que dicha solución es inaceptable, toda vez que se trata de pluralidad de acciones y no unidad de acción, sin que la acción de dar muerte al nacido vivo pueda subsumirse en el tipo penal del delito de aborto. Esto, por un lado, ya que debe mirarse la parte objetiva a efectos de comprobar si la muerte del niño es objetivamente imputable a la conducta del aborto. Por ejemplo, si la actuación sobre el feto causó tanto como el adelantamiento del nacimiento como su muerte en el exterior del claustro, se configura el aborto como causa de su muerte. Sin embargo, en otros casos el fallecimiento del

²⁸⁶ Ibid, p. 342.

²⁸⁷ Loc. Cit.

²⁸⁸ Ibid, p. 343.

nacido vivo no puede objetivamente imputar a la conducta de aborto, ya que existe “otro peligro posterior que es el que conlleva la conducta del homicidio”²⁸⁹, sin ser posible que se considere como aborto consumado.

Así, lo correcto sería estimar que existen dos hechos y dos delitos distintos, correspondientes a un aborto frustrado y un homicidio consumado (que protegen dos bienes jurídicos distintos: vida humana dependiente y vida humana independiente, tratándose del mismo sujeto pasivo que mutó tanto en una dimensión física como en una valorativa). La relación, al apreciar ambos delitos, debe ser de concurso real.

Sumado lo anterior, y respecto del mismo grupo de supuestos, surge la interrogante sobre la importancia jurídico penal que debe darse al hecho de que el nacido vivo nazca en condiciones de falta de viabilidad extrauterina, o el hecho de que hubiera muerto antes del segundo ataque. La doctrina mayoritaria ha señalado, que “el recién nacido, que por falta de madurez o por alguna otra razón, no tiene ninguna posibilidad de continuar viviendo en el exterior del claustro materno, constituye también un objeto idóneo de los delitos contra la vida humana”. Se requiere entonces que nazca vivo y que se produzca la mutación de vida humana dependiente a independiente, siendo irrelevante si existían problemas de viabilidad o no había pronóstico de sobrevivencia de forma posterior al nacimiento.

Sin embargo, y a contrario de lo revisado en estos párrafos, existen otro grupo de supuestos de relevancia. Se tratan de aquellos casos en que existe una mutación del objeto entre el momento de la acción y el momento en que se manifiestan sus efectos, originándose una problemática que será expuesta en el siguiente apartado.

6.3 Problemática en torno a las actuaciones prenatales e importancia de la mutación del objeto

De acuerdo con lo expuesto en el punto anterior, una problemática que puede plantearse en torno al delito de aborto, en virtud de su peculiar característica de objeto que muta, es el tratamiento jurídico penal que debe otorgarse a una actuación lesiva dirigida en contra el feto -es decir, en una instancia prenatal pero implantacional - cuyos

²⁸⁹ Loc. Cit.

resultados se manifiestan o producen en el mismo sujeto pasivo, el cual ya ha mutado por medio del nacimiento y pasa a ser un “nacido vivo”. En palabras simples, se tiene que resultan problemáticas aquellas situaciones en que el carácter del objeto muta entre el momento de la acción o ataque y el momento resultado; es decir, situaciones en que el objeto de ataque muta entre ambos momentos

¿Por qué estos supuestos son de carácter problemático? Según se señaló, se tiene que, en principio, existe una vida humana dependiente, tutelada por el delito de aborto, la cual se transforma o muta a una vida humana independiente, tutelada por los delitos de homicidio y lesiones. Es decir, un mismo ser humano existe en fases prenatal y postnatal, ocurriendo el paso de una fase a otra. Así, por medio del proceso del nacimiento, el objeto varía tanto en sus cualidades físicas como en su reconocimiento valorativo o de protección jurídico-penal pero, sin duda, se trata del mismo sujeto pasivo.

Por tanto, en virtud de esta mutación que se produce (que implica el cambio tanto de bien jurídico protegido como de esferas de delitos que lo protegen) puede ocurrir un supuesto en que se realiza una actuación lesiva de carácter prenatal – es decir, dirigida al producto de la concepción o concebido, de forma anterior al nacimiento, encontrándose protegido por el tipo penal del aborto- pero que, sin embargo, manifiesta sus efectos de forma posterior al nacimiento, habiendo ya mutado a un nacido vivo. Esta situación constituye las situaciones de las actuaciones prenatales cuyos resultados se manifiestan en el nacido vivo. Es decir, se trata del cambio de estatus jurídico-penal del objeto de la acción, el cual plantea una problemática cuando “el cambio de status se produce entre el momento de realización de la conducta y el momento en que la misma alcanza al objeto (o incluso, cuando dicho cambio se produce después de la conducta 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)”²⁹⁰.

Por medio de esta mutación, entonces, ocurre una transformación entre el objeto idóneo del delito de aborto en objeto idóneo del delito de homicidio (pudiendo

²⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, 2001, op. cit. p. 760.

además configurarse, según las situaciones del caso específico, el objeto idóneo del delito de infanticidio). Así, existe la posibilidad de que la transformación del feto en un nacido se produzca durante el lapso de tiempo existente entre la ocurrencia de un ataque al objeto idóneo del delito del feto (agresión al nasciturus) y la ocurrencia del resultado típico seguido de dicha acción (muerte del nacido). En este marco, surge la cuestión sobre cuál será el título de incriminación, ante un presupuesto que entienda que el aborto puede abarcar igualmente muerte extrauterina.

Existe en definitiva un cambio de estatus jurídico-penal del objeto, pues pasa de la esfera de protección del aborto a la esfera de protección del homicidio, infanticidio o lesiones. Sin embargo, en virtud de esta peculiar mutación y la diferencia existente tanto en la calidad del objeto y la esfera de protección presente entre el momento del inicio de la actuación dañosa o ataque y el momento de producción de los resultados consecuenciales, es que surge la dificultad de distinguir cómo castigar dicha actuación lesiva: bajo el título de aborto u homicidio o, en su caso, configurándose el delito de lesiones o incluso una situación de impunidad. De esto se sigue la consecuencia anteriormente prevenida; que al ver modificado el objeto su estatus jurídico penal (cambiando el objeto idóneo del delito de aborto por el objeto idóneo del delito de homicidio o infanticidio), puedan ocurrir alguna de las siguientes 3 situaciones:

- i. El objeto que no poseía relevancia jurídica ni era protegido penalmente al momento de ejecutarse una acción, y posteriormente pasar a serlo, teniéndose como consecuencia que el resultado de la actuación lesiva se produce sobre un objeto jurídico penalmente relevante. Un ejemplo de este supuesto es el caso de lo que en principio constituía un aborto culposo, impune en nuestro ordenamiento, que finalmente es sancionado como homicidio culposo. Asimismo, se configura esta situación en el caso “en que A vierte un ácido – cuyos efectos corrosivos se producen de forma diferida en el tiempo- sobre una cosa de su propiedad que luego

enajena a B. Una vez enajenada, la cosa se destruye por efecto del ácido”²⁹¹.

- ii. El objeto que es de relevancia jurídica y que era protegido penalmente deja de serlo su mutación, teniéndose como consecuencia la producción del resultado sobre un objeto que no posee protección penal. Se trataría del caso contrario al anteriormente ejemplificado sobre homicidio y aborto culposo. Igualmente, se configura esta situación en el caso en que “sujeto A que suministra un veneno mortal a B, el cual, no obstante, sólo produce sus efectos una vez que B ya ha fallecido a causa de un accidente automovilístico”²⁹².
- iii. Finalmente, la situación en que el objeto de la acción posee relevancia jurídica y protección penal, pero pasa de un ámbito de protección a otro o (es decir, en ambos instantes posee protección, pero bajo diferentes tipos penales) u ocurriendo que dentro de la misma esfera de protección de determinado bien jurídico, se proteja más o menos -habiendo así una variación en la protección- en virtud de las circunstancias específicas. Al respecto, se ha señalado que “los casos que a este respecto han recibido mayor atención doctrinal corresponden a aquellos en que se produce una intensificación de la protección penal con la transformación del objeto. Por ejemplo, cuando A introduce un virus mortal en su feto que, si bien logra nacer, fallece algunos meses después a causa del mismo virus (es decir, como ser humano nacido)”²⁹³.

Respecto de la problemática planteada cabe preguntarse cuál ha sido la resolución dada por la doctrina para el tratamiento de estas situaciones. Así, se han

²⁹¹ CONTESSE, Javier, 2013, *Cambios del estatus del objeto de la acción en el tiempo y lesiones al feto*. En: La ciencia penal en la Universidad de Chile; Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 379p.

²⁹² Loc. Cit.

²⁹³ Ibid, p. 380.

manifestado en la doctrina soluciones totalmente contrapuestas, de las cuales se pasarán a revisar brevemente algunas de las principales.

Un sector doctrinal de importancia ha estimado la imposibilidad de que se configure un delito en contra la vida humana independiente (sea homicidio o lesiones) cuando la actuación lesiva fue dirigida sobre el feto o nasciturus. Como consecuencia de ello, una actuación lesiva dirigida contra el feto que reside en el claustro materno, y que implica su fallecimiento de forma posterior al nacimiento -es decir, ya configurando un nacido vivo en calidad de vida humana independiente- solo puede configurar los hechos de un aborto consumado. En aquellos casos en que no se produzca la muerte, pero sí lesiones, se trataría de una situación impune toda vez que se entiende como ataque a la vida humana dependiente y en nuestro ordenamiento jurídico no se contempla la configuración del delito de lesiones en base a actuaciones lesivas ocurridas en la fase prenatal. Este criterio ha sido seguido por el Tribunal Supremo Español en variadas sentencias²⁹⁴.

Un segundo sector doctrinal de importancia ha estimado posible que se configure alguno de aquellos delitos que tutelan la vida humana independiente (sea homicidio o lesiones) cuando esta actuación lesiva se dirigió en contra del feto, y terminó produciendo su muerte de forma posterior al nacimiento. Así, “a consecuencia de una agresión sobre el feto se produce la muerte del nacido vivo tendrá que castigarse por un homicidio dolo consumado, si se quería matar al niño y por homicidio imprudente o preterintencional en concurso con tentativa de aborto, en el supuesto de que no se quisiera matarle”²⁹⁵.

Finalmente, la doctrina en el derecho penal ha estimado que existe un punto neurálgico en esta discusión para efectos de estimar cuáles de estos delitos se configuran. Se considera como hecho indiscutible que los delitos contra la vida humana independiente (homicidio, lesiones) protegen la vida del nacido vivo mientras que el delito contra la vida humana dependiente (aborto) protege la vida del que está por nacer o nasciturus. Son objetos distintos, pese a que se trata de un mismo ser humano

²⁹⁴ FARRE TREPAT, Elena, 1992. op. cit. p. 345.

²⁹⁵ Loc. Cit.

que muta, tanto en un sentido físico como valorativo. Por tanto, para solucionar la problemática, la doctrina ha considerado que debe determinarse en qué momento tiene que concurrir el objeto protegido por el delito (tipo penal)

Es decir, conforme con lo señalado, el delito de homicidio se configura cuando se produce la muerte del sujeto pasivo, consistente en una vida humana independiente. Pero teniendo en cuenta la mutación del objeto, las preguntas relevantes son ¿qué momentos pueden distinguirse, y en cuál de ellos debe existir el objeto protegido por el delito de homicidio, esto es, vida humana independiente?²⁹⁶. Y, por tanto, ¿en qué momento debe concurrir el objeto exigido por el tipo penal del aborto?

Las respuestas a estas preguntas serán tratadas a continuación.

6.4 Determinación de 3 momentos y criterios existentes

Tal como se indicó en el apartado anterior, la problemática de las actuaciones prenatales con resultados en el nacido vivo, en virtud de los cambios de estatus del objeto de la acción en el tiempo, han sido por lo general tratadas por la doctrina en término de diferenciar distintos momentos del hecho típico.

Así, en principio es posible distinguir 3 momentos diferentes: el momento de la acción, que consiste en el “instante en que el autor despliega con su movimiento corporal el curso causal que genera posteriormente la producción del resultado”²⁹⁷; el momento o hito de la incidencia de la acción, entendido como “el instante en que el curso causal desplegado por el autor afecta al objeto sin lesionarlo, es decir, incidiendo sobre él pero sin llegar a constituir una vulneración propiamente tal”²⁹⁸ y; el momento del resultado, el cual corresponde al “instante en que tiene lugar una modificación

²⁹⁶ O en un sentido inverso. En el caso del delito de aborto se tutela el bien jurídico vida humana dependiente, sin embargo, para ver si se configura en un caso determinado este tipo penal u otro debe responderse a la pregunta ¿en qué momento debe existir el objeto jurídico protegido por el delito de aborto?

²⁹⁷ CONTESSE, Javier, 2013. op. cit. p. 380

²⁹⁸ Loc. Cit.

perjudicial del objeto de la acción que admite ser subsumida en el supuesto de hecho de la norma de sanción penal como resultado típico”²⁹⁹.

Al respecto, Kaufman ha señalado que “como sucede en todo delito instantáneo, pueden diferenciarse, en la lesión corporal y el homicidio, tres momentos: el de la actuación de la voluntad o acción en sentido estricto (por ej., accionar el gatillo); el momento de la incidencia sobre el objeto del hecho (el proyectil alcanza al cuerpo humano) y el de la consumación (por ej., el momento de la muerte)”³⁰⁰.

De esta forma, la determinación del tratamiento que se debe dar a las actuaciones prenatales con resultados en un nacido vivo dependerá en atención al estatus o calidad que se exige al objeto por el tipo penal, pudiendo -según cada uno de los criterios- exigirse que este estatus o calidad exista y se verifique al momento de la acción, al momento de la incidencia o al momento del resultado. Así, para decidir el título de incriminación se requiere determinar previamente cuál de aquellos es el momento que debe considerarse como decisorio.

Cabe destacar que para al referirnos a las actuaciones prenatales con resultados en nacidos vivo nos referimos especialmente a dos situaciones. La primera consiste en determinar si las lesiones que sufre el concebido durante su permanencia en el claustro materno, que se manifiestan en el nacido vivo, pueden ser sancionadas bajo el tipo penal de lesiones al otro o si corresponde a un caso de impunidad. La segunda, que muchas veces va aparejada a la primera, consiste si las lesiones ocasionadas al feto durante su desarrollo en el claustro materno, que se manifiestan en el nacido vivo y de forma posterior ocasionan su muerte, pueden sancionarse bajo el tipo penal de homicidio.

A continuación, se revisarán cada una de estas propuestas doctrinales.

²⁹⁹ Loc. Cit.

³⁰⁰ KAUFMANN, Armin, 1973, Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan. Consecuencias para el derecho en vigor y la legislación. En: Nuevo Pensamiento Penal, 2, 170p.

6.4.1 Teoría del momento de la acción

Esta propuesta, para afirmar la tipicidad en un delito de resultado, como lo son el aborto o el homicidio, sostiene que “el estatus del objeto de la acción debe concurrir ya en el momento en que ésta es ejecutada”³⁰¹, entendiéndose así como determinante el momento de “la manifestación de voluntad (acción en sentido estricto)”³⁰². Esta teoría se ha entendido relacionada con un argumento de “legalidad”, ya que, utilizando como ejemplo un caso de homicidio, se tiene que al requerirse por las normas que lo prohíben la muerte de un “otro”, sería razonable entender como una condición de la subsunción del tipo penal el hecho de que al momento de la acción el denominado “otro” sea objetivamente reconocible como un ser humano nacido³⁰³. A esto se suma que, en los delitos de resultados, la acción que posteriormente da lugar al resultado solo sería reconocida como acción típica, en caso de ser ella misma la que recaiga en un objeto que ya posea, de forma previa, el estatus requerido por el tipo penal en cuestión³⁰⁴.

Por ejemplo, en el caso del homicidio, se entiende que al comienzo de la actuación (apretar el gatillo del arma de fuego para producir el disparo mortal) el sujeto pasivo u objeto material ya debe tener la calidad de persona humana nacida u “otro” que nuestra normativa exige en torno a ese delito. Por su lado, en el caso del delito de aborto que nos compete, al inicio de la actuación lesiva que pretende dar muerte al feto, y en virtud de esta teoría, ya debería existir el feto, nasciturus o vida humana independiente. Es decir, si nos encontramos en una fase anterior a la anidación, por ejemplo, no existiría el objeto idóneo que se requiere para la ejecución de este tipo penal.

³⁰¹ CONTESSE, Javier, 2013. op. cit. p. 382.

³⁰² FARRE TREPAT, Elena. 1992, op. cit. p. 346.

³⁰³ CONTESSE, Javier, 2013. op. cit. p. 382.

³⁰⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, 1991. En: CONTESSE, Javier, 2013. op. cit. p. 382.

Cabe destacar que esta teoría implica una exigencia de carácter temporal, esto es, que “acción y estatus del objeto deben coincidir, si bien no en el espacio, en todo caso en el tiempo”³⁰⁵.

Farre Trepap señala como crítica a esta teoría que implica un vacío en la protección jurídico penal del bien en cuestión, ya que puede ocurrir que al momento del inicio de la acción se espere precisamente que su efecto se produzca en un tiempo temporal distinto, habiendo mutado el objeto que no existe (o existe en otro ámbito o esfera de protección), siendo factible así la ocurrencia de una situación de impunidad.

A efectos de explicar esta situación, la autora pone como ejemplo el caso de un agente que coloca, en una habitación de una clínica recién inaugurada y destinada a la estadía de recién nacidos, una bomba. Al momento de colocar la bomba en la habitación, ésta se encuentra vacía pues su inauguración fue hace unos momentos. Sin embargo, se programa la bomba con la intención de que ésta haga explosión en dos días más, cuando la misma ya se encuentre en pleno funcionamiento, logrando así el daño o incluso muerte de los recién nacidos o el personal médico que se encontrará transitando por ese lugar.

Sumado a la anterior, la autora indica que resulta del todo lógico pensar que las normas penales no se abstienen de otorgar protección jurídico penal a aquellos objetos que existen en el momento de la manifestación de la voluntad (acción en sentido estricto) y que se hallarán presentes en el momento de la lesión, por lo que “prohíben también la realización de aquellas conductas objetivamente peligrosas en relación con un objeto, que no se halla presente en el momento de su realización, pero que estará presente cuando la conducta incida sobre el mismo”³⁰⁶.

A su vez, se ha señalado que las normas que describen delitos de resultado se encuentran caracterizadas por dotar de complejidad consecuencial a la acción típica mientras que, por su lado, las normas que describan delitos de mera actividad le asignan complejidad circunstancial³⁰⁷, de lo que se sigue que la calidad o estatus del

³⁰⁵ CONTESSE, Javier, 2013. op. cit. p. 383.

³⁰⁶ FARRE TREPAT, Elena. 1992, op. cit. p. 346.

³⁰⁷ CONTESSE, Javier, 2013. op. cit. p. 383.

objeto sería una de muchas circunstancias sobre las cuales debe revisarse en torno a afirmar su tipicidad, señalándose que todo cambio que se produzca entre el momento de la manifestación de voluntad o acción y el momento del resultado supone atipicidad del tipo penal del cual es relevante la producción del resultado. En este contexto, se tiene que “tratándose de delitos puros de resultado, para el derecho penal sólo cobran relevancia las modificaciones (perjudiciales) que puedan experimentar determinadas propiedades de ciertos objetos, no así (todavía) las condiciones bajo las cuáles las acciones u omisiones que causan dichas modificaciones hayan tenido lugar”³⁰⁸, por lo que se entiende como incorrecto la exigencia de una variable extrínseca al vínculo causal entre la acción y el resultado producido, correspondiente la subsunción de conducta bajo una norma de sanción que describe la conducta típica consistente del delito en cuestión.

6.4.2 Teoría del momento de la incidencia

Esta teoría ha sido entendida como aquella en que “el momento en que tiene que concurrir la cualidad del objeto típico tendrá que ser aquel en que la acción incida en el mismo”³⁰⁹. Es decir, de acuerdo con esta teoría, el objeto exigible por el tipo penal debe existir en el momento en que es alcanzado por el curso causal sin que se modifique aún su configuración de la forma que se requiere en los delitos de resultado.

Para efectos de referirse a este criterio, resulta relevante hacer mención del llamado Caso Contergan. En el año 1956 se autorizó en el estado federado de Renania del Norte-Westfalia la distribución de medicamentos que poseyeran un compuesto denominado como talidomida. Así, en octubre del año 1957, se dio inicio en la República Federal Alemana la comercialización de un medicamento conocido como Contergan, producido y comercializado por la empresa alemana Grünenthal, que era utilizado como sedante y que tenía como principio activo la talidomida.

A partir del año 1959 se produjeron las primeras comunicaciones planteando la posibilidad de que la toma prolongada de dicho medicamento contenedor de talidomida

³⁰⁸ Ibid, p. 385.

³⁰⁹ FARRE TREPAT, Elena, 1992, op. cit. p. 347.

podía producir efectos neurotóxicos y, en el año 1961, se publicó un artículo científico que alertaba de un aumento significativo de la tasa de malformaciones.

Sin embargo, el producto no se retiró del mercado ni se canceló su producción o distribución, por lo que muchas mujeres lo consumieron -al menos durante su primer trimestre de gestación-, ocurriendo que dieron a luz, en la década siguiente, variados niños con distinta clase de malformaciones físicas. En Alemania se detectaron aproximadamente entre 4000 y 5000 casos de nacidos vivos, de los cuales solamente 2800 pudieron sobrevivir pese a sus afectaciones.

El auto de LG Aachen de 18 de diciembre de 1970, al respecto, se refería principalmente a 3 aristas distintas, siendo éstas “la tipicidad abstracta de las lesiones debidas a una actuación antes del nacimiento, pero que se manifiestan en el nacido vivo como malformaciones; la relación de causalidad entre el uso del medicamento por las gestantes y las malformaciones en sus hijos; y la determinación de la imprudencia de los acusados”³¹⁰.

En este contexto, Armin Kaufmann se refirió al momento de la incidencia, sosteniendo que “resulta completamente irrelevante el momento de la acción (pues, como reza el conocido ejemplo, sí sería típica la conducta de envenenar el biberón de un bebé aún no nacido), identifica como cuestión decisiva la de determinar si el objeto material sobre el que se produce la incidencia de la cadena causal impulsada por el autor presenta la cualidad típica (lesión de un nacido) que el delito de lesiones requiere”³¹¹. De esta forma, las lesiones ocasionadas al feto serían de carácter impune toda vez que al producirse la incidencia no posee aún la calidad exigida por el delito penal, señalando con posterioridad el autor que la impunidad del aborto imprudente el ordenamiento alemán genera un efecto cierre, siendo una decisión consciente del legislador. Es decir, el autor señala que la base material de este denominado “efecto de cierre” posee su relevancia precisamente en el hecho de existir una decisión consciente del legislador, la cual consiste en declarar la inexistencia de incriminación

³¹⁰ CACIO MELIÁ, Manuel, 2011, *El caso Contergan cuarenta años después*, En: Revista Foro Jurídico PUCP, Núm. 12, 400p.

³¹¹ *Ibid*, p. 403.

del aborto imprudente, y de igual modo, de las lesiones prenatales imprudentes. La inexistencia de incriminación se explica dado que, si fuera del modo contrario, se daría lugar a consecuentes y determinados deberes de cuidados para la mujer embarazada (exigibles a ella), que finalmente se traducen en una “intolerable intromisión en la esfera de libertad de las gestantes de quienes se relacionen con ellas”³¹². La existencia de dicha protección penal del feto, en virtud de estos deberes de cuidados asociados, implicaría entonces una posibilidad de intromisión insólita y sin precedentes, inmiscuyéndose en el estilo de vida de la mujer embarazada (en relación a las posibles consecuencias de realizar actividades que puedan ser catalogadas como riesgosas, actividades que requieren determinados esfuerzos físicos, susceptibles de entenderse como excesivos, o el consumo de determinadas sustancias o alimentos de carácter tóxicos o contaminantes). Se trata, por tanto, de una sobrecarga de deberes de cuidados en la mujer embarazada, sin asidero, que de forma histórica ha sido rechazada por el legislador, expresándose que “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 hoy tan intolerable como lo fue sesenta y cinco años atrás o cien o ciento veinte años atrás”³¹³.

Kaufmann complementa la idea anterior, en relación con la presente teoría, señalando que “la incidencia prenatal da con un objeto que carece aún de la calidad de hombre; de ahí que la interpretación antes admitida unánimemente y hoy aún dominante es la tipicidad”³¹⁴. Esta posición ha sido compartida por la doctrina dominante en Alemania.

Así, la tesis de Kaufmann entiende como un sin sentido que una conducta imprudente genere un aborto que sea impune en el ordenamiento, mientras que -según otras posiciones- una conducta imprudente que causa lesiones en el feto y se manifiesta también después de su nacimiento sea punible. Esto ya que existirían en el caso expuesto dos actuaciones imprudentes, una de mayor intensidad que puede provocar la muerte del feto y otra de menor intensidad (ya que permite el nacimiento

³¹² Loc. Cit.

³¹³ KAUFMANN, Armin, 1973, op. cit. p. 178.

³¹⁴ Ibid, p. 170.

del sujeto pasivo de la actuación lesiva, pese a la existencia de lesiones) y, pese a esa diferencia de intensidades en el ataque, la primera -que es la de carácter más intenso- sería impune mientras que la segunda punible. Se trataría de una contradicción y no existiría coherencia -de acuerdo con lo señalado- al considerar la intensidad de los ataques y los objetos jurídicos protegidos. Asimismo, indicaría que esto traería como consecuencia una sobre carga en deberes de cuidado de la mujer.

En virtud de lo expuesto, la tesis de Kaufmann ha sido entendida como “una reconstrucción de una regulación legal que, a pesar de alejarse- como él mismo reconoce- del texto y de la estructura de las disposiciones, pretende representar la mejor versión del sistema de protección de la vida y la salud corporal del Código Penal de la época”³¹⁵.

Complementando lo anterior, Farre Trepas³¹⁶ sostiene que la acción en realidad incide en dos objetos relevantes. En primer lugar y de forma directa, la actuación lesiva prenatal incide objetivamente en el feto. Luego, y de forma indirecta, esta intervención prenatal incide en el nacido vivo, toda vez que en él recaen las consecuencias de dicha actuación. A razón de aquello, Eser propone establecer el límite entre aborto y delitos que protegen la vida humana independiente, en el momento que la acción comienza a incidir sobre el objeto material. En virtud de esto, las actuaciones lesivas iniciadas de forma anterior al nacimiento constituirían aborto mientras que aquellas que incidan en el nacido vivo después del nacimiento se subsumen en aquellos tipos penales que tutelan la vida humana independiente.

Al respecto, Silva Sánchez³¹⁷ ha señalado que resulta confuso entender a qué se refiere el momento de la incidencia o de la afectación, es decir, si dice relación con la incidencia físico-natural o con la injerencia en la esfera jurídica o efectiva realización de un tipo penal. Así, el autor señala que en el caso de que dicha afectación diga relación con la realización de un tipo delictivo, ello no excluye al menos de momento que en virtud de dicha misma conducta y efectos causales objetiva y subjetivamente

³¹⁵ CONTESSE, Javier, 2013, op. cit. p. 390.

³¹⁶ FARRE TREPAT, Elena, 1992, op. cit. p. 347.

³¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, 2001. op. cit. p. 767.

imputables, que se derivan de la misma, pueda realizar un tipo delictivo distinto, el cual debería también imputarse. De esta forma “desde un punto de vista normativo, lo decisivo es la naturaleza del riesgo (o de los riesgos) creados por la conducta, su dimensión objetiva y subjetiva y si el resultado da cuenta de dichos riesgos: los explica (...) En resumen: la norma prohíbe crear riesgos para los objetos de la acción probables y a este respecto resulta irrelevante el que el cambio de “estatus” del objeto de la acción tenga lugar antes o incluso después de la incidencia de la conducta sobre el mismo (siempre y cuando se den las condiciones de imputación objetiva y subjetiva)”³¹⁸.

A su vez, se ha criticado respecto a las razones expuestas por la doctrina para acoger esta posición -según lo planteado por Kaufmann- que esta teoría se encuentra orientada a las posibles consecuencias, en especialidad, la eventual punibilidad que puede surgir respecto de acciones imprudentes ejecutadas durante el desarrollo del concebido en el claustro materno -embarazo- y que causen posteriormente lesiones o el fallecimiento del nacido vivo.

Esto, ya que como se señaló anteriormente, por medio de esta teoría se ha señalado la existencia de un sinsentido toda vez que “la lesión que revista una intensidad tal que causa la muerte del feto en el útero sería impune, mientras que aquella de menor intensidad (al punto de permitir que el nacimiento tenga lugar) sería punible”³¹⁹. Es decir, la actuación lesiva que produce un aborto imprudente -que constituye un ataque de mayor intensidad- no tendría sanción penal mientras que la actuación lesiva que no causa muerte pero que se manifiesta como lesiones en el nacido vivo – ataque de menor intensidad- si sería punible.

Contesse ha criticado el planteamiento de Kaufmann, en torno al reconocimiento de dos problemas.

Por un lado, se señala que en este planteamiento Kauffman basa sus argumentos contra lo que sería una versión incorrecta de la teoría del momento del resultado. De acuerdo con lo señalado previamente, Kaufmann postula el sinsentido,

³¹⁸ Loc. Cit.

³¹⁹ CONTESSE, Javier, 2013, op. cit. p. 383.

a su parecer, respecto a la lesión que reviste una intensidad tal que cause la muerte del feto, siendo ésta de carácter impune, ocurriendo por otro lado una lesión de menor intensidad (toda vez que pese a la lesión se daría lugar al nacimiento) que tendría el carácter de punible. Bajo el erróneo entendimiento de la teoría del momento del resultado, según se critica, se tiene que si con independencia de la intensidad que posea la actuación lesiva, si ésta produce lesiones en el feto cuyos efectos persisten y posteriormente se manifiestan en el nacido vivo, la solución, de acuerdo con la idea de Kaufmann, implica afirmar la impunidad. Sin embargo, y como señala Contesse, en aquellos casos en que la acción no posea la intensidad requerida para causar un delito de aborto, pero sí aquella exigible para causar una lesión en un ser humano nacido vivo, esta situación es punible, debiendo afirmarse lo anterior, lo cual se condice plenamente con la mayor protección que los distintos ordenamientos jurídicos, incluyendo el nuestro, le otorgan al bien jurídico vida humana independiente (y, de igual modo, a la salud e integridad física y psíquica de un nacido vivo). Así, “que la acción se vuelva punible por haber afectado a un individuo nacido no debiese generar extrañeza alguna”³²⁰.

Por otro lado, se indica que el planteamiento realizado por Kaufmann no es una “mera formulación de regulación legal”, sino una clara desatención de dicha regulación, refiriéndose únicamente a consideraciones de justicia política. En concordancia con esto, el autor indica un doble desacierto en la teoría de Kaufmann.

El primero, consistente en torno a advertir que, en aquellos casos de lesiones dirigidas en contra al concebido, la solución del momento del resultado conduce a la misma solución aportada por esta teoría (impunidad de actuación lesiva) sin perjuicio de que en el caso Contergan se haya concluido y acogido otro postulado, como consecuencia de un distinto concepto de resultado. Esta cuestión, sin perjuicio de que será tratada en el punto 6.5 de esta presentación, dice relación con que Kaufmann cree que la solución planteada por la teoría del momento del resultado llevaría a un contrasentido, en los términos que fueron expuesto anteriormente. Sin embargo, ambas teorías llevarían a concluir la impunidad de aquella actuación lesiva prenatal

³²⁰ Ibid, p. 390.

dirigida en contra del feto, produciéndole lesiones, y que continúan manifestándose con posterioridad, una vez ocurrido el nacimiento.

El segundo, consiste en no advertir que “el hecho de que los deberes que puedan recaer sobre el destinatario de una norma no se dejan derivar sin más de ésta. Pues en la medida en que una norma no puede regular su propia aplicación, el grado de vinculación que su destinatario exhiba para con ella en el caso concreto sólo puede venir determinado por estándares extrínsecos a la misma”³²¹. Es decir, se señala que una afirmación de que un tipo penal tenga ciertos alcances no implica sin más que los destinatarios de dicha norma penal se vean asumidos a una mayor o menor carga en relación con los deberes que le implica. Así este deber como categoría de juicio de atribución de responsabilidad, se debe apreciar en concreto. Esta crítica en particular dice relación con la supuesta carga o deber extra, expuesta por Kaufmann, que se le añadiría a la mujer embarazada en comparación a otras teorías, cuestión que no sería tal según lo planteado.

6.4.3 Teoría del momento del resultado

Esta propuesta, de acuerdo con lo señalado previamente, dice relación con el “instante en que tiene lugar una modificación perjudicial del objeto de la acción que admite ser subsumida en el supuesto de hecho de la norma de sanción penal como resultado típico”. Así, de acuerdo con esta teoría, resulta relevante “el momento en que se produce el resultado como determinante de la presencia del objeto típico”³²².

Cabe destacar que esta teoría, junto con la teoría del momento de la incidencia son las que han sido más discutidas y, al mismo tiempo, respaldadas por la doctrina.

Para contextualizar, cabe destacar que Maurach y Schörder formularon la noción más conocida de la teoría del resultado, la cual consistía en señalar que son punibles como delitos de lesiones y homicidio, respectivamente, aquellas lesiones producidas en el nacido vivo que son manifestadas de manera posteriormente al nacimiento en carácter de lesiones congénitas, así como aquellas lesiones que se

³²¹ CONTESSE, Javier, 2013, op. cit. p. 391.

³²² FARRE TREPAT, Elena, 1992, op. cit. p. 347.

manifiestan en el feto y de forma posterior ocasionan su muerte, tras haber mutado el objeto y tratarse de un nacido vivo³²³. Cabe destacar que la noción de la teoría del momento del resultado, bajo los términos señalados por Maurach, fue sumamente relevante en el caso Contergen y, finalmente, fue acogida por el tribunal en dicho caso.

Bajo lo dispuesto por Maurach, sólo es la persona -entendida como nacido vivo o vida humana independiente- quien es susceptible de ser el sujeto pasivo en el delito de lesiones, toda vez que se requiere la existencia de una función física, corporal, psíquica, humana³²⁴, la cual no ocurre en el caso del nasciturus ya que no posea esta función humana sino hasta el momento de su nacimiento. Esta idea ha sido respaldada tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en parte del derecho comparado al no otorgarle reconocimiento al bien jurídico salud del no nacido o feto, ya que no se ha tipificado el delito de lesiones al mismo. Así, se tiene que “bajo la legislación alemana, tanto entonces como en la actualidad el feto no es reconocido como sujeto pasivo del delito de lesiones, ni por cierto del delito de homicidio, de modo que, por una parte, su salud corporal no cuenta con protección penal, y por la otra, su vida (sólo) se protege mediante la tipificación del aborto”³²⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, tanto Maurach como Schröder señalan que tanto en la situación en que se dirige una actuación lesiva que produce daños en el feto como aquellas en que se produce la muerte del nacido vivo, la punibilidad corresponde al delito de lesiones consumados -ejercidas en un otro “otro”- y de homicidio, también en calidad de consumado.

Para estos efectos, se realiza una distinción entre dos tipos de lesiones: las lesiones en sentido material y las lesiones en sentidos jurídicos. La lesión ejercida en contra del concebido se entiende como lesiones en sentido material puesto que, si bien no poseen relevancia jurídica, existe en un sentido extrajurídico o fáctico una lesión (herida o daño físico efectivo) dirigida al mismo. En cambio, la lesión en sentido jurídica, y que posee relevancia para el derecho penal, es aquella se produce en contra

³²³ CONTESSE, Javier, 2013, op. cit. p. 386.

³²⁴ RAMÓN RIBAS, Eduardo, 2002, *El delito de lesiones al feto*. Madrid, Comares, 95p.

³²⁵ CONTESSE, Javier, 2013, op. cit. p. 386.

de un “otro”, es decir, un nacido vivo, ya que sólo en este caso que estaría afectando el bien jurídico salud³²⁶, pues como se indicó anteriormente, no se le otorga valor en nuestro ordenamiento a la salud del no nacido.

Por tanto, y en atención a estas dos nociones anteriormente expuestas, se propone lo que ha sido denominado como “aplazamiento jurídico de la lesión”, teniéndose que “con la producción del nacimiento, las lesiones ocurridas en el feto (hasta ese momento, meras “lesiones en un sentido material”) pasarían a ser lesiones de una persona (ahora “lesiones en un sentido jurídico)”. Es decir, existe una lesión dirigida al feto (lesión en sentido material, irrelevante para nuestro ordenamiento) la cual perdura en el tiempo y sigue manifestándose con posterioridad al nacimiento, es decir, en el cuerpo del nacido vivo. De esta forma existe este aplazamiento jurídico de lesión que permitiría sustentar la punibilidad de las lesiones que originariamente se produjeron contra el concebido, bajo el fundamento de que el resultado típico (del delito de lesiones, consistente en herir, golpear o maltratar de obra a otro) ha tenido lugar sobre una persona nacida viva.

A su vez, y con un planteamiento similar, Tepperwien se refiere a resultado en sentido natural y resultado en sentido típico, señalando que “el resultado natural pasaría a tener relevancia jurídica en virtud del “surgimiento” del bien jurídico identificado con la salud corporal, de manera que las lesiones se volverían típicas en tanto lesiones a otro”³²⁷.

Algunos autores, sin perjuicio de estimar como la teoría del momento de resultado como el momento determinante para determinar el momento en que debe existir el objeto exigido por el correspondiente tipo penal, han criticado las posturas anteriormente señaladas por el concepto de resultado postulado así como entender el delito de lesiones, en torno al caso anteriormente descrito, en calidad de consumado en vez de entender que procede impunidad al respecto. Esto no quita que dicho sector doctrinario, que respalda estas críticas, descarte la teoría del momento del resultado como aquella idónea para determinar el momento en qué debe concurrir el objeto

³²⁶ RAMÓN RIBAS, Eduardo, 2002, op. cit. p. 242.

³²⁷ CONTESSE, Javier, 2013, op. cit. p. 387.

material exigido por el tipo penal. Bajo esa óptica, el momento idóneo sigue siendo el resultado, pero se exige que la modificación o de la calidad o estatus del objeto debe producirse de forma anterior a la ocurrencia del resultado³²⁸. En el caso de las lesiones que se practican sobre el concebido, el resultado típico lesivo se produce por tanto en el feto, con independencia de que esos efectos se prolonguen y manifiesten una vez distinto, por lo que en realidad se trataría de una situación de impunidad.

Farré Trepap indica que esta teoría no puede ser la decisiva toda vez que “de ser así las conductas en las que no se ha llegado a producir el resultado previsto, es decir, las formas de imperfecta ejecución deberían permanecer impunes. Sólo podría castigarse-contrariamente a lo que indica el artículo 3 del Código penal- el delito consumado”³²⁹. Asimismo, la autora se ha referido a que no existe una mayor reprochabilidad por el hecho que la muerte se produzca en el exterior³³⁰, una vez nacido el ser, a lo que Silva Sánchez ha señalado que “la manifestación viene a presuponer que el homicidio del neonato no es más grave que el aborto, lo que constituye un planteamiento valorativo que algunos entenderían merecedor de discusión, pero que, en todo caso, no es el existente en nuestras sociedades hoy por hoy”³³¹.

De igual modo, dicho autor ha señalado que “el elemento típico objeto de la acción (con sus elementos distintivos), al igual que el proceso resultativo con sus correspondientes medios y características basta que concurren “ex post”. “Ex ante”, lo único preciso es que se dé un sujeto cuya conducta (entendida como proceso dinámico) encierra el riesgo de producir el resultado lesiva en el bien jurídico. En principio, el sujeto y la conducta típica son elementos que deben concurrir “ex ante” pues son presupuestos de la infracción de la norma/imperativo. No así el resultado y el objeto de la acción. Éstos, como se ha indicado, son elementos de la lesión,

³²⁸ Ibid, p. 386.

³²⁹ FARRE TREAPT, Elena, 1992, op. cit. p. 347.

³³⁰ Debido a que, en virtud de la teoría del resultado, la conducta -ante el fallecimiento del sujeto pasivo- sería castigada como homicidio en vez de aborto, por haber mutado el objeto. Esto implicaría una mayor sanción penal -al comparar ambos tipos penales- lo cual, de acuerdo a la autora, implica una mayor reprochabilidad sinsentido por el simple hecho de que la muerte se produjo en el exterior del claustro materno.

³³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, 2001. op. cit. p. 768.

entendida como contacto entre conducta peligrosa y bien jurídico. A efectos de la lesión, es indiferente que en el momento de la conducta del objeto – como soporte del bien jurídico- estuviera en un lugar diferente o, sencillamente, no existiera como tal. Las modificaciones espaciales o temporales del objeto sólo interesan en el momento de la conducta como hipótesis probables³³².

6.5 Teoría de resultado como criterio idóneo para determinar el momento en que debe existir el objeto exigido por el tipo penal

Para los efectos del presente trabajo, se ha entendido que el criterio idóneo para determinar el momento en que debe existir este elemento, que exige cada uno de los tipos penales mencionados en este capítulo, debe ser el momento del resultado. Es decir, resulta totalmente irrelevante qué estado posee el objeto al momento de la acción -la manifestación de la voluntad o despliegue de la acción – o al momento de la incidencia – es decir, este momento en que la acción lesiva incide en el objeto, pero sin modificar aún sus características de la forma en que es requerido por los delitos de resultados. La presencia del objeto típico debe estar presente al momento del resultado que se sigue como consecuencia de la acción ejercida.

A continuación, se revisarán las razones por las que finalmente se considera que este momento es el único determinante y su importancia.

Contesse³³³, al referirse al momento del resultado como un elemento determinante de la tipicidad objetiva, inicia su desarrollo refiriéndose a la ontología del problema del cambio de estatus que ocurre en el objeto sobre el cual se dirige la acción. De esta forma, distingue entre tres tipos de hechos, los cuales pueden ser estados de cosas, procesos y eventos, también llamados sucesos. A su vez, señala que los tres diferentes momentos identificados del hecho punible- a saber, acción, incidencia y resultado- corresponden a una sucesión de tres eventos distintos³³⁴, los que condicionan causalmente la configuración de los respectivos estados de cosas. Remitiéndose al ejemplo de Kaufmann, sobre el disparo y la percepción de estos

³³² Ibid, p. 769.

³³³ CONTESSE, Javier, 2013, op. cit. p. 392.

³³⁴ Correspondiendo estos eventos a acontecimientos que permiten diferenciar entre estados de cosas o procesos.

momentos, se puede distinguir aquellos estados de cosas en que la bala se encuentra disparada, el cuerpo del sujeto se ve impactado o lesionado por esta bala y, finalmente, el estado de cosas en que el sujeto ha fallecido producto de la lesión ocasionada por la bala disparada. En este punto, el autor se refiere a la irrelevancia que tiene el momento de la incidencia, señalando que los únicos momentos normativamente relevantes vienen a ser los momentos de la acción y el resultado. Esto, ya que el evento que corresponde al resultado típico y su determinación viene impuesta por una exigencia de aplicación estricta de la norma penal, mientras que la acción implica una exigencia genérica de identificar un evento que cuente como tal, aún cuando esta descripción típica contenida en la normal se refiere únicamente a la causación de un resultado final.

Como consecuencia de esto, el autor se refiere a la falta de necesidad y consideraciones adicionales a la relación de causalidad y resultado, en el marco de la formulación del juicio de tipicidad objetiva, refiriéndose posteriormente a tres consideraciones claves, a saber: “i. la identidad de una acción es siempre relativa a alguna descripción de la misma; ii. para la identificación de una acción típica, tratándose de un delito puro de resultado, sólo se requiere que un determinado comportamiento del autor pueda ser descrito como condición que explica causalmente la producción del resultado típico, iii. la producción del resultado corresponde a un evento susceptible de ser descrito como modificación perjudicial de alguna propiedad valiosa del objeto de la acción, modificación que, en todo caso, debe tener lugar sobre un objeto que cuente con el estatus exigido por el tipo”³³⁵.

En segundo lugar, el autor se refiere a lo que ha sido conocido en el ámbito de filosofía analítica como el problema de la identificación de las acciones. Esta situación dice relación con la posibilidad de que una acción tenga diversas descripciones, señalándose que la identificación de una acción es relativa con la descripción de la misma, pudiendo estas descripciones de una acción variar en función del número de eventos que sean susceptibles de abarcar, pudiendo ser mayor o menor. A lo anterior debe sumarse que “la identidad de una acción sólo se deja reconocer a través de sus

³³⁵ CONTESSE, Javier, 2013, op. cit. p. 393.

distintas descripciones, en la medida en que cada una de éstas sea susceptible de ser sustituida por otra bajo una cláusula salva veritate”³³⁶ y que la determinación supone un momento intencional, lo cual significa que es dependiente de la descripción que el propio sujeto actuante puede formular. Así, una acción puede tener diferentes descripciones, y según la descripción realizada por una persona determinada puede entenderse una acción como intencional o no, siendo relevante la forma en que el agente ve su acción (categorizado por Contesse como un problema epistemológico antes que ontológico).

En virtud de esto puede hablarse del llamado “efecto acordeón”, el cual caracteriza la mayor o menor amplitud de descripciones que puede poseer una misma acción, lo que conlleva a que la mayor cantidad de eventos, que son causalmente vinculados, implica que mayor amplitud exhibe la acción, mientras que menos eventos implican menor amplitud. Existe una acción, en la cual se despliegue el curso causal por medio de un movimiento corporal, que es entendida como la “acción básica”. No obstante, las descripciones pueden ser complejizadas mientras que incluyan otros eventos causalmente vinculados. Al conservarse la relación de causación, se entiende que se habla de la misma acción (pese a esta complejización en torno a la acción primitiva o básica).

Todo el desarrollo anteriormente expuesto, permite que el autor llegue a la conclusión de que un evento constituye una acción toda vez que se corresponde con un movimiento corporal que admite al menos una descripción verdadera, bajo la cual sea intencional. Asimismo, la descripción variará en torno a cuáles sean los eventos que, estando vinculados causalmente, puedan ser abarcados por ellas. Así, “la acción por medio de la cual un sujeto causar lesiones a un feto y luego la muerte del ser humano ya nacido puede ser descrita, a la vez, como “acción lesiva” y como “acción homicida”, sin que ello impida afirmar que, en todo caso, se trata de la misma acción”³³⁷.

³³⁶ Ibid, p. 394.

³³⁷ CONTESSE, Javier, 2013, op. cit. p. 396.

En tercer lugar, el autor se refiere al momento del resultado como el único momento -en comparación a los otros mencionados- que finalmente posee relevancia en la tipicidad objetiva. Así, se señala que, en términos de teoría de las normas, una norma de sanción penal contiene una descripción de una acción, la cual en caso de ser ejecutada -prohibición- o no -mandato- constituye el objeto de atribución de la responsabilidad jurídico penal, ocurriendo así que “el autor de un delito infringe (...) la norma de comportamiento mediante la realización (imputable) de la descripción contenida en el tipo”³³⁸. De esto se sigue que la identificación de una acción típica depende, por tanto, de cuál sea la descripción provista en la norma de sanción penal existente en nuestra legislación. Sin embargo, se destaca que no existe nada en esa descripción que permita una caracterización ex ante de la acción típica. La norma penal posee en su contenido una descripción que explica causalmente la producción del resultado típico, la cual puede únicamente formularse ex post.

Nuevamente se hace referencia a la teoría del momento de la acción, toda vez que exige una correspondencia temporal entre la acción y la concurrencia del estatus del objeto. Sin embargo, una acción – de acuerdo con todas las aristas señaladas a lo largo de este punto- se reconoce en atención a una descripción determinada, y en los casos de una acción típica, es el tipo penal regulado en nuestra legislación vigente el que provee esa descripción ya determinada. Así, “la acción será típica en la medida en que pueda ser identificada con una descripción que haga referencia a todos los eventos referidos, a su vez, en la descripción legal. En un delito puro de resultado ello significa, ni más ni menos, lo siguiente: una acción, sea cual sea su configuración, es típico si y sólo si representa una condición que explica causalmente la producción del resultado”³³⁹. Esto se relaciona con el llamado efecto acordeón, dado que se autoriza a redescibir la acción “hacia atrás” por medio de una redefinición del comportamiento que dio origen al curso causal como acción.

Como conclusión, se obtiene que es innecesario exigir que la calidad o estatus del objeto material de la acción exista en el momento en que se da inicio a esta acción

³³⁸ Loc. Cit.

³³⁹ Ibid, p. 397.

-y relación causal- por medio del despliegue corporal. Lo relevante, finalmente, es que el objeto en cuestión exista, en la calidad exigida por el tipo penal, al momento del resultado. Esto ya que acción que dio inicio a este curso causal solo podrá ser considerada como típica cuando explique causalmente el resultado final, destacando acá la importancia que tiene este último momento, siendo el decisivo en términos de la tipicidad objetiva.

Según lo señalado, se tiene que en virtud del efecto acordeón se puede redefinir el comportamiento que dio origen al curso causal. Dependiendo del resultado final - pudiendo ser lesiones corporales sufridas por un “otro”, daños en una cosa o muerte de una persona- se puede redesccribir la acción, señalando que es de tipo lesiva, dañosa, mortífera, entre otros, siendo lo determinante para caracterizarla el resultado final acontecido.

Finalmente, cabe destacar que el autor busca distinguir qué tipo de hecho es el que está representado por el resultado típico, pudiendo ser tanto un estado de cosas como un evento, al ser ambas opciones aceptadas en nuestro uso diario del lenguaje. Sostiene que esta cuestión no puede estar desligada de la producción causal (la que busca “dar cuenta de modificaciones del mundo que cuentan como alteración de ciertos estados de cosa valiosos denominados bienes jurídicos”). Así, se tiene que la protección de los estados de cosas es el objeto de las normas de comportamiento y que estos estados se corresponden con ciertos intereses protegidos jurídicamente relevante. Asimismo, estos intereses se concretan fácticamente en propiedades de cosas, personas o instituciones, siendo el resultado típico “la alteración o supresión de alguna(s) de estas propiedades”³⁴⁰.

Así, se concluye que para poder afirmar finalmente la tipicidad objetiva de la acción en aquellas situaciones en que concurre un cambio del estatus o calidad del objeto en contra del cual se dirige la acción, se requiere que exista una modificación o supresión de carácter perjudicial del estado de cosas, que finalmente signifique supresión o alteración en propiedades de dicho objeto. Y ese objeto ya debe poseer el estatus requerido por el tipo penal en cuestión. Es decir, este cambio de estatus o

³⁴⁰ Ibid, p. 401.

mutación de la calidad del objeto, tratado en este capítulo, debe haber ocurrido de forma anterior a la modificación perjudicial que implica alteración en sus propiedades. Solo bajo esos términos la conducta realizada sería típica, bajo la descripción contenida en el tipo penal.

En virtud lo expuesto, se tiene que aquellas actuaciones lesivas que produjeron un resultado dañoso en el feto o concebido, y cuyos efectos persisten – a título de lesión- en el mismo una vez nacido, son impunes en nuestro ordenamiento vigente. Sin perjuicio de que el momento del resultado sería el determinante, en los términos expuestos, el resultado de la acción lesiva tuvo lugar en el feto o concebido anidado, que se encontraba aún en el claustro materno. Pese a que esta característica se mantenga de forma posterior al nacimiento, esto no conlleva a que se produzca un nuevo resultado ni existe una nueva acción que lo desencadena: el resultado se produjo ya, en relación con el concebido.

Distinta es la situación en que se dirige una acción en contra del concebido, la cual deriva en un resultado típico de muerte, ocurrido de forma posterior a su nacimiento. Como la mutación del objeto material de la acción ocurrió de forma anterior al resultado, y este resultado por tanto ocurre en relación al nacido vivo, se configuran el contenido correspondiente al tipo penal de homicidio. Es decir, existe en el momento de la muerte del ser el estatus exigido por dicho tipo penal: existencia de un “otro” o vida humana independiente.

En virtud de lo expuesto en los últimos párrafos, se destaca la diferencia de lo señalado -en torno a la teoría del resultado y concepto de éste- en comparación a lo postulado tanto por Maurach como Schröder³⁴¹, de acuerdo con lo explicado en el punto anterior.

Finalmente, cabe hacer una breve precisión en referencia a un punto indicado anteriormente en torno a la teoría del momento de la incidencia. Según se señaló, Kaufmann se refirió a una carga o deber extra – supuestamente existente en otras

³⁴¹ Quienes, en vez de considerar una situación de impunidad en torno a las lesiones causadas en el feto y que persisten los efectos en el nacido vivo, consideran adecuado sancionar a título del delito de lesiones causados a “otro”.

teorías, como la presente- en relación con la mujer embarazada, quién en virtud de este vínculo insólito existente entre ella y el concebido, recibiría. Sin embargo, cabe remitirse a lo anteriormente señalado respecto que el hecho de que un tipo penal tenga ciertos alcances no implica sin más que los destinatarios de dicha norma penal se vean asumido en mayor o menor carga en relación con los deberes que le implica, siendo una categoría de juicio de atribución de responsabilidad que debe apreciarse en concreto³⁴².

³⁴² CONTESSE, Javier, 2013, op. cit. p. 391.

7 Delimitación entre los delitos de aborto y homicidio

Finalmente, habiendo hecho una revisión de las distintas concepciones que han existido en torno al concepto de aborto, haber señalado el bien jurídico protegido por dicho delito y haber determinado los límites de protección jurídico-penal del objeto de protección, tanto el inferior como superior, se hará una breve distinción entre este delito en comparación con el delito de homicidio.

De acuerdo con lo desarrollado a lo largo de este trabajo, se visualiza que ambos delitos se encuentran fuertemente relacionados. Si bien sus objetos protegidos son distintos, ambos dicen relación con la protección de una vida humana. Asimismo, el objeto de la acción muta en un punto, por medio del cual cambia su estatus jurídico-penal y pasa de ser protegido de una esfera – delito de aborto- a otra esfera – delito de homicidio-, ante aquellos ataques lesivos que produzcan el fallecimiento del sujeto pasivo.

Pese a que ambos delitos protegen el bien jurídico vida, poseen un tratamiento diferenciado en el ordenamiento jurídico, lo que conlleva que las sanciones aplicables ante la configuración del tipo penal sean en un caso más severas o intensas que en otro.

A su vez, cabe señalar que, en virtud de la mutación del bien jurídico, ya explicada, existen una serie de supuestos en los cuales se confunden las esferas de protección de ambos delitos, lo que puede derivar en consecuencia en la existencia de lagunas punitivas o situaciones de doble protección (o super protección). Esta cuestión, sumada con el tratamiento diferenciado que se remite a sanciones penales de mayor o menor intensidad, manifiesta la importancia de definir una demarcación entre ambos delitos.

7.1 Delito de homicidio

El título octavo del capítulo segundo de nuestro Código Penal vigente, denominado “crímenes y simples delitos contra las personas” regula una serie de delitos que tienen como objeto la protección de distintos bienes jurídicos que dicen relación con las personas, como la protección de la vida humana o de salud. En

específico, los delitos regulados entre los artículos 390 y 394 del mencionado cuerpo legal, tienen por objeto la protección de la vida humana independiente.

El artículo 391 de dicho cuerpo legal regula el delito de homicidio, señalando que el tipo penal corresponde “al que mate a otro”. Si bien no se utiliza la expresión en dicha normativa de “homicidio simple”, esa ha sido la forma bajo la cual se ha entendido el delito regulado en el artículo 391 numeral segundo. Esta regulación consiste en la figura básica, a efectos de diferenciarla de las otras figuras existentes. La pena por la comisión de este delito corresponde al presidio mayor en su grado medio.

El cambio, el numeral primero del mismo artículo se refiere al homicidio calificado o asesinato, que corresponde al hecho de matar a otro concurriendo alguna de las circunstancias contenidas en dicha disposición (alevosía, por premio o promesa remuneratoria, por medio de veneno, con ensañamiento o con premeditación conocida). La realización de esta conducta es sancionada con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

Asimismo, el artículo 390 del Código se refiere al delito de parricidio, regulando que “el que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”.

Sumado a lo anterior, el artículo 390 bis y siguientes se refiere al delito de femicidio, señalando que “el hombre que matare a una mujer que es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común, será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. La misma pena se impondrá al hombre que matare a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia”. A su vez, el artículo 390 ter se refiere al hombre que matare a una mujer en razón de su género. Cabe destacar que el delito de femicidio fue modificado de forma reciente, por medio de la ley N° 21.212.

Finalmente, el artículo 394 del mismo cuerpo legal se refiere al delito de infanticidio, señalando que “cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendientes, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimos a medio”.

Respecto a los sujetos intervinientes, el sujeto activo del homicidio es indiferente, pudiendo ser cometido por cualquiera persona (sin perjuicio de las precisiones señaladas con anterioridad, en torno a los delitos de parricidio, infanticidio u femicidio). En cuanto al sujeto pasivo, ocurre que “en esta clase de delitos se confunde con su objeto material, es más o menos claro que el “otro” a que hace mención la ley excluye el castigo a este título del suicidio”³⁴³, siendo este otro referido por la ley equivalente al ser humano con vida humana independiente. Así, no se encuentran protegidos ni los muertos, ni seres de otras especies (animales) ni el ser humano que está por nacer, toda vez que el primer caso constituye un cadáver y no “otro ser humano”, el segundo caso dice relación con una especie no humana que no puede ser entendida bajo nuestro ordenamiento como un “otro”, y el último corresponde a la vida humana dependiente tutelada por la figura del aborto, cuya delimitación – en palabras de Politoff, Matus y Ramírez- “radica en el carácter dependiente o independiente de la vida humana”³⁴⁴.

Finalmente, sobre el objeto jurídico tutelada y sin perjuicio a lo que se señalará en el apartado siguiente, se ha entendido que “el ser humano (...) constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal”.³⁴⁵

³⁴³ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2009. op. cit. pp. 25-26.

³⁴⁴ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2009. op. cit. p. 26

³⁴⁵ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2003. op. cit. p. 170.

7.2 Algunos criterios de diferenciación entre los delitos que protegen la vida humana en sus distintas fases biológicas

Tras haberse revisado brevemente el delito de homicidio y su regulación legal en nuestro país, se revisarán algunos criterios de diferenciación que permiten distinguir las esferas de protección de ambos delitos, que buscan la protección de la vida humana en la fase prenatal y postnatal de su desarrollo.

7.2.1 Objeto jurídico protegido

Anteriormente se hizo mención en otro capítulo de la distinción que puede hacerse en torno a la protección de la vida humana. Se reconocen, en relación con esta, dos bienes jurídicos de relevancia: la vida humana dependiente y la vida humana independiente.

Como se ha mencionado, se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico el valor de la vida humana y el legislador ha buscado protegerla en casi la totalidad de su existencia por medio de las disposiciones legales correspondientes. Aquel momento, de carácter excepcional, en el cual la vida humana no encuentra protección jurídica penal es en su fase preimplantacional (es decir, aquel período de existencia correspondiente a los hechos ocurridos con anterioridad de la implantación del cigoto en el útero de la mujer embarazada). Una vez ocurrido el proceso biológico denominado como “anidación” empieza la protección de la vida, finalizando a su vez con la muerte del ser humano (sea un caso de fallecimiento de vida humana dependiente o independiente). Cabe destacar que, al analizar el desarrollo o evolución de la vida humana, se distingue entre una fase biológica entendida como fase prenatal, que es aquella que se corresponde con la llamada vida humana dependiente, y una fase postnatal, la cual se construye en torno a la existencia vida humana independiente de forma posterior al nacimiento.

Según se señaló, el concepto de vida humana dice relación con la vida de “el ser humano en formación; el fruto de la concepción”³⁴⁶. Es decir, la vida del concebido, producto de la concepción o feto, con forma posterior a la ocurrencia de la anidación, es entendida como “vida humana dependiente” y es aquella que es objeto de protección del delito de aborto.

Por otro lado, el concepto de vida humana independiente se entiende de acuerdo con Politoff como la vida del nacido³⁴⁷. Remitiéndonos a lo ya indicado, nos referimos a la vida del nacido vivo, es decir, del ser humano con posterioridad al nacimiento. Otra forma de referirse a la misma es hablando de “vida de persona”, sin perjuicio de las nociones civiles o penales que puedan existir al respecto.

Lo recién indicado se puede complementar señalando que “la dependencia comporta una especial forma de aislamiento y protección del feto, de manera que puede decirse que la vida es independiente cuando puede ser directa e inmediatamente lesionada y que es dependiente cuando la agresión inevitablemente incide de manera más o menos intensa sobre el cuerpo de la madre, siquiera sea como vehículo para la lesión”³⁴⁸.

Así, se tiene que los delitos de aborto y homicidio constituyen dos esferas distintas de protección de la vida humana: la primera se encuentra enfocada en la protección de la vida humana en la fase prenatal (desde el embrión implantacional), que concurre desde la anidación del cigoto en el claustro materno, mientras que la segunda protege a la vida humana en la fase postnatal, es decir, una vez existe el nacido vivo, con posterioridad al procedimiento de nacimiento. Es decir, ambos tipos penales tutelan dos bienes jurídicos distintos, claramente diferenciados. Pese a esta similitud de proteger la vida humana, esta protección ocurre en distintos estadios del desarrollo biológico del ser humano.

³⁴⁶ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2009. op. cit. p. 90.

³⁴⁷ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2009. op. cit. p. 26.

³⁴⁸ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2003. op. cit. p. 223.

Esa es la conclusión a la que ha llegado la doctrina en diversas ocasiones. Politoff, Matus y Ramírez, al realizar una comparación entre la protección del artículo 1 de nuestra comparación, que distingue la protección de la vida y de la vida del que esta por nacer, señalan que “el que está por nacer es sujeto pasivo del aborto; el nacido, del homicidio (...) En definitiva: la muerte de la criatura humana dependiente es siempre aborto y en el sentido del sistema penal vigente el parto termina cuando hay vida humana independiente. A partir de dicho momento el sujeto pasivo lo será de homicidio”³⁴⁹. Se ha complementado lo anterior, señalando que la vida humana independiente existe desde el momento de su nacimiento, siendo sinónimos los conceptos “nacimiento” y “parto”, debiendo atenderse al momento en que el ser humano se vuelve en independiente o autónomo de la mujer embarazada por medio de este proceso por el cual nace.

7.2.2 Límites de protección jurídico-penal de bienes tutelados por los delitos de aborto y homicidio

A continuación, resulta de importancia referirse a los límites de protección jurídico penal de los bienes tutelados, según lo que ha determinado la doctrina en relación con ambos delitos.

En el caso del delito de aborto, según fue expuesto, se considera que la protección de la vida jurídica dependiente tiene su inicio al momento de anidación del cigoto en el útero de la mujer embarazada. A su vez, la protección del concebido feto finaliza con el momento del nacimiento. De acuerdo al momento del nacimiento, la doctrina a lo largo de la historia ha propuesto diferentes puntos específicos dentro de este proceso para fijar el límite de la protección, habiéndose establecido en el presente trabajo que el punto demarcatorio en este proceso ocurre con la expulsión del concebido hacia el exterior del claustro materno. Es decir, mientras dure el proceso de la expulsión, el objeto material de la acción se encuentra protegida bajo la esfera del aborto. Sin embargo, en cuanto finaliza su expulsión hacia el exterior, finaliza dicha protección.

³⁴⁹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2009. op. cit. p. 26.

En el caso del delito de homicidio, se ha señalado que comparten un momento en común: la protección de la vida humana independiente comienza en el momento del nacimiento. Esto resulta del todo entendible en virtud del reconocimiento que existe respecto al bien jurídico vida humana y la intencionalidad del legislador de protegerla en la mayoría de sus fases. Asimismo, se busca que dicha protección sea de forma continua, sin perjuicio del diferente tratamiento – y sus sanciones penal- de ambas figuras.

Así, se ha señalado que “en materia penal, y sobre todo para efectos del homicidio, se es persona desde que se nace, lo que se desprende de la descripción de los tipos penales (...) y por el hecho de que la Constitución Política así lo establece. Suficiente es leer su art. 1º, que dice “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, de modo que la personalidad se adquiere con el nacimiento y por esa sola circunstancia se es libre e igual a los demás seres humanos; además, el ya citado art. 19 Nº1 en su inciso 2º declara que la “ley protege la vida del que está por nacer”, en consecuencia, al vincular este precepto con el inciso primero se colige que se es persona desde que se nace”³⁵⁰.

A su vez, se ha sostenido que “la expulsión de la concepción del vientre materno marca la diferencia entre el aborto y el homicidio. Esta separación – se haya cortado o no el cordón umbilical-otorga individualidad a la criatura y la madre pasa a ser prescindible o sustituible por una máquina (en el parto prematuro, una incubadora) o por otra persona”³⁵¹. De igual modo se ha señalado, a modo de distinción, que bajo la esfera del aborto solo se puede realizar un ataque al concebido por medio de un ataque de la mujer embarazada en cuyo claustro reside el mismo. En cambio, ya constituye esfera de homicidio aquellos casos en que se puede lesionar directamente al objeto de la acción -nacido vivo- sin afectar de modo alguno a la mujer.

Finalmente, el límite jurídico superior de protección jurídico penal del delito de homicidio concluye con la muerte del sujeto pasivo, el “otro vivo”. Tal como se señaló, esta figura protege la vida humana de carácter independiente, por lo que, al terminar

³⁵⁰ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 27.

³⁵¹ GARRIDO MONTT, Mario, 2010. op. cit. p. 28-29.

esta vida por medio de su fallecimiento, concluye la protección penal del “otro”, ya que no puede protegerse a un muerto por constituir simplemente un cadáver y no tener la calidad de persona o ser humano vivo independiente.

La muerte ha sido entendida como la cesación de la vida, consistente en la cesación total e irreversible de funciones respiratorias y circulatorias. No existe en el Código Penal definición alguna de la muerte, sin embargo, la Ley N°19.451 que “establece normas sobre trasplante y donación de órganos” se refiere en su artículo 11³⁵² a las condiciones que deben concurrir para declararse por el personal médico pertinente una muerte cerebral.

La muerte encefálica, sinónimo de la muerte cerebral, es definida como “el cese irreversible en las funciones de todas las estructuras neurológicas intracraneales, tanto de hemisferios cerebrales como del troncoencéfalo”³⁵³. La llamada muerte encefálica es ampliamente reconocida como la muerte del individuo, tanto en área médico – científico, como en los ordenamientos jurídicos de diversos países.

7.3 Demarcación delitos de aborto y homicidio: conceptos amplios y restrictivos

Cabe preguntarse, entonces ¿por qué resulta relevante una demarcación entre ambos delitos?

Se tiene que en nuestro ordenamiento jurídico se protege tanto la vida en su fase prenatal como posnatal, en consideración del reconocimiento jurídico al bien jurídico vida humana así como -en algunos casos- el bien jurídico salud humana. Sin embargo, resulta necesaria una delimitación de las figuras de aborto y homicidio toda vez que nuestro ordenamiento les da una protección y un reconocimiento diferenciados, teniéndose que en el caso de las actuaciones ocurridas en una fase prenatal “las penas son siempre sensiblemente inferiores a las de los correspondientes delitos en la fase postnatal”³⁵⁴. Esto, tanto en el caso del fallecimiento del objeto de la

³⁵² Inexistencia de movimiento voluntario en el plazo de una hora, apnea luego de 3 minutos de desconexión de paciente con ventilador mecánico y ausencia de reflejos troncoencefálicos.

³⁵³ ESCUDERO, Dolores, 2009. op. cit. p. 185.

³⁵⁴ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2003. op. cit. p. 167.

acción o casos de lesiones (existiendo por su lado, impunidad en el caso de lesiones sufridas por el objeto vida humana dependiente). Así, siendo la vida un devenir o proceso, existe un punto en que ocurren modificaciones de importancia que explican la diferencia de dos fases y dos objetos jurídicos distintos y, a su vez, justifican un trato diferenciado en el ordenamiento jurídico.

En virtud de la normativa legal vigente en torno de estos dos delitos, revisada ya en este trabajo, y de los criterios anteriormente diferenciados, podría señalarse que en principio se encuentran claramente diferenciados ambos tipos penales en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, debe tenerse en consideración la ocurrencia de determinados grupos de supuestos en los que esta diferenciación no sería tan claro o sencilla como se podría entender en una primera instancia.

Un grupo de supuestos, por ejemplo, consiste el tópico tratado en el capítulo 6 de la presente tesis. En este capítulo se revisaron aquellas actuaciones de carácter prenatales, es decir, dirigidas como un ataque al feto o concebido que se encuentra en el claustro materno. Sin embargo, estas actuaciones prenatales tienen la peculiaridad de que manifiestan sus efectos y el resultado se produce ya no en el feto o concebido, sino que en el nacido vivo. Así, se destacaron cuestiones como la característica de los delitos resultados, la mutación del objeto material de la acción, y la determinación de tres momentos (acción, incidencia y resultado) y sus correspondientes teorías ya explicas.

Sin perjuicio de lo expuesto en el capítulo anterior, cabe destacar que la dificultad que radica en estos grupos de supuestos es que, en virtud del criterio o teoría que sea seguida por determinada doctrina o por una jurisprudencia específica, pueden darse situaciones de lagunas o vacíos legales (es decir, impunidad) ya que una conducta no podría ser subsumida bajo los supuestos del tipo penal de aborto u homicidio. A su vez, podría ocurrir que exista una doble protección (espacios donde se sobreponen las esferas de protección de ambos delitos) en torno a dicho bien jurídico.

Esta situación problemática se ha tratado bajo la determinación, señalada por la doctrina, de conceptos “amplios” y conceptos “restrictivos” de aborto y homicidio, bajo la intención de delimitar los casos que abarca cada tipo penal.

Una noción restrictiva entiende al aborto como “la destrucción de la vida del nasciturus, bien en el interior del claustro materno, bien provocando su expulsión prematura”³⁵⁵ y al homicidio como “causar la muerte de una persona mediante una acción que incidió sobre ella”³⁵⁶. Peñaranda, por su lado, complementa lo anterior señalando que existe una afirmación de “un concepto estricto de aborto, según el cual éste consiste en la destrucción del producto de la concepción dentro del claustro materno o por su expulsión prematura provocada, que determina la muerte precisamente a causa de su inmadurez; y, por otra, en la restricción del concepto de homicidio a la causación de la muerte de una persona mediante una actuación que incida (o comience a incidir) en el objeto material cuando ya haya adquirido ese status”³⁵⁷

La noción amplia de homicidio significa, en palabras simples, “comprensivo de toda acción que hubiere causado la muerte de otro, con independencia de que se hubiere realizado antes o después del nacimiento”³⁵⁸. Esta noción amplia de homicidio permite superar una de las situaciones recientemente expresadas: logra evitar importantes lagunas punitivas. Esta problemática -también tratada en el capítulo anterior- significa que “casos de muerte del ya nacido como consecuencia de acciones anteriores al nacimiento presentan especiales dificultades (“el hecho de que la muerte se haya producido tras el nacimiento impide exigir una responsabilidad penal por este delito; pero tampoco es posible exigirla por el delito de homicidio, ya que la acción se realiza cuando la vida aún no se había independizado”) que obligan a considerar que la muerte de una persona mediante una acción prenatal debe permanecer (...)

³⁵⁵ RAMÓN RIBAS, 2001, Eduardo. *Entre el aborto y el homicidio. Imprudencia e imputación objetiva en los delitos de resultado*. En: Comentario a la sentencia del tribunal Supremo de trece de octubre de 1993; (RJ 7380), p. 972.

³⁵⁶ *Ibid*, p. 972.

³⁵⁷ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2003, op. cit. p. 180-181.

³⁵⁸ RAMÓN RIBAS, Eduardo, 2001. op. cit. p. 971.

impune”³⁵⁹. Según lo postulado Eduardo por Ramón Ribas³⁶⁰, una noción estricta -que es como se entendía tradicionalmente- de los conceptos de aborto y homicidio traería como consecuencia lagunas punitivas. En cambio, considerar al homicidio en su acepción amplia supera, según se dijo, este problema.

A su vez, esta noción amplia del homicidio se condice con la teoría del resultado tratada en el capítulo anterior. Así, la actuación prenatal dirigida en contra el feto, que produce la muerte del mismo -ahora en calidad de nacido vivo- configura el tipo penal del homicidio, bajo ambos criterios. Ramón Ribas, con ocasión del análisis de una sentencia, señaló que “el Tribunal Supremo considera que la apreciación de dichos delitos tan solo requiere la producción del resultado prohibido por ellos, siendo irrelevante el momento de la ejecución de la acción. Con otras palabras, la confrontación entre la acción y el resultado como criterios decisorios del tipo aplicable se resuelve a favor del último”³⁶¹.

La noción amplia de aborto, se refiere a aquellos supuestos “integrado siempre por una acción prenatal y capaz de abarcar, no obstante, resultados que consistan en la muerte de una persona”³⁶² o, en otras palabras “el delito de aborto no sólo se consume por la destrucción del feto dentro del claustro materno o por su expulsión prematura provocada, sino ya en general por la causación de la muerte, antes, durante o después del parto, siempre que ella sea objetivamente imputable a una conducta que incida negativamente sobre el objeto material de este delito (el embrión o el feto) durante su gestación”³⁶³.

Es decir, esta noción postula casos en que la actuación prenatal que tiene resultados en nacidos vivos, podrían ser catalogadas como delitos de aborto en vez de homicidio, en virtud de determinadas cuestiones. A modo de ejemplo, se puede mencionar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de diciembre de 1985, en la que se sancionó a título de aborto en calidad de consumado la muerte de un menor

³⁵⁹ Ibid, p. 972.

³⁶⁰ Ibid, pp. 972-973.

³⁶¹ Ibid, p. 972.

³⁶² RAMÓN RIBAS, Eduardo, 2001. op. cit. p. 973.

³⁶³ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2003, op. cit. p. 186.

nacido vivo. Este fallecimiento ocurrió teniendo el menor la edad de 4 días de vida, ocasionada por una neumopatía de membranas hialinas, común en casos de nacimientos prematuros³⁶⁴. Esta noción claramente se contrapone a la noción de aborto restrictivo, en la cual no se abarca ningún tipo de muerte de carácter postnatal.

Cabe destacar que la aplicación de una noción amplia tanto del homicidio como del aborto trae consigo la problemática de dicha doble protección (o super posición de protección) y confusión de las esferas de protección de cada figura, además de no resultar idónea por razones de orden sistemático y del principio de legalidad.

En virtud de lo expuesto anteriormente, una noción amplia de homicidio y una noción restrictiva de aborto se condice plenamente con la teoría del momento del resultado, expuesta en el capítulo anterior, y facilita una demarcación entre ambos tipos penales, ante la ocurrencia de supuestos prenatales con resultados en nacidos vivo. De esta forma, se evita el problema de posibles algunas punitivas sin que, por otro lado, existan esferas de doble protección que lleven nuevamente a confundir ambas esferas.

Finalmente, cabe destacar que se ha postulado la posibilidad de establecer conceptos amplios tanto de aborto como homicidio, que implicaría que el delito de aborto contemplara resultados postnatales, como que el delito de homicidio abarcara acciones prenatales. Sin embargo, en palabras de Ramón Ribas “tampoco son ilimitadamente amplios o, expresada de otro modo, su amplia conceptualización está sometida a evidentes límites que, no obstante, no se han explicitado por el TS y, por ello, únicamente pueden intuirse”³⁶⁵. Así, el autor considera que los límites de esta concepción amplia podrían demarcarse por medio de la llamada “dirección objetiva ex ante de la conducta”. Así, resultaría necesario analizar ex ante si una acción es adecuada para destruir la vida humana, en su calidad de feto que reside en el claustro materno, aunque esta se produzca días o semanas después del nacimiento, En cambio, en el marco del homicidio, debería analizarse ex ante si una conducta inicial

³⁶⁴ RAMÓN RIBAS, Eduardo, 2001. op. cit. p. 973.

³⁶⁵ Ibid, p. 974.

es la adecuada para la producción de la muerte del ser humano una vez ocurrido el nacimiento.

CONCLUSIONES

Por medio del presente trabajo se buscó realizar una precisión en torno al delito de aborto, la que dice relación con establecer qué es lo que se debe entender como aborto para efectos de distinguir, al analizar distintos elementos de relevancias y aristas, la configuración de este tipo penal u otro.

Para tal efecto, por medio de este trabajo investigativo se revisaron las propuestas formuladas tanto por la doctrina y la jurisprudencia con el objeto de precisar del bien jurídico protegido por este delito y delimitar las fronteras de protección del mismo, tanto en su límite inferior como superior de protección. En esta labor investigativa se puso especial énfasis a la determinación del límite superior de protección del bien tutelado por el aborto: el nacimiento. En virtud de la necesidad de establecer un punto en específico en el proceso del nacimiento, se hizo una revisión de los distintos criterios que se han formulado en los distintos sistemas, para posteriormente indicar cuál de estos es el idóneo para nuestro ordenamiento jurídico.

A continuación, se trató la problemática de las actuaciones lesivas dirigidas contra el concebido que manifiestan un resulta una vez el mismo ha mutado, y detenta la calidad de nacido vivo, bajo la óptica de establecer en qué momento el objeto de la acción dañosa o lesiva debe poseer la calidad exigida por el tipo penal.

Finalmente, se hizo una breve referencia a la demarcación entre el delito de aborto y el delito de homicidio, y cómo las nociones de ambos pueden conjugarse en nuestro ordenamiento.

En virtud de este proceso investigativo anteriormente expuesto, se pueden señalar las siguientes cuestiones a modo de conclusión.

En primer lugar, cabe destacar que se han formulado distintas propuestas del bien jurídico protegido por el delito de aborto, tales como la vida y salud de la mujer embarazada, los derechos sexuales y reproductivos de la mujer embarazada, un

interés demográfico del Estado, el derecho de los padres a tener descendencia, el normal desarrollo uterino acorde a los postulados de la biología humana, la autodeterminación de la mujer, entre otros. Sin perjuicio de esto, existe hoy en día una doctrina mayoritaria, respaldada igualmente por la jurisprudencia, que entiende que el bien jurídico es la vida humana dependiente: es decir, la vida del feto, también denominado bajo el título embrión, concebido, nasciturus, no nacido, vida en gestación, entre otros. Por tanto, se reconoce una protección jurídico penal, a través de este tipo penal, de la vida humana en su fase prenatal: la vida humana existente de forma anterior al nacimiento, que se encuentra en el claustro materno inmersa en su proceso de desarrollo biológico, posee relevancia jurídica penal, sin perjuicio de los límites que sea posible distinguir o fijar en torno a dicha vida. Esta cuestión resulta relevante toda vez que la protección del feto no se encuentra condicionada ni es supletoria o adicional a la protección de la vida de la mujer embarazada: son vidas humanas distintas, ambas protegidas por el derecho penal, aunque con diferencias en la intensidad de la protección.

En segundo lugar, debe señalarse que en la doctrina y jurisprudencia ha formulado a lo largo de los años distintos criterios a efectos de determinar cuándo inicia y finaliza la protección jurídico-penal del bien tutelado por el aborto: la vida humana dependiente. A su vez, ha resultado sumamente relevante, en virtud de la relación existente, la revisión de los criterios postulados en torno al momento en que inicia la protección jurídico-penal de la vida humana independiente, ya dentro de la esfera de los delitos de homicidio y lesiones.

Así, respecto del inicio de la protección de la vida humana dependiente, se han sostenido distintos criterios, tales como la teoría de la actividad cerebral, de la finalización de la organogénesis, de la viabilidad extrauterina, teorías relacionales, y aquellas teorías referidas a los momentos de la concepción, fecundación, anidación. Al respecto, existe acuerdo mayoritario en nuestro país que consagra que el momento por el que inicia la protección de la vida humana dependiente corresponde con el momento de la anidación. Es decir, la protección jurídico-penal tiene su inicio en el momento en que el cigoto es implantado en el útero de la mujer, y por tanto es posible

señalar que la vida en su fase prenatal es protegida por nuestro ordenamiento desde su fase implantacional, excluyendo como consecuencia directa la etapa preimplantacional.

A su vez, de forma mayoritaria se ha señalado que el momento en que finaliza dicha protección jurídico-penal otorgada a la vida humana dependiente es en la instancia del nacimiento. Sin embargo, tratándose del parto de un proceso extenso que consta de variadas etapas y se desarrolla en un plazo de tiempo no menor, ha surgido la necesidad de fijar en este proceso del nacimiento un punto en específico en el cual finaliza dicha protección, para cual la doctrina y jurisprudencia han sostenido y propuesto distintos criterios. Entre estos criterios se encuentra el inicio de la separación entre el concebido y la mujer embarazada, siendo relevante el momento del inicio de las contracciones y los criterios de percepción visual y de exteriorización. Asimismo, otros criterios postulados son el de la viabilidad, el corte del cordón umbilical, la cesación de respiración placentaria y su paso a respiración pulmonar por parte del recién nacido y el criterio de expulsión del producto de la concepción.

En este contexto, se ha sostenido que el criterio idóneo para fijar el punto demarcatorio durante el nacimiento es el momento de la expulsión del concebido hacia el exterior del claustro materno. Entre las consideraciones para fundamentar esto se encuentra la mayor protección otorgada a la vida humana y una continuidad en la protección jurídico-penal en el proceso de evolución de la vida humana incipiente a vida humana propiamente tal. A su vez, se destaca la mayor facilidad probatoria y la evitación de circunstancias arbitrarias o dependientes de terceros que nieguen o limiten la protección de la vida humana.

En tercer lugar, se desarrolló la problemática de las actuaciones prenatales - dirigidas contra el producto de la concepción- que manifiestan resultado en el nacido vivo, analizándose la mutación del objeto, el estatus material-valorativo (jurídico) del objeto de la acción y la determinación del momento en qué debe concurrir el objeto exigido por los tipos penales de aborto, homicidio y lesiones.

De esta forma, la doctrina ha distinguido 3 momentos distintos del hecho típico: el momento de la acción, de la incidencia, y del resultado, existiendo así 3 distintas

teorías que señalan que el objeto exigido por el tipo penal en cuestión debe concurrir en uno de esos momentos, según el caso. Así, de forma posterior a revisar cada una de dichas teorías, se señaló que el momento en que debe concurrir el objeto exigido por el tipo penal corresponde al momento del resultado.

A efectos de respaldar dicha afirmación se señaló, por un lado, que finalmente los únicos momentos normativamente relevantes corresponden al de la acción y el resultado, siendo irrelevante el momento de la acción. Lo anterior, en virtud de que el resultado típico y su determinación se debe a una exigencia de aplicación estricta de la norma penal, mientras que la acción implica una exigencia genérica de identificar un evento que cuente como tal, pese a que dicha descripción típica se refiere a la causación de un resultado final.

Asimismo, en el mismo orden de ideas, se hizo referencia a lo que es conocido como el problema de la identificación de las acciones, y al llamado efecto acordeón, a efectos de sostener que una misma acción puede ser descrita como lesiva y homicida, sin que eso impida afirmar que consiste en la misma acción.

Posteriormente, se indicó el momento de resultado como el único con relevancia en la tipicidad objetiva, toda vez que la identificación de una acción típica depende de la descripción provista en una norma de sanción penal, surgiendo la situación de que dicha descripción no poseería una caracterización *ex ante* de la acción típica: su contenido consiste en una descripción que explica la producción del resultado típico, que puede realizarse únicamente de forma *ex post*.

Así, se tiene que resulta del todo innecesario exigir la calidad del objeto material de la acción en otro momento, siendo únicamente relevante que exista al momento de resultado; toda vez que una acción -que da inicio a un curso causal o movimiento corporal- será considerada típica únicamente cuando explique causalmente el resultado final, siendo así este momento el único decisorio en términos de tipicidad objetiva.

Finalmente y, en cuarto lugar, se hizo una referencia a la demarcación entre los delitos de aborto y homicidio, refiriéndose tanto a los bienes jurídicos protegidos por

ambas figuras como a los límites de dicha protección. A su vez, se trataron las nociones amplias y restrictivas de ambos delitos, concluyéndose que una noción amplia de homicidio -que abarca aquellas actuaciones ocurridas tanto antes, durante o después del nacimiento que derivan en una muerte de "otro"- junto con una noción restrictiva de aborto -referida al fallecimiento del concebido antes del nacimiento- permite evitar el problema de lagunas punitivas, sin que se produzca una esfera de superposición de protección entre ambos delitos, siendo además idónea por razones de orden sistemático y estando acorde con el principio de legalidad, fundamental en nuestro ordenamiento, además de la teoría del momento del resultado anteriormente señalado.

BIBLIOGRAFÍA

Autores.

BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio, 2004. *La píldora del día después ante la jurisprudencia*, en Estudios Públicos 95 (invierno 2004). Chile: Centro de Estudios Públicos.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, 2007. *El delito de aborto*, Manual editado para uso exclusivo de estudiantes; Chile.

BASCUÑAN VALDÉS, Antonio, 2013. *Corte Suprema. Contra Teresa Pastén (muerte por aborto)*, *Revista de Ciencias Penales*, N°2, Tomo XXII.

BESIO ROLLERO, Mauricio, 2016. *Las interrupciones del embarazo en la práctica obstétrica: recurso terapéutico vs aborto provocado*. *Acta Biothica*; 22 (2).

BONACCORDI, Nélica, y REYBET, Carmen, 2008. *Derechos sexuales y reproductivos: Un debate público instalado por mujeres*. *Revista LiminaR*. Estudios sociales y humanísticos, año 6, vol. VI, núm. 1, diciembre.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas. Derecho Penal. Parte Especial*; Chile; Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009.

CACIO MELIÁ, Manuel, 2011, *El caso Contergan cuarenta años después*, En: *Revista Foro Jurídico PUCP*, Núm. 12.

CARVAJAL, Jorge, y RALPH, Constanza, 2018. *Manual de Obstetricia y Ginecología*. 9ª ed. Chile: Escuela de Medicina, Universidad Católica de Chile.

CASTILLO, Alejandra, 2010. *Aborto e infanticidio: cómo sostener una adecuada defensa*. 1ª ed. Chile: Departamento de Estudio, Defensoría Penal Pública de Chile.

CONTESSÉ, Javier, *Cambios del estatus del objeto de la acción en el tiempo y lesiones al feto*, en: *La ciencia penal en la Universidad de Chile*; Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida*; en *Revista Ius Et Praxis*, Núm. 11-1, 2005.

DE LA TORRE DÍAZ, Francisco Javier. 2016. *Bioética: vulnerabilidad y responsabilidad en el comienzo de la vida*. 1ª ed. Madrid: Editorial Dykinson.

ESCUDERO, Dolores, 2009. *Diagnóstico de muerte encefálica (Brain death diagnosis)*. En: *Revista Medicina Intensiva* vol. 33. No. 4, mayo.

ESER, Albin, 1989. *Reforma de la regulación del aborto en el derecho penal alemán: evolución y primeras experiencias*. En: *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona* (Libro Homenaje al profesor Antonio Beristain), San Sebastián.

ETCHEBERRY, Alfredo, 1998. *Derecho Penal: Parte Especial*. 3ª ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

FARRE TREPAT, Elena, 1992, *Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente*, en *Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*; Madrid, Editorial J.M. Bosch Editor.

FLORES, Juan Carlos; PEREZ, Manuel; THAMBO, Sergio; y VALDIVIESO, Andrés, 2004. *Muerte encefálica, bioética y trasplante de órganos*. En: *Revista Médica de Chile*, 2004, vol. 132, No. 1.

GARCÍA MENDOZA, Yasmín, 2017. *Problemas del Conocimiento*. En: *CONCIENCIA*, Boletín Científico de la Escuela Preparatoria N°4, año 4, No. 7.

GARRIDO MONTT, Mario, 2010. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. 7ª ed. Chile, Editorial Jurídica de Chile.

GONZÁLEZ MORÁN, Luis, 2006. *De la bioética al bioderecho: libertad, vida y muerte*. 1ª ed. España: Editorial Dykinson S.L y Universidad Pontificia de Comillas.

KAUFMANN, Armin, 1973. *Tipicidad y Causación en el Procedimiento de Contengan. Consecuencias para el Derecho en Vigor y la Legislación*, en *Nuevo Pensamiento Penal*, 2.

KIERSZENBAUM, Mariano, 2009. *El Bien Jurídico en el derecho penal*. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. Lecciones y Ensayos, nro 86.

LABATUT, Gustavo, 1959. *Derecho penal. Parte Especial (II)*. 5ª ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile

LAURENZO COPELLO, Patricia, 2011. *Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres: un nuevo paradigma para la regulación del aborto*. En: Anuario de Derechos Humanos 2011.

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, 2009. *Comunicación Materno – Filial en el embarazo*. Cuadernos de Bioética, vol. XX, núm. 3, septiembre – diciembre, España.

MALDONADO, Francisco, 2006. *Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal*”. En: REJ Revista de Estudios de Justicia, N° 7.

MODELELL, Juan Luis, 2016. *El tipo objetivo en los delitos de mera actividad*. En: Revista Política Criminal, voy. 11, no. 22.

MOLINARIO, Alfredo – AGUIRRE OBARRIO, Eduardo. *Los delitos, t. I*, TEA. Buenos Aires, 1999.

MONGE FERNÁNDEZ, ANTONIA. 2005. *Reflexiones jurídico-penales sobre la interrupción voluntaria del embarazo*. En: Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones.

OLAVE, Alejandra, 2018. *El delito de hurto como tipo de delito de resultado*. En: Revista Política Criminal, Vol. 13, N° 25 (Julio 2018).

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, 2003. *La protección de la vida y la salud humana entre sus fasos prenatal y postnatal de desarrollo*, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2° Edición, N°11, 2003.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2009. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2° ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, 1993. *Derecho penal chileno: parte especial: delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

POSADA MAYA, Ricardo, 2014. *Delitos contra la vida y la integridad personal. El homicidio, el genocidio y otras infracciones. Tomo I*. 1ª ed. Colombia: Grupo Editorial Ibañez.

QUERALT, Joan J, 2019. *La regulación del aborto en España tras la ley orgánica 2/2010*. En: La ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, N°81.

RAMÓN RIBAS, 2001, Eduardo. *Entre el aborto y el homicidio. Imprudencia e imputación objetiva en los delitos de resultado*. En: Comentario a la sentencia del tribunal Supremo de trece de octubre de 1993; (RJ 7380).

RAMÓN RIBAS, Eduardo, 2002, *El delito de lesiones al feto*. Madrid, Comares.

ROMEO CASABONA, Carlos Marías, 1994, *La incidencia de la delimitación de las distintas fases de la vida humana y su protección Jurídica*. En: El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana. 1ª ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Arece

RUSCONI, Maximiliano, 1987. Estudios de la dogmática de la legislación actual del delito de aborto y análisis de errores interpretación en doctrina y jurisprudencia. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones Universidad de Buenos Aires.

SALÀS DARROCHOA, Josep Tomás, 2005. *El concepto de feto en el código penal español*, Revista DS: Derecho y Salud, Vol. 13, Núm 1.

SÁNCHEZ SIFRIANO, Reyna, 2015. *Convencionalidad del derecho de autodeterminación reproductiva de la mujer en el Estado Mexicano*. En: TLA-MELAU, Revista de Ciencias Sociales, Universidad Autónoma de Puebla, México, Año 9, N° 38, abril – septiembre.

SANDOVAL ESTUPIÑÁN, Luz Yolanda; GARRO-GIL, Nuria, 2017. *La Teoría Relacional: Una propuesta para la comprensión y resolución de los conflictos en la institución educativa*, Estudios sobre Educación, volumen 32.

SAURA ESTAPÁ, Jaume, 2019. *El estándar jurídico internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo: Reflexiones en perspectiva de derechos humanos*. Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Núm. 37, Junio.

SHAPIRO, Ian, 2007. *El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: Una introducción. (The Constitutional Law of Abortion in the United States: an Introduction)*. Abortion: The Supreme Court Decisions 1965-2007, Hacket Publishing Company, Inc.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, 2001. *La dimensión temporal del delito y de los cambios de status jurídico penal del objeto de la acción*, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*; Pamplona.

SILVA, Hernán, 2012. *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*. 3ª ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

SOLER, Sebastián, 1945-1946. *Derecho Penal Argentino, Tomo III*. 5º ed. Buenos Aires: La Ley.

SUANZES PÉREZ, Fernando, 1999. *El delito de aborto: la modificación de indicaciones*. Lecciones de derecho sanitario. España: Universidad da Coruña, Servicio de Publicaciones.

UNDURRAGA VALDÉS, Verónica. *¿Existe un derecho a tener hijos? Una respuesta desde el derecho constitucional chileno sobre autonomía y acceso a técnicas de reproducción asistida*. Madrid, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Num. 38, Junio 2018.

VALENZUELA, Jonathan, 2007. *Aproximación a la regulación de la ley 20.120: cuestiones generales sobre la protección penal del embrión no implantado en el derecho chileno*. En: *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, N°9,

VÁSQUEZ LARA, Juana, 2017. *Manual Básico de Obstetricia y Ginecología*. 2ª ed. Madrid: Colección Editorial de Publicaciones del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. 2015. *Protección del derecho a la vida*. *Vox Juris*. En: *VOX JURIS*, Lima N°24 (2).

Jurisprudencia.

1. Corte de Apelaciones de Valparaíso. Fallo dictado 9 de abril de 1963 (Caso Teresa Pastén).
2. Corte Suprema, ROL 2186-2001.
3. Corte de Apelaciones de San Miguel, ROL 759-2007.
4. Corte Suprema, ROL 6229-2006. Fallo dictado el 30 de noviembre de 2008.
5. Corte Suprema, ROL 1882-2008. Fallo dictado el 16 de abril de 2009.
6. Corte de Apelaciones de Santiago, ROL 2133-2010. Fallo dictado el 6 de enero de 2011.
7. Corte de Apelaciones de Santiago. ROL 2040-2013. Fallo dictado el 19 de agosto de 2013.