



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

ABORTO, CONSENTIMIENTO Y JUSTIFICACIÓN: ANÁLISIS DE UN CASO  
HIPOTÉTICO

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

FERNANDA VALENTINA MUÑOZ FABRE

Profesora Guía: Javier Felipe Contesse Singh

Santiago, Chile

2022

## Agradecimientos

En atención a que fueron casi tres años los que estuve trabajando en el desarrollo y conclusión de esta memoria, con todos los altos y bajos que caracterizan a todas las tareas que toman largas porciones de tiempo, y ya habiendo finalizado mi examen de grado y práctica profesional, no me es posible aproximarme de manera distinta a la entrega final de este documento más que como la culminación de mis estudios de pregrado y con ellos, de mi vida universitaria. Y si bien esta última fue interrumpida abruptamente por el estallido social y por la pandemia hace ya varios años, con la entrega de esta memoria obtengo el cierre que necesitaba para emprender nuevos desafíos. Así, no me queda más que expresar mi gratitud a todas aquellas personas que hicieron que el término de esta etapa de mi vida fuese posible:

A mi familia, que me ha acompañado día a día y soportado en las horas de trabajo diario. También a mi abuela y primo, que me entregaron fuerzas para retomar la parte final.

A mis amig@s, a todos los del grupo Thopogardium que estuvieron día a día en la misma esquina de la escuela para conversar y apoyarnos; a Sebastián, quien siempre estuvo ahí por años; a Nicolás, Victoria y Florencia, por haber estado dispuestos a mantener por años una amistad con una cuasi abogada.

A Fernando, por siempre haber estado dispuesto a leer páginas sobre cuestiones que no entendía, por haberme dado el ánimo que necesitaba para poder finalizar este proceso, por darme su soporte incondicional y por recordarme cómo ser feliz.

A mi profesor guía Javier Contesse, por siempre haber estado dispuesto a discutir y dilucidar asuntos de la tesis conmigo, por la paciencia y por siempre aconsejarme desde el respeto y con el fin de elaborar un buen trabajo.

A todos ustedes mil gracias, esto –al igual que muchas otras cosas- no habría sido posible sin su ayuda.

# Índice

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO 1 LA MUJER COMO INTERVINIENTE EN EL DELITO DE ABORTO</b> .....	<b>9</b>
<b>1.1 LA REALIZACIÓN OMISIVA DEL DELITO DEL ART. 344 DEL CÓDIGO PENAL</b> .....	<b>9</b>
A. ANÁLISIS DEL TIPO DEL ART. 344 DEL CÓDIGO PENAL .....	9
i. LA MUJER QUE CONSIENTE EN QUE UN TERCERO CAUSE SU ABORTO COMO DELITO DE OMISIÓN PROPIA .....	11
ii. EL DELITO DEL ART. 344 CP COMO DELITO ESPECIAL PROPIO .....	18
iii. EL FETO COMO TITULAR DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ABORTO .....	20
<b>1.2 LAS CAUSALES DE LA LEY DE DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO</b> .....	<b>24</b>
A. CAUSALES DE LA LEY 21.030 COMO CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	24
i. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN .....	24
<b>1.3 EL CONSENTIMIENTO COMO CONDICIÓN NECESARIA PARA LA APLICACIÓN DE LAS CAUSALES DE LA LEY 21.030 Y SU AUSENCIA EN EL CASO POR COACCIÓN DE LOS PADRES</b> .....	<b>28</b>
A. ANÁLISIS LEGAL DE LAS CAUSALES DE LA LEY 21.030 .....	28
B. PARTICULARIDADES DEL CONSENTIMIENTO EN EL DELITO DE ABORTO.....	30
i. CRÍTICAS AL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER EN EL ABORTO .....	30
ii. CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO DEL NUEVO ART. 119 CS .....	32
C. EL CONSENTIMIENTO VICIADO PRODUCTO DE LA COACCIÓN DE LOS PADRES.....	34
D. CONSECUENCIAS PARA LA MUJER DE LA REALIZACIÓN DEL ABORTO SIN SU CONSENTIMIENTO .....	37
i. FUNDAMENTO DE LAS CAUSALES DE LA LEY 21.030 .....	37
<b>1.4 ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE POR COACCIÓN</b> .....	<b>43</b>
A. EL ESTADO DE NECESIDAD DEL ART. 10 N° 11 CP COMO CAUSA DE EXCULPACIÓN .....	43
B. LOS PRESUPUESTOS ESTABLECIDOS POR EL ART. 10 N° 11: APLICACIÓN AL CASO HIPOTÉTICO.....	45
<b>CAPÍTULO 2..... EL PROFESIONAL DE LA SALUD COMO INTERVINIENTE EN EL DELITO DE ABORTO</b> .....	<b>48</b>
<b>2.1 LA COMISIÓN DEL DELITO DE ABORTO DEL ART. 345 DEL CÓDIGO PENAL SEGÚN LAS DISTINTAS HIPÓTESIS EN LAS QUE SE PUEDE ENCONTRAR EL FACULTATIVO QUE REALIZA LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO SEGÚN LAS CAUSALES DE LA LEY 21.030</b> .....	<b>48</b>
A. SITUACIÓN DEL FACULTATIVO QUE REALIZA LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO SEGÚN LAS CAUSALES DE LA LEY 21.030.....	48
i. EL DELITO DE ABORTO CAUSADO POR FACULTATIVO .....	48
ii. LA REGULACIÓN DEL ABORTO EN CHILE: HISTORIA E INTERPRETACIÓN DEL ART. 119 CS ....	51
iii. LEY 21.030 COMO CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN EN RELACIÓN AL MÉDICO Y DEMÁS FUNCIONARIOS .....	54
iv. LAS INDICACIONES DE LA LEY 21.030 COMO SITUACIONES DE ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO .....	57
B. ANÁLISIS DE LAS DIVERSAS SITUACIONES EN LAS QUE SE PUEDEN ENCONTRAR LOS PROFESIONALES DE LA SALUD EN EL CASO HIPOTÉTICO .....	64
i. EL MÉDICO Y SU EQUIPO DESCONOCEN LA COACCIÓN .....	65
ii. LOS FACULTATIVOS SABEN DE LA COACCIÓN Y REALIZAN LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO CON CONOCIMIENTO DE LA FALTA DE VOLUNTAD DE LA NIÑA .....	67

## **CAPÍTULO 3..... LOS PADRES COMO INTERVINIENTES EN EL DELITO DE ABORTO**

**69**

<b>3.1 INTERVENCIÓN DELICTIVA DE LOS PADRES EN EL DELITO DE ABORTO EN RELACIÓN A LA CONDUCTA DE LA MUJER EMBARAZADA.....</b>	<b>69</b>
A. ANÁLISIS DE LAS DIVERSAS HIPÓTESIS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN..	69
i. LAS DIVERSAS HIPÓTESIS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN: LOS ART. 15 Y 16 CP .....	71
ii. CRITERIOS DE DISTINCIÓN ENTRE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN .....	75
B. ¿LOS PADRES COMO COAUTORES MEDIATOS DEL DELITO DE AUTOABORTO? .....	82
i. LA AUTORÍA MEDIATA .....	82
ii. EL DELITO DE ABORTO DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS DEL ART. 344 CP COMO DELITO ESPECIAL PROPIO: LA NECESIDAD DE SER DESTINATARIO DE LA NORMA PARA SER AUTOR MEDIATO ...	88
<b>3.2 INTERVENCIÓN DELICTIVA DE LOS PADRES EN EL DELITO DE ABORTO EN RELACIÓN A LAS CONDUCTAS DE LOS FACULTATIVOS DE LA SALUD .....</b>	<b>93</b>
A. LOS PADRES COMO COAUTORES MEDIATOS DEL DELITO DE ABORTO SI EL EQUIPO MÉDICO ACTÚA BAJO ERROR EN EL TIPO PERMISIVO .....	94
i. ¿LOS PADRES COMO COAUTORES MEDIATOS DEL DELITO DE ABORTO?: EL ART. 345 COMO HECHO PUNIBLE ESPECIAL .....	94
B. LOS PADRES COMO CÓMPLICES DEL DELITO DE ABORTO REALIZADO POR LOS FACULTATIVOS QUE ACTÚAN CON CONOCIMIENTO DE LA COACCIÓN .....	98
i. ¿COAUTORÍA O COMPLICIDAD?: FUNDAMENTOS GENERALES DE AMBOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN .....	98
ii. LOS PADRES COMO CÓMPLICES DEL DELITO DE ABORTO .....	101
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>104</b>

## Introducción

La pretendida prohibición total del aborto arrastrada desde la dictadura cívico-militar significó múltiples esfuerzos desde la doctrina para que se reconocieran las causas de justificación existentes en determinadas situaciones particularmente delicadas en las que se puede encontrar la mujer embarazada<sup>1</sup>.

El reconocimiento legal de estas se logró en el año 2017 con la promulgación de la Ley N° 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, la cual modifica el art. 119 del Código Sanitario (en adelante, CS), admitiendo como indicaciones: en primer lugar, que el embarazo represente un riesgo vital para la mujer; en segundo lugar, que el feto padezca una patología congénita que no le permitirá vivir extrauterinamente de forma independiente; y en tercer lugar, que el embarazo sea resultado de una violación.

Sin perjuicio de lo destacable del establecimiento legal de tres causales en las cuales la realización de un aborto resulta lícita, se han detectado problemas en la implementación de la ley. En este trabajo abarcaré, en concreto, uno de ellos, relativo a la falta o duda existente respecto a la voluntad de las niñas embarazadas, menores de catorce años, a la hora de decidir la interrupción de su embarazo, y el remplazo de la voluntad de estas por la de sus padres.

Es importante señalar que, de todos los ángulos bajo los cuales se puede analizar este problema, en las siguientes páginas se enfatizará el análisis del tratamiento de la responsabilidad penal que puede existir en una situación de este tipo, y de esta forma plantear que estos eventos no son banales, sino que revisten gravedad e implican la comisión de distintos delitos desde el punto de vista de los distintos posibles intervinientes en una situación como la señalada, centrándome en el análisis del delito de aborto.

Para poder desarrollar este estudio, haré uso de un caso hipotético, descrito en el Informe de Monitoreo Social sobre la Implementación de la Ley de Interrupción del Embarazo en Tres Causales, aunque levemente modificado para que el problema involucrado en el mismo resulte

---

<sup>1</sup> Me referiré en los términos de mujer embarazada, sin perjuicio de existir otras personas –en lo concreto hombres transexuales que mantienen su sistema reproductor de nacimiento– que igualmente pueden ser personas gestantes. Para estos individuos, el desarrollo del presente trabajo no varía, mas mantendré el concepto de mujer embarazada, a la cual frecuentemente se refiere la doctrina y legislación por motivos de comodidad y facilidad en la redacción del trabajo.

más claro<sup>2</sup>. Así, el caso hipotético a desarrollar será el siguiente: A es una menor de 13 años de edad, que mantiene una relación de pareja con B, de 16 años de edad, producto de la cual A queda embarazada, deseando mantener dicho estado hasta el futuro nacimiento del nasciturus. Por el contrario, los padres de A, P y M, desean que su hija interrumpa su embarazo. A, como la mayoría de las niñas de su edad, es totalmente dependiente económicamente de sus padres, viviendo en la casa de P y M y estando ellos a cargo de su supervivencia. Por lo demás, A ha sido maltratada física y psicológicamente por sus padres con anterioridad, de modo que P y M hacen uso de esta dependencia y temor que tiene su hija respecto de ellos para coaccionarla con el fin de que esta se realice un aborto, mediante el uso de amenazas consistentes en el abandono del hogar familiar, además de golpes, gritos y malos tratos en caso de que A decidiese continuar con su embarazo.

Lo primero que es necesario analizar en la situación planteada, es que estamos frente a una situación de violación de menor impúber, contemplada en el art. 362 del Código Penal (en adelante, CP), no encontrándose protegida la conducta por la llamada “exención de Romeo y Julieta” del art. 4 de la Ley N° 20.084 (de Responsabilidad Penal Adolescente), por existir una diferencia de edad entre A y B mayor a dos años.

De este modo, A efectivamente podría interrumpir legalmente su embarazo a partir de la tercera causal del nuevo art. 119 CS, por ser este resultado de una violación. Así, si la menor deseara realizarse un aborto, siguiendo con el procedimiento establecido por la Ley N° 21.030, obteniendo la autorización de alguno de sus representantes legales (o en su defecto, la del Juez de Familia) y encontrándose dentro del plazo de 14 semanas como edad de gestación, podría interrumpir su embarazo sin mayores dificultades.

Sin perjuicio de ello, en el presente trabajo se problematiza una situación diversa puesto que la niña no desea realizarse un aborto. Por este motivo, resulta pertinente analizar la comisión del delito de aborto, lo que realizaré estructurando el texto según los distintos intervinientes del caso planteado, entendiendo por estos: a la mujer o niña denominada en el caso como A; a los

---

2 El cual en su forma original es el siguiente: “[H]ay otro caso, de una niña de 13 años, referido en varias entrevistas del territorio donde se presentó, que llegó al hospital embarazada de su pareja de 15 años, y son los padres quienes deciden la interrupción: el caso que llegó acá fue derivado a la urgencia porque no se sabía qué edad gestacional tenía, y para no perder tiempo, porque las semanas pasan volando, se derivó inmediatamente a urgencia para que la viera el ginecólogo y se le hiciera la ecografía y determinara que edad gestacional tenía. Venía por tercera causal, eran menores de edad y por decisión de los familiares, tienen menos de 14 años, y decidían los papás, querían interrumpir el embarazo. En este caso quedan grandes dudas sobre el respeto a la voluntad de la niña”. Véase en: Mesa de Acción por el Aborto en Chile y Fondo Alquimia, Informe de Monitoreo Social. Implementación de la Ley de Interrupción del Embarazo en Tres Causales (Santiago: Observatorio Género y Equidad, 2019), 40.

facultativos que realizan la interrupción del embarazo, y; por último, a los padres de la menor A que la coaccionan para realizarse el aborto.

Así, el trabajo se divide en tres capítulos: el primero, relativo al análisis de la mujer como interviniente en el delito de aborto, sosteniéndose como hipótesis que su conducta no es antijurídica, en tanto las indicaciones del nuevo art. 119 del Código Sanitario constituyen causas de justificación. Ello, aun faltando la voluntad de la niña para practicarse el aborto, puesto que el fundamento de la causal contenida en el art. 119 N° 3 CS, aplicable a este caso, radica en la excesiva afectación de la autonomía de la mujer que implica la obligación de sobrellevar un embarazo resultante de una violación. De ello se sigue que excluir la aplicación de la causal ahí donde la decisión de abortar por parte de la mujer se explica como consecuencia de la coacción ejercida sobre esta por parte de sus padres, es decir, como resultado de la afectación de su autonomía, resultaría contradictorio. Incluso en caso de no adherirse a la propuesta anterior, entendiéndose que la conducta de la niña es antijurídica, se planteará que de todos modos ella no resulta culpable, por encontrarse en una situación de estado de necesidad exculpante.

A este respecto es importante señalar que, si bien la niña no resulta imputable penalmente por ser menor de 14 años, el análisis que se realizará se mantiene válido en casos de personas imputables penalmente e, incluso en su caso, el análisis del injusto penal.

En el segundo capítulo se realiza el análisis de la situación de los facultativos que efectúan la interrupción del embarazo. La hipótesis sostenida a este respecto es que, si el médico no tiene conocimiento del déficit de voluntad de la niña en la interrupción de su embarazo, él mismo se encuentra en una situación de error de tipo permisivo, resultando excluida la imputación a título de dolo, mientras que, de estar al tanto de la coacción sufrida por la menor, el médico actúa dolosamente, pudiendo en tal medida intervenir como autor del delito de aborto en los términos previstos en el art. 345 CP<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Brevemente, respecto de los facultativos de la salud, también es pertinente señalar la posible comisión de lesiones a la mujer embarazada, las que no serán tratadas en el capítulo respectivo por exceder las pretensiones de este proyecto de tesis. Sin embargo, resulta importante aclarar, en primer lugar, que en ningún caso puede entenderse el aborto en sí mismo como una mutilación para la mujer embarazada, por el simple hecho de que el feto no es ni un órgano de la madre ni parte de su cuerpo, sino que ambos constituyen seres diferentes entre sí. En este sentido lo afirma Finnis, aunque para sustentar una tesis contraria a la autorización del aborto consentido, al señalar que, al no ser el feto parte del cuerpo de la madre, la mujer no tendría el derecho de decidir sobre el cuerpo de este. Si bien este punto será refutado en la sección respectiva, dado que la mujer no entrega su consentimiento sobre lo que ocurrirá sobre el cuerpo del feto sino sobre el propio cuerpo, es importante mencionar que tanto las posturas más liberales como aquellas en extremo conservadoras concuerdan en esta idea de diferencia de la persona de la mujer del feto. Véase al

Por último, en el tercer capítulo se realiza el desarrollo para determinar si los padres de A pueden entenderse como autores del delito de aborto. Sobre ello se afirma, en primer lugar, que los padres no pueden ser coautores mediatos de la figura del delito de aborto de la segunda hipótesis del art. 344 CP, por no ser destinatarios de la norma de comportamiento subyacente al mismo y cuyo supuesto de hecho resulta expresado por en la cláusula “consintiere que otra persona se lo cause”. Por otro lado, respecto de los facultativos de la salud, en caso de encontrarse estos en una situación de error sobre un presupuesto fáctico de una causa de justificación, es posible imputarle a los padres la conducta de los médicos, a título de coautores mediatos, por entenderse el art. 345 CP como uno de los llamados delitos especiales *improprios*<sup>4</sup>, a diferencia de la segunda hipótesis del art. 344 CP que debe interpretarse como un delito especial *propio*; por el contrario, si los facultativos conocen de la coacción, los padres resultarían ser únicamente cómplices del delito de aborto.

---

respecto: Finnis, John, “The Rights and Wrongs of Abortion. A Reply to Judith Thomson”. *Philosophy & Public Affairs* (1973): 131. De esta manera, su extracción no permite encuadrar la conducta en el significado del verbo rector *mutilar*, que se ha definido por la doctrina como “cortar, cercenar o extirpar una parte del cuerpo de una persona (...) la ablación de ese miembro u órgano del resto del cuerpo, o de su destrucción”, en: Garrido, Mario. *Derecho Penal. Parte especial. Tomo III*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010), 150. Sin perjuicio de ello, lo anterior no significa que en el contexto de un aborto no se pueda producir una mutilación. Un ejemplo de ello sería si a la niña de nuestro caso se le hubiese realizado el aborto y el médico hubiese aprovechado la oportunidad para extraer su útero u ovarios. En este caso, además de lo ya analizado en el presente trabajo, se realizaría la conducta típica de la castración del art. 395 CP. Entenderemos que esto no ocurre en el caso tratado. Por otro lado, respecto de las lesiones *stricto sensu*, si bien son poco frecuentes, es posible que estas también se configuren en la realización del aborto, a partir del procedimiento médico. Más detalle a este respecto en: Servicio Clínico de Ginecología y Obstetricia CABLT, Proyecto de Manejo de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Tres Causales (Santiago, Servicio de Salud Metropolitano Sur, 2018): 1 – 20, Subsecretaría de Salud Pública, Norma Técnica Nacional. Acompañamiento y Atención Integral a la Mujer que se Encuentra en Alguna de las Tres Causales que Regula la Ley 21.030 (Santiago, Ministerio de Salud, 2018): 102 – 124 y las recomendaciones de la OMS en Organización Mundial de la Salud, Aborto Sin Riesgos: Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud (Montevideo, Ediciones de la OMS, 2012): 40 – 41. Por último, sobre qué figura de lesiones podrían encontrarse presentes en la situación, ello dependerá de la situación en concreto, pero abstractamente no existe la imposibilidad de plantear la comisión de los delitos de lesiones graves gravísimas (por ejemplo, por producirle un trastorno profundo psíquico a la niña o impotencia por más de 30 días), simplemente graves (ya sea por el art. 397 N° 2 o por el art. 398 CP), menos graves o leves, si el tribunal así las considerara en atención a la calidad de las personas y las circunstancias de hecho. Por lo demás, art. 400 CP contempla una agravante “si los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo se ejecutan en contra de un menor de dieciocho años de edad”, aumentando en un grado la pena señalada para el delito. Así, existe una amplia gama de posibles lesiones que se le pueden provocar a una mujer embarazada en el contexto de un aborto inducido.

<sup>4</sup> La denominación de delitos especiales *improprios* no resulta apropiada, puesto que en realidad estos delitos no son más que delitos comunes calificados por un elemento de autoría establecido en la norma de sanción. Se tratará este punto en mayor profundidad a lo largo del trabajo.



# Capítulo 1 La mujer como interviniente en el delito de aborto

## 1.1 La realización omisiva del delito del art. 344 del Código Penal

### A. Análisis del tipo del art. 344 del Código Penal

El delito de aborto se encuentra tipificado en nuestro ordenamiento en el Título VII de los “Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias, contra la Moralidad Pública y contra la Integridad Sexual” del Libro II del Código Penal Chileno<sup>5</sup> (en adelante CP), entre los artículos 342 y 345.

Suele clasificarse en nuestra doctrina según su sujeto activo<sup>6</sup>. Así, se pueden distinguir: el aborto causado por terceros extraños, el cual a su vez puede realizarse, ya sea, sin el consentimiento de la mujer embarazada - tanto con violencia (art. 342 N° 1 CP) como sin ella (art. 342 N° 2 CP)<sup>7</sup> -, ya sea, con el consentimiento de la misma; el aborto causado por la mujer embarazada, pudiendo realizar esta misma su propio aborto (art. 344 primera parte del inciso primero CP) o consentir en que un tercero lo cause (art. 344 segunda parte del inciso primero CP<sup>8</sup>); y, por último, el aborto causado por un profesional de la salud (art. 345 CP).

Sin perjuicio de lo anterior, hay autores que plantean que esta clasificación no es la más acertada, señalando que “resta el énfasis que requiere la diferencia esencial que existe entre el *aborto voluntario* (realizado o consentido por la mujer embarazada) y el *no voluntario* (realizado por terceros contra o sin la voluntad de la mujer embarazada)”<sup>9</sup>.

Bajo una revisión sistemática del delito de aborto en nuestro Código Penal, se puede establecer que el art. 342 N° 3, esto es, la realización del aborto por un tercero con el consentimiento de la mujer embarazada, cuenta como el tipo básico, ya que no concurre adicionalmente ni un injusto

---

<sup>5</sup> Véase: Politoff, Sergio; Francisco Grisolia y Juan Bustos. *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993), 137 – 139. Los autores analizan la ubicación del delito en nuestro Código, contrastándolo a nivel comparado con otras legislaciones y sus efectos a nivel del bien jurídico protegido

<sup>6</sup> Clasificación utilizada en Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999), 21 y en Garrido, *Derecho Penal. Parte especial. Tomo III.*, 108 - 116.

<sup>7</sup> Al aborto causado por terceros, además de su realización sin o con violencia, debe agregarse la llamada realización del aborto sin el propósito de causarlo, contenida en el art. 343 CP.

<sup>8</sup> El art. 344 CP contemplaría la hipótesis del consentimiento entregado por parte de mujer embarazada respecto a la comisión del aborto, es decir, esta sería la figura por la cual esta respondería; no así el tercero que cause el aborto consentido, al cual no le sería imputable la figura del art. 344 sino la del art. 342 N° 3.

<sup>9</sup> Politoff, Sergio; Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 86 – 87.

de lesiones ni de coacción, no afectándose ningún bien jurídico adicional a la vida del nasciturus. Frente a este, el legislador establece una serie de calificantes y privilegios que se superponen al tipo base<sup>10</sup>. De esta forma, constituyen calificantes: el art. 342 N° 2 CP, puesto que se añade a la afectación del bien jurídico “vida del feto” la afectación de los derechos reproductivos de la mujer<sup>11</sup>, al provocar un tercero el aborto sin el consentimiento de la misma; el art. 342 N° 1 CP, por afectarse adicionalmente la integridad corporal de la mujer al configurarse la violencia en la realización del delito de aborto; y, por último, el art. 344 y 345 CP, determinado por la calidad del sujeto activo, correspondiendo este a la mujer embarazada o al facultativo de la salud, respectivamente. Por el contrario, constituyen privilegios: el art. 344 inc. 2 CP, conocido como aborto *honoris causa*; y el art. 343 CP, en el cual un tercero provoca el aborto realiza “malos tratos de obra o de lesiones realizados dolosamente, pero que no perseguían provocar el aborto”<sup>12</sup>.

Por las particularidades del caso hipotético objeto de análisis en el presente trabajo, me centraré primero en el estudio del art. 344 inciso 1° CP, que en su actual forma señala “[l]a 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”.

De su lectura, resulta evidente que “se trata de una figura de hipótesis múltiple, porque el artículo transcrito regla dos situaciones”<sup>13</sup>, en primer lugar, el delito conocido usualmente por la doctrina nacional como autoaborto<sup>14</sup>; y en la segunda parte del mismo, la mujer que entrega su consentimiento para que un tercero provoque el aborto, siendo este último el que desarrollaré en los siguientes acápite.

---

<sup>10</sup> Véase sobre la sistemática del delito de aborto en el Código Penal Chileno: Wilenmann, Javier. “El Consentimiento de la Mujer y el Sistema del Delito de Aborto”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 40 (2013): 285 – 287.

<sup>11</sup> Resulta pertinente señalar que, tal como lo describe Silvina Álvarez, los derechos sexuales y reproductivos se encuentran “[e]n el ámbito del derecho a la vida privada y familiar y en conexión con el derecho a la salud”. Si bien ambos derechos se encuentran vinculados, es importante diferenciarlos, dado que, por un lado, los derechos sexuales se vinculan al derecho de las personas para ejercer su sexualidad de forma saludable; mientras que, por el otro lado, los derechos reproductivos dicen relación con la libertad de las personas para decidir si tener o no hijos, la cantidad, cuándo y con qué intervalo de tiempo entre ellos. Es interesante destacar que el desarrollo de estos derechos se ha enfocado principalmente a su relación con el ámbito del derecho a la salud, a pesar de tener contenido también como derecho de libertad, en un sentido positivo –relacionado con decisiones sobre la procreación– y en un sentido negativo –como formas para prevenir la reproducción, abarcando el derecho a la anticoncepción y al aborto–. Sobre los derechos reproductivos: Álvarez, Silvina. “La Autonomía Reproductiva. Relaciones de Género, Filiación y Justicia”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* N° 35 (2017): 146 – 149.

<sup>12</sup> Garrido, *Derecho Penal. Parte especial*, 110.

<sup>13</sup> *Ibíd.*, 115.

<sup>14</sup> Sin perjuicio de existir en nuestra doctrina autores que entienden el concepto de autoaborto como cualquier hipótesis en la cual la mujer se considere como autora de su aborto. Al respecto, Politoff, Grisolia y Bustos, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 160 - 161.

### **i. La mujer que consiente en que un tercero cause su aborto como delito de omisión propia**

Resulta particularmente llamativo que nuestro Código establezca un “marco de realización del tipo por parte de la mujer embarazada más amplio que aquél de un tercero interviniente cualquiera, y al menos distinto de las formas posibles de realización del tipo por parte de facultativos”.<sup>15</sup> En razón de ello, debemos entender que nuestro ordenamiento consagra una figura calificada en razón del sujeto activo, consagrándose en el art. 342 N° 3 una penalidad un grado superior a la correspondiente al caso del tercero que realiza el aborto con el consentimiento de la persona embarazada, así “si no existiera esta figura, la mujer debería ser sancionada como coautora o cómplice del aborto causado por un tercero, y como en tal caso existiría consentimiento, la pena sería la del art. 342 N° 3”<sup>16</sup>. De esta forma, para nuestro legislador, resulta más reprochable la conducta de la mujer que consiente o realiza su propio aborto que la de un tercero que lo ejecuta con el consentimiento de esta.

A partir de ello es posible constatar que existe en nuestro país una intensificación de la penalidad respecto de la mujer en la comisión del delito de aborto, pues, por un lado, se le asigna una penalidad superior que la establecida para los terceros que provoquen el aborto; y, por el otro, se amplían los supuestos de posible realización del tipo penal.

Desde la doctrina penal se ha generado una gran cantidad de críticas a esta regulación. Ella no tomaría en cuenta los conflictos existentes entre la protección del feto y los derechos fundamentales de la mujer – particularmente su autonomía y derechos sexuales y reproductivos<sup>17</sup>-,

---

<sup>15</sup> Wilenmann, *El Consentimiento de la Mujer*, 282.

<sup>16</sup> Etcheberry, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, 102.

<sup>17</sup> Estos derechos fundamentales se encontrarían contenidos en nuestra Constitución de manera implícita. Por un lado, la autonomía de la mujer derivada de sus derechos sexuales y reproductivos, se puede considerar consagrada en el art. 1 inc. 1 CPR “[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, como manifestación de la dignidad de las personas, y como parte del art. 19 n° 4 CPR en relación al derecho a la vida privada. También se ha señalado, que estos se encuentran contenidos en el art. 1 inc. 4 CPR “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, (...) **su mayor realización espiritual y material posible** (...) -énfasis propio-”. Por último, también se afirma que estos derechos son parte de nuestro orden constitucional/legal, por el art. 5 inc. 2 CPR, que se ha entendido como la cláusula de apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por establecer constitucionalmente la validez y aplicación interna de tratados internacionales ratificados en Chile y que se encuentren vigentes, entre los cuales deben destacarse la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), ratificada por nuestro país el 7 de diciembre de 1989, principalmente relacionados con los derechos sexuales y reproductivos los art. 2, 3, 5 y 16; y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida también como Convención Belém Do Pará, ratificada por Chile el 24 de octubre de 1996, que consagran estos derechos en los art. 4.f, 6.a y 7. Es pertinente también destacar la importancia que tuvo la Conferencia del Cairo sobre Población y Desarrollo de 1994, que integró los derechos reproductivos en el catálogo de derechos humanos básicos. Sobre las discusiones y acuerdos logrados en esta conferencia, puede revisarse: Galdos, Susana. “La Conferencia de El Cairo y la Afirmación de los

ni particularidades relativas a su culpabilidad, que implicarían un menor reproche a su actuar, y traerían por consecuencia justamente lo opuesto a lo regulado, esto es, una menor exigibilidad a la mantención del embarazo respecto a ella, y por tanto, la posibilidad de cometer el delito en menor cantidad de situaciones y con una menor pena asignada que a los terceros<sup>18</sup>. Incluso autores, entre los cuales destacan Mañalich, Bascuñán y Zúñiga, han realizado una importante labor argumentativa para justificar la despenalización del aborto provocado por la mujer<sup>19</sup>.

Sin perjuicio de ello y de la opinión personal que se pueda mantener con estos argumentos, lo cierto es que nuestro ordenamiento sanciona de manera calificada a la mujer que consiente en su aborto. A partir de ello, han surgido intentos de racionalización de esta regulación. Por un lado, se ha tratado de argumentar que el aborto cometido por la mujer embarazada no significaría solamente la afectación al bien jurídico propio del aborto, sino también implicaría la infracción a un deber personal de protección al hijo futuro<sup>20</sup>. Mas me centraré en el argumento planteado por Wilenmann, quien señala que se trataría de lo que él mismo denomina, y según sus propias

---

Derechos Sexuales y Reproductivos, como Base para la Salud Sexual y Reproductiva”, *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública* Vol. 30 N°3 (2013): 455 – 460. Respecto al estado de embarazo, también es importante destacar que ello tiene relación directa con la integridad psíquica y física de la mujer, contemplado en el art. 19 n° 1 CPR. Véase más en Iñiguez, Andrea y Marcela Peredo. “Propuestas de Solución para los Aparentes Conflictos Jurídicos que se Pueden Suscitar entre el Derecho a la Vida del que Está por Nacer y los Derechos de la Madre”, *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, N° 11 (2017): 47 - 49 y en Bascuñán, Antonio. “La Píldora del Día Después ante la Jurisprudencia”, *Revista de Estudios Públicos* 95 (2004): 72. Para el análisis de estos derechos desde una perspectiva feminista, véase Zúñiga, Yanira. “Una Propuesta de Análisis y Regulación del Aborto en Chile desde el Pensamiento Feminista”, *Revista Ius et Praxis*, 19 N°1 (2013): 282 – 296.

<sup>18</sup> Respecto a este punto, Politoff, Grisolia y Bustos señalan que, si consideramos las hipótesis de autoaborto como punibles, este debiese tener una pena inferior a la establecida en el art. 342 N° 3, es decir, a la pena establecida para el aborto causado por terceros, puesto a la existencia de un motivo personal que la hace desear abortar, añadiéndose a esto todos los riesgos y obligaciones que el embarazo y la maternidad implican y de la cual la mujer debe hacerse cargo. Véase, Politoff, Grisolia y Bustos, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 160.

<sup>19</sup> Los autores mencionados abordan la discusión desde distintas perspectivas, en ese sentido, Bascuñán destaca como exponente del argumento liberal, afirmando según un análisis de la doctrina penal y constitucional que existen supuestos en los que la realización de su aborto por parte de la mujer no sería punible. Véase: Bascuñán, Antonio. “La Licitud del Aborto Consentido en el Derecho chileno”, *Revista Derecho y Humanidades* N° 10 (2004): 173 – 181. En cambio, J.P. Mañalich desarrolla su argumentación a favor de la despenalización del aborto consentido por la mujer embarazada, en todos aquellos supuestos en los que esta no desee conservar su embarazo, bajo la afirmación de que el feto humano no tiene el mismo estatus que una persona. Véase para este argumento, Mañalich, Juan Pablo. “La Permisibilidad del Aborto como Problema Ontológico”, *Revista de Derecho y Humanidades* N° 23 (2014): 314 -321 y 327 – 330. En sentido contrario, Fernando Londoño afirma la necesidad de sancionar el aborto, señalando que debiese establecerse una pena única, sin distinguir si hay o no consentimiento de la mujer embarazada. Sostiene que el embrión, si bien es biológicamente dependiente de la madre, no lo es existencialmente, conforme a lo anterior, si se mata a un niño, la pena es la misma indistintamente exista o no consentimiento de la madre. Esto último en: Matus, Jean Pierre y Héctor Hernández. “Materiales de Discusión Presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”, *Revista Política Criminal* N° 1 (2006): 57 y 58. Por último, Yanira Zúñiga destaca como representante del argumento feminista, sosteniendo la necesidad de establecer un sistema de plazos complementado por un sistema de indicaciones. Sobre este argumento, Zúñiga, *Una Propuesta de Análisis*, 291 – 296.

<sup>20</sup> Politoff, Grisolia y Bustos, *Derecho Penal Chileno*, 160. En términos similares se refieren Politoff, Matus y Ramírez, afirmando que el mayor deber podría suponerse que se basa en una mayor obligación de la mujer embarazada en relación al fruto de la concepción. Al respecto, véase Politoff; Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, 88.

palabras de modo “impreciso”, una posición de garante de la mujer<sup>21</sup>. Así también lo reconoce Garrido Montt al señalar que “el fundamento de esta mayor dureza del legislador con respecto a la mujer, incidiría en su voluntad de abortar, que aumentaría el reproche del hecho, puesto que se encuentra en posición de garante de la vida del nasciturus, posición que infringe categóricamente al consentir en su destrucción o muerte”<sup>22</sup>.

Que la mujer embarazada se encuentre en una posición de garante, y siguiendo la tesis al art. 344 CP planteada por Wilenmann, “no significa más que el reconocimiento de deberes especiales respecto a la producción de una acción o respecto a la producción o evitación de un resultado determinado”<sup>23</sup>, en otras palabras, es la justificación para el tratamiento agravado impuesto a determinado sujeto por estar en una posición especial. Con esto, el concepto de posición de garante<sup>24</sup> será utilizado en los términos propuestos por el autor y, como tal, no corresponderá a lo entendido como posición de garante en los delitos de omisión impropia<sup>25</sup>, es decir, no corresponderá al concepto propio de la teoría de la comisión por omisión.

La posición especial de la mujer respecto del feto —especial por ser más intensa que la establecida para un sujeto cualquiera o por estar solamente establecida para determinados sujetos—, y en consecuencia, la justificación a la imposición a esta de deberes especiales que resultan en una protección más intensa al nasciturus, es clara principalmente por dos razones: en primer lugar, si la mujer comete el delito, la pena asignada al mismo es superior en un grado al tipo establecido como base; y en segundo lugar, se amplían las formas de comisión del delito respecto a la mujer embarazada, ya que se incluye una hipótesis de omisión, contenida en el art. 344 inciso 1 segunda parte en el término “consintiere”<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> Wilenmann, *El Consentimiento de la Mujer*, 283 – 284.

<sup>22</sup> Garrido, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, 115.

<sup>23</sup> Wilenmann, *El Consentimiento de la Mujer*, 288.

<sup>24</sup> En su artículo, el profesor Wilenmann distingue entre la que correspondería a la posición de garante en sentido estricto (correspondiente a la teoría de la comisión por omisión) y la posición de garante en sentido amplio, como forma de denominar a la justificación de un sistema que tiene un tratamiento especial respecto a determinado sujeto por su situación. Véase: Wilenmann, *El Consentimiento de la Mujer*, 288 – 290.

<sup>25</sup> La gran relevancia de la distinción entre los delitos de omisión propia y de aquellos de omisión impropia, reside en que la posición de garante (en sentido estricto) es el fundamento de estos últimos. Al respecto, véase, Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo II. Especiales Formas de Aparición del Delito*, trad. Diego Manuel Luzón, José Manuel Paredes, Miguel Díaz y Javier de Vicente, (Madrid: Editorial Civitas, 2014), 763.

<sup>26</sup> A estos motivos, J. Wilenmann agrega una tercera razón: esta es el paralelo existente entre la regulación de la relación de parentesco de la mujer y el feto en el delito de aborto, y el delito de parricidio en casos de protección a la vida independiente. Para mayor desarrollo de esta idea, véase: Wilenmann, *El Consentimiento de la Mujer*, 290 - 291 y 294. Esto no es equivalente a señalar que la posición de garante de la mujer respecto al nasciturus se basa en la relación de parentesco entre estos (como sí ocurre en el parricidio), pues implicaría el uso de conceptos diversos en

Según lo anterior, el verbo “consentir” utilizado para esta figura del delito de aborto establece un delito de omisión, y específicamente correspondería a un delito de omisión propia<sup>27</sup>, por tratarse de un mandato a la mujer<sup>28</sup> tipificado como tal. En este se reconoce, según Wilenmann, lo que denomina como *un deber de solidaridad por necesidad*<sup>29</sup>, el cual se debería únicamente a que “es necesario que lo tenga si el sistema pretende proteger la vida del feto, esto es, porque el sistema necesita imponerle esta obligación más amplia para conseguir ese fin: la protección del feto, que es lo que se encuentra detrás del tipo de aborto (...), exige de la mujer más que del resto, ya que debe exigir el mantenimiento del estado de embarazo”<sup>30</sup>, es decir, se basaría únicamente en la existencia de una relación simbiótica entre ambos sujetos, propia de la naturaleza humana, bajo la cual, en caso de ponerle fin a la misma, el feto no puede seguir existiendo. Así, no basta para la protección de la vida del feto la mera imposición de deberes de abstención a la mujer, sino su supervivencia “necesita que ella tolere el embarazo”<sup>31</sup>.

Es posible, entonces, constatar la existencia de un deber de solidaridad establecida en el art. 344 CP, puesto que no implica únicamente la prohibición de realizar determinada acción, sino que “implica para la mujer un deber de tolerar la afectación de intereses propios en beneficio de otro (...), le exige una contribución al bienestar del feto que desde el punto de vista de la justicia política es propia de un deber de solidaridad”<sup>32</sup>.

A nivel sistemático, la noción de deberes de solidaridad surgidos por situaciones de necesidad se puede reconocer en dos instituciones: la omisión de socorro y el estado de necesidad agresivo. En la primera de estas, suele establecerse un deber de socorro, el cual correspondería a un deber de solidaridad activa<sup>33</sup>; mientras que en la segunda, se impone un deber de tolerancia, el cual, a nivel

---

materia penal y en materia civil, dado que, en este último, el parentesco se forma con la adquisición de la personalidad, cuestión que ocurre con el nacimiento.

<sup>27</sup> Véase: Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, 759 – 764.

<sup>28</sup> Al respecto, Wilenmann, *El Consentimiento de la Mujer*, 292. En concreto, el autor considera que la posición de garante de la mujer corresponde a una en razón de institución, y no en razón de organización.

<sup>29</sup> Así también lo reconoce Bascañán, *La Licitud del Aborto*, 167.

<sup>30</sup> Wilenmann, *El Consentimiento de la Mujer*, 294.

<sup>31</sup> *Ibíd.*

<sup>32</sup> Véase: Bascañán, *La Licitud del Aborto*, 167. Con la precaución de que, para la tesis de Bascañán, el deber de solidaridad abarca tanto hipótesis de conductas activas como para las omisivas; sin embargo, para Wilenmann, la prohibición del aborto está pensada solamente para conductas de deber positivo.

<sup>33</sup> Esta figura no tendría demasiada aplicación al delito de aborto, puesto que, para la protección del feto en relación a la mujer embarazada, no resulta evidente que el feto se encuentre expuesto a un peligro que requiera de la mujer una acción de socorro, sino únicamente tendría lugar deberes pasivos para su supervivencia. Sin perjuicio de ello, Wilenmann reconoce que, al estar configurada la norma en términos de mandato para la mujer, ello implicaría que esta le debe al feto también deberes de auxilio para la mantención del embarazo. Véase, Wilenmann, *El Consentimiento de la Mujer*, 297. A pesar de ello, existe una confusión al hablar de “deber de socorro” respecto al feto, puesto que ello

dogmático, correspondería a “un deber de solidaridad pasiva, paralelo al deber de solidaridad activa (deber de socorro)”.<sup>34</sup>

A partir de lo anterior, Wilenmann establece que a las dos instituciones anteriormente señaladas se añade el mandato a la mujer embarazada del art. 344 CP como situaciones de imposición de deberes de solidaridad por necesidad<sup>35</sup>, en la cual, “la cuestión del actuar u omitir a su respecto es irrelevante: ambas pueden ser formas de infracciones de su deber de solidaridad con el nasciturus”<sup>36</sup>.

Lo previamente mencionado debe complementarse con el entendimiento de la norma como constitutiva de un mandato, que “se extiende a todo aquello que la prohibición de causación del aborto no cubre en el deber de tolerancia de la mujer del embarazo”<sup>37</sup>. Por ello, se puede afirmar que esta se ve obligada a no provocar el aborto y en tal medida a conservar su embarazo. Esto implica también que debe impedir la causación del aborto por terceros, en otras palabras, el deber de no consentir es parte de sus deberes de tolerancia respecto al feto.

Sin perjuicio de ello, resulta cuestionable la comparación anterior, dado que el deber de tolerar el embarazo no resulta asimilable a ningún otro deber de solidaridad en nuestro sistema jurídico. Estos deberes no contemplarían la obligación de tolerar la afectación de bienes jurídicos personalísimos. Al respecto, el estado de necesidad solo significaría que se afecten bienes jurídicos

---

presupone que el individuo en su estado “normal” no se encuentra en ningún riesgo, hasta la ocurrencia de un hecho que lo deja en un estado de vulnerabilidad. Mas ello no ocurre así en el caso del feto, el nasciturus en su calidad de tal, es un ser que se encuentra en riesgo. Lo anterior se encuentra reflejado en “*A Defense of Abortion*”, particularmente al referirse David Boonin a la llamada “objeción de responsabilidad” (el aborto no sería lícito y el feto tendría derecho a usar el cuerpo de la mujer, pues ella es responsable de la necesidad del feto por acceder voluntariamente a la relación sexual). Ante ello, quienes están a favor de esta postura señalan que, si una persona se emborracha y maneja en ese estado, dejando a alguien mal herido, es responsable por sus acciones, aunque no haya tenido la intención de agredir a nadie mientras manejaba. Así, afirman que no resulta controversial que existe el derecho de no ser atropellado, por lo que se podría señalar que existe un derecho a que las personas no actúen negligentemente de forma que nos pongan en un riesgo no intencionado provocando que determinadas cuestiones nos ocurran. Sin perjuicio de ello, hay una diferencia entre el ejemplos señalado y el caso del feto: debemos entender que la proposición “[s]i no hubieras realizado voluntariamente la acción, entonces él no necesitaría tu asistencia en este momento para sobrevivir”, puede ser cierta en dos casos, el primero, “si no hubieras realizado ese acto, entonces él ahora no existiría (y entonces no necesitaría tu asistencia ahora para sobrevivir)” y, el segundo, “si no hubieras realizado ese acto, entonces él ahora existiría pero no necesitaría tu asistencia para sobrevivir”. Así, en el caso del embarazo, el feto sería necesitado por el mero hecho de existir, no así en los otros casos, en los cuales la persona existe y de no haber realizado determinada acción esta no se vería en necesidad, explicándose la existencia de un deber de socorro en estos segundos casos, no así en los primeros. Véase: Boonin, David. *A Defense of Abortion* (Cambridge, Cambridge University Press, 2003), 167 – 170.

<sup>34</sup> Silva, Jesús María, “Derechos de Necesidad Agresiva y Deberes de Tolerancia”. *Revista Discusiones* N° 7(2007): 35.

<sup>35</sup> En Wilenmann, *El Consentimiento de la Mujer*, 297.

<sup>36</sup> *Ibíd.*, 303.

<sup>37</sup> *Ibíd.*, 306.

instrumentales; y en la omisión de socorro, esta nunca resulta exigida si existe un detrimento a los intereses propios de quien auxilia, no existiendo la obligación de sacrificarse<sup>38</sup>. En palabras de Bascuñán Rodríguez “la mujer embarazada debe tolerar la presencia de otro ser dentro de su cuerpo y el aprovechamiento de sus funciones vitales por ese otro ser. Ningún ser humano nacido tiene un derecho ni una obligación semejantes respecto de otro ser humano nacido”<sup>39</sup>.

Lo interesante, y a la vez esencialmente cuestionable de su fórmula, es que Wilenmann plantea que existiría una diferencia entre las dos instituciones características de situaciones de necesidad - la omisión de socorro y el estado de necesidad - y el deber de tolerancia de la mujer, consistente en el “carácter sustitutivo (aunque ausente) que tienen las acciones a las que el Estado obliga al individuo respecto a las propias obligaciones del Estado”<sup>40</sup>. Es decir, el sujeto, al ser ciudadano – miembro de determinada comunidad- se ve obligado a remplazar al Estado cuando este no puede actuar, cuestión que, en la generalidad de los casos puede realizar cualquier individuo, mas, en el caso de la mujer embarazada, es únicamente esta la que puede mantener la situación del embarazo y, por tanto, asegurar la supervivencia del feto. El Estado, entonces, se encuentra forzado en asegurar la vida del feto, pero no puede realizarlo por él mismo, motivo por el cual traslada esta carga a la mujer. Sería justamente por esta imposibilidad de sustitución de la mujer embarazada que se justificaría la intensidad de la obligación en contraste con las otras instituciones que crean deberes de solidaridad.

Desde una primera perspectiva, el análisis elaborado por Wilenmann resulta criticable pues pareciera pasar por alto que el deber de solidaridad de la mujer para con el feto “no tendría parangón alguno con cualquier otro deber jurídico susceptible de ser fundamentado, directa o indirectamente, a través de la invocación de un principio de solidaridad”<sup>41</sup>, sin embargo, la existencia del deber de solidaridad resulta indudable al observar nuestro sistema. El problema esencial de la tesis de Wilenmann es destacado por Mañalich, al señalar que existiría una confusión entre lo que él llama “circunstancias de actualización” y “fundamento”<sup>42</sup> del deber de solidaridad de la mujer. El argumento presentado por Wilenmann no contemplaría la distinción entre ambas cuestiones, presentando como fundamento de la regulación el hecho de que la mujer puede

---

<sup>38</sup> En: Bascuñán, *La Licitud del Aborto*, 167. También en: Wilenmann, *El Consentimiento de la Mujer*, 299 – 301 y 306 - 307.

<sup>39</sup> Bascuñán, *La Licitud del Aborto*, 167.

<sup>40</sup> Wilenmann, *El Consentimiento de la Mujer*, 301.

<sup>41</sup> Mañalich, *La Permisibilidad del Aborto*, 311. Al respecto, véase también Bascuñán, *La Licitud del Aborto*, 167.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, 311 – 312, nota 20.



asegurar la supervivencia del feto, cuestión que correspondería a una circunstancia de actualización del deber en términos de Mañalich, o lo que también podríamos llamar como “oportunidad para la acción”<sup>43</sup>. La confusión, llevada al extremo, podría llegar a implicar el establecimiento de deberes a partir de la capacidad de cumplirlos de parte del receptor, así, podríamos vernos obligados a entregarle alimentos a individuos desprovistos de los mismos en situación de calle, por el sólo hecho de que podemos hacerlo (y otro no puede hacerlo), contando únicamente esta capacidad, es decir la circunstancia de actualización, como fundamento del deber.

Por el contrario, una distinción adecuada podría ejemplificarse en el caso de una madre y su deber de alimentar a su hijo pequeño; por un lado, el fundamento de ese deber correspondería a uno propio respecto a la relación de maternidad existente entre madre e hijo, y una cuestión distinta es si la madre puede situacionalmente alimentar al niño evitando su muerte. Es decir, el deber de la madre no puede entenderse fundamentado en el mero hecho de que ella puede alimentarlo por contar con un biberón en su mano, cuestión planteada por el autor en relación al vínculo biológico existente entre la mujer embarazada y el feto.

Sin perjuicio de este problema lógico en la elaboración de la fundamentación de los deberes de la mujer embarazada respecto al nasciturus, en la tesis planteada resulta fuera de cuestionamiento que a la mujer se le imponen deberes de solidaridad<sup>44</sup>. Sobre estos se han planteado una serie de fundamentos, entre los cuales debe descartarse el presentado en la teoría expuesta, por no constituir efectivamente un fundamento a la norma, sino la constancia de la circunstancia que le permite a la mujer la protección al bien jurídico. Así, queda abierta la cuestión sobre el fundamento, pudiendo llegarse a la conclusión de la inexistencia del mismo o que este no resulte ser válido, lo cual ameritaría la derogación o, al menos, modificación de la norma que establece este deber para la persona gestante<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Este concepto es definido por Mañalich, a partir de la teoría de Von Wright, como “una situación en la cual para el agente es posible condicionar el acaecimiento o no-acacimiento del cambio respectivo, satisfaciendo la descripción que especifica el correspondiente tipo de acción”. En: Mañalich, Juan Pablo. “Inicio de la Tentativa y Oportunidad-para-la-Acción”, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 46 N° 3 (2019): 833. Así, tendría la oportunidad para la acción en el caso del delito de aborto, quien se encuentra en posición de producir la muerte del nasciturus.

<sup>44</sup> Así lo reconoce Bascuñán Rodríguez y Garrido Montt, específicamente en lo relativo a deberes de tolerancia.

<sup>45</sup> A favor de esta postura, Guzmán Dálbora, quien clasifica el delito de aborto como delito arcaico -estos son aquellos que son “residuos de otras costumbres y otros sistemas sociales, de épocas pretéritas que no tienen relación o conservan poquísimos puntos de contacto con las orientaciones estimativas y la organización social imperantes”, encontrándose entre este tipo de delitos, además del aborto, ejemplos como la sodomía y el incesto- siendo utilizados como herramientas para robustecer dogmas teológicos e imposiciones eclesiásticas. Por lo anterior, la punibilidad de los delitos arcaicos debe ser regresiva. En este sentido, el autor es crítico a las indicaciones y al sistema de plazos, no considerándolas como alternativas válidas para “aminorar” la prohibición del aborto, así el reconocimiento de la

Lo que se encuentra fuera de discusión, además de ser pertinente para nuestro caso a analizar, es que la norma existe y constituye una figura especial de aborto para la mujer embarazada, consistente en no impedir que se destruya al feto, siendo, por tanto, un delito de omisión propia.

## ii. El delito del art. 344 CP como delito especial propio

En términos generales, la doctrina distingue entre delitos comunes y delitos especiales. Los primeros, son aquellos delitos que “pueden ser cometidos por cualquier persona; y en la mayoría de los casos comienzan (...) con el término ‘quien o el que’”<sup>46</sup>, mientras que de los segundos “sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad”<sup>47</sup>.

Además, la doctrina distingue entre los delitos especiales mal llamados impropios<sup>48</sup> y los propios. En los impropios “el elemento del autor sólo opera agravando la pena”<sup>49</sup>, en cambio, en los

---

autodeterminación de la mujer relativo a continuar o cesar con su embarazo, queda subordinado a requisitos heterónomos que reducen su libertad. Frente a ello Guzmán señala que “[c]ualquiera puede ver, a despecho del sistema comentado, ‘que la existencia de razones habilitantes para interrumpir el embarazo es una cuestión de conciencia, que nadie más aparte de la madre puede resolver’”. En: Guzmán, José Luis. “Aborto: Delito Arcaico, Punibilidad Regresiva y Explotación Social”, *Revista de Estudios de la Justicia* N° 17 (2012): 32. Por otro lado, sobre el modelo de plazos el autor afirma que lo que prima debiese ser la libertad de la persona, esta es, de la mujer, por lo que, si ha de primar su libertad está de sobra exigir que se acrediten ciertos factores dentro del plazo u obligarla a que escuche consejos con el fin de disuadirla para que conserve su embarazo. Sin embargo, el autor concentra su crítica en el plazo establecido por la legislación (primer tercio del embarazo), planteando su adecuada extensión hasta el término del sexto mes, pues en ese momento podría sobrevivir fuera del útero materno -criterio cuestionado por no considerarse moralmente relevante-. Véase sobre esta última crítica: Tooley, Michael “Aborto e Infanticidio” trad. Ma. Luisa Rodríguez en *Debate sobre el Aborto. Cinco Ensayos de Filosofía Moral* (Madrid: Ediciones Cátedra, 1992): 84 – 90. Sobre la discusión general: Guzmán, *Aborto: Delito Arcaico*, 18 – 47.

Lo relevante de lo señalado recae en que el autor plantea que quienes reafirman la necesidad del aborto para proteger la vida humana dependiente, en su germinación biológica, como defensa de un ser débil e indefenso, esconde el verdadero motivo inconfesable para la criminalización del aborto, el cual es “el horror ante los placeres de la carne”, siendo que “la mentalidad ascética experimenta una incontenible repulsión ante el aborto, los medios de control de la natalidad, la fecundación asistida que reemplaza el coito matrimonial, la homosexualidad, etc., no porque les preocupe la suerte de los seres en gestación (...), sino porque el señorío de hombres y mujeres sobre su vida sexual, la capacidad humana de disociar el goce de los sentidos (...) respecto de la procreación, descalabra cierto sistema heterónimo de moral sexual, la organización familiar que éste apetece y la ideología subyacente, una que encadena al hombre a poderes superiores”. Todas estas, cuestiones morales totalmente ajenas a valoraciones laicas y liberales que mantiene la sociedad actual. A lo anterior, debe añadirse que, en el mundo globalizado actual, que se sustentan en una desigual distribución de riquezas, el aborto se ve como un instrumento estatal para la creación de sujetos útiles para la economía de producción, siendo utilizada para el dominio sexual, ideológico y social. Véase: Guzmán, *Aborto: Delito Arcaico*, 21, 30 – 35 y 38 – 47.

<sup>46</sup> Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. Diego Manuel Luzón, Miguel Díaz y Javier de Vicente (Madrid: Editorial Civitas, 1997), 337.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, 338. Los delitos especiales también son llamados delitos de infracción de deber, ya que por regla general la cualidad especial exigida para cometerlos suele ser una posición de deber extrapenal.

<sup>48</sup> Sobre estos y al motivo por el cual es incorrecta la denominación de “delitos especiales impropios” me referiré más adelante.

<sup>49</sup> *Ibíd.*

delitos especiales propios “el elemento especial de la autoría opera fundamentando la pena”<sup>50</sup>. El delito de aborto de la segunda parte del art. 344 CP correspondería a estos últimos.

Ello se explica pues, siguiendo la línea de Wilenmann, resulta claro, a partir del apartado anterior, que el art. 344 CP constituye un mandato que configura de forma directa la obligación de no consentir en la causación del aborto de la mujer embarazada. La afirmación resulta relevante para la comprensión cabal del tipo, dado que se ha entendido en nuestra doctrina el verbo “consentir” del artículo como una igualación de la pena de la participación con la de la autoría<sup>51</sup>.

Ante esto, es posible señalar que lo anterior resulta erróneo, dado que, desde una primera perspectiva, a nivel conceptual, consentir puede ser efectivamente entendido como una forma de omisión, en este caso, una omisión de resistencia a un ataque o de impedir la realización de determinada conducta, en lo concreto, la omisión es el incumplimiento al deber de conservación del estado de embarazo. Como segundo argumento, es posible plantear el análisis a nivel de la teoría de las normas. En esta, la infracción cometida en grado de participación es de un deber secundario, en cambio, para la mujer embarazada existe el deber primario de no consentir en que un tercero realice el aborto, ya que tiene el deber de mantener el estado de embarazo<sup>52</sup>.

Este deber no está dirigido a un tercero, sino que es propio de la mujer embarazada, pues ella es la única que tiene que garantizar, por motivos meramente biológicos, la supervivencia del feto, motivo por el cual se encuentra en una posición especial, constituyendo este deber uno primario, no un problema que le es ajeno, propio de la participación.

Wilenmann señala entonces que la mujer tiene un *ámbito de competencia privativo* en la mantención del embarazo, por lo cual ese deber no se puede afirmar como secundario su deber, cuestión que denomina como *tesis del injusto autónomo*<sup>53</sup>, afirmando así, que “la mujer no puede ser partícipe ni cometer respecto del feto ningún otro delito que aquél del art. 344 CP”<sup>54</sup>. Esto significa, planteado

---

<sup>50</sup> *Ibíd.*

<sup>51</sup> Wilenmann, *El Consentimiento de la Mujer*, 303

<sup>52</sup> Véase: *Ibíd.*, 305 y 310 – 312.

<sup>53</sup> Véase: *Ibíd.*, 305.

<sup>54</sup> *Ibíd.*

en términos opuestos, que jamás podrá ser ni autora ni partícipe de otras figuras relativas al aborto<sup>55</sup>.

Así, la responsabilidad penal de la mujer resulta ser autónoma, cuestión reconocida por la generalidad de la doctrina nacional. Conforme a ello, Garrido Montt señala “[n]o obstante, la pena señalada en el N° 3 (del art. 342 CP) le corresponde exclusivamente al tercero, no así a la mujer que consiente, porque su situación está reglada en el art. 344”<sup>56</sup>. Sin embargo, es importante destacar que lo esencial para que el delito de aborto de la segunda hipótesis del art. 344 sea un delito especial propio, no es únicamente que el ordenamiento contemple una norma especialmente dirigida a la mujer, sino que, tal como se argumentó en el apartado anterior, dicha norma –el art. 344 en su segunda hipótesis- constituye un mandato, por lo que debe ser entendido como un delito de omisión propia.

### iii. El feto como titular del bien jurídico protegido en el delito de aborto

En las secciones pasadas he pretendido analizar el delito contenido en el art. 344 CP como un delito de omisión propia y como delito especial propio respecto a la mujer embarazada, ambos basados en un deber especial de la mujer –a los ojos del sistema–, en relación al nasciturus, de asegurar su supervivencia.

Sin perjuicio de ello, resta por aclarar cuál es el bien jurídico protegido por este delito. En nuestra doctrina se suele afirmar de manera bastante general, que el bien jurídico protegido es la vida del que está por nacer<sup>57</sup>. Así lo señalan Politoff, Matus y Ramírez “el objeto de tutela es la vida del

---

<sup>55</sup> En este sentido, la postura de Wilenmann coincidiría con la afirmación errónea sostenida por la doctrina mayoritaria al señalar que ni “[l]a coautoría y la participación en la omisión son inimaginables”. Al respecto, Mañalich señala que la afirmación refleja una confusión entre las condiciones de antinormatividad y los presupuestos de imputación, ya que, en sus propios términos “la construcción de un delito de omisión impropia *no es*, en sus propios términos, un problema de imputación, como sí lo es, en cambio, la fundamentación de autoría (o de participación) respecto de un delito comisivo u omisivo cualquiera”. Lo particular de los delitos de omisión, como delitos especiales, es que solamente será imputable como autor quien tenga la posición de garante, mas ello no implica que se den las condiciones para que al garante le sea imputable el quebrantamiento de la norma. De lo anterior se sigue, que la posición de garante determina quién puede ser autor del delito de omisión, mas no señala el por qué (cuestión que solamente se puede determinar por los criterios de adscripción de autoría). Véase: Mañalich, Juan Pablo. “Omisión del Garante e Intervención Delictiva. Una Reconstrucción desde la Teoría de las Normas”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* Año 21 N° 2 (2014): 226 – 250.

<sup>56</sup> Garrido, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, 114. Así también Politoff, Grisolia y Bustos, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 160 – 161. Estos últimos, señalan que “[l]a segunda de estas hipótesis (mujer consiente que tercero le provoque el aborto) exige concurso necesario de otra persona, pero ésta será inculpada, no con arreglo al art. 344, sino conforme al art. 342 N° 3, con pena menor a la de la mujer”.

<sup>57</sup> Este no ha sido el bien jurídico protegido siempre, históricamente existen casos, específicamente en los Códigos Penales propios de corrientes nacionalistas, esto es, en la Alemania Nazi y en la Italia Fascista, en los que el bien jurídico protegido era la pureza de raza. Al respecto, Garrido, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, 99.

que está por nacer”<sup>58</sup>, y Garrido Montt “lo protegido por el delito, como bien jurídico, es la vida en gestación”<sup>59</sup>.

Este entendimiento debe relacionarse con qué se entiende por aborto. Al respecto, existen dos grandes posturas, por un lado la concepción semántica sobre el aborto, esto es, el aborto como la terminación del embarazo antes del tiempo natural de este<sup>60</sup>; y por el otro lado, la concepción teleológica del aborto, que lo entiende como la producción de la muerte al feto.

Si bien la discusión sobre el bien jurídico protegido por el delito de aborto y las tesis sobre el concepto del mismo son dos cuestiones distintas, nuestra doctrina mayoritaria ha tendido a vincularlas sosteniendo que el bien jurídico protegido por el aborto es la protección de la vida del que está por nacer y que el concepto de aborto es el teleológico. Esta discusión es reflejada por Etcheberry, al señalar que “jurídicamente debe entenderse por aborto la muerte inferida al producto del embarazo que aún no es persona”<sup>61</sup>, en otras palabras, es la muerte inferida dolosamente al feto<sup>62</sup>. La expresión “jurídicamente” es utilizada por el autor para distinguir el concepto jurídico de aborto (concepción teleológica), del concepto médico – legal del mismo (concepto semántico), que correspondería a la expulsión prematura del feto<sup>63</sup>, sin importar si este muere o no, y sin importar si es esta se provoca espontáneamente o por acción humana.

Si el concepto de aborto fuese este último, como fue entendido por aquellos autores que adoptaron un concepto semántico del mismo, y, en su momento, por la jurisprudencia<sup>64</sup> mayoritaria en nuestro país, el bien jurídico protegido sería “la integridad del proceso natural de gestación y nacimiento”<sup>65</sup>. Esta interpretación no correspondería a una regulación deseable, puesto que se verían como punibles conductas como las de nacimientos prematuros, naturales o provocados, y abortos espontáneos, que carecen de relevancia en términos jurídico penales,

---

<sup>58</sup> Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 90.

<sup>59</sup> Garrido, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, 99.

<sup>60</sup> Que podría relacionarse al nombre de la Ley 21.030, este es “Interrupción Voluntaria del Embarazo”.

<sup>61</sup> Etcheberry, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, 88.

<sup>62</sup> Resulta interesante la discusión sobre desde qué momento se inicia la protección del aborto. La OMS señala que el embarazo se iniciaría, no con la fecundación, sino con la anidación, la fijación del blastocito en el endometrio de la mujer. Véase: Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 90 – 93.

<sup>63</sup> Esto trae a colación otra discusión, que supera los propósitos de este trabajo, la cual corresponde a qué descripción típica correspondería – si al delito de homicidio o de aborto - la expulsión del feto del vientre materno, mas su muerte no se provoca en el interior de la misma sino una vez este ya ha nacido.

<sup>64</sup> Véase: Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1935-II, sobre la muerte del feto durante el parto. Sentencia 28 de octubre de 1935.

<sup>65</sup> Etcheberry, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, 90.

además de dejar impunes aquellas conductas que provocan la muerte del feto antes o sin su expulsión<sup>66</sup>.

Resulta adecuada entonces la concepción de que la conducta<sup>67</sup> del aborto correspondería a “la interrupción de la gestación con la muerte consiguiente del producto de la concepción”<sup>68</sup>. De ello, puede surgir otra dificultad respecto a este delito en caso de la expulsión del feto con vida y su posterior muerte, sin perjuicio de la discusión existente a este respecto, la cual supera con creces los intereses de este trabajo, se debe entender, al menos, como efectivamente un aborto si la muerte del feto ocurre en el interior de la mujer embarazada<sup>69</sup>.

A partir de lo anterior, si lo que se protege es la vida del feto<sup>70</sup>, vale resaltar que este corresponde a un bien individual propio del feto, no de la mujer embarazada.

Por último, resta aclarar qué significa que el bien jurídico protegido sea la vida del que está por nacer. Respecto de ello, es importante señalar que lo anterior no implica que el feto tenga derecho a la vida, por lo cual, sin perjuicio de afirmar en el presente trabajo que el bien jurídico protegido en el delito de aborto es la vida del que está por nacer, igualmente afirmaré que el nasciturus no

---

<sup>66</sup> A lo señalado es posible añadir que, según la regulación actual, no correspondería tampoco como bien protegido el orden de la familia, puesto que el delito no distingue entre la mujer casada o no casada, haciéndolo procedente en ambos casos, siendo lo relevante la “muerte” del feto. Se señalan, además, como bienes secundarios, la salud de la madre y el futuro de la nación. Pero estos bienes jurídicos suelen encontrarse en gran parte de los delitos, y entenderlos como primarios llevaría a desnaturalizar el bien específico protegido, la vida del feto.

<sup>67</sup> A nivel nacional se han dado tres posiciones principales respecto a qué se entiende por aborto: la primera entendería el aborto como un atentado en contra del desarrollo intrauterino, siendo irrelevante si el feto muere o no; la segunda postura, sostiene que aborto es interrumpir de manera maliciosa el embarazo para destruir al que está por nacer; y, por último, la tercera postura, que es aquella dominante, sostiene que el aborto es dar muerte al feto. Véase: Politoff; Grisolia y Bustos, *Derecho Penal Chileno*, 140 – 142.

<sup>68</sup> Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 93.

<sup>69</sup> No resulta conflictivo para nuestra discusión, puesto que la conducta prohibida es dar muerte a la “persona” aún no nacida, a partir de ello, si la muerte se produce al interior de la madre, o ya una vez expulsado, no afecta directamente la afirmación sobre la conducta prohibida, sino que implica la discusión de si el feto expulsado por una intervención con intención de provocar el aborto debe entenderse como un otro. De entenderse esto, la conducta correspondería a un homicidio, por el contrario, si el feto ya expulsado, sigue entendiéndose como un feto, el delito cometido sería aborto. Véase más sobre esta discusión, y sobre el entendimiento de la misma del Tribunal Supremo español en: Farre, Elena. “Sobre el Concepto de Aborto y su Delimitación de los Delitos contra la Vida Humana Independiente”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1990): 338 – 355.

<sup>70</sup> En contra de esta postura, Guzmán Dálbora, quien sostiene que el feto, al carecer del estatus de persona “y de la consiguiente aptitud para tener derechos o bienes” solamente se podría sancionar penalmente la situación de interrupción del embarazo, sin el consentimiento de la gestante, pues el aborto solamente vulnera sus bienes jurídicos. Guzmán, *Aborto: Delito Arcaico*, 35. Lo anterior, el autor lo justifica señalando que, en casos de homicidios y suicidios frustrados, en los cuales se produjera la muerte del feto, solamente se imponían las penas del acto homicida y nunca las de aborto, por considerarlas absorbidas por este, por ello, Guzmán afirma que nunca se le concedió al feto una protección diversa a la concedida a la mujer embarazada. Véase, *Ibíd.*, 25 – 27.

tiene derecho a la vida<sup>71</sup>, discusión que, si bien excede los objetivos del presente trabajo, encuentra su fundamento en que la adscripción de derechos a un ser solamente se puede basar en el interés de ese ser en dicho derecho, dado que no es posible que el feto tiene intereses no es posible afirmar que este tiene derechos<sup>72</sup>. Ahora bien, que el feto no tenga derechos y por tanto, carezca del derecho a la vida, no “obsta que pueda haber consideraciones que hablen decisivamente a favor de restringir la permisibilidad de la destrucción de la vida de determinados entes que no exhiben, ni tampoco en sentido jurídico, el estatus de persona”<sup>73</sup>.

En ese sentido, es perfectamente admisible que a nivel de sociedad consideremos como una situación positiva que los fetos terminen su desarrollo, nazcan y se transformen en personas, por ejemplo, por motivos de cantidad de población y renovación de la misma<sup>74</sup>, y que por ello se

---

<sup>71</sup> Si incluso, la afirmación anterior fuese desestimada, y una persona considerara que el feto sí tiene derecho a la vida, esto tampoco trae como consecuencia que el aborto deba estar en todos los casos prohibidos. Al respecto, Judith J Thomson, a través de su famoso argumento del violinista, entrega una interpretación liberal sobre el aborto que justificaría su permisión en casos donde lo deseado sea la eliminación del feto, contraviniendo la interpretación católica de la llamada doctrina del doble efecto. Véase, Thomson, Judith J, *Una Defensa del Aborto*, trad. Moserrat Millán en *Debate sobre el Aborto. Cinco Ensayos de Filosofía Moral* (Madrid: Ediciones Cátedra, 1992): 9 - 32 para el argumento liberal y Finnis, *The Rights and Wrongs of Abortion*, 117 - 145 para la postura de la teología moral cristiana.

<sup>72</sup> La afirmación encontraría por fundamento lo planteado por Tooley, quien establece la característica que debe tener un ente para tener derecho a la vida y que opere como diferencia moral relevante entre el feto y una persona nacida. Para ello, cuestiona el argumento conservador denominado como el argumento de la potencialidad, según el cual no existe diferencia entre el nasciturus y una persona, pues existe un desarrollo gradual entre el primero y el segundo, por lo que ambos tienen derecho a la vida. Para el autor, lo relevante no es el desarrollo progresivo del individuo, sino que este posea una idea del “yo” como un sujeto continuo de experiencias y de otros estados mentales, a lo que denomina como *exigencia del yo consciente*. Así, lo necesario para que un sujeto sea titular de derechos es que este tenga deseos (o “intereses” en términos de Mañalich), para lo cual se requiere que tenga conciencia y comprenda los conceptos que desea, para lo que, en este caso, se requiere que se tenga la idea de sujeto como ser continuo. Dado que el feto carece de la capacidad de desear su propia existencia como sujeto de experiencia y otros estados mentales, no teniendo interés en su propia existencia, carece del derecho a la vida. En el mismo sentido, Mañalich critica que la personabilidad del feto es en realidad una posición moral, puesto que los titulares de derechos son las personas. Así, la postura conservadora afirma que el feto tiene un derecho a la vida del cual no puede ser titular, expresando la asignación a la vida de un valor intrínseco, contrario a una aproximación secular del derecho. Véase: Tooley, *Aborto e Infanticidio*, 78 – 80 y Mañalich, *La Permisibilidad del Aborto*, 317 – 328. Sobre la afirmación relativa a que los sujetos paradigmáticos de derechos son las personas, así lo consagra nuestro ordenamiento en el art. 19 CPR. Para mayor detalle: Figueroa, Rodolfo. “Concepto de Persona, Titularidad del Derecho a la Vida y Aborto”, *Revista de Derecho* Vol. XX N° 2 (2007): 96.

<sup>73</sup> Mañalich, *La Permisibilidad del Aborto*, 328. En contra de este argumento, se ha dicho que superar el anacronismo del delito de aborto, no se logra otorgándole bienes jurídicos a entes que no cuentan con personalidad jurídica. Ante ello señala: “[l]a comunidad indiscriminadamente considerada posee ciertos bienes, es verdad, pero sólo aquellos que se adecuan como realidad social, por ejemplo, la seguridad o el orden público, nunca la vida o salud de un individuo particular”. Guzmán, *Aborto: Delito Arcaico*, 37.

<sup>74</sup> Guzmán Dálbora, clasifica este argumento dentro de la segunda etapa del abolicionismo del aborto, época en la cual surgió la idea de que el feto no le pertenece a la mujer ni tampoco a sí mismo, sino que sería un bien social de relevancia demográfica. Así, en el s. XIX se argumentó como un deseo de nutrir de soldados a los ejércitos. Según ello, “[l]a vida afectada por los delitos de aborto sólo pueden ser la del fruto de la concepción. Sin embargo, esa vida no puede ser bien jurídico de un individuo, dado que el embrión no es todavía persona, y las personas son los titulares de intereses presentes. Por tanto, la vida en palabra representa un bien jurídico de la comunidad, que tiene

establezca una protección a los mismos. Sin perjuicio de ello, es importante tener presente que en ningún caso el fundamento de la protección sería el interés del feto en su supervivencia, a diferencia de las personas nacidas que sí tienen este interés en vivir, y su protección y derecho a la vida se basa en este. Por ello, al existir fundamentos distintos para la protección del bien jurídico vida en un caso y en el otro, se puede concluir que la protección basada en el interés de la persona amerita un resguardo más fuerte y de mayor envergadura, a aquella que no se fundamenta en el interés del ente (del feto, por no tener el interés) y que por tanto es de menor entidad.

## **1.2 Las causales de la ley de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo**

### **A. Causales de la Ley 21.030 como causas de justificación**

En el año 2017 se publica la Ley N° 21.030, la cual, a través de la modificación del art. 119 del Código Sanitario (en adelante CS) establece tres hipótesis en las cuales se despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo por la mujer embarazada al realizarse este por un equipo médico.

Estas tres hipótesis o causales corresponden a: en primer lugar, cuando el embarazo ponga en riesgo la vida de la madre –indicación terapéutica-; en segundo lugar, cuando el feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina –indicación embriopática-; y, por último, en caso de que el embarazo haya sido resultado de una violación –indicación ético-social, criminológica, o también conocida como humanitaria-.

#### **i. Causales de justificación**

La Ley N° 21.030 utiliza el concepto de *despenalización*, dejando abierta la cuestión sobre cuál es la naturaleza de esta exclusión de la punibilidad de la conducta. Ello, pues el legislador empleó “un concepto no técnico que simplemente expresa que en tales supuestos el aborto deja de ser punible, sin mayores precisiones”<sup>75</sup>.

De esta forma, existen distintos tipos de razones para la despenalización de una conducta: el primero de estos, es la despenalización por motivos políticos criminales o de conveniencia social, en los cuales se encuentran las llamadas excusas legales absolutorias. Un ejemplo de estas, es el art.

---

interés en preservarla, pero no en consideración al concebido en cuanto tal, que tampoco ostenta un derecho a ella, sino por un requerimiento moral o, mejor, demográfico”. *Ibíd.*, 28.

<sup>75</sup> Hernández, Héctor. “La Legitimidad de las Indicaciones del Aborto y su Necesario Carácter de Causas de Justificación”, en *Debates y Reflexiones en Torno a la Despenalización del Aborto en Chile*, com. Lidia Casas y Delfina Lawson (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2016), 239.



489 CP, en el cual el legislador ha entendido conveniente la eximición de la pena, sin perjuicio de que el hecho sigue siendo delictivo.

Otra interpretación del concepto despenalización es como causas de exculpación. En estos casos la conducta se mantiene antijurídica pero existe una situación que impide el reproche a la misma, así existirían “razones poderosas en virtud de las cuales se puede comprender, al punto de disculpar al que lo ha perpetrado”<sup>76</sup>. De esta forma las entiende Ossandón, tras rechazar la aplicación del estado de necesidad defensivo en casos de riesgo a la vida de la madre, mas aceptando la aplicación de causales de exculpación, particularmente respecto a la mujer cuya vida está en riesgo. Para esta autora, en esta situación concurriría la eximente del miedo insuperable (art. 10 N° 9 CP) respecto de la mujer –no así en relación al médico, en cuyo caso habría una situación de fuerza moral-. Incluso, Ossandón acepta la posibilidad de encuadrar otro tipo de abortos, en los cuales hayan otros bienes jurídicos en juego distintos a la vida de la mujer, en los cuales se excluiría la culpabilidad en virtud del art. 10 N° 11 CP, siempre y cuando, el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita<sup>77</sup>.

En tercer lugar, se han interpretado las indicaciones como supuestos de atipicidad. Este es el caso de Wilenmann que desarrolla el análisis de las indicaciones terapéutica, embriopática y criminológica como si fuesen supuestos atípicos respecto al art. 344 CP. Ello lo fundaría en que situaciones en las que el deber de solidaridad implique detrimento propio<sup>78</sup>, “son atípicos: no se configura la posición de garante en cuestión – esto es, no es justificable la imposición de los deberes de solidaridad especiales de la mujer – por lo que la mujer no tiene el deber de no consentir (...) en la causación del aborto ni tiene el deber de no causarlo”<sup>79</sup>. Así, sería el mismo deber de solidaridad de la mujer para con el feto el fundamento de la atipicidad, por lo que “la ausencia de las condiciones de imposición de estos deberes no da lugar a una causa de justificación – al desplazamiento de una prohibición por una permisón conceptualmente desvinculada -, sino a atipicidad”<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> *Ibíd.*, 240.

<sup>77</sup> Véase: Ossandón, Ma. Magdalena. “Aborto y Justificación”, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 39 N° 2 (2012): 360 – 361.

<sup>78</sup> Frase utilizada por el art. 494 N° 14 CP.

<sup>79</sup> Wilenmann, *El Consentimiento de la Mujer*, 307.

<sup>80</sup> *Ibíd.*, 316 – 317.

Y, como última alternativa, la cual sostendré como correcta<sup>81</sup>, despenalización puede entenderse como “el reconocimiento de que la persona que realiza la conducta tiene el derecho a realizarla, con lo cual simplemente pierde su carácter ilícito”<sup>82</sup>. La conducta, así, pierde su antijuridicidad y se vuelve legítima, por efecto de una causal de justificación. Esto es relevante, pues de las cuatro aproximaciones al concepto, solamente esta interpretación y la señalada en tercer lugar implican que el actuar de terceros (médicos y profesionales de la salud en este caso) no resulta ilícito.

Hernández expone una serie de razones por las cuales debiesen entenderse las causales del nuevo art. 119 CS como excluyentes de la antijuridicidad, esto es, como causales (o causas) de justificación.

La primera de estas, y en palabras del mismo autor, es que “la consideración de las indicaciones para un aborto no punible como causas de justificación es la única coherente como una política pública que asume como un deber estatal la protección de la salud y la dignidad de la mujer que decide abortar”<sup>83</sup>. Ello, pues solamente si se acepta que la mujer tiene un derecho a realizar la interrupción de su embarazo, se le podrán garantizar determinadas condiciones para practicarlo.

Un segundo punto a destacar para la confirmación de lo planteado, consiste en el estudio comparado respecto a la implementación de las causales en otros ordenamientos. De acuerdo a este, países que incorporaron el sistema de indicaciones similares a las existentes en Chile, las habrían entendido como causales de justificación. Este es el caso de España, Italia, Portugal, Austria y Suiza<sup>84</sup>.

Cabe analizar con mayor detención el caso de Alemania. El Código Penal Alemán establece en su § 218 el delito de aborto, el § 218a señala, por un lado, una hipótesis de atipicidad para el sistema de plazos, y por otro, hipótesis de exclusión a la antijuridicidad (“[l]a interrupción del embarazo practicada por un médico con consentimiento de la **embarazada no es antijurídica**”<sup>85</sup>), para los supuestos de las indicaciones, cuestión también sostenida Tribunal Federal<sup>86</sup> de este país.

---

<sup>81</sup> Así lo ha entendido Hernández, Bascuñán Rodríguez y Mayer.

<sup>82</sup> Hernández, *La Legitimidad de las Indicaciones*, 240.

<sup>83</sup> *Ibíd.*, 241.

<sup>84</sup> Al respecto, véase: *Ibíd.*, 244 – 248.

<sup>85</sup> Énfasis propio.

<sup>86</sup> Bascuñán, *La Licitud del Aborto*, 168 – 172. Para mayor profundidad en la interpretación de la licitud del aborto consentido en el sistema comparado a nivel constitucional, particularmente respecto al Tribunal Constitucional Federal Alemán y a la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, véase Bascuñán, Antonio. “Límites a la Prohibición y Autoridad Legal del Aborto Consentido en el Derecho Constitucional Comparado”, *Revista de Derecho*

Sin perjuicio de los argumentos ya expresados, se debe abordar la cuestión de manera directa. Para que un individuo sea condenado por la comisión de un ilícito, está el presupuesto de que “a través de su comportamiento haya expresado no querer acatar las exigencias de comportamiento jurídicamente correcto”<sup>87</sup>. El comportamiento jurídicamente correcto se consagra a partir de normas de comportamiento, que pueden ser: prohibiciones que proscriben un comportamiento; mandatos que prescriben un comportamiento; permisiones que autorizan un comportamiento; y exenciones que autorizan la omisión de un comportamiento<sup>88</sup>. Así, si existe una colisión entre normas conceptualmente contradictorias entre sí, es decir, en una situación concreta se pueden aplicar normas, por ejemplo, que prohíben y a la vez, que permiten -como es este caso-; debe una de las normas prevalecer frente a la otra. Esto es lo que ocurre con las causas de justificación, como lo es la legítima defensa, en la que existe una, por mencionar un ejemplo, prohibición de dar muerte a otro (art. 391 CP), más una permisión de defenderse frente a determinadas conductas que puede tener como resultado la muerte de otro (art. 10 N° 4 al N° 6 CP).

La doctrina mayoritaria sostiene que los fundamentos de la permisión pueden darse por ausencia de interés (como lo sería el caso del consentimiento –omitiéndose la discusión sobre si correspondería a la atipicidad o a una causal de justificación–); o por haber un interés preponderante (generalidad de los casos establecidos en el art. 10 CP)<sup>89</sup>. En la interrupción del embarazo “siempre subyace una situación de conflicto entre dos bienes o intereses dignos de protección”<sup>90</sup>, por el lado de la mujer existe una gran cantidad de intereses de esta involucrados en el embarazo, que suelen condensarse en el concepto de su autonomía; mientras que respecto del feto, el bien a proteger es su vida (art. 19 N° 1 CPR). Este conflicto puede resolverse en determinadas situaciones o a favor de uno de estos bienes jurídicos o a favor del otro, poseyendo en las circunstancias contempladas por las tres causales mayor relevancia los intereses de la mujer.

---

*Público* N° 63 (2001): 211 – 233. Sobre la comprensión del concepto de persona y de la titularidad del derecho a la vida por tribunales extranjeros véase Figueroa, *Concepto de Persona*, 103 – 112.

<sup>87</sup> Kindhäuser, Urs. “Reflexiones de Teoría de las Normas acerca del Consentimiento en el Derecho Penal”, en *Teoría de las Normas y Sistemática Penal*, trad. Juan Pablo Mañalich (Lima: Ara Editores, 2008), 18.

<sup>88</sup> *Ibíd.*

<sup>89</sup> Véase Politoff, Sergio, Jean Pierre Matus y Ma. Cecilia Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), 209.

<sup>90</sup> Hernández, *La Legitimidad de las Indicaciones*, 249. Sin perjuicio de lo erróneo que resulta hablar de “interés” del feto. Al respecto, Dworkin en su texto “El dominio de la Vida: una Discusión sobre el Aborto, la Eutanasia y la Libertad Individual”, rechaza la personalidad moral del feto, pues esta supone que es una criatura con intereses propios. Afirma que esta capacidad compleja de un individuo de tener “intereses” se adquirirían al final del embarazo, alrededor de las 30 semanas del mismo. Véase más también en: Zúñiga, *Una Propuesta de Análisis*, 276.

De esta manera, el legislador incorporó nuevas causas de justificación a nuestro ordenamiento jurídico, siendo este el alcance del concepto de *despenalización* utilizado en la Ley N° 21.030. Como consecuencia de ello, en caso de encontrarse la mujer en alguna de las circunstancias contempladas por las indicaciones, esta tiene el derecho de abortar.

Por último, es menester hacerse cargo de la crítica relativa a que las indicaciones como causas de justificación “no satisfarían las existencias de las causas de justificación tradicionales reconocidas en nuestro derecho”<sup>91</sup>, en otras palabras, la situación en el aborto no podría encuadrarse ni como legítima defensa –el feto no agrede a la mujer ilegítimamente– ni como estado de necesidad agresivo –no se afecta la propiedad de un tercero–. Sin embargo, la crítica no contempla que la comprensión de las indicaciones como causas de justificación no implica entender que las circunstancias de las causales configuran un estado de necesidad agresivos o de legítima defensa, sino simplemente añaden nuevas causas de justificación<sup>92</sup> al ordenamiento, capacidad con la que cuenta el legislador.

### **1.3 El consentimiento como condición necesaria para la aplicación de las causales de la Ley 21.030 y su ausencia en el caso por coacción de los padres**

#### **A. Análisis legal de las causales de la Ley 21.030**

Como ya fue señalado, la Ley 21.030 introduce en su art. 1 modificaciones al art. 119 CS el cual con anterioridad señalaba “[n]o podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.

En su fórmula actual, el artículo establece que “[m]ediando la **voluntad de la mujer**<sup>93</sup>, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:

- 1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.
- 2) El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.

---

<sup>91</sup> Así también lo sostiene Hernández. En: Hernández, *La Legitimidad de las Indicaciones*, 251.

<sup>92</sup> *Ibíd.*, 252. Dejando de lado el hecho de que estas constituyen situaciones de estado de necesidad, no agresivo, sino defensivo.

<sup>93</sup> Énfasis propio.

- 3) 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 embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación.”

Ahora bien, en lo relativo a nuestro caso hipotético, por tratarse A de una niña menor de 14 años, que resulta embarazada al mantener relaciones sexuales con su pareja de 16 años de edad, la causal en la que se encuadran los hechos es la N° 3, por tratarse de un caso de violación de menor impúber, no cubierto por el art. 4 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (Ley N° 20.084). Por lo demás, también fue ya establecido que la menor se encuentra dentro del plazo establecido por la causal.

De esta primera lectura se puede concluir que la tercera causal en sí misma incluye dos elementos: por un lado, que el embarazo se haya producido a partir de una violación y; por otro lado, que el aborto tenga lugar dentro del plazo establecido, el cual varía entre las doce y catorce semanas dependiendo si la víctima es mayor o menor de 14 años, respectivamente.

Tras establecer la permisión de la interrupción del embarazo en las tres causales, la ley continúa añadiendo requisitos para la realización lícita de la interrupción del embarazo. En el inciso siguiente, se establece la forma de manifestación del consentimiento, la cual corresponde como norma general para todas las causales, a saber, que “la mujer deberá manifestar en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo”. Agrega, respecto a niñas de 14 años, que debe concurrir, además de su voluntad, la autorización de su representante legal –o al menos la de uno de ellos en caso de existir ambos padres-, y de haber rechazo a la misma, puede ser sustituida esta autorización por la del juez.

En su segundo numeral, se incorpora el art. 119 bis, que regula la operacionalización de las causales para la interrupción del embarazo. En lo relativo a la tercera causal, añade que un equipo de salud debe confirmar, por un lado, la concurrencia de los hechos que fundan la autorización -la violación-, y, por otro lado, la edad gestacional, asegurando que se cumpla con el plazo de doce o catorce semanas dependiendo de si la mujer es mayor o menor de 14 años, respectivamente. Es importante señalar que, además, los jefes o directivos del establecimiento en el que se realice la intervención deben denunciar el delito de violación al Ministerio Público, si la mujer es mayor de edad, añadiéndose a la denuncia la notificación al Servicio Nacional de Menores si la niña es menor de edad.

De esta manera, resulta evidente que la causales incorporadas por la Ley N° 21.030 tienen una estructura compleja, puesto que además de exigir determinadas cuestiones relativas al procedimiento (que en el caso concreto implican el inicio de un procedimiento penal por el delito de violación impropia en contra de la pareja de la niña) y de las propias circunstancias fácticas que dan origen a la causal (todas las cuales tienen cumplimiento en el caso hipotético), se exige que estas ocurran “mediando la voluntad de la mujer”, cuestión que es posible inferir del mismo nombre de la ley “Regula la Despenalización de la Interrupción **Voluntaria**”<sup>94</sup> del Embarazo en Tres Causales”. El legislador también acepta el consentimiento de la menor de edad al señalar que “tratándose de una niña menor de 14 años, además de su voluntad (...)”, exigiendo, junto con esta, la autorización de al menos uno de sus representantes legales (cuestión que no genera conflictos en el caso desarrollado).

A partir de lo anterior, se puede inferir que el consentimiento de la menor embarazada es un requisito esencial para la realización lícita de un aborto según las indicaciones contenidas en la ley.

## **B. Particularidades del consentimiento en el delito de aborto**

### **i. Críticas al consentimiento de la mujer en el aborto**

Con anterioridad al establecimiento de las causales del art. 119 CS, la doctrina nacional más conservadora afirmaba que en el aborto no era posible que se dieran circunstancias de justificación. Entre estos autores se encuentra Ossandón, que se refiere al consentimiento de la mujer como una causa de justificación que no procede para el aborto por dos motivos: en primer lugar, porque a ojos de la doctrina mayoritaria de nuestro país “el bien jurídico protegido -la vida del feto- no es disponible”<sup>95</sup>; y en segundo lugar, quien entrega el consentimiento es la mujer embarazada<sup>96</sup>, no el feto, quien además “no está en condiciones de prestar su consentimiento”<sup>97</sup>.

Respecto al primer argumento, la doctrina suele clasificar los bienes jurídicos en disponibles e indisponibles, siendo estos últimos “aquellos sobre los cuales el individuo al cual pertenecen no

---

<sup>94</sup> Énfasis propio.

<sup>95</sup> Ossandón, Ma. Magdalena. “Aborto y Justificación”, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 39 N° 2 (2012): 330.

<sup>96</sup> Según este pensamiento, la mujer sería quién dispone del bien jurídico. En este sentido también lo interpreta Guzmán Dálbora, pero indica que el bien jurídico vida del feto le es otorgado por motivos demográficos, convirtiéndose entonces en un bien social, por lo que, si el bien es social, entonces la mujer no puede disponer de él. Véase en: Guzmán, *Aborto: Delito Arcaico*, 37 – 38. Sin perjuicio de ello, es importante reiterar en sentido opuesto que la mujer no dispone del bien jurídico que protege al feto, sino que ella dispone de sus propios bienes jurídicos.

<sup>97</sup> Ossandón, *Aborto y Justificación*, 330.

podría consentir en su destrucción”<sup>98</sup> y se suele entender que el bien jurídico vida es uno de ellos. Esta perspectiva resulta errónea por no existir un derecho–deber vida. Ello, pues “la Constitución Política asegura el derecho a la vida pero en ningún caso impone un debe o una obligación de vivir”<sup>99</sup>. La consagración de esta obligación resultaría absurda “pues supondría la consagración de un derecho contra su propio titular o, dicho de otra forma, una tutela penal del paciente ‘respecto de sí mismo’”<sup>100</sup>. Así, el derecho a la vida debe ser analizado en concordancia a otras garantías constitucionales, como lo son la libertad y dignidad, y como tal, debe ser entendido como un derecho que se ejerce autónomamente por su titular, por tanto la lectura correcta corresponde al derecho constitucional a la vida autónoma<sup>101</sup>. A lo anterior debe añadirse que, hablar de la indisponibilidad de un bien jurídico, en casos en los cuales para el “titular” de este (en este caso, el feto) no puede bajo ningún caso disponer de él, resulta irrelevante.

Sobre el segundo argumento, es importante señalar que la mujer en ningún caso dispone del bien jurídico del feto, ella dispone de sus bienes jurídicos propios, principalmente sobre su integridad física y psíquica, al ejercer su autonomía reproductiva. La afirmación relativa a que el feto no puede prestar consentimiento, resulta del todo evidente, puesto que el feto, por el hecho de ser tal, carece de esta posibilidad.

Es importante destacar que la relación existente entre la mujer embarazada y el feto resulta sumamente inusual, esto, “porque el feto humano es tan distinto a otros individuos y porque la relación entre el feto y la mujer embarazada es tan distinta a otras relaciones”<sup>102</sup>. Es por ello que, lo relativo a esta relación es sumamente particular, sin perjuicio de ello, esto no significa que se vean excluidas circunstancias propias del derecho penal, como lo son el estado de necesidad defensivo (que trataré en profundidad en el próximo capítulo) y otras causales de justificación.

Por último, el consentimiento no aplica como causal en esta materia, sino que las causales incorporadas por la Ley N° 21.030 al art. 119 CS configuran nuevas causas de justificación al sistema, conteniendo estas como requisito la voluntad de la mujer embarazada, y que, a la vez,

---

<sup>98</sup> Keirszenbaum, Mariano. “El Bien Jurídico en el Derecho Penal. Algunas Nociones Básicas desde la Óptica de la Discusión Actual”, *Revista Lecciones y Ensayos* N° 86 (2009): 209.

<sup>99</sup> Mayer, Laura. “Autonomía del Paciente y Responsabilidad Penal Médica”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* Vol. XXXVII (2° Semestre 2011): 401.

<sup>100</sup> *Ibíd.*

<sup>101</sup> Véase: *Ibíd.*, 396 – 401. Debe hacerse la prevención, de que el concepto de autonomía debe entenderse como un rasgo del ejercicio del derecho a la vida y no como un elemento de este derecho.

<sup>102</sup> Traducción propia. Boonin, *A Defense of Abortion*, 1. Texto original “because the human fetus is so unlike other individuals and because the relationship between fetus and pregnant woman is so unlike other relationships”.

reflejan las situaciones de estado de necesidad defensivo, no dejando cuestionamientos sobre la concurrencia de estas circunstancias.

## ii. Concepto de consentimiento del nuevo art. 119 CS.

Por último, existe una particularidad final relativa al consentimiento propio de las indicaciones contenidas por la Ley N° 21.030.

El legislador utiliza en tres oportunidades la idea de voluntad o consentimiento de la mujer embarazada en relación al delito de aborto<sup>103</sup>: en primer lugar, en el art. 342 tanto en su numeral 2° como en el 3°, dependiendo si el tercero actúa sin o con el consentimiento de la mujer, respectivamente; en el art. 344 inciso primero “(...) causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause”; y, por último, en el inciso primero del nuevo art. 119 CS “mediando la voluntad de la mujer”. Lo interesante de lo señalado es que el legislador no alude al concepto de la misma forma en los tres artículos mencionados.

Ya fue argumentado en este trabajo, a través de la tesis planteada por Wilenmann, que el art. 344 CP en su segunda parte es en realidad un delito de omisión propia que constituye un mandato para la mujer embarazada. Este tendría por contenido el deber de conservar el estado de embarazo –además de la obligación negativa de no causar un aborto– el que se traduce en la obligación positiva de “impedir la causación del aborto”<sup>104</sup>.

Por el contrario, el art. 342 en ambos numerales “haría[~~n~~] referencia a la institución del consentimiento del ofendido”<sup>105</sup>, cuestión que denominaré como *consentimiento en sentido estricto*, como declaración de voluntad del titular del bien jurídico por la cual dispone de estos. Lo

---

<sup>103</sup> Además del concepto de *consentimiento* presente en el art. 344 CP y en el art. 119 CS, analizado en este capítulo, debe señalarse que la voluntad de la mujer tiene, además, otros alcances: por un lado, en abstracto, constituye la manifestación del conflicto de derechos al consistir el embarazo en uno no deseado, existiendo además circunstancias propias de las indicaciones que lo hacen extremadamente gravoso, produciéndose en consecuencia una situación de estado de necesidad defensivo (lo que será desarrollado en profundidad en el próximo capítulo); y por otro lado, a nivel concreto, la voluntad dice relación con el consentir en la interrupción del embarazo en ese momento a través de determinada intervención médica. A partir de esta última, el consentimiento adquiere una tercera relevancia, dado que la interrupción del aborto no solamente implica el “dar muerte” al feto -concepto propiamente penal de aborto- sino también la de realizar acciones sobre el cuerpo de la mujer -concepto quirúrgico de aborto- que podrían encuadrarse en el tipo de lesiones. Este segundo concepto de aborto, que he denominado como “concepto quirúrgico de aborto”, dice relación, ya no con la muerte del feto –correspondiente a un concepto penal de aborto-, sino al sometimiento de la mujer a determinado tratamiento médico, señalado en la Ley N° 21.030, necesario para que se produzca la interrupción del embarazo. Por ello, la mujer entrega su voluntad, también, para ser sometida a estas posibles afectaciones físicas constitutivas de lesiones, en el sentido en que cualquier paciente entrega su consentimiento para ser sometido a una intervención médica y descartar la posible responsabilidad del médico por la misma.

<sup>104</sup> Wilenmann, *El Consentimiento de la Mujer*, 306.

<sup>105</sup> *Ibid.*, 310. Así también lo ha entendido la doctrina mayoritaria. Al respecto, véase: Garrido, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, 108 – 109; y Etcheberry, *Derecho Especial. Parte Especial. Tomo III*, 100 – 102.



señalado quedaría en evidencia, puesto que la pena del art. 342 N° 2 corresponde a la de presidio menor en su grado máximo, mientras que la del 342 N° 3 a presidio menor en su grado medio. Así, la mayor pena se explicaría porque al reproche propio del aborto se agregaría la lesión a los intereses propios de la mujer embarazada, relativos a sus derechos sexuales y reproductivos. Por el contrario, si la mujer otorga su consentimiento y dispone de estos derechos, correspondiendo a la esfera de su autodeterminación, el reproche para el tercero corresponde únicamente a la afectación de la vida del feto.

Ahora bien, el concepto de consentimiento requerido de parte de la mujer para la interrupción lícita del embarazo del art. 119 CS, al igual que en los numerales del art. 342 CP, está utilizado como consentimiento en sentido estricto. Lo anterior resulta evidente de la mera lectura de la norma, puesto que no se está utilizando a modo de mandato, sino simplemente para señalar que se requiere el consentir de la mujer, más una serie de requisitos procedimentales propios de cada causal, para poder entrar en la permisión establecida por la Ley 21.030 y realizar el aborto de forma lícita.

Respecto de la estructura de la voluntad requerida por las causales contenidas en el nuevo art. 119 CS, la doctrina afirma que existirían dos criterios de exclusión del injusto de relevancia para el caso, estos son: el consentimiento y el acuerdo. Ambos se basan en el principio bajo el cual “no se realiza injusto penal alguno quien altere (negativamente) un bien jurídico individual con la aprobación previa de su titular”<sup>106</sup>. Así, tienen en común que la exclusión del injusto se debe a que el autor de la conducta, actúa según la voluntad de la persona titular del derecho lesionado. Pero, a su vez, tendría por diferencia que en el consentimiento la referencia es sobre la razón de validez de la norma, existiendo por tanto una inaplicabilidad externa de esta; mientras que el acuerdo representaría un elemento del tipo<sup>107</sup>, implicando una inaplicabilidad interna.

Lo anterior puede resultar más claro entregando ejemplos. Uno común en el que se dan casos de consentimiento es el delito de lesiones. Imaginemos que C consiente en que D le realice un pequeño corte en el brazo, pues desea la futura cicatriz que esta dejará. La conducta de D se encuadra claramente en el tipo de lesiones menos graves del art. 399 CP por el verbo “herir” (del art. 397 CP), sin perjuicio de la existencia de buenas razones –la voluntad del titular del bien, concordante con su derecho a su libre autodeterminación– para que a D no se le sancione por su

---

<sup>106</sup> Kindhäuser, *Teoría de las Normas*, 13.

<sup>107</sup> *Ibid.*, 37.

conducta. Por el contrario, en los delitos como la violación o el delito de allanamiento de morada se haya la institución del acuerdo, que actúa excluyendo la tipicidad pero por excluir un elemento propio del tipo, dado que “la acción típica presupone ya conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado”<sup>108</sup>, así, el art. 144 CP señala “[e]l que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador (...)”, lectura de la cual resulta evidente que “su tenor literal requiere una acción contra la voluntad del afectado”<sup>109</sup>, si el morador le da la bienvenida al tercero no se configura el tipo penal.

Al respecto, es posible hacer una analogía en cuanto a estructura, entre las causales de la Ley 21.030 y el acuerdo, puesto que la voluntad de la mujer se encuentra contenida en la indicación, operando como una condición de aplicabilidad interna –y no externa como lo sería en el consentimiento-. Una manera de ejemplificar lo anterior es a través del tipo de lesiones graves del art. 397 CP y del tipo de violación del art. 361 CP. El art. 397 CP señala “[e]l que hiciere, golpear o maltratar de obra a otro, será castigado como responsable de lesiones graves”, así, no se encuentra contenida la voluntad de la víctima dentro del tipo; por el contrario, el art. 361 CP señala “[c]omete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes: 1º Cuando se usa de fuerza o intimidación. 2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse. 3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima”, así, las tres circunstancias para la configuración del delito requieren la falta de consentimiento, si, por el contrario, el acceso carnal se realizara de forma consentida, no se realizaría la conducta típica del art. 361 CP. Las causales de la Ley 21.030 siguen esta misma estructura, mas en sentido contrario, puesto que el nuevo art. 119 CS contiene en sí mismo la exigencia del consentimiento para que la conducta sea lícita; y siguen la lógica del consentimiento, pues entregan una razón externa para la no aplicabilidad de la norma.

### **C. El consentimiento viciado producto de la coacción de los padres**

A contrario sensu, tal como el acuerdo de la mujer da lugar a la permisión del aborto, la falta de este implica la ilicitud del mismo.

Si bien, Politoff, Matus y Ramírez, se refieren al consentimiento de la mujer erradamente en relación al art. 344 CP, pues lo consideran como consentimiento en sentido estricto, no en el

---

<sup>108</sup> Roxin, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*, 512.

<sup>109</sup> *Ibíd.*

sentido de delito de omisión propia entendido como “no impedir que un tercero realice el aborto”, sirve su utilización a modo de analogía, en el sentido de aplicar lo señalado a este artículo en la causal, cuyo uso del concepto voluntad corresponde efectivamente al consentimiento en sentido estricto. Respecto a ello, señalan “este consentimiento debe ser libre, esto es, otorgado con conocimiento del significado del acto y sin vicios”<sup>110</sup>.

Así, doctrina mayoritaria considera que para que sea válido el consentimiento se deben cumplir con dos elementos: por un lado, que la mujer embarazada tenga conocimiento del acto y sus implicancias –vinculado al sano juicio de la misma y teniendo edad suficiente para entender lo que significa el aborto– y, por otro lado, el consentimiento no debe ser viciado, es decir, no debe ser obtenido mediante engaño, error, amenaza o violencia.

Respecto al primer elemento, se ha señalado que “el consentimiento debe ser manifestado por una mujer con capacidad penal, que sea imputable, pues así tendrá la aptitud para comprender la trascendencia de su decisión”<sup>111</sup>, es decir, se afirmaríase que a los niños que no son penalmente responsables, se les negaría por principio la capacidad de comprensión. En nuestra legislación ello se traduciría en que sólo mayores de 14 años de edad - según el art. 2 Ley N° 20.084 – podrían decidir interrumpir su embarazo, cuestión que coincide con la edad establecida para contar con libertad sexual y, por tanto, otorgar consentimiento en este tipo de relaciones (art. 362 CP).

Lo anterior trae como consecuencia que A no tendría la capacidad de consentir en la decisión de interrumpir o no su embarazo. Aquí es importante hacer mención a dos cuestiones, por un lado, que el consentimiento que pueda prestar la mujer y su capacidad para responder penalmente son dos cuestiones distintas que no tienen por qué coincidir; y por otro lado, que la ley, si bien requiriendo de la autorización de alguno de los representantes legales –y, en ausencia de esta incluso del Juez de Familia respectivo– establece expresamente que aquellas niñas menores de catorce años pueden entregar su voluntad en esta materia (art. 1 inc. 4 Ley N° 21.030), así mismo lo reconoce el Mensaje Presidencial de fecha 31 de Enero de 2015, al señalar “no obstante, es importante reconocer un legítimo espacio de discernimiento a la menor, habida consideración que

---

<sup>110</sup> Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 95. Misma afirmación sobre el consentimiento realizan Politoff, Grisolia y Bustos, mas referido al art. 342 N° 2 y 3 CP. Véase Politoff, Grisolia y Bustos, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 155 - 156.

<sup>111</sup> Garrido, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, 108.

será ella quien sobrellevará las consecuencias de la decisión”<sup>112</sup>. Así, su voluntad no es solo posible sino resulta incluso necesaria para la realización de un aborto lícito.

En segundo lugar, se exige que el consentimiento no presente ningún vicio, que sea “al margen de toda coacción externa”<sup>113</sup>. Me detendré mayormente en este punto, y particularmente en el primer elemento de lo que Roxin llama como *amenaza y violencia*, cuestión que denominaré en más como coacción.

En el caso hipotético presentado, resulta de suma relevancia determinar si la coacción de los padres configura efectivamente un vicio en la voluntad de A, cuestión que sostendré de manera afirmativa, puesto que ello implica que este requisito exigido por la tercera causal del nuevo art. 119 CS no se cumpla.

A este respecto, Roxin señala “[h]abría que partir por norma general de que no toda amenaza excluye la eficacia del consentimiento, sino sólo aquella que afecte seriamente a la libertad de decisión del titular bien jurídico, de modo que el suceso ya no es expresión de su libertad de acción”<sup>114</sup>.

Para determinar la seriedad de la misma, el autor propone como criterio el § 240 del Código Penal Alemán que utiliza la expresión “con un mal considerable” y exige que la amenaza sea reprochable<sup>115</sup>. A modo de ejemplo, entrega como supuesto una mujer que amenaza a su amigo en que si no destruye determinado bien de su propiedad, ella no se casará con él; señalando así que en este caso la coacción no viciaría el consentimiento<sup>116</sup>.

Ahora bien, el caso presentado dista lo suficiente del presentado por Roxin, puesto que las amenazas ya expuestas, consistentes en el abandono de la vivienda además de maltratos a la niña, que por lo demás ya han ocurrido previamente de parte de sus padres hacia ella, constituyen amenazas serias y verosímiles, viciando efectivamente el consentimiento de la menor. Así, la

---

<sup>112</sup> Mensaje Presidencial N° 1230-362 para dar inicio al Proyecto de Ley que Regula la Despenalización de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Tres Causales, 31 de enero de 2015.

<sup>113</sup> Garrido, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, 108.

<sup>114</sup> Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, 551.

<sup>115</sup> Se debe hacer mención en este punto a la distinción ignorada por Roxin entre hablar de coacción en sentido prescriptivo, y hablar de coacción en sentido adscriptivo. Lo anterior, dado que el primer sentido se refiere a la pregunta sobre el estatus deóntico con arreglo a determinada norma, mientras que en el otro sentido la pregunta versa sobre si la conducta realizada por la víctima le es atribuible al sujeto que ejerce la coacción. Que la conducta no le sea imputable a la víctima no significa necesariamente que la conducta sea típica ni viceversa, a diferencia de lo sostenido por Roxin en su ejemplo, al afirmar que por no cumplirse con el tipo del § 240 del Código Penal Alemán, quien realiza la coacción no le resulta atribuible la conducta de la víctima de la misma.

<sup>116</sup> Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, 551.

pregunta relevante es si las amenazas atentan de manera jurídicamente relevante en contra de la libertad del amenazado, que en esta situación es una niña de 12 años de edad, que vive en casa de sus padres y depende económicamente, en su totalidad, de los mismos. De esta forma, resulta evidente que A ve coartada su libertad y sigue con el procedimiento de interrupción del embarazo no deseado por verse forzada a hacerlo.

#### **D. Consecuencias para la mujer de la realización del aborto sin su consentimiento**

Como resultado de la coacción de los padres, el consentimiento entregado por A para la interrupción del embarazo resulta ser ineficaz. Así, falta un requisito necesario para la tercera causal del nuevo art. 119 CS<sup>117</sup>, y por tanto, el aborto es ilícito.

La primera inclinación pareciera ser que, si lo anterior es verdadero, la niña comete el ilícito del art. 344 CP, puesto que su conducta no se encontraría permitida por una causa de justificación, y, por tanto, en principio debiese ser sancionada por ello –sin entrar aún a la discusión sobre la imputación subjetiva y omitiendo que la menor resulta inimputable por su edad-.

Sin embargo, esta primera opinión no pareciera ser razonable, por los mismos objetivos por los cuales se crearon las indicaciones como causales de justificación que, si se afirmara la punibilidad de la conducta en el caso concreto, se atentaría con los fines de la Ley 21.030.

#### **i. Fundamento de las causales de la Ley 21.030**

Respecto a este punto, el Mensaje Presidencial para dar inicio a la tramitación del proyecto de ley destaca como punto relevante el compromiso del Estado con los Derechos Humanos. En este ámbito entrarían en juego, entonces, la autonomía de la mujer expresada a través del ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos; además de consideraciones propias del derecho a la vida de la misma y a su integridad física y psíquica, así como su dignidad. En relación a estos derechos, una parte<sup>118</sup> de la doctrina afirma que la Constitución Política de la República (en adelante, CPR) “garantiza la integridad física y síquica, la libertad personal, la libertad de creencias y el derecho a

---

<sup>117</sup> Resulta importante distinguir dos cuestiones: el hecho que origina el embarazo, y el embarazo en sí. Que el embarazo se produzca por una violación, la cual implica una vulneración a la autonomía reproductiva e indemnidad sexual de la mujer, no implica necesariamente que esta no desee mantener el embarazo. Por lo cual, si bien el origen del estado no es deseado, el embarazo en sí puede tanto serlo como no serlo, y solamente en caso de no serlo procederá la interrupción lícita del embarazo, por darse el choque entre los bienes jurídicos en juego de la mujer, con el bien jurídico del feto. Esta distinción se encuentra expresada en la tercera causal del art. 119 del Código Sanitario, al establecer un plazo (sin perjuicio, de la crítica por la brevedad del mismo), que con posterioridad a este el Estado asume que la mujer consintió en mantener su embarazo.

<sup>118</sup> Hay también quienes sostienen que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, no son derechos fundamentales y no se encontrarían tampoco consagrados por nuestra legislación.

la vida privada, conjunto de derechos que atribuyen a la mujer libertad para decidir cuándo desea vivir o no la maternidad, de forma libre y consciente”.<sup>119</sup>

En nuestro país, estos derechos de la mujer no eran mayormente considerados, lo que se manifestaba en la prohibición absoluta del aborto existente hasta el año 2017. Por ello, se elaboró una serie de recomendaciones a Chile por distintos organismos internacionales. Entre ellas destacan: las observaciones de 1999 por el Comité de Derechos Humanos relativo al cumplimiento de las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las recomendaciones del año 2004 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del año 2007 por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas; y de los años 2006 y 2012 desarrolladas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas<sup>120</sup>. Todas estas señalan que el Estado debiese realizar una revisión a su legislación y establecer la despenalización del aborto al menos en las tres causales actualmente contempladas.

Resulta importante destacar que “el aborto, en tanto acción de interrupción voluntaria del embarazo, no está tratada explícitamente en los tratados internacionales de derechos humanos, ni como derecho, ni como prohibición”<sup>121</sup>, sin perjuicio de lo cual, el derecho internacional trata indirectamente los temas relativos al aborto. Esto trae como consecuencia, también, que la fundamentación de la permisibilidad del mismo en las indicaciones no tenga mayor elaboración, siendo posible destacar lo referido por el Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), sobre la existencia de ciertas circunstancias (riesgo vida de la mujer embarazada, malformación del feto incompatible con la vida extrauterina y embarazos provocados por violaciones) en las cuales la mantención del embarazo no sería exigible “fundándose en la protección de la vida e integridad física y síquica de las mujeres”<sup>122</sup>. La escasez de debate a este respecto tiene relación con que la discusión en el ámbito internacional se ha centrado en la personidad del feto, y lo que a nivel interno se ha discutido, en el ámbito constitucional, como el alcance del derecho a la vida.

---

<sup>119</sup> Iñiguez y Peredo, *Propuestas de Solución*, 47.

<sup>120</sup> Mensaje N° 1230-362, 2015.

<sup>121</sup> Meza – Lopehandía, Matías. 2016. “El Aborto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Documento elaborado para la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (Boletín N° 9895 – 11), 4 – 5.

<sup>122</sup> *Ibid.*, 9.

Si bien este último punto no atañe al caso planteado directamente, es una cuestión de importancia a la hora de aclarar cuál es la fundamentación de las causales del nuevo art. 119 CS.

La discusión sobre el derecho a la vida es propia del ámbito constitucional (principalmente en lo relativo al art. 19 N° 1 CPR), sin perjuicio de tener efectos en otras áreas del Derecho, en lo concreto para el presente trabajo, en materia penal.

La primera cuestión a aclarar es qué significa el concepto de derecho a la vida. Respecto a ello, Figueroa García–Huidobro desarrolla cinco concepciones que se plantean sobre este derecho, las cuales corresponden a: en primer lugar, el derecho a la vida como derecho a vivir, a permanecer con vida; el derecho a la vida como el derecho a vivir bien o vivir con dignidad; el derecho a la vida como aquel derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir inmediatamente; el derecho a la vida como el derecho a que no nos maten; y por último, en quinto lugar, este sería el derecho a que no nos maten arbitrariamente<sup>123</sup>.

Entre las posibles alternativas, el autor elabora la defensa de la quinta de las concepciones señaladas, así, el derecho a la vida significaría: la obligación negativa de no matar arbitrariamente a otro, y las obligaciones positivas de prevención que se mate a otro arbitrariamente y aquellas para satisfacer–cumplir el derecho. Ello coincide, también con el art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que indica “(...) [n]adie podrá ser privado de la vida **arbitrariamente**”<sup>124</sup>.

Resulta contradictorio entonces, que en nuestro país la discusión se haya centrado –y lo esté a nivel moral hasta el día de hoy– en si el nasciturus es o no titular del derecho a la vida, y que en caso de ser afirmativa la respuesta, el aborto debiese prohibirse siempre. Incluso, si siguiendo a Thomson<sup>125</sup> se asumiera, sin entrar a la discusión, que el no nacido tiene derecho a la vida –o al

---

<sup>123</sup> Véase: Figueroa, Rodolfo. “Concepto de Derecho a la Vida”, *Revista Ius et Praxis* N° 1 (2008): 262. Al respecto, resulta interesante destacar las críticas que realiza el autor sobre la primera concepción (el derecho a la vida como derecho a permanecer con vida) y la cuarta concepción (el derecho a la vida como derecho a que no nos maten). Sobre la primera de estas, Figueroa señala que un derecho a vivir implicaría el derecho a no morir, cuestionando esta idea en el entendido que el estado de “vivo” es naturalmente efímero. Respecto a la cuarta concepción, el autor afirma que, respecto al nasciturus, la gran mayoría de la doctrina nacional ha entendido el derecho a la vida de este como una prohibición absoluta a darle muerte, siendo que las personas nacidas cuentan con un derecho a la vida relativo, encontrándose justificado bajo determinadas circunstancias darles muerte. A partir de la falta de concordancia entre ambos entendimientos, Figueroa afirma que la quinta concepción (el derecho a la vida como el derecho a que no nos den muerte arbitrariamente) debe entenderse como la adecuada sobre el derecho a la vida, por no existir en esta esa distinción entre el nasciturus y las personas.

<sup>124</sup> Énfasis propio

<sup>125</sup> Thomson, *Una Defensa del Aborto*, 47 – 67.

menos, por nuestra consagración constitucional debe haber una protección a la vida del que está por nacer<sup>126</sup>-, en igualdad de condiciones que un ser humano nacido, este derecho únicamente significa que el feto tiene derecho a que no se le de muerte arbitrariamente, cuestión que implica la determinación de “en qué condiciones es legítimo que el Estado obligue a una mujer a persistir en su embarazo, es decir, en casos el embarazo es exigible/no exigible”<sup>127</sup>.

A grandes rasgos, existe acuerdo en la doctrina respecto a la indicación terapéutica consagrada en el nuevo art. 119 N° 1 CS al señalar que este se encontraría justificada a partir del denominado estado de necesidad defensivo<sup>128</sup>. La situación de las dos siguientes –indicación embriopática y criminológica– resulta de mayor complejidad, dado que gran parte de la doctrina afirmaría que estas requieren de causales de justificación especiales, por no encuadrarse en el estado de necesidad defensivo<sup>129</sup>. Este rechazo de la doctrina mayoritaria a la existencia de una situación de estado de necesidad defensivo en las dos últimas causales no presenta mayores complejidades en lo relativo al análisis de la situación de la mujer embarazada y su derecho a abortar. En razón del

---

<sup>126</sup> Sobre este punto, hay autores que sostienen que la titularidad del derecho a la vida inicia con el nacimiento de la persona (art. 74 CC), así, el mandato constitucional tendría por contenido el establecimiento de protección legal a la vida del que está por nacer. Al respecto, Mayer, Laura. “La Vida del que Está por Nacer como Objeto de Protección Legal” *Revista de Derechos Fundamentales* N° 5 (2011): 63 – 80.

<sup>127</sup> Figueroa, Rodolfo. “La Moralidad del Aborto: Ampliando la Discusión”, *Revista Acta Bioethica* Vol. 19 N° 1 (2013): 109.

<sup>128</sup> Véase Bascuñán, *La Licitud del Aborto*, 173; Bascuñán, *La Píldora*, 66 – 77 y Mayer, *La Vida del que Está por Nacer*, 71 – 72. En sentido negativo a la procedencia de la causal de justificación, Ossandón, *Aborto y Justificación*, 340- 346.

<sup>129</sup> No todos los autores rechazan la existencia del estado de necesidad defensivo en la segunda y tercera causal. Entre ellos resulta importante destacar lo elaborado por Antonio Bascuñán en “La Píldora del Día Después ante la Jurisprudencia”. Sobre ello, el autor afirma que si bien, en el estado de necesidad agresivo nunca se justificaría el dar muerte a otra persona por la exigencia de satisfacción a un estándar de preponderancia a la hora de ponderar entre el interés protegido y el interés afectado, por lo que, al valer todas las vidas lo mismo, no se cumple con la exigencia de afectación de un bien jurídico de menor peso. Por el contrario, en el estado de necesidad defensivo, ya no se requiere una preponderancia, sino que basta la equivalencia entre los intereses jurídicos en juego, pudiéndose acabar en determinados casos con la vida de otro. Bascuñán añade, que todos los casos de embarazos no consentidos por la mujer embarazada constituyen situaciones de estado de necesidad defensivo, puesto que la supervivencia del feto implica la afectación de sus intereses personalísimos de relevancia constitucional relativo a su autonomía reproductiva y a su integridad física y psíquica. Añade, respecto a la segunda y tercera causal de la Ley 21.030 que, en estos casos, el embarazo puede afectar de modo aún más intenso la autonomía e integridad de la mujer. Véase, Bascuñán *La Píldora*, 71 – 73. Resulta interesante, también, lo planteado en “La Permisibilidad del Aborto como Problema Ontológico” por J.P. Mañalich. El autor utiliza como referencia lo señalado por Feinberg, afirmando que se entendería como concurrente el estado de necesidad defensivo, en otros casos además del aborto terapéutico, por cumplirse con el estándar de proporcionalidad (equivalencia entre los intereses salvaguardados y afectados), en aquellas situaciones en que la mujer gestante no tenga responsabilidad por el embarazo, como lo sería en el caso planteado por Thomson, este es al ser secuestrada y conectada al violinista. Así, en analogía a lo recién señalado, estamos ante esta falta de responsabilidad en los casos de violación de los cuales resulte el embarazo, así también como en los casos de falla en los mecanismos de anticoncepción, por mencionar algunos ejemplos. En estos, se tendrían que entender como situaciones en las cuales se justifica la destrucción del feto. A lo anterior, y en concordancia a lo planteado por Bascuñán, añade que las consecuencias actuales y futuras del embarazo son de tal envergadura resulta imposible negar que la mujer embarazada siempre tendrá una buena razón para interrumpir su embarazo. Véase, Mañalich, *La Permisibilidad del Aborto*, 310 – 311 y 329.



caso hipotético planteado, me centraré en la última indicación contenida en el art. 119 CS, y a plantear justificaciones independientes al estado de necesidad defensivo presente en este tipo de situaciones.

Una primera posible justificación a la tercera causal, es entregada por el argumento constitucional. De acuerdo con este, Mayer plantea “la cancelación de la antinormatividad del aborto frente a un supuesto de violación (...) encuentra su fundamento constitucional, por una, en la dignidad de la persona (...) en el derecho constitucional a la integridad psíquica (...), y, por otra parte, en la autonomía o autonomía reproductiva de la mujer”<sup>130</sup>. La conclusión a la que lleva, es que los intereses mencionados son de mayor entidad que la vida del nasciturus, el cual, siguiendo con la tesis de la autora, es solamente objeto de protección legal, mientras que los derechos de la mujer en juego tienen rango constitucional.

Si bien el argumento señalado lleva a la conclusión de la licitud del aborto en casos de violaciones, la noción de diferencia entre los rangos de protección entre los derechos de la mujer y la vida del feto no explica por qué resulta inexigible la mantención del estado del embarazo a la mujer.

Así, haciéndose cargo de ello, Mayer agrega que “ninguna persona tiene por qué poner su cuerpo a disposición para la conservación de otro, si dicha persona no ha sido causal ni en alguna otra forma responsable del hecho de que otro requiera necesariamente de su cuerpo para sobrevivir”<sup>131</sup>. Respecto a este mismo argumento, Wilenmann señala, a partir de la posición de garante de la mujer<sup>132</sup>, que podría plantearse la prohibición al aborto por “la organización de la vida (sexual) de la mujer es la que da lugar a la situación de embarazo, y que por lo tanto en razón de esa organización ella tendría el deber de proteger el feto engendrado por su conducta”<sup>133</sup>. En otras palabras, si la mujer mantiene una relación sexual consentida, “ella eligió libremente

---

<sup>130</sup> Mayer, *La Vida del que Está por Nacer*, 74.

<sup>131</sup> *Ibíd.* Sin perjuicio de ello, no es el único argumento que entrega Mayer, pues además señala que el obligar a la mujer a conservar el estado de embarazo implica tratarla como un simple medio para un fin. En este sentido, la prohibición al aborto iría acorde a lo planteado por la Senadora Ena Von Baer, la mujer le prestaría el cuerpo al nasciturus.

<sup>132</sup> Se refiere a este punto al señalar que las posiciones de garante pueden derivar por dos razones, ya sea en razón de organización (consecuencias derivadas de la organización de la vida del sujeto que pueden dar lugar a peligro para terceros, justificando la extensión de la norma de prohibitiva a un mandato), ya sea en razón de institución (por una relación especial entre el agente y el bien que justifica la ampliación a mandato). Véase: Wilenmann, *El Consentimiento de la Mujer*, 292.

<sup>133</sup> *Ibíd.*, 293.

interactuar de una forma que crea el riesgo de embarazo, a ella le correspondería cargar con las consecuencias de la acción”<sup>134</sup>.

De este modo, y a contrario sensu, si el embarazo deriva de una situación no consentida, ello tendría por consecuencia que la posición de garante no tiene justificación<sup>135</sup>, y, por tanto, sobre la madre no recaen los deberes de evitación de la interrupción del estado de embarazo. Sin perjuicio de ello, el autor critica el razonamiento, pues “la tesis se desentiende del hecho que la conducta de la mujer no creó el riesgo de muerte del feto, sino que derechamente permitió la creación del feto”<sup>136</sup>, no siendo la mera contribución a la creación de determinado elemento, el criterio de imputación de daño al mismo. Por ello, este argumento sería falaz –además no se explicaría por qué, si el hombre igualmente participa en la creación del feto, no tendría iguales deberes de solidaridad-. En ese sentido, el argumento constituiría un reproche moral a la conducta sexual de la mujer, cuestión con la que coincide Bascuñán Rodríguez “no es la afectación originaria del recato, decoro o castidad de la mujer embarazada lo que hace inexigible a su respecto del deber de tolerar el embarazo”<sup>137</sup>.

Siendo descartado este argumento como válido, se mantiene el vacío por la justificación de la inexigibilidad de la mantención del embarazo. Mas es el mismo Bascuñán Rodríguez quien aclara la cuestión, al señalar “la razón válida se encuentra en la relación que existe entre el embarazo y el abuso experimentado por la mujer, es decir, en el sometimiento de su cuerpo a la realización de la voluntad de otro (...). La afectación de la autonomía de la mujer que es inherente al embarazo se ve aquí intensificada exponencialmente por la afectación a su autonomía que dio origen a ese embarazo”<sup>138</sup>. De esta forma, la indicación se basaría en la afectación de la dignidad de la mujer como un agente autónomo.

Entonces, la tercera causal de justificación de nuestro ordenamiento del delito de aborto, tendría por fundamento la gran afectación a la autonomía de la mujer existente al momento en que un tercero la utiliza como un objeto, producto de lo cual se crea el feto.

---

<sup>134</sup> Wilenmann, *El Consentimiento de la Mujer*, 293.

<sup>135</sup> En este sentido, Boonin expone la llamada “Objeción de Responsabilidad”, que justificaría el deber de solidaridad para con el feto de parte de la mujer embarazada en la voluntariedad de la relación sexual que generó el embarazo, de tal forma, de no haber existido consentimiento en el coito, no hay responsabilidad de la mujer respecto del feto y este no tendría el derecho del uso de su cuerpo. Véase, Boonin, *A Defense of Abortion*, 167 – 168.

<sup>136</sup> Wilenmann, *El Consentimiento de la Mujer*, 293.

<sup>137</sup> Bascuñán, *La Licitud del Aborto*, 175.

<sup>138</sup> *Ibíd.*, 176.

Si en el ordenamiento jurídico nacional, la modificación al art. 119 CS se realiza en lo respectivo a la “indicación ético–jurídica” por la aceptación a la gran vulneración que ha sufrido la mujer de su autonomía, resulta absolutamente contradictorio con ello, que si la mujer no cumple con un requisito propio de la causal, provocado por otra afectación a su autonomía –en este caso por la coacción de los padres – que el sistema utilice su derecho en su contra y la sancione a ella por el incumplimiento de la causal y la consecuente realización típica y antijurídica del art. 344 CP.

#### **1.4 Estado de necesidad exculpante por coacción**

Si bien la tesis que sostengo como correcta es la presentada en la sección anterior -esta es, que los fines de las causales establecidas por el nuevo art. 119 CS implicarían la imposibilidad de atribuir, en contra de la mujer embarazada, la comisión del tipo del art. 344 CP de forma antijurídica por faltar un requisito esencial de la indicación criminológica correspondiente al consentimiento de esta, el cual falta, por la coacción ejercida en su contra por sus padres-; incluso si el lector no se convence de ello, es posible afirmar que aun así a la niña no le resultaría imputable su conducta, por producirse una situación de estado de necesidad exculpante por la coacción ejercida por los padres en su contra, la cual procederé a explicar en las siguientes secciones.

##### **A. El estado de necesidad del art. 10 n° 11 CP como causa de exculpación**

El estado de necesidad exculpante<sup>139</sup> contenido en nuestra legislación actualmente, fue introducido por la Ley N° 20.480 en el año 2010, modificando el art. 10 CP, añadiendo un nuevo numeral (11°), que señala lo siguiente: “Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal:

---

<sup>139</sup> Sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad exculpante, existe consenso en cuanto a que esta exención de responsabilidad resulta diferente de la legítima defensa, puesto que “el necesitado afecta a un inocente, el titular de otro bien protegido, y no a un agresor ilegítimo. No hay acción defensiva, sino una acción agresiva necesaria para salvar el bien del agente o de un tercero de la concreción de un peligro que no provoca el afectado”. En: Vargas, Tatiana. “¿Tiene la Necesidad Cara de Hereje? Necesidad Justificante y Exculpante a la Luz del Artículo 10 N° 11”, en *Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury* (Santiago: Thomson Reuters, 2013), 743 – 744. Sin embargo, no existe la misma claridad con su diferencia con el estado de necesidad justificante, existiendo confusión al considerar que el art. 10 N° 11 consagra legalmente el estado de necesidad defensivo. Sobre ello, Mañalich señala que el art. 10 N° 11 no contiene la exigencia propia del estado de necesidad defensivo, la cual corresponde a “la exigencia de que el peligro para el bien jurídico salvaguardado tenga su origen en la ‘esfera de organización’ del titular del bien jurídico menoscabado por la respectiva acción de salvaguarda”. En: Mañalich, Juan Pablo. “El Estado de Necesidad Exculpante. Una Propuesta de Interpretación”, en *Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury* (Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2013), 719. Al no poder interpretarse el art. 10 N° 11 como una causa de justificación, debe entenderse que en nuestro país existe un régimen dualista, por un lado, el art. 10 N° 7 contempla el estado de necesidad justificante, y por otro, el art. 10 N° 11 contempla el estado de necesidad exculpante. Sobre la teoría de la diferenciación expresada en el régimen dualista: Hirsch, Hans. “El Estado de Necesidad Defensivo en la Discusión Alemana”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo I* (Madrid, Edisofer, 2008), 1006 – 1007.

11° El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

1° Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.

2° Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

3° Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

4° Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa”.

Si bien concretamente la modificación se introdujo junto con el establecimiento del delito de femicidio y otros relativos a la protección de la mujer y la familia<sup>140</sup> y con el fin de otorgar una eximente de responsabilidad a aquellas mujeres víctimas de maltrato intrafamiliar que respondían de alguna manera a los maltratos de sus parejas sin encontrarse en situaciones cubiertas por la legítima defensa, el estado de necesidad fue establecido como eximente general para todo tipo de situaciones, sujetos y delitos.

A diferencia del estado de necesidad justificante<sup>141</sup>, la eximente de culpabilidad admite casos en que el mal causado sea de menor, igual o mayor entidad que el evitado, siempre que no lo sea sustancialmente; ante lo cual se entiende que “cuando la diferencia no existe o no cede a favor del bien salvado podríamos decir que estamos fuera del plano de la justificación”<sup>142</sup>. Así, en el

---

<sup>140</sup> En su versión original, del año 1870, el texto planteaba una exención de responsabilidad para el marido que encontrara a su cónyuge cometiendo el entonces vigente delito de indulto, excusándolo en caso de dar muerte, herir o maltratar a ambos o a uno de ellos, salvo que existiese intencionalidad de hacerlo. Véase, Hernández, Héctor. “Art. 10 N° 11. Comentario”, en *Código Penal Comentado. Libro Primero (Arts. 1° a 105) Doctrina y Jurisprudencia*, (Santiago: Legal Publishing, 2011), 267 – 275.

<sup>141</sup> Respecto a la diferencia entre causales de justificación y causales de exculpación, Mañalich afirma que resulta clarificadora la distinción entre las llamadas normas de comportamiento –“conjunto de normas bajo las cuales se determina el estatus deóntico de la acción cuya no-omisión o no-ejecución puede llegar a contar como objeto de la imputación jurídico-penal” – y aquellas conocidas como reglas de imputación –“conjunto de reglas que fijan las condiciones para la eventual imputación de la no-omisión o no-ejecución de esa acción como infracción de deber culpable” -. En: Mañalich, *El Estado de Necesidad Exculpante*, 716. Así, el estado de necesidad como causa de justificación es constitutiva de una norma de comportamiento, específicamente como una norma de permisión, que excluye una determinada norma de prohibición; mientras que el estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad debe entenderse como una regla de exclusión de la imputación.

<sup>142</sup> Vargas, *¿Tiene la Necesidad Cara de Hereje?*, 748. Ello se ha manifestado a través del caso de la “Tabla de Carnéades”, en el cual un naufrago arrebató al otro la tabla de salvación. Al tratarse de bienes jurídicos de igual entidad, nos encontraríamos fuera de una situación de justificación, entrando al ámbito de la exculpación. Véase, *Ibid.*, 756; Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), 263 y 267, y a Mañalich, *El Estado de Necesidad Exculpante*, 720. En sentido contrario, Wilenmann critica la fijación para la fundamentación del estado de necesidad en el problema del estado de necesidad vital reflejado en el problema de la Tabla de Carnéades, la cual no tiene vínculo alguno con el fundamento del estado de necesidad justificante. Véase: Wilenmann, Javier. “El Fundamento del Estado de Necesidad Justificante en el Derecho Penal Chileno. Al Mismo Tiempo, Introducción al Problema de la Dogmática del Estado de Necesidad en Chile”. *Revista de Derecho*, Vol. XXVII N° 1 (2014): 224 – 226.

presente trabajo se adopta la postura del art. 10 N° 11 CP como causa de exculpación, excluyéndose así la culpabilidad. Dentro del conjunto de las condiciones de exclusión de la culpabilidad, existen subclases: aquellas que constituyen causales de inculpabilidad –excluyen la imputación, en hipótesis que “el destinatario de la norma no se halla en posición de poder motivarse, en pos del seguimiento de la norma, a omitir intencionalmente la acción prohibida o a ejecutar intencionalmente la acción ordenada, según corresponda<sup>143</sup>”, y aquellas que lo son de exculpación; me centraré en estas últimas.

A diferencia de las causales de inculpabilidad, las causales de exculpación constituyen “una delimitación situacional de la expectativa de motivación con arreglo a la norma”<sup>144</sup>; así, ambas causales son excluyentes entre sí, pues la última supone un elemento que debe contener la primera, esto es un “déficit en la capacidad de razonamiento práctico que es presupuesto del seguimiento de la norma respectiva”<sup>145</sup>.

De esta forma, el no seguimiento de la norma no ameritaría un reproche de culpabilidad, por lo cual se evidencia que existe un límite a la expectativa -establecido por el mismo estado de necesidad exculpante -“puesta en que el destinatario de la norma practique con fidelidad al derecho bajo el estatus exclusivo de persona<sup>146</sup>”<sup>147</sup>.

## **B. Los presupuestos establecidos por el art. 10 n° 11: aplicación al caso hipotético.**

Analizada la naturaleza del estado de necesidad del art. 10 N° 11, resta por estudiar cuáles son los presupuestos para limitar la expectativa de fidelidad de la norma para hacer procedente la exculpación propia de la eximente, y desarrollar su aplicación al caso hipotético presentado. Para esto, me enfocaré en las amenazas que recibió la menor A de parte de P y M, en caso de no someterse a la interrupción de su embarazo, consistentes en el abandono el hogar y en recibir maltratos de parte de sus padres.

Ahora bien, la primera exigencia establecida en el art. 10 N° 11 numeral 1° es la existencia de un mal grave o inminente, que hace las de razón para la acción de salvaguarda. Respecto a este, el mismo artículo lo limita a bienes jurídicos individuales “como vida; salud; libertad; intimidad;

---

<sup>143</sup> *Ibíd.*, 724. Ejemplos de esta son el art. 10 N° 1 (privación total de la razón) y el art. 10 N° 2 (menor de edad).

<sup>144</sup> *Ibíd.*, 726.

<sup>145</sup> *Ibíd.*

<sup>146</sup> Mañalich se refiere al concepto de persona en un sentido Heggeliano consistente en “ser persona consiste en estar sujeto a la exigencia de ser persona y respetar a los demás como personas”. Véase, *Ibíd.*, 729 – 730.

<sup>147</sup> *Ibíd.*, 730.

propiedad; honor; etc.”<sup>148</sup>, dejando fuera a aquellos colectivos. Por otro lado, también debe tenerse en cuenta que debe ser la amenaza a un mal futuro, así “el mal que se trata de evitar no ha ocurrido, por lo que se trata de una situación de peligro para un bien protegido cuya indemnidad se busca preservar”<sup>149</sup>. De esta forma, resulta evidente que, en la situación presentada, A sí se encuentra frente a la posibilidad de que se le ocasione un daño futuro, el bien jurídico sería efectivamente individual –integridad física y psíquica de la menor-.

En segundo lugar, el estado de necesidad exculpante requiere que no exista otro medio practicable y menos perjudicial que el utilizado para prevenir el daño al bien jurídico. A partir de ello, queda en evidencia el carácter subsidiario del estado de necesidad, cuestión que fundamenta la misma situación de necesidad, pues no existiría otro camino para salvaguardar el bien que corre peligro. Aplicado al caso, si los padres establecen como única condición el poner término al estado de embarazo para evitar el daño venidero, resulta claro que el único medio posible para salvar los bienes de la niña, era interrumpiendo el embarazo. No resulta del todo relevante la discusión sobre si había otro medio menor o mayormente perjudicial, puesto que la coacción tenía como única condición la de realizar el aborto, por lo que el medio para evitar el maltrato sería interrumpiendo el embarazo.

Como tercer requisito, el art. 10 N° 11 exige que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita. Como ya mencioné, es este elemento el que caracteriza la eximente de exculpación, puesto que el estado de necesidad justificante agresivo solo admite el daño a bienes de menor entidad al salvado, constituyendo un estándar de proporcionalidad (limitado en nuestra legislación al daño a la propiedad ajena y a la intimidad en la situación del art. 145 CP). En el caso a analizar, está por un lado el bien jurídico afectado, a saber, la “vida” del feto y, por el otro lado, los bienes salvaguardados propios de la niña, estos son, su integridad física y síquica. Siendo que la protección a la vida del feto no es absoluta, que se debe entender como de menor entidad que el derecho a la vida de las personas, y que en el caso de la niña se está amenazando con vulnerar su derecho a la integridad física y psíquica, debe entenderse que, al menos, la muerte del feto entendido como mal causado no es sustancialmente superior a la integridad física y psíquica de la niña.

---

<sup>148</sup> Vargas, *¿Tiene la Necesidad Cara de Hereje?*, 751.

<sup>149</sup> *Ibíd.*, 752.

Como último presupuesto, el sacrificio del bien amenazado no puede serle razonablemente exigido al sujeto titular de este, esto es, que el sujeto no tenga el deber de soportarlo “en atención a su específica posición jurídica (lato sensu)”<sup>150</sup>. Sobre este punto hay dos cuestiones relevantes a señalar, en primer lugar, como bien ya fue desarrollado en el presente texto, la mujer solamente puede cometer el delito de aborto en los términos del art. 344 CP, estableciéndosele un delito de omisión propia que establece su obligación de impedir que terceros provoquen el aborto, por lo que existiría la obligación de la mujer de soportar la afectación a ciertos bienes jurídicos propios, pero esta carga a soportar debe entenderse “bajo determinados parámetros”<sup>151</sup>, que en este caso estarían entregados por un embarazo común, que no implica la puesta en peligro de bienes al nivel que los padres de la menor están sometiendo a A. Y, como segunda cuestión a señalar, la menor se encuentra dentro de la posibilidad de optar de realizar la interrupción lícita de su embarazo, por lo cual tampoco se podría afirmar su obligación de soportarlo.

De lo anterior se puede concluir -sin perjuicio de no considerar esta interpretación como la adecuada, puesto que la conducta debiese ser entendida como permitida por existir la causa de justificación del nuevo art. 119 N° 3 CS en relación a la mujer A- que la niña sí cumpliría con los requisitos del art. 10 N° 11, por lo cual su conducta se vería exculpada<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> Mañalich, *El Estado de Necesidad Exculpante*, 736.

<sup>151</sup> *Ibíd.*

<sup>152</sup> Resulta pertinente señalar, que el art. 10 N° 9 CP afirma “El que obra violentamente por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable”, existiendo una superposición entre la eximente de fuerza irresistible o miedo insuperable y la del estado de necesidad exculpante. Respecto a ello, tanto Mañalich como Hernández coinciden en que la “superposición no llegaría a ser total”, así, según el primero de los autores señala que se podría recurrir al art. 10 N° 9 si no se cumple con el primer presupuesto del estado de necesidad exculpante, este es, si no hay una situación de peligro actual o inminente para bienes jurídicos individuales; y si no se satisface el estándar de proporcionalidad exigido por la no diferencia “sustancial” entre los bienes jurídicos afectados y salvados. Por el contrario, en vez de la eximente de fuerza irresistible o miedo insuperable podría resultar aplicable el estado de necesidad exculpante en caso que no exista una coacción ajena y si el destinatario de la norma no se encuentra atemorizado, cuestión con la que coincide Hernández, al afirmar que la causal del art. 10 N° 9 no cubre todas las hipótesis del estado de necesidad, pues este abarcaría aquellos casos en que no se pueda apreciar lo que denomina como “grave conmoción anímica” de parte del destinatario. Es por ello que podría afirmarse también, la posibilidad de considerar ambas eximentes como aplicables al caso hipotético en cuestión. Véase, Hernández, *Art. 10 N° 11. Comentario*, 270 y Mañalich, *El Estado de Necesidad Exculpante*, 740 – 742.

## Capítulo 2 El profesional de la salud como interviniente en el delito de aborto

Una vez evaluada la situación de la mujer, resulta menester analizar la situación del médico que realiza el aborto. Para ello, desarrollaré en los siguientes segmentos, cuál es la responsabilidad del funcionario de la salud que desarrolla la interrupción del embarazo con motivo de alguna de las indicaciones contenidas en nuestra ley y las consecuencias del no cumplimiento de las mismas.

### 2.1 La comisión del delito de aborto del art. 345 del Código Penal según las distintas hipótesis en las que se puede encontrar el facultativo que realiza la interrupción del embarazo según las causales de la Ley 21.030

#### A. Situación del facultativo que realiza la interrupción del embarazo según las causales de la Ley 21.030

##### i. El delito de aborto causado por facultativo

El facultativo, al igual que la mujer embarazada, cuenta con una figura propia respecto del delito de aborto, correspondiente al art. 345 CP. Este señala que “[e]l facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o coopere a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado”.

Así, el aborto realizado por un profesional “es una figura doblemente calificada por el sujeto activo”<sup>153</sup>, pues, por un lado “el profesional, siendo un tercero, debería en principio recibir las mismas penas del Art. 342, y en cambio, se le aplican aumentadas en un grado”<sup>154</sup>, y por otro, la conducta punible contiene “dos hipótesis: causar el aborto y cooperar a él”<sup>155</sup>, en otras palabras, el profesional debe intervenir en el aborto, ya sea como autor o como partícipe –inductor o cómplice-, y en ambos casos se le deben aplicar las penas agravadas del art. 342 aumentadas en un grado. La agravación se fundamentaría en “la mayor reprochabilidad que entraña el actuar desatendiendo deberes que personalmente incuben al facultativo”<sup>156</sup>.

Ahora bien, es necesario también aclarar cuál es el sujeto activo de esta figura calificada a la cual el Código denomina como “facultativo”, concepto que, a la vez, coincidirá con el significado que se

---

<sup>153</sup> Politoff, Grisolia y Bustos, *Derecho Penal Chileno*, 163.

<sup>154</sup> Etcheberry, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, 103 – 104.

<sup>155</sup> *Ibíd.*, 104.

<sup>156</sup> Politoff, Grisolia y Bustos, *Derecho Penal Chileno*, 163. Así también lo entiende Garrido, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, 118 y Politoff, Matus y Ramírez, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 89.



le entregará al término en el presente trabajo. La doctrina mayoritaria ha entendido que el concepto comprende “todo profesional que ha seguido y terminado estudios superiores sobre el arte de sanar, como odontólogos, el kinesiólogo, la enfermera universitaria, la dietista, y en general, profesiones análogas, de suerte que la disposición no queda limitada a los médicos”<sup>157</sup>.

Por último, el art. 345 plantea como exigencia que el facultativo debe obrar *abusando de su oficio*, cuestión que tendría un doble alcance: por un lado, requiere que los facultativos actúen en su calidad de tales, esto es, “serviría para excluir algunas situaciones en que obviamente la calidad de facultativo no tiene influencia alguna”<sup>158</sup>; y por otro, una parte de la doctrina, entre ellos Etcheberry, afirma que se requiere que la conducta no se encuentre justificada. Esto, se explicaría pues “los casos en que un profesional puede lícitamente causar un aborto o cooperar a él, a la época de dictación del Código Penal, no estaban especificados, y entregados solamente a la general disposición del Art. 10 N° 10”<sup>159</sup>. Así, “abusa en el ejercicio de su función curativa cuando sobrepasa los límites que le fija la *lex artis médica*”<sup>160</sup>, por tanto, siempre que el facultativo las respete se encontrará amparado por el art. 10 N° 10 y su actuar se encontrará justificado. Con una interpretación diversa, Politoff, Grisolia y Bustos afirman que la mención a la falta de abuso no dice relación con una posible justificación de la conducta, puesto que para ello bastaría el art. 10 N° 10 CP – ejercicio legítimo de su oficio -, no siendo por tanto este un caso de llamado de atención al juez<sup>161</sup>, sino que pareciera significar que el abuso de su oficio “sólo puede aplicarse al facultativo que realiza la acción típica no justificada, motivado por fines ajenos a los principios terapéuticos que deben guiar su función profesional”<sup>162</sup>. De esta manera, este sector de la doctrina que interpreta el término “abuso” de forma más amplia, señalando que se dará este si “el

---

<sup>157</sup> Garrido, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, 117. Esta interpretación coincide con la redacción del Código Español de 1822, el cual enumeraba en su art. 376 a “médicos, cirujanos, boticarios, comadrones o matronas”, y la ley posterior pasaría a señalar en su art. 340 a “médicos, matronas, practicantes y personas en posesión de títulos sanitarios”. A nivel únicamente nacional, se relaciona el concepto al art. 213 CP, referido a la usurpación de funciones, que señala “El que se fingiere autoridad, funcionario público o titular de una profesión que, por disposición de la ley, requiera título (...)”. Véase más en: Garrido, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, 104 y Politoff, Grisolia y Bustos, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 164.

<sup>158</sup> Politoff, Grisolia y Bustos, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 164.

<sup>159</sup> Etcheberry, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, 104. En este aspecto es importante mencionar que el autor alude a la época de redacción del Código, en la cual se entendían por la doctrina y la *praxis médica* ciertas situaciones como justificadas en la realización de un aborto (por la eximente de responsabilidad del art. 10 N° 10 CP), destacando en estas el aborto terapéutico. Acuerdo en la justificación que se pierde en los años 80's con la modificación al art. 119 CS, pasando a entenderlo la doctrina mayoritaria como una prohibición absoluta al aborto (este tema se desarrollará con mayor profundidad en las próximas páginas).

<sup>160</sup> Garrido, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, 118.

<sup>161</sup> Como sí lo sería, por ejemplo, la frase “fuera de los casos permitidos por la ley” del art. 344 CP.

<sup>162</sup> Politoff, Grisolia y Bustos, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 165.

facultativo no actúa con fines terapéuticos, de manera que si interviene con fines terapéuticos pero sin atenerse a la *lex artis*, su conducta no sería abusiva”<sup>163</sup>, así, Politoff, Matus y Ramírez afirman que “nos parece que no corresponden al sentido de la agravante -expresiva de mayor culpabilidad- aquellas situaciones en que el facultativo, aunque prescindiendo conscientemente de las exigencias materiales y formales que deslindan el aborto terapéutico del delictivo, haya actuado guiado por una finalidad terapéutica, esto es, motivado por lo que él juzga beneficioso para la salud física o psíquica de su paciente”<sup>164</sup>, correspondiendo en tal caso la aplicación del art. 342 N° 3 y no la figura agravada propia del art. 345 CP.

Es por esto último que resultan relevantes, para la situación de los facultativos, tanto la figura del art. 345 como el tipo base del art. 342<sup>165</sup>, puesto que si los profesionales no actúan abusando de su oficio, no les será aplicada la sanción agravada del art. 345 CP, por lo que son estas dos figuras las “que deben traerse a colación cuando un médico se enfrenta a una situación de término del embarazo”<sup>166</sup>.

Ahora bien, para el caso en cuestión resulta pertinente cuestionarse si entonces el incumplimiento de alguna de las exigencias del nuevo art. 119 CS tiene por consecuencia necesaria que el médico realice la conducta típica del art. 345 CP, en otras palabras, si el incumplimiento de los requisitos del art. 119 CS implica que el médico actúa necesariamente en estos casos “abusando de su oficio”.

Respecto a ello, en principio no, imaginemos la siguiente situación: un médico realiza la interrupción del embarazo, concurriendo la tercera causal, existiendo voluntad de la mujer embarazada y se cumplen con los requisitos procedimentales, salvo, la manifestación de la voluntad de la mujer por escrito. ¿Está el médico actuando abusando de su oficio? Resulta evidente que no, puesto que actúa de buena fe en las circunstancias objetivas de la causal de justificación, y además cuenta con la voluntad de la mujer en la intervención.

Por el contrario, en el caso principal de este trabajo, el médico actúa sin el consentimiento de la niña en la intervención, por lo que se realizaría la conducta típica establecida por el art. 345 CP.

---

<sup>163</sup> Garrido, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, 118.

<sup>164</sup> Politoff, Matus y Ramírez, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 90.

<sup>165</sup> Esto, siempre que el profesional de la salud que realice el aborto no sea la mujer embarazada, en cuyo caso la norma a considerar es el art. 344 CP.

<sup>166</sup> Ossandón, Ma. Magdalena “La Intención de Dar Muerte al Feto y su Relevancia para la Imputación Objetiva y Subjetiva en el Delito de Aborto”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Vol. 18 N°2 (2011): 107.

## ii. La regulación del aborto en Chile: historia e interpretación del art. 119 CS

Como se puede inferir a partir de la sección anterior, para determinar la realización del aborto en los términos del art. 345 CP, esto es, que el facultativo actúe “*abusando de su oficio*”, es relevante el análisis del Código Sanitario, puesto que, sin perjuicio de que el concepto se entienda, ya sea, como infracción a la *lex artis* médica o a una intervención sin fines terapéuticos, esta normativa rige el ejercicio de los profesionales de la salud en nuestro país y, por tanto, en caso de desatención a la norma -como ocurre en el caso analizado por la falta de consentimiento de la menor en la interrupción de su embarazo-, existiría abuso de oficio y se satisfaría el tipo del art. 345 CP.

En el Código Sanitario se regula particularmente el aborto en el art. 119 CS. Precepto que ha tenido importantes modificaciones desde su creación en el año 1931. Previa la existencia de este cuerpo legal, ya existía la idea de que “el aborto cometido por un médico podía ser lícito en ciertos casos”<sup>167</sup>, ello se manifiesta en la historia fidedigna<sup>168</sup> del Código Penal (1875) por la incorporación del concepto *maliciosamente* al art. 342 CP, el cual “hace alusión mediante una referencia a la eventual ‘buena fe’ de un tercero, cuya acción por tal razón debe entenderse como situada fuera del alcance del ámbito de la prohibición penal”<sup>169</sup>, así, existía acuerdo en la época de que la prohibición del aborto no era absoluta.

En el año 1931 se aprobó el Código Sanitario, y en su art. 226 CS se consagraba la indicación terapéutica al señalar que “[s]ólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer (...)”. Según ello, el legislador establecía la posibilidad de realizar abortos de parte de los facultativos, siempre que estos tuviesen “fines terapéuticos”, concepto del cual se “entiende la finalidad de evitar un peligro para la mujer embarazada en las situaciones consideradas como ‘indicaciones médicas’”<sup>170</sup>. Lo anterior resulta concordante con la interpretación realizada sobre esta norma que considera la expresión “maliciosamente” utilizada en el Código Penal como excluyente de la antijuridicidad.

---

<sup>167</sup> Bascañán, *La Licitud del Aborto*, 144.

<sup>168</sup> Originariamente nuestro Código seguiría la fórmula del Código Penal Español, que utilizaba en el delito de aborto el concepto “de propósito”, mas la expresión fue sustituida por el término actual “maliciosamente”, puesto que “(...) la expresión de propósito pudiera aplicarse a muchas personas que de buena fe, proceden, por ejemplo, el médico que necesita causar el aborto i da remedios con el fin de procurarlo para salvar la vida de una enferma en peligro”, esto último en la Sesión 67 del 2 de diciembre de 1871. Al respecto: Bascañán, *La Licitud del Aborto*, 144 – 145 y Ossandón, *La Intención de Dar Muerte al Feto*, 107 - 108.

<sup>169</sup> Bascañán, *La Licitud del Aborto*, 145.

<sup>170</sup> *Ibíd.*, 148.

En 1968 se modificó el Código Sanitario, aprobándose la base de la disposición vigente actualmente, que sustituyó el anterior art. 226 por el actual art. 119 CS, con el siguiente contenido: “[s]ólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos”.

Tras esta modificación, el concepto de *finés terapéuticos* manifiesta un importante cambio en su desarrollo dogmático, ello pues, por el progreso de la salud en nuestro país las situaciones que corresponderían efectivamente a los hechos que hoy constituyen la primera causal –causal terapéutica– se volvieron, en la práctica, mayormente evitables y su ocurrencia muy escasa. Sin perjuicio de ello, el término se interpretó de manera extensiva a casos de “peligro futuro, ya sea para la vida o para la salud de la mujer”<sup>171</sup>.

Durante la dictadura militar, se reemplazó el art. 119 CS por la disposición “No podrá ejecutarse ninguna acción directa destinada a provocar el aborto”. Así, se estableció una prohibición al aborto directo, “en los términos de la controvertida doctrina moral del ‘doble efecto’”<sup>172</sup>. De esta manera, la evolución de la institución en nuestro país sufre un retroceso abrupto, puesto que “[e]l punto de vista que en el Siglo XIX fue rechazado en Chile por su carácter excesivamente restrictivo era así introducido por la junta de gobierno a fines del Siglo XX”<sup>173</sup>.

A partir de esta última reforma al art. 119 CS –vigente hasta el año 2017–, una parte de la doctrina nacional –más bien conservadora– afirmaba que las figuras de los art. 342 y 345 CP, la primera por la expresión *maliciosamente* y la segunda por la exigencia de obrar *abusando de su oficio*, requerían “que se actúe con la finalidad precisa de dar muerte al feto”<sup>174</sup>. De esta forma, para que se cumpla el tipo de aborto, debiesen concurrir elementos subjetivos, en concreto, ambas expresiones tendrían la finalidad de afirmar que, para que se configure el delito “la conducta debe ser realizada

---

<sup>171</sup> *Ibíd.*, 149. De forma concordante, Guzmán Dálbora señala sobre la ampliación del concepto en la práctica, que “mientras la práctica hospitalaria fue extendiendo la eximente, de la hipótesis cada vez menos significativa de peligro de muerte para la mujer, a situaciones de pobreza extrema, madres multíparas y embarazos no deseados, con tal que la interrupción se realizase dentro de las primeras doce semanas”. Véase: Guzmán, *Aborto: Delito Arcaico*, 45.

<sup>172</sup> Hernández, *La Legitimidad de las Indicaciones*, 231. También denominada como “doctrina del voluntario indirecto”. Esta doctrina plantea que es lícito causar la muerte de otro siempre que no sea este el fin de la acción, sino que el fin sea la defensa propia o de otro. Así, respecto del aborto “no es admisible sacrificar la vida de un inocente para salvar a otro, no es permisible acabar deliberadamente con la vida del feto para salvar la vida de la madre”. En: García, Cristina “Cuestiones de Vida y Muerte. Los Dilemas Éticos del Aborto”. *Revista Derechos y Libertades*, N° 16 (2007): 190. El análisis de fondo para esta doctrina es que existe un acto que tiene dos efectos, uno bueno y otro malo. Para que el actuar resulte lícito, para los filósofos escolásticos es necesario que, el efecto malo no sea buscado ni como fin ni como medio, debiendo ser el objetivo y la intención “buenos” y, que la razón por la cual se realiza el acto sea suficientemente grave para que así permita tolerar el efecto malo.

<sup>173</sup> Bascuñán, *La Licitud del Aborto*, 156.

<sup>174</sup> Ossandón, *La Intención de Dar Muerte al Feto*, 103.

con dolo directo e, incluso, con dolo directo de primer grado, es decir, con la intención de matar al feto”<sup>175</sup>.

Conforme a esta interpretación de las normas del Código Penal, el Código Sanitario cumplía con una doble función, por un lado, contenía una prohibición al aborto directo, esto es, “aquel en que la muerte del feto es ocasionado deliberadamente, aunque se realice en una situación de necesidad: la finalidad de la conducta no puede ser provocar un aborto”<sup>176</sup>. Y, de forma contraria, el artículo permitiría la provocación indirecta del aborto, como es el caso, por dar un ejemplo, de prestarle un tratamiento médico a una mujer embarazada a sabiendas de que este tendrá como efecto, además, la muerte del feto.

Con la última modificación al art. 119 CS, introducida por la Ley N° 21.030, esta interpretación resulta derrotada y es posible entender que se estableció la tesis planteada por Bascuñán, a la que denomina como el “principio de exigibilidad diferenciada”. Este principio sostiene que no existe una prohibición absoluta de realizarse un aborto, puesto que incluso respecto de seres humanos nacidos, una prohibición absoluta de matar a otro significa únicamente “que no es admisible matar a un ser humano vivo en estado de necesidad agresivo”<sup>177</sup>, esto pues, no existe interés preponderante a la vida de la persona nacida. Por el contrario, está permitido provocar la muerte en dos excepciones: la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo. Por otro lado, el concepto de prohibición relativa de dar muerte al feto puede manifestarse de dos formas, ya sea por aceptarse el estado de necesidad agresivo, ya sea por atenuarse las exigencias en la ponderación de intereses del estado de necesidad defensivo.

Lo relevante de lo indicado es destacar que, con anterioridad al año 2017, no solamente no se cumplía con la relativización de la prohibición, sino que se adoptó para la vida del feto un criterio de protección incluso superior a la protección absoluta de la persona nacida, no aceptándose causa de justificación alguna para este.

Por lo demás, la última modificación al art. 119 CS permite retomar el análisis de los conceptos “maliciosamente” y “con abuso de su oficio” a partir de lo señalado con anterioridad a la dictadura, que ponía énfasis en la idea de la buena fe con la que puede actuar un tercero a la hora de realizar un aborto, y que resulta incompatible con la malicia, por actuar representándose que

---

<sup>175</sup> *Ibíd.*, 115.

<sup>176</sup> *Ibíd.*, 117.

<sup>177</sup> Bascuñán, *La Píldora*, 71.

ese aborto es lícito. Así estos conceptos se tratarían de “una referencia subjetiva a un supuesto objetivo de exclusión de la ilicitud del aborto”<sup>178</sup>.

En sus orígenes estos conceptos habrían tenido por función la de establecer una metarregla -similar al art. 10 N° 10 CP- así, la norma “otorga prioridad a la norma permisiva sobre la norma prohibitiva”<sup>179</sup>. Siendo entonces lo relevante que el tercero o el facultativo actúe de buena fe sobre la concurrencia de las situaciones objetivas para la licitud de la interrupción del embarazo, esta subjetividad debe entenderse como un error en la concurrencia de una causal de justificación, por lo que el artículo “no es más que una expresión de la atipicidad de la acción cometida bajo error de tipo permisivo invencible, debida a la impunidad del aborto imprudente”<sup>180</sup>. De acuerdo a lo anterior, los arts. 342 y 345 CP nunca supusieron la restricción a la atipicidad para los casos conformes a la doctrina del doble efecto de la teología moral católica, dado que posterior al establecimiento del Código Penal y previo al establecimiento expreso de la licitud del aborto terapéutico, se consideró siempre que el aborto provocado con dolo directo para evitar el peligro a la vida de la mujer embarazada era indiscutidamente lícito.

Así, por la Ley N° 21.030 se encuentra claro que el art. 345 CP nunca debió haberse interpretado –conforme al art. 19 N° 1 CPR- como una restricción de la licitud del aborto solamente en los casos aceptados por la doctrina del doble efecto. La norma asistemática consistía en el art. 119 creado en las postrimerías de la dictadura militar, que pretendió restringir la licitud únicamente a estas situaciones.

### **iii. Ley 21.030 como causales de justificación en relación al médico y demás funcionarios**

Si bien, ya fue analizado el sentido del concepto “despenalización” empleado por el legislador en el nuevo art. 119 CS respecto a la mujer embarazada, existe también, respecto a los facultativos, argumentos centrales para considerar que las indicaciones añadidas a nuestro sistema por la Ley N° 21.030 constituyen causas de justificación.

En relación a ello, Hernández realiza un análisis de tres instituciones en las que se podrían encuadrar las indicaciones de interrupción lícita del embarazo -expuestas brevemente en el primer capítulo-, las cuales corresponden a: en primer lugar, entenderlas como “mera prescindencia de

---

<sup>178</sup> Bascuñán, *La Licitud del Aborto*, 146.

<sup>179</sup> *Ibíd.*

<sup>180</sup> *Ibíd.*, 147.

pena por razones político-criminales o de conveniencia social”<sup>181</sup>; en segundo lugar, identificarlas como causas de exculpación o de disculpa; y, por último, aquella que el autor plantea como correcta –al igual que se hace en el presente trabajo- entender las indicaciones como causales de justificación, cuestión que tiene consecuencias significativas para los facultativos de la salud que realicen y colaboren en la intervención abortiva.

Según lo anterior, siguiendo el esquema propuesto por el autor, si se considerasen las indicaciones como meras excusas legales absolutorias, implicaría que el hecho sigue siendo ilícito y reprochable, lo cual trae por consecuencia, y usando a modo de ejemplo el art. 489 CP “que consagra la no punibilidad de delitos no violentos contra la propiedad o el patrimonio entre miembros de una misma familia”<sup>182</sup>, que el individuo afectado pueda defenderse de la acción de modo lícito por verse amparado por la legítima defensa; que la protección no abarque a miembros ajenos de la familia, y en lo relativo al aborto, la excusa sería únicamente para la mujer embarazada, excluyendo por tanto al médico; y, además, subsistiendo la responsabilidad civil de este.

La segunda interpretación propuesta, es considerar que las causales del art. 119 CS constituyen causas de exculpación o disculpa. Así, la conducta mantendría su carácter ilícito, habiendo únicamente “razones poderosas en virtud de las cuales se puede ‘comprender’, al punto de ‘disculpar’ al que lo ha perpetrado”<sup>183</sup>, mas al mantenerse el hecho como ilícito, subsiste la responsabilidad civil, es posible defenderse de la acción en razón de la legítima defensa y suele proteger únicamente al individuo sujeto a la circunstancia.

De esta forma, en ambas posibilidades, el médico y demás profesionales de la salud se encontraría en una situación desfavorable y de desincentivo a la realización de este tipo de intervenciones, puesto que se encontrarían ejecutando una conducta ilícita, que tendría una eximición penal únicamente para el interviniente afectado por la circunstancia -la mujer embarazada-, además de subsistir la posibilidad de realizarse demandas civiles en contra de estos, alegando principalmente la existencia de daño moral de sujetos posiblemente afectados como el futuro padre u otros ascendientes del no nacido; así como también la posibilidad de realizar una defensa frente a la

---

<sup>181</sup> Hernández, *La Legitimidad de las Indicaciones*, 239.

<sup>182</sup> *Ibíd.*

<sup>183</sup> *Ibíd.*, 240.

acción abarcada por la legítima defensa, abriendo la posibilidad de que los facultativos se vean enfrentados a situaciones de suma violencia para impedirles realizar la interrupción del embarazo.

De forma contraria, estos problemas no surgen bajo la comprensión de las indicaciones como causas de justificación. Según estas, la realización de la conducta se vuelve un derecho, perdiendo su antijuridicidad y, como tal, “si el hecho es lícito lo es para todos y para cualquiera, de manera que cualquier interviniente en el mismo no hace más que actuar de modo completamente legítimo”<sup>184</sup>. Así, no existiría -en principio- un hecho ilícito que pudiese dar origen a acciones civiles, y tampoco podría alegarse la legítima defensa, por no existir una agresión ilegítima.

Esta interpretación es la única que, además, presenta consistencia con el texto legal de la Ley N° 21.030 que indica “[m]ediando la voluntad de la mujer, **se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano**”<sup>185</sup>. Indicando el concepto “autorizar” la idea de permitir o de entregar una facultad o derecho a un individuo de hacer algo<sup>186</sup>, así, no solo se establece que la mujer tendría el derecho de la interrupción de su embarazo en determinadas circunstancias, sino que además, por la redacción del artículo, el ordenamiento autoriza que el médico cirujano realice dicha interrupción.

Que se adopte esta naturaleza para las indicaciones incorporadas por la Ley N° 21.030 es de suma relevancia, puesto que a los profesionales de la salud “no sólo les interesa no ser perseguidos penalmente por las intervenciones que practican en los supuestos previstos por la ley, sino también y en primera línea que se reconozca que no ha hecho nada indebido al practicarlas, esto es, que han actuado conforme a derecho”<sup>187</sup>, además, de la posibilidad de exigibilidad de estos deberes de los facultativos respecto a la realización de la intervención -con la excepción de aquellos que se encuentren eximidos por la objeción de conciencia<sup>188</sup>-.

---

<sup>184</sup> *Ibíd.*, 240.

<sup>185</sup> Énfasis propio.

<sup>186</sup> La RAE define el concepto de autorizar, en su primera acepción como “dar o reconocer a alguien facultad o derecho para hacer algo” y en su quinta acepción como “permitir”.

<sup>187</sup> Hernández, *La Legitimidad de las Indicaciones*, 242.

<sup>188</sup> Sin perjuicio que para aquellos médicos y personal que haya presentado su objeción de conciencia no se les es exigible la realización del aborto, la Ley N° 21.030 señala en su art. 3 que los facultativos en esta situación “deben reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente”, y que en caso de no haber ningún profesional no objetor en el establecimiento médico “deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción”. Incluso, en caso que la mujer se encuentre bajo la circunstancia de la primera causal y requiera de atención urgente -inmediata e impostergable-, se da una excepción a la objeción de conciencia, puesto que el facultativo en estos casos “no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención”.



El análisis del porqué las indicaciones debiesen entenderse como causales de justificación ya fue latamente desarrollado en el capítulo anterior, mas resulta importante destacar que esta es la única interpretación que resuelve la situación respecto al resto de los intervinientes en la interrupción del embarazo, entendiendo a estos como médicos y demás profesionales de la salud que requieren de la certeza que su actuar es adecuado y lícito, que no corren riesgo de situaciones de violencia con la familia de la mujer embarazada o con terceros ajenos que sostienen la defensa al “interés” del feto, ni de demandas por responsabilidad civil por la realización del aborto.

Por lo indicado, debe entenderse que las causales de la Ley N° 21.030 son causas de justificación, teniendo efectos tanto respecto de la mujer como respecto a los profesionales de la salud.

#### **iv. Las indicaciones de la Ley N° 21.030 como situaciones de estado de necesidad defensivo**

La interpretación de las causales incorporadas al art. 119 CS como causas de justificación se ve reforzada por la comprensión de que estas establecen situaciones de necesidad, específicamente vinculadas con la justificante correspondiente al estado de necesidad defensivo<sup>189</sup>. Así lo sostiene también Bascuñán, incluso en términos más generales, al señalar que “[t]odo embarazo no consentido por la mujer constituye un caso de estado de necesidad defensivo”<sup>190</sup>.

Este estado de necesidad se puede definir como “aquél escenario de necesidad individual en el que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado o su auxiliante intervengan ‘defensivamente’ en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos de un tercero de donde precisamente emana el peligro que amenaza”<sup>191</sup>, así, “[e]n el estado de necesidad

---

<sup>189</sup> En este sentido, Roxin critica la doctrina que respecto al aborto terapéutico establece una “supuesta imponderabilidad sin excepciones de vida frente a vida”, la cual acepta para los médicos únicamente exclusión de la responsabilidad, dejándolos ante la toma de decisión de realizar un acto antijurídico o dejar morir a la madre, y ante la posibilidad de dejar a su arbitrio el sacrificar la vida de la madre en favor del nasciturus, además de mantener el problema de la posibilidad de legítima defensa respecto a terceros. En: Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, 709 – 710. Estos argumentos son válidos para señalar por qué las causales del nuevo art. 119 CS deben entenderse como causales de justificación. Por otro lado, sobre el estado de necesidad defensivo, la discusión más actual de este proviene de los atentados del 11 de septiembre, en relación a la posibilidad de derribar aviones comerciales que han sido secuestrados por terroristas. En este último sentido, Ivó Coca “Entre la Responsabilidad y la Solidaridad. El Estado de Necesidad Defensivo”. *Revista para el Análisis del Derecho* (2011): 3. La discusión se ha centrado en la actualidad, por tanto, en si es posible el homicidio de los pasajeros y miembros de la tripulación que dicho derribo implicaría. Al respecto Hirsch señala que, en el estado de necesidad defensivo, dado que aquí se da una amenaza mediante un peligro que parte de otro, de manera que, aun en límites estrechos, no cabe excluir ab initio homicidios dolosos cuando la acción salvadora sólo es posible a través de ellos”. Véase más en: Hirsch, *El Estado de Necesidad Defensivo en la Discusión Alemana*, 1009 y 1011 – 1030.

<sup>190</sup> Bascuñán, *La Píldora*, 71.

<sup>191</sup> Coca, *Entre la Responsabilidad y la Solidaridad*, 4.

defensivo se mata deliberadamente a un ser humano inocente y ese homicidio se encuentra no obstante autorizado por el derecho”<sup>192</sup>.

Nozick caracteriza estos casos como aquellos de la “amenaza inocente”<sup>193</sup>, así, el principio que prohíbe agredir físicamente a otras personas tiene por excepción el “uso de la fuerza en defensa contra otra parte que es una amenaza, incluso si esta es inocente”<sup>194</sup>. De esta forma, en términos del autor, una amenaza inocente correspondería a “alguien que inocentemente es un agente causal en un proceso, que, hubiese sido agresor si él hubiese elegido volverse tal agente”<sup>195</sup>.

Si bien en el ámbito nacional el análisis de esta causa de justificación no es particularmente abundante<sup>196</sup>, se suele realizar a partir de su diferenciación con la legítima defensa y del estado de necesidad agresivo<sup>197</sup>.

---

<sup>192</sup> Bascuñán, *La Píldora*, 68. Una segunda definición la entrega Wilenmann al contrastar el estado de necesidad defensivo con el estado de necesidad agresivo, señalando justamente que el primero se caracteriza por la competencia que tiene el titular del bien jurídico que resulta lesionado por la acción defensiva en el peligro que hace necesaria tal afectación. De este modo, dentro del esquema de las causas de justificación -entre las que destacan como sus tres principales figuras, por un lado, la legítima defensa; por el otro, el estado de necesidad agresivo; y por último, entre ambas, el estado de necesidad defensivo- estas se diferenciarían: en la legítima defensa el comportamiento del individuo que se ve afectado por la acción de salvaguarda de bienes jurídicos es quien realiza la “agresión”; en el estado de necesidad agresivo este individuo no realiza conducta alguna, siendo totalmente ajeno a la provocación del peligro; y por último, en el estado de necesidad defensivo la conducta de este individuo se califica como “generación competente del peligro”. Sin perjuicio de la afirmación del autor, incluso bajo este concepto, se señalará posteriormente, que estaríamos en un caso de estado de necesidad defensivo ante la situación del feto, por la denominada “responsabilidad por el propio cuerpo”. Véase: Wilenmann, Javier. “El Sistema de Derechos de Necesidad y Defensa en el Derecho Penal”. *Revista para el Análisis del Derecho*, N°3 (2014), 6 - 7.

<sup>193</sup> Resulta interesante lo señalado por Cristina Pascual, citando al teólogo español José I. González Faus sobre el nasciturus, afirmando que este “no puede ser llamado ‘inocente’ porque está todavía más acá de toda posibilidad moral. La vida humana es una realidad dinámica pero la inocencia no lo es. El feto es tan inocente como puede serlo una piedra o una planta”. Véase: García, *Cuestiones de Vida o Muerte*, 193, nota 16.

<sup>194</sup> Nozick, Robert. *Anarchy, State, and Utopia* (Oxford, Blackwell Publishers, 1974), 34. Traducción propia “use of force in defence against another party who is a threat, even though he is innocent”.

<sup>195</sup> *Ibid.* Traducción propia “someone who innocently is a causal agent in a process such that he would be an aggressor had he chosen to become such an agent”.

<sup>196</sup> Es relevante mencionar que el desarrollo dogmático del estado de necesidad defensivo ha sido mucho menor a nivel nacional que a nivel comparado -en el cual se destaca Alemania-, no refiriéndose gran cantidad de autores a su naturaleza ni distinción con el estado de necesidad agresivo. Véase: Wilenmann, *El Fundamento del Estado de Necesidad Justificante*, 214 – 217. Así también: Guerra, Rodrigo, “Sentido y Límites de la Inevitabilidad en el Estado de Necesidad”. *Revista Ius et Praxis* N° 3 (2018): 67 – 68, quien destaca el trabajo de Wilenmann en la materia, en la elaboración de una crítica y replanteamiento del esquema de causas de justificación entorno al, entendido de la doctrina mayoritaria nacional, principio del interés preponderante.

<sup>197</sup> A nivel nacional, Wilenmann desarrolla una reconstrucción de las causales de justificación por situaciones de necesidad, a partir de la reflexión sobre sus fundamentos. La gran crítica del autor a la comprensión nacional sobre el estado de necesidad, dice relación con la opinión dominante en nuestro país de que este haya por fundamento de la justificación al llamado principio del interés preponderante. Según este principio, el derecho debiese preferir en todos los casos la protección de aquellos bienes jurídicos que tengan un valor mayor a aquellos que tengan uno menor, así, sería moralmente preferible la realización de acciones que tiendan a la mantención de bienes jurídicos de mayor valor. Sin entrar en el detalle de la crítica a esta concepción que se podría catalogar como utilitarista, el autor propone en su remplazo una teoría alternativa, la cual denomina como teoría de la solidaridad. Véase en: Wilenmann, *El Fundamento*

En primer lugar, resulta evidente que entre el estado de necesidad defensivo y la legítima defensa existen grandes similitudes, sin perjuicio de ello, hay una diferencia esencial entre ambas causas de justificación consistente en que la acción defensiva en la legítima defensa es reacción de una agresión ilegítima, no concurriendo este elemento en el estado de necesidad defensivo.

Es justamente a partir de este elemento distintivo que la doctrina clasifica los casos de estado de necesidad defensiva: en primer lugar, aquellos casos de ausencia de agresión por ausencia de acción –el peligro se genera a partir de movimientos corporales reflejos, de sujeto que actúa bajo vis absoluta o en estado de inconsciencia–; luego, los casos de ausencia de ilegitimidad de la acción agresiva –el peligro lo genera un sujeto que actúa por error de tipo, ya sea permisivo o prohibitivo–; y, por último, casos de ausencia de actualidad o inminencia de la acción agresiva –la agresión no es actual, pero el sujeto manifiesta su disposición de agredir en el futuro y ya ha agredido en el pasado<sup>198</sup>–.

La situación del embarazo correspondería a este primer grupo de casos, en los que el nasciturus es absolutamente inocente respecto a la generación del peligro, mas puede justificarse la muerte de este inocente si este es el medio necesario para apartar el peligro, y la razón es simplemente que

---

*del Estado de Necesidad Justificante*, 214 – 241. Según su esquema el estado de necesidad agresivo encontraría por fundamento el principio de solidaridad y la legítima defensa lo tendría en el principio de autonomía. Por el contrario, el estado de necesidad defensivo no tiene una posición doctrinaria del todo clara. Esta falta de claridad el autor la atribuye a las dificultades del tratamiento de la distinción entre el principio de autonomía y el principio de responsabilidad, y en la dificultad de reconocer las diferencias en la forma de asignación de responsabilidades, tanto respecto a la legítima defensa como al estado de necesidad defensivo. Para mayor profundidad de este análisis, véase: Wilenmann, *El Sistema de Derecho de Necesidad*, 2 – 26.

<sup>198</sup> Véase, Bascuñán, *La Píldora*, 69. En el mismo sentido mas con algunas diferencias: Roxin señala que hay cuatro casos de situaciones de estado de necesidad defensivo, el primero de estos, casos en los que la amenaza procede de un supuesto de falta de acción; en segundo lugar, aquellos casos en los cuales la puesta en peligro es creada por una acción diligente y no antijurídica; en tercer lugar, casos a los cuales denomina como “perforación”, referido particularmente a la situación en la que se deba matar al feto durante el parto para salvar la vida de la madre; y por último, casos que denomina “de legítima defensa preventiva”. Independiente de la clasificación, la crítica que se le ha realizado al esquema planteado por este último autor es que establece como situaciones de estado de necesidad defensivo aquellas únicamente supletorias respecto a la legítima defensa, esto pues, se darían el estado de necesidad defensivo en aquellos casos en que no se satisfacen todos los requisitos de la legítima defensa, es decir, falta una agresión actual (grupos 1, 3 -falta acción- y 4 en los cuales actualidad de la misma) o no es antijurídica (grupo 4). Véase en: Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, 705 – 706. Wilenmann es crítico de esta interpretación, en la cual el estado de necesidad defensivo sería utilizado únicamente para llenar vacíos de la legítima defensa, pareciendo así su dogmática como “una pura construcción tópica de casos difíciles en la legítima defensa”. De esta forma la elaboración de la distinción entre ambas instituciones tendría como única finalidad el superar problemas de sistema y no razones fundamentales, que sería el correcto tratamiento de estos, considerándolos como “manifestación de principios fundamentales integrados en un sistema”. Véase: Wilenmann, *El Sistema de Derechos de Necesidad*, 16 – 18. Así también se señala en: Segall, David. “Estado de Necesidad Defensivo y Aborto”. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2016, 60 – 61.

“del hecho que un ser humano origine inocentemente un peligro no se deduce para el afectado un deber de tolerarlo”<sup>199</sup>.

En segundo lugar, respecto al estado de necesidad agresivo, este se diferencia del estado de necesidad defensivo en que, en el primero, un sujeto ajeno a la puesta en peligro de los intereses en la que se ve otro sujeto (que realiza la acción de salvaguarda) tiene que tolerar la afectación a sus intereses –restringidos en nuestro ordenamiento por el art. 10 N° 7 CP a la propiedad y por el art. 145 CP a la invasión a su privacidad- por el hecho de encontrarse este otro sujeto en una situación de necesidad. Así, en el estado de necesidad agresivo, el sujeto que ve afectado sus bienes jurídicos, no tiene nada que ver con la generación del peligro.

De modo diferente, en el estado de necesidad defensivo, no le es imputable la afectación de los intereses del sujeto que realiza la acción de salvaguarda al sujeto que debe tolerar la acción defensiva, pero sin ser tampoco totalmente ajeno a la agresión.

Así, el estado de necesidad defensivo es una figura intermedia entre la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo<sup>200</sup>, asemejándose a este último por encontrarse la persona en una situación de necesidad por existir una afectación a sus intereses, y asemejándose a la legítima defensa puesto que la necesidad proviene del sujeto respecto de quien se defiende, pero sin poder considerarse la puesta en peligro como una agresión ilegítima.

En cuanto a sus requisitos, es importante destacar que a diferencia del estado de necesidad agresivo –que exige que el bien defendido siempre sea de mayor entidad que el afectado por la defensa de este<sup>201</sup> excluyendo de esta causa de justificación el dar muerte a otro en defensa de

---

<sup>199</sup> Ibíd. En el mismo sentido, Roxin señala que “nadie tiene por qué soportar indefenso amenazas que le lleguen de fuera, incluso aunque no hayan sido causadas de modo imputable, porque el que pone en peligro no tiene un derecho de injerencia”. Véase: Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, 709.

<sup>200</sup> Al respecto, Pawlik analiza la situación del estado de necesidad defensivo en el esquema de los derechos de necesidad. Sobre este señala que el §228 del Código Civil alemán invierte el criterio de proporcionalidad establecido para el estado de necesidad agresivo, ya que, en este último, el derecho de intromisión se encontraría fundamentado en la preponderancia sustancial del interés salvaguardado frente al interés lesionado (el destinatario de la intromisión se ve en la obligación de sacrificar solidariamente alguno de sus bienes); por el contrario, en el estado de necesidad defensivo, el derecho de intromisión se encuentra limitado por la causación de daños desproporcionada (por la solidaridad, el necesitado debe omitir la acción de defensa, si esta ocasiona de forma desproporcionada más daños que beneficios). Es por ello, que el estado de necesidad defensivo se encontraría más cercano a la legítima defensa que al estado de necesidad agresivo. Véase, Pawlik, Michael. “El Estado de Necesidad Defensivo Justificante dentro del Sistema de los Derechos de Necesidad”. *Revista Derecho Penal y Criminología*. Vol. 34 N° 96 (2013): 14 – 15.

<sup>201</sup> Además de diferenciarse en el hecho de que, en el estado de necesidad agresivo, el sujeto que se ve obligado a soportar la afectación en sus bienes, en concreto su propiedad (por la restricción del art. 10 N° 7 en nuestro ordenamiento), es totalmente ajeno y nada tuvo que ver en la puesta en peligro de los bienes de entidad superior del sujeto que realiza la acción defensiva.

bienes propios-, el estado de necesidad defensivo no exige como estándar la preponderancia, “sino que se conforma con una equivalencia de los intereses en conflicto”<sup>202</sup>.

Ya planteadas las bases en términos generales del estado de necesidad, es relevante hacerse cargo de la crítica relativa al nexo que vincula al peligro con el sujeto sobre el cual recae la acción defensiva. Al respecto, Ossandón cuestiona la procedencia del estado de necesidad defensivo en aquellos casos en los que existiría solamente un vínculo fáctico<sup>203</sup> entre el inocente y el peligro, señalando “[q]ue el peligro proceda físicamente de la esfera de un determinado sujeto, como dato meramente naturalístico, no debería ser considerado relevante para fundamentar responsabilidad alguna ni justifica la imposición de un deber de tolerancia”<sup>204</sup>. En ese sentido, afirma que los casos de estado de necesidad defensivo, corresponde a aquellos en donde “sea posible afirmar, al menos, la imputación objetiva y subjetiva mínima del peligro que amenaza al necesitado”<sup>205</sup>. A partir de ello, Ossandón concluye que el aborto no queda incluido en las situaciones de estado de necesidad defensivo, pues no se le podría imputar al feto la situación de peligro, a la cual se ve vinculado solamente de modo fáctico.

Si bien esta crítica apunta a que no resulta suficiente aludir al mero vínculo fáctico para afirmar una situación de necesidad, esto no implica como consecuencia necesaria que la responsabilidad requerida para estos casos sea exclusivamente la responsabilidad penal. De esta forma, lo que se omite es que existe otro tipo de responsabilidad, en concreto la responsabilidad planteada por Dan – Cohen, que permite ampliar la atribución de responsabilidad y a la cual denominaré como “responsabilidad por el propio cuerpo”.

Si bien lo planteado por el autor supera los objetivos de esta investigación, en términos generales resulta pertinente indicar que Dan – Cohen cuestiona el entendimiento exclusivo de la

---

<sup>202</sup> Bascuñán, *La Píldora*, 70.

<sup>203</sup> En ese sentido, Coca afirma que estos casos pertenecerían al grupo en los que el peligro no es posible de reconducirlo objetivamente a ningún acto organizativo, emanando el peligro fácticamente de la esfera del sujeto contra el cual se reacciona. El autor clasifica tres grandes corrientes doctrinales al respecto: en primer lugar, la teoría que aboga por la mera exigencia de vinculación fáctica (a la cual pertenece en la doctrina nacional Bascuñán); en segundo lugar, la teoría de los vínculos de quasiresponsabilidad o de responsabilidad atenuada, que establece como necesaria la existencia de un mínimo grado de responsabilidad para habilitar la intervención en estado de necesidad defensivo; y por último, la teoría que afirma la necesidad de la infracción del principio de responsabilidad, debiendo ser la creación del riesgo objetivamente imputable a un comportamiento organizador. Véase: Coca, *Entre la Responsabilidad y la Solidaridad*, 4 – 14. Sobre la postura de Coca, el autor se inclina por la teoría de la responsabilidad, entendiendo como “condición necesaria y suficiente la constatación de un cuestionamiento objetivo del principio de responsabilidad por organización, esto es, deberá ser -al menos- posible reconducir el peligro al sujeto en términos de imputación objetiva”. En: *Ibíd.*, 35.

<sup>204</sup> Ossandón, *Aborto y Justificación*, 343.

<sup>205</sup> *Ibíd.*

responsabilidad como “responsabilidad legal”, según lo que denomina “el paradigma de la responsabilidad por acciones libremente queridas”<sup>206</sup>.

Lo que es relevante destacar, es que este autor utiliza el concepto de responsabilidad por sí mismo (*responsability for self*), para establecer que “todos los componentes del ‘sí mismo’ sirven como base de responsabilidad para la consecuente adscripción de objetos o eventos externos al sujeto en cuestión, de manera que el contenido y los límites del ‘sí mismo’ son delineados en relación a sus elementos constitutivos y los ‘objetos de responsabilidad’ susceptibles de ser adscritos a un agente en virtud de un elemento o atributo constitutivo en específico (como el cuerpo)”<sup>207</sup>. De esta forma, queda establecida la responsabilidad por el cuerpo, dado que el sujeto no puede ni distanciarse ni separarse de este para establecerlo como ajeno a su propia constitución. Un ejemplo consiste en: A se encuentra conversando en una fiesta, y sin advertir que había una copa de vino sobre la mesa que está detrás de él, se voltea y sin intención la hace caer. Sin perjuicio de no serle imputable la conducta ni a título de culpa ni de dolo, es natural que A se avergüence, pida las disculpas correspondientes y se ofrezca a limpiar la mancha. De esta forma, A se presenta y es percibido como el responsable del incidente, tomando responsabilidad por su cuerpo<sup>208</sup>, incluso en casos de gestos involuntarios.

De esta forma, resulta claro que no existe un único sentido de responsabilidad, correspondiente a la responsabilidad propia del derecho penal o “responsabilidad legal”, sino que existe una responsabilidad más primitiva, correspondiente en este caso a la “responsabilidad por el propio cuerpo”. Así, efectivamente el mero vínculo fáctico no resulta suficiente para constituir una situación de necesidad, pero tampoco esto implica que se requiera para esta que se pueda atribuir la responsabilidad al sujeto sobre el cual recae la acción defensiva en términos de responsabilidad penal. De lo anteriormente señalado se puede concluir que la responsabilidad por el propio

---

<sup>206</sup> En términos del autor “the free will paradigm”. Me sumaré a la traducción del concepto adoptada en Segall, *El Estado de Necesidad y Aborto*, 62.

<sup>207</sup> *Ibid.*, 67 y 68.

<sup>208</sup> Esta responsabilidad se daría como responsabilidad subjetiva. Sobre ello, Dan – Cohen presenta una estructura dual de la responsabilidad, en la cual distingue, a partir de la expresión “responsable por”, la responsabilidad objetiva (o más bien el objeto de responsabilidad, *object-responsability*) y la responsabilidad subjetiva (*subject-responsability*) referida al sujeto de la responsabilidad, en la cual se identifica la base de autoría en ciertos objetos o eventos. Para clarificar lo anterior, el autor entrega una serie de ejemplos, uno de ellos consiste en: I) A es responsable por el accidente de auto -el objeto de responsabilidad- y II) A es responsable por su conducir negligente -el sujeto de responsabilidad-. Sobre esto: Dan-Cohen, Meir. “Responsibility and the Boundaries of the Self”. *Harvard Law Review*, Vol. 105, N° 5 (1992): 962-963.

cuerpo resulta más que suficiente para justificar una acción defensiva, puesto que el peligro provendría incluso de la esfera de organización del sujeto “inocente”.

Así, una vez superado el cuestionamiento anterior, en el caso del feto y la posibilidad de comprender las indicaciones como permisiones por estado de necesidad defensivo, el conflicto central giraría entorno, no al nexo entre el peligro y el individuo que recibe la acción defensiva, sino a la satisfacción de la exigencia de ponderación entre los intereses en juego, es decir, entre el o los intereses defendidos y el interés lesionado como medio para tal defensa.

En la situación de un embarazo que no se desea conservar, el feto constituiría una amenaza inocente para los intereses personales de la mujer. Estos últimos consistirían, en primer lugar, la afectación a la autonomía reproductiva de esta, derecho fundamental que forma parte de su derecho a la vida privada contenido en el art. 19 N° 4 CPR. A lo anterior se añade que, por los efectos del embarazo, la autonomía reproductiva del individuo tiene relación con el derecho a la integridad física y psíquica del art. 19 N° 1 CPR, por “una evidente alteración del estado corporal de la mujer, con consecuencias importantes de sus estados mentales”<sup>209</sup>. Por último, la autonomía reproductiva debe ser considerada como parte de su dignidad personal, en los casos de los embarazos no consentidos la mujer pasa tener un mero rol de objeto usado únicamente como un medio para favorecer y mantener a un tercero<sup>210</sup>.

Según ello, bajo la consideración de una protección no absoluta, sino relativa de la vida del feto, en contraste con los intereses personalísimos de la mujer que son afectados en la relación, resulta claro que, al menos<sup>211</sup>, se puede sostener una equivalencia entre los “intereses” en juego, siendo pertinente la aplicación de la causas de justificación del estado de necesidad defensivo en casos de embarazos no consentidos.

A lo anterior debe añadirse que, al menos en lo relativo a la indicaciones incorporadas por la Ley 21.030, estas contienen hipótesis que sobrepasan lo que podría catalogarse como embarazos “estándar”, estableciendo situaciones que afectan o pueden afectar de un modo más intenso la autonomía de la mujer, motivo por el cual el ordenamiento admite una excepción, no solo la

---

<sup>209</sup> Bascuñán, *La Píldora*, 72.

<sup>210</sup> *Ibíd.*

<sup>211</sup> Al menos se podría afirmar la equivalencia de intereses para quienes sostienen que el feto tiene derecho a la vida (al contrastar ese “interés” de entidad sumamente relevante con los múltiples intereses de la mujer embarazada), al sostenerse en el presente desarrollo que el feto no es titular de este derecho, sino que la protección de su vida se fundamentaría en motivos más bien prácticos, la protección de su vida sería una de menor entidad, por lo cual no cabría duda en la superioridad de los intereses de la mujer en juego.

prohibición común de no matar a otro, sino también haciendo inexigible para “la mujer un sacrificio de sus intereses personales que excede del umbral básico de afectación que todo embarazo trae consigo”<sup>212</sup>.

A partir de lo señalado, es posible afirmar que hay una situación de necesidad, que encuentra su justificación en el estado de necesidad defensivo- en aquellos casos de embarazos que contemplan las indicaciones del art. 119 CS.

Siendo esto así, lo lícito de la interrupción del embarazo, en términos netamente materiales, recae en la situación de necesidad en que se encuentra la mujer embarazada, siempre que exista un conflicto de “intereses” entre esta y el feto. Ello, resulta aplicable para todos los intervinientes de la interrupción del embarazo, los más relevantes para nuestro caso, la mujer y los facultativos<sup>213</sup>.

### **B. Análisis de las diversas situaciones en las que se pueden encontrar los profesionales de la salud en el caso hipotético**

Si bien las indicaciones incorporadas por la Ley N° 21.030 constituyen causas de justificaciones, por establecer casos en los que la mujer se encuentra en una situación de estado de necesidad defensivo, es importante destacar, que para que el estado de necesidad sea tal, es esencial que exista un conflicto de intereses, lo que se traduce en este caso, en que la mujer no desee conservar su embarazo, cuestión que no ocurre en el caso analizado en el presente trabajo, por lo cual la conducta del profesional de la salud no se encontraría justificada<sup>214</sup>.

Por ello, la conducta del médico y de su equipo, propia del tipo del art. 345 CP, resulta antijurídica. Esto es así, ya que la situación de los facultativos es diversa a aquella en la que se

---

<sup>212</sup> Bascuñán, *La Píldora*, 72.

<sup>213</sup> En relación a los intervinientes, al Judith J. Thomson refutar la postura que ella denomina como “postura extrema”, centra su argumentación -entre otros puntos- en lo relativo a la intervención de terceros respecto a la petición de una mujer de realizarle un aborto en casos en los que la vida de esta se encuentre en riesgo. Los partidarios de la postura extrema afirmarían que en estos casos en los que “se ven envueltas dos personas, aquella cuya vida está amenazada, y la que la amenaza” y ambas son inocentes, no es posible decidir, como tercero, la vida de quién salvar y por tanto no puede intervenir. La autora desmiente esta afirmación al realizar una analogía entre la mujer embarazada y el feto con una pequeña casa y un niño que crece rápida, encontrándose ambos dentro de esta y quedando sin espacio. Señala que la mujer es la dueña de la casa, y por tanto la decisión de no intervenir no resulta ser imparcial. Lo anterior queda también reflejado en el siguiente ejemplo que da la autora: “Si Gómez se ha encontrado y se ha puesto un determinado abrigo, que necesita para no helarse, pero que también López necesita para no helarse, no es imparcial decir ‘no puedo decidir entre vosotros dos’, cuando es López el dueño del abrigo”. Véase: Thomson, *Una Defensa del Aborto*, 13 – 18.

<sup>214</sup> En ese sentido, es importante indicar que la conducta no se ve justificada por no existir afectación a los intereses de la niña respecto al embarazo. Así, la falta de consentimiento en la mantención del estado de embarazo (elemento que configura el estado de necesidad defensivo expresado en las causales) no equivale a consentir en la realización de una intervención concreta para tal interrupción, motivo por el cual la mujer debe entregar su consentimiento, además de en lo respectivo a la interrupción del embarazo, en la intervención respecto de su cuerpo y posibles lesiones.



encuentra A, pues como se indicó en el capítulo anterior, el motivo por el cual se incorpora la tercera indicación a nuestro ordenamiento es la excesiva afectación a la autonomía de la mujer al ser víctima del delito de violación, resultando contradictoria la exclusión de la justificación específicamente respecto de ella en aquellos casos en los que la falta del consentimiento exigido por el art. 119 CS sea producto de una afectación adicional a su autonomía a consecuencia de la coacción realizada por terceros, en este caso, P y M. Sin embargo, respecto del equipo médico que realiza el aborto no es posible esgrimir el mismo argumento, puesto que la norma no encuentra por fundamento la afectación a su autonomía, no resultando contradictoria la omisión a la aplicación de la causa de justificación. Así, los facultativos **no** se ven autorizados a realizar la intervención con el objeto de que la mujer pueda acceder a su derecho, debiendo estos cumplir con los requisitos necesarios establecidos en la Ley N° 21.030, puntualmente en este caso, con el consentimiento de la persona gestante.

A partir de lo anterior se concluye que la interrupción del embarazo realizada por el personal de salud no estaría justificada por la “indicación ético-social”. Por ello, en la siguiente sección analizaré las distintas situaciones en las que pueden encontrarse los facultativos y según estas, en cuáles resultan responsables del delito de aborto realizado por facultativo abusando de su oficio.

#### **i. El médico y su equipo desconocen la coacción**

La primera posibilidad a considerar es que tanto el médico como el resto del personal desconozcan la circunstancia de la coacción, por lo cual consideran que, se está cumpliendo con la tercera indicación contenida en el nuevo art. 119 CS, por creer que A está entregando libremente su consentimiento.

De ser este el caso, se daría el llamado error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación<sup>215</sup>. Las causas de justificación, establecen una permisión para que “bajo ciertas y

---

<sup>215</sup> El error en las causas de justificación cuenta con una amplia discusión dogmática respecto a su tratamiento en la teoría del delito respecto al error en alguno (o algunos) de los presupuestos objetivos que estas requieren. En particular, se ha discutido en relación a las diversas teorías de la culpabilidad. Al respecto, véase Mañalich, Juan Pablo “Consideraciones Acerca del Error sobre la Concurrencia de los Presupuestos Objetivos de las Causas de Justificación”. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 3 (2003): 147 – 163, artículo en el cual el autor expone las distintas teorías que se han desarrollado en relación al asunto, comenzando por la teoría limitada del tipo, luego la teoría de los elementos negativos del tipo y finalmente la teoría limitada de la culpabilidad en sentido estricto –además de otras construcciones coincidentes con esta última–. El objeto de la exposición de las teorías es argumentar a favor de la teoría limitada de la culpabilidad por sobre la teoría estricta de la culpabilidad. Sobre otras críticas a la teoría estricta de la culpabilidad, véase también: Bustos, Juan. *Obras Completas. Tomo I. Derecho Penal. Parte General* (Lima: Editorial ARA, 2004), 1028 – 1029.

determinadas condiciones que configuran un ámbito social determinado, permiten que se pueda infringir una prohibición o un mandato”<sup>216</sup>.

A nivel estructural, estas permisiones contienen elementos objetivos y subjetivos, de modo que, si el autor realiza una actuación obteniendo un resultado lícito pero sin la voluntad de alcanzar tal resultado<sup>217</sup>, el comportamiento se ve objetivamente justificado, trasladándose el problema al ámbito de la tentativa –problema que excede los fines de este trabajo–.

Sobre el ámbito subjetivo de las causales, Mañalich expresa una restricción al señalar que se “[d]ebería rechazar (...) la exigencia de elementos subjetivos distintos del conocimiento de la situación justificante como lo sería una ‘intención de justificación’”<sup>218</sup>

En este contexto puede darse un error, que “en términos generales, es la ignorancia o falsa apreciación de la realidad”<sup>219</sup>, y se caracteriza por fundamentar la exclusión de un presupuesto del carácter delictivo en el hecho que ha realizado el sujeto afectado por este, específicamente a nivel de imputación de índole cognoscitiva, por lo que “ha de excluir algún requisito de conocimiento del cual dependa la imputación personal del hecho”<sup>220</sup>.

El error en una causa de justificación puede contar como un error de tipo permisivo, con consecuencias idénticas al error de tipo; o como un error de prohibición indirecto, con consecuencias idénticas al error de prohibición. Esto dependerá si, por un lado, la suposición errónea tiene lugar respecto de las circunstancias fácticas que fundamentarían objetivamente el comportamiento amparado por una causa de justificación, en otras palabras, “la creencia errónea en la existencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación: el sujeto creía en la existencia de un hecho que de haberse dado realmente hubiera justificado su acción”<sup>221</sup> –error de tipo- o si este recae sobre el carácter supuestamente permitido del comportamiento en cierta circunstancia fáctica –error de prohibición-. Siendo esto así, se suele definir el error en el tipo

---

<sup>216</sup> Bustos, *Obras Completas. Tomo I. Derecho Penal. Parte General*, 879.

<sup>217</sup> Un buen ejemplo de ello resulta ser el siguiente “[n]o actúa, por ejemplo, en legítima defensa quien mata por venganza a otro sin saber que la víctima estaba esperándolo precisamente para matarlo; la exclusión de la legítima defensa en este caso no se debe a que se mate por venganza, sino a que el autor no sabía subjetivamente que estaba defendiéndose de la agresión de la víctima”. Véase, Muñoz, Francisco y García, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch): 329.

<sup>218</sup> Mañalich, *Consideraciones Acerca del Error*, 163.

<sup>219</sup> *Ibíd.*, 1023.

<sup>220</sup> Mañalich, Juan Pablo. “Informe en Derecho. Error de Tipo y Error de Prohibición en los Delitos contra la Autodeterminación Sexual”. *Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública* N° 2 (2011): 3.

<sup>221</sup> Muñoz y García, *Derecho Penal*, 330.

permisivo como aquel en el que el sujeto actúa con “desconocimiento o falsa representación de los elementos del tipo penal”<sup>222</sup>, vinculándose con el concepto de *error de hecho*<sup>223</sup>.

En atención a lo anterior, en el presente trabajo se entenderá que “un error sobre los presupuestos de las causas de justificación no sería un error en el obrar sino que debe recibir el tratamiento de un error de tipo”<sup>224</sup>, siendo así, “[l]as llamadas causas de justificación putativas no son creencia errónea sobre la licitud del obrar. Diferente es determinar si el error recae más allá del presupuesto propiamente tal, esto es, sobre la permisividad que encierra la causa de justificación”<sup>225</sup>, esto último correspondería, por ejemplo, al caso de un médico realice eutanasias por suponer que estas se encuentran justificadas a partir del art. 10 N° 10 CP, vinculando su tratamiento. Por el contrario, la situación existente en el caso tratado consiste en un médico que evalúa erróneamente las circunstancias objetivas propias de la causa de justificación; en concreto, entiende que se cumplen con todos los requisitos exigidos por la Ley N° 21.030 para la tercera indicación, cuando en realidad falta uno de ellos, la voluntad de la mujer embarazada.

Así, el error en estos casos lleva a la conclusión de que el problema no recae en la justificación de la conducta sino que es relativo a la imputación a título subjetivo, específicamente respecto a la exclusión del dolo<sup>226</sup>.

## **ii. Los facultativos saben de la coacción y realizan la interrupción del embarazo con conocimiento de la falta de voluntad de la niña**

Por otro lado, como segunda alternativa se encuentra la posibilidad de que el médico conozca la coacción a la que se ve sometida la niña embarazada y, a sabiendas de la falta de voluntad de esta en la interrupción de su embarazo le realiza de todos modos la intervención.

De esta forma, resulta evidente que la conducta de parte de los facultativos resulta típica en relación al art. 345 CP, por actuar efectivamente *abusando de su oficio*, además de antijurídica por no

---

<sup>222</sup> Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 256.

<sup>223</sup> Por otro lado, se suele contrastar con el error de prohibición, caracterizado por ser un error que excluye la representación del carácter ilícito de la conducta, cumpliéndose con las circunstancias fácticas que implican la realización del tipo penal, consistiendo, por tanto, en un *error de derecho*. Véase: Mañalich, *Informe en Derecho. Error de Tipo y Error de Prohibición*, 3.

<sup>224</sup> Bustos, *Obras Completas*, 1028.

<sup>225</sup> *Ibíd.*, 1030. Este último caso correspondería a un error de prohibición.

<sup>226</sup> Para el caso del aborto, resulta necesario que la actuación se realice de forma dolosa, puesto que el art. 10 N° 13 CP establece como eximente de la responsabilidad penal “[e]l que cometiere un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley”, siendo esto así, bajo el Título X titulado “De los Cuasidelitos” se desarrollan a título de culpa los delitos contra las personas, siendo que el feto no puede ser entendido como una persona –por el simple hecho de aún no haber nacido–, no existe en nuestro sistema el delito de aborto imprudente.

verse permitida por la tercera indicación del art. 119 CS, a causa de no existir la situación de necesidad exigida por la justificante, por ser un embarazo consentido<sup>227</sup> de parte de A, deseando la mantención de este.

Por lo demás, a diferencia de la situación en la que los facultativos actúan bajo un error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación –en la cual no es posible imputarles subjetivamente a título doloso el aborto por excluir dicho error el dolo–, en el caso de que el personal de salud actúe con conocimiento de la coacción que sufre la niña de parte de sus padres, y por tanto, con conocimiento de que el consentimiento que esta entrega para la interrupción de su embarazo se encuentra viciado, resulta pertinente el análisis de la imputación subjetiva del ilícito, particularmente a título de dolo.

Sin entrar en mayor detalle, adoptaré como adecuada la comprensión del carácter doloso como la realización de un delito en la que “su autor haya tenido la creencia, revestida de un grado de probabilidad decisoriamente relevante, de que su comportamiento habría de exhibir las propiedades que objetivamente lo convertirían en una instancia de realización (antijurídica) del tipo en cuestión”<sup>228</sup>. Así, resulta evidente que los médicos actuaron de forma dolosa, pues actuaron con plena conciencia de que realizarían un aborto con ausencia del consentimiento de la mujer requerido, en este caso, para la aplicación de la tercera causal.

Es por ello que en esta situación el personal actuaría como autor (o coautores si son más de un facultativo) del delito de aborto y los padres de la niña como cómplices del mismo. Sobre esto último profundizaré en el próximo capítulo.

---

<sup>227</sup> De esto también se sigue, que del hecho de que la relación sexual que haya causado el embarazo no haya sido consentida (una violación) no se sigue que el embarazo no sea consentido.

<sup>228</sup> Mañalich, Juan Pablo. “El Dolo como Creencia Predictiva”, *Revista de Ciencias Penales* Vol. XLVII (2020): 14. En ese sentido, resulta relevante determinar el umbral de representación necesario para poder imputar el comportamiento a título de dolo (al menos, en su figura básica de dolo eventual). Para ello, si bien la doctrina tradicional le ha entregado al dolo un carácter intencional o volitivo, es posible, siguiendo a Kindhäuser, entenderlo a partir del estándar de una persona racional y razonable que muestra disposición de motivarse conforme a las normas jurídicas (definición “representacional” del dolo). Más detalle en: Mañalich, *El Dolo como Creencia Predictiva*, 13 – 18.

## Capítulo 3 Los padres como intervinientes en el delito de aborto

En los capítulos previos de este trabajo me centré en el análisis de la responsabilidad penal en el caso hipotético presentado por la comisión del aborto, en primer lugar, respecto de la adolescente embarazada en relación a la figura especial contemplada para la persona gestante del art. 344 CP y, en segundo lugar, a la figura del art. 345 CP respecto a los facultativos de la salud.

En las siguientes páginas me enfocaré en el estudio de la comisión del delito de aborto por parte de los padres de A, explayándome en mayor medida en las diversas formas de participación en las que se puede cometer un ilícito, por las dificultades presentes en su situación que no concurren respecto de los otros participantes del caso.

### 3.1 Intervención delictiva de los padres en el delito de aborto en relación a la conducta de la mujer embarazada

#### A. Análisis de las diversas hipótesis de intervención delictiva: autoría y participación

Si bien la comisión de ilícitos por un solo sujeto a título de autor constituye la figura de estudio básico de los tipos penales<sup>229</sup> -entendiendo así la existencia de un único sujeto activo del tipo- resulta evidente que frecuentemente los tipos de la parte especial son realizados, ya sea a título de autoría por multiplicidad de individuos, ya sea a título de participación por individuos que colaboran o auxilian a los autores en la ejecución de los mismos<sup>230</sup>.

Así, en términos generales, la responsabilidad por un hecho punible no recae únicamente en quien lo comete por sí solo, sino también puede darse la situación de que tenga lugar alguna forma de

---

<sup>229</sup> Lo anterior, no obstante constituir la regla general, no implica desconocer la existencia de tipos penales que presuponen la concurrencia de la intervención conjunta de dos o más individuos, entre estos se puede mencionar: el duelo y el incesto.

<sup>230</sup> La caracterización dada se vincula directamente con los cómplices; excluyendo a los inductores que también se encuentran comprendidos dentro de la intervención a título de participación, que no colaboran, sino que *inducen* al autor a ejecutar el delito. Sin perjuicio de lo anterior, lo que es interesante respecto de la participación en sentido estricto, es que tales comportamientos no se encuentran comprendidos por el tipo principal, así, a modo de ejemplo, cuando hablamos del delito de homicidio simple, quien colabora, por ejemplo, entregando el arma homicida al autor, no se encontraría abarcado dentro de la descripción típica del art. 391 CP “[e]l que mate a otro”. Por lo anterior, el Código Penal, en su parte general, expande el tipo, extendiendo la responsabilidad a los cómplices (art. 16 CP) y a los encubridores (art. 17 CP), además de las diversas hipótesis de autoría que se contemplan en el art. 15 CP que nuestra legislación considera como autores para efectos de su sanción. Véase: Velásquez, Fernando. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), 1020.

comisión en conjunto con otras personas, lo que denominaré como intervención delictiva<sup>231</sup>, entendiéndolo por esta los distintos “modos a través de los cuales puede imputarse una realización típica en el marco de la intervención de varias personas en el mismo hecho”<sup>232</sup>.

Así, al hablarse de intervención, esta puede realizarse: ya sea en forma de autoría –la cual a su vez, reconoce por forma: la autoría directa<sup>233</sup> (“aquel que realiza por sí mismo la conducta subsumible en el tipo penal”<sup>234</sup>, usualmente tratado por el legislador como “el que” o “quien”), la autoría mediata (que se caracteriza porque el agente de atrás realiza el tipo penal valiéndose de la persona de adelante a modo de instrumento –opera como intermediario- para la realización de la conducta penada<sup>235</sup>, la cual deja en evidencia que “en nada altera su carácter de verdadero autor del hecho, porque el concepto de autoría no hace indispensable un contacto directo e inmediato del autor con el hecho que realiza”<sup>236</sup>-siempre que el delito en cuestión no sea de aquellos denominados como “delitos de propia mano”<sup>237</sup>-) y la coautoría (se produce en aquellos casos en los que varias personas, realizan la conducta prohibida de forma mancomunada, mediante la contribución de todos en el hecho<sup>238</sup>)-, ya sea en forma de participación, esto es como aporte doloso<sup>239</sup> al injusto

---

<sup>231</sup> Esta será la denominación que emplearé en el presente trabajo, adoptando así el concepto utilizado por Kindhäuser, en Kindhäuser, Urs. “Infracción de Deber y Autoría – Una Crítica a la Teoría del Dominio del Hecho”. *Revista de Estudios de la Justicia* N° 14 (2011): 41. Lo anterior implicará dejar de lado multiplicidad de denominaciones para el presente análisis que ha adoptado la doctrina, entre ellos: participación delictiva (la cual tendría, por tanto, un concepto amplio que abarcaría tanto la autoría como la participación, y uno estricto referido a este último); concurso de personas en un hecho punible, concepto adoptado por Novoa; y personas responsables de los delitos, concepto que utiliza nuestra Código en el Libro I, Título II; entre otros. Véase en: Novoa, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo II*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2016), 167 – 168.

<sup>232</sup> Mañalich, Juan Pablo. “La Estructura de la Autoría Mediata”. *Revista de Derecho* N° XXXIX (2010): 387.

<sup>233</sup> También llamada autoría inmediata, principal o material, entre otras.

<sup>234</sup> Velásquez, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, 1041.

<sup>235</sup> *Ibíd.*, 1043.

<sup>236</sup> Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, 187.

<sup>237</sup> Estos delitos son aquellos que su descripción típica implica que la acción requerida es, en los términos de Mañalich, “auto-involucrante”, lo que define como “cuya ejecución necesariamente conlleva una alteración de la situación (corporal) del propio agente”. En: Mañalich, Juan Pablo. “La Violación como Delito de Propia Mano”, *Revista de Ciencias Penales* Vol. XLIII N° 4 (2016): 41. Así, no es posible la ejecución del delito en autoría mediata ni en coautoría, sino únicamente en autoría directa. Ejemplos de estos delitos son el delito de violación y el allanamiento de morada. Véase: *Ibíd.*, 39 – 44.

<sup>238</sup> Velásquez, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, 1054. En términos más simples, Bascur lo define como “la realización conjunta del delito por los intervinientes”, contrastándolo con el concepto de cómplice, que define como “la prestación de ayuda (conocida o no por el favorecido) a la conducta desplegada por el autor (o coautores)”. El autor enfatiza el contraste entre ambos tipos de intervención, pues ambos tienen por elemento común el hecho de que intervienen en el delito dos o más personas, factor que produce dificultad en la distinción de ambas figuras. Bascur, Gonzalo. “Consideraciones sobre la Delimitación entre Coautoría y Complicidad en el Contexto del Derecho Penal Chileno”. *Revista de Estudios de la Justicia* N° 23 (2015): 177 – 178.

<sup>239</sup> Respecto de la exigencia del dolo para la participación delictiva, resulta importante señalar: por un lado, que no existe la participación imprudente, por tanto, no podemos hablar de inductores o cómplices imprudentes; y, por otro lado, que a su vez, la imprudencia solo admite su comisión por un autor unitario, debido justamente por la limitada capacidad para evitar este tipo de delitos. Sobre el segundo punto: Kindhäuser, *Infracción de Deber y Autoría*, 52. El

ajeno (en nuestro ordenamiento la participación se identifica en sentido negativo con la autoría, siendo por tanto cómplice quien no es autor<sup>240</sup>, además de ser dependiente del mismo<sup>241</sup>) -que a su vez puede realizarse como cómplice (se caracteriza por serlo el sujeto que contribuye o que presta ayuda dolosamente a otro para que realice el hecho injusto<sup>242</sup>) o como inductor<sup>243</sup> (“el individuo que determina dolosamente a otra u otras a realizar el injusto”<sup>244</sup>, en otras palabras, es quien provoca en el autor la resolución de realizar la acción prohibida)-.

La intervención delictiva se encuentra tratada en los art. 14 y siguientes del Código Penal. El primero de estos establece la responsabilidad criminal para autores, cómplices y encubridores<sup>245</sup>. Me centraré en el análisis de los autores, establecidos en el art. 15 CP bajo la frase “[s]e consideran autores” y de los cómplices, regulados autónomamente en el art. 16 CP “[s]on cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”.

### **i. Las diversas hipótesis de autoría y participación: los art. 15 y 16 CP**

Es pertinente indicar que, a pesar del tratamiento diferenciado en dos artículos diferentes, la doctrina mayoritaria ha considerado que el art. 15 CP<sup>246</sup> -y por tanto la autoría- se caracteriza en nuestro ordenamiento “por la gran extensión dada al concepto de autor en desmedro de la calidad de cómplice”<sup>247</sup>. Así, el concepto legal de autor es “muy extensivo, que de hecho se aparta del

---

autor señala que para los delitos culposos el Código Penal alemán establece una fórmula más amplia correspondiente a “causar imprudentemente”, así, en ella se verían contempladas figuras tanto de autoría como de participación.

<sup>240</sup> El art. 16 CP establece “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior (...)”

<sup>241</sup> A esto último la doctrina lo ha solido denominar como principio de accesoriedad. Sobre este principio, Bascur los describe como una redefinición cualitativa (y ya no cuantitativa) de la diferencia entre autoría y participación. Al respecto indica: “[l]a evolución de los diferentes modelos transita desde iniciales esfuerzos dirigidos a cuantificar los aportes desde un punto de vista causal (modelos *cuantitativos*, a una importante redefinición a partir del descubrimiento de una diferencia *cualitativa* entre los intervinientes: mientras el autor comete su propio delito, el partícipe presta una contribución *accesoria* al delito *ajeno*”. En: Bascur, *Consideraciones sobre la Delimitación entre Coautoría y Complicidad*, 178.

<sup>242</sup> La cooperación del cómplice puede ser tanto de índole física como de índole intelectual.

<sup>243</sup> También denominado como instigador.

<sup>244</sup> Velásquez, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, 1024.

<sup>245</sup> A los que dejaré afuera del estudio, pues son entendidos como una figura más como una figura más bien ajena al tratamiento doctrinario de la intervención delictiva, a consecuencia de que su participación no tiene lugar, ni antes ni durante la realización del delito, sino con posterioridad a la perpetración del hecho.

<sup>246</sup> Es importante hacer la prevención sobre esta materia, que en este capítulo (ni en la totalidad del trabajo) se pretende abarcar este tema de forma cabal, puesto que existe gran cantidad de discusión respecto de la distinción entre la autoría y participación y sobre qué situaciones se encuentran contempladas en los distintos numerales del art. 15, de esta forma las teorías expuestas en este capítulo en ningún caso deben entenderse como la totalidad de estas ni que con el objeto de dar un cierre a la discusión de las mismas.

<sup>247</sup> Etcheberry, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, 87. Así también, mas de forma crítica: Yáñez, Sergio. “Problemas Básicos de la Autoría y de la Participación en el Código Penal Chileno”. *Revista de Política Criminal* N° 1 (2006), 49 – 50.

significado común de la palabra ‘autores’ y que incluye actuaciones que no propiamente caben en ella”<sup>248</sup>, sino en actuaciones que en realidad son de complicidad<sup>249</sup>.

Lo anterior, según la doctrina tradicional, explicaría el motivo por el cual el precepto legal no utiliza la fórmula “son autores”, sino de “se consideran autores”. Esta disposición establece como hipótesis de autoría tres numerales, que a su vez contienen dos supuesto distintos cada uno, existiendo por tanto en nuestro ordenamiento seis casos en que la actuación del individuo se entenderá como autoría.

El art. 15, en su primer numeral establece como autores, en primer lugar, a quienes “tomen parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa”, contemplando entonces para la doctrina mayoritaria la hipótesis más obvia de autoría: la autoría directa o inmediata, esto es “realizar por sí mismo, total o parcialmente, la acción típica descrita por la ley, o causar el resultado allí previsto por acto propio, sin valerse de intermediarios”<sup>250</sup>, comprendiendo tanto el caso del autor único como el de la coautoría, siempre que los múltiples autores concurren de forma directa o inmediata, no necesariamente mediante un concierto previo, pero al menos existiendo la voluntad común de realizar el mismo hecho<sup>251</sup>.

En segundo lugar, el numeral establece “sea impidiendo o procurando impedir que se evite”, hipótesis que ha generado mayores complicaciones que la anterior<sup>252</sup>, pero que no desarrollaré, pues en el caso no se presenta ningún interviniente que haya cumplido el rol señalado en estas hipótesis, que corresponden a: por un lado, aquellas situaciones en las cuales efectivamente se

---

<sup>248</sup> Novoa, *Curso de Derecho Penal*, 216.

<sup>249</sup> Ello, y como base de la crítica de Sergio Yáñez, infringiría el principio de legalidad y la garantía del tipo, estas establecerían como un límite a la punibilidad el hecho de sancionar al individuo que realiza la acción prohibida por el tipo. La colaboración con el autor solo se vería penada por normas especiales contempladas por el legislador entre disposiciones de la parte general del Código Penal para extender la punibilidad. En: Yáñez, *Problemas Básicos de la Autoría y de la Participación*, 50.

<sup>250</sup> Etcheberry, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, 88.

<sup>251</sup> En sentido diverso interpreta el primer numeral del art. 15 CP Bascur, afirmando que la frase “tomen parte en la ejecución del hecho” implica necesariamente la intervención de dos o más personas en el delito, por lo cual no contemplaría aquellos casos de autoría directa, sino que esta “derivaría de los correspondientes tipos de la parte especial”. En: Bascur, *Consideraciones sobre la Delimitación entre Coautoría y Complicidad*, 198.

<sup>252</sup> La discusión se ha centrado particularmente en torno del individuo denominado como “el loro”, es decir, aquel que se mantiene distante del hecho pero que tiene a su cargo avisar a los ejecutores la llegada de alguna persona que pueda oponerse a la realización del hecho. Así, este numeral ya no solo contemplaría situaciones de ejecución directa, sino además de ayuda y cooperación, conductas que generalmente se han vinculado con la complicidad. Al respecto, Novoa afirma que este numeral contempla dos situaciones diversas compartiendo ambas la exigencia inicial –tomar parte en la ejecución del hecho- de tal forma que estas corresponderían a: “los que toman parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa” y a “los que toman parte en la ejecución del hecho impidiendo o procurando impedir que se evite”. En: Novoa, *Curso de Derecho Penal*, 217.



logra impedir la evitación del hecho y, por otro lado, aquellas en las cuales esto no se logra, pero se intenta, quedando el hecho ya sea en grado de frustración o de tentativa.

El art. 15 en su segundo numeral establece como autores a “[l]os que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”. Para la doctrina mayoritaria, dentro de la cual se encuentra Etcheberry, este numeral contempla en su primera parte a los denominados como autores indirectos (autores mediatos), sin embargo, esta interpretación resulta errada, puesto que en la autoría mediata es el sujeto de atrás quien realiza el hecho, siendo entendido el hecho como suyo, solamente que para la ejecución hace uso de un “instrumento”. Así, este numeral en realidad contempla una hipótesis de inducción coercitiva -en el entendido de que la coacción no sea suficiente como para generar un déficit de responsabilidad de quien realiza la acción de propia mano- y en su segunda hipótesis, una figura de inducción no coercitiva. De esta forma, en este supuesto hay efectivamente la consideración de autoría en una situación propia de participación: la inducción<sup>253</sup>.

Por último, el art. 15 N° 3 consagra como autores “[l]os que, concertados para su ejecución<sup>254</sup>, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”. Respecto de este numeral “[l]a gran mayoría de los autores se refieren a esta categoría de personas que intervienen en el hecho delictivo, como autores-cómplices o como autores cooperadores”<sup>255</sup>. Por este numeral es posible distinguir, nuevamente, dos situaciones: aquellos que, concertados para la ejecución del hecho, facilitan los medios con que este se lleva a efecto; y aquellos que, también concertados para la ejecución del hecho, lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

Lo que resulta interesante, y que se manifiesta por la denominación doctrinaria de este tipo de autores, es que se estima que verdaderamente la conducta corresponde a complicidad, por lo tanto, el efecto de la disposición sería el de ampliar el concepto de autor abarcando situaciones

---

<sup>253</sup> Lo anterior no llama en exceso la atención, pues esta se justificaría dado que “en la mayoría de las legislaciones se aplica al instigador la misma pena que al autor”. Yáñez, *Problemas Básicos de la Autoría y de la Participación*, 62.

<sup>254</sup> Existe un amplio consenso en entender el “concierto previo” como “un acuerdo de voluntades referido a la comisión de un delito expresado en la forma de plan común”. Resulta interesante a este respecto que, la doctrina tradicional en nuestro país, ha interpretado este acuerdo mutuo como equivalente al dolo, así, existiría en este aspecto una confusión entre el tipo objetivo, la calidad en la que interviene el sujeto y el criterio de imputación de este. En: Bascur, *Consideraciones sobre la Delimitación entre Coautoría y Complicidad*, 206 y 207.

<sup>255</sup> Yáñez, *Problemas Básicos de la Autoría y de la Participación*, 58.

propias de complicidad<sup>256</sup>. Yáñez critica este entendimiento, puesto que a pesar de que se reconoce la necesidad de concierto previo este se deja de lado siendo esto “lo que imprime el carácter particular de esta forma de autoría, ya que une las diversas acciones parciales en un todo”<sup>257</sup>. Por tanto, el numeral no se referiría a conductas propias de la complicidad, que se caracterizan justamente por la cooperación en la ejecución del hecho, cuestión no requerida para el art. 15 N° 3, sino de coautoría. Hay en realidad división de trabajo para la realización del delito, ya sea en forma activa –facilitando los medios- o en forma pasiva –presenciándolo-, es decir, si existe concierto previo y el sujeto se limita a presenciar<sup>258</sup> la comisión del delito, es entendido como coautor del mismo, pues el legislador entiende que su presencia “ha de servir para apoyar a los que cometen el delito de una manera inmediata y directa y ha de contribuir a que cese la resistencia de la víctima”<sup>259</sup>.

Por el otro lado, el art. 16 CP cumple el rol de extender la punibilidad a los individuos que actúan como cómplices, estos son “los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”. De esta forma, se puede apreciar que el artículo no entrega un concepto de complicidad, sino establece un entendimiento de la complicidad de forma subsidiaria al art. 15. Es esta redacción la que ha dado pie al entendimiento de la doctrina de una consideración amplia al concepto de autor en desmedro a esta forma de participación, dando lugar a una comprensión meramente empírica para la aplicación de las disposiciones del Código.

A pesar de su carácter subsidiario, la complicidad se caracteriza por la parte final del art. 16 “cooperan a la ejecución del hecho”, la cual se ha entendido como “obrar juntamente con otro en

---

<sup>256</sup> Lo que resulta interesante respecto de la postura tradicional, es que analizando la disposición aquellos casos que no cumplan los requisitos para entenderse como coautores según el art. 15 N° 3, tampoco pueden entenderse como cómplices, así lo afirma Winter al indicar “(...) parece más simple excluir casos que no pueden ser considerados como parte de esta disposición. Dichos casos no pasan a ser complicidad, sino derechamente son casos de impunidad”. Así, si falta el concierto previo, quien presencia se vuelve un mero espectador, como ocurre en los casos entregados por el autor, del periodista que para hacer un reportaje acompaña a una banda de ladrones a cometer un robo o el caso de quien, a sabiendas de lo que realiza su amigo, se sienta a su lado a acompañarlo mientras que este escribe y envía un correo con amenazas. En: Winter, Jaime. “Esquema General de la Diferenciación Coautoría y Complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo Tiempo, una Crítica a la Teoría de la Participación”. *Revista de Ciencias Penales* N° 2 (2017): 93.

<sup>257</sup> Yáñez, *Problemas Básicos de la Autoría y de la Participación*, 59.

<sup>258</sup> Sobre la segunda parte del art. 15 N° 3, Winter señala que no caben dudas respecto a que el individuo debe encontrarse presente “en el contexto situacional propio de la ejecución del hecho”, esto pues, por un lado, la presencia en los actos preparatorios es irrelevante (pues estos no se penan) y, por otro lado, pues la exigencia de *presencialidad* implica el estar presente en el lugar en el que la ejecución del hecho se lleva a cabo. Véase: Winter, *Esquema General de la Diferenciación*, 92.

<sup>259</sup> Novoa, *Curso de Derecho Penal*, 226.

la realización de una misma obra o fin<sup>260</sup>. De esta forma, de acuerdo con la disposición legal, lo único claro es que cómplice “es quién despliega una conducta colaborativa o favorecedora a la ejecución del hecho típico”<sup>261</sup>.

Si bien es un concepto no del todo claro, Etcheberry destaca que debe considerarse un aspecto objetivo, consistente en “la previsibilidad objetiva del resultado en relación con el hecho del cómplice”<sup>262</sup>; y también un aspecto subjetivo de intencionalidad.

A partir de lo señalado, es relevante destacar que la extendida<sup>263</sup> consideración de la calidad de autor no es tal, y que existen criterios que delimitan los distintos tipos de autoría del art. 15 y la complicidad del art. 16. En el caso del art. 15 N° 1 la necesidad de “toman parte en la ejecución del hecho”; por el contrario, el art. 15 N° 2 extendería efectivamente la autoría a hipótesis propias de la participación, específicamente de inducción; y, el art. 15 N° 3 establecería como elemento esencial de coautoría que se actúe “concertados para su ejecución”; y por último, respecto de la complicidad, la cooperación en la ejecución del hecho<sup>264</sup>. De esta forma, es al menos posible concluir que serán casos de complicidad quienes intervengan generalmente de forma previa a la ejecución del hecho y sin estar coordinados o sin encontrarse en el contexto situacional del mismo, y quienes participen en la ejecución del hecho, pero sin concierto previo<sup>265</sup>.

## ii. Criterios de distinción entre la autoría y la participación

Ya analizado el tratamiento de la intervención en nuestra regulación nacional, queda abarcar as distintas teorías que ha planteado la doctrina para lograr explicar la diferencia que existe entre la autoría y la participación.

---

<sup>260</sup> *Ibíd.*, 228.

<sup>261</sup> Bascur, *Consideraciones sobre la Delimitación entre Coautoría y Complicidad*, 213.

<sup>262</sup> Etcheberry, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, 100.

<sup>263</sup> En este sentido, resulta preferible adoptar una postura restrictiva sobre el concepto de autor, haciéndose de una interpretación restrictiva del art. 15 CP. Concuera con esta inclinación: Bascur, *Consideraciones sobre la Delimitación entre Coautoría y Complicidad*, 179.

<sup>264</sup> Véase Yáñez, *Problemas Básicos de la Autoría y de la Participación*, 54.

<sup>265</sup> Así lo concluye Winter en: Winter, *Esquema General de la Diferenciación*, 93 – 94. De todas formas, estos criterios se encuentran en discusión, pues no existe acuerdo sobre la posibilidad de participación a título de complicidad en la fase de ejecución del ilícito. Así lo afirma Bascur, al indicar que “(...) bajo la interpretación coordinada del art. 15 CP que propone Mañalich, podrían existir actos preparatorios de complicidad y de coautoría (dependiendo en este último caso de la constatación del acuerdo previo en tanto concreción de la organización conjunta), pero, según entiendo, jamás actos ejecutivos de la acción típica a título de complicidad”. Véase: Bascur, *Consideraciones sobre la Delimitación entre Coautoría y Participación*, 219. Por el contrario, existen teorías que permitirían afirmar la existencia de coautoría en las fases preparatorias, mientras que la teoría del dominio funcional del hecho (que será desarrollada más adelante), no permitiría entender estos aportes como autoría sino únicamente como complicidad (o inducción dependiendo el caso).

Sobre estas, si bien existen multiplicidad de teorías<sup>266</sup>, me referiré brevemente a las teorías subjetivas y objetivas, con el objeto de dar cuenta de la evolución de la doctrina en esta materia, para finalmente enfocarme en dos que actualmente tienen amplio reconocimiento doctrinario: la teoría del dominio del hecho y teorías con enfoque en la función de las normas.

Por un lado se encuentran las teorías objetivas, estas se suelen subclasificar entre: la teoría objetivo-formal, la cual coloca su enfoque en la descripción típica, así será autor “quien realiza un comportamiento que se halla dentro del círculo abarcado por el tipo penal (...), mientras que se considera partícipe al que no lo lleva a cabo, limitándose a aportar cualquier otra contribución causal al hecho”<sup>267</sup>; y la teoría objetivo-material, que distingue entre autoría y participación según el grado de peligrosidad para el bien jurídico o bien por “la mayor o menor intensidad de la relación causal, señala que autor es quien pone la causa y partícipe el que pone la condición”<sup>268</sup>. Dentro de estas últimas<sup>269</sup> se encuentra la expresión más simple de teorías objetivas, con un enfoque meramente causalista<sup>270</sup>, denominada la teoría de la equivalencia<sup>271</sup>.

---

<sup>266</sup> Se pueden mencionar entre ellas: teorías subjetivas –dentro de las cuales se pueden mencionar las teorías del dolo y del interés-, objetivas –dentro de ellas la teoría objetivo formal y objetivo material-, teorías mixtas, teorías de dominio sobre el fundamento del resultado y del dominio del hecho final-social. Sobre estas: Velásquez, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, 1025 – 1035 y Roxin, *Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal* (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2000): 53 – 79. Este último autor se refiere a este punto señalando “[l]as tomas de posición doctrinales relativas a la delimitación entre autoría y participación son inabarcablemente numerosas. Enumerarlas por completo requeriría por sí solo un grueso compendio”.

<sup>267</sup> Velásquez, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, 1027. En el mismo sentido, Bascur indica que bajo esta teoría se entiende por autor “exclusivamente al sujeto que ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, el verbo rector descrito en el tipo penal (o determinadas acciones expresamente descritas)”. Véase, Bascur, *Consideraciones sobre la Delimitación entre Coautoría y Complicidad*, 180.

<sup>268</sup> Velásquez, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, 1028.

<sup>269</sup> Roxin incluye también dentro de estas teorías a la teoría de la cooperación (en esta la distinción relevante se da en el cuándo se da la participación si es previa el sujeto sería cómplice y si es simultánea se entendería por coautor); la teoría de la supremacía del autor, la cual distingue entre autoría y participación desde el punto de vista de la supremacía y la subordinación; y teorías de la causalidad física y de la causalidad psíquica. Véase, Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho*, 61 – 71.

<sup>270</sup> Kindhäuser, *Infracción de Deber y Autoría*, 42. La crítica a este criterio es bastante evidente, dado que no permite diferenciar al autor del cómplice. Un ejemplo sumamente clarificador lo entrega el mismo autor: A dispara con un arma a B, dándole muerte. Así, no únicamente es una condición necesaria de la muerte de B que A efectúe el disparo, sino también el fabricante y vendedor de la misma, siendo bajo este criterio todos autores del homicidio.

<sup>271</sup> Sobre esta teoría y la fórmula de la *conditio sine qua non* o de las condiciones necesarias, J.P. Mañalich afirma que del hecho de que x sea condición necesaria de y, nada dice sobre su relación condicional. Siguiendo el ejemplo que él mismo da, si A dispara el gatillo del arma, lo que provoca que salga disparada la bala, lo que provoca la muerte de B (omitiendo el análisis del efecto acordeón que platea el autor), aludir a la causalidad “nada dice acerca de por qué ya la acción de A, bajo su descripción “primitiva” como consistente en el tirar del gatillo, en efecto ha de contar como una acción de A”, es decir, nada afirma para la adscripción de agencia. Véase, Mañalich, Juan Pablo. *Norma, Causalidad y Acción. Una Teoría de las Normas para la Dogmática de los Delitos de Resultado Puros*. (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2014), 39, 68 – 71.

Por el otro lado están las teorías subjetivas<sup>272</sup>, en estas la “delimitación entre autoría y participación, no según criterios objetivos situados en el mundo exterior, sino solo intrapsíquicos”<sup>273</sup>, de esta forma se tiene por autor “quien realiza una aportación causal al hecho con voluntad de autor [*animus auctoris*] cualquiera fuese su contenido, mientras que partícipe es el que actúa con la voluntad de tal [*animus socii*]”<sup>274</sup>.

Todas las teorías expuestas presentan variadas críticas, por un lado, las teorías objetivas-materiales, en sus vertientes más básicas, encuentran dificultades al momento de distinguir entre los distintos tipos de autoría, por no lograr limitar la autoría de la participación a partir del criterio de la causalidad, y las teorías objetivas-formales establecen una restricción excesiva al concepto de autor, no logrando dar explicación a la autoría mediata y a la coautoría, por no satisfacer ninguna por sí sola la descripción típica, y por otro lado, a las teorías subjetivas se les añade como complicación que en el derecho penal del hecho, la calidad de autor o cómplice no puede depender únicamente de la voluntad individual del objetivo.

A consecuencia de lo anterior, la teoría del dominio del hecho, si bien pertenece al grupo de las teorías objetivas-materiales, es planteada como una solución a estos problemas. Según ella, la distinción entre el autor y el partícipe se da en que el primero no reconoce “una voluntad que domine la suya, se convierte en dueño del suceso (señor del hecho) que conduce a la realización del tipo”<sup>275</sup>; en cambio, el partícipe carece de dicho dominio. A su vez, el dominio del hecho es definido en referencia al dominio de decisión –tiene este dominio “aquel de quien depende si el hecho se comete o no”<sup>276</sup>- y al dominio de configuración –tiene este dominio “aquel que puede determinar cómo es ejecutado el hecho en sus particularidades”<sup>277</sup>.

---

<sup>272</sup> Dentro de las teorías subjetivas Roxin incluye, por un lado, las teorías del dolo (en estas el dolo del partícipe es dependiente, subordinado a la voluntad del autor); y las teorías del interés (el cómplice carece de interés independiente en el delito). *Ibíd.*, 71 – 77. Además de las teorías objetivas y subjetivas, también hay teorías mixtas, que se caracterizan por entremezclar distintos criterios.

<sup>273</sup> *Ibíd.*, 71.

<sup>274</sup> Velásquez, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, 1026.

<sup>275</sup> *Ibíd.*, 1029.

<sup>276</sup> Kindhäuser, *Infracción de Deber y Autoría*, 43. Es por este dominio que la teoría también es denominada como “dominio negativo del hecho”, puesto que el autor, y en particular, los coautores tienen una función irremplazable, que de no cumplirse está la posibilidad de que falle el plan delictivo en su totalidad. Este punto es criticado por Jakobs, quien señala que la posibilidad de detener la ocurrencia de un hecho no constituye dominio sobre su acontecer, puesto que cualquier tercero no vinculado puede no detener la comisión de un delito, por ejemplo, no interviniendo en él para detenerlo o no llamando a la policía. Al respecto: Bascur, *Consideraciones sobre la Delimitación entre Coautoría y Complicidad*, 182 y 186.

<sup>277</sup> *Ibíd.*

En las últimas décadas, Roxin destaca como exponente de esta teoría, la que permitiría ya no solo distinguir al autor del cómplice, sino también explicar la coautoría englobando “a todo aquel interviniente que, en unión de otro u otros, domina la totalidad del suceso independientemente de que lo realice o no materialmente; lo decisivo es, pues, que tenga un ‘dominio funcional’ y, se añade, que el aporte al hecho sea necesario o indispensable”<sup>278</sup>.

De esta forma, el autor directo tiene el dominio total del hecho y los coautores tienen el dominio funcional del hecho. Esto último “supone un proceder bajo condiciones de división del trabajo, en cuyo marco los coautores ejercitan una medida esencialmente equivalente del dominio del hecho”<sup>279</sup>. También se lograría explicar la autoría mediata, en el entendido de que es el autor quien manipula al individuo de adelante como un instrumento.

Kindhäuser critica la teoría del dominio del hecho de Roxin, preguntándose cómo un elemento, este es el dominio del hecho, lograría explicar los distintos tipos de autoría que en ciertos casos son incluso fenómenos opuestos. Al respecto cuestiona los conceptos utilizados por la teoría, en particular la comprensión del autor como “la figura central del suceso” y del partícipe como “figura marginal”, indicando que “en derecho penal no se trata de la posición fáctica de un sujeto cualquiera, lo muestran claramente los delitos de infracción de deber, en los cuales es autor quien carga con la responsabilidad normativa por la producción del suceso”<sup>280</sup>.

A partir de esta crítica, el autor propone una teoría alternativa centrada en un modelo normativo para la sistematización de los distintos tipos de intervención delictiva. Para esta, hace uso de los conceptos de: norma, acción y deber. Las normas son el medio por el cual el derecho penal protege los bienes jurídicos, y que pueden tener forma de prohibiciones (proscriben comportamientos que generan cambios desfavorables o impiden favorables) o de mandatos (proscriben comportamientos que generan cambios favorables o impiden desfavorables), las cuales, a su vez, se siguen mediante acciones<sup>281</sup>. La acción tiene por relevancia que es un “comportamiento interpretado intencionalmente”<sup>282</sup>. De esta forma, la adscripción de una acción va a entregar el por qué un sujeto ha realizado un comportamiento determinado. Haciendo uso del mismo ejemplo entregado por Kindhäuser: A le dispara a B, porque quiere matarlo, se aprecia

---

<sup>278</sup> Velásquez, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, 1030.

<sup>279</sup> Kindhäuser, *Infracción de Deber y Autoría*, 43.

<sup>280</sup> *Ibíd.*, 44.

<sup>281</sup> *Ibíd.*, 45. Entonces, se entenderán como antinormativos aquellos comportamientos que no se ajusten, ya sea a la prohibición o al mandato.

<sup>282</sup> *Ibíd.*

que “las adscripciones de acciones conectan un comportamiento (aquí: el disparar el arma) y un cambio en el mundo (aquí: la muerte de B), de modo tal que el comportamiento pasa a ser entendido como medio para la producción del cambio intencionalmente perseguido”<sup>283</sup>.

Por último, resta el concepto de deber. Lo que es relevante para este, es que la responsabilidad por un comportamiento antinormativo va a depender de si este comportamiento era evitable<sup>284</sup> para el sujeto. Así, “el destinatario de la prohibición del homicidio sólo queda vinculado a esta norma en la medida de su propia capacidad de acción. Esta vinculación a una norma con arreglo a la medida de la propia capacidad puede denominarse ‘deber’<sup>285</sup>, de esta forma, solo se puede hablar de una conducta contraria a deber si el destinatario de la norma estaba en condiciones de omitir la conducta antinormativa evitando de esta forma el resultado típico.

Es por lo anterior, que el concepto de deber se vincula a los criterios de capacidad de acción, lo cual hace que este sea el parámetro relevante para determinar la responsabilidad de un individuo, no así el motivo por el cual A da muerte a B, “[a]l autor sólo se reprocha haber causado la muerte de otro a través de su comportamiento, a pesar de que él habría podido evitarlo en pos del seguimiento de la norma”<sup>286</sup>.

A partir de ello, el autor critica la teoría del dominio del hecho, pues “el dominio del hecho, en sentido negativo, no puede servir de criterio para la demarcación entre autoría y participación”<sup>287</sup>. Si se vincula el criterio del dominio del hecho con la capacidad de acción, entonces “el dominio del hecho sólo puede estar referido al *propio* comportamiento contrario a deber, y nunca a un comportamiento contrario a deber de alguna otra persona”<sup>288</sup>, así únicamente se va a poder

---

<sup>283</sup> *Ibíd.*

<sup>284</sup> En ese sentido J.P. Mañalich en referencia a Von Wright establece que para que una norma sirva como razón para la acción necesita, por un lado, de razones externas al individuo de reconocimiento por parte de la comunidad de la norma, es decir, que esta exista “objetivamente” y además que esta sea reconocida por el agente, es decir, que exista “subjétivamente”. A partir de ello, resulta posible, entonces, que estas exigencias no se cumplan, en el sentido de que son presupuesto “que el destinatario de la norma haya sido físicamente capaz de omitir la acción prohibida, o bien de ejecutar la acción requerida, según corresponda”. Así, siguiendo su ejemplo, si A y B se encuentran al borde de un río profundo y B no sabe nadar, si A sufre un desmayo y con su caída empuja a B al agua, no le resulta a A imputable la muerte de B, porque se veía incapacitado de omitir su actuar (omitiendo el posterior análisis de imputación “extraordinaria” que sería a título de culpa por lo no adopción de una medida de cuidado o precaución que A pudo haber tomado para evitar dicho desmayo). Habría fallado un presupuesto para la capacidad de A. Mañalich, *Norma, Causalidad y Acción*, 24 – 25.

<sup>285</sup> Kindhäuser, *Infracción de Deber y Autoría*, 45.

<sup>286</sup> *Ibíd.*, 46.

<sup>287</sup> *Ibíd.*, 47.

<sup>288</sup> *Ibíd.*, 46.

dominar la infracción a deber propia, jamás ajena<sup>289</sup>. Siendo esto así, todo interviniente va a tener el dominio y la posibilidad de evitar su contribución y en consecuencia la consumación del resultado típico. En sentido positivo, el criterio tampoco resulta útil, ya que el comportamiento contrario a deber no puede estar dominado por dos individuos a la vez, “[a]sí, la diferencia entre autoría y participación sólo puede hallarse en el propio comportamiento en cuestión, esto es, en la manera precisa en que el resultado es causado por el respectivo comportamiento”<sup>290</sup>.

La tesis de Kindhäuser se basa en los verbos rectores contenidos en los tipos penales<sup>291</sup>, ya sea “matar”, “lesionar”, etcétera. En estos, si bien se puede entender por causa tanto el comportamiento del autor como el del partícipe para el resultado de un delito –tanto quien dispara el arma contra de B, como C que le entregó el arma a A son causas del delito– solo respecto del comportamiento de A se puede hablar de “matar”, porque únicamente respecto de este hay una conexión inmediata, la cual se puede expresar como “por el hecho de que”<sup>292</sup>. Respecto de C, su comportamiento es relevante causalmente únicamente por la conducta de A, entonces “[s]ólo puede hablarse de matar, en consecuencia, en el caso de una causación inmediata del resultado de muerte a través de un determinado comportamiento”<sup>293</sup>.

Siguiendo esta línea, Mañalich realiza la distinción entre acciones principales y acciones auxiliares<sup>294</sup>. La acción principal debe entenderse “la acción que el destinatario de la norma ha de omitir, en pos de dar seguimiento a ésta, tiene que satisfacer *por sí misma* la descripción que

---

<sup>289</sup> Así también lo indica Bascur, *Consideraciones sobre la Delimitación entre Coautoría y Complicidad*, 186.

<sup>290</sup> Kindhäuser, *Infracción de Deber y Autoría*, 47.

<sup>291</sup> En ese sentido, Bascur afirma que las críticas a la teoría del dominio del hecho responden a las consecuencias a las que lleva, dado que “inclinara la balanza hacia consideraciones puramente pre-jurídicas (o fácticas) para definir el criterio material de autoría, sin normativizar las categorías de intervención delictiva”, de forma que, el criterio para determinar la autoría no es valorativo relacionado al tipo penal, sino que se considera “solo el impacto causal de cada prestación en la posibilidad de consumación del delito, como dato bruto (u óntico), sin atender al significado de cada aporte en relación al sentido del tipo de la parte especial”. Bascur, *Consideraciones sobre la Delimitación entre Coautoría y Complicidad*, 184.

<sup>292</sup> Solo se puede decir, entonces, que por el hecho de que A disparó el arma, B está muerto. Por el contrario, no se puede decir lo mismo respecto de C, porque B no ha muerto por el hecho de que C le entregó el arma a A.

<sup>293</sup> *Ibid.*, 48.

<sup>294</sup> Vinculado a la crítica a la teoría de la equivalencia de las condiciones, y que plantea como solución la usual conclusión a la que se llega con esta teoría: si a es causa de b y b es causa de c, entonces a es causa de c; así, si A dispara el arma contra de B, provocándole la muerte; y C fabricó que arma disparada por A, entonces C es una causa necesaria para la muerte de B, y su conducta se vería también prohibida por la prohibición del homicidio. Lo anterior sería erróneo, puesto que la descripción típica de la prohibición del homicidio corresponde a “producir la muerte de otro”, así, lo que se va a requerir para la aplicación de la norma es que una persona se encuentre en la situación de poder producir el estado de muerte. “Esto significa que la prohibición de matar a otro puede ser caracterizada como una razón *inmediata* para la omisión de una acción productiva de la muerte de otra persona”. Véase: Mañalich, *Norma, Causalidad y Acción*, 71 – 73.



especifica el tipo de acción sometido al operador deóntico de la prohibición”<sup>295</sup>. Lo que distingue a ambos tipos de acción es la descripción, que en cada caso expresa un tipo distinto de acción – así, una acción principal sería “matar”, “sustraer”, “lesionar”; mientras que otras acciones que tengan vínculo causal pero que no correspondan a las principales, consisten en acciones auxiliares, motivo por el cual la distinción entre una conducta principal y una auxiliar no tiene carácter causal, sino normativo.

A partir de ello, surge su crítica a la teoría del dominio del hecho. El autor lo caracteriza como un criterio “semánticamente insensible”, en el cual lo relevante es el quantum del dominio del hecho. Por el contrario, su postura es, no cuantitativa (como sí lo es el dominio del hecho) sino cualitativa, en la cual lo que distingue a la autoría de la participación es la articulación lógico-semántica de las normas<sup>296</sup>.

Según este último criterio, se tendrá por autor “si ante el indicio de que la norma en cuestión pudo haber sido quebrantada, se comprueba que esa persona contaba como destinataria de la misma norma y que en ella se satisfacían, además, todos los presupuestos de los cuales depende la inimputabilidad de su quebrantamiento”<sup>297</sup>, vinculándose por tanto al concepto de acción principal; por el contrario, la participación se define por una acción auxiliar<sup>298</sup>, es decir, por una intervención meramente accesoria, es decir “la acción especificada bajo una descripción que la

---

<sup>295</sup> *Ibíd.*, 73.

<sup>296</sup> *Ibíd.*, 76. El fin de la imputación consiste, en palabras de J.P. Mañalich, en “la elaboración discursiva de la frustración de la expectativa puesta en el seguimiento de la norma de comportamiento quebrantada, esto es, en su reconocimiento como razón eficaz para la (omisión o ejecución de una determinada) acción”. En ese sentido, lo relevante para la imputación será la posición en la que se encuentre el sujeto en relación a la “oportunidad para la acción”, es decir, la situación que determinaría que el individuo en cuestión podía representarse la norma como una razón inmediata para la acción. Esto último, ya fue analizado previamente en este trabajo al plantearse la crítica al planteamiento de J. Wilenmann, por entender que este autor al plantear un fundamento al deber de la mujer respecto del feto, confunde la oportunidad para la acción con el fundamento de la norma.

<sup>297</sup> *Ibíd.*, 77.

<sup>298</sup> Otra postura es la planteada por van Weezel, que critica los esfuerzos por encontrar una diferencia cualitativa entre autoría y participación, sosteniendo que esta debe ser *cuantitativa*. Para ello, elabora un concepto único de interviniente, siguiendo a Jakobs que lo define como “aquel sujeto competente por la realización del tipo, conforme a la definición jurídica de esferas de responsabilidad (o competencia) establecidas por las respectivas expectativas sociales”. Plantea que lo relevante no es restringir el concepto de autor, sino que hacer uso de un concepto restrictivo de *realización típica*, redefiniendo el principio de accesoriadad, argumentando que esta debiese entenderse en términos normativos, siendo “más accesoria” la conducta que implica la preparación o continuación de la conducta de otros, la cual se cristaliza en la realización de la conducta típica. Por tanto, para este autor el mismo hecho típico se les imputa a todos los intervinientes, realizando de forma “colectiva” el tipo penal. De esta forma, todos los intervinientes están cualitativamente en el mismo plano (se les imputa el mismo hecho como propio) pero se les distingue como autores y cómplices de forma cuantitativa, ya que los autores son quienes configuran más la conducta típica y los cómplices, quienes la configuran menos. Véase más: Bascur, *Consideraciones sobre la Delimitación entre Coautoría y Complicidad*, 190 – 193.

hace lógicamente dependiente de la acción principal”<sup>299</sup>. Es por esta misma dependencia, que no es posible afirmar que el partícipe quebrante por sí mismo la norma, sino que le es imputable el quebrantamiento de la misma norma que le es imputable al autor. Lo que caracteriza al partícipe es que realiza una infracción de un deber secundario, consistente en “la ejecución u omisión de una acción auxiliar, que posibilita o facilita la realización del tipo delictivo a través de la correspondiente ejecución u omisión de una acción principal del autor (o coautores)”<sup>300</sup>.

Ya analizada la intervención delictiva en términos generales, en los próximos acápites serán tratadas las distintas hipótesis de intervención en la que se pueden encontrar los padres de la niña en relación al caso hipotético ya planteado.

## **B. ¿Los padres como coautores mediatos del delito de autoaborto?**

En los capítulos previos quedó establecido que, por un lado, la mujer puede ser autora del delito de aborto del art. 344 CP, como figura especial para los casos en que ella provoque o no cumpla con su deber de evitar que un tercero le realice un aborto, establecido en la segunda parte de la disposición como “consintiere que otra persona se lo cause” y; por otro lado, los facultativos de la salud cuentan también con una figura especial establecida en el art. 345 CP para aquellos casos en los que actúen en su calidad de facultativos de la salud y *abusando de su oficio*.

En las siguientes páginas me abocaré al análisis de la autoría mediata en relación a los delitos especiales y, específicamente, si es posible imputarles a los padres a título de autores mediatos el delito de aborto de la segunda parte del art. 344 CP.

### **i. La autoría mediata**

La autoría mediata<sup>301</sup> (también llamada autoría indirecta) se produce en aquellos casos en los que el autor no realiza directamente la conducta contemplada por el tipo penal respectivo, sino que lo hace *mediante* un otro, utilizándolo como instrumento. Así, es posible caracterizar al autor mediato como “el que hace ejecutar el hecho ‘mediante otro, cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o no conoce el sentido objetivo de su comportamiento o lo abarca en menos medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder

---

<sup>299</sup> *Ibíd.*, 86.

<sup>300</sup> Mañalich, *La Estructura de la Autoría Mediata*, 389.

<sup>301</sup> Este concepto es criticado por la doctrina, pues da a entender que para que exista un autor mediato, debe existir un autor inmediato (el sujeto de adelante), sin embargo, en estas situaciones el individuo utilizado como instrumento humano se caracteriza por justamente no ser apto para la autoría delictiva. Véase: Mañalich, *La Estructura de la Autoría Mediata*, 394 – 395.

organizada”<sup>302</sup>. Así, para quienes siguen la teoría del dominio del hecho, la autoría mediata se describe como el “dominio de la voluntad” de un tercero utilizado como ‘instrumento’ o ‘intermediario humano’<sup>303</sup>

Resulta interesante este tipo de autoría puesto que destaca que para la autoría no hace imprescindible<sup>304</sup> el contacto directo e inmediato del autor con el hecho, por lo que es posible que el autor de un delito lo ejecute utilizando un instrumento no alterando en nada su calidad de tal. Sin embargo, resulta importante destacar que, si el delito es cometido por, por ejemplo, una cosa o un animal, o incluso una persona que, si es utilizada mediante *vis absoluta*, seguirá considerándose a quien utiliza su corporalidad como autor directo. Este es el caso del ejemplo entregado por Kindhäuser consistente en: si X empuja a Y al suelo, quien al caer rompe una cosa de Z, entonces X será responsable por el daño a la cosa de Z en calidad de autor directo. Por el contrario, se entenderá como instrumento para configurar la autoría mediata aquellos casos en que el sujeto de adelante actúe sin cumplir con “alguna exigencia típica, o no es imputable, o actúa inculpablemente”<sup>305</sup>. En palabras del mismo autor, la autoría mediata comprende a aquellos casos en los que el “quebrantamiento de la norma resulta mediado por el comportamiento intencionalmente evitable de un tercero”<sup>306</sup>, así, un elemento esencial en esta autoría es que el hecho típico debe ser realizado por un “instrumento actuante o agente”<sup>307</sup>, que a la vez no es, sin embargo, responsable jurídico penalmente.

La descripción anterior de algunas de las diversas teorías que explicarían la diferencia entre autoría y participación adquiere relevancia en este punto, puesto que se cuestiona que la teoría del dominio del hecho tenga utilidad a la hora de explicar la autoría mediata, indicándose que “el dominio del hecho, en un sentido fáctico, no puede ser un criterio de autoría mediata”<sup>308</sup>. Para algunos autores, entre los cuales se destacan Kindhäuser y Mañalich, la autoría mediata puede ser únicamente fundamentada normativamente, pues “no descansa en un hallazgo descriptivo, sino

---

<sup>302</sup> Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 402. Lo anterior, refiriéndose a la definición de este tipo de imputación elaborada por Roxin, la cual ha sido fuertemente criticada específicamente en su última parte, al referirse a “maquinarias de poder organizadas”, que ha permitido sostener la eximición de responsabilidad de quienes ejecutan los delitos en situaciones en los que siguen órdenes de superiores, por ejemplo, en instituciones jerarquizadas como los es el Ejército.

<sup>303</sup> Abanto, Manuel. “Autoría y Participación y la Teoría de los Delitos de Infracción del Deber”. *Revista Penal* N° 14 (2004): 4.

<sup>304</sup> Con excepción de los delitos de propia mano.

<sup>305</sup> Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo 2*, 188

<sup>306</sup> Kindhäuser, *Infracción de Deber y Autoría*, 48.

<sup>307</sup> Mañalich, *La Estructura de la Autoría Mediata*, 392.

<sup>308</sup> *Ibid.*

en una valoración<sup>309</sup>, dado que al sujeto de atrás se le atribuye el comportamiento del sujeto de adelante como un comportamiento propio, a pesar de que no sea él quien ha ejecutado el hecho. Esto evidencia, que la sola contribución causal al resultado típico no es un criterio de imputación de la autoría jurídico-penal relevante, sino que lo esencial para la autoría es que al sujeto pueda “imputarse la producción causal del resultado, interpretada como acción principal, a título de hecho propio”<sup>310</sup>.

A esto se agrega, que un principio importante en esta materia es que “la responsabilidad jurídico-penalmente relevante no puede ser transferida, a modo de exoneración, de una persona a otra”<sup>311</sup>. Esto es determinante, pues establece que la única forma en la que se le puede imputar el comportamiento del sujeto de adelante al sujeto de atrás como un comportamiento propio por el cual es responsable, es si la responsabilidad de la persona de adelante es deficitaria. De forma que este déficit configura el primer requisito para atribuir responsabilidad en calidad de autor mediato, siempre que el déficit esté “referido precisamente a uno de los presupuestos bajo los cuales el hombre de atrás, a su vez, responde por el comportamiento como propio”<sup>312</sup>.

Como segundo requisito, es necesario que el sujeto de atrás satisfaga todos los presupuestos bajo los cuales se le puede imputar la conducta del sujeto de adelante como un comportamiento propio, en el entendido (y siguiendo la teoría analítica del hecho punible) de que este quebrantó la norma. Sobre este requisito me referiré detalladamente en los siguientes apartados. Sin perjuicio de ello, es importante adelantar que en este punto se destaca la crítica a la teoría del dominio del hecho como criterio meramente fáctico, puesto que solamente podrá entenderse como autor, no quien domina el hecho fácticamente sino “quien está situacionalmente en posición de evitar la respectiva realización del tipo conforme a deber”<sup>313</sup>, para lo cual se requiere que sea destinatario de la norma.

Y por último, como tercer requisito, “es necesario que exista una conexión entre el déficit que afecta al hombre de adelante y la imputación de su comportamiento al hombre de atrás”<sup>314</sup>. Así, debe existir una razón, un fundamento para imputarle este comportamiento a la persona de atrás,

---

<sup>309</sup> Mañalich, *La Estructura de la Autoría Mediata*, 386.

<sup>310</sup> *Ibid.*, 389.

<sup>311</sup> Kindhäuser, *Infracción de Deber y Autoría*, 48. Este principio se vincula con la llamada *prohibición de regreso*, que establece que no es posible reconducir la responsabilidad de un sujeto actuante a un tercero, si el primero actuó de una forma plenamente responsable. Véase en: Mañalich, *La Estructura de la Autoría Mediata*, 399.

<sup>312</sup> Kindhäuser, *Infracción de Deber y Autoría*, 49.

<sup>313</sup> Mañalich, *La Estructura de la Autoría Mediata*, 389.

<sup>314</sup> Kindhäuser, *Infracción de Deber y Autoría*, 49.

el cual al criterio de Kindhäser puede ser únicamente una intervención no autorizada en la esfera de responsabilidad de la persona de adelante, la que puede producirse a través de la coacción, de un error o por existir un vínculo de solidaridad especial encontrándose en posición de garante. De esta forma, lo relevante es que el sujeto de atrás debe tener competencia en el defecto de responsabilidad de la persona de adelante, basado tanto en una acción u omisión, “que explique la producción de la situación bajo la cual el hombre de adelante realiza el hecho bajo el defecto de responsabilidad correspondiente”<sup>315</sup>. Mañalich agrega que, se debe reconducir el comportamiento del instrumento a la persona de atrás, pasando a ser pertinente preguntarse si el comportamiento era, además “subjetivamente evitable para el hombre de atrás”<sup>316</sup>, lo que exige que: el sujeto de atrás por una acción previa haya posibilitado o facilitado el comportamiento de la persona de adelante bajo el defecto de responsabilidad; o, que ya existiendo el defecto de responsabilidad en el instrumento, el sujeto de atrás haya dispuesto la conexión situacional para la realización de la conducta típica; o, también ya existiendo el déficit de responsabilidad, la persona de atrás no haya impedido (debiendo hacerlo) el actuar típico del instrumento<sup>317</sup>.

Al referirnos a un déficit o defecto de responsabilidad jurídico-penalmente relevante del sujeto de adelante, resulta pertinente hacer uso de la distinción realizada por Binding entre *delito* y *hecho punible*. Por el primero, debe entenderse “el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento”<sup>318</sup>, de forma que los presupuestos del delito consisten en aquellos que permiten afirmar un injusto culpable, sin contemplar aquellos requisitos, tanto sustantivas como procesales, para imponer penas; en cambio, el hecho punible (al cual Binding denomina como crimen), corresponde a “aquel delito que además satisface aquellas condiciones ulteriores de las cuales puede depender, específicamente, su merecimiento y necesidad de pena (...)”<sup>319</sup>. Esto es relevante, puesto que al comportamiento del sujeto de adelante le debe faltar el carácter delictivo para poder configurarse la autoría mediata.

---

<sup>315</sup> Mañalich, *La Estructura de la Autoría Mediata*, 396.

<sup>316</sup> *Ibid.*

<sup>317</sup> *Ibid.*

<sup>318</sup> Mañalich, Juan Pablo. “El Delito como Injusto Culpable. Sobre la Conexión Funcional entre el Dolo y la Consciencia de la Antijuridicidad en el Derecho Penal Chileno”. *Revista de Derecho* N° 1 (2011): 90. Sobre la distinción entre normas de comportamiento y normas de sanción me referiré en el próximo capítulo. Según la definición de delito entregada, es importante destacar que el delito corresponde al injusto culpable, así, para tener el carácter delictivo de un injusto penal, es necesario que al sujeto que realizó el comportamiento prohibido por la norma de comportamiento (no amparado por una norma permisiva) sea posible reprocharle este déficit de fidelidad al derecho. Sin la culpabilidad, el injusto carece de relevancia jurídico-penal. En: Mañalich, *El Delito como Injusto Culpable*, 93 – 98.

<sup>319</sup> *Ibid.*, 92.

Los déficit de responsabilidad pueden agruparse en dos clases<sup>320</sup>: por un lado, un grupo en el que el déficit del instrumento es “algún presupuesto de su capacidad de seguimiento de la norma”<sup>321</sup>, así, bajo esta hipótesis se ven contemplados todos aquellos casos en los que se excluya la capacidad de motivación del sujeto con arreglo a la norma (casos de incapacidad de culpabilidad) y los casos en los que se excluya la exigibilidad de motivación con arreglo a la norma (casos de exculpación); y por otro lado, un segundo grupo compuesto por aquellos casos en los que la norma quebrantada no puede aplicarse al instrumento, por lo que no se le impondría como deber.

Volviendo al caso analizado, tenemos en primer lugar, una situación en la que los padres de A la coaccionan para que esta consienta en que se le realice un aborto. Siendo esto así, si bien se analizó en el primer capítulo de esta tesis la exclusión de la antijuridicidad en el comportamiento de la niña, concluyendo que su conducta no sería ilícita, igualmente existe una causal de exculpación encontrándose la niña en una situación de estado de necesidad exculpante provocado por la coacción de sus padres. Esto, ignorando que también la menor, por ser inimputable, configuraría la hipótesis de incapacidad de motivación con arreglo a la norma.

Un primer análisis posible dice relación con una de las situaciones propias del segundo grupo de casos: aquellas en las que la norma quebrantada no es aplicable al instrumento. En términos generales, dentro de esta clasificación, se encuentran los casos de autoría mediata por: la actuación justificada del instrumento; por autolesión del instrumento<sup>322</sup> y; por la actuación del llamado *instrumento doloso no cualificado*.

---

<sup>320</sup> Mañalich, *La Estructura de la Autoría Mediata*, 411. La clasificación señalada en el presente trabajo es la realizada por J.P. Mañalich, pero no es la única realizada por la doctrina nacional, en forma distinta, Politoff, Matus y Ramírez, distinguen en aquellos casos: en los que el intermediario (instrumento) realiza una conducta objetivamente atípica (abarcando los casos de autolesión del instrumento; casos de delitos especiales en los que el instrumento no cuenta con la calidad especial requerida, a diferencia de la persona de atrás, actuando dolosamente y; casos en los que al instrumento doloso le falta un elemento subjetivo exigido por el tipo); casos en los que el instrumento realiza una conducta ajustada a derecho; casos en los que el instrumento actúa sin dolo; casos en los que el intermediario está amparado por una causal de exculpación; y por último, casos en los que el intermediario realiza un hecho que reúne todos los elementos del delito (casos de *error sobre el sentido de la acción* y del manejo del instrumento por una organización). Véase en: Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 404 – 415.

<sup>321</sup> Mañalich, *La Estructura de la Autoría Mediata*, 411.

<sup>322</sup> Resulta pertinente el análisis de estos casos respecto a las posibles lesiones que pueden producirse en la intervención médica que implica un aborto. Si bien excede los límites de esta investigación, es importante indicar que, respecto de la persona embarazada, en principio, la intervención quirúrgica implica el menoscabo de bienes jurídicos propios, por lo que no se encontraría sometido a alguna prohibición penal. Sin embargo, las lesiones podrían atribuirse a título de heterolesión en autoría mediata si existe competencia de la persona de atrás en el déficit de responsabilidad del instrumento que se autolesiona –como ocurre en el caso planteado– motivo por el cual ya no pueda interpretarse la conducta como ejercicio libre de la disposición de bienes jurídicos propios. Sin perjuicio de que el caso particular sea propio de *consentimiento* y no de autolesión, ambas presentan la similitud de que implican el ejercicio de libertad de disposición de bienes jurídicos propios, por lo que la analogía viene a lugar. Véase más en:

Es posible encontrar una similitud entre el caso planteado y aquellos en los que la actuación del instrumento se encuentra justificada. En estos últimos, concurre una causa de justificación como una *permisión fuerte*, provocando el desplazamiento de la norma de comportamiento, por lo que esta última no resulta aplicable para fundamentar el deber de la persona de adelante. Los ejemplos otorgados por la doctrina<sup>323</sup> respecto de este tipo de casos de autoría mediata suelen seguir el esquema de la siguiente situación: A utiliza como instrumento a B, a quien amenaza con matar a su hijo si no ataca a C. Ante el ataque inminente de B, C se defiende de la acción, agrediendo gravemente. Resulta evidente, que la conducta de C se encuentra amparada por la causa de justificación de la legítima defensa y, por tanto, dicho comportamiento se encuentra permitido y no es antijurídico. Lo que es relevante en estos casos, y que explica la posible imputación a título de autoría a A por las lesiones ocasionadas por C a B, es que A es competente por la situación bajo la cual la norma prohibitiva se ve desplazada por la causa de justificación. Dicho de otro modo, “el hombre de atrás es competente por la inaplicabilidad de la norma como razón eficaz para la acción del hombre de adelante, al haber generado la situación en que éste pudo actuar justificadamente”<sup>324</sup>, lo que no se cumple en el caso, puesto que no son los padres de la niña quienes generan la situación que da lugar a la justificación.

Por otro lado, a raíz de la coacción, es posible afirmar que, en el caso original, a A no se le puede exigir el cumplimiento de una conducta distinta al consentir en la realización del aborto, utilizándola sus padres como un instrumento para la realización de este. Sin embargo, estas hipótesis suelen describirse como aquellas en las que “el ‘instrumento’ actúa antijurídicamente y *con dolo*, pero su culpabilidad aparece excluida por la presencia de una *causal de exculpación*”<sup>325</sup>. No siendo posible en este caso afirmar que la conducta de la niña sea antijurídica, puesto que resultaría contradictorio por tener la indicación criminológica como fundamento la grave afectación a la autonomía de la mujer que significa una violación, sancionarla por el no cumplimiento de los requisitos de la indicación, específicamente, por encontrarse el

---

Mañalich, *La Estructura de la Autoría Mediata*, 405 - 407. Sobre la autolesión, también resulta interesante lo indicado por Kinhäuser respecto de la *autorresponsabilidad*. El autor entrega el caso en que A le corta el cabello a B, por petición de este último. Por esta decisión, el actuar de A es normativamente un actuar de B, y como tal resulta atípico, de esta manera, “normativamente para B es indiferente que se corte el cabello él mismo o que haga que se lo corte A”. Véase: Kinhäuser, *Cuestiones Fundamentales*, 64.

<sup>323</sup> Coincidentes en esta materia los entregados por Politoff, Matus y Ramírez y por J.P Mañalich, a pesar de diferencias leves en los mismos. En: Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 407 y Mañalich, *La Estructura de la Autoría Mediata*, 404.

<sup>324</sup> Mañalich, *La Estructura de la Autoría Mediata*, 405.

<sup>325</sup> Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 409.

consentimiento viciado a consecuencia de una coacción, que también afecta la autonomía de la mujer.

Ahora bien, más allá de determinar si es posible plantear un caso concreto de autoría mediata, el capítulo presenta la dificultad adicional de determinar qué tipo de la parte especial es el que se encuadra en el comportamiento de los padres, y, en específico, si podría plantearse la coautoría mediata de los padres respecto del mandato contenido en el art. 344 CP, el cual es un delito especial propio para la persona embarazada. Sobre esto versarán las siguientes páginas.

## **ii. El delito de aborto de la segunda hipótesis del art. 344 CP como delito especial propio: la necesidad de ser destinatario de la norma para ser autor mediato**

Como ya fue señalado en el primer capítulo, la doctrina tradicional distingue entre las diversas clasificaciones que se pueden realizar de los delitos, según el sujeto activo —este es quien lo puede llevar a cabo— de estos. Si bien, la regla general es que el sujeto activo sea indeterminado —“el que”— existen casos en los cuales el sujeto activo puede serlo únicamente quien revista de la calidad especial requerida. Esta distinción da lugar, por un lado, los *delitos comunes*, como “aquellos que se pueden cometer por cualquiera”<sup>326</sup>, y por el otro lado, los *delitos especiales*, que son aquellos en los que “el círculo de autores está circunscrito solamente a un grupo de sujetos que reúnen una cualidad exigida en el tipo penal (los ‘intranei’)”<sup>327</sup>. Esta cualidad puede encontrarse expresamente requerida en el tipo —por ejemplo, “los miembros de los tribunales de justicia” del delito de prevaricación (art. 223 CP) o “el empleado público” del delito de malversación de caudales públicos (art. 233 y siguientes CP)— o puede deducirse de los otros elementos del tipo.

A su vez, se suelen clasificar los delitos especiales entre aquellos *impropios* —“que se puede cometer por cualquier, pero en caso de concurrir determinada calidad, ello constituye una causa de *agravación* de la pena”<sup>328</sup>, por lo que si, quien comete el delito no cuenta con la calidad especial, entonces se le es aplicable el delito común— y los *propios* —“la calidad del sujeto activo es inherente a la *clase de mal* que la ley quiere evitar (...) y se trata, por ende, de un elemento fundante del deber especial que da origen al tipo de injusto”<sup>329</sup>—. La consecuencia de esto último es, entonces, que si el individuo que realiza la conducta prohibida por el tipo penal no cuenta con la calidad especial,

---

<sup>326</sup> Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 187.

<sup>327</sup> Abanto, *Autoría y Participación*, 4.

<sup>328</sup> Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 187.

<sup>329</sup> *Ibid.*



“no existe un tipo penal común similar que pueda aplicarse al sujeto”<sup>330</sup>. El delito de aborto contenido en la segunda parte del art. 344 CP, que requiere por sujeto activo a la mujer embarazada, correspondería a un delito especial propio.

Una postura crítica al esquema anterior la presenta Mañalich, quien define los delitos especiales como “aquellos delitos que consisten en el quebrantamiento de normas especiales”<sup>331</sup>, correspondiendo estas a aquellas que “el lugar de destinatario de la misma sólo puede ser ocupado por alguien que exhibe un determinado estatus especial”<sup>332</sup>. A partir de lo anterior, el autor critica la existencia de los delitos especiales *impropios*, el cual define como un delito común pero cualificado atendiendo al estatus personal del sujeto que realiza el comportamiento prohibido, por lo que, en lo que sigue, me referiré a estos como “hechos punibles especiales”.

Por otro lado, la doctrina dominante, siguiendo a Roxin, también distingue entre los llamados *delitos de dominio* –definidos como en los que “el legislador presupondría el ‘dominio’ de la conducta típica por parte del autor, sea por sí mismo, por intermedio de otro o conjuntamente con otros”<sup>333</sup>- y los *delitos de infracción del deber* –en los que “el reproche penal iría dirigido a la ‘infracción’ de un ‘deber específico’ del sujeto activo sin importar cómo la realice”<sup>334</sup>. Dentro de esta última clasificación se encontrarían los delitos especiales.

Esta comprensión de los delitos especiales como delitos de infracción de deber es criticada por Mañalich, autor que indica que ambas categorías presentarían fundamentos distintos: por un lado, los delitos especiales “ha[n] de fundarse en un análisis técnico-formal de la estructura de la norma cuyo quebrantamiento resulta delictivo”<sup>335</sup>, mientras que los delitos de infracción de deber “tendría[n] que seguirse de una determinación sustancial del injusto del hecho”<sup>336</sup>, debiendo fundarse en la infracción de, lo que él llama siguiendo a Jakobs, un *deber institucional positivo*.

El autor cuestiona esta categoría calificándola de dogmáticamente inservible, pues implicaría un retroceso hacia una concepción premoderna del derecho, en el sentido de que dicha clasificación es incompatible con un fundamento democrático del principio de culpabilidad. Lo anterior se

---

<sup>330</sup> Abanto, *Autoría y Participación*, 4.

<sup>331</sup> Mañalich, Juan Pablo. “La Malversación de Caudales Públicos y el Fraude al Fisco como Delitos Especiales”. *Revista Política Criminal* N° 14 (2012): 358.

<sup>332</sup> *Ibíd.*

<sup>333</sup> Abanto, *Autoría y Participación*, 8.

<sup>334</sup> *Ibíd.*

<sup>335</sup> Mañalich, *La Malversación*, 359.

<sup>336</sup> *Ibíd.*

explica en que el fundamento de los delitos de infracción de deber se encuentra “por detrás” de la norma, en atención a una institución, en vez de entender las normas como fundamentos de obligaciones. De esta forma, los destinatarios de estas normas de delitos de infracción de deber corresponderían a quienes ostentan ciertos “roles institucionales”, así, no es la norma la que fundamenta un deber personal al destinatario, sino “más bien de que la norma recogería, bajo un principio de selección fenomenológica, las instancias de infracción de deber que reclamaría relevancia jurídico-penal”<sup>337</sup>. La relevancia fenoménica de esta clase de delitos excluye que el legislador pueda determinar la constitución del injusto de estos comportamientos delictivos, siendo “nada más que la representación legislativa de cómo ‘el delito, fenomenológicamente, se va a desarrollar habitualmente’”<sup>338</sup>.

Es importante vincular los delitos de infracción de deber con la imputación de estos delitos ya sea a título de autoría o participación. La consecuencia de la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, elaborada por Roxin, es que los principios de la autoría y de la participación en ambas son diferentes, así, en los primeros la teoría aplicable para determinar la intervención delictiva es el dominio del hecho, mientras que, en los segundos, “la presencia o ausencia de dominio del hecho no debería tener ninguna trascendencia para distinguir entre autor o partícipe. Lo único que interesaría, para determinar la autoría, sería verificar que se haya producido la infracción del deber por parte del intraneus”<sup>339</sup>, y, por su parte, toda intervención por un extraneus (quien no reviste la calidad especial requerida por el injusto), se entenderá como participación<sup>340</sup> –cómplice o inductor-.

En desacuerdo con lo anterior, Mañalich concluye que si el sujeto que tiene el deber especial responde siempre como autor, por detentar un deber especial, independiente de cómo organice su conducta, fundamentado únicamente en la infracción de deber “institucional” y no de uno derivado de la norma de comportamiento, esto supondría validar “algo no muy lejano a un (nada de moderno) régimen de responsabilidad por *versari in re illicita*”<sup>341</sup>.

---

<sup>337</sup> Ibíd.

<sup>338</sup> Ibíd., 361.

<sup>339</sup> Abanto, *Autoría y Participación*, 9.

<sup>340</sup> Es importante agregar que, en los delitos de infracción de deber, para Roxin, el principio accesorio de la participación depende únicamente de la existencia de una infracción de deber, por lo que puede sancionarse al intraneus como partícipe (por ejemplo, como inductor) de un delito que fue ejecutado por un sujeto que actuó bajo un error en el tipo y, por tanto, es impune. Véase, Abanto, *Autoría y Participación*, 9 – 10.

<sup>341</sup> Mañalich, *La Malversación*, 362. El aforismo se asocia con “el que se ocupa en cosa ilícita responde del caso fortuito”, según el cual es irrelevante si para el sujeto eran previsibles las consecuencias del hecho ilícito, en cualquier

Un análisis diferente realiza este autor, quien, se basa en la distinción realizada por Binding entre delito y hecho punible tratada en el capítulo anterior y en la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción, que desarrollaré en las próximas líneas.

Como ya fue señalado anteriormente, se debe entender por delito el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento. Sin embargo, lo que destaca Binding es que la norma que quebranta el autor no puede ser la misma que aquella que habilita la imposición de la sanción penal como consecuencia de la realización del supuesto de hecho establecido en el tipo<sup>342</sup>, dado que el autor no contraviene la norma de sanción penal (en términos de Binding, la ley penal), sino que el autor realiza el supuesto para poder aplicar la misma. De esta forma, si el autor no quebranta la ley penal, pero de todos modos, para realizar un hecho delictivo debe quebrantar una norma, entonces, “esa norma tiene que ser entendida como un estándar de comportamiento que es conceptualmente primario frente a la respectiva norma de sanción penal”<sup>343</sup>. De esta manera, la norma de comportamiento correspondería a aquella que no se encuentra explícitamente formulada por la ley, pero de todas formas puede inferirse de la norma de sanción (pues corresponde efectivamente a una contravención del derecho), mientras que la norma de sanción correspondería a la regla condicional de la cual depende la posible aplicación de la sanción (como consecuencia punitiva) ante la realización de un determinado supuesto de hecho (que

---

caso, debe hacerse responsable por ellas. Véase: Etcheberry, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, 328 – 329. Por lo demás, Mañalich no ha sido el único que ha criticado los delitos de infracción de deber, sin embargo, la mayoría de estas no rechazan la existencia de estos delitos, sino más bien la relación entre autoría y la infracción del deber. Véase alguna de estas en: Abanto, *Autoría y Participación*, 11 – 16.

<sup>342</sup> La necesidad de distinguir entre ambos tipos de normas sería sostenida también por el modelo analítico de Hart. En ese sentido, la tesis hartiana distinguiría entre reglas sociales, destacando aquellas con carácter *obligante*, en las que se destaca principalmente la presión social ejercida para el cumplimiento de las mismas. Respecto a la presión social, Hart distinguiría entre aquellas limitadas a reproches verbales a aquellas en las que habitualmente existen sanciones físicas. Para este autor lo determinante para que una persona resulte obligada a una regla social será que su entorno muestre disposición a reaccionar de forma crítica y hostil ante el quebrantamiento de la regla, pero no solamente esto –que correspondería al punto de vista externo- sino también a que la norma opera como una *razón* para la hostilidad – punto de vista interno-. Esto lleva a afirmar que existe una diferencia lógica entre los conceptos de obligación y de sanción -los cuales se encuentran conectados pragmáticamente-, puesto que la exigencia de una regla social que establece obligaciones, tiene prioridad lógica (y puede subsistir sin las segundas) al hecho de que exista una regla que imponga sanciones que refuerce las primeras. En virtud de lo mismo, se catalogan las reglas de obligación como “primarias” y las de sanción como reglas “secundarias”, que se distinguen, a su vez, en reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación, correspondiendo las “normas de sanción” a estas últimas. Véase más: Mañalich, Juan Pablo. “Reglas Primarias de Obligación. Las ‘Reglas del Derecho Penal’ en el Concepto de Derecho de H.L.A. Hart”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* N° 11 (2012): 571 – 585.

<sup>343</sup> Mañalich, *El Delito como Injusto Culpable*, 90.

generalmente representa de forma “invertida” el comportamiento establecido por la norma de comportamiento<sup>344</sup>).

Es por lo anterior que la clasificación de los delitos de infracción de deber carece de relevancia, puesto que independiente a si el fundamento del deber corresponde a elementos meramente penales o extra penales, la norma de comportamiento opera como fundamento de un deber, así el quebrantamiento a una norma de comportamiento implicará siempre una infracción de deber, por lo que todo delito implicaría la infracción de un deber.

Ahora bien, lo pertinente para este trabajo es referirse a cómo se relaciona esta teoría con los delitos especiales y si es posible plantearse a los padres de la niña como autores del delito de la segunda parte del art. 344. Lo relevante es que la norma de comportamiento<sup>345</sup> tiene por destinatario a toda persona que pueda llegar a encontrarse en posición, ya sea, de ejecutar la acción ordenada por la norma –mandato -, de abstenerse de realizar la acción prohibida por esta –prohibición-. En los delitos especiales propios estos posibles destinatarios se encuentran restringido a solamente quienes exhiben la cualificación especial requerida, de modo que, la regla general de que los elementos de antinormatividad no determinan la modalidad correspondiente, se altera, puesto que la norma únicamente podrá ser entendida como razón para la acción u omisión para quienes pueda imputárseles el comportamiento como hecho propio.

Esto se relaciona necesariamente con la teoría que establece que será autor quien cometa una infracción a un deber primario, y participe quien infrinja un deber secundario, correspondiente al “deber de no posibilitar o favorecer la infracción de deber primario por parte del autor”<sup>346</sup>. De modo que, “[c]omo autor sólo puede venir en consideración quien está situacionalmente en posición de evitar la respectiva realización del tipo de modo conforme a deber”<sup>347</sup>, es decir, el destinatario de la norma de comportamiento.

Así, lo relevante para el caso es que el art. 344 CP corresponde, no a una circunstancia agravante para la mujer embarazada, sino que al establecer que esta *consiente en que otra persona lo cause*, en realidad existe detrás un mandato, una norma de requerimiento: “esto es, una norma que funge

---

<sup>344</sup> Véase más en: *Ibíd.*, 90 – 91. A modo de ejemplo, el autor señala que la norma de sanción establece “el que mate a otro” como fórmula invertida del comportamiento exigido mediante la prohibición de matar a otro.

<sup>345</sup> Por el contrario, la norma de sanción no está dirigida al posible autor del delito y tiene la particularidad de no imponer deber alguno, sino que tendría por objeto configurar derechos punitivos y determinar su contenido.

<sup>346</sup> Mañalich, *La Estructura de la Autoría Mediata*, 357.

<sup>347</sup> *Ibíd.*, 389.

como razón para la *ejecución* de acciones de cierto tipo; y no una norma de prohibición, en tanto razón para la *omisión* de acciones de cierto tipo”<sup>348</sup>. De esta forma estamos frente a un delito de omisión propia<sup>349</sup>.

Es por lo señalado que, entonces, los padres de la niña no pueden ser autores de esta figura del delito de aborto, siquiera autores mediatos, pues al tratarse de un mandato, no se cumple con el segundo requisito exigido por este criterio de imputación –señalado en la sección previa– correspondiente a que “el hombre de atrás ha de satisfacer todos los presupuestos bajo los cuales a él podría resultar imputable el comportamiento del hombre de adelante, atribuido como comportamiento propio a título de quebrantamiento de la norma”<sup>350</sup>.

Es pertinente agregar que, la doctrina ha abarcado una situación similar a la planteada bajo el título de autoría mediata *por actuación de un instrumento doloso no cualificado*<sup>351</sup>. Estos casos no coinciden con el planteado, puesto que consisten en situaciones en las que el sujeto de adelante es un extraneus y el sujeto de atrás es un intraneus, analizándose la posible imputación bajo autoría mediata del quebrantamiento de la norma al intraneus. En cambio, en el caso planteado, los padres como sujetos de atrás corresponden a los extraneus y la niña es quien reviste la cualificación especial requerida por el tipo. De forma que queda manifiesto que los sujetos de atrás no son destinatarios de la norma de comportamiento y, por tanto, no pueden ser autores mediatos del art. 344 CP<sup>352</sup>.

### **3.2 Intervención delictiva de los padres en el delito de aborto en relación a las conductas de los facultativos de la salud**

En el apartado anterior realicé el análisis de la responsabilidad penal de los padres en relación a la conducta de la menor respecto al delito de aborto. En este se concluyó que el delito de aborto del

---

<sup>348</sup> Mañalich, *Omisión del Garante e Intervención Delictiva*, 232.

<sup>349</sup> La doctrina distingue entre delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia, estos últimos asociados al concepto de “posición de garante”. Si bien se ha discutido qué distingue ambos tipos de delitos, el profesor J.P. Mañalich llega a la conclusión de que la diferencia está en el carácter expresamente legal del primero (se encuentra tipificado), a diferencia de los segundos, en los que existe un déficit de legalidad, debiendo entenderse, más que como delitos de omisión impropia, como delitos de omisión *impropiamente tipificados*. Véase más: *Ibíd.*, 231 – 241.

<sup>350</sup> Kindhäuser, *Infracción de Deber y Autoría*, 49.

<sup>351</sup> De mismo modo lo trata Novoa, al indicar “[h]ay, no obstante, un caso, fuera de las excepciones consignadas, en que la acción principal puede ser realizada materialmente por un extraneus y en que, a pesar de ello, habrá de tenerse el hecho por un delito especial cometido por el infraneus. Es aquél en que el no cualificado obre como mero instrumento del cualificado, o sea, en que te produzca la llamada ‘autoría mediata’”. En: Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo 2*, 261 – 262.

<sup>352</sup> Además, dado que A no comete *delito*, por encontrarse justificado su comportamiento, tampoco es autora del delito de autoaborto, no es posible imputarle a los padres el aborto a título ni de complicidad ni de inducción, por ser esta una acción auxiliar respecto de la infracción principal.

art. 344 CP en su hipótesis omisiva es un delito especial propio, dirigido exclusivamente a la persona gestante. En virtud de esto, dado que el mandato establecido en la forma de “consintiere que otra persona se lo cause”, a nivel de norma de comportamiento, sirve como razón para la ejecución de acciones únicamente para la mujer embarazada, no es posible afirmar que los padres sean destinatarios de dicha norma de comportamiento. Esto, a su vez, implica que los padres simplemente no pueden ser autores de esta hipótesis del delito del art. 344, puesto que la autoría en cualquiera de sus formas, como modo de imputación, requiere del quebrantamiento del deber primario expresado en la norma de comportamiento, lo que no es posible en el caso planteado<sup>353</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, restan comportamientos por estudiar respecto a los otros intervinientes de la situación planteada. En ese sentido, me dedicaré en las próximas páginas a desarrollar si es posible la imputación a los padres de las conductas realizadas por el personal médico al interrumpir el embarazo de A y a qué título podría hacerse, primeramente, si el equipo médico actúa sin conocimiento de la coacción, y, en segundo lugar, si los facultativos de la salud realizan la intervención con conocimiento de la coacción.

#### **A. Los padres como coautores mediatos del delito de aborto si el equipo médico actúa bajo error en el tipo permisivo**

##### **i. ¿Los padres como coautores mediatos del delito de aborto?: el art. 345 como hecho punible especial**

Como ya fue señalado en páginas anteriores, si los médicos realizan la interrupción del embarazo, siguiendo el procedimiento de la Ley 21.030, bajo la creencia de que actúan amparados por una de las causas de justificación incorporadas por esta ley al art. 119 CS, su comportamiento se comprendería dentro de los supuestos de un error de las causas de justificación.

En relación con la autoría mediata, como fue analizado en la sección anterior, las razones por las cuales puede faltarle el carácter delictivo a la persona de adelante pueden clasificarse, en términos de Mañalich, en dos clases: la primera, en los que el motivo para excluir la imputación sea la falta

---

<sup>353</sup> Por el contrario, esto no significa que terceros no destinatarios de la norma de comportamiento no puedan intervenir como partícipes de los delitos especiales propios. Esto, pues si bien no son destinatarios de la norma primaria, sí se encuentran obligados por una norma que prohíbe la contribución con la conducta de quienes sí se encuentran obligados por la norma de comportamiento. De cualquier modo, en este caso, no podemos hablar de que exista un delito de parte de la menor, por lo que no es posible sostener la participación de los padres. A pesar de lo anterior, resulta interesante mencionar que, lo que caracteriza la autoría mediata es el déficit de un presupuesto para el carácter delictivo del sujeto de adelante, si esto no se da, entonces se está frente a una inducción, siempre que exista una motivación determinante del sujeto de atrás en el de adelante respecto de su comportamiento. Véase en: Kindhäuser, *Infracción de Deber y Autoría*, 51 – 52 y en Kindhäuser, *Cuestiones Fundamentales*, 67 - 68.

de capacidad para el seguimiento de la norma; y la segunda, que la norma quebrantada no pueda exigirse como estándar aplicable al sujeto de adelante. Dentro de este primer grupo de casos, se encuentran todo tipo de razón “que excluya la imputabilidad de la realización del tipo como infracción de deber culpable al hombre de adelante”<sup>354</sup>, consistiendo en aquellos casos en los que hay ausencia de dolo.

En el mismo sentido lo indica Kindhäuser, que sostiene que una primera forma de instrumentalización de la persona de adelante consiste en aquellos casos en los que el instrumento actúa bajo un error, o justificada o inculpablemente. Incluso, señala como ejemplo que “el hombre de atrás pone al hombre de adelante en una situación de error de tipo excluyente del dolo”<sup>355</sup>.

En virtud de lo anterior, lo que indican los casos en los que el sujeto de adelante actúa bajo un error de tipo es que “él no estuvo en posición de seguir la norma en el momento relevante para la decisión”<sup>356</sup>, por no haber tenido el conocimiento respecto de las circunstancias fácticas para que la norma operara como una razón para la acción. A su vez, el motivo por el cual la conducta es imputable al sujeto de atrás es por la competencia de este en el actuar bajo error del instrumento.

Así, en el análisis de los requisitos para la autoría mediata, para el caso planteado se ve cumplido el referido al déficit de alguno de los presupuestos necesarios para la responsabilidad jurídico-penal. Sobre este déficit, es necesario además que exista una conexión entre este y la imputación del comportamiento a la persona de atrás, que en este caso se daría por el condicionamiento del error en el cual se encuentra el equipo médico, generado por la coacción a la que los padres someten a la menor para la realización del aborto.

Sin embargo, de forma similar a lo ocurrido en el estudio de la autoría mediata respecto del art. 344 CP relacionado a la niña embarazada, el requisito que resulta interesante de analizar en este caso –respecto de los médicos– se vincula con la necesidad de que los padres deben satisfacer todos los presupuestos exigidos para que se les pueda imputar el comportamiento del equipo de facultativos de la salud como comportamiento propio. Para esto, los padres deben ser destinatarios de la misma norma de comportamiento que afecta a los profesionales de la salud.

---

<sup>354</sup> Mañalich, *La Estructura de la Autoría Mediata*, 400.

<sup>355</sup> Kindhäuser, *Infracción de Deber y Autoría*, 44.

<sup>356</sup> Mañalich, *La Estructura de la Autoría Mediata*, 402.

Esto presenta una dificultad per se, correspondiente “a la *individuación* de las normas de comportamiento cuyo quebrantamiento es eventualmente punible”<sup>357</sup>. Respecto de ello, lo que es importante dilucidar es si quien es autor del delito de aborto del art. 345 CP quebranta una norma de comportamiento distinta a quien es autor del delito de aborto del art. 342 CP.

A diferencia de la mujer, en cuyo caso se contempla no solo una prohibición a realizarse ella misma un aborto -salvo en aquellos casos que esté permitido por una causa de justificación- sino que, además, está sujeta a un mandato (norma de requerimiento) que la obliga a tolerar el embarazo; ni los facultativos ni los terceros -dentro de los cuales se encuentran los padres de A- tienen este deber, sino únicamente están sujetos a la prohibición. Así, lo esencial será determinar si la prohibición a la que se encuentran afectos estos sujetos es o no la misma. En este sentido, no se debe asumir de que, por existir dos normas de sanción, debemos encontrarnos frente a dos normas de comportamiento.

Para esto, resulta clarificador el ejemplo indicado por Mañalich, quien señala “¿tendría sentido asumir que el autor de un parricidio quebranta una norma distinta de la norma quebrantada por el autor de un homicidio, por la sola circunstancia de que la norma de sanción del art. 390, que tipifica el parricidio es -indiscutiblemente- divergente de la norma de sanción del art. 391, que tipifica las variantes básicas y calificadas del homicidio *stricto sensu*?”<sup>358</sup> Y la respuesta es que no, no tiene sentido entender que existe una prohibición especial relativa a que no se puede matar a sus ascendiente, descendientes o a quien fue o es su cónyuge, sino que esta conducta se encuentra comprendida dentro de la prohibición general de “no matar a otro”. La situación es similar respecto del aborto, carece de valor entender que, por un lado, existe una prohibición general de no provocar un aborto y, por el otro, existe una prohibición específica para el personal médico que rece “está prohibido para el facultativo de la salud provocar un aborto abusando de su oficio”.

Lo anterior, se ve reforzado, además, por el hecho de que en todos los casos el bien jurídico protegido sería el mismo, consistente en la “vida” del no nacido. Por lo que no es necesario plantearse la existencia de dos normas de comportamiento distintas. Así, el art. 345 CP no

---

<sup>357</sup> Mañalich, Juan Pablo. “La Violación como Delito contra la Indemnidad Sexual bajo el Derecho Penal Chileno. Una Reconstrucción desde la Teoría de las Normas”. *Revista Ius et Praxis* N° 2 (2014): 22. Esta era la objeción elaborada por Beling en contra de la teoría de las normas de Binding, sosteniendo que de estas normas no podría realizarse individuación, por no tener formulación legal expresa, a diferencia de las normas de sanción.

<sup>358</sup> *Ibid.*, 53.



refuerza una norma de comportamiento distinta a la del art. 342, sino que establece únicamente, a nivel de norma de sanción, una distinción relativa a la penalidad de la conducta, agravándola, en atención al sujeto que comete el delito. Es por ello que, al referirnos al tipo especial relativo al facultativo de la salud en el aborto, no hablamos de un delito especial propio, sino de un hecho punible especial.

Estos últimos, corresponderían en realidad, en ningún caso a un delito especial, sino a un delito común, “el cual se ve cualificado en el nivel de sus presupuestos de punibilidad en virtud de la concurrencia de un determinado estatus especial en la persona del autor”<sup>359</sup>. Así, encontrarían por particularidad que, si bien como normas de comportamiento están dirigidas a toda la población, “el específico deber de ejecutar u omitir una determinada conducta se presentaría situacionalmente solo para aquellos que estuvieran ante una oportunidad-para-la-acción, a saber, para quienes se encontraran en la situación de seguir la norma”<sup>360</sup>.

De esta manera tenemos como reconstrucción del esquema general del delito de aborto: por un lado, una prohibición general a nivel de norma de comportamiento, que podría expresarse como “no matar al nasciturus”, y por el otro lado, un mandato dirigido específicamente a la persona embarazada, reforzado por el art. 344 en su segunda hipótesis.

En atención a esto, los padres son destinatarios de la misma norma de comportamiento que los médicos. En caso de quebrantarse dicha prohibición, la que representa efectivamente una razón para la omisión de la acción, es posible imputarles la conducta a título de autoría. Sin embargo, a nivel de normas de sanción, el art. 345 CP exige como presupuestos de punibilidad que el sujeto que realiza el comportamiento prohibido sea un facultativo, estableciendo como sanción una pena basada en las contempladas por el art. 342 según sus distintas hipótesis, aumentada en un grado. Dado que los padres no cumplen con estas condiciones, solamente puede imputárseles a título de coautores mediatos (la coautoría se desarrollará en el siguiente acápite) el art. 342 CP, específicamente en su numeral 2º, por no existir el consentimiento de la mujer embarazada.

---

<sup>359</sup> Mañalich, Juan Pablo. “Tentativa, Error y Dolo. Una Reformulación Normológica de la Distinción entre Tentativa y Dolo Putativo”. *Revista Política Criminal* N° 14 (2019): 358.

<sup>360</sup> Olave, Alejandra. “Delimitación del Círculo de Autores en los Delitos Especiales”. *Revista de Ciencias Penales* (2019): 345. En ese sentido, la autora entrega como ejemplos: el delito de hurto, en cuyo caso, la “oportunidad para la acción” se daría para cuando el sujeto se encuentre ante un bien mueble ajeno; o en el caso de la prohibición al homicidio, solamente se tendría la oportunidad de seguir la norma de estar en presencia de otro. Esto se vería expresada en la fórmula: “Prohibido/requerido Y comportamiento de x individuos”, a diferencia de los delitos especiales, que se reflejan en la fórmula: “Para x individuos, prohibido/requerido Y comportamiento”, siendo únicamente destinatarios de la norma de comportamiento aquellos sujetos que detenten la calidad especial requerida por esta.

## **B. Los padres como cómplices del delito de aborto realizado por los facultativos que actúan con conocimiento de la coacción**

Ya analizada la situación de los padres en el caso de que los facultativos se encontraran bajo un error en las causas de justificación, resta por desarrollar las posibles imputaciones en caso de, ya no encontrarse estos últimos bajo un error, sino con pleno conocimiento de la coacción sufrida por la niña y, en consecuencia, de su falta de voluntad en interrumpir su embarazo.

### **i. ¿Coautoría o complicidad?: fundamentos generales de ambos criterios de imputación**

La coautoría es comprendida tradicionalmente configurada “cuando varias personas –previa celebración de un acuerdo (expreso o tácito)- llevan a cabo un hecho de manera mancomunada, mediante una contribución objetiva a su realización”<sup>361</sup>, de esta manera, lo que caracteriza a esta forma de imputación es que “a cada uno de los agentes no sólo se le imputa como propio aquello que ejecuta de propia mano, sino también la conducta de los demás intervinientes”<sup>362</sup>.

Kindhäuser plantea como presupuestos determinantes de la coautoría: en primer lugar, que cada interviniente sea responsable por su propio comportamiento, independiente del de los demás; y, en segundo lugar que, a la vez, a todos los intervinientes se les pueda imputar normativamente el comportamiento de los demás como comportamiento propio<sup>363</sup>. Así, el problema en esta forma de imputación es determinar bajo qué criterio es posible atribuir la responsabilidad a cada uno de los intervinientes respecto de la generación de un daño global, esto, puesto que a cada agente no solamente se le imputa como propio el comportamiento que realiza “de propia mano”, sino también los que realizan los demás intervinientes, por lo que “las diferentes aportaciones al hecho se engloban en un único hecho contrario a deber, del que responde cada uno de los coautores como si lo hubiera cometido solo”<sup>364</sup>. Sobre lo anterior, la doctrina es amplia en cuanto a distintas soluciones para el problema<sup>365</sup>, a pesar de esto, me referiré exclusivamente a la construcción planteada por Kindhäuser.

Este autor sostiene que la responsabilidad en este tipo de autoría se funda en el principio de representación recíproca. Este principio es definido como “todos y cada uno de los intervinientes

---

<sup>361</sup> Velásquez, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, 1054.

<sup>362</sup> Kindhäuser, *Cuestiones Fundamentales*, 53.

<sup>363</sup> En: Kindhäuser, *Infracción de Deber y Autoría*, 50.

<sup>364</sup> Kindhäuser, *Cuestiones Fundamentales*, 53.

<sup>365</sup> Para el análisis en detalle de las propuestas planteadas por la teoría de la equivalencia de la causalidad, por la denominada como “solución individual” y por la teoría que sostiene tratar la coautoría como una persona colectiva, véase: *ibíd.*, 57.

deben gestionar simultáneamente tanto un ‘negocio’ propio como ajeno a través de su conducta, es decir, actuar al mismo tiempo ‘de propia mano’ y ‘de mano ajena’ (...)”<sup>366</sup>. Para esto, es relevante destacar que una persona, a través de sus decisiones autónomas, puede provocar que una acción de su propia mano se considere como comportamiento ajeno y viceversa <sup>367</sup>. Justamente esto es lo que ocurriría en la coautoría, puesto que los intervinientes ocupan un esquema de interpretación común, de modo tal que la conducta se entiende como *hetero-organización consentida*. Así, no existe ningún problema en imputar como propios comportamientos ajenos y como ajenos comportamientos propios, siempre que estos estén insertos en los mismos círculos de organización.

En el contexto nacional, Mañalich también plantea que el principio de representación recíproca es el que rige en la coautoría, requiriéndose que el comportamiento de los distintos intervinientes sea expresivo de lo que el autor llama “un patrón de agencia recíprocamente vinculante”<sup>368</sup>, de modo tal que la conducta de cada uno de los coautores represente el desempeño de los demás y, a su vez, sea representado por el desempeño de los otros.

Para la infracción de deber en estos casos, es necesario distinguir entre el injusto objetivo y a la imputación subjetiva. En términos generales, por un lado, el injusto objetivo se relaciona con el criterio de imputación objetiva, según la cual, una conducta será objetivamente imputable siempre que su realización implique un riesgo no permitido para el agente, por lo que, resulta evidentemente necesario que el interviniente sea destinatario de la norma y que haya generado de propia mano una contribución al riesgo, ya sea, de forma constitutiva o incrementándolo. Y, por el otro lado, la imputación subjetiva dice relación con la obligación del agente de omitir dicha conducta generadora de riesgo, así, para la coautoría es necesario que el sujeto no reconozca la norma a través de un comportamiento propio que traiga por consecuencia un incremento al riesgo de la realización del tipo penal. Adicionalmente, se requiere que el individuo tenga conocimiento de su aportación en el riesgo, relacionado con las acciones de los otros intervinientes, mas, también, que todos los coautores actúen, “subjetivamente, sobre la base de un plan conjunto”<sup>369</sup>, de modo que, el comportamiento de cada coautor debe seguir el mismo patrón, pudiendo entenderse como un reparto de tareas. Frente a esto, debe concebirse una interpretación

---

<sup>366</sup> Kindhäuser, *Infracción de Deber y Autoría*, 64.

<sup>367</sup> Véase pie N° 408.

<sup>368</sup> Mañalich, *El Modelo*, 83.

<sup>369</sup> Kindhäuser, *Infracción de Deber y Autoría*, 50 – 51.

recíproca del esquema como vinculante, cuya expectativa de obligatoriedad operará como el fundamento para entender las acciones propias como ajenas y viceversa. Solamente de esta forma se le imputará a cada coautor el quebrantamiento de la norma, en la forma de una infracción de deber conjunta<sup>370</sup>.

Sobre lo indicado, resulta pertinente destacar que para que sea posible esta imputación, se requiere que sujetos autónomos tomen decisiones autónomas, de modo que, a diferencia de la autoría mediata, la coautoría exige que ninguno de los intervinientes presente un déficit de imputación por el cual deba responder otro sujeto. Esto es relevante, puesto que las distintas teorías se han centrado en dilucidar el cómo, en un contexto en que todos los intervinientes son responsables, es posible delegar la responsabilidad a terceros, pero sin que esto los exonere de esta por la infracción de deber.

Lo anterior, que Kindhäuser denomina como “la inderogable autorresponsabilidad por el actuar propio”, se ha manifestado en la doctrina bajo un principio de autonomía en el sentido de prohibición de regreso -muy criticado por el autor-, que se puede sintetizar en: “la producción culpable (o, incluso, meramente antijurídica) de una modificación, se dice, impide la imputación de esa modificación a otro agente”<sup>371</sup>. Esto ha llevado a la doctrina a la comprensión de que no se puede imputar, a título de autor, cualquier contribución causal previa a la realización del tipo. Lo cual prácticamente excluye de plano la posibilidad de imputar delitos a título de coautoría. Lo que resulta ilógico de este planteamiento, es que la infracción de un deber de una persona impida la imputación por el quebrantamiento de deber de otra, contraviniendo el principio de imputación general. Según ello, por el hecho de que todos los intervinientes son completamente responsables por su comportamiento, tomando decisiones autónomas, es que la coautoría debe fundamentarse en el principio de autonomía, pero no en el sentido de la prohibición de regreso, sino de la representación recíproca.

Por el contrario, dado que la participación se establece negativamente a partir de la autoría, es importante dar cuenta de que “la complicidad se diferencia negativamente de la coautoría”<sup>372</sup>, por lo que, ante la falta de representación recíproca en el comportamiento de los intervinientes, no se

---

<sup>370</sup> Sobre la infracción de deber conjunta, Mañalich agrega que esta se rige por el principio de la contrafactividad de la imputación. Al respecto, el autor indica que se vincula con el reconocimiento de un déficit en el destinatario de la norma de comportamiento en cuanto al reconocimiento de esta como razón para la formación de la intención compartida para la ejecución o la omisión de la acción. Véase: Mañalich, *El Modelo*, 84.

<sup>371</sup> Kindhäuser, *Cuestiones Fundamentales*, 63.

<sup>372</sup> Kindhäuser, *Infracción de Deber y Autoría*, 51.

da la coautoría, sino únicamente la complicidad. Además, en esta última, se acepta mayoritariamente la “complicidad unilateral”, por lo que no se requeriría tampoco de acuerdo previo.

En ese sentido, Mañalich interpreta la complicidad como una acción “*auxiliar* a una acción principal, en el sentido de constituir un quebrantamiento secundario de la misma norma penal infringida por los coautores”<sup>373</sup>, siendo lo esencial que el comportamiento sea expresivo de un acto de mera cooperación, provocándose la ejecución u omisión de una acción dependiente de la acción principal, quebrantada por el autor o los coautores. De esta forma, resulta pertinente destacar el principio de accesoriedad de esta forma de intervención delictiva, según el cual “[a]l partícipe se imputa el quebrantamiento de la *misma* norma cuyo quebrantamiento es imputable al autor (o a los coautores), pero precisamente a título de *participación en una* (única) infracción de deber por parte de otro(s)”<sup>374</sup>.

## **ii. Los padres como cómplices del delito de aborto**

Realizado el análisis general de la coautoría y de la complicidad, resta por aclarar a cuál de estos dos títulos de intervención delictiva corresponde la imputación del comportamiento realizado por los padres de A, en el caso de que los facultativos de la salud hayan realizado el aborto con conocimiento de la coacción.

Así, como ya se desarrolló en la primera sección del actual capítulo, las disposiciones del Código Penal chileno contemplan la coautoría en dos de los numerales del art. 15: en el primero y en el tercero. A partir de ello, lo que exige nuestro ordenamiento para este criterio de imputación es, por un lado, que se tome parte en la ejecución del hecho –art. 15 N° 1- y; por el otro lado, que los sujetos estén concertados para su ejecución –art. 15 N° 3-.

De esta manera, con el solo análisis de la disposición, resulta evidente que ante la situación planteada, consistente en que los padres de A la coaccionan para que esta se realice un aborto, el cual es practicado por facultativos en conocimiento de la coacción y, por tanto, con pleno conocimiento de la falta de voluntad de A en interrumpir su embarazo, no configurándose por este motivo la causa de justificación denominada como “indicación criminológica” comprendida en el art. 119 CS, es posible afirmar que no existe concierto previo, por lo que derechamente debe desecharse la inclusión del caso en la hipótesis de coautoría del art. 15 N° 3.

---

<sup>373</sup> Bascur, *Consideraciones sobre la Delimitación entre Coautoría y Complicidad*, 218,

<sup>374</sup> Mañalich, *Norma, Causalidad y Acción*, 88.

Ahora bien, ¿qué ocurre con la hipótesis de coautoría del art. 15 N° 1? Sobre la exigencia de *tomar parte en la ejecución del hecho*, si bien se ha discutido su significado, existe acuerdo de que, al menos, se encontraría vinculado con una exclusión de todos los actos preparatorios, requiriendo de al menos una realización parcial que alcance el grado de tentativa punible del art. 7 CP –dar principio a la ejecución del delito por hechos directos, aunque falten de estos para su complemento-. Así, no se verían comprendidos dentro del art. 15 N° 1, quienes realicen hechos anteriores al principio de ejecución, lo cual resulta congruente con la regla general para estos actos consistente en que son generalmente impunes<sup>375</sup>.

El contenido de este requisito ha sido sumamente discutido en la doctrina tanto nacional<sup>376</sup> como comparada, vinculándose con las diferentes teorías sobre la autoría y de la comprensión de cuándo se inicia la tentativa en la comisión de un delito. Sin perjuicio de esto, para el presente trabajo no es necesario ahondar en este punto, dado que, como fue analizado en la sección previa, lo que determinará la imputación a título de coautoría de un comportamiento es que exista un esquema de representación recíproca, que opere como fundamento de la imputación de conductas realizadas por los otros intervinientes como propias y de las conductas propias como realizadas por los otros coautores. Este requisito esencial de la coautoría, no se puede entender como concurrente en el caso, puesto se tiene lugar a comportamientos totalmente independientes el uno del otro, por un lado, los médicos que realizan el aborto con conocimiento de la falta de voluntad de la niña y; por el otro, los padres que coaccionan a su hija para que esta acceda a realizarse el aborto.

---

<sup>375</sup> En particular, los actos preparatorios realizados por un *actor aislado* son impunes (salvo figuras típicas especiales consistentes en delitos de peligro abstractos), mientras que los *pluripersonales* son excepcionalmente penados en nuestro ordenamiento, específicamente: la proposición y la conspiración (art. 8 CP). Véase más en: Politoff, Sergio. *Los Actos Preparatorios del Delito Tentativa y Frustración. Estudio de Dogmática Penal y de Derecho Penal Comparado*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999), 51 – 53 y 59 – 95.

<sup>376</sup> Para ver mayor detalle de las distintas posturas, véase: Bascur, *Consideraciones sobre la Delimitación entre Coautoría y Complicidad*, 199 – 200. En estas, es posible destacar la teoría de mayor adherencia –del dominio funcional del hecho- y la postura crítica de J.P. Mañalich. Según la primera, lo determinante para la tentativa será la puesta en peligro de forma dolosa próxima a la realización del tipo penal, a través del régimen de división de trabajo existente entre los distintos intervinientes mediante el “dominio *negativo*” de la ejecución del hecho. Por otro lado, Mañalich plantea, a partir de un enfoque silogístico, la distinción entre la consumación y tentativa, rechazando una distinción basada en la completitud e incompletitud del delito (esto, porque entender la tentativa como un delito incompleto o como una realización parcial del mismo es un “error categorial” puesto que la realización del tipo no admite cuantificación). Para el autor, el concepto de *tentado*, se contrasta categorialmente con la consumación, por lo que un delito tentado corresponde a un delito no consumado, siendo una instancia no paradigmática de comportamiento punible. Según lo anterior, sostiene que la tentativa es el quebrantamiento imperfecto –dada por la imperfecta congruencia performativa del no reconocimiento de la prohibición o mandato establecido por la norma de comportamiento como razón vinculante para acción (no omitir el comportamiento prohibido o no realizar la conducta exigida)- de la norma de comportamiento respectiva. Véase más en: Mañalich, Juan Pablo. “La Tentativa de Delito como Hecho Punible. Una Aproximación Analítica”. *Revista Chilena de Derecho* Vol. 44 N° 2 (2017): 213, 215 y 275.

De esta manera, viéndose descartada la posible coautoría entre el equipo médico y los padres, resta únicamente como imputación la participación a título de complicidad.

Así, como ya fue señalado, la complicidad se entiende comprendida en nuestro ordenamiento en el art. 16 CP que establece “[s]on cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”, entendiéndose por tanto como un concepto residual respecto del art. 15.

Según lo anterior, es posible caracterizar al cómplice como “quién despliega una conducta colaborativa o favorecedora a la ejecución del hecho típico”<sup>377</sup>, pudiendo esta consistir tanto en una cooperación física como intelectual. De esta forma, es posible afirmar que se entenderá como cómplice aquel que realiza como aportación, ya sea, la posibilitación, facilitación, intensificación o aseguramiento del hecho delictivo<sup>378</sup>.

En este sentido, a diferencia de la coautoría, en la complicidad no debe concurrir la representación recíproca y tampoco es necesaria la existencia de acuerdo previo (como sí lo es en el art. 15 N° 3 CP), de modo que se acepta la denominada como *complicidad unilateral*. Por otro lado, resulta pertinente destacar que “su punición depende de que el aporte haya sido efectivamente aprovechado por el autor”<sup>379</sup>, según ello, es posible afirmar que “[s]ólo aquello que el ejecutor necesita puede ser objeto de una prestación de ayuda”<sup>380</sup>.

En el caso planteado, entonces, resulta evidente que existe de parte de los padres de A, un comportamiento auxiliar consiste en la coacción de la niña para que esta se realice la intervención médica en contra de su voluntad, dando lugar a la posibilitación de la realización del delito de aborto por parte de los facultativos de la salud, pudiéndoseles imputar el comportamiento únicamente a título de complicidad<sup>381</sup> –sin perjuicio, de ser autores del delito de coacción–.

---

<sup>377</sup>Bascur, *Consideraciones sobre la Delimitación entre Coautoría y Complicidad*, 213. En ese sentido, también se plantea como requisito, que exista al menos un mínimo de peligrosidad al bien jurídico, para comprender la participación imputable a título de complicidad.

<sup>378</sup> En: *Ibíd.*

<sup>379</sup> Hernández, Héctor. “Comentario”, en *Código Penal Comentado. Libro Primero (Arts. 1° a 105) Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago: Legal Publishing, 2011), 414.

<sup>380</sup> Mañalich, *El Modelo*, 89.

<sup>381</sup> Sobre este punto, existe también gran discusión respecto a cuál sería el delito que se les podría imputar a modo de complicidad (replicable en cuanto a lo ya señalado respecto a la comunicabilidad entre el intraneus y el extraneus), particularmente para el caso, si este debiese ser el delito común del art. 342 o el delito especial “impropio” del art. 345 CP. En ese sentido, lo que parece más adecuado, si los cómplices tenían conocimiento de que el aborto sería realizado por facultativos de la salud, que estos respondan como cómplices del art. 345 CP.

## Conclusiones

Existen en nuestro ordenamiento jurídico, una serie de disposiciones que cautelan lo que se ha entendido –erróneamente- como el derecho a la vida del que está por nacer, destacándose el art. 19 N° 1 inciso 2° de la Constitución Política de la República, que establece que “[l]a ley protege la vida del que está por nacer”; los art. 342 y siguientes del Código Penal, que consagran los distintos tipos del delito de aborto; y el art. 119 del Código Sanitario, que entre los años 1989 y 2017 consagraba la prohibición de provocar un aborto, siendo modificado en este último año, pasando a contemplar las denominadas comúnmente como “tres causales” incorporadas por la Ley N° 21.030 –también conocida como Ley I.V.E- en las que se despenalizó la realización del aborto en determinadas situaciones.

Es pertinente realizar la observación, que resulta del todo evidente, que desde la dictadura cívico-militar en nuestro país se instauró un modelo sumamente conservador en cuanto al aborto y su regulación. En este sentido, lo que se impuso fue un sistema de creencias morales y religiosas que esconde, tras la protección a la vida del nasciturus, una concepción respecto al rol de la mujer y la familia, restringiendo sus libertades y autonomía negando sus derechos sexuales y reproductivos.

Pese a esto, la construcción dogmática de este delito –desde una perspectiva secular- y la relación con el bien jurídico cautelado, correspondiente a la vida del feto, no puede llevar a otra conclusión que, por carecer el “sujeto” titular del bien jurídico de la capacidad de tener interés por su propia vida, y por tanto, de no poder plantearse dicho interés como fundamento para su derecho, entonces no se puede entender que el feto sea titular del derecho a la vida, siendo el bien jurídico protegido de menor entidad que los derechos propios de la mujer, que sí tiene interés en ellos, los cuales se ven afectados por la mantención del embarazo.

Es por esto que, es importante destacar la incorporación en nuestro ordenamiento de la Ley N° 21.030, que, a pesar de utilizar el concepto de *despenalización* que deja indeterminado el motivo de exclusión de punibilidad, debe entenderse que incorpora al art. 119 CS tres nuevas causales de justificación a nuestro ordenamiento, estableciendo una permisión fuerte que desplaza la ilicitud en estos comportamientos, pudiéndose afirmar, por tanto, que existe un derecho de las personas gestantes, que se encuentren en las situaciones contempladas en la disposición –ya sea en la indicación terapéutica, embriopática o humanitaria- a realizarse un aborto, viéndose también permitida la conducta respecto de los facultativos que la ejecutan.



La comprensión de las indicaciones como permisiones reviste especial importancia en el delito de aborto, puesto que por años la doctrina nacional mayoritaria sostuvo que para este delito no concurría ninguna justificación posible (protección superior a la existente para el derecho a la vida de las personas nacidas), por no cumplirse con los requisitos ni del estado de necesidad agresivo (restringido únicamente a afectaciones a la propiedad y a la intimidad por los art. 10 N° 7 y art. 145 CP) ni de la legítima defensa (por no existir agresión ilegítima, requerida por los art. 10 N° 4 al 6 CP). Si bien no existió en nuestro país gran discusión en cuanto a la exclusión del estado de necesidad defensivo –el que justamente sostengo como concurrente en estos casos, siguiendo lo planteado por el profesor Bascuñán Rodríguez- quienes lo rechazaron expresamente, fue bajo el argumento de que el derecho a la vida es el bien jurídico superior en nuestro Derecho, no pudiendo ponderarse con otros. Incluso, se sostuvo que no era posible la configuración del estado de necesidad defensivo en las situaciones de aborto terapéutico, por no tener el feto responsabilidad alguna en la afectación a los intereses de la mujer, ignorándose así la responsabilidad planteada en este trabajo, a partir de la teoría desarrollada por Dan-Cohen, como *responsabilidad por el cuerpo*.

De esta forma, se pretendía que los art. 342 y siguientes CP consagraran la teoría del doble efecto, prohibiendo la realización de todo aborto con dolo directo (incluso en casos en los que la mantención del embarazo implicara un riesgo para la vida de la madre), permitiéndolo únicamente en aquellos casos en que este se provocara de forma indirecta.

En ese sentido, si bien mediante la Ley I.V.E el legislador creó nuevas causas de justificación, estas son manifestaciones del estado de necesidad defensivo, que se caracteriza por dar lugar a situaciones en las que el “inocente” debe soportar la afectación a sus bienes jurídicos, a partir de una acción defensiva realizada por un sujeto que ve afectados sus propios intereses –afectación que proviene del inocente- con la exigencia de que los intereses salvaguardados sean de igual o mayor entidad que los afectados. Esto, es perfectamente sostenible en las circunstancias contempladas por las indicaciones –e incluso en todo embarazo no consentido-, por ser el bien jurídico vida del no nacido de menor entidad que el cautelado respecto a las personas –por el hecho de carecer el feto de derecho a la vida-, y, a su vez, pudiéndose afirmar que resulta, al menos, de igual entidad que el conjunto de intereses de la mujer embarazada que ve afectados por la mantención del embarazo.

Por último, antes de referirme a las conclusiones puntuales de responsabilidad penal para los intervinientes del caso planteado, es importante señalar que las causales de justificación del art. 119 CS tienen una estructura compleja, en ese sentido, no requieren únicamente de las circunstancias objetivas contempladas en la norma, sino también de la voluntad de la persona que accede a la prestación de salud. De este modo, se exigen una serie de formalidades para la expresión de dicha voluntad, la que, a su vez, configura el estado de necesidad defensivo (el embarazo significa una afectación a los intereses de la persona gestante si este no es consentido) e implican, además, el consentimiento para las posibles lesiones resultantes de la intervención.

Es este presupuesto el faltante en el caso planteado, puesto que el consentimiento de A se encuentra viciado por la coacción realizada por sus padres, que es el motivo que la lleva a acceder –en contra de su voluntad- a la interrupción de su embarazo por la tercera indicación, específicamente por haber sido este producto de una violación, por tener ella 13 años de edad y su pareja 16 años.

Es por la falta de este requisito, que resulta pertinente el análisis sobre la responsabilidad penal de los distintos intervinientes que realizan el aborto, puesto que no es posible afirmar que se configura la justificación contenida en el art. 119 CS. En ese sentido, el trabajo se dividió en tres capítulos: el primero, relativo a la situación de la niña embarazada que consiente en que se le realice un aborto (hipótesis del art. 344 CP en su segunda parte); el segundo, respecto del análisis de la intervención abortiva realizada por los facultativos de la salud (hipótesis del art. 345 CP), distinguiendo, por un lado, si los facultativos actuaron bajo un error en el tipo permisivo, y, por otro lado, si lo hicieron con conocimiento de la coacción; y, por último, en el tercer capítulo, se analizó la responsabilidad de los padres que ejercen la coacción sobre la menor, tanto respecto del comportamiento de esta, como respecto del comportamiento de los facultativos.

A partir de ello, se concluyó, en primer lugar, respecto de la conducta de A, que el llamado *autoaborto* contemplado en el art. 344 CP, específicamente en su segunda hipótesis, por consentir la mujer embarazada en que un tercero le practique un aborto, carece en este caso de antijuridicidad, por no poder entenderse que, si los fines del establecimiento de la tercera indicación son justamente un resguardo ante la gran afectación a la autonomía de la mujer por la violación que da lugar al embarazo, al sufrir una coacción que la lleva a consentir que se le realice un aborto en contra de voluntad, viéndose su autonomía incluso más afectada, el ordenamiento la sancione considerando que su conducta es ilícita. Por lo demás, en cualquier caso, su comportamiento

tampoco sería culpable, por existir una coacción que daría lugar a un estado de necesidad exculpante (además de ser inimputable por ser menor de 14 años de edad).

Respecto a los facultativos de la salud, es importante destacar que, en principio, su comportamiento sí se encuentra permitido por las causas de justificación de la Ley N° 21.030, sin embargo, en la situación planteada, el aborto realizado por parte del equipo médico no estaría permitido por falta el presupuesto esencial de la voluntad de la persona embarazada. Según lo anterior, es relevante distinguir entre si los facultativos actuaron o no con conocimiento de la coacción. En ese sentido, si los facultativos no tenían conocimiento de esta, el personal se vería en una situación de error en las circunstancias fácticas de la causa de justificación, a la cual corresponde el tratamiento de un error en el tipo permisivo, por lo que no es posible afirmar la responsabilidad penal de los médicos en el procedimiento, por verse excluido el dolo. La situación es distinta si, por el contrario, los facultativos sí tienen conocimiento de la coacción, en cuyo caso el comportamiento se les debe imputar a título de autoría directa y aplicar las sanciones establecidas en el art. 345 CP, el cual corresponde a un hecho punible especial.

Por último, en tanto a la responsabilidad de los padres, no cabe lugar a dudas que estos son autores del delito de coacciones respecto de su hija, sin embargo, el análisis de este delito superaba los fines de esta memoria, por lo que solamente se analizó su participación en relación al delito de aborto. En este último delito, por un lado, se concluyó que no era posible imputarles el comportamiento a título de coautoría mediata respecto al comportamiento de la menor, dado que la segunda parte del art. 344 CP corresponde a un delito especial propio, que tiene por único destinatario a la persona gestante, por lo que los padres no son destinatarios de dicho delito de omisión propio. Por lo demás, dado que el comportamiento no puede ser entendido como un injusto por carecer de antijuridicidad, no es posible afirmar tampoco un grado de intervención a título de participación en sentido estricto (particularmente como inductores). Por otro lado, en relación al comportamiento de los facultativos de la salud, se analizó la responsabilidad de los padres, distinguiendo nuevamente entre si estos actuaron bajo un error o con conocimiento de la falta de voluntad de la niña. En el primer caso, por el déficit en el carácter delictivo en el actuar del personal de salud, el cual además es responsabilidad de los padres de A, es posible afirmar que estos son coautores mediatos del delito de aborto realizado por los *instrumentos*. Por el contrario, si los médicos actúan con conocimiento de la coacción, no es posible afirmar que los padres son coautores del delito, por no poderse señalar que se cumple con el principio de responsabilidad

recíproca exigido en este tipo de intervención delictiva, de modo que únicamente se les podrá considerar como cómplices del tipo del art. 345 CP, por posibilitar la realización del delito por parte del equipo médico.

A modo de cierre, me parece esencial reiterar en la importancia que se debe tener respecto a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, por lo cual es innegable el valor de la dictación de la Ley I.V.E en el año 2017 –sin perjuicio de múltiples avances que restan por hacerse en nuestro ordenamiento jurídico-, sin embargo, el caso presentado también expone la afectación de estos derechos a una adolescente, en la que el sistema da muestra de la falta de consideración en su voluntad y en la privación de la posibilidad de decisión respecto de su vida. Es por ello, que la presente memoria tiene por finalidad el dar cuenta que estos hechos no son despreciables, sino que revisten de relevancia penal, la cual se pretendió analizar con la mayor profundidad y pertinencia posible.

## Bibliografía

### Doctrina

1. Abanto, Manuel. “Autoría y Participación y la Teoría de los Delitos de Infracción del Deber”. *Revista Penal*: 3 - 23.
2. Álvarez, Silvina. 2017. “La Autonomía Reproductiva. Relaciones de Género, Filiación y Justicia”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*: 147 – 170.
3. Bascuñán, Antonio. 2001. “Límites a la Prohibición y Autoridad Legal del Aborto Consentido en el Derecho Constitucional Comparado”. *Revista de Derecho Público*: 209 – 247.
4. \_\_\_\_\_. 2004. “La Licitud del Aborto Consentido en el Derecho Chileno”. *Revista Derecho y Humanidades*: 143 - 181.
5. \_\_\_\_\_. 2004. “La Píldora del Día Después”. *Revista de Estudios Públicos*: 43 - 89.
6. Bascur, Gonzalo. 2015. “Consideraciones sobre la Delimitación entre Coautoría y Complicidad en el Contexto del Derecho Penal Chileno”. *Revista de Estudios de la Justicia*: 175 – 226.
7. Boonin, David. 2003. *A Defense of Abortion*. Cambridge: Cambridge University Press.
8. Bustos, Juan. 2004. *Obras Completas. Tomo I. Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editorial ARA.
9. Coca, Ivo. 2011. “Entre la Responsabilidad y la Solidaridad. El Estado de Necesidad Defensivo”. *Revista para el Análisis del Derecho*: 1 – 40.
10. Dan-Cohen, Meir. 1992. “Responsability and the Boundaries of the Self”. *Harvard Law Review*: 959 – 1003.
11. Etcheberry, Alfredo. 1998. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
12. \_\_\_\_\_. 1999. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
13. Farre, Elena. 1990. “Sobre el Concepto de Aborto y su Delimitación de los Delitos contra la Vida Humana Independiente”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Sección de Jurisprudencia*: 337 – 355.

14. Figueroa, Rodolfo. 2007. “Concepto de Persona, Titularidad del Derecho a la Vida y Aborto”, *Revista de Derecho*: 95 - 130.
15. \_\_\_\_\_. 2008. “Concepto de Derecho a la Vida”. *Revista Ius et Praxis*: 261 - 300.
16. \_\_\_\_\_. 2013. “La Moralidad del Aborto: Ampliando la Discusión”. *Revista Acta Bioethica*: 105 – 112.
17. Finnis, John. 1973. “The Rights and Wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson”. *Philosophy & Public Affairs*: 117 – 145.
18. Galdos, Susana. 2013. “La Conferencia de El Cairo y la Afirmación de los Derechos Sexuales y Reproductivos como Base para la Salud Sexual y Reproductiva”. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*: 455 – 460.
19. García, Cristina. 2007. “Cuestiones de Vida y Muerte. Los Dilemas Éticos del Aborto”. *Revista Derechos y Libertades*: 181 – 209.
20. Garrido, Mario. 2010. *Derecho Penal. Parte especial. Tomo III*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
21. Guerra, Rodrigo. 2018. “Sentido y Límites de la Inevitabilidad en el Estado de Necesidad”. *Revista Ius et Praxis*: 67 – 108.
22. Guzmán, José. 2012. “Aborto: Delito Arcaico, Punibilidad Regresiva y Explotación Social”. *Revista de Estudios de la Justicia*: 17 – 51.
23. Hernández, Héctor. 2011. “Art. 10 N° 11. Comentario”, 266 – 275. En *Código Penal Comentado. Libro Primero (Arts. 1° a 105) Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing Chile.
24. \_\_\_\_\_. 2011. “Comentario”, 414 – 415. En *Código Penal Comentado. Libro Primero (Arts. 1° a 105) Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing.
25. \_\_\_\_\_. 2016. “La Legitimidad de las Indicaciones del Aborto y su Necesario Carácter de Causas de Justificación”, 229 - 260. En *Debates y Reflexiones en torno a la Despenalización del Aborto en Chile*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

26. Hirsch, Hans. 2008. “El Estado de Necesidad Defensivo en la Discusión Alemana”, 1005 – 1032. En *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo I*. Madrid: Edisofer.
27. Íñiguez, Andrea y Peredo, Marcela. 2017. “Propuestas de Solución para los Aparentes Conflictos Jurídicos que se Pueden Suscitar entre el Derecho a la Vida del que Está por Nacer y los Derechos de la Madre”. *Revista Derecho Público Iberoamericano*: 35 - 65.
28. Kindhäuser, Urs. 2003. “Cuestiones Fundamentales de la Coautoría”. *Revista Penal*: 53 - 69.
29. \_\_\_\_\_. 2008. “Reflexiones de Teoría de las Normas Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal”, 13 – 38. En *Teoría de las Normas y Sistemática del Delito*. Lima: Editorial ARA Editores.
30. \_\_\_\_\_. 2011. “Infracción de Deber y Autoría – una Crítica a la Teoría del Dominio del Hecho”. *Revista de Estudios de la Justicia*: 41 – 52.
31. Keirszenbaum, Mariano. 2009. “El Bien Jurídico en el Derecho Penal. Algunas Nociones Básicas desde la Óptica de la Discusión Actual”. *Revista Lecciones y Ensayos*: 187 - 211.
32. Mañalich, Juan Pablo. 2003. “Consideraciones Acerca del Error sobre la Concurrencia de los Presupuestos Objetivos de las Causas de Justificación”. *Revista de Estudios de la Justicia*: 141 – 161.
33. \_\_\_\_\_. 2010. “La Estructura de la Autoría Mediata”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*: 385 - 414.
34. \_\_\_\_\_. 2011. “El Delito como Injusto Culpable. Sobre la Conexión Funcional entre el Dolo y la Consciencia de la Antijuridicidad en el Derecho Penal Chileno”. *Revista de Derecho*: 87 – 115.
35. \_\_\_\_\_. 2011. “Informe en Derecho. Error de Tipo y Error de Prohibición en los Delitos con la Autodeterminación Sexual”. *Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública*: 1 – 47.
36. \_\_\_\_\_. 2012. “La Malversación de Caudales Públicos y el Fraude al Fisco como Delitos Especiales”. *Revista de Política Criminal*: 357 – 377.
37. \_\_\_\_\_. 2012. “Reglas Primarias de Obligación. Las “Reglas del Derecho Penal” en el Concepto de Derecho de H.L.A Hart”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*: 571 – 585.

38. \_\_\_\_\_. 2013. “El Estado de Necesidad Exculpante. Una Propuesta de Interpretación del Artículo 10 N° 11 del Código Penal Chileno”, 715 – 742. En *Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury*. Santiago: LegalPublishing Chile: Thomson Reuters.
39. \_\_\_\_\_. 2014. “La Permisibilidad del Aborto como Problema Ontológico”. *Revista de Derecho y Humanidades*: 305 - 333.
40. \_\_\_\_\_. 2014. “La Violación como Delito contra la Indemnidad Sexual bajo el Derecho Penal Chileno. Una Reconstrucción desde la Teoría de las Normas”. *Revista Ius et Praxis*: 21 – 70.
41. \_\_\_\_\_. 2014. *Norma, Causalidad y Acción. Una Teoría de las Normas para la Dogmática de los Delitos de Resultado Puro*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
42. \_\_\_\_\_. 2014. “Omisión del Garante e Intervención Delictiva. Una Reconstrucción desde la Teoría de las Normas”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*: 225 – 276.
43. \_\_\_\_\_. 2016. “La Violación como Delito de Propia Mano”. *Revista de Ciencias Penales*: 39 – 50.
44. \_\_\_\_\_. 2017. “La Tentativa de Delito como Hecho Punible. Una Aproximación Analítica”. *Revista Chilena de Derecho*: 461 – 493.
45. \_\_\_\_\_. 2019. “Inicio de la Tentativa y Oportunidad-para-la-Acción”. *Revista Chilena de Derecho*: 821 – 844.
46. \_\_\_\_\_. 2019. “Tentativa, Error y Dolo. Una Reformulación Normológica de la Distinción entre Tentativa y Delito Putativo”. *Revista Política Criminal*: 296 – 375.
47. \_\_\_\_\_. 2020. “El Dolo como Creencia Predictiva”. *Revista de Ciencias Penales*: 13 – 42.
48. Matus, Jean Pierre y Héctor Hernández. 2006. “Materiales de Discusión Presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”. *Revista Política Criminal*: 1 - 269.
49. Mayer, Laura. 2011. “Autonomía del Paciente y Responsabilidad Penal Médica”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*: 371 – 413.
50. \_\_\_\_\_. 2011. “La Vida del que Está por Nacer como Objeto de Protección Legal”. *Revista de Derechos Fundamentales*: 63 – 80.



51. Mesa de Acción por el Aborto en Chile y Otras. 2019. *Informe de Monitoreo Social. Implementación de la ley de interrupción del embarazo en tres causales*. Santiago: Observatorio Género y Equidad.
52. Meza – Lopehandía, Matías. 2016. “El Aborto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*: 1 - 18.
53. Muñoz, Francisco y Mercedes García. 1996. *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
54. Novoa, Eduardo. 2016. *Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
55. Nozick, Robert. 1974. *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Blackwell Publishers.
56. Olave, Alejandra. 2019. “Delimitación del Cúmulo de Autores en los Delitos Especiales”. *Revista de Ciencias Penales*: 341 – 358.
57. Organización Mundial de la Salud. 2012. *Aborto sin Riesgos. Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud*. Montevideo: Ediciones de la OMS.
58. Ossandón, María Magdalena. 2011. “La Intención de Dar Muerte al Feto y su Relevancia para la Imputación Objetiva y Subjetiva en el Delito de Aborto”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*: 103 – 136.
59. \_\_\_\_\_. 2012. “Aborto y Justificación”. *Revista Chilena de Derecho*: 325 - 369.
60. Pawlik, Michael. 2013. “El Estado de Necesidad Defensivo Justificante dentro del Sistema de los Derechos de Necesidad”. *Revista Derecho Penal y Criminología*: 13 – 29.
61. Politoff, Sergio. 1999. *Los Actos Preparatorios del Delito. Tentativa y Frustración. Estudio de Dogmática Penal y de Derecho Penal Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
62. Politoff, Sergio; Grisolia, Francisco y Juan Bustos. 1993. *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
63. Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez. 2004. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
64. \_\_\_\_\_. 2004. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

65. Roxin, Claus. 1997. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Editorial Civitas.
66. \_\_\_\_\_. 2000. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons.
67. \_\_\_\_\_. 2014. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales Formas de Aparición del Delito*. Madrid: Editorial Civitas.
68. Segall, David. 2016. “Estado de Necesidad Defensivo y Aborto”. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.
69. Servicio Clínico de Ginecología y Obstetricia del Servicio de Salud Metropolitano Sur. 2018. *Proyecto de Manejo de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Tres Causales*. Santiago: Servicio de Salud Metropolitano Sur.
70. Silva, Jesús María. 2007. “Derechos de Necesidad Agresiva y Deberes de Tolerancia”. *Revista Discusiones*: 7 - 25.
71. Thomson, Judith. 1992. “Una Defensa del Aborto”, 9 – 34. En *Debate sobre el Aborto. Cinco Ensayos de Filosofía Moral*. Madrid: Ediciones Cátedra.
72. Tooley, Michael. 1992. “Aborto e Infanticidio”, 69 – 107. En *Debate sobre el Aborto. Cinco Ensayos de Filosofía Moral*. Madrid: Ediciones Cátedra.
73. Vargas, Tatiana. 2013. “¿Tiene la Necesidad Cara de Hereje? Necesidad Justificante y Exculpante a la Luz del Artículo 10 N° 11”, 743 – 774. En *Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury*. Santiago: LegalPublishing Chile: Thomson Reuters.
74. Velásquez, Fernando. 2011. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
75. Wilenmann, Javier. 2013. “El Consentimiento de la Mujer y el Sistema del Delito de Aborto”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*: 281 – 319.
76. \_\_\_\_\_. 2014. “El Fundamento del Estado de Necesidad Justificante en el Derecho Penal Chileno. Al Mismo Tiempo, Introducción al Problema de la Dogmática del Estado de Necesidad en Chile”. *Revista de Derecho*: 213 – 244.

77. \_\_\_\_\_. 2014. “El Sistema de Derechos de Necesidad y Defensa en el Derecho Penal”. *Revista para el Análisis del Derecho*: 1 – 32.
78. Winter, Jaime. 2017. “Esquema General de la Diferenciación Coautoría y Complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo Tiempo, una Crítica a la Teoría de la Participación”. *Revista de Ciencias Penales*: 39 – 64.
79. Yáñez, Sergio. 2006. “Problemas Básicos de la Autoría y de la Participación en el Código Penal Chileno”. *Revista de Política Criminal*: 49 - 64.
80. Zúñiga, Yanira. 2013. “Una Propuesta de Análisis del Aborto en Chile desde el Pensamiento Feminista”. *Revista Ius et Praxis*: 255 – 300.