

APUNTES DE DERECHO PENAL

Cátedra del profesor Carlos Künsemüller L.
Ayudante Andrés Valenzuela Donoso.

Nota: estos apuntes fueron preparados por el ayudante Andrés Valenzuela Donoso como una guía personal para la realización de las clases y por tanto NO constituyen apuntes de cátedra, no han sido revisados por el profesor ni resultan suficientes como bibliografía para el ramo.

Delito de Aborto

Se encuentra reglado en los artículos 343 a 345 del Código Penal. Se supone un delito que protege el orden de las familias lo que se critica porque no deja de ser un delito contra la vida, esta vez la vida dependiente.

Lo protegido por este delito es la vida en gestación. Ahora la pregunta que siempre surge es desde cuando se entiende protegida la vida en gestación.

Dejando de lado toda implicancia ética o moral que no viene al caso discutir aquí, la doctrina ha podido establecer dos momentos posibles desde los cuales la protección al nasciturus adquiere relevancia jurídico penal que son la concepción (ovulo inseminado por espermatozoide) o la anidación (cuando el ovulo ya inseminado llega al útero). En Chile se ha optado en general por la posición de protección desde la concepción pues eso era el producto de la relación carnal, momento de relativamente fácil ubicación temporal. El problema lo presenta el surgimiento de nuevas tecnologías sobre inseminación in Vitro. Actualmente la doctrina se ha inclinado más por la posición de la anidación pues ahí surgiría la vida penalmente relevante (puesto que hay grandes posibilidades que el ovulo sencillamente no anide)

1.- Concepto

El Código Penal, qué raro, no define lo que es aborto y solo lo sanciona en los artículos 342 y siguientes. Puede definirse, según el profesor Mario Garrido Montt, como la interrupción del proceso de gestación mediante la destrucción o muerte del producto de la concepción. De esto se desprende que un requisito fundamental para este tipo penal es que el feto muera o que el producto de la concepción resulte destruido. No constituye aborto la expulsión natural del feto o la situación del ovulo in Vitro.

1.1.- Tipos objetivos del aborto

Existen diversas hipótesis de aborto en el Código todas las que requieren necesariamente el hecho de que una mujer este embarazada (en caso contrario podría haber una tentativa inidonea por delito imposible). Igualmente el delito de aborto se requiere de un embrión o feto vivo. De lo contrario, cualquier maniobra resultaría atípica.

Sobre la comisión por omisión en general se acepta la comisión por omisión salvo en el aborto violento (artículos 342 N° 1 y 343) que suponen acción.

El sujeto pasivo y objeto material de la acción es el embrión o producto de la concepción y se exige que este tenga viabilidad, o sea posibilidades concretas de seguir su desarrollo normal como vida humana independiente quedando descartados aquellos embriones no fecundados que no tienen posibilidades de subsistir y quedan un periodo breve parasitando del endometrio de la madre. Se incluyen en este concepto de fetos viables aquellos con anomalías físicas o mentales que tengan posibilidades de nacer.

1.2.- Sujeto activo

Es en general un delito común ya que puede ser cometido por cualquiera pero el sujeto activo tiene relevancia a la hora de distinguir entre diversas figuras penadas de forma distintas.

Así, pueden distinguirse tres tipos de aborto:

1º Provocado por terceros

2º Provocado por la propia mujer embarazada

3º Aquel en que interviene un profesional de la salud

2.- Aborto causado por tercero (no profesional de la salud)

Puede distinguirse entre el causado sin su consentimiento (N° 1 y 2 del artículo 342 y artículo 343) y el llevado a cabo con su consentimiento (artículo 342 N° 3)

El consentimiento tiene relevancia jurídico penal y por tanto debe ser otorgado libremente al margen de toda coacción externa y se rechaza el consentimiento presunto.

2.1.- Aborto por tercero sin consentimiento

Este puede ser a su vez de dos formas:

-Con violencia: esta en los artículos 342 N° 1 y 343. Ambos sancionan abortos dolosos pero en la primera hipótesis el autor busca provocar el aborto y en la otra no.

El artículo 342 N° 1 sanciona al que maliciosamente causare un aborto con la pena de presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años) si ejerce violencia sobre la mujer embarazada.

Atendida esta redacción lo primero que llama la atención es que al parecer la figura requiere dolo directo al utilizar la expresión "maliciosamente" puesto que cada vez que el código la utiliza es en este sentido. Discrepa Etcheberry que señala que la expresión "maliciosamente" aquí se vincula con la antijuridicidad de la conducta queriendo dejar fuera de ella a los abortos de buena fe recomendados por el médico, por ejemplo. Se discrepa de Etcheberry y se acepta que las figuras del artículo 342 requieren dolo directo.

El tipo objetivo del artículo 342 N° 1 se refiere a utilizar fuerza física o moral (intimidación para la maniobra abortiva) para acabar con la vida del producto de la concepción. Es un tipo amplio en sus modalidades de comisión.

El artículo 343 por su parte sanciona con presidio menor en grados mínimo a medio al que con violencia causare un aborto aun cuando no haya propósito de causarlo con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.

Se usa violencia contra la mujer embarazada pero sin propósito de causarle un aborto y sin embargo se causa. La expresión "con violencia" iría mas hacia la fuerza física quedando fuera la moral y se refiere a malos tratos de obra causados dolosamente sobre la mujer embarazada que no busquen el aborto. El tipo es complejo: el sujeto debe querer maltratar físicamente y no debe querer causar el aborto siendo esto previsible pues debe constarle el estado de embarazo de la mujer.

El sujeto activo por tanto debe actuar respecto del aborto con dolo eventual o culpa conciente (ambo estados en donde el resultado aborto es previsible) y por tanto se extiende mas allá de la preterintencionalidad puesto que aquí se sanciona una conducta más grave no querida por el agente no solo a titulo de culpa sino que también a dolo eventual.

Dogmáticamente es una figura muy peculiar pues sanciona a titulo de culpa la figura del aborto, cuestión que es una excepción al numerus clausus relativo del artículo 490 referente a los cuasidelitos (Crímenes o

simples delitos contra las personas sin dolo. El aborto no es un delito contra las personas técnicamente)

En estricto rigor por tanto la figura del artículo 343 sanciona una hipótesis concursal sancionada especialmente, siendo absorbidas las lesiones por el tipo del artículo 343 si es que no superan el rango de lesiones menos graves.

Si estas superan el estándar de las menos graves se excede esta figura y se entra en el campo del concurso ideal heterogéneo en donde un mismo hecho constituye una figura dolosa y una culposa. En el caso, si el dolo con el que actuó el sujeto activo era de matar o lesionar gravemente se presenta la hipótesis de concurso ideal (artículo 75 del Código Penal) entre homicidio o lesiones graves dolosas y aborto culposo. Sin embargo, como en Chile el aborto culposo es atípico habría un concurso entre homicidio o lesiones graves y una figura que no existe (ya que, como decíamos, el artículo 343 sanciona el aborto culposo *exclusivamente* en el marco de dicho tipo penal siendo atípico fuera de ese caso en donde rige la norma general del artículo 490 del Código Penal)

-Sin violencia: Se refiere a la causación del aborto sin el consentimiento de la mujer y sin la utilización de medios violentos para ello.

El artículo 342 N° 2 sanciona al que maliciosamente causare un aborto con presidio menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años) si aunque no ejerce violencia obra sin consentimiento de la mujer.

Tal como se dijo anteriormente, al exigir que la conducta se realice "maliciosamente" requiere necesariamente dolo directo quedando descartada la culpa y el dolo eventual.

El tipo objetivo tiene un elemento positivo, actividad idónea para interrumpir embarazo, y uno negativo, no tiene que ser violenta.

Se entiende ausencia de voluntad de la mujer tanto si no esta en condiciones de consentir (durmiendo) como si es inhábil para hacerlo (menor). Si hay una errónea comprensión en lo que la mujer quiso decir por parte del sujeto activo, puede haber error de tipo.

La sanción es más grave que cuando media consentimiento de la mujer pues además de lesionar al nasciturus, se pasa por sobre la voluntad de la mujer.

2.2.- Aborto por tercero con consentimiento de la mujer.

Reglado en el artículo 342 N° 3 del Código Penal y que sanciona al que maliciosamente causare un aborto con presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años) si la mujer consintiere.

Se exige que el que cause el aborto sea un tercero y no la propia mujer y es de poca importancia que el sujeto lo haga o no por medios violentos siempre que sea con consentimiento de la mujer.

El consentimiento debe ser correspondiente al nivel de desarrollo de la mujer. Según el profesor Mario Garrido Montt, solo puede ser dada por mujer capaz en materia civil. Se discrepa de esto considerando que debe tomarse en cuenta más que un criterio de edad, uno de índole integrador que considere el desarrollo mental y las facultades con las cuales la mujer presta su consentimiento y que permitan concluir que lo hizo una persona con perfecto conocimiento y alcance de sus actos. A esto se suma el que sea prestado libre de coacciones y amenazas.

Si el consentimiento se presta por medio de engaño que induce a error, la conducta es subsumible en el artículo 342 N° 1 o N° 2 según algunas posiciones.

Respecto del tipo subjetivo, requiere dolo directo por lo ya señalado respecto de la expresión "maliciosamente".

Este caso de la mujer que consiente en que otro le cause un aborto representa un caso de coautoría entre ella y el que le causa el aborto. Sin embargo, la pena del artículo 342 N° 3 se le aplica solo al tercero ya que a la mujer se le sanciona por el artículo 344.

3.- Aborto causado por la propia mujer o con su consentimiento

Esta figura se regula en el artículo 344 del Código Penal sancionando a la mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, penándola con presidio menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años). Se agrega además en su inciso segundo el hecho de que si lo hiciere por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años), el llamado aborto honoris causa.

Se trata de una figura calificada que agrava la penalidad por ser la mujer futura madre quien consiente en la causación del aborto o que lo causa ella misma.

3.1.- Mujer que permite que un tercero le cause un aborto

Se vincula con el delito visto con anterioridad configurando hipótesis de coautoría con quien le causa el aborto a la mujer con su consentimiento pero recibiendo ésta una pena mas rigurosa que el tercero que le causa el aborto, que es sancionado con la pena del artículo 342 N° 3, pues a juicio

del legislador su posición de futura madre que soporta la vida del que esta por nacer y que consiente en su terminación merece mas reproche penal. Esta figura, atendido que la mujer presta su consentimiento, requiere dolo directo; su voluntad debe ser explícita.

3.2.- Aborto causado por la propia mujer o Autoaborto

Se refiere a la mujer que se causa de cualquier forma su aborto. Requiere dolo directo atendido que la ley habla de la mujer que "causare su aborto" lo que supone una actividad dirigida a una finalidad concreta. El autoaborto culposo es atípico e impune.

La coautoría se sanciona solo a través del artículo 342 y no por el 344 que es exclusivo para la mujer.

3.3.- Aborto Honoris Causa.

Esta es una circunstancia que transforma el delito de aborto en figura privilegiada cuando se causa para ocultar la deshonra de la mujer. Y precisamente por eso, es una circunstancia personal que no beneficia a los terceros coautores.

Por ocultar la deshonra ha de entenderse la pretensión de la afectada de impedir que se sepa que ha tenido una relación prohibida o criticada y por tanto ha abortado para evitar la repulsa social. Este beneficio, según lo plantea el profesor Garrido Montt, es aplicable sin distinción de si la mujer ha tenido o no hijos con anterioridad o que sea soltera o casada.

4.- Aborto con intervención de profesional de la salud.

Se refiere a una figura calificada respecto del facultativo que abusando de su oficio cause o participe en el aborto sancionándolo en las hipótesis del artículo 342 según corresponda pero con la pena aumentada en un grado.

La noción de facultativo ha sido interpretada extensivamente a cualquier persona profesional de la salud que ha seguido y terminado estudios superiores en cualquier área de la salud.

Se entiende que hay un abuso del oficio cuando el facultativo excede los preceptos de la lex artis.

Esta calificante opera solo con dolo directo ya que de no ser así entramos en el campo de la negligencia médica que es subsumible entre los cuasidelitos.

5.- Cuestiones sobre el iter criminis

Como delito de lesión en donde se requiere la interrupción del estado de preñez, existe delito en grado de frustrado (en donde no fallece el feto aun cuando se intentan maniobras abortivas) o grado de tentativa (se le administra químico abortivo a la embarazada a través de un té pero no lo bebe porque tercero se lo arrebató).

Si por la acción abortiva el feto sale del cuerpo de la madre vivo y muere ya fuera de este puede existir un concurso real (artículo 74) entre un aborto frustrado y un homicidio o infanticidio consumado. Ahora, si solo se le causa lesiones al feto, estas quedan absorbidas por el delito de aborto frustrado.