

La parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

1-00/10839

345.83
P469 dp
1993
2da ed
C. 4

SERGIO POLITOFF

*Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Chile
Diplomado en Ciencias Penales en las Universidades de Roma y Bonn
Profesor de la Universidad Erasmus de Rotterdam*

FRANCISCO GRISOLLA

*Profesor titular de Derecho Penal en la Universidad de Chile
Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid*

JUAN BUSTOS

*Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Chile
Doctor en Derecho por las Universidades de Madrid y Bonn
Profesor Universidad Autónoma de Barcelona*

DERECHO PENAL CHILENO

PARTE ESPECIAL

DELITOS CONTRA EL INDIVIDUO EN SUS CONDICIONES FISICAS

© SERGIO POLITOFF
FRANCISCO GRISOLLA
JUAN BUSTOS

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

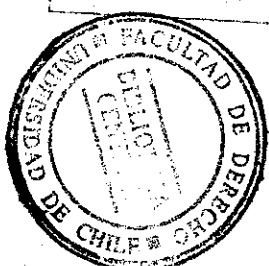
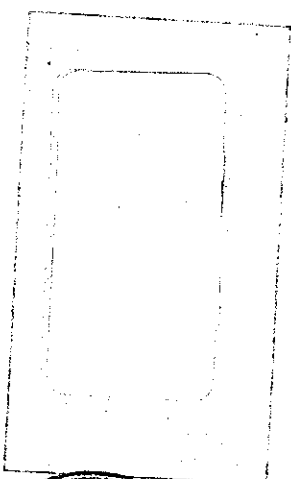
Inscripción Nº 86.309

Se terminó de imprimir esta segunda edición
de 2.000 ejemplares en el mes de agosto de 1993.

IMPRESORES: Alabeta

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1029-1



EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

matar es *cierta*, pero la ejecución es *incierta*.⁷⁷ En cambio, un caso claro de condición lo encontramos en el ejemplo de ANTOLISEI: la mujer seducida decide matar al seductor y hace los preparativos del caso *si* éste se niega a casarse con ella.⁷⁸

La fórmula de CARRARA, preferida por Quintano Ripollés, consiste en esencia en que, cuando existe una verdadera condición a la que se subordina la ejecución del acto, la determinación es incierta, "pues mi mente misma no sabe todavía si se realizará o no el homicidio". Piensa, sin embargo, que la premeditación no puede excluirse si el hecho de que depende la ejecución de la muerte y que realizará la víctima es inocente, no es ilícito.⁷⁹

Creemos que la distinción de CARRARA entre hechos lícitos o ilícitos de la víctima no es decisiva.⁸⁰ En el fondo, la presencia de una condición no es relevante por sí misma, como lo resuelve expresamente el Código francés, pues, verificada la condición y realizado el hecho, éste será igualmente premeditado si se han dado los extremos que ya señaláramos como constituyentes esenciales de la calificante: la existencia de un verdadero cálculo o maquinación sería (indefensión de la víctima, plano de lo injusto) y el desvalor de la motivación (plano de la reprochabilidad).⁸¹ Por lo tanto, serán estos elementos los que, examinados en el caso concreto, darán la pauta para admitir o no la premeditación y en cuyo examen la presencia de una resolución condicionada podrá constituir un especial criterio de valoración.

§ 5º ABORTO

I. OBJETO JURIDICO. SUJETO PASIVO. CONCEPTO Y ELEMENTOS

36. LOS DELITOS CONTRA LA VIDA INCIPIENTE

Las diversas figuras de aborto constituyen una agresión en contra de la vida humana en gestación. Como se verá, no están previstos en nuestro Código los atentados en contra de la salud del feto ni figuras de peligro en contra de la vida de éste.

La ubicación que nuestros comisionados dieron al aborto, separándose del modelo español de 1848 que lo incluía entre los delitos contra las personas, el que se encuentra encabezando el Título VII relativo a los delitos contra el orden de la familia y la moralidad pública, concede mayor interés al debate sobre el bien jurídico tutelado. La verdad es que la Comisión Redactora no parece haberse guiado por consideraciones materiales sobre el objeto de la tutela penal y su opción tuvo su origen en el criterio sistemático del Código belga.

El Código italiano de 1932 incluyó al delito de aborto en el epígrafe de los delitos "contra la integridad y la salud de la estirpe" y, al decir de ANTOLISEI,¹ se trató de una decisión sistemática "en estricta dependencia con la ideología política del régimen vigente en la época de emanación del Código". Expresión típica de la mentalidad fascista, ya en la *Relazione* de ROCCO se caracterizaba al aborto como "una ofensa a la vida misma de la raza, y así a la de la nación y el Estado".² En cuanto al Derecho alemán, caracteriza MAURACH como una "experiencia este-mecedora" la sistemática del aborto bajo el nacionalsocialismo, que en el Proyecto de reforma del Código Penal, posuló la inclusión del aborto entre los atentados contra la raza y la herencia.³ Una manifestación de las grotescas consecuencias a que

¹ ANTOLISEI, *Manuale* P.S., I, p. 21.

² En el Proyecto Preliminar publicado por el Ministerio de Justicia en 1930, el aborto es incluido entre los delitos contra las personas "su sede natural y originaria", al decir de ANTOLISEI (op. cit., p. 83). Para MAURACH, DE RIVACOBBA, en cambio, los intereses demográficos de la comunidad son el bien jurídico "principalmente" afectado por el aborto. Cf. su interesante ensayo sistemático *Programa Analítico de Derecho Penal* (1971), p. 122.

³ MAURACH, DStR. B.T., p. 56.

⁷⁷ *Programa*, § 1128.

⁷⁸ *Manuale* P.S., III, p. 42.

⁷⁹ Cf. *Programa*, § 1129 y 1130.

⁸⁰ Cf. *Programa*, loc. cit.

⁸¹ Sereniente, QUINTANO, *Tratado* P.E., I, pp. 278 ss.; CAMARGO, *La premeditación*, cit., pp. 66 ss.

puede llevar esta concepción es la Ordenanza (*Verordnung*) de 9 de marzo de 1943, según la cual las personas de origen no alemán (por ejemplo, judías y trabajadoras de los países del Este) quedaban exceptuadas de la prohibición del aborto.⁴

Si se prescindiera de esta clase de concepciones totalitarias, también en leyes democráticas suelen hallarse, siquiera en el orden sistemático, tratamientos del aborto fuera de la protección de la vida. Tal acontece con el Código belga, que, como se ha señalado, sirvió de base en esto a nuestro Código. En el informe al Senado belga por el miembro de la Comisión de Justicia PRIMEZ, en la sesión de 19 de diciembre de 1964, se alude a aquellas infracciones "que constituyen a la vez un atentado contra las personas y a los intereses de las familias, base del orden social". El aborto quedaba incluido, mediante una "ligazón común", con todo lo que concierne a la seguridad de la familia y el respeto de las costumbres.⁵ Estamos persuadidos, sin embargo, de que el bien jurídico tutelado⁶ a través de la incriminación del aborto es la vida humana en formación, la persona aún no nacida. Como dice ANTOLISEI, "el interés que realmente es ofendido por este hecho criminal es la vida humana, ya que el producto de la concepción —el feto— no es una *spes vitae* y mucho menos una *pars ventris*, sino un ser viviente verdadero y propio, el cual crece, tiene un propio metabolismo orgánico y, al menos en el período avanzado de la gravidez, se mueve y tiene movimiento cardíaco".⁷ Añade que la ley civil (lo que también acontece entre nosotros) reconoce al *nasciturus* la calidad de destinatario de derechos.

Los fallos judiciales en que se reconoce de manera explícita "la vida del que está por nacer" como objeto de tutela son frecuentes (cfr. por ejemplo: C.S., 1963: RDJ, IX, pp. 70 ss.; CS, 1955: RDJ, III, pp. 75 ss.; CA de Santiago, 1953: RDJ, I, p. 97; CS, 1948: GT, 2, p. 378).

Es notorio que en forma mediana pueden invocarse otros intereses generales relativos al futuro de la nación y otros equivalentes; pero, si bien se mira, esta clase de intereses están subyacentes en gran parte de los delitos, sin que por ello proceda desnaturalizar el bien específico de tutela que es la vida humana incipiente. El carácter no puramente onomástico de la discusión aparece de evidencia con los excesos brutales a que condujo su interpretación por el nacionalsocialismo. Aunque se ha sostenido entre nosotros⁸ que el aborto no ofende de modo nece-

⁴ Caracteriza WIEZEL esta clase de legislación de conclusión *ad absurdum* a que llevó el extravió sistemático (sustitución de la vida, como objeto de tutela, por el interés de política demográfica) (Vid. DSR, p. 299). Por cierto que no fue un pulito sistemático el que determinó tales consecuencias en la Alemania nazi; pero no es inútil tener presente los riesgos de una actitud indiferente frente a la determinación del objeto jurídico.

⁵ Cfr. J.S.G. NYRUS, *Code Penal Belge*, III, p. 128.

⁶ Sobre el tema, especialmente en relación con el estado del asunto en el Derecho comparado, véase el excelente estudio de JIMENEZ DE ASÚA, *Tutela de la vida y su impunidad*, en *La Ley*, I, 26, pp. 977 ss.

⁷ ANTOLISEI, *Manual* p. 5, I, p. 83. Cfr. extensamente sobre el problema de la *personalidad fetal* como "verdad biológica", GUILLEMO CABANILLAS, *El aborto. Su problema social, médico y jurídico*, Buenos Aires, 1945, p. 151. Hay una cierta inevitable pedantería en las discusiones sobre la *juridicidad* o no de esa persona en ciernes, que llegan hasta alusiones exagerantes a las teorías civilistas sobre la condición suspensiva y sus efectos. El punto, desde la perspectiva del Derecho Penal, no puede subordinarses a tales abstrusidades. Lo decisivo para el Derecho Penal es que existe una realidad biológica, que no es parte del cuerpo de la madre, que tiene la potencialidad de un ser humano y que hay razones sociales, morales y culturales para otorgarle protección (lo que no significa necesariamente y en todo caso protección a través de la sanción penal).

⁸ ERICHSENBERG, D.P., III, p. 87.

sario el orden de la familia, ya que es igualmente punible el aborto de una mujer casada que el de una soltera, la verdad es que en una concepción puritana podría argumentarse que la vida sexual fuera del matrimonio es también un atentado en contra del orden familiar. Si bien en germen, la nomenclatura de nuestro Código reproduce las concepciones de tipo "sociológico" que hemos criticado. Como sea, la verdad es que el tratamiento sistemático elegido por nuestro Código es desafortunado y explica en buena parte los errores de interpretación a que condujo en un sector de nuestra doctrina sobre la verdadera definición del aborto, lo que se hizo posible, además, porque nuestra ley no describe la conducta de aborto.

37. EL FETO, SUJETO PASIVO DEL ABORTO

Respecto de la identidad del objeto de la acción con el sujeto pasivo, son válidas las consideraciones que se hicieron a propósito del homicidio. Tampoco es necesario reproducir aquí las extensas consideraciones sobre el instante de transición entre la vida humana en formación y la vida humana independiente (Vid. supra Nº 4).

En suma, *objeto* (y sujeto pasivo) del atentado es el ser humano en formación, el fruto de la concepción, en tanto que objeto de tutela (*objeto jurídico*) es la vida *está por nacer*, desde que no ha nacido, no es sujeto de derechos, y por ello su protección a la comunidad ante el Derecho, a menos de desplazar el interés de la jurídica tutelado sería de carácter social (interés demográfico, eugenésico, racial, etc.) y su titular la sociedad.

El argumento no es convincente porque arranca de una petición de principio: que sólo el individuo humano *nacido* puede ser sujeto pasivo de delitos. En este orden de consideraciones (y no es del caso introducirse aquí en apriorismos iusnaturalistas, metafísicos o teológicos) no hay una ontología jurídica ortodoxa que decida en abstracto sobre *quienes sí y quienes no* son titulares de bienes jurídicos. La legislación reconoce derechos en favor del que está por nacer y su condición de titular de los mismos podrá reputarse "no haber existido jamás" para los efectos civiles, pero no afecta a su realidad para el Derecho Penal. Como sea, no será un escrúpulo de ordenamiento sistemático el que pueda transmutar los valores histórico-culturales que hacen de la vida humana incipiente un objeto de amparo que determina su respetabilidad no sólo por consideraciones de política gubernativa en materia demográfica. Lo anterior no significa que como *valor* no deba hacerse diferencia entre la vida humana en formación y la vida autónoma, objeto esta última de los delitos de homicidio propiamente tal. Obser-

⁹ En tal sentido y contra la solución que se ofrece en el texto, QUINZANO RIVERO, *Tratado* p. E, I, pp. 477 ss.; JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, pp. 91 ss. En favor de la idea del feto como sujeto pasivo, MAURACH, DSR, B.T., pp. 55 ss.; WIEZEL, DSR, p. 300; ANTOLISEI, *Manual* p. 5, I, p. 25, quien impugna críticamente ideas tales como "interés demográfico de la nación" o "integridad y salud de la especie", las que juzga estrechamente unidas a la particular ideología del régimen fascista y del todo extrañas al orden democrático que ha sido restaurado en Italia⁹; TEGALA, *Aborto criminal*, 1938, pp. 19 ss.; CAMAÑO, *El delito de aborto*, 1958, p. 39; SOLER, DPA, III, p. 111; NÚÑEZ, DPA, III, p. 160.

va con razón MAURACH que, de no mediar esta "significativa diferencia de valor"¹⁰ los casos lícitos de aborto fundados en situaciones de colisión no podrían ser solucionados en forma inobjetable, y de ahí justamente que los delitos de aborto constituyan un grupo propio de conductas delictivas.¹¹

Por otra parte, la admisión de que la vida del que está por nacer constituye un bien digno de tutela no conduce por fuerza a la tutela penal (de *lege ferenda*),¹² ni en el plano de la dogmática, a desconocer que ese valor puede ceder a intereses prevaletentes, como podría ser el caso de la vida o salud de la madre (más ampliamente, *vid. infra* Nº 41).

38. CONCEPTO

A. En el Derecho y en la doctrina comparados

El párrafo primero del Título VII lleva la mención *aborto* y los preceptos que castigan las diversas hipótesis (arts. 342 a 345, inclusive) aluden al hecho punible con fórmula como "causarse un aborto" u "ocasionar un aborto", sin que se contenga una definición de éste. Hay legislaciones que expresamente describen el aborto como dar muerte al feto (*abgeben der Leibesfrucht*, § 218 C.P. Alemania Federal), con lo que se evita, entre otras, la eventual discusión sobre si se trata de un delito de lesión o de peligro o aun un delito con elemento subjetivo del tipo: delito de resultado cortado.

Sin embargo, la mayor parte de las legislaciones no identifican explícitamente aborto con feticidio, pese a lo cual la doctrina dominante se ha inclinado por la equiparación. Así, aun el precepto del C.P. de la R.D.A. que alude a la "interpretación del embarazo" (*Schwangerschaftsunterbrechung*), ha sido interpretado por los comentaristas como "matar al feto" (*abgeben der Leibesfrucht*),¹³ lo que corresponde, por lo demás, a lo que era la opinión dominante en Alemania, incluso cuando el aborto era caracterizado como *Abtreibung*, que etimológicamente sugiere las ideas de *extracción* o *expulsión*.

¹⁰ MAURACH, DSR. B.T., p. 55.

¹¹ Por cierto, el hecho de que manifestemos que el bien protegido en el delito de aborto es el feto o la vida incipiente, no significa que medianamente no se dé también una protección a otros bienes como la salud de la madre, el interés demográfico, etc. Cientos autores, sin dejar de reconocer que es el feto el bien protegido, han puesto, sin embargo, en un mismo nivel estos otros bienes a que se ha hecho mención o algunos de ellos; así, MARCOT AMBROS, HILTRUD KAMN y BARBARA REDUCH, en *Leibensmementum DDR*, señalan que se protege la vida incipiente y con ello la vida y la salud de las futuras generaciones (p. 139); por otra parte, JUAN DEL ROSAL, CONO y MOURRULO estiman que se protegen tres tipos de intereses: "a) Una expectativa de vida o una vida incipiente que desde el ámbito ético-cristiano en que se desenvuelve nuestro legislador es digna de una protección en sí misma (interés fundamentalmente ético); b) se protegen secundariamente y de modo reflejo la vida y la integridad física de la mujer; c) se defiende, finalmente, un interés demográfico del Estado (interés de carácter utilitarista)" (DPE, p.E., p. 323).

¹² Es así como en las modernas orientaciones de la doctrina y de la legislación penal existe la tendencia de no castigar, a lo menos, a la mujer que se autopráctica o se hace practicar el aborto, lo que ya ha encontrado expresión legislativa en algunos países, como es el caso de la R.D.A. (cf. AMBROS, KAMN y REDUCH, en *Leibensmementum DDR*, p. 138). Sobre el problema acerca de la inclinación del aborto, *vid. infra*.

¹³ Cf. MARCOT AMBROS, HILTRUD KAMN y BARBARA REDUCH, en *Leibensmementum zum Strafgesetzbuch DDR*, II, p. 139.

En Italia, aunque tampoco el aborto es definido por la ley, se lo interpreta por la mayoría de los autores como *matar* al producto de la concepción (*L'uccisione del prodotto del concepimento*).¹⁴

Una opinión minoritaria, sin embargo, representada por CONTIERI y también por la jurisprudencia de la Corte Suprema italiana, se satisface para afirmar la existencia del aborto con la *interrupción del proceso fisiológico de la gravidez*.¹⁵

También en España, la doctrina dominante (en armonía con la jurisprudencia) define el aborto como *muerte del producto de la concepción humana*, sea que se lo prive de vida intrauterina, bien cuando se llega al mismo fin por medios que provocan la expulsión prematura "hasta conseguir muera al exterior por falta de condiciones de viabilidad".¹⁶

B. En Chile

a) *Posición de Del Río*. En Chile, el asunto ha dado lugar, desde antiguo, a encendidas controversias y la bibliografía es abundante. Una primera posición está representada por DEL RÍO, para quien "lo que constituye el aborto es la expulsión o extracción del producto antes que la naturaleza lo realice, o sea, el atentado contra su desarrollo intrauterino y no su muerte, aunque prácticamente, en la mayor parte de los casos, unos y otros hechos coincidan".¹⁷ Se sigue de esta tesis que la ley chilena castiga la *expulsión* (aborto) y no el *feticidio* (dar muerte al feto).

Según un fallo de la CS, "como en Chile no existe texto legal alguno que altere la definición gramatical y clásica del aborto, es necesario concluir que, para que exista aborto consumado, es indispensable la expulsión prematura del producto de la concepción" (RDJ, LX, 1963, pp. 82 ss.).

b) *Postura ecléctica*. LABATUR emplea una fórmula que contiene un elemento subjetivo del tipo, según la cual "posición que en Alemania sostuvo BINDING—el aborto sería un delito de *resultado cortado*: "interrupción maliciosa del embarazo con el propósito de destruir una futura vida humana".¹⁸ Constituye, como puede apreciarse, una postura ecléctica entre las dos extremas: la muerte no es requerida objetivamente (el tipo se satisface en el plano objetivo con la interrupción), pero no es bastante, en la esfera subjetiva, el solo dolo referido a la interrupción; se precisa además *la muerte como fin por alcanzar*, como propósito a que apunta la acción. Esta tesis supera algunas de las inconsecuencias a que conduce

¹⁴ Cf. ANTOUSSE, *Manuale* P.S., I, p. 85; para este autor la interrupción del embarazo debe tener por efecto el que se mate el producto de la concepción. Igual MACGREGOR, para quien el aborto es la "interrupción violenta e ilegítima de la preñez, mediante la muerte de un feto innaduro, dentro o fuera del útero materno" (op. cit., III, p. 140).

¹⁵ Op. cit. por ANTOUSSE, *Manuale* P.S., I, p. 85, Nº 40.

¹⁶ QUINTANO RIVERA, *Tratado* P.E., I, pp. 534 ss. (536); para DEL ROSAL, CONO, MOURRULO, se define el aborto como "toda interrupción del proceso fisiológico de gestación que ocasiona la destrucción o la muerte del feto de la concepción" (DPE, p.E., p. 327).

¹⁷ DEL RÍO, *Derecho Penal*, III, p. 282.

¹⁸ LABATUR, D.P. P.E., p. 213. Sobre el concepto de los delitos de resultado cortado, véase POLITOFF, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, cit., p. 105.

la primera posición y que han sido observadas entre nosotros.¹⁹ Así, queda desvirtuado el tipo en el caso de la mujer que desea provocar la expulsión anticipada, no para dar muerte al feto, sino para acelerar el parto; asimismo, la expulsión de un feto ya muerto, como consecuencia de maniobras abortivas, aparece claramente como delito imposible.

c) *La opinión dominante*, sin embargo, se inclina por la caracterización del aborto como *dar muerte al feto*.²⁰

No son persuasivas las razones que suelen invocarse para la identificación del aborto con la sola expulsión. Si se admite que el bien jurídico tutelado es la vida, producto de la concepción, que es la opinión que sustentamos (vid. supra) y que tiene su expresión legislativa en el art. 75 del C.C. ("la ley protege la vida del que está por nacer"), es notorio que la inclinación del aborto entendido como expulsión prematura, además de incongruente con el bien tutelado, haría ilusoria la protección penal en los casos de feticidio sin expulsión. Puede añadirse que los comisionados (sesión 159) hicieron constar que "el feto tiene un principio de existencia, hay en él germen de un hombre y el que lo destruye se hace reo de un gravísimo delito", con lo que claramente la idea de aborto aparece referida a la destrucción y no a la expulsión del que está por nacer. Es justamente este problema, el más grave de todos, el que tampoco se resuelve con la fórmula intermedia de LAIBARTI.

Son numerosos los fallos que se inclinan por esta tesis doctrinaria; así, por ejemplo, la Corte Suprema ha señalado que "por aborto debe entenderse el hecho de la interrupción del proceso natural del embarazo que produce la muerte del feto o producto de la concepción" (1948: GT; CT, 2, 66-378); en el mismo sentido, CS, 1955: RDJ, LI-198, CS, 1955: RDJ, LI-74.

39 ELEMENTOS TÍPICOS

A. Objeto material

Lo constituye el producto de la concepción a través de todas sus fases de desarrollo. Respecto del momento inicial hay un leve matiz de diferencia entre los autores: mientras en MEZGER-BUEY²¹ se fija el comienzo de la calidad de feto en el momento en que el nuevo femenino es fecundado por el semen, MAURACH, WITZEL y ANTOUSEJ fijan ese momento en la antelación del nuevo fecundado en el útero.²² El asunto no es, como pudiera parecer, una mera disquisición "almutulista", pues presenta interés práctico frente a modernos anticonceptivos que impiden la

¹⁹ Cfr. nota de sentencia por ANTONIO BASCURIAN, RCP, XXII, p. 223; en el mismo sentido, MANUEL SCHWABER RAVEAU, *El delito de aborto*, 1967, p. 28.

²⁰ Cfr. EICHENBERG, D.P., III, p. 87; EDUARDO NOVOA ALDUNATE, op. cit., p. 61; SCHWABER RAVEAU, op. cit., p. 35; ANTONIO BASCURIAN, nota cit., p. 223; COUSINHO, op. cit., p. 96; SAMUEL GALAND, *Medicina Legal*, p. 44. Con mucha precisión el punto quedó dilucidado en la sesión 159 de la Comisión Redactora, al rechazarse la distinción entre feto animado y el que aún no lo está.

²¹ Sr. B.T., p. 29.

²² MAURACH, DStr., B.T., p. 55; WITZEL, DStr., p. 300 (cabe observar que en la 8ª ed. consideraba suficiente la fecundación (p. 260); ANTOUSEJ, *Matrícula* P.S., I, p. 84.

anidación del nuevo fecundado.²³ La respuesta del jurista a esta clase de problema debe ir necesariamente a la zaga y no preceder al esclarecimiento científico sobre el proceso biológico de la fecundación.²⁴

Sobre el momento *hasta el cual* persiste el objeto material del aborto, éste debe fijarse con arreglo a los criterios que desarrollamos al tratar del comienzo de la vida humana (vid. supra Nº 4).

En relación con las *prohibiciones* que debe reunir el producto de la concepción para ser digno de tutela penal, es válido lo mismo que se dijo antes a propósito del delito de homicidio (vid. supra). Constituyen objeto de aborto no sólo el feto respecto del cual su viabilidad sea dudosa, sino también los monstruos, mientras la *mola* y el feto ya muerto en el vientre materno, quedan excluidos de la tutela penal.

* La Corte de Santiago en una oportunidad estimó, en voto especial que concurre al fallo, que el caso de muerte previa del feto corresponde a un delito absolutamente imposible en relación con el aborto. Dice: "Aunque esa fue la intención de la reo, y los medios empleados eran idóneos para obtener lo que se proponía, la falta de objeto material del delito de aborto hace que el hecho no sea típico..." (RDJ, IX Sec. Cla., año 1963, pág. 77).

B. Sujeto activo

Agente del delito de aborto puede ser en realidad cualquiera, pero la calidad de sujeto activo tiene gran importancia para diferenciar los diferentes tipos de aborto y su régimen de penalidad. Estos tipos especiales impropios son el de la mujer embarazada (art. 344) y el del facultativo (art. 345). En cuanto al aborto causado por extraños, está previsto en los arts. 342 y 343.

C. Conducta (acción y omisión)

Ya se ha dicho que el aborto en sentido jurídico-penal es dar muerte al feto.²⁵

a) *La omisión*. La literatura jurídica es muy escasa y, en todo caso, por provenir de comentaristas extranjeros, difícilmente aplicable a nuestro sistema, en lo que respecta a las complicadas hipótesis de *aborto por omisión*. En SCHÖNKE-SCHRÖDER se alude a algunos casos de participación por omisión (el marido que *no impide* el aborto que su mujer realiza en la casa conyugal), el novio que ha

²³ El punto interesa especialmente en los procedimientos, basante difundidos, de colocación de dispositivos intrauterinos. Creemos que la especial labilidad del huevo no implantado, que con mucha frecuencia por razones puramente metabólicas o naturales no está en condiciones de anidarse, justifica la opinión mayoritaria de excluirlo como objeto de tutela del aborto. Ello sin considerar, además, los problemas que suscita el principio de ejecución para los efectos de decidir el tiempo del delito. La cuestión concierne más bien al ámbito de la casuística no legislada de los delitos de peligro para la vida en germen.

²⁴ Recientes experiencias científicas, sobre cuyas perspectivas los especialistas se muestran cautelosos, para una eventual fecundación artificial (fuera del cuerpo de la mujer), seguida de la implantación del nuevo ya fecundado mediante una intervención quirúrgica, podrían tal vez obligar a que el entero asunto sea replanteado.

²⁵ En sentido médico, la expresión es referida, más bien, a la expulsión prematura del feto; puede ser espontáneo o provocado.

entendido a la criatura y no *impide* el aborto.²⁶ No se considera, sin embargo, la hipótesis de la sola *autoría* por omisión por parte de la mujer encinta. MAURACH afirma que el hecho puede ser también cometido por la omisión de *cualquiera* que tenga la posición de garante de la vida del *nasciturus*.²⁷ Además, a juicio de este autor, constituiría una forma privilegiada de coautoría por omisión la de la mujer embarazada que *permite* que otro realice el aborto, por aplicación del § 218, que expresamente asimila al hecho de dar muerte al feto el que la mujer tolere que éste se cometa.

QUINTANO RIVOLIS no se plantea el problema en su conjunto, sino sólo en relación a la mujer que consistente en que le causen el aborto y a este respecto observa, a nuestro modo de ver en forma exacta, que no puede aplicarse la fórmula alemana que se satisface con el verbo "permitir" (*zulassen*) a la del Código español, que es también la del nuestro, que emplea el verbo "consentir",²⁸ el cual tiene, como se verá, un contenido más exigente.

Según puede apreciarse, la doctrina en esta parte es poco definida y el punto, que sepamos, no ha sido abordado entre nosotros. Creemos, no obstante, que a la luz de la legislación chilena, el aborto por omisión parece no ser admisible.

Se ha advertido al ocuparnos del homicidio por omisión que se trata de una elaboración dogmática no enteramente esclarecida y que a falta de tipos especiales de no impedición del resultado, es posible, supuestas ciertas condiciones, asimilar la no evitación a la producción del resultado. Debe, sin embargo, procederse con extrema prudencia para no quebrantar el principio *nulium crimen sine lege*. En consecuencia, si las fórmulas legales empleadas por la descripción legal sugieren una restricción a las solas conductas activas, lo razonable es desear de *lege lata* la hipótesis de comisión por omisión. La doctrina alemana, que se ha ocupado, aunque insuficientemente del tema, no es aplicable a la dogmática chilena. Desde luego, el aborto en el Derecho alemán, según se ha visto, consiste en matar (*abtöten*) al feto, y dentro de tal voz es posible incluir la no evitación de la muerte. En cambio, en Chile la ley usa la fórmula "causar un aborto", lo que sugiere la idea de que *el agente desencadena el proceso causal*. Es más, en la única forma pasiva prevista expresamente, no se satisfizo el legislador para castigar a la mujer con el solo hecho de tolerar o no evitar su aborto, sino que exigió que *constitiera* en él. Hemos afirmado antes (vid. supra) que la omisión no es nunca *causal* del resultado y que sólo la tolerancia de ciertos verbos que no conllevan necesariamente una restricción a la exigencia de causalidad, permite extender el tipo a la no evitación del resultado. Por lo demás, en el análisis que haremos de cada una de las figuras, se verá que a lo menos en la mayoría de ellas el aborto no es conceptualmente posible por omisión, como cuando la ley exige, entre los requisitos del tipo, el empleo de *violencia*, o *el dolo directo* a través de la expresión *maliciosamente* (como se sabe, la omisión es difícil de compatibilizar con el concepto de dolo directo).

b) *El momento consumativo*. Lo decisivo para que el delito se consuma es la muerte del feto, sea dentro del útero materno o fuera, siempre que en este caso

²⁶ Op. cit., sobre el § 218, p. 947. En contra, RG, 56 169.

²⁷ Cf. MAURACH, DSt. B.T., p. 66. También ANTOUSEL, *Manuale* P.S., I, (p.85), quien propone el caso de la comadrona que, encargada de asistir a una mujer encinta, no practica de propósito los cuidados que son necesarios.

²⁸ QUINTANO, *Tratado* P.E., p. 596.

la muerte sea una consecuencia de la interrupción de la gravidez, "como en el caso en que el feto es expulsado vivo, pero perece a causa de su inmadurez y consiguiente incapacidad de una vida autónoma".²⁹ En cambio, la extracción del feto al que ya se ha dado muerte constituye una operación atípica. Si no obstante las maniobras abortivas dolosas el producto de la concepción, nacido anticipadamente, sobrevive, el aborto estará frustrado.

En el caso de que el agente dé muerte a la criatura a través de una acción sucesiva al parto provocado por el mismo dolosamente existe *concurso real* de delitos, regido por el art. 74, entre aborto frustrado y homicidio consumado.³⁰ Se observa, con razón, que a pesar de la afirmación puramente causal (en el plano de la equivalencia de las condiciones) del aborto *consumado*, hay una desviación esencial del curso causal representado y el cambio del dolo antes de la producción del resultado conduce a un hecho nuevo.³¹ Luego, en caso alguno podría sostenerse concurso ideal (art. 75) entre homicidio y aborto consumado.

c) *El homicidio (suicidio)-aborto*. El problema del *suicidio* de la mujer embarazada plantea problemas diversos según que el intento de quitarse la vida resulte o no fallido, todo ello frente a la muerte del feto. Si la suicida logra su propósito, el asunto se suscita, y en ello radica su interés práctico, frente a un concurso eventual de otras personas. Los que han auxiliado a la suicida, a sabiendas del estado de embarazo, ¿son castigados además por su contribución al aborto (muerte del feto)? ¿Y qué acontece con el que *induce* al suicidio (que como tal no es punible en la ley chilena, la que sólo castiga el auxilio) relativamente a la muerte del feto?

Si el suicidio se frustra, las preguntas sobre responsabilidad en el aborto se extienden también a la mujer embarazada, si de resultados de su acción suicida fallida se produjo la muerte del feto.

MAURACH estima que se da el tipo de aborto tanto en el caso de suicidio realizado cuanto de suicidio fallido.³² Luego, habrá que examinar sólo la subjetividad de la mujer y de los partícipes en su suicidio, respecto de la muerte del feto. Admitido el dolo, también respecto de este segundo resultado, procederá la sanción por aborto en el grado de participación correspondiente.³³ De seguirse esta tesis, frente a la ley chilena, las conclusiones serían las siguientes: como el suicidio es una conducta impune, si éste se frustra, la mujer sería castigada solamente por aborto consumado. Aunque los juristas partidarios de esta tesis no lo digan explícitamente, habría que concluir que *toda* tentativa de suicidio de una mujer embarazada, a que no siga siquiera la muerte del feto, debería castigarse como aborto frustrado o tentado. Y para ser todavía más estrictos en la consecuencia, el intento de suicidio de la mujer que *se cree* embarazada sería tentativa de delito imposible de aborto (lo que para los sostenedores de la punibilidad del delito imposible³⁴ conduciría también a la incriminación). Todo ello porque la

²⁹ ANTOUSEL, *Manuale* P.S., I, p. 85.

³⁰ También en el sentido del texto, EICHENBERG, D.P., III, p. 91.

³¹ Cf. MAURACH, DSt. B.T., p. 57; WEIZEL, DSt., p. 260; SCHÖNE-SCHÖDER, op. cit., p. 942.

³² MAURACH, DSt. B.T., p. 58.

³³ MAURACH, DSt. B.T., p. 58; en el mismo sentido, BOCKELMANN, ZStW 65, p. 572; SCHÖNE-SCHÖDER, op. cit., p. 942.

³⁴ En Chile, ENRIQUE CURY, *Orientaciones para el estudio de la teoría del delito*, cit., pp. 249 ss.

mujer que intenta suicidarse difícilmente no estará en *dolo de consecuencias nece-
sarias* (dolo directo) respecto de la muerte del feto. Sólo quedaría impune por
el aborto si no se representó la muerte del feto que acompañará a la suya propia
(lo que es bastante improbable).

Entre nosotros, ERICHERARY sostiene la impunidad de la mujer embarazada
que intenta suicidarse, arguyendo que "debe tratarse de dar muerte al feto *como
tal*".³⁶ Por la misma razón, piensa que no es castigado también por aborto sino
sólo por homicidio el que da muerte a la mujer embarazada y con ello también al
feto.³⁷ Coincidimos con esta conclusión, aunque su fundamento (dar muerte al
feto "como tal") no es persuasivo. Más convincente nos resulta la argumentación
de WELZEL fundada en la idea de la *consunción*.

En efecto, piensa este autor que, "puesto que la vida en germen es *todavía*
parte integrante de la vida de la madre, la tutela penal de la madre abarca
también la del feto". En consecuencia, "el aborto es *consumido* por los delitos
dolosos de homicidio, en tanto que puede concurrir idealmente con el homicidio
culposo".³⁷

De acuerdo con esto, queda efectivamente impune la muerte del feto en el
caso de que alguien dé muerte a la mujer embarazada, y lo mismo da que haya
querido o no el agente también la muerte del feto *en cuanto tal*.

Podría objetarse que la idea de la *consunción* bien puede operar en la rela-
ción homicidio-aborto, en cuanto la tutela penal de la vida de la madre incluye la
de la vida del feto, como parte inseparable de aquella vida. En este sentido
habría un concurso aparente de leyes penales, porque conceptualmente la des-
trucción de la vida de la madre es inseparable de la destrucción del germen de
vida alojado en su seno. Pero -se añadiría- el asunto es diverso en la relación
suicidio-aborto, ya que la vida de la mujer embarazada no tiene tutela penal
frente al suicidio. Sin embargo, creemos que la idea de la consunción es también
aquí aplicable. Más adelante se verá que el suicidio, aunque no es injusto típico,
es siempre una conducta lícita (vid. infra Nº 70), razón por la cual hay en la
conducta de la suicida un desvalor que si no se castiga en el caso de la
frustración es sólo por una razón de política criminal. La relación de consunción
es una relación entre dos injustos, en que el sentido del uno es absorbido por el
sentido del otro. Por esta razón, quedarían absorbidos en el desvalor de la acción
lícita (impune) de la suicida frustrada los daños que sufriera el vestido ajeno que
ella llevaba en el momento de su intento. En consecuencia, si el legislador libera
de pena a la suicida frustrada, ello se extiende no sólo al desvalor referido a su
vida, sino también al desvalor consumido en aquél (muerte del feto).

En lo que respecta a los que contribuyeron al suicidio (participes) dándose
todos los extremos del tipo, incluida la muerte de la mujer, también su conducta
respecto de la muerte del feto quedará impune de acuerdo con el principio de la
absorción; el que auxilia al suicidio será castigado sólo por ese delito y no por el
aborto; el inductor, salvo en cuanto fuera un verdadero autor mediato del
homicidio (vid. infra Nº 74), no recibirá castigo por ninguno de los dos títulos.

³⁶ ERICHERARY, D.P., III, p. 91.

³⁷ Sostiene que, "si ha buscado en cambio, ambas muertes, se tratará de un concurso ideal" (art. 75)
(ERICHERARY, D.P., loc. cit.). En el fondo, su distinción se basa en la diferencia entre el dolo directo y
dolo de consecuencias necesarias.

³⁸ WELZEL, DSt., p. 302.

Esta solución no varía si no se da el extremo del tipo, muerte de la suicida, ni
aun en el caso que la única resultante de su auxilio sea la muerte del feto (como
a nadie se le ocurriría hacer responder al auxiliador de suicidio como cómplice
de las lesiones que sufra la mujer como consecuencia de su intento).

D. Medios

En cuanto a los *medios* para perpetrar el aborto (ya en las hipótesis de comisión
propriamente tales), hay sistemas legislativos, como el Código francés (art. 317),
que señalan algunos medios de ejecución, pero siempre con carácter ejemplar.

En nuestra ley no se hace ninguna alusión a los medios, y la verdad es que,
al igual que en el homicidio, no existe ninguna limitación.

Hay algunos que podrían llamarse *específicos* para producir el aborto, pero
hay otros medios genéricos (golpes, lesiones, etc.) que son asimismo idóneos y
mencionarse los *químicos*, sea que produzcan intoxicación, sea la excitación arti-
ficial de los procesos del parto; los *físicos y mecánicos*, ya en la forma de intro-
ducción de sondas en el útero, punción de las membranas amnióticas, ya trata-
mientos eléctricos o de radiación, masajes, etc.

II. FIGURAS DE ABORTO

1º

Aborto causado por extraños

Con esta denominación se alude al aborto causado por personas distintas a la
propia mujer embarazada. Todavía en esta clase de aborto debe hacerse una
nueva diferencia, según que el sujeto activo sea o no una facultativo que obra
abusando de su oficio, caso en que la incriminación se desplaza a una figura
especial (art. 345).

Al aborto causado por extraño, que no sea el facultativo, se aplican las penas
de los arts. 342 y 343 C.P. El aborto causado por el facultativo es una figura
calificada, esto es, se aplican las penas previstas en el art. 342, aumentadas en un
grado.

40. Los Casos DEL ART. 342 C.P.

A. El texto legal

Artículo 342 del Código Penal: "El que maliciosamente causare un aborto será
castigado:

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

"2º Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza,
obrar sin consentimiento de la mujer.

3º Con la de presídido menor en su grado medio, si la mujer consintiere.

El precepto transcrito contiene, pues, tres hipótesis de aborto que se estudiarán separadamente, pero antes debemos fijar el alcance del vocablo "maliciosamente" que concierne al aspecto subjetivo de todas ellas.

B. Análisis de la voz "maliciosamente"

Las tres hipótesis señaladas tienen en común la acción de causar un aborto *maliciosamente*. Sobre el significado de esta expresión, a los argumentos de carácter general sobre el significado de tales menciones subjetivas (vid. supra), cabe añadir un importante antecedente histórico, que consiste en que la Comisión Redactora sustituyó la expresión "de propósito" del C. Penal español 1848-1850 por el adverbio citado. Se hizo este cambio, a indicación de GANDARILLAS, "porque la expresión 'de propósito' pudiera aplicarse a muchas personas que de buena fe proceden; por ejemplo, el médico que necesita causar el aborto y da remedios con el fin de procurarlo para salvar la vida de una enferma en peligro".³⁸

El alcance de la expresión maliciosamente ha suscitado algunas dudas y las interpretaciones van desde negar toda particular exigencia subjetiva hasta reclamar un *dolo específico*. Este último criterio, sostenido por LABATT,³⁹ se ha impugnado antes (vid. supra) sobre la base de que todo dolo es específico y no existe dolo genérico. En cuanto a la afirmación de la irrelevancia de la voz *maliciosamente* en el plano de su subjetividad, la fundamenta ERCHBERG sobre la base de que el sentido que los comisionados acordaron a la expresión, junto con eliminar el giro *de propósito* del modelo español, fue el de excluir las conductas justificadas (los abortos lícitos) y no de requerir algo especial en el plano de la intencionalidad.⁴⁰

En Argentina, aunque el precepto respectivo no contiene una mención semejante al nuestro, concluye SOLER que esta figura exige *dolo-ético* (el propósito de dar muerte al feto), sobre la base de la comparación sistemática de otra disposición, ésta si semejante a la de nuestro Código, en que se prevé un tratamiento penal más benévolo "al que con violencia causare un aborto *sin haber tenido el propósito de causarlo*". De manera que la figura más leve (que corresponde a nuestro Art. 343) incluya el aborto con *dolo eventual*, en tanto que la más grave (la equivalente a nuestro art. 342, Nº 1º) reprimirá el aborto con *dolo directo*, ambas hipótesis incluyendo violencia.⁴¹

ERCHBERG sigue entre nosotros esta misma tesis, que puede resumirse así: a) La voz *maliciosamente* (común a las tres figuras del art. 342) carece de significación en el plano subjetivo; b) la figura más grave del art. 342 (el aborto violento) precisa de *dolo directo*, por comparación con la figura de aborto violento, *sin dolo directo* que resultaría de los términos del art. 343; c) las restantes figuras de aborto del art. 342 (sin violencia) pueden cometerse también con dolo eventual.⁴²

³⁸ Actas, sesión 160.

³⁹ LABATT, D.P., P.E., p. 232.

⁴⁰ ERCHBERG, D.P., III, p. 92, SCHERER RAVEAU, op. cit., p. 50.

⁴¹ SOLER, D.P.A., III, p. 114.

⁴² ERCHBERG, D.P., III, pp. 92 ss. Esta interpretación conduce, empero, a la siguiente consecuencia: el aborto que se causa sin violencia y con dolo eventual (art. 342, Nº 2º y 3º C.P.) tendría una pena mayor que el aborto con violencia y con dolo eventual (art. 343 C.P.). Nos parece que la única conclusión admisible (vid. infra, texto) es que el aborto sin violencia sólo estará sujeto a pena cuando haya *dolo directo*, mientras el aborto violento lo es tanto cuando se comete con dolo directo cuanto con dolo eventual.

AMUNÁTEGUI⁴³ parece discrepar de esta interpretación cuando observa que el art. 10, Nº 10 del C.P. establece, en forma amplia, una justificación para todo el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo. Si a ello se añade la antigua disposición del art. 226 del Código Sanitario, que establecía la legitimidad del aborto terapéutico, se advierte la superfluidad que tendría la voz "maliciosamente" como forma de excluir los abortos lícitos.

SCHERER RAVEAU,⁴⁴ aunque reconoce la superfluidad que tendría la voz "maliciosamente", concluye que el intérprete no puede "dar a las expresiones empleadas por el legislador otro sentido, diverso que el que se tuvo en vista". No es del caso desarrollar aquí los principios generales, de interpretación de la ley penal, pero no se discute, ya que la voluntad del legislador, esto es, lo que pensaron los comisionados, no constituye un elemento decisivo de interpretación. Por lo demás, los comisionados aludieron a la buena fe, con lo cual pretendían aludir al concepto civil de dolo, esto es, a la intención positiva de *hacer injuria* a la persona de otro. Sin embargo, lo que es forzoso establecer es si la expresión "maliciosamente" tiene repercusión en el dolo penal. Creemos que debe responderse afirmativamente a esta pregunta y que el análisis, puesto en la *análisis de resignarse a un resultado representado como posible*. Tal es entre nosotros la opinión de un sector de la doctrina.⁴⁵

En suma, las tres figuras de aborto malicioso del art. 342 *o no solo la primera requieren para su perfeccionamiento de dolo directo, concepto en el que debe entenderse comprendido el dolo de consecuencias necesarias*.

La Corte de Apelaciones de Santiago declaró que "no procede admitir la existencia de una figura de casidellito de aborto, puesto que los tipos penales rectores de conductas culposas son aplicables al restringido ámbito de los delitos contra las personas...". La conducta del reo que produce desprendimiento de la placenta y obliga a una intervención cesárea de urgencia, que finalmente produce hematuria pulmonar, no obstante el sufrimiento que le ha producido, no constituye ni un casidellito de homicidio ni un casidellito de aborto, atendida la ubicación 1987, pág. 33).

41. ABORTO CAUSADO MEDIANTE VIOLENCIA

A. *La violencia*

Un primer problema suscitado por el tipo de aborto del Nº 1º del art. 342 es el alcance de la fórmula "si ejerce violencia en la persona de la mujer embarazada".

a) La comparación con otros sistemas legislativos puede ser ilustrativa para ayudar al esclarecimiento del asunto. En el Código Penal de la R.D.A., además de

⁴³ AMUNÁTEGUI, "Maliciosamente" y "a sabiendas" en el Código Penal chileno, 1961, p. 55.

⁴⁴ SCHERER RAVEAU, op. cit., p. 51.

⁴⁵ NOVIA, D.Pch., I, p. 524.

los casos graves (muerte o grave daño causado culposamente a la mujer embarazada), está previsto un tipo calificado, que incluye, fundamentalmente, ya la conducta de emprender el hecho *sin el consentimiento* de la mujer encinta, ya el de inducir a ésta, mediante malos tratamientos, fuerza o amenaza, a causarse el aborto. Como se ve, en ambos casos hay un abuso de la libertad de la mujer, que va desde la simple ignorancia de parte de ésta hasta las formas de influjo mediante coacción.⁴⁶

En el Código italiano también está previsto como tipo más grave el aborto *sin consentimiento*, y la propia ley⁴⁷ especifica entre los casos en que el consentimiento carece de valor el que éste provenga de una menor de catorce años o de una inimputable o si ha sido arrancado con violencia, amenazas, sugestión o engaño.

También el Código español (art. 411) distingue entre aborto *sin consecuencias* y *con consentimiento*, y agrava la pena si se emplea violencia, intimidación, amenaza o engaño, para realizar el aborto, en el primer caso, o para obtener el consentimiento, en el segundo.

Como puede apreciarse, ahora frente a la ley chilena, la existencia de un tipo calificado para el aborto que se cometa ejerciendo violencia sobre la persona de la mujer embarazada constituye una clase de aborto sin consentimiento caracterizado por el medio empleado, la *violencia*, cuyo ejercicio debe estar cubierto, como es obvio, por el dolo del agente, aunque bastará el elemento intelectual (no es preciso que el sujeto *quiera* la violencia), ya que lo que sí ha de querer es la muerte del feto.

El cotejo con los sistemas citados plantea algunas preguntas: ¿están abarcados por el tipo legal en comentario tanto los casos de violencia sobre la mujer *para* realizar el aborto (el extraño), cuanto aquellos en que se trata de arrancar el consenso y hasta las hipótesis en que la mujer es forzada a *causar su propio* aborto?

b) *Ningún problema plantea la interpretación en el caso del empleo de energía física*, sea para realizar el aborto (ejemplo, golpes en el vientre), sea para vencer la resistencia de la mujer, ni aun, según nos parece, en la situación prevista expresamente en el C.P. de la R.D.A., de forzar (con violencia) al autoaborto.⁴⁸ Este último caso corresponde a una autoría mediata en que la mujer sirve de instrumento para su propio aborto.

c) *Más complicada es la decisión sobre la violencia moral* (coacción, amenazas) si se entiende o no incluida en la fórmula del art. 342, Nº 1º. De acuerdo con esto, la intimidación o amenaza para vencer la resistencia de la mujer o para inducirla a causar su autoaborto quedarían, abarcadas en el concepto, del aborto violento.⁴⁹ Si bien en numerosos preceptos del Código la idea de violencia es separada de la de intimidación o amenazas (arts. 138, 144, 261, 384, inc. 2º, 392, inc. 2º, 438, etc.) existen otros en que ello no sucede (261, Nº 2º, 267, 301,

⁴⁶ Cf. § 154.

⁴⁷ Cf. arts. 545 y 546.

⁴⁸ Cf. § 154 (2). Es de advertir, sin embargo, que el precepto, destinado a castigar el "especialmente reprochable influjo sobre la mujer embarazada para que cause su propio aborto", no está restringido a la hipótesis del maltrato corporal, sino que abarca, no la persuasión, pero sí la coacción por amenazas (vid. AMBROS, REDUCH, KAMIN, en *Lehrb. d. Strafrecht* DDR, cit., p. 141).

inc. 1º, 494, Nº 16; etc.), de tal manera que no puede decirse que el sistema chileno haya adoptado un concepto unívoco de violencia. Sin embargo, es posible suponer que en la voluntad de la ley no está la equiparación de la conducta de aquel que para producir el aborto amenaza de muerte con un revolver a la mujer con el caso de que ésta sea engañada o simplemente ignore el tipo de maniobras que el agente está realizando, casos claros de abortos sin consentimiento. El punto es discutible, pero tal parece la solución más conveniente. De este modo, habría que concluir que, mientras el aborto logrado con fraude (que otras legislaciones, según se ha visto, equiparan al aborto mediante violencia) queda comprendido en el tipo amplio de aborto no consentido, lo mismo no acontece cuando la libertad de determinación de la mujer es quebrantada a través de coacción (violencia física inminente) o amenaza (de violencia física futura), hipótesis ambas que estarían abarcadas en el tipo más grave de aborto violento. Otra clase de amenazas que aquellas que apuntan a la integridad física de la propia mujer embarazada no parece que estuvieran, sin embargo, comprendidas.

Esta interpretación impide la impunidad del aborto con dolo eventual a través de coacción (art. 343), como forzar, amenazando con arma de fuego, a una mujer cuyo embarazo sea notorio o conste al hecho, a que realice penosos trabajos físicos. Pero por otra parte, como es natural, el aborto violento consumaría la incriminación de las amenazas o de la coacción, en su caso: no hay concurso ideal de delitos (art. 75 C.P.), sino concurso aparente de leyes penales.

Como variedad calificada del aborto *no consentido*, es claro que si la mujer acepta que se emplee con ella violencia para producir el aborto, el tipo aplicable al extraño no es el descrito en el art. 342, Nº 1º, sino el del Nº 3º del mismo precepto.

B. *Lesiones o muerte de la madre por obra de la violencia*

Tanto en este caso cuanto en el aborto violento no consentido se suscita el problema de la huella en el cuerpo, la salud o la vida de la madre, por obra de las violencias.

El punto no es complicado, si se trata de lesiones *leves*, en el sentido del diagnóstico médico (las lesiones leves en el sentido del art. 494, Nº 5º, C.P., no interesan aquí), ya que ellas resultarán, sin disputa, absorbidas por el aborto violento que, ordinariamente, lleva consigo *alguna* clase de lesiones.

Pero ¿qué acontece si la mujer muere, queda mutilada o gravemente lesionada de resultados de la violencia que el agente ha empleado para producirle el aborto?

a) *Las lesiones o la muerte son atribuibles a dolo del agente*. Antes se dijo que el homicidio doloso de la mujer encinta absorbe el aborto doloso, en cuanto la

⁴⁹ En sentido afirmativo, EICHENBERG, D.P. III, p. 92. Llegó no obstante, a una conclusión diversa a propósito del delito-falta de coacción (violencia privada), del art. 494, Nº 16, C.P., en que limita la violencia a la fuerza física. También por un concepto amplio de violencia, CESAR PARADA, *El aborto en nuestra legislación penal. Doctrina y jurisprudencia*, 1963, p. 55, y CARMEN ABAYA BERRA, *El aborto*, 1963, p. 54. Como es sabido, la figura agravada del párrafo 3º del art. 411 del C.P. español asimismo la violencia, la intimidación, la amenaza y hasta el engaño. Furo Pava cita un antiguo fallo del Tribunal Supremo, anterior a la reforma de 1941, que entendía por violencia "únicamente la física" (Cf. *Derecho Penal*, Parte Especial, 1955, III, p. 423).

tutela penal de la vida de la mujer *incluye* la del germen de vida incorporado a su cuerpo (vid. supra Nº 37). No habría, entonces, homicidio doloso en concurso con aborto doloso (art. 75), sino un solo delito: el de homicidio, sin que ello obste a que, dentro de los márgenes del homicidio, el juez tome en cuenta, en el ejercicio de su discrecionalidad, el daño más intenso (art. 69). En lo que concierne, ahora, a las lesiones corporales que resultan de la acción abortiva, la tendencia dominante en la doctrina y la jurisprudencia alemanas es reconocer también un concurso aparente de leyes, pero en que la consunción operaría a la inversa que en el caso del homicidio, ya que serían las lesiones las absorbidas por el aborto.⁵⁹ Sin embargo, observa MAURACH que las dificultades que suscita el caso en que la ley desplazada tiene prevista pena más grave han conducido a que en tales casos la jurisprudencia en forma poco consecuente tome en cuenta el límite superior del tipo absorbido, lo que significaría prácticamente un reconocimiento del concurso ideal. De ahí que MAURACH formalmente afirme para estos casos el concurso ideal.⁶⁰

A la luz de nuestra ley podrían plantearse problemas similares a los que han enfrentado la jurisprudencia y doctrina extranjeras. Y la verdad es que las soluciones no son tan opuestas como parece. Si bien se mira, el art. 75, que rige el concurso ideal de delitos, se funda también en un criterio de absorción, solamente que debe aplicarse la pena *mayor* asignada al delito más grave. Como, por otra parte, el concurso aparente resuelto a través del criterio de la absorción no es obstáculo para que se compue el desvalor desplazado, a través del art. 69, la única diferencia práctica que resulta de optar por el concurso aparente de leyes o por el concurso ideal de delitos es que el aumento de rigor será en un caso obligatorio y en el otro facultativo. Si la pena, como acontece en las lesiones gravísimas del art. 397, Nº 1º y la del aborto con violencia del art. 342, Nº 1º, es la misma, la solución práctica a que llegará el juez será probablemente la misma con uno u otro sistema. Más trascendencia tendrá, empero, la elección del sistema si, como acontece con la castración, la pena de la lesión es superior a la del aborto.

* Las soluciones en esta materia son todas más o menos cuestionables, pero pareciera que la distinción debe reposar en los límites generalmente aceptados del concurso aparente de leyes. En otros términos, en el aborto violento quedarán absorbidas todas aquellas lesiones conceptualmente inherentes a la clase de violencia requerida para matar al feto. Los excesos dolosos, en cambio, no deben considerarse como acompañantes ordinarios de las violencias para causar el aborto, y si de esos excesos se sigue una lesión grave, este segundo desvalor no queda absorbido por el del aborto doloso. Mientras todo homicidio doloso incluye conceptualmente (u ordinariamente) la muerte del feto, y de ahí que el homicidio absorba al aborto, del mismo modo todo aborto violento supone determinadas lesiones, u ordinariamente acompañarán a aquél, por lo que el aborto doloso violento absorbe esas lesiones. No acontece lo mismo si hay exceso, esto es, un mal trato que vaya más allá del dirigido a producir el aborto.

⁵⁹ Cf. MAURACH, DStr. B.T., p. 58; Weitzel, DStr., p. 302.

⁶⁰ Ciertamente que a través de una fórmula elíptica, alguna jurisprudencia alemana que afirma el concurso aparente de leyes resuelto por la vía de la consunción, al considerar el marco penal del tipo legal desplazado, va a parar en buenas cuentas y en la práctica a los mismos criterios del concurso ideal. Sobre esta tendencia confórmese también a MAURACH, DStr. B.T., p. 58; SCHÖNE-SCHRODER, op. cit., p. 951.

Para tales casos, que coincidirán frecuentemente con las hipótesis de lesiones gravísimas, mutilaciones y castración, la solución más consecuente parece ser la del concurso ideal. Naturalmente todos estos problemas se suscitan si las lesiones o la muerte de la mujer embarazada, cubiertas por el dolo del agente, pertenecen al contexto de una acción única. Distinto es el caso si, completada la acción del agente, surge en éste la determinación de realizar una nueva acción, por ejemplo para borrar las huellas de su delito. Así, en el caso de que la mujer víctima de las violencias que produjeron el aborto amenace al hecho con denunciarlo, razón por la cual éste le da muerte, habría un concurso material de delitos (art. 74).

b) *Las lesiones o la muerte son atribuibles a culpa del agente.* La situación que se produce cuando la muerte o las lesiones de la mujer embarazada corresponden a culpa y no a dolo del agente, suscita nuevas complicaciones.

En las *Actas de la Comisión Redactora*, aunque sin reducir el asunto al aborto violento seguido de muerte de la mujer embarazada y más bien, seguramente, pensando sólo en el aborto consentido seguido de muerte, se optó por la solución del *concurso ideal*.⁶¹ En efecto, el Código belga contenía una previsión explícita de esta hipótesis,⁶² pero nuestros comisionados convinieron en que el caso del que "procurando el aborto causa la muerte" estaba "comprendido en la regla general que castiga con la pena del delito mayor en su grado máximo todo hecho que pueda considerarse dos delitos a la vez".

Ha fallado la CS que "el aborto seguido de muerte constituye un delito preintencional, mezcla de dolo y culpa que, de acuerdo con el art. 75 del C.P., debe castigarse con la pena asignada al delito más grave" (RDJ., LV, 1955, p. 198). En el mismo sentido, CS, 1959: RDJ., LV, p. 279; CS, 1960: RDJ., LVII, p. 60. En contra, CA de Temuco, 1941: GT, 2, p. 449; CA de Santiago, 1953: RDJ., I, p. 97.

Desde antiguo esta interpretación de los comisionados fue objeto de críticas. Así, PEDRO JAVIER FERNÁNDEZ observa, refiriéndose a la sesión Nº 66, en que la cuestión fue abordada, que "si esta acta no lo dijera, difícilmente habría podido considerarse el caso propuesto como comprendido en el art. 75 a que alude, pues la muerte de la madre y el aborto no es un hecho que constituya dos delitos, ni uno es medio necesario para cometer el otro. La muerte será simplemente un accidente desgraciado, pero no necesario".⁶³

LABATTUT, por su parte, piensa que la Comisión incurrió "en el error de estimar que el aborto seguido de muerte constituye un concurso ideal de delitos", criterio inaceptable porque la expresión "un solo delito" que emplea el art. 75 se refiere a un solo hecho físico, como es el caso de la violación de una partenta y no aquel en que derive más de uno, como ocurre en la figura que nos ocupa. Añade que "las prácticas abortivas implican riesgo de muerte para la mujer, riesgo que no puede ser conjurado sino renunciando a la acción principal. El actor ha debido entonces querer, al menos como contingencia posible, el resultado muerte, por lo que en este caso no es posible hablar de preintencionalidad". La particular posición de LABATTUT sobre el régimen del dolo eventual en la ley

⁶¹ Cf. el Acta de la sesión 66 de la Comisión Redactora, de 15 de noviembre de 1871.

⁶² Art. 352 del Código belga de 1867.

⁶³ PEDRO JAVIER FERNÁNDEZ, *Código Penal de la República de Chile, explicado y concordado*, 2ª ed., 1899, p. 80.

chilena lo lleva a aceptar como solución práctica, "aunque técnicamente incorrecta", la de atribuir el resultado muerte al de imprudencia temeraria (aborto doloso en concurso con cuasidelito de homicidio, regido por el art. 75).⁵⁵

ETCHEBERRY, en cambio, acepta el criterio de la Comisión Redactora sobre la concurrencia de un concurso ideal, si bien en lo que respecta a la hipótesis de aborto con dolo directo en concurso con homicidio con dolo eventual no ofrece una solución explícita. Pero para la "regla general", esto es, aborto malicioso y homicidio culposo, admite el régimen del art. 75 (aborto y cuasidelito de homicidio). Nada sugiere, en cambio, para la disyuntiva aborto doloso-lesiones culposas.⁵⁶

En lo que concierne al homicidio culposo, WITZEL⁵⁷ propone una solución distinta de la sustentada para el homicidio doloso: en tanto que éste consume el aborto, "puede concurrir idealmente con el homicidio culposo". La razón de la diferencia está no solamente en la más enérgica tutela penal del homicidio doloso sino también en la circunstancia de que, como ocurre de ordinario, una conducta puramente culposa difícilmente puede comportar un desvalor suficiente para consumir la acción dolosa. En el caso que nos ocupa, el aborto violento tiene una pena bastante superior a la del homicidio culposo.

Se trata de decidir, entonces, si este mayor desvalor (aborto doloso) es suficiente, no ya tan sólo para substraerse a la consumación por el homicidio culposo, sino incluso para absorber a éste. En otros términos, ¿hay aborto doloso en concurso ideal con el cuasidelito de homicidio (art. 75), como lo pensaron los comisionados, o el aborto doloso absorbe al homicidio culposo?

Ni conceptual ni ordinariamente la muerte acompañada al aborto ni la culpa que lleve a este resultado. Este fue el criterio de los comisionados y aun el de legislaciones modernas que prevén esta situación con una pena agravada.⁵⁸ En consecuencia, *muestra opinión es también favorable a la tesis predominantemente de concurso ideal entre un aborto doloso y un homicidio culposo.*

En lo que respecta a las lesiones culposas nos parece adecuado un criterio semejante al que proponíamos para las lesiones dolosas: *serán absorbidas por el aborto doloso violento en la medida en que las lesiones culposas sean de aquellas que ordinariamente siguen a las maniobras abortivas o la violencia en su caso.* El exceso culposo constituye un desvalor propio que se regirá también por el art. 75. Normalmente las lesiones culposas del art. 490, N° 2°, quedarán absorbidas por el aborto violento y ordinariamente no las del N° 1° del mismo artículo.

42. ABORTO SIN CONSENTIMIENTO

Se refiere a esta segunda hipótesis de aborto causado por extraños el art. 342 en su N° 2°. En lo que respecta al aspecto subjetivo, ya hemos dicho nuestra opinión contraria a la admisión del dolo eventual. En el ejemplo propuesto por ETCHBERRY, del que administra a la mujer sustancias con el objeto de embellecerla, a

⁵⁵ LABATT, D.P., 2ª ed., 1955, II, p. 190. En la última edición de la obra se mantiene, en lo fundamental, la misma objeción, aunque los fundamentos son más escuetos (op. cit., p. 235).

⁵⁶ Cf. ETCHBERRY, D.P., III, p. 104.

⁵⁷ WITZEL, Dstr. cit., p. 302.

⁵⁸ Cf. § 155 del C.P. de la R.D.A. Véase asimismo AMBROS, KAMM, REDLICH, en *Lehrkommentar DDR*, cit., II, p. 141.

⁵⁹ ETCHBERRY, D.P., III, p. 96.

sabiendas de que ellas pueden causar un aborto, sin que esta representación lo disuada, a nuestro juicio se trataría de una conducta imputable si el aborto se produce.

En el plano objetivo, a la conducta de dar muerte al feto se añade el requisito negativo de ausencia de consentimiento, referido a la muerte del feto y no a las solas maniobras. Así, en el caso de que una mujer consienta en maniobras para acelerar el parto, ello no vuelve al extraño que actúa con dolo directo de aborto, en autor de aborto consentido.

El consentimiento de la mujer puede faltar por estar privada de la capacidad de prestarlo, como también por la existencia de un vicio que resta valor a su aquiescencia.

La circunstancia de que el consentimiento de la mujer determine un tratamiento penal más o menos severo, según que falte o esté presente dicho consentimiento, ha determinado algunas reflexiones de los tratadistas en torno a su fundamento.

Este sistema, aún vigente en España, no es, por cierto, aceptable si, como se ha pretendido, se le quiere fundamentar en ideas tales como que, por ejemplo, "el nuevo Estado español dispensa a la natalidad una protección jurídica 'desde perspectivas genuinamente sociales y de política demográfica', lo que impone a la mujer 'un deber imperioso' que resulta incompatible con acordar alguna eficacia al consentimiento so con arreglo a la mentalidad autoritaria en que se fundan, ya que el consentimiento no está tomado en el Código español ni en el nuestro como una causal de justificación, por lo que la disponibilidad de la vida del feto por la futura madre no tiene cabida aquí ni puede entrar en consideración. De lo que en realidad se trata es eventual peligro para la vida e integridad física de la mujer, se añaden otros desvalores: desde luego, la libertad de la mujer, y enseguida, en esto tienen razón también los clásicos, la posible aspiración de la mujer de llegar a ser madre, que no es, como se pretende, un interés descubierto por la concepción liberal individualista, sino un sentimiento humano elemental.

Como sea, el tratamiento penal del aborto causado por un extraño es más severo si se obra sin el consentimiento de la mujer, que si se cuenta con él. Este consentimiento falta en los casos de que la mujer se encuentre privada de engaña, en el caso de amenaza con males morales y en general en todo caso en que la voluntad por cualquier razón esté ausente o viciada. Esto no significa la tipicidad de la conducta en cada caso concreto. En general, el consentimiento prestado por una enajenada mental será irrelevante, aun cuando en ciertos casos límites y en determinadas formas de alienación podrá admitirse la validez del consentimiento. En cuanto a los menores ha habido discusión en la doctrina; si este precepto debe ser puesto en relación con el art. 344, que en una de sus hipótesis castiga a la mujer que consiente que otra persona cause su aborto. Esta debe ser, naturalmente, imputable y no tendrá tal calidad, si es menor de

⁶⁰ DE ROSAL, COBO y MOURILLO, DPE, p. E., p. 345.

⁶¹ Cf. QUINTANO RIVOLIS, *Tratado P.E.*, p. 576.

dieciséis años o si siendo mayor de dieciséis y menor de dieciocho ha actuado sin discernimiento. En estos casos, estará la mujer exenta de pena, mientras el extraño que causó su aborto habrá obrado sin consentimiento y quedará regido por la regla del art. 342, N° 2°. Otra solución llevaría al absurdo de que se considera su consentimiento irrelevante para ser autora del tipo del art. 344 y relevante para disminuir la responsabilidad del agente extraño. Creemos, sin embargo, que en estos casos no rechina aplicación la agravante del inc. 2° del art. 72, en obediencia al principio de *non bis in idem*.

El dolo del agente en este tipo delictivo debe ser directo en cuanto a la muerte del feto, y en lo que concierne a la falta de consentimiento, basta el elemento cognoscitivo, y, por ende, el error sobre la existencia o validez del consentimiento es un error de tipo que si es inevitable hará desplazarse la incriminación al tipo menos grave: aborto con consentimiento.

43. ABORTO CON CONSENTIMIENTO

Se refiere a esta hipótesis, la menos grave, del aborto causado por extraños, el art. 342, N° 3°. Se ha visto que, para ser relevante, el consentimiento no debe haber sido arrancado con violencia y que en todo caso debe ser prestado sin circunstancias que lo vicíen. No es necesario que el agente sepa que cuenta con el consentimiento, si éste efectivamente ha existido. Esto no contradice lo que se asseraba en el párrafo anterior, en el sentido de que el no consentimiento debe estar cubierto por la parte cognoscitiva del dolo. La creencia por el agente de que está quebrantando la voluntad de la mujer no transforma el hecho en un atentado contra la libertad de ésta, desde el punto de vista de los requisitos del tipo, sino exclusivamente en la mente del autor.

Esto no significa que juzguemos suficiente el consentimiento tácito, lo que tendría grave repercusión respecto de la mujer embarazada, cuyo consentimiento la conduce a la incriminación con arreglo al art. 344 del C.P. Satisficase con un consentimiento tácito aparentemente favorece al extraño en las situaciones dudosas, pero en lo que respecta a la mujer puede transformar la simple pasividad en una conducta delictiva.⁶⁴ La verdad es que los riesgos de agravar innecesariamente la situación penal del extraño se salvan a través de la teoría del error, ya que si el agente cree contar con la aquiescencia de la mujer (y para ello da lo mismo el consentimiento tácito o el no consentimiento), el tipo aplicable será el N° 3° y no el N° 2° del citado art. 342.

44. ABORTO SIN PROPOSITO DE CAUSARLO (ART. 343 C.P.)

Este precepto castiga (con una pena menor a la del aborto malicioso, sin violencias y con consentimiento de la mujer) al que "con violencias ocasionare un aborto,

aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hecho".

Existe acuerdo en el sentido de que la expresión "aun cuando" debe ser interpretada como "siempre que", puesto que otro significado hace ininteligible la figura.

a) *Naturaleza de la figura.* El tipo legal del art. 343, en nada difiere, en sus extremos objetivos, del que se describe en el art. 342, N° 1°, ya que será preciso que se dé muerte al feto para que el delito esté perfeccionado y que este aborto sea producido con violencias por un extraño. La diferencia reside, pues, en el plano de la subjetividad del agente. Para algunos autores se trata de un delito de aborto preterintencional, en que habría dolo en cuanto a la violencia que se ejerce sobre la mujer embarazada y un aborto que se pudo prevenir como consecuencia de la acción desplegada.⁶⁵ ENRIQUE CURY impugna esta interpretación, para concluir que se trata de una especial hipótesis de cuasidelito de aborto. Sobre la base del esquema clásico de las figuras preterintencionales (mixtura de dolo y culpa), lo que reclamaría un tipo base querido y un resultado previsible no tipo básico, ya que en nuestra ley no existe el tipo de causar violencia. Es más, si se identificara a las violencias con las lesiones, se llegaría al absurdo de que las lesiones gravísimas, las simplemente graves y las mutilaciones llevarían consigo lesiones corporales, solamente porque se siguió un aborto como un segundo resultado. Extrema todavía más su tesis para sostener que ni siquiera es requerida la intencionalidad respecto de la violencia y basta que el agente "haya realizado actos cuya consecuencia causal es dicha violencia, pudiendo o debiendo prevenirla".⁶⁶ En el mismo sentido se decide SCHAPIERER RAVAU,⁶⁷ aun cuando conviene en el contrasentido que resulta de que el cuasidelito de homicidio tenga una pena castigarla el cuasidelito de aborto con la pena de *presidio* menor en sus grados mínimo a medio, el art. 490, N° 1° impone la de *reclusión* o *relegación* menores en sus grados mínimo a medio.

ETCHERBERY⁶⁸ piensa que el art. 343 abarca casos que pueden ser de aborto preterintencional o pueden no serlo. En efecto, como este autor concluye que el N° 1° del art. 342 castiga el aborto violento con *dolo directo*, si bien no así los otros numerandos del mismo artículo, que también podrían cometerse con dolo eventual, este caso la figura en comentario no sería preterintencional, ya que el dolo se extiende al resultado. En cambio, si se tratara de aborto preterintencional en el caso de que el dolo cubra las violencias y no el resultado, previsible pero no previsto, respecto del cual el agente se hallaría en culpa en sus dos formas (con o sin representación). Esta interpretación ha motivado algunas críticas,⁶⁹ principalmente por la desproporción de las penas a que conduce: el aborto con dolo

⁶⁴ NOVOA, DECA, I., p. 556; LABATUR, D.P., p. 233.

⁶⁵ ENRIQUE CURY, *Interpretación del artículo 343 del Código Penal*, en RCP, XVII, pp. 86 y 33.

⁶⁶ SCHAPIERER RAVAU, op. cit., p. 61.

⁶⁷ Cf. ETCHERBERY, loc. cit.

⁶⁸ Cf. HERNÁN PUERTO GARCÍA, *El elemento subjetivo en el delito de aborto*, p. 38.

⁶⁹ La admisión del consentimiento tácito conduce a un delito de comisión por omisión (omisión impropia) por parte de la mujer. La llamada *passive Selbstbeibringung* de la doctrina alemana, que es criticada con razón por QUINIRANO ROPULS a la luz del sistema español, conduce en el hecho a que el art. 344 castiga enteramente de más, ya que habría bastado con las reglas generales (cf. Tratado P.E., p. 596.).

eventual sin violencia tendría mayor pena que el aborto con dolo eventual con violencia. Antes hemos observado que esta desarmonía proviene de la negativa de EICHENBERG a reconocer que las tres, y no sólo la primera, de las hipótesis del art. 342 requieren de *dolo directo* (malicia).

Concluímos, sin embargo, con el en que el tipo legal del art. 343 supone una relación subjetiva del hecho con el resultado muerte del feto, que puede consistir en dolo eventual o en culpa. En ningún caso se trata sólo de un cuasidelito de aborto y ni siquiera, cuando no hay dolo eventual respecto del resultado, *basta* la sola culpa.

No puede aceptarse, como se ha pretendido, que aun en el caso en que las violencias no sean dolosas se satisfaga el tipo. Ello contradiría todo el sistema de violencias no sean dolosas se satisfaga el tipo. Ello contradiría todo el sistema de nuestro Código, en que la regla general es que las acciones descritas en él son dolosas, salvo determinadas excepciones formalmente señaladas; por otra parte, ello se requeriría con mayor razón en este caso, dado que el art. 342, Nº 1º, habla justamente también de violencias en los mismos términos que el art. 343, y, por último, porque la mayor penalidad de este cuasidelito no tendría en esos términos ninguna explicación frente a la del cuasidelito en general. Así, no podría explicarse por qué sería menor la pena de quien empuja por imprudencia violentamente a una mujer y le causa la muerte que igual hipótesis en que el resultado es sólo el aborto.

En consecuencia, respecto del resultado aborto se requiere *dolo eventual* o *culpa*, en tanto que respecto de la acción de ejercer violencia, ésta debe ser *siempre dolosa*.

En rigor, no se trata de un dolo atípico, porque estará normalmente referido, siquiera como dolo eventual, a las lesiones inherentes a la violencia o aun al atentado contra la libertad del art. 494, Nº 16. Los escrúpulos técnicos de si corresponde o no esta figura a la imagen clásica del delito preterintencional carecen de trascendencia.

b) *Concurso con lesiones o muerte de la madre*. Ahora bien, el empleo de violencia intencional, cualquiera que sea el nexo subjetivo respecto de la muerte del feto (dolo eventual o culpa), supone la posibilidad de que de esas violencias se sigan, además del aborto, efectos en la salud y aun en la vida de la mujer embarazada. Esto suscita los inevitables problemas de eventuales concursos de delitos. Los casos extremos pueden resolverse fácilmente a la luz de los principios antes expuestos, es decir, el que ejerce violencias dolosamente sobre la mujer embarazada y el contenido de su dolo abarca la eventual muerte de ésta, cualquiera que sea el nexo subjetivo respecto del resultado aborto (dolo eventual o culpa), responderá por homicidio doloso, el cual absorbe el aborto del art. 343. En cambio, si la muerte de la mujer es sólo atribuible a culpa del que ha ejercido violencias, estaremos en presencia de un concurso ideal entre el que ha ejercido violencias, estaremos en presencia de un concurso ideal entre el cuasidelito de homicidio del art. 490, Nº 1º, y el aborto del art. 343. Ahora, si de resultados de las violencias la mujer sufre lesiones, algunas de éstas quedan absorbidas sin dificultad en el tipo de aborto del art. 343; son ellas las clínicamente leves (leves y menos graves), en cuanto ordinariamente acompañan a la idea de violencias.

Las lesiones graves, en la forma de los dos números del art. 397, y las mutilaciones y las lesiones culposas del art. 490, Nº 1º, estarán en relación de concurso ideal con el art. 343, según el art. 75.

c) *Análisis dogmático*. En lo que respecta a las menciones "que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hecho", es preciso determinar su función dogmática.

En la literatura extranjera se ha aludido a los casos en que ciertos hechos de naturaleza cognoscitiva pertenecerían al tipo legal, sea que se los entienda como "calificantes del sujeto activo"⁶⁸ o como hipótesis de "presupuesta situación psicológica"⁶⁹.

Los ejemplos que se proponen son semejantes a la fórmula del art. 343. Se trata de menciones tales como "teniendo noticias", seguidas de una omisión de denuncia.⁷⁰

Entre nosotros, sostuvo POLTROFF que la mayor parte de las veces no se tratará en estos casos de un elemento subjetivo del tipo, sino de las exigencias cognoscitivas del dolo.⁷¹ Sin embargo, esta solución es cuestionable si se trata de extender a los hechos culposos, donde parece forzoso reconocer un elemento subjetivo del tipo, que bien podría denominarse, al modo de HEGGER, de presupuesta situación psicológica (*Fähle vorausgesetzter psychologischer Situation*).

El tema no tiene una pura significación sistemática y por lo mismo no es mero constructivismo teórico. Si en la hipótesis del art. 343 se reconoce una "presupuesta situación psicológica", ello querrá decir que no basta la posibilidad de prever el embarazo, para que el tipo legal sea aplicable, sino que el agente debe saber que el embarazo existe. La previsibilidad sólo debe ser referida a la muerte del feto. Tal parece haber sido el sentido que los comisionados quisieron acordar al precepto al añadir la frase en comentario, en la sesión 67. Se lee en las Actas: "Se agregó, a indicación del señor GANDARIUAS, la frase 'con tal que el estado de embarazo sea notorio o le conste al hecho' porque sin ella podría castigarse, con la pena del que causa el aborto, a individuos que no pudieron conocer el efecto de sus malos tratamientos", y a quienes no podría, por consiguiente, imputarse la imprudencia que la ley persigue en el que sabe cuál es el estado de la persona ofendida. Se especifican además, en esa frase, el caso en que el embarazo sea notorio y aquel en que consta al hecho, aun cuando no aparezca, por signos fáciles de percibir, como sucedería respecto del marido, que debe conocer el embarazo de su mujer antes que sea notado por los demás.

• En suma, el art. 343, junto con abarcar el aborto violento con dolo eventual, contiene una hipótesis de aborto culposo limitada a aquellas situaciones de presupuesta situación psicológica, esto es, de conocimiento por parte del agente de que la mujer sobre la que se ejerce violencia se encuentra embarazada, sin que baste la posibilidad de tal conocimiento. No es, pues, cualquier forma de culpa, sino solamente aquella en que el deber de cuidado infringido aranca de un presupuesto: el conocimiento por el hecho del estado de embarazo. Si este estado de embarazo es ostensible, pero por alguna razón ha escapado a la percepción del agente, el tipo del art. 343 no es aplicable.

El tipo del art. 343 supone, para ser perfecto, la muerte del feto en relación causal con el ejercicio doloso de violencia sobre la mujer embarazada, a sabien-

⁶⁸ GINSBURG, op. cit., p. 135.

⁶⁹ ALBERT HEGGER, *Subjektive Rechtsundrechtsbegriffe im Rahmen des Allgemeinen Verrechtbegriffs*, en Frank Festgabe, p. 308.

⁷⁰ Confrontáse los arts. 679 o 711 del Código Penal italiano y el § 138 del C.P. de Alemania Federal.

⁷¹ SERGIO POLTROFF, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, p. 99.

das del estado de ésta, sin haber querido la muerte del feto, pero habiéndose representado o debiendo habérselo representado (dolo eventual, culpa consciente y culpa inconsciente).

2º Aborto

45. LA MUJER QUE CAUSA (O CONSENTIENDO) SU PROPIO ABORTO

Se refiere a esta materia el art. 344 que dispone: "La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo". "Si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio".

a) *El tratamiento penal del aborto causado por la propia mujer embarazada es muy discutido.* Algunas legislaciones no lo castigan, como es el caso del C.P. de la R.D.A.; otros le imponen una pena menor que al aborto realizado por un extraño (figura privilegiada), como sucede en el C. de Alemania Federal y otros, por último, lo castigan con pena igual (C. español) y aun mayor, como sucede con el C. chileno, que al aborto que causa el extraño con el consentimiento de la mujer (aborto calificado).

En el sistema chileno, el aborto es juzgado más reprovable que el que causa el extraño, seguramente por atribuir a la mujer, además de la lesión al bien jurídico (vida del feto), una infracción al deber personal frente a la protección del hijo futuro.

Desde luego, una decisión de *lege ferenda* es inseparable de la escala de valores del determinado grupo social que tenga la hegemonía ideológica y de las consideraciones sociológicas subyacentes. En otra parte nos hemos hecho cargo del problema de política criminal sobre la conveniencia o inconveniencia de incriminar el aborto con consentimiento, por lo que no es del caso repetir aquí las bases del debate. Sin embargo, nos parece que, como regla, su pena debiera ser inferior al que causa el extraño, aun con el presupuesto del consentimiento. En primer término, si se descartan los casos de generosidad o altruismo, lo frecuente será que el tercero obre por codicia o para obtener una ventaja.⁷⁶ La mujer, en cambio, tiene una causa personal que la impulsa a renunciar a algo que normalmente es mirado como un bien (*hijo no deseado*), y a esta motivación se añade una circunstancia excepcionalísima y es que el proceso del embarazo y los riesgos del parto, así como las obligaciones de la maternidad, son cargos que la mujer debe soportar en sí misma.

b) *La mujer consiente en que otro le cause el aborto.* El tipo del art. 344 es de pluralidad de hipótesis: *causar* el propio aborto o *consentir* que otro se lo cause (caso de figuras alternativas). La segunda de las hipótesis exige concurso necesario

⁷⁶ Caso especialmente agravado en el C.P. de la R.D.A. (*Schweres Verstoß wegen brandeln*).

de otra persona, pero ésta será inculpada, no con arreglo al art. 344, sino conforme al art. 342, Nº 3º, con pena menor a la de la mujer.

Observa SOLER que "no se trata, claro está, de castigar el nudo consentimiento",⁷⁷ ya que el tipo legal, también respecto de la mujer, encuentra su principio de ejecución en las maniobras abortivas. Ello se explica porque, como WEITZEL anota, en último término se ha elevado aquí a la categoría de *hecho principal* un comportamiento que es sólo de complicidad,⁷⁸ aun cuando en rigor, de no existir el art. 344, sería de coautoría o de complicidad de la figura del art. 342, Nº 3º, y que, en todo caso, requiere del *comportamiento material* del extraño, sin cuyo inicio el solo consentimiento de la mujer es penalmente irrelevante.⁷⁹

En cuanto a las características del consentimiento, nos parece suficiente lo que se manifestó más arriba a propósito del art. 342. No basta la no impedición, la tolerancia o la aquiescencia tácita; se precisa una voluntad activa y exteriorizada.

c) *La mujer causa su propio aborto.* La otra hipótesis alternativa no ofrece mayor dificultad en su aspecto objetivo, pues consiste en que la mujer cause su propio aborto, sin que sea preciso agregar algo a lo explicado precedentemente sobre el verbo rector en referencia al significado material del comportamiento de la mujer.

Ahora bien, como en esta figura no se hizo mención de la malicia, lo que no es sino una consecuencia del rigor que se tuvo con el aborto, debe entenderse que este tipo se satisface aun con el mero dolo eventual, salvo que se trate del caso en que la mujer constituyó en el aborto que le practica un extraño, en que naturalmente tendrá que haber dolo directo.

Por ser la presente figura agravada en relación a la del art. 342, Nº 3º, podrían presentarse los mismos problemas de comunicabilidad que se examinaron en relación con el particido, esto es, qué sucede con los partícipes en el aborto. No nos parece que haya diferencia con los planteamientos que se hicieron en el particido, de modo que dicho partícipe (instigador, coautor y cómplice) responderá de acuerdo al tipo del art. 342, Nº 3º y no según el del art. 344.

46. ABORTO HONORIS CAUSA

El segundo inciso del art. 344 contempla el llamado *aborto honoris causa*, esto es, la ley ha considerado como minorante de la punibilidad el móvil de honor, la honra de la mujer. A diferencia de lo que ocurrió en el infanticidio, los connotados y posteriormente los legisladores no hicieron cuestión alguna en relación al fundamento del privilegio; se atuvieron, pues, desde un principio, al modelo español, sin hacerle modificación alguna de carácter sustancial.

El privilegio, dada la forma en que está establecido ("si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena..."), es de carácter personal e implica exclusiva-

⁷⁷ SOLER, DPA, III, p. 117.
⁷⁸ WEITZEL, DStR, p. 300.

⁷⁹ Otra interpretación, que viera en el consentimiento de la mujer, no una conducta accesoria elevada a hecho principal por razones de penalidad, sino un tipo autónomo, conductiva, entre otros, a los siguientes absurdos: sería punible la instigación y el auxilio al consentimiento, y además a la punibilidad de la exteriorización del consentimiento, antes de iniciadas las maniobras abortivas como tentativa.

mente un momento de la culpabilidad, es decir, sólo beneficia a la mujer—que ha causado su aborto o consentido que otra persona se lo cause—y no se extiende a los partícipes en el autoaborto, quienes responderán de acuerdo a lo establecido en el art. 342, Nº 3º. En verdad, desde el punto de vista de la penalidad aparentemente no hay diferencia para los partícipes ser sancionados por el art. 344 o el 342, Nº 3º, pero en la práctica sí que tiene importancia, pues si se considera que quedan incluidos dentro del privilegio, aparecería bastante contradictorio hacer jugar en su favor dentro del marco penal la circunstancia de haber actuado, cuando es el caso, motivados por la situación personal de deshonra de la mujer. En cambio, al estimarse que el partícipe debe ser sancionado de acuerdo al art. 342, Nº 3º, no hay dificultad para considerar dicha motivación generosa dentro de las posibilidades discrecionales de elección de la pena dentro del marco penal.

La expresión *por*, que frecuentemente es reveladora de un elemento subjetivo del tipo (injusto), es en este caso solamente signo de la motivación anormal como minorante de la punibilidad. Esta motivación puede coexistir con otras (temor de perder un empleo, excesiva prole, etc.), pero aquella ha de ser la predominante. La idea de la honra debe ser entendida en referencia al concepto tradicional de las buenas costumbres en materia sexual. Plena *Ercheberry* que esta idea debe conectarse, dentro de la tradición española, a lo *socialmente* reprochable. "La excusa—dice este autor—se fundamenta en la repulsa o el menosprecio social que engendran las relaciones extramatrimoniales para una mujer". Añade, con razón, que esto no tiene que ver con la inmoralidad intrínseca de las relaciones que originaron el embarazo, sino en la reacción social frente a ellas.

* La Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerdá, estimó que debe sancionarse en conformidad a este título la conducta de la mujer que se provoca el aborto con el propósito de ocultar su deshonra, si vivía en la casa de sus padres, era soltera, y aquellos ignoraban la naturaleza de las relaciones que mantenía con su amante y en manera alguna aceptarían la maternidad que se acercaba. "Su maternidad habría de crearle conflictos con sus padres y con el medio social... por ser ella soltera..." (RDJ, LXXV, 2ª Parte, Secc. Civ. pág. 280).

* La Corte de Apelaciones de Talca ha resuelto que "... Aparece que el embarazo y consiguiente parto de la reo constituía en verdad una afrenta para la familia, esencialmente para el padre como jefe de la misma... Que en situaciones como la de la especie, cualquiera que sea el estrato social en que se ubicare la familia, que si bien dicha situación anómala no importa en sentido exacto en estos tiempos una deshonra, significa en todo caso un menosprecio o deterioro de la posición social, aun entre familias de condición social muy modesta..." (G.J. Nº 84, año 1987, pág. 103).

Ha señalado Hirsch que el concepto de *honor* fundamentado en una valoración social puede conducir a graves aberraciones (vid. infra), por lo que el asunto sólo puede ser abordado en relación con la propia dignidad del ser humano y la posibilidad de atribuirle inmerecidamente un quebrantamiento a sus deberes éticos. Por consiguiente, no puede considerarse deshonrada una mujer por lo que los prejuicios y fanatismo de su medio juzguen deshonroso. Lo que sí acontece es que una mujer que no ha realizado nada deshonroso en el sentido de su dignidad humana está expuesta a sufrir los vejámenes o molestias de un medio que piense distinto y es ese sentimiento de la mujer, de eludir la sanción

social, lo que fundamenta la atenuación. Por cierto, el cambio de las costumbres ha ido mortigerando y hasta haciendo desaparecer en gran medida la repulsa social a las relaciones extramatrimoniales, lo que aconseja de *lege ferenda*, su puesta a la incriminación del autoaborto, el remplazo de esta atenuante por una capaz de abarcar la casuística más rica y compleja de la vida moderna, en vez de un fundamento exclusivo que para nuestro tiempo ha perdido prácticamente su significación.

III. FIGURAS Y CASOS ESPECIALES DE ABORTO

47. EL ABORTO CAUSADO POR FACULTATIVO

a) *Elementos típicos*. El art. 345 sanciona al facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, con las penas señaladas en el art. 342 aumentadas en un grado. Es, pues, una figura doblemente calificada por el sujeto activo, ya que no sólo hay una agravación de la pena, con respecto a la prevista para otro extraño que cause un aborto, sino que además se eleva a conducta de autoría el hecho de *colaborar* a la realización del aborto. En este segundo caso se trata de una intervención accesoria que bien puede extenderse a situaciones que, de aplicarse las reglas generales de participación, serían hipótesis no sólo de coautoría sino también de *complicidad*.⁷⁶

En el modelo español se usaban términos similares, salvo en cuanto se decía "abusando de su arte" en vez de la expresión "abusando de su oficio" que utiliza nuestra ley.⁷⁷

Una figura similar de agravación con respecto al facultativo la consultan también los Códigos Penales argentino, italiano y francés.⁷⁸ Distinto es el sentido que a la "profesionalidad" en el aborto le da el C. de la R.D.A.⁷⁹

Como hace notar QUINTANO,⁸⁰ este caso de agravación se refiere siempre a situaciones de *tercería profesional* y, por tanto, se excluye el caso de la mujer profesional que causa su propio aborto. En verdad, ello es aún más claro en nuestra ley por la referencia expresa que se hace al art. 342.

Respecto del fundamento de la agravación, observaba PACHECO que "la profesión de una facultad científica impone obligaciones de moralidad que no tienen en tal punto los simples particulares. La medicina es para curar a los enfermos, y no para hacer abortar a las mujeres embarazadas".⁸¹

DEL ROSAL, COBO y MOURULO coinciden en esta idea de agravación por la mayor reprochabilidad que entraña el actuar desatendiendo deberes que personalmente incumben al facultativo.⁸² Admitiendo este fundamento, es lógico con-

⁷⁶ Cf. SOLER, DPA, III, p. 120.

⁷⁷ Este cambio se introdujo en la sesión 66 de la Comisión Redactora, para "dar mayor precisión a los términos del artículo".

⁷⁸ C.P. argentino, art. 86; C.P. italiano, art. 55; C.P. francés, art. 317.

⁷⁹ § 154. El autor actúa para procurarse habitualmente un lucro (Amoss, KAMON, RUDICH, en *Lebortom-menter* DDR, p. 141, II.

⁸⁰ Tratado P.E. I, pp. 564 ss.

⁸¹ PACHECO, C.P. Comentado, III, p. 43.

⁸² DPE, P.E., p. 372.

cluir que, por tratarse de una cuestión de pura culpabilidad, la agravación no se comunica a los partícipes no facultativos. Así, por ejemplo, el inductor del profesional que practica las maniobras abortivas.

b) *Sujeto activo de esta figura es el facultativo*. Necesario es, pues, determinar el alcance de este vocablo dentro de nuestra ley. El C. español de 1822 señalaba explícitamente en su art. 376 a "los médicos, cirujanos, boticarios, comadrones o matrones", en tanto que el art. 340 del C.P. de 1848-50 reemplazó la enumeración por la fórmula genérica de "facultativo" que utiliza el nuestro. No obstante, el Código español vigente añadió un inciso al artículo respectivo que constituye una clara interpretación auténtica del vocablo "facultativo", el cual comprende, al tenor de dicho inciso, "a los médicos, matrones, practicantes y personas en posesión de títulos sanitarios". Es de suponer, atendidas estas fluctuaciones legislativas y los precedentes de Derecho comparado que se pronuncian abiertamente por una comprensión amplia de todos los profesionales sanitarios como sujetos activos de la modalidad agravada,⁸⁹ que para el legislador español la reincusión de la fórmula detallada no tuvo otro carácter que el de reafirmar explícitamente el contenido amplio (no restringido solamente a los médicos) de la voz "facultativo".

En el Código Penal chileno, el art. 213, relativo a la usurpación de funciones, castiga, entre otros, al que se fingiere "profesor de una facultad que requiera título y ejerciere actos propios de dichos cargos o profesiones". Es decir, la idea contenida en la expresión "facultativo" está referida a la calidad de quien ostenta una profesión titular, que requiere de un título profesional habilitante. Naturalmente que en el caso en examen se tratará de alguna de aquellas profesiones titulares concernientes al arte de curar o, más exactamente, relacionados con la *conservación y restablecimiento de la salud*, que son los términos empleados por el art. 112 del C. Sanitario vigente, al referirse al ejercicio de la medicina y profesiones afines. A este concepto material añade dicho precepto los requisitos de *título universitario y habilitación legal*.

La idea de que la expresión "facultativo" no estuvo restringida, en concepto de los comisionados, solamente a los médicos, se advierte con claridad del acta de la sesión 159, en que se decidió excluir la hipótesis especial contenida en el modelo español, relativa al droguita que vende un abortivo sin receta competente. Se estimó que sólo se justificaba la inclinación cuando "a ciencia cierta ha cooperado al aborto" y, en tal caso, caería bajo la previsión del artículo en comentario.

La doctrina nacional coincide en que la agravación se aplica a los profesionales que han hecho estudios universitarios y ejercen el arte de curar, "de tal modo que su oficio los ponga en situación de causar un aborto o cooperar a él".⁹⁰

Sin embargo, esta interpretación amplia del término "facultativo" sería desmesurada como fundamento de agravación si la propia ley no la hubiera restringido a través de la fórmula *abusando de su oficio*.

Tradicionalmente, se ha acordado a esta mención un alcance limitado. Por una parte, servía para excluir algunas situaciones en que obviamente la calidad de facultativo no tiene influencia alguna, y, por otra parte, sería una mención explícita a

la ausencia de justificación. ERICHERRY, que sostiene este punto de vista, concluye que, por ser los casos de justificación excepcionales, la regla general será que la práctica de un aborto por un profesional sea constitutiva de *abuso*.⁹¹

No coincidimos con esta interpretación. Si hay justificación, la conducta es lícita y el legislador no requería servirse de una mención especial en el tipo (falta de *abuso*), ya que para ello basta el art. 10, Nº 10 (ejercicio legítimo de oficio). Ciertamente que la ley suele contener pleonismos o simples llamados de atención al juez, pero esta solución, que significa falta de función material, sólo debe sostenerse cuando el esfuerzo interpretativo se ha agotado sin hallar otro alcance.

Los casos en que el médico no actúa en cuanto tal (el amante, médico de profesión, que anastrado por la cólera maltrata físicamente a la mujer, causándole de este modo el aborto) quedan por cierto excluidos de la figura agravada, en cuanto el agente no ha obrado abusando de su oficio.

Pero se trata de decidir todavía si éste es el único alcance de la mención. ¿Puede concebirse que un médico, aunque extralimitado objetivamente los márgenes de su *lex artis*, pero determinado por consideraciones humanitarias y altruistas, reciba una agravación que, según antes se ha visto, reposa en criterios de mayor reprochabilidad moral? El facultativo puede prescindir conscientemente de las exigencias materiales y formales que delindan el aborto terapéutico del aborto delictivo, pero guiado por una *finalidad terapéutica*, dirigido a lo que él juzga benéfico para la salud física o psíquica de su paciente.

Paréciera, en suma, que la expresión "abusando de su oficio" como agravación que desplaza al tipo simple de aborto causado por extraños 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. Si lo que perseguía era evitar los sufrimientos u otros conflictos psíquicos o físicos de una paciente, lo que está abarcado por su misión, aunque haya traspasado el límite de la licitud, no podría considerarse un abuso del oficio en el sentido del precepto agravatorio. Más clara se advierte la razón de esta restricción si se piensa que, desde el punto de vista de la mujer objeto del tratamiento, toda la actividad del facultativo corresponde a los fines del Derecho y a su *lex artis* y que solamente la lesión de otro bien jurídico (la vida del feto) es lo que vuelve típica la conducta.

Cabe decir, por último, en lo que respecta a la figura agravada, que ella puede ser referida a las tres hipótesis del art. 342, sin descartar el caso improbable pero posible del facultativo que emplee violencia para vencer la resistencia de la mujer.

48. EL ABORTO TERAPÉUTICO

A. Fundamento y naturaleza de la figura

Señala MAURACH⁹² que la justificación consagrada en la ley y en el Derecho consuetudinario para la interrupción de un embarazo, en los casos en que éste sea necesario para evitar un serio peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada y en lo que ella consiente, corresponde a un principio que ha

⁸⁹ Especialmente el C.P. francés, art. 317.

⁹⁰ ERICHERRY, DP., III, p. 99. En igual sentido, LABATTU, D.P., F.E., p. 234.

⁹¹ ERICHERRY, DP., III, p. 100.

⁹² Destr., B.T., p. 59.

susciado dificultades en su delimitación. En Chile, el problema quedó planteado ya desde el momento mismo de la redacción del Código, cuando en la sesión 160 se intentó excluir de la incriminación por aborto al "médico que necesita causar el aborto para salvar la vida de una enferma en peligro". La solución para los comisionados estaba en la inclusión del adverbio maliciosamente, lo que no resolvía el problema, según antes se ha explicado.

Una interpretación dogmática, anterior a la dictación del DFL N° 2.226, de 15 de mayo de 1931, que aprobó el Código Sanitario,⁹ debía limitarse a una justificación expresada en términos genéricos en el art. 10, N° 10, por lo que los márgenes de lo permitido quedaban confiados a la *lex artis* médica no escrita. El Código Sanitario regló en el art. 226 el llamado aborto terapéutico, exigiendo la opinión documentada de tres facultativos y, en subsidio, "cuando no fuere posible proceder en la forma antedicha, por la urgencia del caso o por falta de facultativos en la localidad, se documentará lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente".

Por obra de la Ley 16.585 se dictó el Decreto 725, de 11 de diciembre de 1967, que modificó el texto primitivo de este Código y en su art. 119 consagró la justificación especial en los siguientes términos: "Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos".

Como puede apreciarse, la circunspecta previsión legal deja planteados numerosos interrogantes: ¿qué se entiende por fines terapéuticos y naturaleza de esta institución?, ¿qué acontece si no es dable requerir la opinión documentada de dos médicos cirujanos?, ¿qué papel juega el consentimiento de la mujer frente al aborto terapéutico?

Se sostiene en la doctrina extranjera que está permitido el aborto si éste constituye el único medio para evitar un *serio y directo* peligro para la *vida o salud* de la mujer embarazada, con inclusión de las perturbaciones psíquicas graves con peligro de suicidio, como también la probabilidad de una permanente disminución de la capacidad de trabajo.

Entre nosotros ERCHBERGER restringe los fines terapéuticos que justifican el aborto a la intervención para salvar la vida de la madre a costa de la vida del feto, con los requisitos de realidad o peligro inminente de la muerte de la mujer y que no exista otro medio practicable o menos perjudicial para evitarla.¹⁰

Una parte de la legislación extranjera aborda el problema del aborto terapéutico con arreglo al régimen general del *estado de necesidad* (p. ej., España e Italia),¹¹ solución que no es aplicable en nuestro sistema, en que esa justificante

⁹ Véase lo dicho en el preámbulo, p. 7.

¹⁰ ERCHBERGER, D.P., III, p. 103; SCHERRER RAYNAU, op. cit., p. 45; LABATUT, en cambio, extiende el aborto terapéutico al realizado para evitar a la mujer "un grave daño en la salud" (op. cit., p. 230), en

¹¹ En Italia el aborto terapéutico es abordado con los criterios del estado de necesidad (art. 54), en particular cuando a causa de enfermedades o de otras condiciones particulares, la mujer no puede llevar a término el embarazo o soportar el trabajo de parto sin grave peligro para su vida o para su salud. Frente a los autores que "querían limitar la legitimidad de la interrupción terapéutica del embarazo al caso en que la continuación del mismo pone en peligro la vida de la mujer, excluyéndola en la hipótesis que de él derive el peligro de una grave enfermedad", piensa ARROUSI que también en este segundo caso existe estado de necesidad. Sostiene que "no puede argüirse falta del requisito de la proporción entre el hecho y el peligro, ya que una menbra de la salud de la madre que le impida o vuelva difícil el cumplimiento de sus importantes tareas en la familia, constituye para la sociedad un daño mayor que el desapareamiento de un feto por nacer" (op. cit., p. 87).

(art. 10, N° 7º) tiene un alcance muy restringido, que sólo se extiende al daño en la *propiedad* ajena. No parece, sin embargo, que pueda discutirse que la previsión formal del aborto terapéutico constituye una causal de justificación y sólo corresponde pronunciarse sobre su naturaleza.

Más arriba se aludió, en efecto, al art. 119 del C. Sanitario, que, junto con permitir la interrupción del embarazo "sólo con fines terapéuticos", reclama la opinión documentada de dos médicos cirujanos.

La ley no dice que la interrupción del embarazo deba realizarse por médicos y sólo exige la opinión de éstos sobre los fines terapéuticos, lo que suscita una primera pregunta sobre los límites de la justificante. Esto es, si los *no médicos* (matronas, estudiantes de medicina, el agente de policía, y aun cualquier particular) pueden lícitamente practicar un aborto terapéutico, supuesta o no la opinión conforme de dos médicos.

En su *Kommentar*, Schwarz-Dreher se hace cargo del asunto, a propósito especialmente de las *matronas*, y reconoce la aplicación en tales casos de una eventual justificación suprallegal por estado de necesidad.¹² Este asunto se conecta directamente con la hipótesis de que un médico (y aun un no médico) realice el aborto *sin* el informe previo de dos facultativos.

Por cierto esta clase de problemas son de mucho mayor significación práctica en países como el nuestro, donde con frecuencia en lugares distantes de los servicios asistenciales podrá no ser posible que reúnan todas las exigencias

En todo caso, las soluciones de la doctrina italiana tienen apoyo dogmático en el régimen legal del estado de necesidad en que se alude expresamente, en general, al "daño grave a la persona". MACGONIGL plantea que se justifica el aborto terapéutico en los casos de tuberculosis, de peligro de locura, etc. (op. cit., p. 142).

En la República Federal Alemana se han suscitado algunos problemas en cuanto subsiste en ciertos Estados, no derogada, la llamada *Ley de esterilización* de la época del nazismo (1933-1935), en que se contiene una previsión explícita de la justificación del aborto si éste es realizado por el médico, con arreglo a las normas de su arte, para la impedición de un serio peligro para la vida o la salud de la mujer, supuesto el consentimiento de ésta. En los Estados en que esa ley fue formalmente derogada (caso de Baviera y Hesse), la jurisprudencia ha reconocido la justificación suprallegal. Se discute por la doctrina si en tal caso la justificante sólo es admisible cuando el aborto es practicado por un médico y en un hospital (en contra, WITZEL, DStZ., p. 301; SCHWARZ-DREHER, op. cit., p. 943).

En la República Democrática Alemana, derogada la *Ley de Esterilización*, se han establecido disposiciones especiales en la *Ley sobre cuidado de la madre y el niño y derechos de la mujer* (1950), a que han seguido instrucciones del Ministerio de Salud sobre la aplicación del precepto relativo a los casos en que el médico puede legítimamente causar un aborto.

En España, reconoce la doctrina predominante que el aborto terapéutico es obviamente impune, "tanto que podría considerarse superflua su consignación, al menos en códigos que, como el nuestro, admiten una forma tan amplia de estado de necesidad que abarca el de bienes de igual valor" (QUINTANO, *Tratado* P.E., p. 506), aunque subsiste la disputa de si se trata o no de una causa de justificación. Basta que se destruya el feto "para salvar la vida o evitar graves riesgos en la salud de la madre" (Id.). Los límites de la exención de responsabilidad se determinarían con arreglo al "fuero de la conciencia y del deber deontológico" (Id.). DEL ROSAL, COMO Y MONTUÑO señalan que, "atendiendo a los puntos de vista que suministra nuestro *ius positum*, no hay más remedio que reconocer que el conflicto entre la vida de la madre y la del feto, cuando se dan los requisitos de la extinción separada del artículo octavo, debe ser resuelto en favor de la vida de la mujer". A continuación agregan: "Y aun hay más: de acuerdo con nuestro derecho positivo, hay que admitir que se trata de un conflicto de bienes designados y, en consecuencia, que la extinción de estado de necesidad aplicable al supuesto deberá ser estimada como causa de justificación" (DPEP, P.E., p. 340).

¹² P. 653.

legales, no obstante lo cual se pueda comprobar que existió una efectiva necesidad terapéutica de producir el aborto.

Para mayor claridad, tratamos separadamente las dos situaciones: *aborto terapéutico con arreglo al art. 119 del C. Sanitario*, y *aborto terapéutico fuera de los márgenes de ese precepto*.

B. *Aborto terapéutico con arreglo al art. 119 del C. Sanitario*

a) *Sujeto activo de esta conducta (licita)*. En el texto derogado del Código Sanitario aparecía de manifiesto que sólo el médico podía lícitamente realizar esta forma especial de justificación. La supresión en el nuevo texto del inciso final de la primitiva disposición, que contenía esa mención, no parece haber tenido por objeto extender la justificación a otros agentes que no sean médicos.

Como se verá al examinar la segunda hipótesis, la exclusión de un caso de la esfera de aplicación del art. 119 del C. Sanitario *no significa necesariamente excluir su imputabilidad*, ni siquiera siempre la justificación. Sin embargo, el ámbito de aplicación de la justificación especial formalmente prevista no consistente, a nuestro juicio, a otro sujeto activo que el médico. Ello porque nuestro sistema jurídico sólo permite a estos profesionales la actividad terapéutica y cuando la autoriza a otros profesionales (p.ej., las matronas), lo hace en términos calculadamente restringidos (art. 117 C. Sanitario). Pero este argumento puramente formal resulta insuficiente si no se le pudiera añadir otro de naturaleza material y que mira al fundamento de la justificación especial.

El aborto que realiza el médico con fines terapéuticos, obedeciendo a los requisitos legales, no precisa de ciertas condiciones inherentes al estado de necesidad (y en este sentido esta justificación está más cerca del ejercicio legítimo de una profesión que del fundamento de la necesidad), tales como la actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. Basta sólo la *realidad* del peligro, sobre la base de la experiencia médica, utilizada con arreglo a las normas consuetudinarias de la *lex artis*. De esto se sigue que un médico, apenas si comenzada la gestación, puede decidir que una paciente cardíaca corre peligro con los *fueros* trabajos de parto y, si la opinión documentada de dos médicos así lo ratifica, realizar el aborto.

Hay otras razones para restringir solamente al médico la justificación con arreglo al art. 119 del C. Sanitario. La tendencia implícita en ese precepto, reflejo por lo demás de las normas que el propio Código Penal establece a propósito de los atentados contra la salud pública, es poner obstáculos a la charlatanería y el curanderismo, así como a la profesionalización en la práctica de abortos. De este modo, la *finalidad terapéutica* debe ir acompañada del *conocimiento* sobre el carácter indispensable de la intervención abortiva. Según MAURACH,⁹⁰ esto constituiría un elemento subjetivo de la justificación que limitaría formalmente el ámbito de la conducta justificada. No vale la pena introducirse aquí en el debate sobre los elementos subjetivos de las justificaciones, pero es claro que en la misma medida en que la ley al fijar ciertos requisitos de tipo formal *facilita* al médico que pueda apelar al aborto terapéutico, sin verse enfrentado a los riesgos de toda prueba de un estado de necesidad, por otra parte constituye un *obstáculo* para

quienes no son médicos, los que, al carecer de esta prueba preconstituida, que constituye una verdadera presunción de la licitud, quedan sometidos a las reglas generales del estado de necesidad suprallegal, resistido por la jurisprudencia y difícil de comprobar.

La circunstancia, sin embargo, de tratarse de una forma de ejercicio lícito de la actividad profesional, no subordina, según nos parece, la aplicación de las justificaciones a cada una de las exigencias reglamentarias o consuetudinarias, no esenciales, de la deontología médica. Constituye una exageración, por ejemplo, suponer indispensable que la intervención se realice en una clínica u hospital.

En suma, el precepto del Código Sanitario consagra una causal de justificación que sólo en forma mediana tiene su fundamento en el estado de necesidad, pero en rigor constituye un caso especialmente legislado de ejercicio legítimo de la profesión de médico y, por lo mismo, sólo puede ser invocada por éste.

b) *El problema del consentimiento de la gestante*. Nada dice nuestra ley sobre el particular, esto es, sobre la influencia de la decisión de la mujer de que se afronte o se evite su propio riesgo. Para algunos autores españoles, si la madre, anteponiendo la salvación del hijo a la suya propia, rechaza el aborto y éste le fuere practicado contra su voluntad, el hecho integrará el delito de aborto sin consentimiento de la mujer, pero en contra de esta opinión sostienen DEL ROSAL, COBO Y MOURULLO que, por ser el aborto terapéutico un caso de estado de necesidad, opera el principio del interés preponderante y por ello resulta indiferente el consentimiento de la mujer, el cual no puede traerse a colación tratándose de un bien irrenunciable: "El que ha sacrificado la vida del feto a la vida de la mujer, sin el consentimiento de ésta, ha sacrificado, en definitiva, un bien en aras de otro, que para el Derecho objetivo posee más valor y, en consecuencia ha obrado también conforme a derecho".⁹¹

Por su parte, MAURACH observa que la misión social de la maternidad y la voluntad incondicional de la mujer de llevar a término el parto aun bajo circunstancias tales que superen el normal "riesgo profesional" de ésta, excluyen un esquema de balanceamiento de bienes y con ello la posibilidad de poner término a un embarazo aun, llegado el caso, contra la voluntad de la madre. Añade que es indiferente ver en esto una limitación del balanceamiento de bienes o solamente su adaptación a la ética individual de la madre: en todo caso habrá que tomar en cuenta la disposición de la mujer embarazada de afrontar el riesgo.⁹²

Al ocuparnos del *fundamento* de esta causal de justificación dijimos que no es (o por lo menos *no solamente*) una forma de estado de necesidad, sino de ejercicio legítimo de la profesión médica. Si es así, el problema que ahora nos ocupa no puede resolverse con el solo criterio del balanceamiento de bienes (p. ej., vida de la madre-vida del feto), sino que está subordinado a la *lex artis* médica y a los criterios consuetudinarios y culturales que la delimitan. La deontología médica no puede menos que reconocer uno de sus límites en la *libertad* del paciente para decidir si puede o no intervenir sobre su cuerpo. En esto no hay, como pudiera pensarse, vestigio alguno de espíritu liberal-individualista, en oposición a un supuesto criterio sociológico. Se trata de una garantía elemental

⁹⁰ DStr. B.T., p. 61

⁹¹ DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, DPE, p. 341.

⁹² MAURACH, DStr. B.T., p. 61; cf., asimismo, WEIZEL, DStr., p. 301, y SCHÖNKE-SCHRODER, *Kommentar*, p. 944.

frente al poder que deriva de una autoridad armada de la ubicua *razón terapéutica* y del derecho de cada cual para determinar los riesgos que está dispuesto a afrontar. A ello se añade en este caso la significación moral que implica la decisión de la madre de afrontar graves riesgos, aun los máximos, para salvar la vida del hijo futuro.

La decisión en un momento desesperado de pasar por sobre la voluntad de la mujer podrá llevar a la impunidad con arreglo a un estado de necesidad suprallegal o por no exigibilidad de otra conducta, pero no por ejercicio legítimo de la profesión médica y, por tanto, quedará fuera de lo preceptuado en el art. 119 del C. Sanitario.

Si la mujer no se encuentra en condiciones de prestar el consentimiento por cualquier razón (estado de inconsciencia, debilidad mental, demencia, alteración transitoria de las facultades psíquicas, etc.), la decisión sobre la intervención, según algunos autores,³² debe quedar condicionada al consentimiento del representante legal, de los encargados del cuidado de la persona o del marido. Para estos autores podría procederse en ciertos casos de acuerdo con los principios del consentimiento presunto. Nos parece que esta solución es la adecuada, si bien en situaciones límites la impunidad la encontrará el médico a través del estado de necesidad suprallegal, no exigibilidad de otra conducta y aun, en ciertos casos, podrá darse un error de prohibición.

c) *La opinión documentada de dos médicos chilenos*. Nos parece que el fundamento de esta exigencia, además de la certidumbre sobre la razón terapéutica, tiende a proscribir el aborto clandestino,³³ sometiendo a una ritualidad normal su ejecución. La ausencia de este requisito, salvo que en el caso concreto haya una causal de justificación o exculpación, conduce necesariamente a la aplicación del art. 342 del C.P.³⁴

Inexplicablemente se suprimió el inc. 3º del art. 226, en el que se establecía que "cuando no fuere posible proceder en la forma antedicha, por la urgencia del caso o por falta de facultativos de la localidad, se documentará lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente". La ley no ha establecido, en efecto, una fórmula sustitutiva para estos casos especiales, de tal manera que habrá que estarse a los criterios del estado de necesidad suprallegal o de la inexigibilidad de otra conducta.

d) *Fines terapéuticos*. Los autores que razonan sobre la base de que se trata de un caso especialísimo de estado de necesidad,³⁵ delimitan el ámbito de los fines terapéuticos que permiten el sacrificio de la vida del feto únicamente, según se ha visto, sobre la base del balanceamiento de los bienes. Esto no quiere decir que para quienes sustentamos la tesis de que la justificante corresponde al ejercicio legítimo de la profesión médica, sea enteramente indiferente qué bienes de la madre se trata de salvar mediante el sacrificio de la vida del feto.

³² Cf. MAURACH, Dsr. B.T., p. 61.

³³ Cf. COUSINHO, op.cit., p. 108.

³⁴ Vid. infra.

³⁵ LABAUT, D.P., P.E., 230. ETCHEBERY, D.P., III, p. 102. Es obvio que el legislador dentro del término *terapéutico* comprende también la *prolijidad*. De otro modo, la mayor parte de la casuística que aquí interesa quedaría fuera de la regulación.

Si bien se mira, en los fines terapéuticos que competen al médico están comprendidos todos los factores que confluyen para constituir el bienestar de una persona de acuerdo al concepto de salud (vid. infra). No nos parece, sin embargo, que el alcance de los *fines terapéuticos* en el sentido del art. 119 del C. Sanitario se extienda a la prevención de *cualquier mena* en la salud de la mujer embarazada. Fijar el límite es extremadamente difícil, ya que el concepto de salud admite una muy extensa gradación, cuantitativa y cualitativa, cuyo límite máximo es su ausencia total y, en el mínimo, pueden computarse la simple jaqueca y hasta la alteración nerviosa que produce la más banal contrariedad.

ETCHEBERY piensa que "del análisis de conjunto de la penalidad que la ley establece con respecto al aborto, por una parte, y a las lesiones corporales, por otra", aparece que "la salud de la madre no puede ser considerada un bien jurídico superior a la vida del feto".³⁶ De ahí que concluya que el aborto terapéutico sólo es lícito para salvar la vida de la madre a costa de la vida del feto.

Desde luego, si el criterio que se adopta se funda en la comparación de la penalidad, como indicio de la jerarquía que la ley establece a los valores en conflicto, no se advierte el porqué haya de hacerse el cotejo considerando las lesiones "en conjunto". Todas las mutilaciones de miembro importante y las lesiones graves del Nº 1º del art. 397 (gravísimas) tienen una pena bastante superior a la del aborto consentido.

De acuerdo con ello, ya la simple confrontación del régimen de penalidad dejaría comprendidas en los fines terapéuticos que justifican el aborto las referidas mutilaciones y lesiones gravísimas, además de la vida de la mujer.

Sin embargo, no parece adecuado que el concepto de fines terapéuticos esté subordinado a la regulación más o menos arbitraria con que el legislador fija la penalidad de los delitos. Tampoco se trata siquiera de hacer un balanceamiento de bienes y decidir si es más valiosa la vida del feto o la salud de la mujer, asunto ajeno a la índole de esta justificante. Lo razonable es estarse al criterio general de que la vida y todo peligro grave³⁷ para la salud, en sentido médico constituye un fin terapéutico que, supuesta las demás condiciones exigidas por el Código Sanitario, justifica el aborto. Este criterio se hace más necesario si se piensa que el médico al hacer su pronóstico sobre el riesgo para la salud de la madre difícilmente podrá medir en toda su intensidad la huella que el embarazo o el parto podrán en definitiva causar a la mujer. En esta materia no queda más que estarse a la ética médica, expresada en el criterio no sólo del médico que realiza la intervención, sino también en las dos opiniones documentadas, unidas a que el daño que amenaza a la salud sea notable. Esta solución es coherente con nuestro criterio de que no se trata estrictamente de un estado de necesidad, sino de ejercicio legítimo de la profesión médica.

En los casos de exceso (comprobación ulterior de error en el diagnóstico), lo normal será que exista error de prohibición (justificación putativa). En caso de exceso doloso, se tratará de un aborto del art. 345 en relación con el art. 342.

³⁶ D.P., III, p. 103.

³⁷ Un peligro que no fuera grave no puede entenderse suficiente para que la justificante opere. En efecto, además de constituir un valor jurídico, la vida del feto constituye también un objeto del deber de la profesión médica; un conflicto de deberes sólo puede inclinarse por el fin terapéutico respecto de la madre si el riesgo para ésta es de mucha entidad. Un daño de escasa consideración que amenace a la mujer no podría primar sobre el deber médico de amparar la vida del feto sin que el sistema entrara en contradicción consigo mismo.

C. Aborto terapéutico fuera de los márgenes del art. 119 del C. Sanitario

Antes se ha visto que la justificante especial del art. 119 del C. Sanitario, como modalidad especial de ejercicio legítimo de la profesión médica, está sujeta a numerosas limitaciones formales. El médico que realiza el aborto, aun con fin terapéutico, pero sin cumplir las formalidades establecidas en la ley, no podría invocar la eximente del art. 10, Nº 10 (ejercicio legítimo de la profesión), ya que en esta materia el C. Sanitario restringió las posibilidades del ejercicio legítimo, y tampoco podría invocar la justificación del art. 10, Nº 7º, sobre estado de necesidad, desde que este precepto sólo ampara el daño en la propiedad ajena.⁹⁹

Por otra parte, el *no médico* (matronas, estudiantes de medicina, etc.) jamás podrá invocar alguna de las dos referidas eximentes, en subsidio de la justificante del C. Sanitario, que no le es aplicable.

Pero bien puede acontecer que el médico o el no médico se enfrente a una *situación de emergencia*¹⁰⁰ en que la no realización del aborto pone en peligro actual o inminente la vida de la mujer o su salud en forma grave. Esta actuación no puede ser sino afrontada como un caso de estado de necesidad *no legislado*. Si se dan los requisitos generales del estado de necesidad, incluido por cierto el que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedir el daño que amenaza a la mujer, habrá que examinar, en el caso del médico los deberes profesionales en conflicto, y en el caso del no médico, la entidad de los bienes jurídicos en pugna. Respecto de la vida de la madre no habrá jamás problema, ya que todo el sistema jurídico, sin necesidad de acudir a una valoración cultural, exterioriza la supremacía del valor de la vida de la persona sobre la vida del feto. En consecuencia, sea un médico o un particular cualquiera el que efectúe el aborto, en tal caso habrá realizado una conducta que no es antijurídica, en cuanto se ha obrado a la voluntad del derecho o, lo que es lo mismo, existirá una justificación suprallegal. La resistencia de nuestra jurisprudencia para admitir eximentes suprallegales sólo podría salvarse con la admisión de otra de las hipótesis del Nº 10 del art. 10: el ejercicio legítimo de un derecho, en todo caso, no podrá negarse la ausencia de culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta que, aunque constituye también una eximente suprallegal, se ha admitido en nuestra jurisprudencia en algunos casos a través de la fuerza (moral) irresistible del art. 10, Nº 9º.

Si se trata de un conflicto entre la salud *amenazada* de un grave daño, en forma actual o inminente, y la vida del feto, en el caso del médico, en principio, la solución es la misma. Las dificultades respecto del particular surgen del hecho de tratarse de un balanceamiento de *bienes* y no de *deberes*, lo que sólo puede hallar solución por la vía de la exculpación (no exigibilidad de otra conducta). Si no cabe aplicar la norma especial del C. Sanitario, la regla general en los casos de abortos con fines terapéuticos o profilácticos, *que no correspondan a los extremos del estado de necesidad* (p. ej., el daño para la salud de la madre no es

⁹⁹ Si bien pudiera estimarse que por constituir, en el fondo, el aborto terapéutico una especie de estado de necesidad particularmente legislado y en el que, por lo tanto, no concurre la limitación de la propiedad como único bien jurídicamente amparado, parece difícil que pudiera también desestimarse el requisito generalmente aceptado por la doctrina de la inminencia del mal que se procura evitar.

¹⁰⁰ Sobre el particular, cfr. SOLER, DPA, III, p. 127: "Una cosa es el aborto preventivamente practicado, y a largo plazo, y otra muy distinta es la situación de necesidad. Esta supone una situación de urgencia, expresada por las palabras 'mal inminente'. El aborto terapéutico no contempla esa situación. En éste el mal que amenaza es necesario; pero la situación no lo es".

inminente), es que existirá un hecho típico de aborto sujeto a las reglas comunes.¹⁰⁰ Con todo, como antes se explicó, un auténtico fin terapéutico impedirá aplicar al médico la figura agravada del art. 345.

49. ABORTO EUGÉNICO

El concepto concierne al aborto que se realiza para prevenir descendientes que, por rasas hereditarias u otras circunstancias, deba presentar notables anomalías o defectos físicos o psíquicos. El desprestigio a que condujo esta clase de consideraciones generalizadas en la Alemania nazi, por los "límites fluidos" al decir de MAURACH, entre política de salud y política racial (que llevó a excepcionar de la prohibición de aborto a las mujeres pertenecientes a pueblos no alemanes), no ha impedido la reapertura del debate por la casuística de niños deformados por la talidomida. La tendencia predominante en la doctrina es excluir la justificación, negándosele toda base en la ética médica y en el derecho consuetudinario. En MEZGER-BLIZ, de *lege lata*, también la exculpación.¹⁰¹

En nuestro país no hay base para invocar el "aborto terapéutico" (en el sentido de prevenir los sufrimientos de la madre), ya que, según se ha dicho antes, el conflicto entre los deberes del médico supone un *grave daño* para la salud de la madre, que se evita por la destrucción del feto. Sólo en el caso de un grave desequilibrio psíquico, que desbordara los límites de una aflicción normal, el asunto podría ser así abordado.

En un sentido propiamente *eugenésico*, no cabe invocar alguna otra justificación fundada en el ejercicio de la medicina o en un estado de necesidad suprallegal. La no exigibilidad de otra conducta como exculpante (art. 10, Nº 9º) no puede, sin embargo, descartarse.

50. ABORTO ÉTICO-SOCIAL

Se caracteriza la llamada indicación ética, como aquella en que la intervención abortiva tiene por objeto la eliminación del producto de la concepción que proviene de un hecho delictivo. Si se trata, no de una violación, sino de una relación incestuosa, a la consideración ética se añade eventualmente también la de tipo eugenésico. En el caso de la violación, se sostuvo por algunos autores que el aborto está justificado, porque de otro modo se obligaría a la mujer a una "injusta permanencia de su deshonra".¹⁰² QUINTANO RPOULDS arguye que cualquier consideración en el sentido de que la violación no deshonra ni constituye estigma moral para quien la sufre, aunque cierto en el plano de los principios morales, contradice los criterios de la moral social media.¹⁰³

¹⁰⁰ Cabe imaginarse eventuales casos en que la exculpación pueda invocarse ya no sobre el estado de necesidad, aunque siempre como fuerza (moral) irresistible.

¹⁰¹ MEZGER-BLIZ, Str. B.T., p. 33; MAURACH, Dstr. B.T., p. 62; SCHÖNKE-SCHÖDDE, op. cit., p. 945; WIEZEL, DStr., p. 301; QUINTANO, *Tratado P.E.*, I, p. 513. Acepta el aborto por indicación eugenésica, aunque con reservas y después de haberse mostrado contrario, JIMÉNEZ DE ASúa, *El aborto y su impunidad*, cit., p. 999.

¹⁰² BINDING, *Die Normen*, cit., II, p. 999.
¹⁰³ QUINTANO, *Tratado P.E.*, p. 514.

Entre los juristas de Alemania Occidental, en el presente, la tendencia predominante ha sido la de rechazar la justificante, dándose entre otras razones el peligro de que el efecto no querido de una relación voluntaria se pretenda eliminar so pretexto de un supuesto delito contra las buenas costumbres que ya no es susceptible de aclararse.¹⁰⁴ En Italia, las opiniones están divididas: niega la justificación MAGGIORE,¹⁰⁵ quien admite sólo la atenuante del art. 62, Nº 1º ("haber obrado por motivos de particular relieve moral o social"), si bien ANTOJISI reconoce que esa atenuante "no puede considerarse suficiente y formula votos porque una reforma del Código establezca un tratamiento que mejor responda a las exigencias de la equidad".¹⁰⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA estima que acaso convenga dejar en manos de los jueces un cierto arbitrio que permita excusar a las madres que interrumpen su embarazo por excepcionales causas sentimentales, ajenas a toda baja.¹⁰⁷

En el sistema chileno, en que el llamado motivo de honor constituye una atenuante de responsabilidad criminal, es difícil negar la influencia de esta clase de motivos que sobrepasan el simple motivo de honor. Sin embargo, no hay base para reconocer una causal de justificación, salvo en la medida en que el traumatismo psíquico de la violación pudiera determinar un aborto terapéutico.¹⁰⁸

En todo caso, lo más probable es que, demostrado el origen de la concepción, se admita una exculpación por no exigibilidad de otra conducta (art. 10, Nº 9º). Aun cuando para la hipótesis del incesto suelen añadirse discutibles consideraciones eugénicas, no creemos que la solución deba ser diversa a la que propugnamos para el caso anterior.

51. ABORTO SOCIOECONÓMICO

Observa MAURACH que este es propiamente el campo de fuerza de la lucha política en torno a la eficacia material de las disposiciones sobre el aborto: "interrupción del embarazo si por razones sociales no puede ser exigida a los padres la crianza del niño que se espera, esto es, en primera línea, las razones económicas, cesantía, prole muy numerosa, vivienda miserable".¹⁰⁹

La verdad es que este fundamento constituye el que con más frecuencia se da en la realidad de la vida. No pueden admitirse las reflexiones de mero constructivismo teórico, como por ejemplo las de QUINTANO RIPOULLÉ, en el sentido de "siendo misión elemental del Estado la de atender a sus súbditos menesterosos, atención social mínima que se corresponde con la natural de los padres de velar por el mantenimiento de la prole, la constancia expresa de una tal excusa en el aborto viene a ser una cinica declaración de quebra de tan obvios mínimos deberes". Puede afirmarse la existencia de estos deberes "mínimos" de los padres, cuando el Estado a su vez cumple con su deber de asistencia, lo que dista

mucho de ser una realidad, sobre todo en países como el nuestro, en que la significación social del aborto, como muestran las estadísticas, presenta caracteres pavorosos, no contenidos sino agravados por el presente régimen penal.¹¹⁰

Con todo, mientras no se opte por un nuevo sistema en esta materia, creemos que de *lege lata* hay por lo menos tres posibilidades de considerar la influencia de esta clase de motivaciones frente a la incriminación del aborto: a) deben separarse, en primer término, los casos que MEZGER llama de *indicación mixta médico-social*; es decir, aquellos en los cuales debe temerse que si el parto es llevado a término ello importará con seguridad para la madre, como consecuencia de la situación económica de la familia, un serio y duradero daño para su salud.¹¹¹ Tales casos deben ser afrontados con los criterios que proponíamos para el *aborto terapéutico* (art. 119 C. Sanitario); b) otras situaciones en que la prole excesivamente numerosa o las condiciones económico-sociales motivan el aborto, *sin que pueda hablarse propiamente de un riesgo grave para la salud de la madre* (aunque el nuevo hijo no desdado signifique abrumar a la madre con responsabilidades que ya no puede afrontar), podrán constituir, según la intensidad y anomalía de las condiciones que la circunden, una causal de exculpación por no exigibilidad de otra conducta (art. 10, Nº 9º); y c) todavía las razones económico-sociales, particularmente la penosa manutención de la familia, el caso no poco frecuente de patrones que se niegan a conservar el trabajo a obreros con hijos, u otros semejantes, según sean las circunstancias, *si no alcanzan a fundar una completa exculpación*, bien pueden servir de base para afirmar una culpabilidad disminuida. (Así, por la vía del art. 11, Nº 9º).

Claro es que, mientras el *aborto terapéutico* (supuesta la concurrencia objetiva de todas sus exigencias) constituye una causal de justificación y por lo mismo su valor eximente de responsabilidad alcanza al médico y a la paciente, la fuerza moral irresistible o los estímulos tan poderosos que naturalmente produjeron arrebatos y obcecación, en cuanto asunto que concierne a la culpabilidad, *no se comunican*.

Si el médico o el no médico (curanderos o profesionales del aborto) no obraron por razones altruistas sino en procura de ventajas lucrativas, no les beneficiará la eventual exculpación ni la atenuante.

51 BIS. ABORTO SEGUNDO DE MUERTE

Nos hemos ocupado más arriba del aborto violento seguido de muerte y gran parte de los asuntos abordados a ese propósito tienen también aplicación en los casos de muerte de la paciente de un aborto consentido por ésta (cfr. supra Nº 41). Un fallo que ha adquirido mercedamente gran renombre,¹¹² redactado por

¹⁰⁴ Tratado P.E., I, p. 516.

¹⁰⁵ MAURACH, DStr. B.T., p. 64; MEZGER-BUE, Str. B.T., p. 35.

¹⁰⁶ Este fallo se encuentra publicado en RCP, XIX, Nº 1, (1960), pp. 81 ss., con importante nota de NOVOA, pp. 90 ss. Su doctrina es la siguiente: "Otra impondentemente en el ejercicio de la profesión de matrona aquella que interrumpa sin fines terapéuticos un embarazo, toda vez que el artículo 226 del Código Sanitario prohíbe, en general, la interrupción de un embarazo sin fines de esa naturaleza y, en especial, prohíbe a las matronas intervenir en curaciones ginecológicas u obstétricas, si no es bajo la dirección inmediata de un médico."

¹¹² La inobservancia de tales preceptos justifica plenamente la imprudencia y la muerte sobrevenida de la paciente queda comprendida en el cuasidelito de homicidio que contempla el artículo 491 del C.P.

¹⁰⁷ MAURACH, DStr. B.T., p. 63; MEZGER-BUE, Str. B.T., p. 34; WALZE, DStr., p. 301; SCHÖNKE-SCHÖDER, op. cit., p. 945. En contra, de *lege ferenda*, BECKER, RJD, p. 38. En la R.D.A. está permitido en ciertos casos especiales previstos fuera del C.P.; cfr. *Kommentar*, p. 138.

¹⁰⁸ MAGGIORE, *Derecho Penal*, IV, p. 142.

¹⁰⁹ Op. cit., p. 87. En sentido contrario, MANZINI, op. cit., p. 502.

¹¹⁰ El aborto..., cit., p. 1001.

¹¹¹ En el mismo sentido, MAURACH, DStr. B.T., p. 63, quien propone el caso del "peligro de suicidio".

¹¹² MAURACH, DStr. B.T., p. 63. Cfr. además JIMÉNEZ DE ASÚA, trabajo cit., pp. 1001 ss.

* Véase lo dicho en el preámbulo, p. 7.

RAFAEL FONTECILLA y que ha sido objeto de una nota coincidente de NOVOA, realiza un profundo análisis teórico de los diversos ámbitos en que esta hipótesis puede plantearse (causalidad, dolo eventual, culpa). También otros autores se han ocupado entre nosotros del tema, no resuelto formalmente por la ley, y, como es natural, las discrepancias siempre estarán referidas a los matices diferenciales entre el dolo eventual y la culpa con relación al resultado mortal *no querido*. Se admite que, a lo menos la regla general y siquiera como conclusión práctica, será el concurso ideal regido por el art. 75.¹¹³

La posición de ETCHEVERRY "si de antemano supiera con certeza que la muerte de la mujer sobrevendría se habría abstenido de intervenir", corresponde a una fórmula del dolo eventual poco seguida en la actualidad.¹¹⁴ Lo cierto es que salvo casos extremadamente rebuscados, ese esquema descarta toda posibilidad de dolo eventual en el aborto consentido respecto del resultado mortal (aunque el curandero realice las maniobras en una mujer en avanzado estado de gravedad, sin ninguna preocupación higiénica ni un mínimo de pericia, allanándose a lo que acontezca).

Nos parece que el caso del aborto seguido de muerte es, en efecto, un caso de *concurso ideal regido por el art. 75*, en que el resultado podrá imputarse a título de dolo o culpa según sea la situación concreta.

"Encontrándose el dolo presente solamente respecto del aborto, pero ausente del resultado muerte en que sólo hay culpa, todo ello de acuerdo con los antecedentes que revela el proceso, en la especie se dan conjuntamente el delito de aborto y el cuasidelito de homicidio que, conforme al artículo 75 del C.P., deben sancionarse con la pena asignada al delito más grave, que en este caso es el aborto".

La sentencia se ocupa, además, de las siguientes cuestiones doctrinarias: I. La distinción entre el dolo eventual y culpa con representación; II. La inadmisibilidad de un dolo *subsecuens*; III. Posibilidad de culpa aun mediando un acto inicial lícito; IV. La existencia simultánea en un mismo hecho del dolo y de la culpa; V. El delito preterintencional; VI. El repudio a la responsabilidad sin culpa; VII. Alcance de la presunción de dolo; VIII. Teorías de la representación y de la voluntad como fundamentos de la culpabilidad; IX. Interpretación progresiva de la ley; X. Algunas de las teorías sobre la relación causal; XI. El concurso ideal de delitos.

¹¹³ ETCHEVERRY, D.P., III, p. 104; LABATTU, D.P., P.E., pp. 234 ss.

¹¹⁴ ETCHEVERRY, D.P., III, p. 105.

SECCIÓN SEGUNDA

DELITOS CONTRA LA SALUD INDIVIDUAL

§ 6º a) Principios comunes

§ 6º b) Mutilaciones

§ 7º Lesiones propiamente tales