

# LA CIENCIA PENAL EN LA UNIVERSIDAD DE CHILE

LIBRO HOMENAJE A LOS PROFESORES  
DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES  
DE LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

# CAMBIOS DEL ESTATUS DEL OBJETO DE LA ACCIÓN EN EL TIEMPO Y LESIONES AL FETO\*

*Javier Contesse Singh*

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el ámbito de los delitos puros de resultado, una de las complejidades generadas por la desvinculación espacio-temporal de la ejecución de la acción con la producción del resultado típico, reside en la posibilidad de que el objeto sobre el cual recae tal resultado vea modificada su configuración en relación a aquella que tenía en el momento en que se llevó a cabo la acción. Se trata de casos donde, entre ambos momentos (acción y resultado), tiene lugar una transformación del objeto que conlleva, a su vez, un cambio de su estatus normativo.<sup>1</sup> Ello puede tener lugar de tres maneras:

i) El objeto de la acción tiene relevancia penal en el momento en que el sujeto despliega su comportamiento, mas deja de tenerla tras su mutación, produciéndose así el resultado sobre un objeto sin protección penal. Éste sería el caso, por ejemplo, del sujeto A que suministra un veneno mortal a B, el cual, no obstante, sólo produce sus efectos una vez que B ya ha fallecido a causa de un accidente automovilístico.

ii) El objeto carece de relevancia penal en el instante en que el autor ejecuta la acción, adquiriéndola sin embargo con posterioridad a la transformación, produciéndose así el resultado sobre un objeto penalmente relevante. Se trataría, por ejemplo, del caso en que A vierte un ácido –cuyos efectos corrosivos se producen de forma diferida en el tiempo– sobre una cosa de su propiedad que luego enajena a B. Una vez enajenada, la cosa se destruye por efecto del ácido.

---

\* Una primera versión de este trabajo fue presentada en las VII Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales, realizadas en Valparaíso, los días 18, 19 y 20 de noviembre de 2010. Agradezco a Juan Pablo Mañalich Raffo y a Diego Pardo Álvarez por las agudas y fértiles observaciones que ambos realizaron a dicha versión preliminar. Asimismo, debo señalar que una parte importante de las reflexiones aquí contenidas son el resultado del trabajo llevado a cabo conjuntamente con Jorge Boldt Silva en el contexto de la redacción de nuestra tesis de pregrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, dirigida por el profesor Miguel Soto Piñero. A pesar de no tener certeza de que Jorge Boldt comparta la evolución de tales reflexiones aquí presentadas, a él, por cierto, se encuentra dirigida mi mayor gratitud.

<sup>1</sup> Quedan incluidos, evidentemente, también aquellos casos donde el objeto de la acción sólo existe en uno de los dos momentos.

iii) Finalmente, el objeto de la acción tiene relevancia bajo un determinado tipo penal en el instante en que el autor ejecuta la acción, pero, a causa de una modificación de su configuración, pasa a tener relevancia bajo otro tipo penal en el momento en que se produce el resultado. En estos casos, el resultado recae sobre un objeto que goza de protección penal en ambos momentos, pero dicha protección es relativa a descripciones legales distintas. Los casos que a este respecto han recibido mayor atención doctrinal corresponden a aquellos en que se produce una intensificación de la protección penal con la transformación del objeto. Por ejemplo, cuando A introduce un virus mortal en un feto que, si bien logra nacer, fallece algunos meses después a causa del mismo virus (es decir, como ser humano nacido).

Como queda de manifiesto con los ejemplos anteriores, la pregunta por los cambios del estatus del objeto de la acción en el tiempo suele ser abordada mediante la diferenciación de distintos momentos del hecho típico. El primero de ellos corresponde al momento de la acción, esto es, al instante en que el autor despliega con su movimiento corporal el curso causal que genera posteriormente la producción del resultado. Por oposición a éste, el momento del resultado corresponde a aquel instante en que tiene lugar una modificación perjudicial del objeto de la acción que admite ser subsumida en el supuesto de hecho de la norma de sanción penal como resultado típico. Finalmente, se suele identificar un tercer hito, conocido comúnmente como “momento de la incidencia de la acción”, el cual tendría lugar en el instante en que el curso causal desplegado por el autor afecta al objeto sin lesionarlo, es decir, incidiendo sobre él pero sin llegar a constituir una vulneración propiamente tal.

La cuestión se plantea, entonces, en atención a si el estatus del objeto exigido por el tipo penal bajo el cual pretende ser subsumido el hecho –por ejemplo, la condición de “otro” en el homicidio, o de “cosa ajena” en el hurto–, debe existir en el momento de la acción, o bien basta que concurra recién cuando tiene lugar la incidencia de la acción en el objeto (siendo indiferente su configuración al momento de la ejecución de la acción) o, incluso más, recién cuando se produce el resultado (siendo indiferente su configuración en los dos momentos anteriores). De este modo, se hace evidente el motivo por el cual es indispensable elaborar una solución adecuada a este problema cuando se está frente a la pregunta por la punibilidad de la lesiones al feto en el derecho penal chileno. Pues, en la medida en que, por una parte, no exista un delito autónomo de lesiones al feto, y, por la otra, se reconozca –como es el caso en nuestra doctrina mayoritaria<sup>2</sup>– que el feto no goza del estatus de persona bajo el sistema de la parte especial del Código Penal, la posibilidad de castigar las lesiones causadas al mismo depende de que éstas *podieran llegar a ser* entendidas como lesiones a otro (en tanto ser humano nacido).

<sup>2</sup> Por todos véase, Politoff, Sergio, Grisolia, Francisco, y Bustos, Juan: *Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pp. 137-141, 181-183.

Esto último, que en principio parece contradictorio, ha sido sin embargo ampliamente explorado en la doctrina comparada como un recurso interpretativo alternativo de las normas que tipifican las lesiones. Y ello precisamente en atención al hecho de que el feto, como objeto de la acción, ve modificado su estatus con ocasión del parto en términos tales que, desde ahí en adelante, se le considera persona. El paso de la condición de *nasciturus* a la de “otro” autorizaría, según esta interpretación, a afirmar la punibilidad de las lesiones sufridas por el feto (como lesiones a una persona) en la medida en que subsistan más allá del nacimiento.<sup>3</sup>

En Chile tal posibilidad no ha sido explícitamente considerada. Nuestra doctrina mayoritaria ha afirmado sistemáticamente la atipicidad de las lesiones al feto, en función de la exclusión de este último de la clase de las personas en el contexto de la regulación del Código Penal.<sup>4</sup> Pero tal solución, que –como pretendo demostrar– es enteramente correcta en sus resultados, resulta insatisfactoria en la medida en que se mantenga al margen del problema más general aquí presentado. Salvo contadas excepciones,<sup>5</sup> la doctrina chilena no se ha detenido en la cuestión relativa

<sup>3</sup> Esto vale, por cierto, para las legislaciones que no contemplan un tipo autónomo de lesiones al feto. En aquellos países, como España por ejemplo, donde existe la figura legal (arts. 157 y 158 del Código Penal de 1995), la discusión ha tomado otra dirección, orientándose principalmente hacia las formas de resultados lesivos que se contemplan en el primero de dichos artículos y los problemas concursales en relación a los delitos de lesiones y homicidio genéricos. Al respecto, y por todos, véase Ramón Ribas, Eduardo: *El delito de lesiones al feto*, Comares, Madrid, 2002. En Chile, existen dos antecedentes de intentos de tipificación de un delito de lesiones al feto: la propuesta de anteproyecto de Código Penal emanada del Foro del Ministerio de Justicia que incluía un párrafo segundo en el Título II del Libro II, destinado específicamente a las lesiones al feto, y el proyecto de ley que tipifica las lesiones al ser humano en gestación (Boletín 4307-07), presentado en 2007 por los diputados Jorge Burgos V., Nicolás Monckeberg D., Marco Antonio Núñez L., y Patricio Walker P. Ninguna de tales iniciativas, sin embargo, ha prosperado.

<sup>4</sup> Tendencia que sin embargo se ve debilitada con la tesis que se ha impuesto en la jurisprudencia y doctrina constitucionales, según la cual el feto es persona para efectos constitucionales, y en muchos casos, penales. Un ejemplo paradigmático de esto último lo constituye la sentencia de la Corte Suprema de 16 de abril de 2009 (Rol 1882-08), en la cual se afirma que “ideas y conceptos vaciados en normativas legales, constitucionales y aún (sic) internacionales, han ido aclarando y precisando que la protección que el Código Penal debe otorgar al ser humano se ha extendido a individuos o sujetos con vida antes de la expulsión del vientre materno, desde la concepción, y a lo menos, durante el período, estadio o etapa del nacimiento o alumbramiento, que se inicia con las primeras contracciones que se producen en la parturienta y que termina con la expulsión o extracción por procedimiento quirúrgico de la placenta y el feto” (considerando 12° de la sentencia de reemplazo).

<sup>5</sup> Bascuñán Rodríguez, Antonio: “El delito de aborto”, Universidad Adolfo Ibáñez, Materiales de estudio, Santiago, 2007, pp. 17 s.; Horvitz, María Inés y Soto, Miguel: “Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el Anteproyecto de nuevo Código Penal elaborado por el Foro del Ministerio de Justicia”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9, 2007, pp. 75-120. Horvitz y Soto dan cuenta del problema de los cambios del estatus del objeto de la acción argumentando a favor de la solución del momento de la incidencia de la acción, y favoreciendo, consecuentemente, la tesis de la atipicidad de los casos de lesiones al feto.

a los cambios del estatus del objeto de la acción como dificultad característica de los casos en que las lesiones al feto subsisten en el ser humano nacido. Esto implica que, mientras semejante ejercicio no sea llevado a cabo en forma acabada, la solución ofrecida por la doctrina seguirá siendo inestable y la clarificación del sistema de protección penal del *nasciturus* en el Código Penal permanecerá incompleta. Por ello, en lo que sigue, abordaré el problema como cuestión general –específicamente, como una cuestión general de la parte especial–, argumentando a favor de la teoría del momento del resultado, con el fin de dar cuenta de la respuesta adecuada a la pregunta por la punibilidad de las lesiones al feto en el Código Penal chileno.

## 2. LAS PROPUESTAS DOCTRINALES Y SUS DIFICULTADES

### a) *La teoría del momento de la acción*

Una primera propuesta de solución al problema la ofrece la teoría del momento de la acción al sugerir que, para afirmar la tipicidad en un delito de resultado, el estatus del objeto de la acción debe concurrir ya en el momento en que ésta es ejecutada. A primera vista, una opción como ésta no parece carecer de sentido. Si para la configuración de un delito como el homicidio, por ejemplo, es necesario que un sujeto dé muerte a otro, entonces el hecho de que este último ya sea objetivamente reconocible como un ser humano nacido (un “otro”) al momento en que la acción es ejecutada pudiera ser entendido como una condición de la subsunción de dicho comportamiento bajo el tipo penal correspondiente. Ése es precisamente el argumento de “legalidad” asociado comúnmente a esta concepción: en un delito de resultado, la acción por medio de la cual se causa el resultado sólo se deja reconocer como acción *típica* en tanto sea ella misma –y no sólo sus consecuencias– la que recaiga en un objeto que ya goza del estatus exigido por el tipo.<sup>6</sup>

---

Si bien esta conclusión es enteramente correcta, las razones invocadas para la misma no lo son. Sobre esto *infra* 2 c).

Un aspecto particularmente interesante de la construcción de Horvitz y Soto radica en la vinculación que ambos efectúan entre la tesis del momento de la incidencia y la solución al problema de la determinación del concepto de aborto en el Código Penal. Según los autores, “lo determinante para la calificación de aborto no es el momento de la producción del resultado y la calidad –de ‘nonato’ o ‘neonato’– que a ese momento pudiera tener el objeto material de la conducta, sino la calidad que este último tenga al momento en que la conducta comienza a tener efectos (a incidir) sobre él: si a ese momento el objeto material es un embrión o feto, entonces la conducta será constitutiva de aborto, con total independencia de que el resultado muerte se produzca cuando el producto de la concepción ya es persona” (pp. 91 s., nota 37). En el mismo sentido, Lüttger, Hans: “La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso ‘Contergan’”, en del mismo, *Medicina y Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1984, p. 74.

<sup>6</sup> En España, Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pp. 24-25; Cuerda Riezu, Antonio: “Límites jurídico-penales de las nuevas téc-

Desde luego, qué cuente acá como “recaer” no es del todo evidente. Pues bajo los propios términos de la discusión, es decir, en atención a la posibilidad de seccionar el curso causal al punto de poder diferenciar diferentes momentos del mismo, la acción parece recaer sobre el objeto precisamente mediante la producción de uno o más eventos que admiten, por una parte, ser reconocidos como modificación de determinadas propiedades del objeto y, por la otra, ser diferenciados de la acción misma. Si esto es así, entonces la exigencia impuesta por la teoría del momento de la acción se traduce en una exigencia de correspondencia temporal: acción y estatus del objeto deben coincidir, si bien no en el espacio, en todo caso en el tiempo.

De este modo, la teoría incluye, de cara a la formulación del juicio de subsunción en el ámbito de los delitos de resultado, un requisito adicional a la (sola) relación de causación entre eventos (acción y resultado). Una caracterización adecuada de este requisito puede ser elaborada desde la distinción, ampliamente recogida en el derecho penal angloamericano, entre consecuencias y circunstancias de la acción.<sup>7</sup>

Típicamente, las circunstancias son preexistentes al momento en que el autor lleva a cabo su acción. Las consecuencias, en cambio, concurren con posterioridad a ella. Si bien la distinción se formula con cargo a la especificación de esta variable temporal, ella suele ser vinculada también a la dimensión causal que caracteriza a los delitos de resultado. Las consecuencias de la acción serían, por definición, posteriores a ésta, mientras que las circunstancias se entenderían como elementos concomitantes, precisamente en atención a que sólo las primeras pueden ser causadas por el agente.

Más allá de lo impreciso de esta estricta vinculación entre las dimensiones temporal y causal,<sup>8</sup> lo que acá importa es dar cuenta de la función asociada a la distinción en cuestión. Pues lo que se busca con ella es dar cuenta del “carácter complejo” de las descripciones típicas de una acción, complejidad que puede atender a la especificación tanto de las circunstancias como de las consecuencias de la acción. Las normas cuyos supuestos de hecho describen delitos puros de resultado se caracterizan por dotar de complejidad consecucional a la acción típica, mientras que aquellas que describen delitos de mera actividad suelen asignarle complejidad circunstancial.<sup>9</sup> De este modo,

---

nicas genéticas”, *ADPCP*, XLI, 1988, pp. 413 ss.; Romeo Casabona, Carlos: *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 401 ss. En Alemania, aunque sólo para la delimitación entre aborto y homicidio, Lüttger, Hans: “La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso ‘Contergan’”, en del mismo, *Medicina y Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1984, pp. 73 ss.

<sup>7</sup> Moore, Michael S.: *Act and Crime*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 195-213.

<sup>8</sup> Al respecto von Wright, Georg Henrik: *Causality and Determinism*, Columbia University Press, New York, pp. 62 ss.

<sup>9</sup> Moore, Michael S.: *Act and Crime*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 195-213. Lo cual no excluye, por cierto, que existan circunstancias comunes a todas las clases de delitos. Por ejemplo, según la comprensión más extendida de la distinción, los requisitos de imputación subjetiva (*mens rea*) han de contar como circunstancias de la acción en la medida en que deben irrestrictamente coincidir temporalmente con ésta.

bajo la teoría del momento de la acción, el estatus del objeto habría de ser entendido como una de las (tantas) circunstancias bajo las cuales ésta debe tener lugar de cara a la posibilidad de afirmar su tipicidad.

Esto corrobora lo señalado anteriormente: en los delitos puros de resultado, no bastaría la determinación del nexo causal entre acción y resultado para la tipicidad de la primera, sino que se requeriría además la concurrencia de determinados elementos circunstanciales, entre los cuales se encontraría un particular estatus del objeto de la acción. La respuesta que esta concepción ofrece, pues, para la pregunta por los cambios de estatus del objeto de la acción es unilateral: todo cambio producido entre el momento de la acción y aquél del resultado, supone atipicidad desde el punto de vista del tipo penal bajo el cual es relevante la producción del resultado.

Ello impone una cierta concepción particular del modo en que fenoménicamente tendría lugar un hecho delictivo: matar, lesionar, o dañar no sólo serían formas de causar una muerte, una lesión o un daño, sino también formas de caracterización de la acción con la que se causan tales resultados, en términos tales que sus elementos circundantes serían determinantes para su descripción como acción mortal, lesiva o dañosa. Lo que aquí está en juego, por lo tanto, es la definición de un conjunto de condiciones fácticas que estarían llamadas a compensar la falta de determinación de la acción en la descripción típica de un delito puro de resultado. Y de esa forma queda de manifiesto el parecido que una concepción como esta guarda con las actuales construcciones provenientes de la así llamada “teoría de la imputación objetiva” que buscan restringir el alcance de los tipos penales mediante la caracterización del comportamiento típico en atención a variables extrínsecas al (mero) vínculo causal.<sup>10</sup> En ambos casos, la acción debe contar con propiedades circunstanciales que permitan reconocerla como típica, esto es, como jurídico-penalmente significativa.

Pero ¿es efectivamente una condición necesaria de la tipicidad de la acción que el objeto afectado cuente con el estatus normativamente requerido al momento en que es ejecutada? Incluso más: ¿es necesario que el objeto deba siquiera existir en ese momento?

A este respecto, en su afán por proveer de la suficiente densidad semántica a verbos como “matar”, “lesionar” o “dañar” en términos tales que sea posible identificar criterios para reconocer una acción “mortal”, “lesiva” o “dañosa”, la teoría del momento de la acción pasa por alto el hecho de que semejante tarea requiere, en primer lugar, del esclarecimiento de un problema pragmático, a saber: la identificación precisa de los contextos lingüísticos

<sup>10</sup> Lo cual vale tanto para la así llamada “imputación del resultado” como para la “imputación del comportamiento”, pero en especial para esta última. Al respecto, Jakobs, Günther: *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1999, *passim*; Frisch, Wolfgang: *Tipo Penal e Imputación Objetiva*, Madrid, 1995, *passim*, quien habla de “doctrina del comportamiento típico” para referirse a esta última forma de imputación. En Chile, van Weezel, Alex: “Notas sobre el estado de la teoría del delito”, en del mismo, *Pena y Sentido. Estudios de Derecho Penal*, ARA Editores, Lima, 2009, pp. 43 ss.

en que tales conceptos son utilizados.<sup>11</sup> Pues el significado de dichos términos (como el de cualquier otro) sólo puede ser obtenido *en* un particular ámbito de utilización de los mismos.<sup>12</sup> Y la clave, a este respecto, radica en advertir que semejante contexto no es, al menos inicialmente, el relativo a la adscripción de responsabilidad por la ejecución de una determinada acción, sino más bien el de la determinación (vía descripción) de qué cuenta como un hecho objetivamente típico a ser imputado al autor como su acción delictiva. En este contexto, tratándose de delitos puros de resultado, para el derecho penal sólo cobran relevancia las modificaciones (perjudiciales) que puedan experimentar determinadas propiedades de ciertos objetos, no así (todavía) las condiciones bajo las cuales las acciones u omisiones que causan dichas modificaciones hayan tenido lugar. Tales condiciones sólo vienen en consideración en pos de la determinación de la capacidad individual de ejecución o evitación de la acción, lo cual, en todo caso, concierne una pregunta distinta de aquella relativa a la descripción del hecho típicamente relevante. Para esta última, cualquier consideración distinta a la causación de modificaciones de determinados estados de cosas es impertinente.

En ese sentido, la exigencia de una variable extrínseca al vínculo causal entre acción y resultado, en los términos planteados por la teoría del momento de la acción, está fuera de lugar cuando de lo que se trata es de formular un juicio de subsunción de una conducta bajo una norma de sanción que tipifica un delito puro de resultado. Ello implica que ni la presencia del objeto en el momento de la ejecución de la acción, ni su estatus típicamente exigido, constituirían condiciones necesarias para tal juicio. La comprensión cabal de este argumento, sin embargo, requiere de la revisión de algunas cuestiones elementales sobre la estructura del actuar humano. Por ello su exposición más detallada habrá de quedar momentáneamente pendiente.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Moore, Michael S.: *Act and Crime*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 192-195; Mañalich, Juan Pablo: *Nötigung und Verantwortung. Rechtheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 190 ss.

<sup>12</sup> Wittgenstein, Ludwig: *Investigaciones Filosóficas*, Crítica, Barcelona, 2008, § 138: “¿Pero no puedo ajustar el significado de una palabra que entiendo con el sentido de una proposición que entiendo? ¿O el significado de una palabra con el significado de otra? Ciertamente, si el significado es el uso que hacemos de la palabra, no tiene ningún sentido hablar de tal ajuste. Ahora bien, *entendemos* el significado de una palabra cuando la oímos o pronunciamos; lo captamos de golpe; ¡y lo que captamos así seguramente que es algo distinto del ‘uso’, que es dilatado en el tiempo!”.

<sup>13</sup> *Infra* 3.

b) *La teoría del momento del resultado*

La pugna que ha animado últimamente el debate doctrinario es, sin embargo, aquella que ha enfrentado a la teoría del momento del resultado con la del momento de la incidencia. Ello se ha debido a su particular contexto de origen (el cual, por lo demás, es el que acá más importa), a saber: el tratamiento de los casos de lesiones ocasionadas al feto, cuyos efectos perduran después del nacimiento, hasta producir incluso la muerte del niño o niña en ciertos casos. La necesidad de elaborar una solución dogmáticamente satisfactoria para tales hipótesis se hizo evidente a fines de la década de 1960 con ocasión del célebre caso Contergan,<sup>14</sup> donde –pese a las numerosas dificultades probatorias referidas al vínculo de causalidad<sup>15</sup>– se logró establecer que, entre 1957 y 1961, la utilización por parte de mujeres embarazadas de un medicamento comúnmente conocido como Talidomida fue la causa de la altísima tasa de niños nacidos con severas malformaciones en distintos países europeos y en Estados Unidos.

En ese contexto, Maurach y Schröder formularon la versión más célebre de la teoría del momento del resultado.<sup>16</sup> La tesis básica compartida por ambos consiste en que las lesiones producidas en el feto manifestadas luego del parto como lesiones congénitas, y aquellas que, también teniendo lugar en el feto, condicionan además su posterior muerte como ser humano nacido, son punibles como delito de lesiones y de homicidio, respectivamente. A este respecto es necesario formular dos precisiones: en primer lugar, bajo la legislación alemana, tanto entonces como en la actualidad el feto no es reconocido como sujeto pasivo del delito de lesiones, ni por cierto del delito de homicidio, de modo que, por una parte, su salud corporal no cuenta con protección penal, y por la otra, su vida (sólo) se protege mediante la tipificación del aborto. En segundo lugar, consideradas desde el punto de vista del momento de la producción del resultado, ambas hipótesis no son equivalentes. Pues, en el primer caso, el resultado de lesión tiene lugar cuando el sujeto aún es feto, mientras que en el segundo el resultado de muerte se produce cuando éste ya es persona. De este modo, para una tesis que argumenta a favor del momento del resultado la solución para ambas no podría ser la misma: en el primer caso procedía la impunidad, mientras que en el segundo, la punibilidad a título de homicidio.

Sin embargo, tal como ya quedara de manifiesto, Maurach y Schröder sostienen que tanto para los casos en que las lesiones tienen lugar en el feto como para aquellos en que se produce la muerte del nacido, la solución es

<sup>14</sup> Para una revisión exhaustiva de los problemas involucrados en el caso, véase Boldt, Jorge, y Contesse, Javier: *La punibilidad de las acciones prenatales con resultados lesivos*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2009, *passim*; también, Ramón Ribas, Eduardo: *El delito de lesiones al feto*, Comares, Madrid, 2002, *passim*.

<sup>15</sup> A ese respecto Kaufmann, Armin: “Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan”, *Nuevo Pensamiento Penal*, N° 2, 1973, pp. 7-37.

<sup>16</sup> Ramón Ribas, Eduardo: *El delito de lesiones al feto*, Comares, Madrid, 2002, pp. 85 ss.

la punibilidad a título de lesiones (a otro) consumadas y de homicidio consumado, respectivamente.<sup>17</sup> Con ello, su propuesta representa un quiebre interno en la teoría del momento del resultado.

La razón de esto radica en la elaboración de una particular concepción de resultado. Para Maurach y Schröder, las lesiones ocasionadas al feto son punibles una vez que se produce el nacimiento, en virtud de la distinción entre “lesiones en sentido material” (irrelevantes para el derecho penal) y “lesiones en sentido jurídico” (relevantes para el derecho penal). Con la producción del nacimiento, las lesiones ocurridas en el feto (hasta ese momento, meras “lesiones en sentido material”) pasarían a ser lesiones de una persona (ahora “lesiones en sentido jurídico”). Este efecto de aplazamiento jurídico de la lesión permite, entonces, sustentar la punibilidad de las lesiones ocasionadas al feto cuando éstas perduran en el cuerpo del nacido bajo el argumento de que el *resultado típico* tiene lugar sobre una persona. La lesión en sentido material no contaría así como resultado, sino sólo como incidencia del curso causal en el objeto de la acción.<sup>18</sup>

En el mismo sentido, Tepperwien ofrece una distinción similar entre “resultado en sentido natural” y “resultado en sentido típico”.<sup>19</sup> La diferencia con la propuesta anterior radica en que acá no se excluye del concepto de resultado la afectación de la integridad del feto (afirmándose, de ese modo, que tal lesión es sólo incidencia), sino que se diferencia dos tipos de resultado cuya coincidencia temporal, sin embargo, es sólo contingente. Produciéndose el parto, entonces, el resultado natural pasaría a tener relevancia jurídica en virtud del “surgimiento” del bien jurídico identificado con la salud corporal, de manera que las lesiones se volverían típicas en tanto lesiones a “otro”.

Evidentemente, la teoría del momento del resultado puede sostenerse con independencia de la corrección de la tesis recién expuesta. Pues la afirmación según la cual es la producción del resultado el instante relevante para la concurrencia de un determinado estatus del objeto es independiente de cuál sea el concepto adecuado de resultado. Ello permite, por cierto, mantener la pertinencia de esta teoría a pesar del claro error sobre el cual se construyen las opiniones de Maurach, Schröder y Tepperwien.

En efecto, si de lo que se trata es de verificar si efectivamente se produce un determinado resultado de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, es necesario que las propiedades del objeto material correlativas a la valoración positiva implicada en dicho bien, tengan

<sup>17</sup> Haciendo la excepción Schröder en el caso de las lesiones y el homicidio imprudentes por razones sistemáticas, en función del así llamado “efecto de cierre” generado por la impunidad del aborto imprudente en el derecho penal alemán. Sobre esto véase Boldt, Jorge, y Contesse, Javier: *La punibilidad de las acciones prenatales con resultados lesivos*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2009, pp. 99 ss.

<sup>18</sup> Ramón Ribas, Eduardo: *El delito de lesiones al feto*, Comares, Madrid, 2002, p. 242.

<sup>19</sup> Tepperwien, Ingeborg: *Praenatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung*, 1973, citado en Ramón Ribas, Eduardo: *El delito de lesiones al feto*, Comares, Madrid, 2002, p. 242

relevancia penal –esto es, se encuentren protegidas– con anterioridad a esa lesión o puesta en peligro. Pero en el caso del feto ello no tiene lugar, dado que las propiedades que son relevantes a la luz del delito de lesiones (por ejemplo, ciertas funciones orgánicas) no tienen todavía significación jurídico-penal. En otros términos: desde el punto de vista de la afectación de un bien jurídico, es precisamente la modificación perjudicial de las propiedades del objeto valoradas positivamente lo determinante para constatar una lesión o puesta en peligro de ese bien, y a ese respecto nada aporta la distinción entre el aspecto material o natural y el aspecto jurídico del problema. Pues que la transformación fáctica sea tematizada por el derecho adquiriendo de ese modo relevancia jurídica, no implica que esta relevancia deje de estar referida a esa modificación fáctica.

Y esto último es precisamente lo que se pasa por alto en los argumentos de estos tres autores. La “lesión en sentido jurídico” en el caso de Maurach y Schröder, y el “resultado en sentido típico” en el caso de Tepperwien, pierden toda conexión con la “lesión en sentido material” y el “resultado en sentido natural” a los que supuestamente están referidos. Si de alguna modificación en el mundo dependen las dos primeras categorías, esa modificación es el parto, el cual no sólo no puede ser considerado un menoscabo, sino que, por el contrario, se corresponde precisamente con un cambio valorado positivamente por el derecho.<sup>20</sup>

Dado, pues, que la corrección o incorrección de la teoría del momento del resultado es independiente del concepto de resultado que se utilice, lo implausible de las construcciones anteriores no cuenta aún como razón para descartarla. Que ello es el caso queda de manifiesto al reconsiderarla bajo una comprensión adecuada del juicio de tipicidad objetiva que la libere de malentendidos dogmáticos y que la provea de una justificación positiva, esto es, de una que no dependa únicamente de la exclusión de las teorías rivales. Antes de emprender dicha tarea, sin embargo, cabe finalizar el examen de las propuestas doctrinales con la revisión de la última de éstas.

### c) *La teoría del momento de la incidencia de la acción*

A pesar de haber sido acogida por el tribunal en el caso Contergan, la teoría del momento del resultado no se impuso en el debate doctrinario alemán. Los argumentos de Armin Kaufmann denunciando las consecuencias de ampliación de la punibilidad que de la misma se derivarían –al menos bajo la forma en que fuera planteada por Maurach y Schröder– bastaron para que la doctrina alemana aceptara mayoritariamente el momento de

<sup>20</sup> Al respecto, *infra* 3 e). En un sentido similar, Lüttger, Hans: “La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso ‘Contergan’”, en del mismo, *Medicina y Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1984, p. 78.

la incidencia de la acción en el objeto como aquél determinante para la concurrencia del estatus exigido por el tipo penal.<sup>21</sup>

La formulación más extendida del argumento se encuentra en un célebre trabajo que el discípulo de Welzel publicara como respuesta a la decisión adoptada por el tribunal en el caso Contergan. En dicha ocasión, Kaufmann observa, en primer lugar, que en los casos de mutación del objeto de la acción el curso causal desplegado por el autor incide sobre el objeto cuando éste aún no tiene el estatus normativo requerido por el tipo. Para clarificar el concepto de incidencia, propone seccionar el curso causal en tres momentos separables entre sí de la siguiente forma:

[c]omo sucede en todo delito instantáneo, pueden diferenciarse, en la lesión corporal y en el homicidio, tres momentos: el de la actuación de la voluntad o acción en sentido estricto (por ej. accionar el gatillo); el momento de la incidencia sobre el objeto del hecho (el proyectil alcanza al cuerpo humano) y el de la consumación (por ej., el momento de la muerte).<sup>22</sup>

De ese modo, la incidencia se correspondería con aquel momento en que el objeto de la acción es alcanzado por el curso causal en términos tales que su configuración es alterada, pero sin que resulte (todavía) afectado o lesionado tal como lo exige un delito de resultado.

Las razones para la identificación de este momento intermedio no son, sin embargo, del todo claras. Pues Kaufmann no ofrece argumentos relativos a la estructura de la acción que sean generalizables y que permitan entonces dotarlo de relevancia autónoma. Tampoco invoca razones referidas al tenor literal de las disposiciones legales pertinentes que exijan, por referencia al principio de legalidad, asignarle alguna relevancia particular. Sus razones están, más bien, orientadas a las consecuencias, en particular, a evitar la eventual punibilidad de acciones imprudentes realizadas durante el embarazo y que causaren lesiones en, o incluso la muerte de, el hijo nacido. Su tesis consiste básicamente en que si la conducta imprudente que provoca un aborto es impune, pero aquella que, también de modo imprudente, causa lesiones en el feto que se manifiestan después de nacido, es punible, entonces se arribaría a un sinsentido: la lesión que reviste una intensidad tal que causa la muerte del feto en el útero sería impune, mientras que aquella de menor intensidad (al punto de permitir que el nacimiento tenga lugar), sería punible. Ello, según el autor, generaría una sobrecarga de deberes de cuidado en la mujer embarazada históricamente rechazada por el legislador.

Por cierto tal finalidad interpretativa no es adoptada arbitrariamente. Kaufmann está comprometido con la elaboración de una interpretación

<sup>21</sup> Kaufmann, Armin: "Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan", *Nuevo Pensamiento Penal*, N° 2, 1973, pp. 7-37. En España, por todos, Farré Trepal, Elena: "Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente", *ADPCP*, tomo XLIII, 1990, pp. 337 ss.

<sup>22</sup> Kaufmann, Armin: "Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan", *Nuevo Pensamiento Penal*, N° 2, 1973, p. 10.

que dé cuenta del “fin y el sentido de las disposiciones en la realidad jurídica *actual*”<sup>23</sup> y, de esa forma, que conserve algún grado de lealtad con lo establecido por el legislador. Su tesis debe ser entendida, por ende, como una reconstrucción de la regulación legal que, a pesar de alejarse –como él mismo lo reconoce– del texto y de la estructura de las disposiciones, pretende representar la mejor versión del sistema de protección penal de la vida y la salud corporal del Código Penal de la época.

El planteamiento de Kaufmann tiene, sin embargo, dos problemas. En primer lugar, sus argumentos están dirigidos contra una versión incorrecta de la teoría del momento del resultado. Pues si con independencia de la intensidad del ataque éste produce lesiones *en* el feto que luego se manifiestan en el individuo nacido, entonces no se causan lesiones *a* este último, de modo que, con Kaufmann, acá correspondería afirmar la impunidad.<sup>24</sup> Ahora bien, si una acción imprudente no reviste una intensidad tal para causar un aborto, pero sí al menos para causar una lesión *en* un ser humano nacido, y quepa de ese modo afirmar su punibilidad, ello se condice plenamente con la mayor protección dispuesta para los seres humanos nacidos. Que la acción “se vuelva” punible por haber afectado a un individuo nacido no debiese generar extrañeza alguna.

La segunda razón para rechazar el planteamiento de Kaufmann radica en que su lectura no constituye una mera reformulación de la regulación legal, sino que derechamente una desatención de la misma. Pues Kaufmann hace depender la corrección conceptual de su interpretación de la ley exclusivamente de consideraciones de justicia política, en este caso distributiva, vinculadas a los grados de carga coercitiva que recaerían sobre la mujer en caso de aceptarse una interpretación de las normas *à la* Maurach o Schröder. Pero la afirmación según la cual el legislador históricamente ha excluido de la regulación penal determinadas conductas no puede constituir el punto de partida del análisis de las normas legales, sino más bien su conclusión. La razón es simple: el legislador no existe como ente o instancia distinta de la legislación.

Lo que se requiere, en primer lugar, es una reconstrucción racional de tal regulación que provea al intérprete de una respuesta a la pregunta sobre *qué* es lo regulado. Ello, por la sencilla razón de que la pregunta por lo efectivamente regulado no es la pregunta por lo que *sería* conveniente que estuviese regulado. Y, tratándose de delitos de resultado –y en particular de los resultativos o puros de resultado–, el objeto de la regulación no es otra cosa que la prohibición (o el mandato) de la causación (o de impedimento de la producción causal) de un determinado resultado. Nada hay en las descripciones legales de este tipo de delitos que hable a favor de considerar otro hito como determinante para la subsunción de los hechos bajo la norma de sanción. Evidentemente, esto último no constituye una necesidad conceptual. Pues es obvio que el legislador puede otorgar relevancia a even-

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>24</sup> Véase *infra* 3 e).

tos distintos de la acción o del resultado (como, por ejemplo, la incidencia) a la hora de tipificar un comportamiento cuyas consecuencias son penalmente indeseadas. Pero, en tal caso, la caracterización de esa descripción como “delito resultativo” deja de ser pertinente, y, en todo caso, tampoco se seguiría de ese hecho que un evento tal sea necesariamente aquel en el cual el estatus del objeto de la acción deba concurrir.

Por eso, las supuestas consecuencias excesivas que denuncia Kaufmann no pueden ser eludidas a costa de una lectura artificiosa de las disposiciones legales. El ejercicio dogmático está llamado, en primer lugar, a clarificar los alcances de la regulación pues sólo así resulta posible abordar un análisis crítico de la misma. Y en ese sentido la tesis de Kaufmann es doblemente desacertada: por una parte, no advierte que para los casos de lesiones al feto la solución del momento del resultado conduce exactamente a las mismas consecuencias que la del momento de la incidencia. Que en el contexto del caso Contergan, haya sido otra la conclusión, sólo se debió a la utilización de un concepto *ad hoc* de resultado por parte de los defensores de la primera, mas no a lo que propiamente se deriva de ella. Por la otra, pasa por alto el hecho de que los deberes que puedan recaer sobre el destinatario de una norma no se dejan derivar sin más de ésta. Pues en la medida en que una norma no puede regular su propia aplicación, el grado de vinculación que su destinatario exhiba para con ella en el caso concreto sólo puede venir determinado por estándares extrínsecos a la misma.<sup>25</sup> Esto implica que de la sola afirmación de que un tipo penal tenga tal o cual alcance no se deriva sin más que los destinatarios de la norma se vean sometidos a una mayor o menor carga respecto de sus deberes. El deber, como categoría que está en la base de un juicio de atribución de responsabilidad, sólo se deja determinar en concreto, esto es, en atención a la capacidad individual del destinatario de la norma de evitar la realización intencional de la descripción contenida en ella en un momento y espacio determinado.<sup>26</sup> Y a este respecto, son los criterios de imputación subjetiva los que resultan cruciales, no el alcance de la norma en abstracto.

En definitiva, las tres teorías expuestas están incapacitadas, en la forma en que se encuentran actualmente formuladas por la doctrina, para responder adecuadamente a las dificultades planteadas por los casos de cambios del estatus del objeto. En lo que sigue, emprenderé la defensa, bajo una fundamentación distinta, de la teoría del momento del resultado. Ello presupone, sin embargo, atender a dos cuestiones previas: en primer lugar, revisar algunas consideraciones generales sobre teoría de la acción, en particular, sobre el así llamado “problema de la individuación de acciones”, y en segundo lugar, articular una explicación precisa de la estructura y la función del juicio de tipicidad objetiva. En la medida que ambas cuestiones se

<sup>25</sup> Kindhäuser, Urs: *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1989, pp. 29 ss.

<sup>26</sup> Mañalich, Juan Pablo: *Nötigung und Verantwortung. Rechtheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 54 ss.

encuentren esclarecidas, las razones para adherir a la teoría del momento del resultado se vuelven tanto más claras, del mismo modo en que también lo hace la respuesta a la pregunta por la punibilidad de las lesiones al feto en el derecho penal chileno.

### 3. EL MOMENTO DEL RESULTADO COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE LA TIPICIDAD OBJETIVA

#### a) *La ontología del problema de los cambios de estatus del objeto de la acción*

Tal como se encuentra planteada, la discusión sobre los cambios de estatus del objeto de la acción presupone una cierta ontología de carácter atomista. Esto quiere decir: una representación del mundo bajo la cual éste es visto como una totalidad de *hechos*, los cuales admiten ser diferenciados unos de otros y, de ese modo, individuados. La historia del mundo se corresponde, en esta concepción, con la sucesión de los hechos en el tiempo,<sup>27</sup> y éstos, a su vez, con la verdad de determinadas proposiciones (contingentes). Cuando una proposición, expresada en una oración, es verdadera, se dice entonces que *describe* un hecho en el mundo. Las proposiciones son verdaderas cuando se corresponden con éste tal cual es.<sup>28</sup>

Los hechos pueden ser de tres tipos: estados de cosas, procesos, y eventos (o sucesos). Los primeros corresponden a la configuración estática del mundo en un determinado momento; los segundos a su configuración dinámica, y los terceros a los acontecimientos que permiten diferenciar entre estados de cosas (o procesos). La presencia de un determinado objeto sobre una mesa, por ejemplo, constituye un estado de cosas, mientras que el caer de la lluvia corresponde a un proceso. La explosión de una bomba o el disparo de un arma constituyen eventos o sucesos.<sup>29</sup>

La identificación de tres diferentes momentos del hecho punible (acción, incidencia y resultado) se condice, de esta manera, con la sucesión de tres eventos distintos. Estos, a su vez, condicionan causalmente la configuración de los respectivos estados de cosas que les suceden: la acción de jalar el gatillo causa el disparo de la bala, configurando un estado de cosas (o quizás un proceso) en el cual la bala se encuentra disparada; el disparo causa el impacto de la bala en el cuerpo del sujeto, configurando un estado de cosas donde el cuerpo del sujeto se encuentra impactado o lesionado; el impacto causa la muerte del sujeto, configurando un estado de cosas en el cual el sujeto está muerto.

Sin embargo, la relevancia de la identificación de cada uno de los eventos, de cara a la atribución de responsabilidad, no obedece a unas

<sup>27</sup> Von Wright, Georg Henrik: *Causality and Determinism*, Columbia University Press, New York, p. 16.

<sup>28</sup> Von Wright, Georg Henrik: *Norma y Acción*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 44.

<sup>29</sup> *Ibid.*, pp. 44 ss.

mismas razones. Tratándose del evento correspondiente al resultado típico, su precisa determinación viene impuesta por la exigencia de aplicación estricta de la ley penal. Sólo es posible subsumir bajo una norma de sanción penal una conducta descrita como causación de un resultado, en tanto este último se encuentre suficientemente especificado.<sup>30</sup> Tratándose de la acción, la exigencia genérica de (capacidad de) acción impone la necesidad de identificar un evento que cuente como tal aun cuando la descripción típica sólo haga referencia a la causación de un resultado. La incidencencia de la acción, en cambio, no tiene relevancia alguna para la formulación de un juicio de atribución de responsabilidad penal. Pues en los delitos puros de resultado, ni la subsunción de los acontecimientos en el supuesto de hecho de la norma de sanción, ni la identificación de una acción –con cargo a la satisfacción del requisito genérico de (capacidad de) acción– requieren de la existencia de este momento intermedio del curso causal. Sólo la acción y el resultado constituyen eventos normativamente relevantes.

Esclarecido lo anterior, cabe volver sobre la explicación esbozada anteriormente en torno a la falta de necesidad de consideraciones adicionales a la relación de causación entre la acción y el resultado de cara a la formulación del juicio de tipicidad objetiva.<sup>31</sup> De acuerdo a lo ya ha afirmado, el contexto lingüístico en el cual interesa la descripción de un evento como hecho típico no es el relativo a la pregunta por la adscripción de una acción a un sujeto en atención a sus capacidades individuales de evitación, sino aquel donde lo determinante es la identificación, mediante la elaboración de una descripción, del hecho que es objeto de esa adscripción. Esto significa: la pregunta por la tipicidad de la acción exige la identificación de alguna descripción de la misma que objetivamente haga verdadera la proposición incluida, como supuesto de hecho, en la norma de sanción. Lo cual necesariamente reconduce el problema a la cuestión más general de la determinación del (o los) criterio(s) de identificación, vía individuación, de una acción.

A este respecto, son tres las consideraciones claves que aquí serán defendidas: i) la identidad de una acción es siempre relativa a alguna descripción de la misma; ii) para la identificación de una acción como acción típica, tratándose de un delito puro de resultado, sólo se requiere que un determinado comportamiento del autor pueda ser descrito como condición que explica causalmente la producción del resultado típico; iii) la producción del resultado corresponde a un evento susceptible de ser descrito como modificación perjudicial de alguna propiedad valiosa del objeto de la acción, modificación que, en todo caso, debe tener lugar sobre un objeto que cuente con el estatus exigido por el tipo.

<sup>30</sup> Sobre este problema, *infra* 3 e).

<sup>31</sup> Véase, *supra* 2 a).

b) *Identidad e individuación de acciones*

Una de las cuestiones más debatidas en el ámbito de la filosofía analítica de la acción a partir de la segunda mitad del siglo XX ha sido el así llamado “problema de la identificación de las acciones”. La tesis más célebre a este respecto, formulada por Anscombe y luego intensamente desarrollada por Davidson, puede ser resumida en el siguiente pasaje de la autora de *Intention*:

¿Debemos decir que el hombre que (intencionalmente) mueve su brazo, acciona la bomba, reabastece el suministro de agua y envenena a los inquilinos está ejecutando *cuatro* acciones? ¿O solamente una? [...] subir y bajar el brazo con los dedos aferrando la palanca de la bomba *es*, en estas circunstancias, accionar la bomba; y en estas circunstancias *es* reabastecer el suministro de agua del edificio; y, en estas circunstancias, *es* envenenar a sus ocupantes. Por lo tanto, tenemos una acción con cuatro descripciones, cada una de las cuales depende de pormenores más generales, y se relaciona con la siguiente de medio a fin [...].<sup>32</sup>

De acuerdo al ejemplo propuesto por Anscombe, la respuesta a la pregunta por la identidad de una acción no se deja formular asépticamente, en el sentido de que pudiere construirse desde un punto de vista neutral frente a la representación, lingüísticamente articulada, de los eventos a los cuales se hace referencia. Dado nuestro compromiso lingüístico con el mundo, la identificación de una acción es siempre relativa a alguna descripción (verdadera) de la misma. Y las descripciones de una acción pueden variar en función del mayor o menor número de eventos que puedan abarcar.<sup>33</sup>

Lo anterior significa lo siguiente: la identidad de una acción sólo se deja reconocer *a través* de sus distintas descripciones, en la medida en que cada una de éstas sea susceptible de ser sustituida por otra bajo una cláusula *salva veritate*.<sup>34</sup> De hecho, es precisamente tal posibilidad de sustitución con conservación del valor veritativo lo que explica que esta concepción sea comúnmente conocida como “tesis de la identidad” o “tesis de la reducción” (por oposición a la concepción que entiende que la existencia de distintas descripciones implica la existencia de distintas acciones en la medida en que cada uno de los eventos referidos en dichas descripciones pueda contar como instanciación de una propiedad distinta).<sup>35</sup>

De esto se sigue una consecuencia de la mayor relevancia, a saber, que la determinación de la agencia siempre supone un momento *intensional* (por oposi-

<sup>32</sup> Anscombe, G.E.M.: *Intention*, 2ª ed., Harvard University Press, Cambridge, 2000, pp. 46 s.; también de la misma: “Under a description”, *Noûs*, vol. 13, N° 2, 1979, pp. 219-233; en el mismo sentido, Davidson, Donald: “Action, reasons and causes”, en del mismo, *Essays on Actions and Events*, Clarendon Press, Oxford, 2001, pp. 4 s.

<sup>33</sup> Feinberg, Joel: “Action and responsibility”, en del mismo, *Doing and Deserving*, Princeton University Press, 1970, pp. 146 ss. También, Davidson, Donald: “Agency”, en del mismo, *Essays on Actions and Events*, Clarendon Press, Oxford, 2001, p. 53.

<sup>34</sup> Mañalich, Juan Pablo: “¿Reglas del entendimiento? Acerca de la ‘juridificación’ de la comunicación en la pragmática universal de Jürgen Habermas”, *Estudios Públicos* N° 119, Santiago, 2010, p. 143.

<sup>35</sup> Goldman, Alvin: *A Theory of Action*, Prentice Hall, New Jersey, 1970, pp. 1-44.

ción a *extensional*). Pues la identificación de una acción como acción intencional es dependiente de la descripción que el propio sujeto actuante puede formular.<sup>36</sup> Considérese el siguiente ejemplo: A dispara un arma de fuego y lesiona a su amigo B en una de sus piernas, bajo la representación errónea de que B es su enemigo C. ¿Es la acción de A una acción intencional? Depende. Pues lo realizado por él admite distintas descripciones, y en función de cuál sea la descripción que se tenga en consideración, la respuesta puede ser afirmativa o negativa. Por cierto, A no disparó un arma en contra de B intencionalmente, pues en ese momento no tenía conocimiento de que su blanco era B, pero sí disparó un arma en contra de otra persona intencionalmente y, por cierto, sí disparó un arma intencionalmente. En la medida en que lo realizado por A, entonces, sea descrito como “disparar un arma contra otra persona” o como “disparar un arma”, A habrá actuado intencionalmente; mientras la descripción que se tenga a la vista sea “disparar un arma en contra de B”, A no habrá actuado intencionalmente.<sup>37</sup> El punto es que, a pesar de que las expresiones “disparar un arma en contra de otra persona” y “disparar un arma en contra de B” son sustituibles, pues hacen referencia a un mismo evento (y, en ese sentido, la identidad entre eventos se expresa extensionalmente), tal sustitución no está a disposición de A.

De ese modo, la descripción de una acción como acción intencional es siempre relativa a una determinada posición epistémica. Tal como lo sugiere Davidson, adverbios como “intencionalmente” crean contextos “semánticamente opacos”, es decir, contextos en los cuales la posibilidad de sustitución *salva veritate* de las descripciones de una acción se encuentra excluida, de modo que “decir que alguien hizo algo intencionalmente no es hablar de una manera de actuar, sino que de la forma en que el agente ve su acción”.<sup>38</sup> La calificación de una acción como “acción intencional” es, por lo tanto, un problema epistemológico antes que ontológico, lo cual permite afirmar que, si bien existe una *clase* de eventos que son las acciones, no existe una *clase* de acciones intencionales.

Ahora bien, la identidad de una acción a lo largo de sus descripciones presupone, en todo caso, una base ontológicamente constituida sobre la cual descansa la relación de identidad que vincula a cada una de tales descripciones. Esa base corresponde a la relación de causación entre los eventos en ellas referidos. De ahí que se hable de un “efecto acordeón” para caracterizar la mayor o menor amplitud de las descripciones de una misma acción: mientras más eventos –causalmente vinculados– sean considerados, mayor amplitud exhibe la acción (bajo esa particular descripción); mientras menos eventos, menor amplitud.<sup>39</sup> El suceso básico con el cual se asocia generalmente la ac-

<sup>36</sup> Davidson, Donald: “Agency”, en del mismo, *Essays on Actions and Events*, Clarendon Press, Oxford, 2001, pp. 43-61.

<sup>37</sup> Davidson, Donald: “Intending”, en del mismo, *Essays on Actions and Events*, Clarendon Press, Oxford, 2001, pp. 83-102.

<sup>38</sup> Davidson, Donald: “Adverbs of action”, en del mismo, *Essays on Actions and Events*, Clarendon Press, Oxford, 2001, p. 297.

<sup>39</sup> Feinberg, Joel: “Action and responsibility”, en del mismo, *Doing and Deserving*, Princeton University Press, 1970, pp. 146 ss.

ción corresponde al movimiento corporal por medio del cual se despliega el curso causal. Descrita de esa forma, la acción puede ser entendida como “acción básica”, es decir, como acción que no admite otra descripción más primitiva.<sup>40</sup> De ahí en adelante, las descripciones pueden ser complejizadas en la medida en que sean incluidos cada vez más eventos vinculados causalmente con el evento referido por la descripción primitiva de la acción. Pero en la medida en que la relación de causación entre los distintos eventos se conserve, en todo momento se trata de la misma acción.

En consecuencia, la pregunta de cuándo un evento puede ser considerado una acción se contesta sin mayor dificultad: si el evento se corresponde con algún movimiento corporal que admite al menos una descripción verdadera bajo la cual éste sea intencional, entonces ese evento es una acción. Pero cuál sea la caracterización de esa acción dependerá de cuál sea, a su vez, la descripción que se tenga a la vista. Y la descripción variará en función de cuáles sean los eventos que, estando causalmente vinculados con el movimiento corporal, sean abarcados por ella. Por eso, la acción por medio de la cual un sujeto causa lesiones a un feto y luego la muerte del ser humano ya nacido puede ser descrita, a la vez, como “acción lesiva” y como “acción homicida”, sin que ello impida afirmar que, en todo caso, se trata de la *misma* acción.

c) *El momento del resultado como único momento determinante de la tipicidad objetiva*

Como fuera sugerido anteriormente,<sup>41</sup> los tipos penales contienen proposiciones que los destinatarios de la normas están llamados a no hacer verdaderas, es decir, a no convertir en hechos. En términos de teoría de las normas, esto significa que el supuesto de hecho de la norma de sanción penal contiene la descripción de la acción que, en caso de ser ejecutada (tratándose de una prohibición) o no ejecutada (tratándose de un mandato), constituye el objeto de la atribución de responsabilidad jurídico-penal. El autor de un delito infringe, así, la norma de comportamiento mediante la realización (imputable) de la descripción contenida en el tipo. Por eso, Binding sugería, con total acierto, que el delincuente no infringe la ley penal, sino que la realiza.<sup>42</sup>

Si la identificación de una acción es siempre relativa a una determinada descripción, la identificación de una acción *típica* dependerá de cuál sea la descripción provista por el legislador en la norma de sanción. Tratándose de los delitos puros de resultado, ello genera una dificultad adicional. Pues en estos casos, nada hay en esa descripción que permi-

<sup>40</sup> Danto, Arthur C.: “Basic Actions”, *American Philosophical Quarterly*, N° 2, 1965, pp. 141-148. A este respecto, el *dictum* de origen proviene (una vez más) de Wittgenstein: “Pero no olvidemos una cosa: cuando ‘levanto el brazo’, se levanta mi brazo. Y surge el problema: ¿qué es lo que resta, cuando del hecho de que levanto el brazo sustraigo el que mi brazo se levante? (...)” (Wittgenstein, Ludwig: *Investigaciones Filosóficas*, Crítica, Barcelona, 2008, § 621).

<sup>41</sup> Véase *supra* 2 a).

<sup>42</sup> Binding, Karl: *Die Normen und ihre Übertretung I*, Scientia, Aalen, 1965, pp. 35 ss.

ta caracterizar *ex ante* la acción típica. La descripción de ésta como condición que explica causalmente la producción del resultado típico sólo puede formularse *ex post*, y ello, tal como ha quedado manifestado con la discusión postfinalismo, ha sido motivo de constante tormento para la dogmática penal: la función de estabilización de las relaciones sociales que está llamado a cumplir el derecho penal (supuestamente) no podría verse realizada –de ahí el tormento– con el grado de indeterminación que implicaría conservar la perspectiva *ex post* para la determinación de qué cuenta como comportamiento típico.<sup>43</sup>

La teoría del momento de la acción comparte la misma aprensión. Pues su exigencia de correspondencia temporal entre la acción y la concurrencia del estatus del objeto de la misma obedece precisamente a su desconfianza respecto de la posibilidad de que, de otra manera, pueda siquiera hablarse de una acción típica. Pero ello presupone un desconocimiento de la estructura del problema de la identificación de acciones. Pues si una acción sólo es reconocible en atención a una determinada descripción y, tratándose de una acción típica, es el tipo penal el que provee de tal descripción, la acción será típica en la medida en que pueda ser identificada con una descripción que haga referencia a todos los eventos referidos, a su vez, en la descripción legal. En un delito puro de resultado ello significa, ni más ni menos, lo siguiente: una acción, sea cual sea su configuración, es típica si y sólo si representa una condición que explica causalmente la producción del resultado. Pues, bajo la hipótesis del así llamado “efecto acordeón”, la producción causal de resultado autoriza a redesccribir la acción –por decirlo gráficamente– “hacia atrás”, esto es, mediante la redefinición del comportamiento que dio origen al curso causal como una acción, por ejemplo, lesiva, mortal o dañosa, según si el resultado haya sido la muerte de otro, la lesión de su cuerpo, o el daño de alguna cosa. No existen, por lo tanto, razones para exigir que el estatus del objeto de la acción concorra ya en el momento en que ésta es ejecutada. Basta que el resultado se produzca sobre un objeto que ya cuenta con dicho estatus, con total independencia de que la acción que explica causalmente la producción de dicho resultado haya tenido lugar antes de que el objeto gozara de dicho estatus. La teoría del momento de la acción ha de ser abandonada, porque el requisito por ella impuesto es completamente superfluo.

d) *¿Perspectiva ex ante en la formulación del juicio de tipicidad objetiva?*

Lo anterior no alcanza a ser desmentido por la adopción de una perspectiva *ex ante* para el establecimiento de la tipicidad objetiva, tal como lo pretende la así llamada “teoría de la imputación objetiva” echando mano al criterio del riesgo permitido.

<sup>43</sup> Paradigmáticamente, Frisch, Wolfgang: *Tipo Penal e Imputación Objetiva*, Madrid, 1995, *passim*. Críticamente a este respecto, Burckhardt, Björn: “Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la ‘confusión entre lo objetivo y lo subjetivo’”, en Wolter y Freund (ed.): *El Sistema Integral del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 153-192.

El punto central de la teoría de la imputación objetiva en este ámbito radica en la supuesta incompatibilidad del establecimiento *ex post* de la tipicidad objetiva con la función de determinación de la norma, la cual sólo puede operar *ex ante*. Tal incompatibilidad obedecería al hecho de que la producción del resultado, en la medida en que su constatación sólo puede tener lugar *ex post*, carecería de la suficiente fuerza motivacional para asegurar el seguimiento de las normas de comportamiento penales. Pues el destinatario de las mismas sólo puede evaluar los riesgos asociados a sus acciones u omisiones, mas no su carácter lesivo. Tales riesgos, por su parte, deben ser determinados desde la perspectiva de un observador imparcial, lo que permitiría distinguir entre acciones objetivamente riesgosas y acciones objetivamente inocuas. La evitación de las primeras es lo que constituye, según esta tesis, el objeto de las normas de comportamiento.<sup>44</sup>

La forma en que la teoría de la imputación objetiva pretende delimitar el alcance del tipo objetivo presupone la consideración del juicio de tipicidad objetiva como un juicio de imputación. Bajo los términos actualmente dominantes, esto significa lo siguiente: imputar objetivamente un resultado o un comportamiento supone formular un juicio de atribución de sentido a tales hechos, de modo tal que su relevancia típica deja de depender exclusivamente de la correspondencia semántica de éstos con la descripción legal. Ello redundaría, según afirma la teoría, en la restricción del alcance del tipo con la ayuda de criterios normativos, los cuales operarían así como verdaderos filtros ante la indeterminación del tenor literal. No es difícil advertir la lectura de justicia política que a este respecto puede hacerse: la tipicidad objetiva como mero juicio de subsunción *ex post* representaría un riesgo de expansión de la intervención penal que la teoría de la imputación objetiva estaría llamada a revertir.

Ahora bien, el error de esta forma de abordar el problema radica en creer que el riesgo es un criterio que puede desempeñar alguna función relevante en el ámbito de la tipicidad objetiva cuando de lo que se trata es de imputar la producción de un resultado a un sujeto. Pues lo que la tipicidad de ese resultado demuestra es que la acción que lo causó se trataba precisamente de una acción objetivamente riesgosa. En términos de Kindhäuser:

Si la caracterización de un suceso como riesgoso no es sino una interpretación (adicional) del curso causal típicamente relevante, entonces se plantea la pregunta acerca de su necesidad. Formulada más sencillamente: ¿Puede alguien ser matado no riesgosamente? Evidentemente no, puesto que las propiedades que explican

<sup>44</sup> El caso de Silva Sánchez es muy interesante a este respecto. Para el problema aquí abordado, Silva elabora una explicación que es del todo coincidente con la teoría del momento del resultado, pero concluye erróneamente que el problema es de imputación objetiva. Esto lleva a Silva a postular un criterio de riesgo permitido que incorpora la perspectiva *ex ante* en la determinación de la tipicidad objetiva y que, para estos efectos, es completamente superfluo. Véase, Silva Sánchez, Jesús María: "La dimensión temporal del delito y los cambios de 'status' jurídico-penal del objeto de la acción", en del mismo, *Instituciones de Derecho Penal*, AE, México D.F., 2001, pp. 57-72.

causalmente el resultado siempre pueden ser entendidas como presupuestos de un riesgo que se realiza en el resultado. Todo resultado, en otras palabras, está antecedido por el riesgo de su producción.<sup>45</sup>

Lo que esta afirmación demuestra es que el riesgo, en tanto predicado disposicional secundario, se encuentra siempre referido a ciertas propiedades primarias de una acción, de las cuales depende precisamente la calificación de esa acción como riesgosa. Tratándose de una realización típica, tales propiedades son aquellas que permiten explicar causalmente la producción del resultado a raíz de la realización de esa acción.<sup>46</sup> De este modo, carece de sentido afirmar que una acción constituye la causa de un resultado típico y, a la vez, sostener que tal acción no alcanzó a generar un riesgo penalmente desaprobado.

Ello, por lo demás, no es sino la otra cara de la peculiaridad que reviste la pregunta por la identidad de las acciones. Pues el riesgo de una acción no es más que lo que caracteriza a su descripción como “acción que *probablemente* causará un resultado lesivo”, de modo que la propiedad “riesgosa” aporta información (y permite, por ende, elaborar una nueva descripción de la acción) que sólo es pertinente si no se tiene a la vista la efectiva producción del resultado. Una vez producido el resultado, esa descripción se vuelve superflua.

Ahora bien, lo anterior no obsta a que subsista, en todo caso, un ámbito donde la mantención de la descripción “acción que probablemente causará un resultado lesivo” no carece de sentido. Pues, desde el punto de vista de la función de determinación de la norma, es precisamente una descripción como ésa la que se espera que el destinatario tenga a la vista –es decir: se represente– cuando se dispone a realizar un comportamiento que pueda eventualmente desautorizar dicha norma. Pero entonces el ámbito de la tipicidad objetiva, tal como ha sido demarcado por la teoría de la imputación objetiva con su recurso a la figura del observador imparcial, ha sido completamente desbordado, pues de lo que ahora se trata no es ni más ni menos que del antiguo problema de la determinación del dolo. De este modo, la función del criterio del riesgo –en particular del riesgo permitido– no es la de trazar el límite en el ámbito del tipo objetivo entre acciones prohibidas y acciones que no lo están, sino la de concretar el grado de conocimiento necesario para la imputación subjetiva del hecho.<sup>47</sup>

Siendo, por ende, la perspectiva *ex post* la única pertinente, el juicio de tipicidad objetiva no puede ser entendido como un juicio de imputación, esto es, como una afirmación relativa a las capacidades de evitación del autor, sino como lo que es: un juicio de subsunción de carácter descriptivo. Ello se condice plenamente con la doble función que el tipo objetivo está llamado a cumplir: por una parte, la provisión de la descripción que, en

<sup>45</sup> Kindhäuser, Urs: “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *Indret* 4/2008, [[http://www.indret.com/pdf/579\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/579_es.pdf)], p. 26.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*, pp. 16-25.

tanto proposición, el destinatario de la norma tiene que no hacer verdadera, y por la otra, la provisión de la descripción a partir de la cual el juez puede llevar a cabo la operación subsunción mediante la (eventual) sustitución de descripciones alternativas.

e) *El resultado como modificación perjudicial de las propiedades valiosas del objeto*

Como ya fuera sugerido, la corrección de la teoría del momento del resultado es independiente del concepto de resultado que se adopte. Pero de ello no se sigue, dado el contexto actual de la discusión, que el argumento a favor de esta teoría esté completo. Pues todavía es necesario determinar qué tipo de hecho está representado por el resultado típico, y en particular, si ese hecho corresponde a un estado de cosas o a un evento. Dado lo inverosímil de la defensa de esta teoría emprendida por Maurach, Schröder y Tepperwien, semejante labor reviste la mayor importancia.

Nuestro uso cotidiano del lenguaje generalmente admite ambas posibilidades: utilizamos el término “resultado” tanto para designar al estado terminal producido por un cambio en el mundo, como para designar al cambio mismo como un evento.<sup>48</sup> Así, por ejemplo, la proposición “la pelota rompió la ventana” puede hacer referencia tanto al estado de cosas representado por la ventana rota, como al instante en que la ventana pasa de estar incólume a estar destruida. En ambos casos, la consideración de la producción de un cambio en el mundo es irrenunciable, pero sólo en el segundo tal consideración agota la definición de resultado.

A este respecto, la clave está en reconocer que la determinación de qué cuenta como resultado típico no puede ser desvinculada de la pregunta por su producción causal. Su identificación interesa bajo la premisa de que existe un hecho que debe ser explicado causalmente, de modo que la pregunta por el resultado “abre” la pregunta por la relación de causalidad. Y, a su vez, la explicación causal obedece a una finalidad determinada: dar cuenta de modificaciones del mundo que cuentan como alteración de ciertos estados de cosas valiosos denominados “bienes jurídicos”. Por ende, tanto la pregunta por la definición de resultado como aquélla relativa a su explicación causal se encuentran pragmáticamente delimitadas de cara a la formulación de un juicio de atribución de responsabilidad penal.<sup>49</sup> No interesa la explicación de los fenómenos del mundo *en tanto* tales, sino sólo en el contexto de atribución institucional de responsabilidad a un sujeto por un hecho.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Sobre esto, véase Boldt, Jorge, y Contesse, Javier: *La punibilidad de las acciones prenatales con resultados lesivos*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2009, pp. 75 ss.

<sup>49</sup> Puppe, Ingeborg: *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, Ara Editores, Lima, 2003, pp. 35-112; Mackie, J. L.: “Responsibility and Language”, en del mismo, *Persons and Values*, volumen II, Clarendon Press, Oxford, pp. 28-45.

<sup>50</sup> Puppe, Ingeborg: “El resultado y su explicación causal en derecho penal”, en Sancinetti,

Los estados de cosas son hechos lógicamente prioritarios a las modificaciones, ya que sólo tiene sentido hablar de éstas bajo la asunción de la existencia de los primeros. Y bajo lo que von Wright llama la “lógica del cambio”,<sup>51</sup> las modificaciones no pueden sino corresponder a sucesos o eventos, pues un estado de cosas no puede modificar otro estado de cosas. De esta forma, en la medida en que las normas penales están destinadas a posibilitar la conservación de ciertos estados de cosas, su dimensión directiva está orientada a la evitación de la producción de modificaciones de los mismos. Tratándose de estados de cosas valorados positivamente, esas modificaciones sólo son relevantes como alteraciones perjudiciales, pues la mantención de los primeros se justifica por referencia a la utilidad que éstos tienen para su titular y no en virtud de algún valor intrínseco que los caracterice.

Como los estados de cosas, cuya protección es objeto de las normas de comportamiento, se corresponden con ciertos intereses protegidos y éstos, a su vez, se concretan fácticamente en determinadas propiedades de cosas, personas o instituciones (es decir, propiedades de objetos en un sentido amplio), el resultado típico debe entenderse como la alteración o supresión de alguna(s) de esas propiedades.<sup>52</sup> Desde luego, qué cuente como alteración o supresión de alguna propiedad de un objeto sólo es determinable teniendo en consideración los tipos penales en particular. Lo crucial a este respecto radica en observar que si tal es el objeto de las normas de comportamiento en los delitos de resultado, entonces no hay razón para entender el resultado típico como un evento que corresponda a algo más que esa modificación perjudicial representada por la alteración de alguna propiedad de un objeto valorada positivamente. En particular, para creer que el concepto de resultado sea coextensivo con todo el nuevo estado de cosas generado por el suceso transformador o que en su definición deba ser incluida la configuración concreta del objeto que se ha visto alterado.

De este modo, para poder afirmar la tipicidad objetiva de la conducta en los casos de cambios del estatus del objeto de la acción, es necesario que la modificación perjudicial del estado de cosas, concretada en la alteración de alguna propiedad de ese objeto, tenga lugar sobre un objeto que ya cuente con el estatus requerido por el tipo. Sólo si el cambio de estatus se produce con anterioridad a la modificación perjudicial (aun cuando ello sea prácticamente imperceptible), entonces la conducta es típica. Por eso, las opiniones de Maurach, Schröder y Tepperwien, quienes postulan la punibilidad de las hipótesis de lesiones planteadas en el proceso Contergan, son equivocadas: en tales casos las alteraciones de funciones orgánicas tuvieron lugar sobre fetos, no sobre seres humanos nacidos. Que de tales

---

Marcelo (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación*, 2009, Bosch, Madrid, pp. 245-298.

<sup>51</sup> Von Wright, Georg Henrik: *Norma y Acción*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 37-53.

<sup>52</sup> Puppe, Ingeborg: “El resultado y su explicación causal en derecho penal”, en Sancinetti, Marcelo (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación*, 2009, Bosch, Madrid, pp. 245-298.

alteraciones surgieran luego ciertos estados de cosas que permanecieron en el tiempo al punto de hacerse evidentes con posterioridad al parto, no se sigue que el resultado lesivo haya tenido lugar sobre un ser humano nacido o que con la producción del nacimiento un “nuevo” resultado se haya producido.

#### 4. LAS LESIONES AL FETO EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

El Código Penal chileno no contempla norma alguna que prohíba la causación de un resultado lesivo sobre o en el feto. Las normas que tipifican las lesiones (Párrafo 3° del Título VIII del Libro II, y art. 494 N° 3) están referidas a las personas como sujetos pasivos, no al *nasciturus*.<sup>53</sup> Ello implica que cualquier acción que cause el menoscabo de alguna función orgánica del feto, aun cuando ésta perdure más allá del nacimiento, es impune por atípica. Por el contrario, la acción que causa el menoscabo de las funciones orgánicas del sujeto ya nacido es en principio punible con total independencia de si la misma tuvo lugar antes del nacimiento (y, por cierto, antes de que siquiera el embrión existiese).

Del mismo modo, si la acción tiene como resultado la producción de la muerte del ser humano nacido, en principio debiera ser calificada de homicidio (o infanticidio). A este respecto, sin embargo, se plantean ciertas dificultades adicionales surgidas de las distintas interpretaciones del concepto de aborto. Pues, según se defienda una concepción semántica o teleológica de aborto, la calificación de la acción que, causando la expulsión del feto, produce luego la muerte del individuo nacido no puede ser la misma.<sup>54</sup> Para una concepción semántica, que entiende el aborto como (mera) interrupción del embarazo sin necesidad de que tenga lugar la muerte del feto, tal acción es punible tanto a título de aborto como de homicidio (o infanticidio). Ambas realizaciones típicas tienen lugar, de modo que el tratamiento que se dé a estos casos dependerá del régimen de concursos al cual sean sometidos (en principio, concurso ideal). Una concepción como ésta, por ende, tiene que aceptar que un mismo individuo pueda ser víctima de ambos delitos.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Como se vio, esto ha sido relativizado por la Corte Suprema en su sentencia de 16 de abril de 2009, *supra* nota 4.

<sup>54</sup> Sobre la distinción entre ambas concepciones, Bascañán Valdés, Antonio: “Comentario a sentencia. Corte Suprema. Contra Teresa Pastén” *Revista de Ciencias Penales*, N° 2, tomo XXII, 1963, pp. 219-235, y “Comentario a sentencia. Corte Suprema. Contra Carrillo H. Sotera y otros”, *Revista de Ciencias Penales*, N° 2, tomo XXII, 1963, pp. 245-250.

<sup>55</sup> Salvo que una concepción como ésta no esté dispuesta a asumir que el feto que, habiendo sido expulsado, sobrevive a la interrupción del embarazo, pueda ser en todo caso considerado como un “otro” en los términos del Título VIII del Libro II, por el hecho de no haber “nacido”. Una interpretación tal, sin embargo, queda de plano descartada por conllevar un sinsentido.

Para una concepción teleológica, en cambio, que entiende el aborto como muerte del feto, la cuestión varía. Lo crucial a este respecto es el significado que se le atribuya al concepto de nacimiento. Si de éste se excluyen los casos de expulsión del feto, una acción como la aquí analizada implicará siempre la producción de un aborto, pues, a pesar de que se dé muerte a un individuo que eventualmente puede estar separado del cuerpo de la madre e incluso llegue a respirar autónomamente, dicho individuo no podrá ser calificado como un “otro” en los términos del Título VIII del Libro II, sino sólo como “feto”. Si, por el contrario, tales casos no quedan excluidos del concepto de nacimiento, una misma acción podría constituir aborto y a la vez homicidio (o infanticidio), lo cual obviamente, para una concepción como ésta, constituye una contradicción. Si ambos delitos se entienden como atentados contra la vida, un mismo individuo no puede ser objeto de aborto y homicidio, de modo que la concepción teleológica necesariamente ha de reconocer que en estos casos la constatación de un atentado contra la vida humana independiente es improcedente.<sup>56</sup>

Lo que esto pone de manifiesto es que el concepto de aborto, al menos bajo esta última concepción, introduce ciertas variaciones en la solución que se dé para los problemas de cambios del estatus del objeto de la acción, cuando se trata de casos que involucran el paso del segundo al primer nivel de protección de la vida humana. Pero ello en caso alguno desmiente tal solución, pues la misma conserva su validez para el resto de los casos de cambios del estatus del objeto de la acción. Más bien, lo que acá se advierte no es otra cosa que el carácter *general* del problema en el contexto de la parte *especial* del derecho penal.

Ésta es, pues, y a grandes rasgos, la situación normativa en que se encuentran las hipótesis de causación de lesiones al feto en el ordenamiento jurídico-penal chileno. Acciones que tienen lugar antes o durante el período de gestación y que causan lesiones en individuos ya nacidos son perfectamente punibles, no así en caso de que las lesiones tengan lugar sobre el feto. ¿Implica ello una sobrecarga desmesurada de los deberes de la mujer embarazada, en particular en caso de acciones imprudentes? A esto sólo puede responderse lo siguiente: determinar el alcance de la regulación penal desde el punto de vista de lo que se encuentra objetivamente prohibido o mandado no equivale (todavía) a dar cuenta de la intensidad de los deberes asociados a los destinatarios de tales normas. Pues la pregunta por la eventual sobrecarga de deberes no es una pregunta que un ejercicio como éste esté en condiciones de responder. Su aporte se restringe al esclarecimiento de lo efectivamente regulado por el legislador, de modo de establecer la base sobre la cual puede (recién) iniciarse una crítica a la regulación. En otros términos: de la demostración de que ciertas acciones que tienen lugar antes de que incluso el ser humano al cual afectan siquiera exista,

<sup>56</sup> En un sentido similar, aunque con consecuencias diversas, Lüttger, Hans: “La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso ‘Contergan’”, en del mismo, *Medicina y Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1984, pp. 73-76.

puedan ser punibles a título de lesiones o de homicidio, no se sigue que se “abra” un nuevo flanco de punibilidad. Tal flanco ha existido siempre.

La particularidad de los casos de causación de lesiones al feto radica en que, a pesar de no existir normas dispuestas directamente a evitarlas, las normas orientadas a la protección del ser humano nacido lo hacen oblicuamente. Es decir: aun cuando a este respecto no existe una protección dispuesta directamente en favor del feto, sí la hay para su proyección como persona. Pero ello tampoco constituye una gran novedad, pues, tratándose de los delitos de resultado, todas las prohibiciones y mandatos están orientados a que sus destinatarios eviten la causación de consecuencias lesivas futuras o inminentes. Cuál sea la extensión de dicha protección en el tiempo, sin embargo, no es algo que pueda ser determinado con cargo al establecimiento de la tipicidad objetiva. Ello sólo puede llevarse a cabo en el único ámbito donde una perspectiva *ex ante* puede reclamar real pertinencia: la imputación subjetiva de la lesión a título de dolo o imprudencia.