

Mg

Monografías

Casos destacados

Derecho penal

Parte especial

Directora

Tatiana Vargas Pinto

ediciones
DER

“ABORTO Y CUASIDELITO DE MAL”

SCS, 16/04/2009, Rol N° 1882-08

HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO*

1. NOTAS DEL CASO¹.

La sentencia de primera instancia condenó al médico JRC y a la ma- trona particular EBH por el cuasidelito previsto en el artículo 491 (habrá de entenderse que en su inciso primero) del Código Penal² en relación con el N° 1 del artículo 490 del mismo cuerpo legal. Por su parte, la sentencia de segunda instancia revocó la sentencia condenatoria y absolvió a JRC (EBH no había interpuesto recurso ni adherido al interpuesto por JRC). Contra esta última resolución la querellante interpuso recurso de casación en el fondo. La sala de la Corte Suprema integrada por los ministros señores Segura, Rodríguez Espoz, Ballesteros y Dolmestch, y por el abogado integrante señor Hernández Emparanza anuló la sentencia de segunda instancia por adolecer esta de defectos formales (respecto de EBH, quien no recurrió contra su condena), y dictó seguida pero separadamente sentencia de reemplazo por la que condena tanto a JRC como a EBH como “autores de un cuasidelito que causa mal a la persona de MMN con resultado de la muerte del feto” (considerando 6° y parte resolutive de la sentencia de re-

* Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho penal, Universidad Diego Portales.

1 Sobre el caso puede verse también el agudo análisis de Cox (2016), pp. 435-443, con similar tono crítico, pero con énfasis algo diferentes.

2 En lo sucesivo, artículos sin otra mención corresponden a los del Código Penal chileno.

emplazo). El fallo es unánime en cuanto al resultado, pero cuenta con dos votos de prevención concurrentes, del ministro señor Segura y del abogado integrante señor Hernández Emparanza.

Los hechos tenidos por probados en las dos instancias, tomados del considerando 5° de la sentencia de reemplazo dictada luego de anularse por defectos formales la sentencia de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, son los siguientes:

En la ciudad de Coyhaique, el día 31 de octubre de 2001, alrededor de las 23:44 horas, MMN, que a la sazón presentaba un embarazo de término, ingresó con contracciones al hospital de dicha ciudad. Enterado de esta circunstancia su médico tratante particular, JRC, luego de ser informado telefónicamente del estado de la parturienta por la matrona EBH, también particular, quien formaba parte de su equipo, ordenó la hospitalización de la paciente, instruyendo a la señalada matrona que le realizara un monitoreo fetal, procedimiento que debía ser repetido posteriormente, indicando-le que si este último se manifestaba en iguales condiciones que el examen anterior la dejara en ayunas para operarla al día siguiente a las 08:00 horas. Sin embargo, encontrándose el monitor ocupado por otra paciente, la matrona particular EBH encargó su realización a una matrona de turno del hospital, retirándose del lugar, no obstante estar en conocimiento de los antecedentes médicos de la paciente, que se encontraba afectada de diabetes gestacional y que había sufrido tres abortos espontáneos anteriores, que ameritaban una especial atención. Una vez que el monitor pudo ser utilizado, la matrona de turno del hospital practicó el examen requerido, cuyo resultado guardó a la espera que llegara el médico tratante a imponerse de su resultado, quien en ningún momento acudió a dicho nosocomio a examinar a la paciente e imponerse personalmente de su estado general y, en particular, del resultado del monitoreo que había ordenado, pese a encontrarse en conocimiento de que su paciente había presentado con anterioridad tres abortos espontáneos y padecía de diabetes gestacional, diagnosticada a las 34 semanas de embarazo. En la madrugada del día 1 de noviembre de 2001, a las 04:00 horas, al ser examinada la paciente por otra matrona de turno del hospital, se percató de que presentaba una bradicardia fetal de 60-70 por minuto, esto es, una frecuencia cardíaca anormalmente lenta (bajo los 100 o 120 latidos por minuto), y mientras localizaban al médico tratante, nuevamente auscultó al feto, sin lograr ahora identificar latidos. Luego de reiterados llamados al médico tratante JRC tanto por parte de la

matrona particular EBH como por la matrona institucional, este acudió al establecimiento asistencial y, al examinar a la paciente, le pareció percibir una que otra contracción miocárdica, practicándole a las 04.40 horas una intervención de cesárea de extrema urgencia con la finalidad de efectuar el salvataje fetal, constatando la presencia de una doble circular de cordón umbilical en el cuello del feto, causa de la muerte de la criatura, en el claustrero materno. Ni en este considerando 5° ni en ningún otro de la sentencia se da cuenta de que la paciente MMN hubiera sufrido algún tipo de lesión a consecuencia del comportamiento acreditado de su médico tratante JRC y de la matrona EBH.

2. TESIS DEL TRIBUNAL

Tanto los dos tribunales de instancia como la Corte Suprema concluyen que el comportamiento profesional de JRC y EBH respecto de la paciente MMN fue negligente y que la muerte del feto en el claustrero materno se debió precisamente a ese comportamiento negligente³. Al margen de varias cuestiones de detalle que podrían ser objeto de discusión al respecto, este comentario no se hará cargo del juicio de negligencia o imprudencia, sino que versará exclusivamente sobre la calificación jurídica que la Corte Suprema hace de la producción negligente de la muerte de un feto en el claustrero materno. Literalmente, como se dijo, la Corte califica este hecho como un cuasidelito que causa mal a la persona de la mujer embarazada con resultado de la muerte del feto.

3. REFLEXIÓN JURÍDICA

Como se puede apreciar, el caso es uno de negligencia médica que da lugar a la muerte del feto sin que se ocasionen al mismo tiempo lesiones a la mujer embarazada. En otras palabras, se trata exclusivamente de un caso de *aborto culposo*. De acuerdo con la opinión unánime de la literatura, compartida hasta donde se alcanza a ver por la práctica invariable de los tribunales a la fecha del fallo, se está —en consecuencia— ante un supuesto

- 3 Las razones de la Corte Suprema al respecto se condensan en los considerandos 8° y 9° de la sentencia de reemplazo).

para lo cual invoca abundante normativa nacional e internacional y alguna doctrina; en definitiva, sin embargo, abandona ese derrotero argumentativo, asumiendo que en realidad se trata de un cuasidelito contra la mujer embarazada, termina sugiriendo que el mal típico que se le irroga a la mujer es la muerte del feto. Al margen de la perplejidad que provoca el giro en la argumentación, ninguna de las líneas resulta sostenible a la luz del derecho vigente, como se procurará demostrar en las líneas siguientes.

3.1. Cuasidelito de aborto punible

Como se ha dicho, en un principio la sentencia sugiere fuertemente su propósito de apartarse de la sólida opinión que parece unánime y de afirmar la relevancia jurídico-penal del cuasidelito de aborto de acuerdo con las reglas generales del Título X del Libro II, esto es, más allá de la regla especial del artículo 343.

En efecto, es manifiesto que el foco de su análisis está en la producción de la muerte del feto, es decir, en el aborto, como se desprende de la afirmación en cuanto a que "el bien jurídico protegido es la vida orgánica del feto" a quien califica como "sujeto pasivo" del delito. Y si bien admite que la mujer embarazada estuvo sometida a riesgo por falta de atención adecuada, agrega que esto ocurrió "afectando también al feto, a la criatura que estaba con vida en el claustrero materno, que muere por esa falta de atención y de cuidados" (considerando 10°).

Más aún, si bien más tarde reconocerá que "de acuerdo con lo señalado por la doctrina, el aborto —en cuanto para su realización requiere dolo directo— no admitiría sanción a título de culpa y no se encuentra regulado en el título de los delitos contra las personas" (considerando 21°), parece decidida a apartarse de ese criterio cuando sostiene que "(l)as figuras de ilícitos que conforman el hecho principal en los cuasidelitos contra las personas, están constituidas por el homicidio y las lesiones, y también por el aborto", así como que "en los cuasidelitos y en los de negligencia médica que nos [sic] preocupa, es también 'el otro' el producto de la concepción, sin lugar a dudas y discusión, a lo menos, en la etapa de nacimiento que se inicia con las primeras contracciones que sufre y experimenta la parturienta" (considerando 10°, todos los énfasis agregados). Para concluir en relación con el caso concreto:

atípico. En efecto, aunque se admita que el artículo 343, referido al que provoca un aborto sin propósito pero ejerciendo violencia sobre una mujer cuyo embarazo era notorio o le constaba, contiene a lo menos también una hipótesis culposa⁴, existe consenso en cuanto a que el Derecho penal chileno no contiene una tipificación genérica del cuasidelito de aborto. Esto porque en Chile rige un sistema de *numerus clausus* en materia de cuasidelitos, de modo que solo es punible la realización culposa de un tipo penal cuando la ley lo dice expresamente (art. 10 N° 13) y porque más allá del mencionado artículo 343 las reglas generales de los artículos 490 a 492 en materia de cuasidelitos se refieren a conductas que, de mediar dolo, constituirían un crimen o simple delito "contra las personas", esto es, uno de los tipos previstos (y ni siquiera todos) en el Título VIII del Libro II del Código⁵, lo que no ocurre con el delito de aborto, regulado al comienzo (§ 1) del Título VII del mismo Libro (arts. 342 a 345), cuyo epígrafe reza actualmente "Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual", con lo cual el cuasidelito de aborto es atípico⁶.

En vez de resolver en consecuencia, la Corte Suprema quiere ver en la especie un supuesto punible, para cuya afirmación oscila entre dos líneas distintas e incompatibles de argumentación: en un principio sugiere fuertemente que el cuasidelito de aborto sería típico en nuestro derecho en la medida en que el que está por nacer podría ser considerado "persona",

4 Con la expresión "al menos también" se quiere prescindir de la discusión, que fue relevante en una época, sobre si se trata de un genuino delito culposo o de uno "preterintencional", así como de aquella sobre si es un tipo exclusivamente culposo o que acoge también el dolo eventual. Así, LABATUT (1983), p. 129; CURY (1958), pp. 88 y ss.; MANRIQUEZ (1963), pp. 45 y ss.; ETCHEBERRY (1998), tomo III, p. 100; PUERTO (1964), pp. 29 y ss., 38; SCHEPFLER (1967), pp. 53 y ss., 60; POLITOFF; GRISOLÍA y BUSTOS (1993), pp. 157 y s., 159; GARRIDO (2010), p. 110; MATUS y RAMÍREZ (2018), p. 111.

5 Opinión unánime: ETCHEBERRY (1998), tomo I, p. 321; CURY (2005), p. 345; GARRIDO (2007), pp. 225 y 227; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2004), p. 291; VARGAS (2010), p. 81; NÁQUIRA (2002), p. 164; FERNÁNDEZ, (2002), p. 104 con nota al pie 10; BALMA-CEDA (2014), p. 176.

6 Opinión unánime entre quienes se han pronunciado expresamente: CURY (1958), pp. 88 y s.; MANRIQUEZ (1963), 52 y ss.; PUERTO (1964), pp. 15 y s.; SCHEPFLER (1967), pp. 57, 62, 63 y, respecto del facultativo, 64; MATUS y RAMÍREZ (2015), p. 112; al menos tácitamente todos los autores que abordan la regulación del aborto en Chile.

“Que de esta forma se configura una omisión culpable y negligente de parte de los acusados –sujetos activos– en *contra de la vida de la criatura que estaba por nacer –el sujeto pasivo–* y que como tal queda comprendida *entre las figuras protegidas por el artículo 491 del Código Penal*, en relación con el artículo 490 del mismo cuerpo legal” (considerando 22°, énfasis agregados).

Ahora bien, es también evidente que detrás de esto está la convicción de la Corte en cuanto a que el que está por nacer ya es *persona* para los efectos del derecho penal. Así, se puede leer lo siguiente:

“La calidad de persona entonces, del ‘otro’ a que se refiere el Código Penal, no puede apreciarse con el rigor y criterios civilistas del entramado del Código Civil, así el Derecho Penal, en la salvaguardia de la vida humana, debe ir varios pasos más adelante para su debida protección por su condición de preñez y de prohibición, y si ocurre su quebrantamiento, debe propender a la inexistencia de la impunidad” (considerando 10°).

Y luego:

“Que el desarrollo hasta los días de hoy, de concepciones ya liberadas de las interpretaciones tradicionales de la norma del artículo 491 del Código Penal, específicamente en cuanto al sentido y alcance de la expresión ‘causare mal a las personas’, que se relaciona con otra, la de ‘el que mate a otro’ del artículo 391 del mismo texto, permiten en un examen y análisis más cercano a la filosofía y principios del Derecho Penal, advertir que no es posible mantener en la interpretación de esas normas los criterios civilistas, según los cuales el sujeto que es extraído del vientre materno, al fin del embarazo, y particularmente al término del nacimiento, no es ‘persona’ ni es ‘el otro’, sino cuando ha sido separado completamente de su madre según así lo establece el artículo 74 del Código Civil” (considerando 11°).

Y, por último:

“[...] ideas y conceptos, vaciados en normativas legales, constitucionales y aun 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 natural o extracción por procedimiento quirúrgico de la placenta y el feto” (considerando 12°).

Para terminar en el considerando 13° con un listado de disposiciones legales, constitucionales e internacionales que darían sustento a la necesaria

protección de la vida del que está por nacer (ya antes, en el considerando 11° ha hecho referencia al artículo 75 CC, en cuanto declara que la ley protege la vida del que está por nacer y ordena al juez adoptar medidas para su protección), así como de doctrina que confirmaría dicha necesidad. Sobre lo mismo abundan los dos votos de prevención concurrentes⁷.

Sin embargo, el razonamiento de la Corte se basa en una confusión de planos manifiesta, porque del resultado del debate sobre el concepto de “persona” no se sigue en absoluto la respuesta que deba darse a la cues-

7 Así resume sus conclusiones el ministro señor Segura: “Que, por lo relacionado, este sentenciador considera que una criatura, con su ciclo embrionario completo, que reclama ser liberado del claustro materno a efectos de seguir su vida independiente y para lo cual la ciencia médica recomendaba hacerlo con la intervención y asistencia médico-profesional oportuna, se frustra y muere dentro de su madre, debe recibir la debida protección del derecho porque, para los efectos penales, es persona a favor de quien se ha declarado el derecho inalienable y superior de tener su vida protegida por normas de rangos superiores desde que quedó implantado en el útero de su madre, por lo menos. Consecuencialmente, debe ser considerado sujeto pasivo pleno frente a los hechos y personas que atienden contra su vida, independientemente de aquellos que también pudieran afectar a su madre, situación esta última que en el caso de autos no se produjo” (considerando 7° de su voto); en tanto que el abogado integrante señor Hernández Empanza lo hace así: “Que, empero, una tal visión del producto de la concepción como una persona en ciernes, pero que no ha alcanzado todavía el rango de tal, si bien explicable biológicamente al menos a la época de redactarse el Código Penal, no tiene ninguna sustentación jurídica en el actual estadio de desarrollo del vigente Estado Democrático Constitucional de Derecho, que integra a sus normas –por imperativo del artículo 5°, inciso 2° de la Carta Fundamental– aquellas reglas y principios contenidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como parte de un complejo que el profesor Humberto Nogueira ha denominado ‘el bloque constitucional de derechos’. No cabe duda que, en ese entorno, es factible incardinar las normas que esta sentencia refiere en su motivación 9°, las que son muy explícitas en el sentido de establecer que las personas adquieren el estatuto de tales desde la concepción. Y como se trata de preceptos relativos a derechos fundamentales, contenidos en el derecho convencional de los tratados, su aplicación ha de ser preferente respecto del derecho interno, como lo ha resuelto esta misma Corte en variadas oportunidades, v. gr. en las sentencias recaídas en los casos ‘Molco’ (Rol N° 559/2.004) y ‘Cerro Chena’ (Rol N° 3.125/2.004). Digna de destacar, en esta perspectiva, es la norma del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, conforme a la cual ‘Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado’. Ese mandato quedaría incumplido en caso de prescindirse de su aplicación, a pretexto de que nuestro ordenamiento doméstico no concede al nonato la calidad de persona humana” (considerando 4° de su voto).

ción de la relevancia jurídico-penal del cuasidelito de aborto en el derecho vigente⁸.

Ya lo sugiere la circunstancia de que, a pesar del notorio paralelismo existente entre los argumentos de la Corte para fustigar un concepto "civilista" de persona y la abundante literatura jurídico-penal⁹ que, a despecho de la ubicación sistemática del tipo penal de aborto en el Código, entiende que lo protegido por dicho tipo penal es la *vida* del que está por nacer, vida humana dependiente, incipiente o en formación¹⁰, ningún penalista haya pretendido que el derecho vigente proteja esa vida humana también frente a conductas imprudentes o negligentes, más allá del mencionado artículo 343. Y más decidor aún es que, por problemática que sea la tesis de que el ordenamiento jurídico chileno le acuerda la calidad de persona al feto¹¹, incluso aquellos que la comparten, penalistas o no, se limitan a extraer de ello consecuencias relativas al ámbito de maniobra del legislador en la materia, sin que, hasta donde se alcanza a ver, hayan pretendido fundar en esa afirmación la punibilidad *de lege lata* del cuasidelito de aborto¹². Y esto

8 En sentido similar, aunque desde un punto de vista material, preocupado positivamente del *status* del no nacido, Cox (2016), pp. 441 y ss.

9 Es ciertamente curioso que para el rechazo de la visión "civilista" en favor de una "penalista" la Corte invoque exclusivamente literatura jurídico-civil (se cita solo un trabajo del profesor Enrique Alcalde, considerando 13º, solo en los votos concurrentes amplía el círculo de autores, siendo el único penalista el profesor Alfredo Etcheberry). Lo hace notar también Cox (2016), p. 439, con nota al pie N° 6.

10 Doctrina que puede calificarse de ampliamente mayoritaria. Véase, con algún detalle, ETCHEBERRY (1998), tomo III, pp. 18 y s., 87 y s.; NOVOA (1969), pp. 48 y ss., 71 y ss.; POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS (1993), pp. 137 y ss., 139 y s.; GARRIDO, tomo III, pp. 98 y s. De otra opinión, sin embargo, GUZMÁN (2012), pp. 17 y ss.; MAÑALICH (2014), pp. 305 y ss.; Cox (2016), p. 443.

11 Las mejores razones tanto de texto (constitucionales y legales) como de historia de su establecimiento parecen militar en contra. En la imposibilidad de referencias completas y considerando que, como se dice en el cuerpo del trabajo, el punto no es decisivo para la valoración de la sentencia en comentario, permitanse unas pocas referencias y exclusivamente a textos (con perspectiva penal) que sostienen la tesis que aquí se comparte. Véase, al respecto, BASCUÑAN (2004a), pp. 157 y ss.; BASCUÑAN (2004b), pp. 48 y ss.; MAYER (2011), pp. 63 y ss.; Cox (2016), pp. 441 y ss. Recientemente, MATUS y RAMÍREZ (2018), pp. 112 y s., apuntan que la STC Rol N° 3729-2017, de 28 de agosto de 2017, vino a ratificar la doctrina tradicional conforme a la cual sólo son personas los nacidos.

12 Así, por ejemplo, se conocen proyectos de ley (Boletines N° 2978-07 o N° 1302-07) que abrazan la misma tesis que sustenta el fallo, pero solo como una razón para modifi-

porque, aunque se estuviera de acuerdo con dicha tesis, cual no es aquí el caso, de todos modos la punibilidad o falta de punibilidad del cuasidelito de aborto no pasa por ella.

Lo que la Corte soslaya es que lo único decisivo para los efectos de la aplicación del Título X del Libro II, que consagra la tipificación más amplia de los cuasidelitos en nuestra legislación, es una consideración *formal* respecto de la cual el debate recién mencionado es absolutamente inconducente. Lo decisivo es si el tipo doloso en cuestión es un "crimen o simple delito contra las personas" en los términos del Código Penal o no, lo que depende exclusivamente de si está contenido en el Título VIII del Libro II de dicho cuerpo legal. No siendo ese el caso tratándose del aborto, delito tipificado en el Título VI del mismo Libro II, claramente no le son aplicables las disposiciones del Título X.

Es previsible que esta afirmación "formalista" pueda producir indignación entre quienes compartan la sensibilidad de la Corte, a la vez que cierta satisfacción anticipada, porque en los tiempos que corren el argumento formal resulta siempre sospechoso y parece fácil de derrotar. Lo que se pasaría por alto en tal caso es que el apego a ese criterio formal, el único que ofrece la ley, es también lo que sostiene el sistema de *numerus clausus* en materia de delitos imprudentes que inequívocamente rige en nuestro ordenamiento penal. En efecto, lo que está en discusión no es en absoluto quien es o no es persona, sino exclusivamente respecto de qué delitos será también excepcionalmente punible su realización sin dolo y solo con cul-

car la legislación vigente y acercar el régimen punitivo del aborto al del homicidio, reconociendo con ello, sin embargo, que la tesis no puede por sí sola transformar el derecho vigente. En rigor las consecuencias de tomarse en serio la aplicación directa de la tesis en la legislación penal son mucho más radicales de lo que se cree a primera vista: todo tipo penal contra sujeto indeterminado debería ser aplicable sin más respecto del que está por nacer, en la medida en que dichos tipos penales no distinguen entre las personas. Así, por ejemplo, la reconocida ausencia entre nosotros de un tipo de lesiones al feto (como el art. 157 del Código español) en realidad no sería tal, porque tales casos serían subsumibles bajo los artículos 395 y siguientes, en tanto que la única razón para no aplicar los tipos de homicidio en caso de muerte del feto sería la existencia de los tipos de aborto, que paradójicamente constituirían un privilegio al aplicarse preferentemente por especialidad, y el secuestro de la embarazada debiera ser siempre también secuestro o sustracción de menores respecto del feto, etc. Cuesta imaginar que alguien compartiera seriamente que esto es lo que manda el derecho vigente. Sobre esto también Cox (2016), p. 442.

pa, y es incontestable que la ley dio su respuesta general con un recurso a la sistemática formal del Código, remitiéndose al contenido del Título VIII del Libro II. Desde luego la mujer violada o el niño sustraído a sus padres son *personas*, nadie nunca ha osado sostener lo contrario. Y también son *personas*, naturalmente, los que sufren amenazas, los dueños de las cosas hurtadas o robadas, los titulares de los secretos revelados o el morador de la morada violada. Y, sin embargo, como todo el mundo sabe, no es punible en nuestro derecho ni la violación ni la sustracción de menores imprudente, como tampoco lo son las amenazas, los hurtos o robos, las revelaciones de secretos ni las violaciones de morada negligentes. Y no, por cierto, porque los titulares de los bienes jurídicos en cuestión no sean personas, sino sencillamente porque la ley no quiso extender la punibilidad a título de culpa a la realización no dolosa de los respectivos tipos penales, lo que expresó a través de un claro criterio formal: no hay cuasidelito de violación ni de sustracción de menores sencillamente porque los respectivos tipos dolosos no se ubican en el Título VIII, sino en otros Títulos del Código (Títulos VII y III, respectivamente), lo que rige en los mismos términos para los otros delitos mencionados.

No parece que la Corte haya querido, más allá del caso específico del aborto, proponer el abandono del criterio formal de la ley para identificar los tipos cuya realización culposa resulta punible en los términos del Título X, pero lo cierto es que lo ha hecho, provocando con ello una incertidumbre insoportable. Porque si el criterio de delimitación deja de ser el vilipendiado criterio formal, no se aprecia por qué habría de aceptarse la impunidad de una violación imprudente (acceso carnal consentido sin verificación de la edad de la persona a la que se accede o creyendo erróneamente que esta solo finge estar inconsciente), un secuestro imprudente (cierre con llave de unas instalaciones sin verificar que efectivamente no queda nadie en su interior en vísperas de un receso largo) o una violación de morada imprudente, entre muchísimos casos imaginables. Probablemente este sea el defecto capital de la sentencia y el que merece la mayor crítica, pues lo mínimo que se podía esperar de semejante desdén por la comprensión absolutamente pacífica del derecho vigente hubiera sido que la Corte se preocupara siquiera de sugerir los límites de su audacia.

En todo caso, como se ha dicho, en el último momento la Corte abandonó este hilo argumentativo. Es posible que su giro respondiera a que alcanzó a vislumbrar que el camino que estaba trazando representaba un

salto al vacío. Lamentablemente no lo desanduvo, lo que, al margen de dar lugar a un fallo inconsistente, dejó en pie las bases para incurrir en el futuro en decisiones igualmente erróneas.

Antes de analizar la línea argumentativa que en definitiva abrazó la Corte, conviene hacerse cargo de dos posibles argumentos que a primera vista resultan favorables para su decisión en este caso:

El primero, que se le ha atribuido aunque no está presente en el fallo, consiste en destacar el contrasentido que implicaría que un comportamiento médico gravemente negligente que provoca la muerte del feto no reciba pena, en circunstancias en que de acuerdo con el artículo 494 N° 10 se puede reprimir al "médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona que incurriere en descuido culpable en el desempeño de su profesión", precisamente "sin causar daño a las personas"¹³. Ocurre, sin embargo, que a pesar de ser un excelente argumento para aplicar la falta del artículo 494 N° 10 en casos en que el comportamiento médico negligente queda sin consecuencias o en que, teniéndolas, su producción dolosa no constituya un crimen o simple delito contra las personas, como ocurre con el aborto, no puede serlo para aplicar en su lugar el simple delito del artículo 491, que es lo que hace la sentencia.

El segundo, tampoco presente explícitamente en la sentencia¹⁴, se podría fundar en una leve pero significativa diferencia de redacción entre el artículo 491 y los artículos 490 y 492, como es que el primero se refiere simplemente al facultativo que por negligencia culpable en el desempeño de su profesión "causare mal a las personas" y no a la específica ejecución de hechos que, de mediar malicia, "constituiría un crimen o simple delito contra las personas". De este modo, como desaparece la referencia a los crímenes o simples delitos contenidos en el Título VIII del Libro II, el "mal" típico podría ser cualquiera que pudiera sufrir una persona, con lo cual, ahora sí, de poder afirmarse el *status* de persona del feto, podría aplicarse a su respecto el artículo 491. Que a pesar de su agudeza el argu-

¹³ MATOS Y RAMÍREZ (2018), p. 112. La referencia expresa al fallo en comentario se encuentra en MATOS Y RAMÍREZ (2015), tomo I, pp. 100 y ss.

¹⁴ Aunque tal vez insinuado en los votos de prevención, que empiezan con una transcripción del artículo 491. Podría entenderse insinuado también por MATOS Y RAMÍREZ (2018), p. 112, por la similitud en pasos de la argumentación, pero estos autores se refieren siempre al artículo 494 N° 10 y no al artículo 491.

mento no pasa de ser un espejismo se aprecia con claridad, sin embargo, al momento de identificar la pena aplicable a la producción del “mal”. Porque si bien es efectivo que la descripción típica del artículo 491 no se refiere a ningún tipo penal, dicha referencia persiste ineludible en la indicación de la pena aplicable, en la medida en que son “las penas del artículo anterior”, las que dependen de que el hecho ejecutado, de mediar malicia, hubiera constituido o bien un crimen contra las personas (art. 490 N° 1) o un simple delito contra las personas (art. 490 N° 2). Como esto no puede predicarse de la irrogación de “males” distintos de los previstos en el Título VIII del Libro II, para su producción imprudente la ley simplemente no contempla pena a aplicar. Ante esto se podría objetar que la remisión del artículo 491 al artículo 490 es solo a las penas del N° 1 y del N° 2 y no a su encabezado, de modo que, reconociéndose que la referencia a un tipo penal es ineludible, no sería necesario que este fuera uno de los del Título VIII (solo mencionados en el encabezado), pudiendo ser a cualquier otro, como podría ser, precisamente, el de aborto del artículo 344 en relación con el artículo 342 N° 2, con lo cual, tratándose de un crimen, sería aplicable la pena del artículo 490 N° 1. Pero ocurre que en la especie obviamente no se ha cometido ese crimen ni ningún otro hecho que “importare crimen” como reza el artículo 490 N° 1, de modo que no puede tomarse de base para establecer una pena. En este punto se dirá, con razón, que esto siempre es así en nuestra regulación de los cuasidelitos, que para establecer la pena de estos toma como base un delito doloso que, por definición, no se ha cometido, sino que solo hipotéticamente se hubiera cometido de haber mediado dolo. Pero no puede olvidarse que esto es así solo porque la ley lo dispone de modo expreso, y lo hace precisamente en el artículo 490. En efecto, formular la hipótesis que sirve de base indispensable para la penalidad de los cuasidelitos es precisamente la función del encabezado del artículo 490, de modo que sin él no hay hipótesis de referencia ni pena posible para hechos no dolosos¹⁵ y el “paso” por él es inevitable. En consecuencia, si el “mal” en cuestión no es uno cuya irrogación, de haber mediado dolo, constituiría crimen o simple delito contra las personas, no podrá aplicarse pena alguna, aun cuando el supuesto de hecho parezca subsumible en el artículo 491. Tal es el caso de la producción de la muerte del feto, cualquiera que sea el *status* que se le acuerde.

15 Sin perjuicio, por cierto, de las tipificaciones especiales de cuasidelitos. Lo dicho vale solo para la regulación general del Título X del Libro II.

3.2., Cuasidelito de mal contra la mujer embarazada

Como se ha adelantado, la Corte abandona súbitamente el hilo de su argumentación y parece terminar centrándose en la protección legal de la *mujer embarazada* frente a la negligencia médica de que fue víctima, aun- que en términos extraordinariamente confusos, ininteligibles a veces, que sugieren que nunca se abandonó el foco puesto en la vida del feto¹⁶.

Así, luego de reconocer los obstáculos para distinguir la punibilidad general del cuasidelito de aborto, señala:

[...] ello en ningún caso implica que aquellas conductas culposas que atentan en *contra de la madre, quien se erige como un sujeto pasivo de la acción des- plegada*, aun cuando solo puedan afectar la vida e integridad física o psíquica de ella, no puedan ser comprendidas en las figuras previstas en los artículos 490 y 491 del Código Penal, en tanto afectan la salud integral de la primera, también tutelada por dichas figuras”.

Y agrega que las conductas negligentes “*se materializaron en la madre, afectando también la vida de la hija que llevaba en su vientre, y que depen- día de ella, de manera que sujeto pasivo podría ser la madre, en este caso la paciente*”. Todo lo cual, sin embargo, se pone en duda cuando se conclu- ye que “cabe concluir que fue el riesgo generado por la negligencia omisi- va del equipo médico y no otro, el que en definitiva se materializó, directa e inequívocamente, en el resultado de muerte de la criatura que llevaba la madre en su vientre, que es quien tiene la calidad de sujeto pasivo, no obstante que los hechos provocaron en la madre un síndrome angustioso depresivo” (considerando 21°, todos los énfasis agregados).

El último pasaje transcrito sugiere más bien un retorno a la tesis del cuasidelito de aborto (lo que sería concordante con el categórico consi- derando 22° en ese sentido), pero si se rescata en este contexto es porque podría sugerir el propósito de fundar un genuino cuasidelito de lesiones contra la mujer, para lo cual, sin embargo, habría que atribuir la secuela psicológica a algo provocado por el tratamiento médico directamente a la mujer y distinto de la muerte del feto, sobre lo cual, sin embargo, como se dijo al comienzo, simplemente no obran mayores antecedentes.

En rigor lo único que obliga a entender que la Corte se decantó por apreciar un cuasidelito contra la mujer es la ya mencionada calificación

16 Crítico también de las indefiniciones del fallo en esta parte, Cox (2016), pp. 439 y s.

del hecho en el considerando 6° y en la parte resolutive, como un cuasidelito que causa mal a la mujer embarazada con resultado de la muerte del feto.

Con esto elude referirse derechamente a lo que sin duda quiere castigar, que es un cuasidelito de aborto, olvidando, sin embargo, que el derecho chileno no conoce algo así como un "cuasidelito de mal" para alguien (que, para la madre, efectivamente, podría consistir en la muerte del feto), sino exclusivamente¹⁷ cuasidelitos consistentes en la producción de ciertos resultados lesivos que, de haberse producido mediando dolo o malicia, constituirían un crimen o simple delito contra las personas o, dicho en otros términos, olvidando que los únicos "males" relevantes para la ley a los efectos de los artículos 490 a 492 son la muerte y las lesiones que sufre el ofendido, en este caso la madre, y no otros posibles males para ella, como sería la muerte del feto. Como se ve, todo se reconduce al mismo problema de base y, de nuevo, de no respetarse la clara decisión legal, se corre el riesgo de destruir el sistema de *numerus clausus* por la vía de subsumir como casos del Título X del Libro II la producción imprudente de cualquier resultado que signifique un "mal" para una persona, sin aportar ningún criterio plausible para circunscribir la solución solo a este mal específico que puede sufrir una mujer embarazada.

3.3. Comentario final

La consideración legal de un cuasidelito de aborto, particularmente en el ámbito de la actividad médica, es una pretensión legítima y muy atendible¹⁸, pero que solo le corresponde adoptar al legislador y no a los jueces. Nadie ignora que la afirmación precedente tiene algo de retórico, en la medida en que, por la porosidad inevitable del lenguaje, las más de las veces la interpretación puede extraer de un texto legal, legítimamente, alcances que eran insospechados a primera vista. Existen casos, sin embargo, muy pocos, en los que los límites legítimos de la interpretación parecen sobrepasados de modo ostensible. El suscrito cree que este es uno

17 Al margen de posibles tipificaciones especiales.

18 Considérese, por ejemplo, el artículo 146 del Código Penal español o, en Chile, las propuestas al respecto en los Anteproyectos de Código Penal de 2013 (art. 230) y 2015 (art. 217), así como en el Proyecto de Código Penal de 2014 (art. 229).

de ellos. Un fallo judicial que pretende fulminar un consenso doctrinario y jurisprudencial secular y sin fisuras, que responde a una técnica legal clara y consistente, sin terminar siquiera el *iter* argumentativo, sin hacerse cargo de las potenciales consecuencias del salto al vacío, sobre la base de debates impertinentes y con el propósito declarado de cumplir con un supuesto deber del derecho penal (i) de "propender a la inexistencia de la impunidad" (considerando 10°)¹⁹, solo puede ser calificado de deplorable. Es de esperar que permanezca, como hasta ahora, completamente aislado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BALMACEDA, Gustavo (2014): *Manual de Derecho penal. Parte general* (Santiago: Librotecnia).

BASCUÑÁN, Antonio (2004a): "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno", en *Derecho y Humanidades* N° 10.

— (2004b): "La píldora del día después ante la jurisprudencia", en *Estudios Públicos* N° 95.

Cox, Juan Pablo (2016): "Delitos contra intereses personalísimos", en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* N° 4.

CURY, Enrique (2005): *Derecho penal. Parte general*, 7ª edición (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile).

— (1958): "Interpretación del artículo 343 del Código Penal", en *Revista de Ciencias Penales*, tomo XVII.

ETCHEBERRY, Alfredo (1998a): *Derecho penal*, tomo I, 3ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

— (1998b): *Derecho penal*, tomo III, 3ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

FERNÁNDEZ, José Ángel (2002): "El delito imprudente: la determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XIII.

19 Cox (2016), p. 440, denuncia con razón un "radical desapego con algunas de las creaciones básicas del principio de legalidad".

GARRIDO, Mario (2010): *Derecho penal. Parte especial*, tomo III, 4ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

——— (2007): *Derecho penal. Parte general*, tomo II, 4ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

GUZMÁN, José Luis (2012): "Aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social", en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 17.

LABATUT, Gustavo (1983): *Derecho penal*, tomo II, 7ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

MANRÍQUEZ, Edmundo (1963): *Protección de la vida humana en su primera etapa* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

MAÑALICH, Juan Pablo (2014): "La permisibilidad del aborto como problema ontológico", en *Derecho y Humanidades* N° 23.

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2018): *Manual de Derecho penal chileno. Parte especial*, 2ª edición (Valencia: Tirant lo Blanch).

——— (2015): *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, 3ª edición (Santiago: Thomson Reuters).

MAYER, Laura (2011): "La vida del que está por nacer como objeto de protección legal", en *Revista de Derechos Fundamentales* (Universidad de Viña del Mar), N° 5.

NÁQUIRA, Jaime (2002): "Art. 10 N° 13", en POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (dirs.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

NOVOA, Eduardo (1969): *El comienzo de la existencia humana y su protección jurídica* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

POLITOFF, Sergio; GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan (1993): *Derecho penal chileno. Parte especial*, 2ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, 2ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

PUERTO, Hernán (1964): *El elemento subjetivo en el delito de aborto* (Santiago: Memoria de Prueba Universidad Católica de Chile).

SCHPELER, Manuel (1967): *El delito de aborto* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

VARGAS, Tatiana (2010): *Manual de Derecho penal práctico* (Santiago: Abeledo-Perrot).