



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA NO PERSONAL: DELITOS DE ABORTO

Derecho Penal III

Profa. Myrna Villegas D.



Fuentes bibliográficas

- POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco, y BUSTOS, Juan: Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 2ª ed., 1993, pp. 43-136
- MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, Maria Cecilia, Manual de Derecho . Parte Especial, 3a edición, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 81 y ss.
- MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, Maria Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, Tomo I, Legal Publishing, 2014, pp. 85 y ss.
- CONTESSE, Javier: “Cambios del estatus del objeto de la acción en el tiempo y lesiones al feto”, en VV.AA.: *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, 2013, pp. 379-404
- HERNÁNDEZ, Héctor: “La legitimidad de las indicaciones del aborto y su necesario carácter de justificación”, en VV.AA.: *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, 2016, pp. 229-260

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

- Vida humana en gestación.
- No obstante no se encuentran previstos atentados en contra la salud del feto ni figuras de peligro en contra de la vida de éste.
- Paradójico: se ubica en el título relativo al orden de las familias en los arts. 342 a 345 del CP.

Concepto de aborto:

- CP chileno no describe lo que debe entenderse por aborto. Solo declara ilícita la conducta de quien “practicare un aborto” o “causare un aborto”.
- Otras legislaciones: “dar muerte al feto” (evita discusión delito de lesión o de peligro, concreto o delito de resultado cortado (elemento subjetivo de tendencia trascendente)).
- doctrina mayoritaria en Chile: “dar muerte al feto” v/s “la sola expulsión”. Pues si se admite que el bien jurídico protegido es la vida y que tiene su expresión legislativa en la garantía constitucional de que “la ley protege la vida del que está por nacer”) es evidente que incriminar el aborto entendiéndolo como expulsión prematura, además de incongruente con el bien jurídico protegido, hará ilusoria la protección penal de los casos de feticidio sin expulsión.

Objeto material: vida humana dependiente anidada en el útero

- - el feto
- Es necesario acreditar el embarazo (SCS Punta Arenas 17.01.2008)
- Mujer embarazada: gestante
- ¿Cuándo comienza el embarazo?: comienza con anidación en el útero del blastocito y termina con el parto.
- Luego: protección penal no comienza con la fecundación, sino cuando el blastocito anida en el útero
- CIDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*: “el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del art. 4.1. de la Convención Americana”.

- De ahí la licitud de:
- administración o implantación de métodos anticonceptivos que impidan la anidación del óvulo fecundado en el endometrio (autorizado por el Art. 4 Ley 20418, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad)
- procedimientos de fecundación *in vitro* y de la destrucción del óvulo fecundado en laboratorio antes de ser transferido al útero de la aportante
- No hay aborto ni tentativa en caso de que se realicen maniobras sobre una mujer que porta aún un feto muerto (SCS 6.4.1963, RLJ, 316).
- No hay aborto si se cree en la existencia del embarazo, pero éste no puede comprobarse (SCA Punta Arenas 17.01.2008, RLJ, 316)

- En relación con las propiedades que debe reunir el feto respecto del bien jurídico protegido, son válidas las consideraciones sobre homicidio. Constituyen objeto de aborto no solo el fruto respecto del cual su viabilidad sea dudosa, sino también los monstruos, mientras la *mola* y el feto ya muerto en el vientre materno, quedan excluidos de la protección penal. Esto debe matizarse con aquellos casos en los que se autoriza la interrupción del embarazo mediando la voluntad de la mujer cuando “el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independendiente, en todo caso de carácter letal” (art. 119 num 2 del código sanitario)

conducta

- Causar un aborto= interrupción del embarazo + muerte del feto
- No basta con la sola expulsión. Maniobras abortivas que conduzcan a la expulsión del feto pero éste sobrevive pueden constituir sólo, supuesta su ilicitud, un aborto frustrado
- viabilidad extrauterina del feto no es un criterio que sirva para delimitar el aborto del homicidio, sino que ha de estarse al momento de las maniobras que conducen a su muerte: si éstas se ejecutan durante el embarazo, hay aborto; si después de interrumpido el embarazo y adquirida autonomía vital por la criatura, homicidio o infanticidio, según los casos

¿omisión?

- Omisión: puede ser cometido por la omisión de cualquiera que tenga la posición de garante de la vida del feto (Maurach)
- Otras posturas indican que la omisión es una elaboración dogmática en las que debe procederse con prudencia para no violentar el principio “nullum crime sine lege”, basadas en que se produce la misma situación que en la omisión en el homicidio: la no evitación del resultado. Si las fórmulas legales sugieren una restricción solo a las conductas activas, lo razonable es desechar de lege data, la hipótesis de la comisión por omisión.
- A pesar de estas elaboraciones doctrinarias, tampoco enteramente definidas, a la luz de la ley chilena el aborto por omisión no parece ser admisible
- CP usa expresión “causar un aborto”: desencadenar cursos causales. Es más, en la única forma pasiva prevista expresamente, no se satisfizo el legislador para castigar a la mujer por el solo hecho de tolerar no evitar su aborto, sino que exigió que “consintiera en él”.

consumación

- El delito se consuma con la muerte del feto, sea dentro del útero materno, sea fuera de él, siempre que en este caso la muerte sea consecuencia de la interrupción del embarazo, como en el caso del feto que es expulsado vivo, pero muere a causa de su inmadurez y consiguiente capacidad de vida autónoma.
- En cambio la extracción del feto al que ya se ha dado muerte es una operación atípica.
- Si no obstante las maniobras abortivas dolosas producto de la concepción, nacido anticipadamente, sobrevive, el aborto estará frustrado.
- ¿Lesiones al feto?

MEDIOS

- **CP** no alude a los medios, y al igual que en el homicidio no existe ninguna limitación.
- Hay algunos que deberían llamarse “específicos” para producir el aborto, pero hay también otros medios “genéricos” (golpes, lesiones, etc.
- Entre los primeros pueden mencionarse a los químicos, sea que produzcan intoxicación, la excitación artificial de los procesos del parto.
- Para los “físicos y mecánicos”, ya en la forma de introducción de sondas en el útero, punción de las membranas amnióticas, ya tratamientos eléctricos o de radiación, masajes, etc.

Figuras de aborto

- Según el sujeto activo
- Según si existe o no consentimiento de la mujer

Aborto causado por terceros

Causado por Terceros extraños		Causado por Terceros facultativos
ART. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado: 1.º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada. 2.º Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer. 3.º Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.	ART. 343. Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.	ART. 345. El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el art. 342, aumentadas en un grado.

Aborto causado por la mujer embarazada

ART. 344.

La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Si lo hiciere por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.

Aborto voluntario Punible

AUTO ABORTO	ABORTO CONSENTIDO	Aborto por facultativo
Art. 344 inc. 1 primera parte La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto será castigada con presidio menor en su grado máximo.	Art. 344 inc. 1, segunda parte/ La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo. ART. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado: 3.º Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.	ART. 345. El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el art. 342, aumentadas en un grado.

Aborto no voluntario

Causado con violencia	Causado sin violencia	Aborto sin propósito de causarlo
ART. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado: 1.º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.	ART. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado: 2.º Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.	ART. 343. Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.

Aborto voluntario punible

- Art. 344. *“La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause”*
- Voluntad de la mujer
- Que no se trate de uno de los casos permitidos por la ley
- No existen casos autorizados por ley para el caso de aborto no voluntario, excepto aborto terapéutico cuando la mujer no esta en condiciones de consentir en la interrupción del embarazo.
- atenuación de pena para la mujer por conducta honoris causa, y para el tercero no facultativo que actúa causando el aborto consentido por la mujer.

Sujetos activos

- Auto aborto: mujer embarazada
- Aborto consentido: supone participación de mujer embarazada y el tercero que causa el aborto. No hay coautoría, cada uno responde por delitos independientes.
- Mujer que consiente: art. 344
- Tercero no facultativo: art. 342 nº3
- Tercero facultativo: art. 345

Penas

Aborto voluntario o con consentimiento de la mujer	penas	Aborto no voluntario	penas
Art. 344 inc 1 La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause	presidio menor en su grado máximo. (3 y 1 a 5 años)	Art. 342. N°1 El que maliciosamente causare un aborto con violencia en la persona de la mujer embarazada.	presidio mayor en su grado mínimo
Art. 342. N°3 El que maliciosamente causare un aborto con consentimiento de la mujer	Con la de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años)	Art. 342 N°2. El que maliciosamente causare un aborto sin violencia y sin consentimiento de la mujer.	presidio menor en su grado máximo,
Art. 344 inc 2: Aborto honoris causa Si lo hiciere (la mujer) por ocultar su deshonor,	presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años)	Art. 345. Facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él.	incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el art. 342, aumentadas en un grado.

Caso del facultativo

- Art. 345.- El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el art. 342, aumentadas en un grado.
- Mayor reproche en razón de su función
- Facultativo (art. 313 a) CP: *“médico-cirujano, dentista, químico-farmacéutico, bioquímico u otra de características análogas, relativa a la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano”*.

- **“abusando de su oficio”**: fuera de los casos permitidos por el art. 119 del Código Sanitario, usa su arte y ciencia para causar el aborto.
- En casos permitidos por art. 119 Código sanitario, se requiere consentimiento “expreso, previo y por escrito de la mujer”
- Art. 15 letras b) y c) Ley 20.584: posibilidad de intervención médica sin consentimiento de la mujer, en casos de emergencia cuando
- “la condición de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención grave e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal”)
- incapacidad del paciente para manifestar su voluntad e imposibilidad de obtención de la de su representante legal.

- Tampoco hay agravación al facultativo si se encuentra en un estado de necesidad (art. 10 n°11 CP) o le asiste una atenuante incompleta derivada del mismo. Ej. Cuando causa el aborto para “evitar un menoscabo grave de la salud de la mujer embarazada”
- Causare el aborto (autor) o “cooperare en él” (cómplice art. 16)

Consentimiento de la mujer en casos de auto aborto y aborto consentido

- Voluntad libre: otorgado con conocimiento del significado del acto y sin vicios (p. ej, violencia o engaño)
- Lo importante no es determinar la “imputabilidad” de la mujer sino si de conformidad con su desarrollo mental y biológico tiene en ese momento conciencia del significado del acto. La ley 21.030 la fija a partir de los 14 años (misma edad donde se reconoce autonomía sexual)
- Consentimiento debe ser expreso, no necesariamente otorgado por medio de palabras, sino también por hechos que indiquen el mismo de forma concluyente, ej. Si va al hospital muy enferma, semiinconsciente por una infección ovular grave.
- Polittof- Bustos- Grisolia, rechazan consentimiento tácito.

ABORTO VOLUNTARIO NO PUNIBLE (art. 119 Código sanitario)

- Artículo 119. Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:
 - 1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida. (**indicación terapéutica**)
 - 2) El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal. (**indicación eugenésica**)
 - 3) Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación. (**indicación socio cultural**)

- Se requiere
- consentimiento expreso, previo y escrito por parte de la mujer.
- Cumplir con requisitos que señala art. 119 bis CS respecto de cada una de las causales.

Consentimiento de la mujer

- En cualquiera de las causales anteriores, la mujer deberá **manifestar en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo**. Cuando ello no sea posible, se aplicará lo dispuesto en el artículo 15, letras b) y c), de la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos siguientes.
- Artículo 15.- ley 20.584. No obstante lo establecido en el artículo anterior, no se requerirá la manifestación de voluntad en las siguientes situaciones:
 - b) En aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda.
 - c) Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida.

- En el caso de **personas con discapacidad sensorial**, sea visual o auditiva, así como en el caso de personas con discapacidad mental psíquica o intelectual, que no hayan sido declaradas interdictas y que no puedan darse a entender por escrito, se dispondrá de los medios alternativos de comunicación para prestar su consentimiento, en concordancia con lo dispuesto en la ley N° 20.422 y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- “Si la **mujer ha sido judicialmente declarada interdicta por causa de demencia**, se deberá obtener la autorización de su representante legal, debiendo siempre tener su opinión en consideración, salvo que su incapacidad impida conocerla.”

Indicación terapéutica

La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida

Comprende:

- casos de embarazos ectópicos,
- infección ovular con sepsis grave,
- ciertos tumores de origen molar susceptibles de malignización y severas anomalías cromosómicas embrionarias,
- casos de eclampsia y alteraciones autoinmunes que no responden al tratamiento médico

(Departamento de Ética del Consejo
General del Colegio Médico)

EMBARAZO ECTÓPICO TUBÁRICO (90-95%)

Embarazo ectópico
ÍSTMICO
5-10%

Embarazo ectópico
INTERSTICIAL
O CORNUAL
2,5%

Embarazo ectópico
TUBÁRICO AMPULAR
80%

Embarazo ectópico
OVÁRICO
0,15-3%

Embarazo con
implantación
CORRECTA

Embarazo ectópico
INTRAMURAL,
MIOMETRIAL O
PERITONEAL
<1%

Embarazo ectópico
ABDOMINAL
1,3%

Embarazo ectópico
CERVICAL
0,15%

- ❖ La Eclampsia es el estado mas grave de la enfermedad hipertensiva del embarazo, puede desarrollarse durante la gestación, el parto o las primeras horas del puerperio.
- ❖ Las convulsiones se presentan en una gestante que ha pasado por la preeclampsia.



- Indicación terapéutica requiere “contar con el respectivo diagnóstico médico”
- Se permite practicarlo sin consentimiento de la mujer cuando existe riesgo vital o secuela funcional grave y la mujer no esté en condiciones de prestar su voluntad, o cuando esté en incapacidad de hacerlo y no tenga representante legal o este no sea habido.

Indicación eugenésica

- El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.
- consentimiento debe ser “expreso, previo y por escrito”
- inviabilidad fetal debe certificarse “con dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas”, realizados en forma escrita y previa. (art. 119 bis inc 2 CS)

Indicación sociocultural

- Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación
- no se requiere un diagnóstico médico, sino la confirmación de la “conurrencia de los hechos” que la constituyen y “de la edad gestacional”, por parte de un “equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos”.

CASO MENOR DE 14 AÑOS (art. 119 Código sanitario)

- Voluntad de la menor de interrumpir el embarazo
- autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno.
- A falta de autorización (negación del representante legal, o si éste no es habido), la niña, asistida por un integrante del equipo de salud, podrá solicitar la intervención del juez para que constate la ocurrencia de la causal.
- Tribunal resolverá la solicitud de interrupción del embarazo sin forma de juicio y verbalmente, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la solicitud, con los antecedentes que le proporcione el equipo de salud, oyendo a la niña y al representante legal que haya denegado la autorización. Si lo estimare procedente, podrá también oír a un integrante del equipo de salud que la asista.

Cuando a juicio del médico existan antecedentes para estimar que solicitar la autorización del representante legal podría generar a la menor de 14 años, o a la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia, un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, se prescindirá de tal autorización y se solicitará una autorización judicial sustitutiva.

Para efectos de este inciso la opinión del médico deberá constar por escrito.

La autorización judicial sustitutiva regulada en los incisos anteriores será solicitada al juez con competencia en materia de familia del lugar donde se encuentre la menor de 14 años o la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia. El procedimiento será reservado y no será admitida oposición alguna de terceros distintos del representante legal que hubiere denegado la autorización.

La resolución será apelable y se tramitará según lo establecido en el artículo 69, inciso quinto, del Código Orgánico de Tribunales.

CASO MAYOR DE 14 Y MENOR DE 18 AÑOS

La voluntad de interrumpir el embarazo manifestada por una adolescente de 14 años y menor de 18 deberá ser informada a su representante legal. Si la adolescente tuviere más de uno, sólo se informará al que ella señale.

Si a juicio del equipo de salud existen antecedentes que hagan deducir razonablemente que proporcionar esta información al representante legal señalado por la adolescente podría generar a ella un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, se prescindirá de la comunicación al representante y, en su lugar, se informará al adulto familiar que la adolescente indique y, en caso de no haberlo, al adulto responsable que ella señale.

En el caso de que la adolescente se halle expuesta a alguno de los riesgos referidos en el inciso anterior, el jefe del establecimiento hospitalario o clínica particular deberá informar al tribunal con competencia en materia de familia que corresponda, para que adopte las medidas de protección que la ley establece.

NORMAS ESPECIFICAS PARA PRESTADORES DE SALUD (ver art. 119 ultima parte)

TIPICIDAD SUBJETIVA

Aborto voluntario: Dolo directo. Excluidos los cuasidelitos de aborto

Aborto causado por terceros: “maliciosamente” = Dolo directo

- ¿Pérdida del feto por embarazo descuidado?. Embarazo no es causal para dejar de trabajar, sino hasta muy avanzado, tampoco hay disposiciones que obliguen a someterse a tratamientos médicos, de tal manera que si la mujer debe seguir trabajando, y haciendo el resto de sus actividades, no se le puede exigir responsabilidad penal en estos casos.

Error acerca de la existencia del consentimiento

Maria esta embarazada, su pareja, Juan no quiere ser padre, sin embargo no se lo ha dicho. A pretexto de que ella se realice un control rutinario, la lleva engañada a un facultativo, para que le practique un aborto. El facultativo también ha sido engañado y cree que obra con el consentimiento de la mujer.

¿Que efecto puede tener el error en el consentimiento en este caso respecto del facultativo?

- Debe recurrirse a las reglas del art 1 inciso 3 del CP
- “El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúen”.
- Es decir, el facultativo respondería como si el consentimiento existiera, esto es Art. 345 en relación con art. 342 N°3.

Aborto honoris causa

- Atenuación especial de la pena cuando se comete el hecho para ocultar su deshonor
- Razones históricas: importancia de la familia. Esposas adúlteras, hijas solteras
- Supuesto menosprecio social que generan los hijos fuera del matrimonio.
- Único fundamento en la actualidad podría basarse en la idea de que la mujer embarazada al dar a luz podría ser tratada de manera desigual en la sociedad o discriminada.

- María tiene 6 semanas de embarazo, conocen esta situación su pololo y su hermano. Temiendo a la reacción de sus padres, y sin decirle a nadie, se practica un aborto con una partera.

¿Puede invocar la atenuación del art. 344 inciso 2 del CP?.

- SCS 08-11-2001, Rol 4134-2001
- Rechaza atenuación pues su hermano y su pololo tenían conocimiento, por lo que no es dable inferir que perpetró el hecho para ocultar su deshonra