



Aborto e infanticidio: cómo sostener una adecuada defensa

Alejandra Castillo Ara

**Defensoría Penal Pública
09/04/2010**

Estudio sobre aborto e infanticidio en Chile

Tabla de contenido

I.	Introducción	4
II.	Marco jurídico de este tipo de delitos	5
1.	El aborto	5
2.	El infanticidio	12
III.	El aborto en particular.....	15
1.	Razones jurídico-penales para la prohibición del aborto.....	15
2.	La diferencia entre afectación y ataque.....	16
3.	Bien jurídico protegido en el aborto	17
4.	La otra afectación al bien jurídico	25
a.	<i>Si el aborto se ejerciere con violencia en la persona de la mujer</i>	25
b.	<i>Si el aborto se comete con el consentimiento de la mujer</i>	27
5.	Los efectos preventivo-generales de la conminación del aborto	29
6.	La autorización del aborto en el Derecho vigente	32
7.	Los argumentos de defensa en particular.....	34
a.	Aborto terapéutico.....	34
i.	La legítima defensa como causal de justificación.	35
ii.	El estado de necesidad justificante	38
iii.	Fuerza irresistible o miedo insuperable	40
iv.	El ejercicio legítimo de un derecho	41
b.	Aborto <i>honoris causa</i>	42
c.	Otros casos de aborto consentido	44
d.	Las vías legales	46
8.	Los problemas de <i>íter criminis</i>	47
9.	¿Es necesaria la muerte del feto?	51
IV.	El infanticidio en particular	51
1.	La fundamentación del infanticidio.....	52

2.	El contexto del infanticidio.....	54
V.	Apartado común para aborto e infanticidio	55
1.	Las circunstancias modificatorias de responsabilidad	55
a.	Agravantes.....	55
	Obrar con premeditación conocida	55
	Abusar de la superioridad de fuerzas.....	57
b.	Atenuantes	57
	Colaboración sustancial e irreprochable conducta anterior.....	57
	Obrar por estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató u obcecación.....	58
2.	La denuncia	62
VI.	Bibliografía	65

I. Introducción

En el marco de la reforma procesal penal, la Defensoría Penal Pública ha encargado la realización de un estudio que pretende indagar en el tratamiento legal que se le da a los imputados e imputadas por delitos de aborto e infanticidio ocurridos en la última década en Chile. Hay que tener presente que la base de datos sobre la cual se trabaja corresponde únicamente a los casos de este tipo de delitos que han ingresado a la Defensoría Penal Pública, quedando fuera los casos en los que la defensa ha sido efectuada por abogados privados, los cuales no son registrados por nuestro sistema. Asimismo, es preciso tomar en consideración que los casos de aborto e infanticidio, son delitos que por su naturaleza tienden a manifestar una baja judicialización, por tener lugar en la clandestinidad.

La metodología utilizada en la elaboración de este estudio, consistió en que a partir de la revisión de 250 carpetas investigativas de la defensa en materia de abortos e infanticidios, se obtuvo información relevante sobre los procedimientos de término de las causas, ya sea por salidas alternativas o bien por procedimientos especiales u ordinarios; las resoluciones del tribunal que conoció de la causa; y los tipos de condena que se le dio a los imputados/as -en su mayoría mujeres- por cometer estos delitos. Así también se recaudó información importante respecto a los tipos de participación que se atribuyó a quienes intervinieron en el hecho delictivo, las circunstancias modificatorias de responsabilidad y los lugares en que ocurrieron los acontecimientos –cuestión que cobra mayor relevancia en los casos de aborto-.

II. Marco jurídico de este tipo de delitos

1. El aborto

En la actualidad, nuestro ordenamiento jurídico contempla una prohibición -aparentemente- absoluta del aborto por la vía de sanciones penales correspondientes a penas privativas de libertad, las que varían en su extensión dependiendo de quién es la persona que interviene en el hecho punible. La punibilidad del aborto no contempla en nuestra legislación excepción alguna, ni aún cuando se encuentra en peligro la vida o salud de la madre (indicación terapéutica), o bien cuando la mujer ha sido víctima de violación (indicación criminológica), los casos de malformaciones o patologías del feto (indicación eugenésica), ni tampoco en los casos en que la mujer no pueda en razón de su situación socioeconómica solventar el nacimiento de un hijo (indicación socioeconómica)¹.

El carácter -aparentemente -absoluto de la prohibición del aborto no ha sido así desde siempre. Entre los años 1931 y 1989, nuestra legislación sí contemplaba una excepción que se contenía en el artículo 119 del Código Sanitario (CS), que señalaba lo siguiente:

“Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo que, para proceder, se requiere la opinión documentada de dos médicos cirujanos”.

Esta admisibilidad limitada del aborto terminó el día 15 de septiembre del año 1989 con la publicación de la Ley 18.826 que eliminó esta permisión del artículo 119, eliminando todas las circunstancias de impunidad en materia de aborto en nuestro ordenamiento jurídico, quedando finalmente con el siguiente texto: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.

Parte importante de la doctrina nacional² ve en esta regulación una manifestación coherente de la regulación legal con la regulación constitucional en términos de afirmar la protección del (bajo esta interpretación) derecho a la vida del *nasciturus*, que a la letra expresa:

¹ El sistema de las indicaciones para la permisión del aborto, es un sistema que se utiliza, por ejemplo, en derecho alemán y español.

² Así, Corral, H. *Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer*, 13 Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso; Soto, E: *El derecho a la vida y la noción de persona en la Constitución*, 88

“Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

1°. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer”.

Esta disposición constitucional ha sido objeto de interpretaciones disímiles, y es así como otro sector de la doctrina nacional entiende que lo que hay a nivel constitucional no es una consagración de titularidad del derecho a la vida por parte del *nasciturus*, sino que se trata más bien de una tutela en términos de su comprensión como objeto de protección.

El aborto y su prohibición, así como su permisión ha sido un tema discutido en el cual se ha tratado de establecer su justificación por la vía interpretativa en términos de la admisibilidad de ciertas causas de justificación en caso de su comisión. No resulta pacífica tampoco la consagración del bien jurídico involucrado en esta materia. Hoy en día el aborto se encuentra regulado legalmente en el Libro II, Título VII, párrafo 1, artículos 342 a 345 del Código Penal (CP). Lo curioso de esta regulación es que si bien existe un reconocimiento estandarizado respecto a que el aborto es concebido como un delito contra la vida en su segundo nivel de protección como vida dependiente³, el legislador nacional lo ha regulado bajo el título que se denomina “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. El aborto en este sentido no es a la luz de la regulación del Código Penal vigente, un delito que atente contra la vida en los términos que éste lo concibe, no es un delito equiparable al homicidio, al parricidio o aun al infanticidio. La pregunta por el bien jurídico protegido es algo que se abordará más abajo, pero merece la pena, por ahora, saber que en nuestra legislación es constatable que la regulación del aborto no es análoga a la de las personas, cuya protección

Revista de Derecho y Jurisprudencia (1991), Sección 1ª, pp. 55 y ss., entre otros (1989-90), pp. 33 y ss. Vgr. “La vida por ser el don primario que Dios ha dado al hombre, y por ser la fuente de sus demás atributos, está cautelada por la institucionalidad constitucional y legal desde que se inicia la gestación”. Evans de la Cuadra, E. *Los Derechos Constitucionales, Tomo I* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999), p. 113.

³ Bascuñán Rodríguez, A. *Introducción a la regulación penal de los atentados contra la vida humana*. Material preparado para los alumnos del curso de Derecho penal de la Universidad Adolfo Ibáñez, 2007. El autor distingue tres niveles de protección de la vida: el primer nivel, correspondiente a la vida humana independiente (aquí se sitúan delitos como el homicidio, parricidio e infanticidio); el segundo nivel, corresponde a la protección de la vida humana dependiente (aborto); y el tercer nivel de protección, se refiere a la regulación de los procesos de fecundación asistida. La cesura o límite entre el primer y segundo nivel vendría dada por el nacimiento, y entre el segundo y el tercer nivel, vendría dada por la anidación - según la postura mayoritaria.

se analizará más abajo cuando se revisen las disposiciones pertinentes al infanticidio. En relación a esto, es bueno tener en consideración el artículo 74 del Código Civil (CC) que define quiénes son personas y que señala lo siguiente:

“Art. 74. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”.

El no nato no se ha separado completamente de su madre, pues evidentemente no ha nacido, por consiguiente, esta es otra disposición que nos permite entender porqué el aborto no es un delito contra las personas, sino que es una regulación especial respecto del feto. Asimismo, el artículo 75 del mismo cuerpo legal en su primera línea dispone que: “La ley protege la vida del que está por nacer”. En este sentido, es evidente que la regulación de lo que está en juego no es una regulación equiparable a la que existe respecto al primer nivel de protección de la vida. Tal como revisaremos más abajo, la ponderación de intereses entre la madre y el *nasciturus*, es una ponderación plausible a la luz del derecho vigente.

En cuanto a la regulación legal penal del aborto, se podría decir que nuestro ordenamiento jurídico distingue en su estructura entre la comisión del aborto por parte de la *mujer embarazada*; la intervención del *facultativo*, considerándose facultativo no sólo al médico sino también a matronas/es y químicos farmacéuticos; y la realizada por un tipo residual referido a cualquier *otra persona* que intervenga que no sea la mujer o un facultativo, pues estos corresponden a tipos especiales de autoría. La diferencia entre uno y otro tipo penal no es sólo relevante por cuanto limita el círculo de destinatarios posibles de los distintos tipos penales, sino también en términos de la penalidad asignada a cada uno de estos tipos penales, y a las formas admisibles de imputación subjetiva (satisfacción del tipo con exigencia de comisión dolosa: dolo directo o eventual; o bien culpa).

La sistemática del Código en materia de aborto, tal como se señalara más arriba, parte en el artículo 342 CP con un tipo común que no cierra el círculo de destinatarios, pues utiliza la

nomenclatura “[e]l que...” contemplando tres circunstancias de comisión. Este artículo señala lo siguiente:

“El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

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

2° Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.

3° Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere”.

Para entender mejor los resultados del estudio, es preciso tener claro que ya en esta disposición, el legislador diferencia tres circunstancias distintas de comisión del aborto, pero a su vez, y esto es lo que reviste mayor relevancia, distingue dos hipótesis distintas respecto al consentimiento de la madre a la que se le practica el aborto. Por un lado, los números 1 y 2 hacen alusión a situaciones en que hay ausencia del consentimiento por parte de la mujer embarazada, y lo que diferencia a una y otra hipótesis es simplemente que haya habido o no uso de violencia por parte de quien realiza las maniobras abortivas. La circunstancia 3, sin embargo, es el caso en que sí hay consentimiento por parte de la mujer embarazada.

Respecto a lo anterior hay que hacer algunas precisiones, pues que haya o no consentimiento de la madre hace una diferencia importante para efectos de la penalidad asignada al delito y la razón de esto es que en los dos primeros numerales lo que hay es doble desvalor de injusto; mientras que en el último numeral no. En otras palabras, en las dos primeras hipótesis de aborto (sin consentimiento de la madre) hay afectación concordante tanto de la autonomía reproductiva e integridad física de la madre, como del interés en la supervivencia del *nasciturus*. No hay contraposición de intereses entre la madre y el que está por nacer. Sin embargo, situación diversa es la tercera hipótesis de comisión donde sí hay contraposición entre el interés de la madre en su autonomía reproductiva y el interés en la supervivencia del que está por nacer. Por lo que hay sólo un desvalor de injusto desde el minuto en que lo que se afecta es sólo el interés en la supervivencia del que está por nacer, pero no la autonomía reproductiva de la madre o la

intangibilidad del cuerpo⁴. Respecto a esta última circunstancia, hay que tener presente que es la única hipótesis del artículo 342 CP que podría concurrir con la aplicabilidad del artículo 344 CP, ello pues dicha disposición sólo cobra relevancia si es que hay consentimiento, no en ausencia de él, tal como se expresa en el texto legal que señala:

“Art. 344. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio”.

Esta disposición, tal como se expresó más arriba, es de aplicación especial respecto de la mujer embarazada, contemplando dos marcos penales distintos. En su primer inciso, se contemplan dos situaciones: tanto aquellas en las cuales la mujer causa ella misma su aborto; y aquella en que consiente en que otro se lo cause. No nos detendremos en la explicación sobre ambas conductas, pero sí es bueno tener en consideración la diferencia de penalidad que existe para aquellos casos en que es la mujer la que causa su aborto⁵, o bien consiente en que otro se lo cause. Conforme al inciso primero de dicha disposición, que está sancionado con presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años); y, por otra parte, la penalidad que existe para el tercero que comete este delito, que es de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años). Esta diferencia de penalidad hace entonces que este inciso primero sea una figurada calificada dentro de la sistemática de los delitos de aborto.

En el inciso segundo del recién citado artículo se establece, sin embargo, por su parte, una figura privilegiada y es el llamado aborto *honoris causa*. Esta circunstancia personal que atiende a la afectación del honor de la mujer la beneficiaría, en principio, sólo a ella⁶. Esta afectación al honor como justificación minorante de la penalidad de la mujer es una

⁴ No es objeto de este apartado hacerse cargo de la objeción estandarizada sobre la afectación estatal respecto a que la prohibición del aborto es en sí una afectación a la autonomía reproductiva, que se verá más adelante.

⁵ Este es el llamado autoaborto Politoff, S; Bustos, J; Grisolia, F. *Derecho Penal chileno parte especial* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001), p. 160.

⁶ Garrido, M. *Derecho Penal parte general*, tomo III (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001), pp. 115-116. Cfr. Politoff, S; Bustos, J; Grisolia, F. *Derecho Penal chileno parte especial*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001), p. 162.

cuestión debatida por la doctrina. Mientras algunos consideran que se trataría de una consideración de moral social sexual, respecto al marco esperable por parte de las costumbres sociales; otros, sin embargo, lo vinculan más bien con la afectación de la dignidad, en razón de la mutabilidad de la expectativa social a este respecto⁷.

Otro artículo de carácter especial en la regulación del aborto es aquél que tiene como círculo de destinatarios limitado a las personas que revistan la calidad de *facultativos*. Según el estudio realizado por la Defensoría Penal Pública, revisten esta calidad: matronas/es, médicos y químicos-farmacéuticos⁸. Sólo ellos pueden ser sancionados conforme lo dispone este artículo:

“Art. 345. El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado”.

En este caso, tenemos un tipo penal especial, pero además es un tipo penal agravado respecto de la intervención de un tercero que no sea facultativo, y es agravado en dos sentidos: pues hace aplicable al facultativo la penalidad del tipo genérico del artículo 342 CP aumentada en un grado, y porque además hace aplicable dicha penalidad al que interviene en el hecho punible sin revestir la calidad de autor directo del ilícito sino que por realizar sólo un acto de colaboración, en definitiva, simplemente un partícipe, lo cual se desprende de la expresión “cooperare”.

Si bien más arriba se señaló que sólo la hipótesis del número 3 del artículo 342 CP es compatible con el artículo 344 CP, pues ambos suponen que haya consentimiento por parte

⁷ Al respecto véase, Bascañán, A. “La licitud del aborto consentido en el derecho chileno”, en Revista Derecho y Humanidades, N°10, 2004; Politoff. *Op. Cit* en n. 5; Etcheberry, A. *Derecho penal parte especial*, tomo III (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997), pp.161-163.

⁸ Esta limitación respecto a quién se considera facultativo, se ha establecido de acuerdo a los resultados que arrojó el estudio luego del levantamiento de carpetas, pues son esos profesionales que se ha formalizado conforme a dicho artículo. Sin embargo, es preciso tener en consideración que dicha limitación no es una consideración que se haga a nivel doctrinario. “[...] la idea contenida en la expresión ‘facultativo’ está referida a la calidad de quien ostenta una profesión titular, que requiere de un título profesional habilitante. Naturalmente que en el caso en examen se tratará de aquellas profesiones titulares concernientes al arte de curar o, más exactamente, relacionados con la conservación y restablecimiento de la salud [...]”. Politoff, Grisolia y Bustos. *Op. Cit.* en n. 5, p. 164; en igual sentido Etcheberry, A. *Op. Cit* en n. 7 p. 99. Por lo demás, esta disposición tiene directa relación con el ejercicio de la *lex artis* respecto de estos profesionales.

de la mujer embarazada, es preciso señalar que el artículo 345 CP también es compatible con la situación del consentimiento.

Por último, en la regulación del aborto es preciso efectuar una diferenciación conforme a los intervinientes y a las diversas hipótesis que consagra nuestra legislación. Principalmente, cobra relevancia la satisfacción del tipo desde el punto de vista de la imputación subjetiva: a título de dolo directo, dolo eventual o culpa. Respecto de esta última opción de imputación subjetiva es que merece especial consideración la última figura típica relativa al delito de aborto: el aborto preterintencional.

“Art. 343. Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencia 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”.

Respecto de esta hipótesis no se distingue si es que hay o no consentimiento por parte de la mujer embarazada, por lo que dependiendo de la tesis que se adopte: si es con o sin consentimiento, tendrá lugar entonces la concurrencia con el artículo 344 CP.

Antes de pasar al tratamiento en particular del marco jurídico del infanticidio, es preciso hacer ciertas prevenciones respecto al momento de consumación del aborto, es decir, a cuándo se produce la cesura entre el primer y el segundo nivel de protección de la vida humana. Si bien se señaló más arriba que lo que determina el paso de uno a otro nivel es el nacimiento o parto, la pregunta que queda pendiente es ¿cuándo culmina éste? Las opciones al respecto pueden venir dadas ya sea por una consecuencia física de vínculo con la madre, esto es, corte de cordón umbilical, expulsión del feto, expulsión de placenta; o bien en razón de un argumento teleológico de la acción abortiva: dar muerte al *nasciturus*⁹.

⁹ Cury, E. *Derecho penal parte general*, tomo II (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996). En Chile, la tesis mayoritaria en la doctrina está conteste en que el aborto se satisface con la expulsión del feto, pero el tema no es pacífico en derecho comparado.

2. El infanticidio

A diferencia del aborto, la regulación del infanticidio no sólo obedece a un criterio diverso en términos de geografía jurídica, pues se encuentra regulado en el Libro II, Título VIII denominado “Crímenes y simples delitos contra las personas”, párrafo segundo del Código Penal. Se diferencian también por dos cosas, a saber: primero, por cuanto volviendo a los distintos niveles de protección de la vida, el delito de infanticidio se encuentra en el primer nivel de protección, es decir, en el nivel de protección de la vida independiente. Una segunda diferencia, viene dada por cuanto a diferencia del delito de aborto, en materia de infanticidio no hay discusión respecto a cuál es el bien jurídico protegido, ni tampoco hay contraposición de intereses de afectación. En el caso del infanticidio lo que hay es directamente un ataque al bien jurídico vida.

Dentro de la sistemática de los delitos contra la vida, el infanticidio es un tipo privilegiado, pues tiene menor penalidad, respecto del tipo básico del homicidio que se encuentra en el artículo 391 CP; así también es un tipo especial respecto del mismo, pues tiene un círculo de destinatarios limitados: el padre, la madre y los demás ascendientes legítimos o ilegítimos. Señala nuestro Código:

“Art. 394. Cometan infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio”.

En general, no existe justificación clara para el establecimiento de las 48 horas como plazo delimitatorio entre lo que podría ser un parricidio (como tipo especial agravado) o bien un homicidio (como tipo común). La razón, en términos de Etcheberry, es que “[e]l sistema seguido por la Comisión Redactora fue enteramente objetivo, y no parece fundarse sino en la idea de que el que no ha cumplido cuarenta y ocho horas de edad es menos digno de protección contra sus parientes homicidas que el mayor de esa edad, posición que ciertamente no se justifica”¹⁰.

¹⁰ Etcheberry, E. *Op. Cit* en n. 7, pp.77-78.

Sin embargo, en principio, lo que se argumentó en la Comisión Redactora fue que la razón legitimadora de esta penalidad diferenciada venía dada por el honor de la madre, cuestión que fue modificada con la introducción del honor como atenuante. Esta decisión legislativa que no estuvo exenta de críticas, debido a que se pensó que con estas consideraciones lo que se estaba haciendo era ponderando el bien jurídico vida versus el bien jurídico honor, considerando a éste último como detentador de un mayor peso específico¹¹. Al respecto, bueno es tener en consideración una de las razones que tuvo a la vista la legislación española en el Código de 1822 a este respecto, la cual recogió como fundamento de la figura las dos exigencias subjetivas referidas: a) la perturbación física y psíquica connatural al parto, y b) una motivación excepcional (la vergüenza, el deshonor, etc.). Esta figura si bien ha sufrido ciertos cambios accesorios, se mantiene en su esencia, lo cual da cuenta de qué es lo que en realidad justifica esta penalidad diferenciada: no es pura arbitrariedad.

Tal como se desprende de los datos del estudio, el 65.2% de las imputadas por infanticidio que fueron defendidas por la Defensoría Penal Pública, no posee una pareja estable, dentro de las cuales se encuentran aquéllas mujeres solteras y aquéllas que tienen relaciones circunstanciales. Enfrentar el proceso de embarazo en soledad, así como afrontar los costos de parto y mantención futura de un hijo, serían algunas de las razones que explicarían esta cifra. Por otra parte, en los casos de infanticidio es frecuente en las mujeres el estado de negación de su estado. Ellas ocultan su embarazo y el proceso de gestación lo mantienen en la clandestinidad para su pareja y para su familia en general. Es entonces en este estado de negación frente a una situación real que ella al momento de dar a luz decide poner fin a la vida del recién nacido. Hay que tener en consideración que en un 73,9% de los casos, las mujeres dieron a luz en su hogar, a solas, escondidas. Por lo mismo, en el 93.3% de los casos, las imputadas son las madres, pues debido al carácter intempestivo del delito, no hay oportunidad para que nadie más intervenga.

Si bien tal vez el honor, en su sentido más arcaico, no sea la razón que justifica su penalidad diferenciada, sí es claro que lo que hay detrás es una consideración de la maternidad como proceso que tiene un impacto en la vida de la mujer, que implica una intervención en el desarrollo de su plan de vida y que, en definitiva, da cuenta de un problema de fondo de carácter social. Asimismo, el hecho de que las atenuantes de

¹¹ Durante la discusión en el Congreso, esta fue una de las observaciones del senador Irarrázaval.

irreprochable conducta anterior del artículo 11 N°6 CP, y colaboración sustancial con el procedimiento del artículo 11 N°9 CP, dan cuenta de que el infanticidio no es un delito en el que intervengan personas que se encuentren en un círculo delictivo, sino más bien, es un problema de género, de cargas diferenciadas en razón de una maternidad no deseada o bien de una maternidad imposible de sobrellevar. La situación de allegadas, la falta de ingresos, la falta de ayuda por parte del progenitor, la ausencia de pareja, la existencia de cargas familiares previas, etc., todos esos son factores que aparecen como frecuentes en los casos de infanticidio.

Lo que hay acá no es una ponderación de bienes jurídicos en términos de considerar al honor como un bien de mayor peso específico, de hecho, esa justificación es inexistente según los resultados del estudio. Lo que hay acá es algo mucho más complejo y es que la penalidad diferenciada viene dada, porque quien comete el delito se encuentra en una situación diferenciada y que incluso podría ser considerada inimputable en razón de su estado puerperal.

Llama la atención que en el caso del infanticidio, se presentan, en tanto circunstancias modificatorias de responsabilidad, como agravantes más comunes en los casos del estudio, las establecidas en el artículo 12 circunstancias 5ª y 6ª CP, las que a la letra expresan:

“Art. 12. Son circunstancias agravantes:

5a. En los delitos contra las personas, obrar con premeditación conocida o emplear astucia, fraude o disfraz.

6a. Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa”.

Si el embarazo supone para llegar a término 40 semanas de gestación, la premeditación, pareciera ser un elemento ya incorporado en el tipo, pues fueron 9 meses de espera. Luego, no es del todo implausible sostener que la premeditación en este caso es un elemento del tipo, pues el infanticidio supone que haya un embarazo previo, supone que éste llegue a término -de lo contrario hay aborto-. Por consiguiente, su consideración como agravante diferenciada es una infracción al principio del *ne bis in idem*, que implica que nadie puede

ser sancionado -penalmente- dos veces por un mismo hecho¹². Lo mismo ocurre con la circunstancia 6ª; infringe el *ne bis in idem* La razón: la desigualdad de fuerzas en el caso del infanticidio es un elemento del tipo. Es evidente que en el caso que una mujer -que es según el estudio la mayoría de las veces la autora del delito- o bien de un hombre, incluso de un niño va a haber superioridad de fuerzas respecto de un recién nacido que tiene menos de 48 horas de vida. Esto pone en evidencia no sólo que lo que pretendió ser un trato diferenciado privilegiado, según su penalidad, para la mujer en razón de la posición que la deja la maternidad, es un mandato legal que judicialmente no está siendo obedecido. De manera más evidente, hay directa infracción a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal, que dispone lo siguiente:

“Art. 63. No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo.

Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse”.

Esta infracción legislativa y esta desobediencia del adjudicador al mandato legal, es algo que obedece a una ausencia de consideraciones de género, materializadas principalmente en un reproche de moral social respecto a las mujeres que dan muerte a sus hijos luego de haber vivido un proceso de negación de su embarazo.

III. El aborto en particular

1. Razones jurídico-penales para la prohibición del aborto

A partir de la introducción de la Ley 18.826, de 15 de septiembre de 1989, quedó proscrita, en principio, toda forma de aborto en nuestra legislación. La razón del cambio en el criterio del legislador es algo que aún está difuso y carente de toda justificación razonable que responda a las exigencias de un Estado democrático de derecho.

¹² Cury, E. *Op. Cit* en n.9, p. 281

La discusión, en general se ha centrado en torno al bien jurídico protegido ¿es la vida el bien jurídico protegido, es el orden de las familias y la moralidad pública? Lo que subyace a la discusión sobre los criterios legitimadores de la tutela jurídico penal en el delito de aborto es: primero, una decisión legislativa respecto al objeto de protección en esta materia; segundo, una delimitación urgente respecto al objeto de ataque; y, tercero, un criterio delimitatorio entre la realización de la figura típica de aborto versus la figura típica de infanticidio. Una vez esclarecidas las dos primeras cuestiones, podremos hacernos una idea de cuál es la correcta sucesión del *úter criminis* de este delito. Es decir ¿podemos hablar de aborto si es que existe interrupción del embarazo en el octavo mes?; ¿podemos señalar como aborto las maniobras destinadas a la interrupción del embarazo en el sexto mes de gestación, en los cuales no obstante se logre dicha finalidad el feto subsista?; ¿existe aborto en los casos en que se da muerte al feto al interior del útero de la madre sin que haya expulsión de éste? En definitiva, además de una definición urgente en cuanto a adoptar una posición sobre cuál es el objeto de protección y cuál el objeto de ataque, es necesario también determinar cuándo se consuma el aborto, y de acuerdo a esto determinar entonces cuándo hay frustración o cuando mera tentativa.

2. La diferencia entre afectación y ataque

Para los efectos de distinguir entre aquellas acciones que provocan el aborto (dirigidas al objeto de ataque), que serían considerados los ataques; y la lesión de los bienes jurídicos (objeto de protección), que serían constitutivos de afectación. Es preciso tener en consideración que la vida del *nasciturus* no es el único bien que se ve afectado. En cualquiera de sus hipótesis hay afectación también de la autonomía reproductiva de la mujer, la diferencia, sin embargo, radica en de quién proviene el ataque y en cómo se afecta ésta. Pues en el caso del aborto cometido sin el consentimiento de la mujer, se afecta la autonomía reproductiva de la mujer en términos positivos: ella quiere ser madre y un tercero se lo impide atacando su cuerpo. Esa es una protección que no cabe duda merece tutela penal, aún en la consideración más extrema del derecho penal como *última ratio*.

En el caso del aborto cometido con el consentimiento de la mujer, sin embargo, la afectación de la autonomía reproductiva viene dada por la conminación penal, es decir, por el aparato estatal. La razón es simple: el Estado obliga a la mujer a llevar a término un

embarazo no deseado, ya sea porque esa concepción es producto de una violación, ya sea porque ella simplemente no quiere tener hijos, ya sea porque está en riesgo su vida, etc. Hay afectación del cuerpo de la mujer y de su privacidad, entendida como libre desarrollo de la personalidad.

3. Bien jurídico protegido en el aborto

La pregunta por el bien jurídico protegido en esta figura es algo que ha sido discutido y controvertido principalmente por la doctrina constitucional. Sin embargo, no es la intención aquí elaborar un catálogo de los distintos conceptos de vida que han enarbolado los constitucionalistas nacionales a lo largo de la historia, pues la respuesta a la legitimación del aborto desde el punto de vista jurídico-penal como protección de *última ratio* no resulta determinada por estas concepciones. En este artículo, se parte de la base de que en el no nato sí hay vida, pues vida hay en todo aquello ser orgánico. La Real Academia de la Lengua Española define vida como un “estado de actividad de los seres orgánicos”. Que el feto, el embrión, el óvulo y el embrión antes de la implantación, después de la implantación, etc., sean células activas no cabe duda, la pregunta que hay que hacerse es si ese complejo de células es susceptible de protección penal de igual manera que respecto de aquél complejo de células autónomo, que es capaz de sobrevivir por sí mismo.

De esta manera, la discusión en torno a qué es vida y qué no, no es una discusión central en este artículo, pues se parte de la afirmación de que el feto o, incluso, antes de serlo sí tiene vida. Lo central entonces es determinar si a este complejo de células vivas les reconoceremos igual estatuto que al que corresponde a una persona -obviamente nacida-. La pregunta entonces es si el *nasciturus* ¿es titular del derecho subjetivo a la vida o bien es objeto de protección estatal?

Tal como se señaló más arriba, en Chile en materia de aborto se sostiene por la mayoría de los constitucionalistas¹³ que lo que se protege con la prohibición del aborto es el bien jurídico vida. Eso no se va a discutir, lo que sí se va a discutir es en qué sentido el artículo 19 N°1 inciso 2 de la Constitución Política de la República (CPR) tutela este derecho. Las consecuencias de adoptar una u otra tesis son fundamentales, pues si se considera que la tutela al *nasciturus* que da el legislador es idéntica a la de una persona, bastaría con el tipo

¹³ Vid., n.2.

penal del homicidio para satisfacer dicho mandato. En términos de Alexy en su construcción de los “derechos a algo” a raíz de la aseveración: “Todos tienen derecho a la vida...”.

Si se mira tan sólo el texto de esta disposición, podría pensarse que, a través de ella, se confiere un derecho que tiene la estructura de una relación de diádica entre un titular y un objeto que, en este caso, consiste en una determinada situación del titular, es decir, estar vivo. Un derecho tal respondería a aquello que en la terminología clásica se llama ‘*jus in rem*’ y que es contrapuesto al ‘*jus in personam*’. No puede haber duda que, por razones de simplicidad, a menudo es funcional hablar de derechos en el sentido de relaciones entre un sujeto de derecho y un objeto. Sin embargo, como observa correctamente Kant -y como desde entonces se ha mostrado a menudo- hablar de tales relaciones no es otra cosa que una designación abreviada de un conjunto de derechos a algo, libertades y/o competencias¹⁴.

Si sostenemos que el *nasciturus* es titular del derecho a la vida, luego habría que entender que esa tutela jurídica es igual a la de las personas. La razón, es que resultaría insostenible que ese mandato de protección que establece la Constitución -que tiene como destinatario al legislador-, no se encuentre satisfecho, pues existe una regulación diferenciada para las personas, por un lado (Libro II, Título VII “Crímenes y simples delitos contra las personas”, artículos 390 a 394 del Código Penal); y para el no nacido, por el otro (Libro II, Título VII, “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”, artículos 342 a 345 del Código Penal).

La diferencia no sólo se da en cuanto a la penalidad de cada uno de estos delitos, pues respecto de las personas la penalidad alcanza en caso del parricidio al presidio perpetuo calificado (40 años); mientras que en el caso del delito de aborto, la penalidad más alta que puede alcanzar el autor o autora de dicho delito es de presidio mayor en su grado medio si se da la hipótesis del artículo 345 CP, en concordancia con el artículo 342 N°1 CP. Esto es, si quien comete el delito de aborto es un facultativo que causa o coopera en las maniobras abortivas de manera *maliciosa*, que se restringe a las hipótesis de dolo directo o dolo eventual y que realiza dichas maniobras ejerciendo *violencia* en la mujer embarazada.

¹⁴ Alexy, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001), pp. 187-188

Otra diferencia tiene que ver con la imputación subjetiva en materia de aborto, y es que este delito sólo se satisface con dolo directo o dolo eventual, no existe el cuasidelito de aborto. La razón es una razón de texto legal, pero que tiene un sustento político criminal evidente. La razón legal, viene dada simplemente por la estructura del Código Penal, el cual consagra la regla general del *numerus clausus* respecto del dolo y la culpa que rige en nuestra legislación, tal como se desprende de los artículos 2, 4 y 10 N°13 CP. Según el artículo 492 inciso 1 CP, en relación al 490 del mismo cuerpo legal, se hacen aplicables las penas de este artículo a los que cometan un crimen o simple delito contra las personas. Esto, en definitiva, sólo lo restringe a los crímenes y simples delitos contra las personas: infanticidio, parricidio, homicidio, lesiones, no al aborto. Es decir, el aborto no es un crimen o simple delito contra las personas, y eso viene definido no sólo por la sistemática del Código Penal, que sitúa al delito de aborto en los “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”.

Pero la sistemática del Código no es lo único que impide que se considere a este tipo de delitos como delitos contra las personas, la definición de persona es también algo que está presente en nuestra legislación y que impide considerar al aborto como un delito homologable al homicidio, por ejemplo. El artículo 74 del Código Civil es claro en cuanto al comienzo y fin de las personas, pues este principia al nacer, esto es al separarse completamente de la madre. No es posible sostener entonces que el no nacido es persona. Por consiguiente, además de la penalidad, la diferencia en términos de imputación subjetiva es también una diferencia relevante, pues esto impide que se sancione el aborto a título de culpa. La razón que subyace a esto, además, es que si se llegase a permitir el aborto a título de culpa, el deber de cuidado que se le estaría imponiendo a la madre respecto del no nacido, sería un deber de cuidado excesivo. El argumento inverso fue sostenido por la Corte Suprema en sentencia de 16 de abril de 2009, donde sostuvo que respecto del feto sí podía tener lugar el cuasidelito, haciendo una construcción dudosa y peligrosa de la consideración del *otro* como objeto de ataque. El argumento básicamente se basa en el artículo 55 CC, que define qué se entiende por personas:

“Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídense en chilenos y extranjeros”.

A su vez, la Corte hace una construcción argumentativa entendiendo que en el ámbito penal la concepción del *otro* es más amplia, que la pura consideración de la persona como objeto de ataque.

Considerando Décimo: [...]En cambio, en el ámbito penal el concepto, la idea de quién es ‘otro’, ha ido adquiriendo una visión más acorde con la realidad y circunstancias del tipo penal de que se trata, así en los cuasidelitos y en los de negligencia médica que nos 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, de manera que si durante ese proceso biológico, cuya vida ha sido auscultada, fallece antes de su extracción del vientre materno, sea por operación o procedimiento médico o naturalmente, se habrá originado responsabilidad penal, si quienes debieron controlar, dirigir y realizar las actuaciones médicas y obstétricas necesarias para el parto sin consecuencias, incurrieron en negligencia como la comprobada en autos [...] ¹⁵.

Por el contrario, la tesis que han sostenido nuestros tribunales es que no hay cuasidelito de aborto, pues al existir la regla del *numerus clausus* en el Código Penal, se hace imposible una extensión interpretativa de esto ¹⁶. Algunos incluso han llegado a limitar la procedencia del dolo eventual en esta materia ¹⁷.

¹⁵Corte Suprema, ROL N° 1882-08 de 16 de abril de 2009, pronunciada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. En esta misma sentencia, la Corte en su considerando séptimo: “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 5º, inciso 2º 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”.

¹⁶Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°28-2008 de 30 de enero de 2008.

¹⁷Etcheberry, A. *El derecho penal en la jurisprudencia*, Tomo IV, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998), p. 55. “Así, en el silencio de la ley y de conformidad con el artículo 21 del Código Civil, el aborto puede entenderse como la interrupción del embarazo hecha maliciosamente con el propósito de evitar el nacimiento de la criatura o interrumpir el curso progresivo del estado de gravidez”.

En definitiva, lo relevante de estas consecuencias diferenciadas establecidas por el legislador, apuntan, principalmente, a poner de manifiesto que la regulación de los nacidos y de las personas es una regulación que obedece a criterios distintos. Si el legislador cumplió el mandato de regulación que se establece en el artículo 19 N°1 CPR de esta manera, luego la regulación es una regulación deficiente e, incluso, uno podría sostener que es arbitraria, por cuanto tiene un tratamiento abiertamente diferenciado respecto de los titulares al derecho a la vida nacidos y los titulares al derecho a la vida no nacidos. Tal como se desprende de las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República:

El señor ORTÚZAR (Presidente) señala que la ventaja del texto reside precisamente en que aclara el pensamiento de la Comisión, ya que de otra manera podría prestarse para interpretar que la Carta condena en cierto modo el aborto. Recuerda que, cuando se discutió el punto, la mayoría llegó a la conclusión de que no podían imponerse creencias religiosas propias en una materia tan delicada y trascendental como una norma de la Constitución.

Dice que mal podría herir a alguien –destaca que, además, demuestra una tolerancia muy grande y no contiene un pronunciamiento en sentido alguno- un párrafo como el siguiente:

‘De esta modo el legislador con mayor flexibilidad podrá contemplar los casos en que el aborto debe tener carácter delictual. Una condenación absoluta en el texto constitucional habría necesariamente comprendido los casos de aborto terapéutico y otros en que la concepción puede haber sido la consecuencia de acciones violentas no consentidas, situaciones que desde un punto de vista moral o social pueden ser apreciadas de diferentes maneras, según sean las creencias o principios religiosos de quienes las juzguen’¹⁸.

Queda claro entonces que lo que hay es una protección del *nasciturus* y, lo que se protege, es el bien jurídico vida independiente. Ahora bien, tal como hemos revisado, no hay un reconocimiento al derecho a la vida como consideración del no nacido como un titular de éste, lo que hay, simplemente, es un mandato de regulación y en ese sentido la lectura correcta sería la de considerar al no nacido como objeto de protección y no como titular del derecho a la vida.

Por otra parte, el constituyente en el inciso 2 del N°1 del artículo 19, señala de manera diferenciada: “La ley protege la vida del que está por nacer”. No tiene sentido que el

¹⁸ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República*, Sesión 407ª, 9 de agosto de 1978, p. 3340.

constituyente haya hecho una regulación diferenciada de los nacidos y de los no nacidos si su consideración en términos de magnitud de la protección va a ser idéntica. A su vez, el Código Civil en el Libro I “De las personas”, Título II “Del principio y fin de la existencia de las personas”, señala:

“Art. 75. La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra”.

Es claro entonces que no sólo el texto penal establece una sistemática de delitos diferenciada, así como criterios de imputación subjetiva diferenciados, penalidad diferenciada, etc.; sino que es también el Código Civil y la Constitución. Esta es la tesis de Aldunate, quien ha sostenido respecto del derecho a la vida, que en la Constitución

[...] encontramos el caso de un titular con un campo muy restringido de protección: ‘el que está por nacer’, que en la redacción del artículo 19 N°1 i. II parece excluido (en conformidad a la posición tradicional de nuestro derecho civil, y al momento inicial del nacimiento fijado en el artículo 1 i. I CPR) de la calidad de persona, y, por tanto, sólo titular del derecho de protección previsto por esta disposición. [...] el inciso II del artículo 19 N°1 es excepcional en dos sentidos. En el primero, porque carecería de función normativa si la Constitución considerase persona al *nasciturus*, ya que se encontraría amparado, no por la protección legal ordenada, sino por el propio precepto constitucional del inciso I del artículo 19 N°1. Y luego, la consagración expresa un deber de protección legal al que está por nacer indica una diferencia respecto de derecho a la vida asegurado a las personas. De otro modo no se entiende que simplemente no se hubiese establecido como deber general de protección legal al derecho a la vida *de toda persona*¹⁹.

Que el feto no es persona es algo que no merece mayor reflexión, ahora bien, es posible sostener que lo que se afecta es también el derecho a la vida, mas no en la misma medida que la vida de las personas. La protección penal del aborto entonces es concreción del

¹⁹ Aldunate, E. *Derechos Fundamentales*, (Santiago: Legal Publishing, 2008), p. 150.

mandato constitucional, limitado en cuanto a su procedencia. De todas maneras y, aún cuando se sostuviera que el feto es persona, “[...] no queda claro por qué la vida de la mujer pasa a tener un menor valor y a merecer una menor protección por el hecho de cursar un embarazo”²⁰.

Si bien es claro que lo que se pretendió hacer con la conminación penal del aborto fue establecer una continuidad respecto a la tutela legal que existe a los ataques contra la vida de las personas, no es -bajo ninguna perspectiva- una tutela homologable, por lo que es forzoso reconocer que lo que hay es un reconocimiento del *nasciturus* como objeto de protección y no como titular del derecho a la vida. Lo que se reconoce en el no nacido es la potencialidad de ser persona y lo que se protege entonces gira en torno a esa idea, a la idea de que existe una expectativa de que llegue a devenir ese complejo de células en persona, hay un germen de hombre²¹.

Ahora bien, esta concepción de la vida como bien jurídico involucrado, sin embargo, no es tan sencilla, pues más allá de si se afecta o no, la pregunta es cómo es que se ha comprendido este bien jurídico en nuestra legislación. Pues una cosa es que exista afectación del derecho a la vida y que la vida sea concebida como un bien jurídico personalísimo, pero eventualmente renunciabile. No es válido que en un Estado democrático de derecho, exista una concepción de la vida que opera bajo un criterio de moral social. Tal como señala acertadamente Lidia Casas:

El discurso sobre el aborto en la región ha estado marcado en buen grado por la influencia que ha tenido y tiene la Iglesia católica. La inadmisibilidad del aborto desde el punto de vista religioso ha sido el presupuesto necesario para prohibirlo y castigarlo. El derecho se ha vuelto así una suerte de brazo armado de la moral católica, soslayando las diversas concepciones morales que conviven en una sociedad²².

La influencia de la moral católica es indesmentible. En nuestra legislación la vida es considerada un bien valioso por sí mismo, y, ya a partir del bullado caso *Rozas Vial con*

²⁰ Casas, L. “Capítulo cuatro. Salud” en comp. Sáez, M y Motta, C. *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Tomo I, (Bogotá: Siglo del Hombre. Editores, 2008), p. 398.

²¹ Etcheberry, A. *Op. Cit* en n. 7, p. 93.

²² Casas, L. *Op Cit*. en n. 20, p. 397.

*Párroco de San Roque*²³, se estableció la obligación de vivir y contra una regulación de protección absoluta, no hay argumento plausible. El Estado puede obligarnos a vivir y, por tanto, la vida es un derecho estatal y no personal. Desde esta consideración, es evidente no sólo la carga de moral del derecho a la vida, sino también que es evidente que si esto es así, el estatus del no nacido nunca va a poder ser visto desde una perspectiva objetiva con criterios vinculantes a la luz de la Constitución y los tratados internacionales. “El argumento de la sacralidad del derecho a la vida entendido como inviolable y absoluto, invalida cualquier otro argumento, aun cuando el embarazo sea producto de una violación, así el feto tenga serias malformaciones congénitas o incluso cuando la gestación ponga en riesgo la salud o la vida de la mujer”²⁴.

El aborto es de por sí un delito problemático, pues las mujeres que cometen este tipo de delitos no son personas que tengan una historia de criminalidad, antecedentes o características que las asimilen a otro tipo de imputados²⁵. De ahí entonces, la razón de por qué la prevención general negativa en este tipo de delitos no sería razonable. Así tampoco lo sería una justificación del *ius puniendi*, desde una perspectiva de prevención especial, pues la inocuización del delincuente, su neutralización no es algo que se justifique el caso del aborto. Esto no sólo porque no es un delito que aparezca como frecuente respecto de las mujeres que causan su aborto o que consienten en que otro se lo cause, sino que también, pues físicamente es inviable la producción continua y sistemática de abortos.

El único caso en que esto podría tener lugar, es en el caso del facultativo que realiza las maniobras abortivas, quien evidentemente sí podría ser reincidente, y respecto de él tal vez sí hace sentido la justificación en basada en un criterio de prevención general negativa.

²³ RDJ, t. 81 (1984) 2.5, 161-165 Y comentario en Primera parte, Sección Derecho 55-68. En igual sentido el recurso de protección de *Fundación de salud El Teniente por Jorge Reyes Ibarra*, RDJ, t. XCII, N°3, (septiembre-diciembre), 1995.

²⁴ Casas, L. *Op Cit.* en n. 20, p. 397.

²⁵ Un dato importante al respecto, es que de las 201 carpetas investigativas sobre aborto, sólo 5 incluyen un informe presentencial, de los cinco informes presentenciales disponibles, sólo dos son de las mujeres que abortaron y tres informes son de otros imputados. De ellos, solo uno recomienda la medida de libertad vigilada para la mujer. En este caso particular, la mujer procesada como autora este delito resultó ser absuelta en juicio oral, porque no se logró acreditar la existencia de delito. En dos casos el informe presentencial no recomienda la medida de libertad vigilada para los otros imputados, y en uno de los caso en que el informe no recomienda la medida de libertad vigilada, el tribunal resolvió aplicar la medida cautelar de prisión preventiva. Finalmente, la imputada fue absuelta, ya que nunca se pudo probar que hubiera estado embarazada.

Entre las personas imputadas que aparecen en el estudio realizado por la Defensoría Penal Pública, de 118 casos revisados, entre las mujeres, 38 tienen la atenuante de irreprochable conducta anterior del Art. 10 N°6 CP. Por su parte, 46 de los 118 casos aparecen sin agravantes. De todos los casos de las mujeres a las cuales se les documenta información que pudiera constituir una agravante, el tribunal no da lugar a éstas como circunstancias modificatorias de responsabilidad.

4. La otra afectación al bien jurídico

Si bien hasta acá se ha hecho una revisión del delito de aborto como un delito cuya punibilidad se justifica en tanto existe una afectación al bien jurídico vida, entendiendo que el legislador tiene una comprensión del *nasciturus* como objeto de protección, pues eso implica un cumplimiento del mandato constitucional de protección del no nacido, es preciso hacer una reflexión adicional respecto a la afectación de otros bienes jurídicos.

La razón de esta consideración es que si bien, en principio, uno podría sostener que lo que se ve afectado es la vida en su etapa más incipiente, también existe afectación de otros derechos fundamentales, cuya intensidad de afectación varía según la hipótesis de aborto de que se trate.

a. Si el aborto se ejerciere con violencia en la persona de la mujer

En la hipótesis del artículo 342 N°1 CP, ya transcrita más arriba, en la cual se causa el aborto contra la voluntad de la mujer ejerciendo violencia en su persona, hay doble desvalor de injusto, pues no es posible afirmar que hayan intereses contrapuestos (salud, vida o integridad física de la madre, por una parte; y vida del *nasciturus*, por la otra), como sí ocurre en los casos en que se comete aborto con consentimiento de la mujer²⁶.

En el caso del aborto cometido con violencia sin el consentimiento del artículo 342 N°1 CP, hay afectación de la vida del no nacido en tanto objeto de protección, por una parte; y hay afectación del derecho a la integridad física de la mujer del artículo 19 N°1 CPR y

²⁶ Figura distinta es el tratamiento del aborto preterintencional, el cual, según la tesis sostenida en este artículo, siempre tiene lugar sin el consentimiento de la mujer. Además, se trata de una hipótesis que sólo se satisface con dolo directo o dolo eventual, no con culpa. Cfr. Etcheberry, A. *Op. Cit.* en n. 21, p. 100. Cury, E. *Derecho Penal, parte especial*, tomo III (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001), p. 107.

autonomía reproductiva, que se desprende de los artículos 19 N°1, 2, 7 CPR y del artículo 1 CPR. La autonomía reproductiva entendida como el derecho que tiene la mujer a determinar su propio cuerpo y a decidir respecto de su maternidad, ya sea en términos positivos (de participación de ésta); o bien en términos negativos (de abstención de la maternidad). Siendo la primera de las formas de autonomía, la que se estaría afectando. La autonomía reproductiva de la mujer es consecuencia del derecho a la privacidad y en ese sentido la privacidad puede tener un rol limitante del *ius puniendi*²⁷.

Al ser con violencia, se está afectando la integridad física de la mujer, y eventualmente también se podría estar afectando su vida o, al menos, poniendo en riesgo. Que sea la vida o la integridad física es una cuestión casuística, pero que haya afectación de autonomía reproductiva es un hecho concurrente en cualquiera de los casos que tengan lugar, que se circunscriban en esta disposición. Por lo mismo, es probable que con ocasión de las maniobras abortivas tenga lugar la muerte de la madre o bien lesiones a ésta. La verdad es que la concurrencia del aborto con las lesiones es algo que, en general, se limita a una relación de concurso aparente, básicamente por lo señalado en el artículo 63 CP. Sin embargo, en el caso de la muerte de la madre lo único que quedaría por alegar, es la existencia de unidad de hecho y a la luz de esto, habría que sostener que existe concurso auténtico ideal. Pues existe pluralidad de bien jurídico afectado, pero unidad de acción.

Nuestro Código no previó expresamente la posibilidad de que a consecuencias de las maniobras abortivas resultara la muerte de la mujer. El Código Belga contemplaba este caso y la Comisión Redactora lo suprimió, estimando que caía dentro de la regla general ya consignada para el caso de que un mismo hecho constituyera dos o más delitos. La doctrina nacional ha criticado vivamente este punto de vista de los redactores, estimando que no se trata de 'un solo hecho', sino de dos. Los autores acostumbran considerar este caso como una hipótesis característica de preterintencionalidad. LABATUT tampoco concuerda con ello, pues estima que la naturaleza de las maniobras abortivas siempre permite prever la posibilidad del resultado muerte de la mujer; y que el que a pesar de ello practica el aborto, toma de su cargo el riesgo de esta muerte²⁸.

²⁷ Medina, G. "Algunos aspectos de la protección penal de la privacidad" en. *Estudios de Ciencias Penales. Hacia una racionalización del Derecho Penal*, IV jornadas penales de derecho penal y ciencia penal en homenaje a los profesores Eduardo Novoa Monreal y Álvaro Bunster Briceño, coord. Fernández, J.A, pp. 241-260.

²⁸ Etcheberry, A. *Op. Cit*, en n 7, pp. 109-110.

La opción entre una consideración de concurso auténtico real o concurso auténtico ideal, es una decisión que tiene implicancias importantes en términos de determinación de pena, pues, como es evidente, el concurso auténtico real nos lleva a una solución de acumulación de penas (*quod delictae quod poena*) mucho más gravosa. El concurso auténtico ideal, por su parte, nos deja en una posición favorable pues utiliza el criterio de absorción, lo cual implica que se va a aplicar la pena que corresponda al delito más grave. Distinto es el caso en que con ocasión del homicidio, se produce el aborto del no nacido, caso en el cual, la tesis de Politoff, Grisolía y Bustos es la más correcta “[...] el homicidio doloso de la mujer encinta absorbe el aborto doloso, en cuanto la tutela penal de la vida de la mujer *incluye* la del germen de vida incorporado a su cuerpo. No habría, entonces, homicidio doloso en concurso con aborto doloso (art.75), sino un solo delito: el de homicidio [...]”²⁹. Si tiene lugar un homicidio doloso, el desvalor de injusto del aborto queda absorbido por este delito.

b. Si el aborto se comete con el consentimiento de la mujer

Este es el caso del art. 344 CP incisos 1 y 2, ya transcritos. Tal como se señaló más arriba, en este caso la práctica del aborto se lleva a cabo con el consentimiento de la mujer y, por consiguiente, no hay doble desvalor de injusto, pues no hay afectación de la autonomía reproductiva ni de la integridad física por parte de quien realiza las maniobras abortivas, que puede ser incluso la propia mujer. Afectación de integridad física sí hay, lo que ocurre es que las lesiones son consentidas: *volenti non fit in iura* (al que consiente no se lo daña). Ahora bien, para entender bien la afectación que se produce en esta hipótesis de aborto, es preciso hacer una distinción previa respecto a quién es el autor de dicha afectación. En el caso anterior *supra a.*, es claro que quien comete el ataque es quien realiza el aborto, quien ejecuta la acción de propia mano se identifica con quien realiza actos positivos que provocan el aborto. El caso que se revisa aquí, sin embargo, es distinto, pues al haber consentimiento de la madre o incluso ejecución de propia mano, no necesariamente es quien produce la afectación al bien jurídico. Es decir, sí hay afectación de la vida, como objeto de protección respecto del que está por nacer; pero también hay un problema por parte de la madre, pues al establecerse la prohibición absoluta del aborto, lo que se está

²⁹ Politoff, S; Grisolía, F. y Bustos, J. *Op. Cit* en n. 6, pp. 151-152.

estableciendo es un deber para la mujer de mantener el embarazo a cualquier costo sin consideración alguna respecto a sus intereses.

En el caso del aborto consentido por la madre no hay doble desvalor de injusto, lo que hay es contraposición de intereses. Cuando hablamos de contraposición de intereses, la referencia es a la autonomía reproductiva como bien jurídico de afectación genérica, pero también hace alusión a la afectación de otros bienes jurídicos, incluso, de mayor entidad. Este es el caso en que el embarazo pone en riesgo la vida de la madre y el caso en que está en riesgo la salud de la madre.

Tal como se señalara más arriba, si bien en el caso del art. 342 N°1 la afectación y el ataque provienen del mismo agente, de otro. En el caso que exista consentimiento, la afectación viene del ente estatal pues es él, el que está atentando contra los derechos fundamentales de la madre al obligarla a tolerar un embarazo no deseado y al ser fuente de peligro para su vida o integridad física. Pareciera que esos intereses, esa afectación de bien jurídico, no merecen atención por parte del legislador, aparentemente.

De todos los casos de aborto revisados en el estudio realizado por la Defensoría Penal Pública, un total de 201 casos de aborto, 182 casos fueron cometidos con consentimiento de la mujer. Esto nos deja con sólo 19 casos en los cuales hay contraposición de intereses, poniendo de manifiesto que del total de casos de aborto que se han judicializado y en que ha intervenido la Defensoría, son en su mayoría casos en que lo que está en juego es la vida del *nasciturus* versus la autonomía reproductiva de la mujer.

Más curioso resulta que respecto de la mujer, el tipo especial del 344, además de ser limitado respecto al círculo de destinatarios, es un tipo calificado, pues tiene una penalidad más alta que respecto del aborto que realiza un tercero con su consentimiento.

Desde luego, una decisión de *lege ferenda* es inseparable de la escala de valores del determinado grupo social que tenga la hegemonía ideológica y de las consideraciones sociológicas subyacentes. [...] Sin embargo, aun en el supuesto de que se conviniera en que el autoaborto debe ser castigado, nos parece que, como regla, su pena debiera ser inferior al que causa el extraño, aun con el presupuesto del consentimiento. En primer término, si se descartan los casos de generosidad o altruismo, lo frecuente será que el tercero obre por codicia o para obtener una ventaja. La mujer, en cambio, tiene una causa personal que la impulsa a renunciar a algo que normalmente es mirado como un bien (hijo no deseado), y a esta motivación se añade una circunstancia excepcionalísima

y es que el proceso del embarazo y los riesgos del parto, así como las obligaciones de la maternidad, son cargas que la mujer debe soportar en sí misma³⁰.

La mayor penalidad del aborto causado o consentido por la propia madre no tiene en sí una justificación de política criminal, ya sea en términos de prevención general negativa, prevención especial, ni siquiera con un criterio retribucionista. La mayor penalidad, no tiene mayor justificación que el reproche social mayor que se le reconoce a la maniobra abortiva realizada por la madre, versus la maniobra abortiva realizada por un tercero distinto sea facultativo o no.

5. Los efectos preventivo-generales de la conminación del aborto

El aborto no es asimilable a otros tipos de delitos, el aborto es dudosamente un acto que con su conminación penal permita su desincentivo. La conminación penal del aborto da cuenta de una salida por la vía del derecho penal, para un problema de justicia social, de justicia política, pues el Estado es incapaz de desmotivar este tipo de conductas y, a su vez, incentiva la comisión en la clandestinidad de ellas³¹. De esta manera, quienes tienen más recursos, probablemente van a realizarse un aborto en un lugar apto, con un facultativo; mientras que quienes no detentan esos recursos lo van a hacer, pero probablemente en una situación mucho más precaria con serias implicancias para la salud. Esto es lo que Zaffaroni describe como las muertes anunciadas de las mujeres que se practican abortos en esas condiciones, que el Estado no auxilia y que, además, penaliza³².

³⁰ *Ibíd*, p. 160.

³¹ Conforme a un informe del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), denominado "Chile: situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos", año 2003, p. 50. "El número de abortos que se practican en Chile actualmente es desconocido, ya que su práctica está penalizada. Los estudios que se realizaron en la última década sobre la incidencia del aborto inducido, indican que Chile tiene una de las tasas más altas de América Latina. Las estimaciones del número de abortos clandestinos que se practican anualmente en el país varían entre 159.650, **73** 200.000, **74** y alrededor de 60.000 **75** abortos por cada 100 mujeres de 15 a 49 años. Según el informe The Alan Guttmacher de 1994**76**, de 451.800 embarazos, 35% terminaron en un aborto inducido".

³² Zaffaroni, R. *Muertes anunciadas*, (Bogotá: Temis, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 1993), p. 15. "Si bien resulta comprensible desde una perspectiva sociológica y psicosocial el infanticidio como delito social, cometido por mujeres solteras, que quedan embarazadas y no tienen acceso al aborto (cosa que no sucede a nivel de las clases sociales media y alta), resulta en general perjuiciosamente poco comprensible el infanticidio cometido por una mujer casada, con pareja formal [...] suele etilogizarse más bien en el *conflicto intrafamiliar* [...]". Véase también Cooper, D. *Criminología y delincuencia femenina en Chile*, (Santiago: LOM Ediciones, 2002), p. 388.

En definitiva, para responder a la pregunta planteada al inicio de este apartado, resulta fundamental si partimos de la premisa de que lo que subyace al problema del aborto además de un problema de legitimación del *ius puniendi*, hay un problema de justicia política. Esto se manifiesta por dos motivos: en primer lugar, se produce el problema de generar una carga a la mujer con cargo al interés estatal en la supervivencia o, incluso, en la sola mantención del feto, pues éste ya no está vivo, sino que ha muerto dentro del vientre materno. En segundo lugar, está la baja judicialización de este delito, pues las cifras que fueron recabadas por la Defensoría Penal Pública, corresponden sólo a carpetas atendidas por esta institución y quedan fuera muchos otros casos, ya sea porque no se judicializaron, o bien porque obtuvieron defensa privada. Es el sector de la población más vulnerable el que sí es perseguido.

El aborto es un delito que además de ser de constitucionalidad dudosa, como se verá más adelante -al igual que los casos de auxilio al suicidio- son cuestionables sus efectos preventivos-. Por otra parte, y esa es la razón por la cual es posible sostener que es un problema de justicia política, pues en tanto las cifras llamadas *negras* de los casos de aborto dan cuenta de una clandestinidad en esta materia que es importante y que permite a las mujeres pagar una cifra a cambio de un procedimiento abortivo en un establecimiento habilitado para esos efectos o bien uno ya establecido de uso de salud común. Así también, el aborto es legítimo en legislaciones comparadas: lo es en algunos estados de Estados Unidos, lo es en España, lo es en Alemania, en Holanda, en Uruguay, etc. Porque existen estas vías de prácticas abortivas y porque todas se traducen, en definitiva, en qué tanto poder económico tiene la persona para acceder a estos procedimientos, es que quienes no tienen esa posibilidad, y que probablemente terminen en un aborto de propia mano con complicaciones, son los casos que se judicializan.

Lo que pasa con el aborto, es algo parecido al argumento de la píldora del día después –no sólo en términos de legitimidad, sino que también en términos de acceso- pues en definitiva quienes pueden acceder a un aborto seguro son sólo un grupo de privilegiados, así como quienes pueden acceder a métodos de anticoncepción seguros también son un grupo de la población limitado³³. La premisa entonces descansa en que mientras el Estado no pueda

³³ “...podríamos decir, añadido sin equivocarnos, que este es un debate en torno a ‘derechos’ en forma amplia, pero también sobre la política y particularmente sobre la formulación de políticas públicas en salud sexual y reproductiva en sociedades democráticas con las limitaciones propias de la realidad latinoamericana”.

proporcionar a todas las mujeres igualdad de condiciones en el acceso a métodos de anticoncepción, así como la información respecto de ellos, no resulta respecto de ellas exigible la mantención en el vientre del no nacido. Simplemente, porque la realidad del aborto -clandestina- existe y respecto de ella sólo unos pocos tienen acceso y eso es algo de lo cual las políticas públicas debieran preocuparse. Pero si las prácticas legislativas se mantienen, entonces que el Estado asuma la carga que ese hijo no deseado implica.

En términos de Roxin,

[s]i el Estado no considera como asunto privado de la mujer lo que hace con el hijo que espera, sino que se inmiscuye en su destino sólo por interés en la conservación de la vida -y esto lo hace toda regulación que no consista en la supresión sin paliativos del §218 StGB-, también tiene que asumir la co-responsabilidad por el niño. Precisamente lo intolerable del estado de cosas en el Derecho vigente consiste en que se obliga a la mujer a dar a luz al niño una vez que ha sido concebido, pero después es ella sola quien debe ver el modo de resolver la situación que la ley le ha impuesto. Esto es inhumano e indigno de un Estado social; por lo cual habrá que decir: si el Estado impone a una mujer el deber de traer al mundo al feto, aquél tendrá que cuidarse simultáneamente de que el niño pueda vivir en condiciones humanamente dignas y desarrollarse libremente, y de que no recaiga sobre los padres un peso que supere desproporcionadamente las cargas normales de la paternidad. Y si el Estado no está en situación de crear esas condiciones, tampoco le es lícito exigir a la mujer que dé a luz a su hijo, sino que tendrá que permitir la interrupción del embarazo y asumir incluso la responsabilidad de ello³⁴.

Esta inexigibilidad estatal pasa por la consideración del embarazo no deseado como un deber de tolerancia excesivo. Este razonamiento es, en cierta medida el razonamiento subyacente en las regulaciones de derecho comparado existentes, ya sea que tengan el sistema de plazos o de indicaciones, al cual nos referiremos con posterioridad.

Son particularmente pertinentes en este sentido, las indicaciones llamadas terapéuticas -en la legislación alemana-, que consisten en la afectación de la vida, integridad corporal o salud de la mujer, que no implique un ataque actual o inminente. Esto se refiere a los deberes de tolerancia para la mujer. El deber de tolerar el embarazo puede ser visto como

Véase, Casas, L. *La batalla de la píldora. El acceso a la anticoncepción de emergencia en América Latina*, en "Revista Derecho y Humanidades", N°10, p. 184.

³⁴ Roxin, C. *Problemas Básicos del Derecho Penal*. (Madrid: Reus, S.A., 1976), pp. 78-79.

un deber de solidaridad, así lo plantea también Judith Jarvis Thomson en *A Defense of Abortion*, con el ejemplo del buen samaritano³⁵. Si es que el embarazo implica la afectación más intensa de bienes jurídicos considerados personalísimos, luego el Estado ya no puede exigir a la mujer ese deber de tolerancia³⁶. Especialmente inexigible resulta en los casos en que haya peligro para la vida o la salud de la madre (*indicación terapéutica*), especialmente inexigible resulta en los casos en que haya un resultado de embarazo producto de una violación (*indicación criminológica*), discutible resulta en el caso de que hayan manifiestas deformidades o problemas genéticos del no nacido (*indicación eugenésica*), discutible también resultan los casos en que haya imposibilidad de la madre de mantención en términos de calidad de vida para el que está por nacer (*indicación socioeconómica*)³⁷. En Chile, ninguna de estas situaciones autorizan la realización de un aborto, la pregunta surge entonces por si se puede afirmar que algunas de estas situaciones justifican la realización de un aborto en términos tales que permitan excluir el carácter antijurídico de ese acto a la luz del Derecho vigente. Otra cuestión que debiera plantearse, es el derecho a la no intervención del cuerpo como correlato del derecho a la integridad física del art. 19 N°1 CPR.

6. La autorización del aborto en el Derecho vigente

El aborto está, en principio, prohibido de manera absoluta a la luz del derecho vigente chileno, así lo ha entendido el país, así lo ha entendido la doctrina más conservadora³⁸. Los fundamentos, tal como se expresara más arriba, obedecen principalmente a criterios no vinculantes de carácter moral, o más bien religiosos subjetivos. Cualquiera sea la razón que subyace a esto, lo que resulta claro es que no se está atendiendo de manera real lo que el

³⁵Jarvis Thomson, J. *A defense of Abortion en Philosophy and Public Affairs*, Vol. I, N°1 (Autumn, 1971), pp. 62-64. "What we should ask is not wether anybody should be compeled by law to be a good Good Samaritan, but wether we must accede to a situation in wich somebody is being compeled –by nature, perhaps- to be a Good Samaritan [...] I have been arguing that no person is morally required to make large sacrifices to sustain the life of another who has no right to demand them, and this even where the sacrifices do not include life itself; we are not morally required to be Good Samritans or anyway Very Good Samaritans to one another".

³⁶Bascuñán R., A. *La licitud del aborto consentido en el derecho chileno* en Revista de Derecho y Humanidades, N°10, (Santiago: Universidad de Chile, 2004), p. 175.

³⁷*Ibidem*.

³⁸*Op. Cit* en n. 2.

embarazo implica para la mujer. Es decir, nunca en el discurso jurídico ni político se ha levantado un foro real donde se invite a las principales afectadas a ser parte de discusiones que las afectan directamente. Tal como se hace cuando se discute una ley que va a tener directo impacto en el medio ambiente, en la regulación de las empresas, etc., debiera en estos casos llamarse a las mujeres a participar de la decisión pues son ellas, finalmente, las directamente afectadas.

Estos problemas de consideración respecto de los intereses femeninos en esta materia, si bien es algo que ha estado bastante alejado de las políticas públicas en esta materia, no es al que se haya dejado absolutamente de lado en el debate de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

En las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente se rechazaron de manera diplomática las observaciones de Jaime Guzmán y de Enrique Evans, quienes sostenían, entre otras cosas, que “nadie tiene derecho a privar de la vida al que está por nacer cualesquiera que hayan sido las circunstancias de la concepción”. Ellos estimaban que “desde el momento de la concepción ese ser (sic) tiene alma, no hay duda de que el aborto está proscrito”. Ahora bien, Evans manifiesta sus dudas sobre “si se tiene el derecho de proyectar esa concepción personal e individual a la vida colectiva en una sociedad pluralista”. Se hace presente además que el legislador sí debería autorizar que se prive de vida al que está por nacer, especialmente en los casos en que se trata de un aborto terapéutico. Enrique Ortúzar sostuvo que “el señor GUZMÁN tiene razón, desde el punto de vista de la ortodoxia de los principios cristianos, disiente de su criterio, ya que desde una posición humana y social debe ser consecuente, pues si debiera afrontar el día de mañana si debiera decidir entre la vida de los seres queridos, entre el derecho a la vida de la madre o del hijo, optaría por el de aquella”³⁹.

Lo manifestado por la Comisión simplemente da cuenta de lo ya expuesto. La intención del Constituyente no era una prohibición absoluta del aborto, la intención del Constituyente era dejar un margen de flexibilidad al intérprete. De esta manera, la admisibilidad del aborto en ciertos casos no sólo sería posible por la vía legal a través de la aplicación de reglas

³⁹ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión N°87, celebrada en jueves 14 de noviembre de 1974, pp. 14-15.

generales, sino que también lo sería a la luz de la regulación constitucional. Las vías de defensa y los mecanismos procesales, serán tratados en el apartado a continuación.

7. Los argumentos de defensa en particular

Tal como se ha sostenido desde el principio, esta prohibición del aborto que establece el legislador, tanto en el Código Penal, así como en el Código Sanitario, es una prohibición aparentemente absoluta. Y es aparentemente absoluta, pues hay ciertos casos en que la realización del aborto es legal conforme al derecho vigente, pero esta admisibilidad varía caso a caso. Para ello, no obstante no tener la misma regulación que la alemana, en términos de que existan las indicaciones como mecanismos de revisión de la licitud del aborto, los criterios son similares.

Conforme a la ‘solución por indicación’ el aborto es, en principio, punible. Sin embargo, está justificado y es por ello impune cuando se practique por un médico a petición de la embarazada y preceda una indicación médica específica (Por ejemplo, que el embarazo provoque graves lesiones físicas o signifique un peligro de carácter psíquico para la madre, que el embarazo sea producto de un delito sexual, por una grave situación de necesidad de carácter social o por la especial juventud de la madre)⁴⁰.

En Chile, especialmente luego de la modificación del artículo 119 del Código Sanitario las indicaciones parecen ser algo cada vez más lejano, pues dicha disposición, aunque no con la misma nomenclatura, lo que establecía básicamente -en términos normativos- era un criterio similar al de la indicación terapéutica alemana. Para un mejor desarrollo de los argumentos se dividirá su tratamiento de acuerdo a los distintos tipos de aborto que regula nuestro ordenamiento jurídico.

a. Aborto terapéutico

La regulación del aborto terapéutico del artículo 119 del Código Sanitario, señalaba lo siguiente:

⁴⁰ Roxin, C. “La protección de la vida humana mediante el Derecho Penal”, conferencia en el Acto Académico de clausura X, cursos de postgrado en derecho, 25 de enero de 2002, traducido por Miguel Ontiveros Alonso, título original: “Der Schutz des menschlichen Lebens durch das Strafrecht”. p. 6.

“Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo que, para proceder, se requiere la opinión documentada de dos médicos cirujanos”.

Hoy sin embargo, dicho artículo señala que:

“No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.

Es decir, hoy en día no obstante esté en peligro la vida de la madre o la salud de la madre, no se permite, en principio, la interrupción del embarazo.

Nuestra legislación no ha definido ni lo que se entiende por aborto, ni cuáles serían dichos fines terapéuticos, pero parte de la doctrina entendió por la vía interpretativa, que se permitía el aborto realizado por un médico cuando “se trataba de salvar la vida de la madre a través de la muerte del feto”⁴¹. Según Politoff, Grisolia y Bustos, en la doctrina extranjera, se considera terapéutico el aborto y está permitido, si constituye “[...] el único medio para evitar un *serio y directo* peligro para la *vida o salud* de la mujer embarazada, con inclusión de las perturbaciones psíquicas graves con peligro de suicidio, como también la probabilidad de una permanente disminución de la capacidad de trabajo”⁴². Etcheberry además exigía que hubiera realidad o peligro inminente de la muerte de la mujer. Así también debía tratarse de un fin subsidiario, de *última ratio*, es decir, solo cuando no fuera posible salvarle la vida mediante otra modalidad⁴³.

La verdad es que cualquiera sea la interpretación que se le haya dado en su minuto, hoy eso podría parecer irrelevante pues dicha disposición está derogada, y porque la justificación de la legitimidad del aborto tiene una fundamentación de carácter suprallegal.

i. La legítima defensa como causal de justificación.

Para sostener la procedencia de la legítima defensa en el caso de que el embarazo produzca grave daño para la vida o salud de la madre, habría que partir reconociendo la calidad de

⁴¹ Etcheberry, A. *Op. Cit.*, en n 7, p. 105.

⁴² Politoff, Bustos, Grisolia. *Op. Cit.* en n. 6, p. 166.

⁴³ Etcheberry, A. *Derecho penal parte especial*, tomo III (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969, primera edición), p. 103.

persona del *nasciturus*. Tal como se vio más arriba, el artículo 74 CC impide este reconocimiento, tal como lo impide el artículo 19 CPR. No obstante, para quienes entienden que la protección que se debe dar al no nacido es idéntica a la de las personas, luego la procedencia de la legítima defensa respecto del no nacido no debiera restringirse⁴⁴. Esto pugna no solo con los requisitos del artículo 10 N°4 CP, pues es difícil justificar la existencia de una agresión ilegítima por parte del que está por nacer respecto de la madre. Es decir, no obstante la utilización del cuerpo de la madre le está provocando un daño o la muerte a la misma, no es posible atribuir intencionalidad a dicha afectación, por razones evidentes. Luego, es obvio también que el no nacido en su condición de tal, así como el nacido – niño o el loco, son inimputables⁴⁵. El no nacido no es capaz de realizar una acción -en sentido penalmente relevante- o una omisión -también en sentido penalmente relevante-

Otra interpretación, sería sostener que esta agresión no tiene como fuente de proveniencia al no nacido, la fuente generadora de agresión es el Estado, en tanto imposición de un deber de tolerancia con afectación corporal o vital en su propio interés, que si bien físicamente lo que genera el dolor o problema físico es el no nacido, y quien afecta por medio de la obligación de tolerar es el Estado. Por ejemplo, si el Estado estableciera una prohibición de realizar maniobras que tiendan a realizar trasplantes de corazón, o aun cualquier intervención en dicho órgano, pues son ‘el reflejo del alma’, por lo que si alguien tuviera una deficiencia cardíaca se vería en la obligación de tolerar dicha dolencia. Cualquiera que intervenga -probablemente quienes desarrollan la praxis médica- se encontrarían actuando de manera justificada no sólo por el artículo 10 N°6, sino también por el 10 N°10 CP.

De esta manera, cualquier acción que realice una persona para interrumpir el embarazo -prohibido por la modificación introducida al artículo 119 del Código Sanitario- es legítima defensa de terceros según las exigencias del artículo 10 N°5 ó 6 CP. Toda vez que alguien realice un aborto por razones terapéuticas, se encontraría en una situación de justificación legal por esa razón. Es decir, la situación que se generaría sería una situación análoga a la de la figura del homicidio: hay norma prohibitiva, pero su comisión en ciertos casos se encuentra justificada. Tal como lo plantea Judith Jarvis Thomson, en el sentido de que el

⁴⁴ Por todos Soto Kloss, E. *Op. Cit.* en n. 2.

⁴⁵ Cfr. Etcheberry, A. *Op. Cit.* en n. 7, p.

derecho a la vida no consiste en el derecho a no ser asesinado, sino más bien en el derecho a no ser asesinado injustamente⁴⁶.

La procedencia de la legítima defensa, si bien no resulta satisfactoria según la correcta interpretación del cómo se regula la tutela del *nasciturus*, entendido como objeto de protección y no titular de derechos fundamentales; sí debería resultar satisfactoria para aquéllos que defienden el estatuto jurídico del *nasciturus* de persona. Sería razonable y coherente.

El problema que se podría plantear aquí es respecto a la actualidad o inminencia de la agresión, pues es perfectamente posible que la afectación a la vida, integridad física o salud sea progresiva de acuerdo al avance del embarazo. Sin embargo, el requisito de la actualidad y la inminencia es un requisito alternativo, no copulativo.

Inminente es la lógicamente previsible'. Puede, en efecto ejercerse la defensa sin esperar el daño previsible, ya que si hay indicios evidentes de su proximidad, una mayor espera podría frustrar las posibilidades de la defensa y no sería razonable, por otra parte, exigir del agredido que 'pruebe' la fuerza del agresor antes de defenderse. No se exige tampoco que la agresión se encuentre técnicamente en grado de *tentativa* (art 7° Cp.), pues ya hemos señalado que no es requisito de ésta su carácter delictivo, sino solamente el ser ilícita⁴⁷.

La razón es precisamente que si se atiende a la inminencia, se previene el resultado que, de lo contrario, sería inevitable.

La verdad es que más que las objeciones respecto al ataque mismo, el problema puede plantearse por la persona del atacante ¿puede ser el Estado el autor de un ataque a un particular? La respuesta es sí, para algo están los derechos fundamentales como mecanismos de protección de los particulares. Sin ir más lejos, basta revisar el Título V, Libro II del Código Penal "De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos". Ahora bien, la pregunta es si el legislador puede

⁴⁶ Jarvis Thomson, J. *Op. Cit* en n. 33, p. 57. La expresión 'asesinato' ha sido tomada en sentido amplio, como la acción de dar muerte a otro, no en el sentido de homicidio calificado del artículo 391 N°1 CP. El texto original señala: "[...] the right of life consists not in the right not to be killed, but rather in the right no to be killed unjustly".

⁴⁷ Politoff, S; Matus, J.P; Ramírez, M.C. *Lecciones de Derecho Penal chileno, parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003), p. 219.

ser autor de una agresión por la imposición de ese deber de tolerancia y ahí es donde el argumento de la legítima defensa con esta última interpretación resulta insostenible. El legislador, por su calidad de tal, no puede contrariar al orden legal, por lo mismo sus actos serán siempre (en principio) revestidos de legitimidad. Otra cosa, sin embargo, es contrariar el orden constitucional, y eso sí que lo puede hacer.

ii. El estado de necesidad exculpante

En España, hasta hace muy poco, el aborto terapéutico se encontraba regulado según el régimen del estado de necesidad. Desde 1985 en España se encontraba legitimado el aborto en tres casos: riesgo para la salud física o psíquica de la madre, violación y malformación del feto. Eso cambió recientemente por la legitimación del aborto, permitiendo la interrupción del embarazo hasta las 14 semanas de gestación por causas diversas a las ya reguladas, con autorización de los padres si la mujer tiene menos de 16 años⁴⁸.

En Chile, la procedencia del estado de necesidad se ha visto un tanto dificultada por la restricción de afectación a la propiedad que establece el artículo 10 N°7 CP⁴⁹. No obstante, la construcción del estado de necesidad en tanto existencia de colisión de derechos fundamentales sí pareciera resultar plausible, lo que hay en el caso del aborto terapéutico no es sólo una afectación de autonomía reproductiva, en los términos vistos más arriba. En el caso del aborto terapéutico es simplemente una afectación de bienes jurídicos personalísimos de la mujer, ya sea vida o salud de la misma.

Lo que el legislador no ha advertido y, más que el legislador han sido los destinatarios de la norma, es que aquí no hay una ponderación de vida versus vida, aquí hay una ponderación de vida nacida más integridad física, más autonomía reproductiva en términos de privacidad versus un complejo de células o un feto dependiente de la mujer que forma parte de su cuerpo. Pero además no es vida de nacido versus vida de un nacido, es vida de una persona, versus potencialidad de vida de una persona, de un no nacido como dependiente del cuerpo de la mujer. Aquí sólo cabe un argumento *a fortiori*, es decir, si es legítimo en ciertos casos atentar contra la vida de un nacido, con mayor razón será legítimo hacerlo respecto de la vida de un no nacido. Y aun cuando la ponderación de derechos se diera en el

⁴⁸ Ley de Reproducción Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria, aprobada por el Senado con fecha 24 de febrero de 2010, que entrará en vigor dentro de cuatro meses.

⁴⁹ Al respecto, Politoff, S; Bustos, J; Grisolia, F. *Op. Cit.* en n. 6, pp. 166-167.

entendido de que lo que está en colisión es vida versus vida ¿cuál es la razón para justificar que el peso específico de la *vida* del no nacido es mayor que la vida de la madre?

“Si la madre y el niño tienen igual derecho a la vida, ¿no deberíamos tal vez tirar una moneda? ¿O deberíamos sumar al derecho a la vida de la madre el derecho a decidir qué pasa en y con su cuerpo, lo cual todos parecen dar por sentado- la suma de sus derechos ahora preponderantes que el derecho del feto a la vida?”⁵⁰.

De las causas analizadas por la Defensoría desde el inicio de la Reforma, no hay ningún caso en que la mujer se haya practicado un aborto por razones de riesgo para su salud. Esto no significa que estos casos no se hayan presentado, sino que simplemente no se han judicializado. La razón, probablemente, es que en el caso del aborto, a diferencia de lo que ocurre con infanticidio, la *praxis* médica tiene alta influencia no sólo en el diagnóstico (embarazo, malformaciones, riesgo para la salud, etc.), sino que también en la práctica de procedimientos abortivos especialmente en la etapa temprana del embarazo. Es decir, muchas de estas intervenciones tienen lugar en clínicas privadas, donde es un procedimiento estándar que no es considerado siquiera aborto. Lamentablemente, esos datos no están esclarecidos, pues son procedimientos que se realizan en el contexto de una intervención médica, en la cual lo que hay es primacía de la *lex artis*. Ahora bien, hay otros casos en los que por lo avanzado del estado de la mujer, no se hace una extracción pues se trata de un feto y no de células. Estos son, por ejemplo, los casos de fetos anencefálicos, los cuales o ya están muertos dentro del útero, o bien morirán tan pronto sean expulsados. Muchas veces la mujer en estos casos es obligada a llevar a término el embarazo hasta que se produzca una expulsión espontánea por ella.

El Estado fuerza a la mujer a cargar nueve meses un feto ya muerto o que morirá tan pronto nazca pues carece de órganos cerebrales. ¿Parece eso razonable?, ¿puede la mujer ser obligada a tolerar un embarazo en el cual al interior ya tampoco se puede hablar de vida? La verdad es que ese tipo de prácticas son más bien conductas bárbaras en las cuales esta imposición estatal se acerca bastante a lo que podría ser considerado una conducta tortuosa. No por nada el Comité CEDAW ya hizo una observación a la normativa vigente sobre aborto en Chile solicitando una revisión de la misma, lo mismo respecto de la Convención

⁵⁰ *Op. Cit.* en n. 46, texto original: “If the mother have an equal right to life, shouldn’t we perhaps flip a coin? Or should we add to the mother’s right o life her right to decide what happens in and on her body, which everybody seems to be ready to grant- the sum of her rights now outweighning the fetus’ right to life?”

Belém do Pará. Respecto del delito de aborto expresan su preocupación por el insuficiente reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres. Señalan que, en especial, es una violación a los derechos humanos que exista una ley que penalice el aborto de la forma como lo hace en nuestro país, pues afecta la salud, aumenta la mortalidad materna y la pena de cárcel agrava el sufrimiento de las mujeres. Señalan que el Gobierno debe revisar las políticas relativas al aborto para proveer aborto seguro⁵¹.

La construcción del estado de necesidad como justificación supralegal, ya fue planteada por Roxin, precisamente a raíz de la situación de la mujer embarazada, y señala la premisa básica del estado de necesidad exculpante: que en caso de colisión ineludible de intereses contrapuestos, el sujeto actúa conforme a derecho si da preferencia al interés que considera más valioso frente al menos valioso y con ello en definitiva hace algo provechoso⁵². Y el cambio de la concepción de bienes jurídicos por intereses, no fue arbitrario, pues lo que se trató de hacer mediante ese cambio fue abarcar las circunstancias del caso concreto. Mediante la consideración de las variables del caso concreto, y de la atención a la teoría del fin, permitieron que el estado de necesidad de construcción supralegal tenga la acogida en la doctrina y jurisprudencia alemanas⁵³. En Alemania el aborto aún se encuentra prohibido en el § 218, pero tienen una regulaciones exhaustiva respecto a las situaciones justificantes de su práctica, cuestión que se vio impulsada por la doctrina y jurisprudencia, en particular, por el llamado Proyecto Alternativo del Código Penal, entre quienes se encontraba Claus Roxin.

iii. Fuerza irresistible o miedo insuperable

La fuerza irresistible o miedo insuperable en tanto circunstancias que eximen de responsabilidad penal, operan sobre la base de que en una circunstancia dada, no le es exigible a una persona un determinado comportamiento debido a lo extremo de la situación. En este sentido se ha sostenido que “el derecho penal no puede exigir a la persona que, no obstante ello, actúe como lo haría un santo o un héroe”⁵⁴. La mujer que consiente en que se

⁵¹ Garafulic, P. “Mujer y derecho, una aproximación a la Situación Legal de la Mujer” en *Tres Países Latinoamericanos: Argentina, Perú y Chile*, (Santiago: Morgan Impresores, 2001), p. 220.

⁵² Roxin, C. *Op. Cit.*, en n. 34, p. 672.

⁵³ *Ibid.*, p. 674.

⁵⁴ Náquira, J. “Artículos 10 N°s 8° y 9°”, en (dirs.) Politoff, S.; Ortiz, L., (coord.) Matus, J., *Texto y comentarios al código penal chileno*, Tomo I, primera parte. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002), p. 148.

le practique un aborto o bien en que ella misma es quien ejecuta el acto, debiera quedar exenta de responsabilidad penal por esta causal. Quien ve peligrar su vida, quien ve en riesgo su salud o, incluso, quien teme por las consecuencias familiares o reproches sociales (pérdida de la escolaridad, violencia por parte de su familia, etc.), debiera quedar cubierta por esta situación. De los casos de aborto que fueron revisados, prácticamente todos los casos que deberían haber quedado comprendidos en esta situación, fueron considerados casos de aborto *honoris causa*.

La mujer que se embaraza y que no desea tener ese hijo por alguna de las razones que recién se expusieron, es alguien que sin duda actúa con miedo insuperable, el temor a quedar sin casa, educación, familia, nos lleva a la convicción de que el aborto se practica pues se actúa con miedo insuperable. Entendiéndose que actúa de esta manera, quien “...obra impulsado por un miedo insuperable quien, sobre la base de un temor humanamente comprensible, realiza una conducta típica y antijurídica para evitar la concreción de un peligro o mal grave (real o aparente) que amenaza a él o a un tercero de forma inminente, lo cual jurídico-penalmente no está obligado a resistir”⁵⁵. El miedo insuperable, podría señalarse como la causal más frecuente por la cual las mujeres llegan a tolerar o a cometer por sí un aborto, la razón es que el embarazo que termina en aborto es no deseado por la mujer, ya sea porque interfiere con su plan de vida, porque es consecuencia de una relación sexual no deseada, porque pone en riesgo su vida o salud, porque el feto tiene certeza o alta probabilidad de malformaciones o de sufrimiento por problemas del feto si llegase a nacer, etc.

La procedencia de esta causal de exculpación, también podría sostenerse en un argumento *a fortiori* respecto del homicidio, aunque algunos autores la limitan sólo respecto a los casos en que haya riesgo para la vida de la mujer⁵⁶. La verdad es que si el argumento es que se opere incentivado por un temor humanamente comprensible, el caso del aborto debiese ser idéntico.

iv. El ejercicio legítimo de un derecho

⁵⁵ *Idíd.*

⁵⁶ Etcheberry, A. *Op. Cit.*, en n. 7.

En el caso del facultativo, lo lógico sería considerar que él actúa conforme al artículo 10 N°10 CP⁵⁷. Ya se dijo que en materia de aborto, la praxis médica tiene gran influencia, no solo porque son ellos quienes deberán tomar la decisión, llegado el minuto, entre salvar al no nacido o salvar a la madre; sino porque, en general, si tuviera lugar su intervención, podrían ser sancionados con pena agravada conforme al artículo 345 CP. La exigencia es que se trate de un facultativo -que según lo revisado más arriba no solo se restringe a los médicos-, pero además debe intervenir *abusando* de su oficio. Para algunos, se entiende que abusa cuando se extralimita de los principios y límites que la *lex artis* le impone en el ejercicio de su profesión, de manera que se encontrará abusando de su oficio cuando no respete dichos principios⁵⁸. Otros, por su parte, han entendido que no se encontrará abusando de su oficio, siempre que actúe con fines terapéuticos, que su actuar conduce al bienestar físico o psíquico de su paciente⁵⁹. El art. 10 N°10 CP, es una metaregla y la forma correcta de entenderlo es en el entendido de que frente a un peligro para la vida de la madre y un peligro para la vida del feto, el médico tiene que elegir y en ese caso está frente a una colisión de deberes: o salva al feto o salva a la madre. El aborto terapéutico así entendido sería lícito siempre que la acción realizada por el médico no tienda a la sola muerte del feto sino que igualmente haya intención de salvar a ambos, debido a lo cual la muerte del feto es una consecuencia prevista, pero no buscada por el profesional. Bajo ese supuesto el médico sí debiera quedar amparado por el 10 N°10 CP. Esto es lo que se llama el doble efecto o voluntario indirecto, pues hay un efecto previsto pero no querido que es la muerte del feto.

b. Aborto *honoris causa*

Del total de las causas de aborto revisadas en el estudio realizado por la Defensoría, el 16.1% del total de casos fue cometido por razones *honoris causa*.

De las carpetas revisadas, en muchos casos donde se invocó dicha causal, en estricto rigor, se trataba de un caso de indicación criminológica; eran casos de embarazos no deseados producto de una violación⁶⁰. Hoy estos casos deberían reducirse en virtud de la entrega

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Garrido, M. *Op. Cit.* en n. 6, p. 117.

⁵⁹ Politoff, S., Bustos, J., Grisolia, F. *Op. Cit.*, en n.6, p. 165.

⁶⁰ Politoff, Bustos y Grisolia llaman a este tipo de aborto "ético social" y lo definen como aquel que "tiene por objeto la eliminación del producto de la concepción que proviene de un hecho delictivo". *Ibid.*, p. 173.

gratuita por parte de los consultorios médicos de la llamada píldora del día después, así como de otros mecanismos de prevención de natalidad. Los abortos cometidos en este supuesto -luego de los casos de aborto terapéutico- debieran ser los más aceptados por nuestros tribunales, no sólo pues la obligación de tolerancia para la mujer sería definitivamente desproporcionada sino porque, en efecto, la entrega del anticonceptivo de emergencia provisto para este tipo de casos no es tan eficiente como debiera ser, y la realidad es que no existe tal distribución gratuita.

Ahora bien, el argumento más fuerte para esta admisibilidad de impunidad en estos supuestos viene dado por los razonamientos de la Comisión Constituyente⁶¹. La opción por dejar cierto margen al intérprete, permite que en casos como estos se dé cierta flexibilidad para la práctica legítima de un aborto.

De todas maneras, la argumentación supralegal al respecto pareciera ser igualmente adecuada, pues en este caso no sólo se está imponiendo un deber de tolerancia de un embarazo no deseado, sino que se está legitimando el embarazo forzoso, producto de relaciones sexuales no queridas por parte de la mujer. Esto no sólo contraviene el texto constitucional y legal, sino que además el artículo 7 g) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, pues considera crimen de lesa humanidad el embarazo forzoso. Ahora bien, es cierto que dicha disposición se ve restringida respecto de los móviles por cuanto limita dicha prohibición a los casos en que se quiera modificar una determinada etnia. Ello no implica que en los demás casos el embarazo forzoso sea legítimo, lo que se hizo en dicha disposición fue una situación meramente ejemplar. Y aunque así fuera, la obligación de tolerancia de un embarazo no deseado contraviene lo dispuesto en la letra k) de dicha disposición: “Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud”. Tanto las causales iii y iv del apartado anterior, les serían aplicables como defensa plausible para quien comete un aborto en estas circunstancias.

Históricamente el aborto *honoris causa* ha sido entendido como aquél donde está en juego el honor de la mujer, como consideración del embarazo en tanto consecuencia de una relación sexual socialmente reprochable y no concordante con el debido comportamiento

⁶¹ *Op. Cit.*, en n. 7.

que ésta debiese tener en este ámbito⁶². La doctrina mayoritaria concuerda en que el carácter *honoris causa* de este aborto es una situación personal e incommunicable de la mujer⁶³. La pregunta, sin embargo, es si se justifica la mantención de este criterio. Si bien es un tipo privilegiado, los criterios que sostienen su existencia son de carácter moral, de moral social sexual, pues el legislador parte de la base de que respecto de la mujer hay un cierto comportamiento sexual adecuado, o más bien debido. Este razonamiento, también existe respecto del hombre, basta para ello examinar el artículo 365 CP que sanciona la sodomía. Pues bien, esto es coherente con las concepciones que tiene el legislador de la mujer y del hombre, mas una vez que exista una regulación que se condiga con los derechos fundamentales de la mujer, bueno sería derogar los artículos que sitúa a la mujer en un lugar diferenciado sexualmente al del hombre. Un ejemplo claro de esto, era el antiguo art. 372 bis del Código Penal, que sancionaba de manera diferencia la violación con homicidio para hombres y mujeres, pues mientras en el caso de las mujeres, se restringía a la cavidad vaginal y en el del hombre a la cavidad anal -por razones obvias- quedaba fuera la violación anal con homicidio de la mujer.

Resta decir en todo caso, que aun con la regulación vigente, la mujer que se practica sola un aborto, tiene grave riesgo para su salud, de manera que lo más probable, así como ocurrió en la totalidad de los casos que fueron revisados por la Defensoría, termine en un centro asistencial con grave riesgo, siendo denunciada por algún facultativo.

c. Otros casos de aborto consentido

Dentro de los casos revisados, sólo restan dos causales que fueron invocadas como las razones que llevaron a las mujeres a practicarse un aborto: razones socioeconómicas y problemas de salud del no nacido.

Si bien las razones socioeconómicas sí son consideradas como indicaciones posibles en derecho comparado, la verdad es que su justificación resulta un tanto más dificultosa, pues en Chile, ni en la Comisión Constituyente, ni en los tratados internacionales, se ha hecho mención a una razón de esta naturaleza. Para Bustos, Politoff y Grisolia, esta situación podría afrontarse de dos formas: a) o entender que el embarazo para la mujer, ya sea debido

⁶² Politoff, S., Bustos, J., Grisolia, F. *Op. Cit.*, en n.6, pp. 173-174; Etcheberry, *Op. Cit* en n. 7, pp. 102-103; Garrido, M. *Op. Cit.* en n. 6, pp. 115-116.

⁶³ *Idíd.*

a la numerosa familia que tiene o bien porque implica una carga para ella que es imposible de soportar, debiera ser defendida conforme a la causal de exculpación del artículo 10 N°9 CP; b) si se trata de casos en que la mujer pierde su trabajo producto del embarazo, o sus estudios por esta razón, esto no alcanzaría a configurar una causal de exculpación, pero sí alcanzaría a fundamentar una situación de culpabilidad disminuida por el artículo 11 N°5 CP⁶⁴.

No obstante esta causal sería una buena estrategia de defensa, es posible con más fuerza sostener la procedencia del art. 10 N°9 CP, ello no sólo pues un aborto que se motiva por estas razones también obedece a una consideración de miedo insuperable. En el entendido de que lo que implica ese embarazo es simplemente la imposibilidad de mantención del hogar, y con ello, por supuesto, un déficit en cuanto a alimentación, abrigo, educación, etc.; sino también pues la obcecación y el arrebató, tienden a operar como características estigmatizantes que se corresponden con un comportamiento errático de la mujer. El problema que hay con este argumento es que reitera patrones de percepción de la mujer, no solo en tanto exista su estado de gravidez sino en el desarrollo de su vida cotidiana como rasgos característicos.

Si se puede levantar el argumento con prescindencia de estereotipos y apelando a criterios objetivos médicos que den cuenta de una variación hormonal propia del embarazo, el argumento es procedente; de lo contrario, es mejor preterirlo, pues hay que desprender a la mujer de ese estigma visceral que se le atribuye cada vez que actúa 'fuera de lo esperado'. Lo razonable entonces, sería utilizarlo con responsabilidad, acompañado de los peritajes correspondientes.

Los casos de abortos de fetos que tienen malformaciones o problemas médicos diversos, son difíciles de justificar, pues su admisibilidad nos llevaría definitivamente al fomento de una sociedad que tiende a crear seres humanos perfectos. Hoy en día la manipulación genética permite no sólo elegir el sexo de las personas, sino también el color de pelo, las aptitudes mentales, etc., pero esa no es razón para permitir el aborto indiscriminado en razón de deficiencias físicas. De todas las causas revisadas por la Defensoría, sólo una de ellas tiene como móvil del aborto la malformación del feto. Ello no implica, sin embargo, que este tipo de causal no exista. Sólo da cuenta de la falta de judicialización de estos

⁶⁴ Politoff, S., Bustos, J., Grisóla, F., *Op. Cit.*, en n.6, p. 175.

casos. Por ejemplo, aquéllos casos de fetos anencefálicos, donde puede que no haya una razón para poner en riesgo la vida de la madre, pero es evidente que obligarla a llevar a término un embarazo donde el no nacido no vivirá un momento siquiera, es simplemente una forma de tortura inadmisibile en un Estado que se diga respetuoso de los derechos humanos.

d. Las vías legales

Evidentemente, todos los argumentos de juicio deberán hacerse valer en su oportunidad, aun cuando de todos los casos de aborto revisados, un 58,7% se resuelven a través de procedimiento simplificado; un 25,9% lo hace como procedimiento abreviado; mientras que sólo un 7,5% de los abortos termina a través de un juicio oral.

De un 100% de imputadas por delitos de aborto a la mayoría, 41,5% del total, se les otorgó una salida alternativa del procedimiento, que con un 100% se terminó por una suspensión condicional del procedimiento.

En segundo lugar, respecto de aquellas imputadas a las que el tribunal resuelve condenarlas con pena privativa de libertad, a un 20,3%, se les otorgó alguna medida de cumplimiento alternativo de la Ley N°18.216.

Como tercera mayoría -con un 12,7%- algunas de las causas de mujeres formalizadas son sobreseídas definitivamente, principalmente por principio de oportunidad. También encontramos que un 11% de las causas en que se imputa el delito conforme al artículo 344 CP, son derivadas, ya sea a otros tribunales (como el de menores, en el caso de imputadas menores de edad) o a abogados particulares. Esto trae el problema de discusión de las agravantes y atenuantes, así como de las causas de justificación, las cuales muchas veces no alcanzan siquiera a plantearse, pues se prefiere optar por este tipo de medidas. Este es un defecto del sistema procesal, donde la negociación entre los operadores del sistema, ha adoptado un protagonismo que puede ser preocupante.

En la práctica entonces, pareciera resultar más eficiente ya sea aceptar la responsabilidad, o bien llegar a un acuerdo con el fiscal, antes que pasar a un juicio oral. Esto es ya una característica de nuestro sistema procesal, y es la razón de que exista una baja judicialización de este delito, y de que si es que existe quede en manos de un abogado particular. Sea cual sea la vía, lo que correspondería hacer si se tratara de un caso de los

vistos más arriba, sería solicitar por la vía de un control de constitucionalidad concreto, pedir a través de un recurso de inaplicabilidad que no haga aplicable la disposición al caso concreto. Para Bascuñán Rodríguez, por ejemplo, la vía del recurso de inaplicabilidad es la única que permitiría validar la procedencia de la justificación del artículo 10 N°10 CP, pues la sola referencia a la *praxis* médica o ética médica no basta⁶⁵.

Es evidente, según lo revisado, que el deber de tolerancia de la mujer respecto al embarazo no es un deber irrestricto, admite limitaciones y excepciones en ciertos casos. Uno de los mayores problemas hoy, es que nuestros actores operan con lecturas que se alejan cada vez más de lo que la Comisión Constituyente efectivamente pretendía respecto al derecho a la vida. Por su parte, resultaría casi risible el intento de un recurso de protección en caso que la vida de una mujer se viera afectada por un embarazo no deseado, ni pensar en que se afectara su salud psíquica o integridad física. Hay que intentarlo de todas maneras, pues si se quiere llevar algún caso a una corte internacional, hay que agotar las vías legales internas y estos pasos son necesarios.

8. Los problemas de *íter criminis*

En materia de *íter criminis* es donde nos encontramos con la mayor cantidad de problemas. La razón es que una vez que se produce el nacimiento, luego lo que ocurra con el nacido será considerado un delito contra las personas que escapa a la regulación del aborto y que se sitúa en la regulación del infanticidio conforme al art. 394 CP.

¿Cuándo se produce el nacimiento? Si conforme a lo revisado más arriba, las personas son tales desde que se separan de la madre, y es persona todo aquél que se ha separado completamente de la madre y sobrevive un momento siquiera, ¿cuándo hay separación completa de la madre?, ¿qué pasa con la interrupción temprana del embarazo en que no se da muerte al feto sino que sobrevive ya como persona?, ¿qué pasa si se interrumpe tempranamente el embarazo y el nacido muere producto de su estado prematuro, pero con posterioridad a las 48 horas?

Podría decirse que la consumación del aborto se produce con la expulsión del feto. Luego, si solo hay interrupción del embarazo, sin expulsión del feto, recién se podría hablar de tentativa o bien frustración dependiendo del caso, pero no de aborto consumado. Si nos

⁶⁵ Bascuñán R., A. *Op. Cit.*, en n. 7, pp. 162-163.

regimos por la definición de persona del art. 74 CC., es evidente que no bastaría con la expulsión del feto, sino que además habría que requerir corte del cordón umbilical, pues de lo contrario no habría separación total.

La tesis de entender que la cesura entre la vida dependiente y la vida independiente se produce con el corte del cordón umbilical, es una tesis que corresponde a la doctrina civilista más tradicional⁶⁶. Esto es compatible con la concepción de persona que establece el Código Civil, y especialmente con el artículo 74 inciso segundo de dicho cuerpo legal, que señala:

“La criatura que muere en el vientre materno o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”.

Si bien la ley es clara, estas concepciones civilistas puede que no coincidan con la concepción penal de nacimiento y lo que se comprende como posible objeto de ataque, por lo que el argumento del corte de cordón sería insostenible. Esta doctrina, apunta más bien a salvar el momento que, en Derecho comparado, quedaría cubierto por la figura del feticidio, que en Chile no está regulado y que nos llevaría a una etapa entre el parto propiamente tal y el nacimiento -entendido como separación total de la madre- lo cual implicaría necesariamente impunidad.

La razón entonces es precisamente tratar de establecer por la vía interpretativa una solución de continuidad entre el delito de aborto (como figura penal que cumple con el mandato constitucional de tutela del que está por nacer) y el delito de homicidio y sus variantes (como figura penal que cumple con el mandato constitucional de protección de la vida de las personas), que el legislador no hace y eso es problemático⁶⁷. Es contraintuitivo tratar de proteger como persona a quien no es persona, y tratar de proteger como feto a quien no es feto. Sin embargo, una desprotección total, nos lleva a un absurdo de tutela, pues eso implicaría que mientras más se acerca el no nacido a la vida independiente, se produciría un

⁶⁶ Véase Ducci, C. *Derecho Civil*, parte general, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002), p. 112.

⁶⁷ Véase al respecto a Del Río, quien es de la idea de sostener que el acto intermedio entre que se produce la separación completa de la madre y el embarazo como contención completa del feto, sería impune. Del Río, R.: *Derecho Penal*, tomo III (Santiago: Editorial Nascimento, 1935), p. 371.

momento de desprotección total en que cualquier acto que tienda a su destrucción sería impune. Esto es absurdo -si uno entiende a la tutela penal como una regulación con solución de continuidad- pues además, no sólo se trataría de impunidad en caso que haya interrupción temprana del embarazo, sino porque aun cuando se tratara de un embarazo de término, cualquier acto que tienda a su destrucción en ese momento debería ser considerado impune. Por otra parte, sin embargo, el principio de legalidad, en sentido estricto, impide que se haga una interpretación extensiva de los tipos penales. El rol del intérprete debe tender a una interpretación *infrainclusiva*, por estas consideraciones; y no *sobreinclusiva*, pues solo eso es coherente con un Estado de derecho que respeta a cabalidad el principio de legalidad, lo demás es pura arbitrariedad.

Si bien es cierto que los casos que no quedan cubiertos a primera vista por el tipo penal, podrían incluirse por la vía de una interpretación teleológica⁶⁸. El problema con esto es que podríamos llegar a una criminalización excesiva, por la vía interpretativa, más allá de lo que ya se ha hecho con medidas como la agenda corta o la tendencia sostenida al endurecimiento de las penas y a la reducción de las garantías durante el proceso penal.

Contra de la tesis del corte del cordón umbilical como cesura de la vida dependiente e independiente, se sostiene que el corte de cordón es un hecho que queda entregado a un tercero, de manera que la cesura entre el delito de aborto, por una parte; y los delitos de infanticidio, parricidio y homicidio, por la otra, quedaría entregada a la mera voluntad de un tercero⁶⁹. Pero este argumento es igualmente débil, pues parte de la base que los delitos operan con el criterio del legislador, con prescindencia de la acción humana, cuando ésta última es la esencia de la configuración de un hecho delictivo ¿o acaso el violador no decidió también él, dar el paso de acceder carnalmente a otro y así ya no sólo configurar abuso sexual, sino también violación? Es evidente que esto queda entregado en manos de un tercero.

El otro argumento, para rechazar la tesis del cordón, es que el feto en realidad está unido a la placenta y no a la madre. Pero bueno, ¿acaso la placenta no está dentro del cuerpo de la mujer?, ¿por qué no considerarlo parte de ella? Si así fuera, entonces tendríamos que

⁶⁸ Silva, J. "Sobre la interpretación teleológica en Derecho Penal" en *Estudios de filosofía del derecho penal*, Díaz y García (eds.), Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 378.

⁶⁹ Este es precisamente uno de los argumentos de Bascuñán R., para desechar la tesis del corte del cordón como cesura admisible entre uno y otro nivel de la vida. Bascuñán, A. *Op.Cit.* en n. 7.

entender que los fluidos, los tumores, los óvulos, etc., no son parte de la mujer, pues luego se expulsan, absorben, etc.

Uno de los criterios más asentados por la doctrina para entender que el aborto se consuma por la mera expulsión, es la tesis de la individualidad como criterio dominante. El fundamento de este criterio hace referencia al artículo 55 CC como fundamento, señalando que la separación completa de la madre no se refiere a una cuestión espacial, sino más bien fisiológica y, principalmente, respiratoria⁷⁰. El problema de esta tesis, sin embargo, es que esta facultad respiratoria es posible que la tenga un feto de incluso cinco meses, lo que haría difícil establecer la cesura entre aborto e infanticidio si es que, por ejemplo, se produce interrupción del embarazo con sobrevivencia del feto y luego con muerte posterior. Podríamos estar incluso frente a una situación de aborto consumado (si la tesis es la de la expulsión) y homicidio, parricidio o infanticidio, dependiendo del caso. Esto es útil, mas peligroso, ya que un feto que es expulsado y respira sería ya considerado persona y, por tanto, objeto de protección de tipos penales como el infanticidio.

De esta manera, si el feto muere unos minutos luego de expulsarse, podría configurarse una situación de comisión por omisión. En definitiva estaríamos frente a un aborto consumado, pues se expulsó y respiró, y frente a un infanticidio, homicidio o parricidio dependiendo del caso si entendemos que el deber de garante se configura por injerencia, por creación de peligro debido a la extracción temprana. Esa tesis es inadmisibles y llevaría a una pena desmesurada y excesiva desconociendo el principio de proporcionalidad. Lo que habría es un concurso, que en estricto rigor sería auténtico ideal, por lo que se resolvería por el artículo 75 CP, pues hay unidad de acción. La prevención eso sí, está en que para que haya concurso auténtico, debe haber pluralidad de bienes jurídicos afectados, y para quienes sostienen que es la vida tanto en aborto como en infanticidio el bien jurídico protegido, esta solución es inviable. Si, por otra parte, entendemos que es el mismo bien jurídico involucrado, luego hay concurso aparente y ahí queda el problema de ¿con qué criterio se resuelve?, ¿especialidad, consunción, subsidiariedad?

La tesis de la respiración, entendida como criterio de autonomía de la criatura frente a la madre, nos deja con el problema absurdo de tener que entender que podría haber punibilidad por aborto e infanticidio y eso es excesivo.

⁷⁰ Etcheberry, A. *Op. Cit.*, en n. 7, pp. 34-39. Politoff, S; Bustos, J.; Grisolia, F. *Op. Cit.* en n. 6, pp. 44-50.

El argumento más razonable para prescindir del criterio de corte de cordón, es simplemente que en algunas ocasiones, existen abortos que son practicados en una etapa tan temprana, que no es posible que el cordón umbilical sea cortado, de manera que no podría configurarse el delito. La verdad es que el cordón no es lo determinante, lo determinante es que se encuentre separado totalmente de la madre, sea que se haya hecho corte de cordón, sea que se haya roto solo o que se haya expulsado la placenta con cordón incluido. Ahora bien, no basta con la pura separación, es necesario también que haya interrupción temprana del embarazo y que el feto esté dentro del vientre materno vivo. La extracción de un feto anencefálico, por ejemplo, es ciertamente impune, pues no hay germen de vida que proteger. Sólo concurriendo estos dos requisitos, se puede hablar de que ha habido aborto consumado, de lo contrario: o hay frustración o hay impunidad.

9. ¿Es necesaria la muerte del feto?

Si somos estrictos con las reglas de verificación del aborto, no debiera ser necesaria la muerte del feto para que se consume el delito, pero si es una consecuencia de las maniobras abortivas, no se configuraría un delito diferenciado. Es decir, no es exigible que el feto muera luego de que ha sido separado de la madre, pero si así ocurre, esto no configuraría un infanticidio, parricidio u homicidio, sino que sería un resultado del aborto y en esos casos el aborto se transformaría en un delito de resultado cortado. Si se formularan cargos por aborto e infanticidio o alguna figura análoga, habría clara infracción al *ne bis in idem*.

IV.El infanticidio en particular

El infanticidio se sitúa en el primer nivel de protección de la vida, esto es, la vida independiente. La regulación del infanticidio, conforme a la sistemática del Código da cuenta de un cambio en cuanto al objeto de protección y, consecuentemente, del objeto de ataque. El infanticidio además de tener mayor penalidad que el aborto, sistemáticamente se encuentra regulado bajo el título “Delitos contra las personas”, Libro II, Título VIII, del Código Penal. En el caso del infanticidio, no hay duda que lo que se está atacando es una persona, la discusión por el comienzo de la vida ya no es pertinente. Lo que sí es pertinente es preguntarse qué justifica el paso de una penalidad agravada, que es el caso del parricidio;

versus una penalidad atenuada, que es el caso del infanticidio. Es evidente que el caso del homicidio se rige por las reglas generales y no merece mayor reflexión.

1. La fundamentación del infanticidio

Originalmente el infanticidio encontraba su fundamento en el honor de la madre, tal como lo encuentra el aborto *honoris causa* en dicha regulación, sin embargo, esta causal fue preterida en nuestra legislación y se la dejó circunscrita solo a un rol de atenuante.

Cuesta a nuestra doctrina explicar la fundamentación del infanticidio como tipo especial privilegiado respecto del homicidio, y como especialmente privilegiado respecto del parricidio, siendo ambos especiales. Así, Politoff, Bustos y Grisolía, proponen de *lege ferenda* eliminar este tipo penal o bien restringirlo sólo a la autoría de la madre⁷¹. La verdad es que ya la justificación de las 48 horas como límite entre un tipo penal y otro son difíciles de justificar en relación al bien jurídico afectado. La única razón que permitiría esto, sería el estado puerperal de la madre, es decir, ese estado especial fácilmente constatable que tiene lugar con posterioridad al parto. Ahora bien, que ese estado dure 48 horas, es una situación que varía tanto como distintas mujeres haya. Según la Real Academia de la Lengua Española, el estado puerperal, que dice relación con el puerperio, se define en dos sentidos:

- i. Período que transcurre desde el parto hasta que la mujer vuelve al estado ordinario anterior a la gestación.
- ii. Estado delicado de salud de la mujer en este tiempo.

Sostener que la mujer vuelve al estado en que se encontraba antes de la gestación tras 48 horas de nacida la criatura, es una afirmación poco razonable respecto a lo que el proceso de gestación, parto y crianza significan. La burda visión del legislador es tal, que incluso en la Comisión Redactora, el comisionado Reyes sostuvo de alguna manera que por la incipiente trayectoria de vida del recién nacido, su muerte producía menos alarma que la de un hombre ya crecido⁷². Esto no es sólo contradictorio con todas las reflexiones sobre aborto, sino también con la defensa férrea de la vida que han librado dogmáticos, académicos, políticos, gobernantes, etc. No obstante ser un argumento insostenible, no sólo

⁷¹ Politoff, S., Bustos, J., Grisolía, F., *Op. Cit.*, en n.6, p. 106.

⁷² Actas de la Comisión redactora, Boletín de sesiones, p. 107.

por coherencia, sino que por fundamentación. Lo que no se ha advertido hasta ahora es que, efectivamente, la legitimación del infanticidio no pasa por una consideración al objeto de protección, sino que por una consideración a la madre. Ahora bien, esto tiene el inconveniente de que no es pura normatividad lo que hay detrás de esto, sino que hay una vinculación necesaria con la praxis médica. Si el argumento es estado puerperal, entonces respecto de cada mujer que ha parido, habría que necesariamente hacer un peritaje para saber cuándo volvió al estado en que se encontraba previo a la gestación.

Un argumento de *lege ferenda* entonces, sería mantener al infanticidio como figura privilegiada y especial, mas especial sólo respecto de la madre y sin la restricción de las 48 horas que más que un límite objetivo es un límite arbitrario, incorporando entonces el peritaje en cada caso concreto para establecer *ex -post* cuándo se produce el término del período puerperal. Si de argumentos de género se trata, luego el estado de embarazo y parto es una afectación que incide directamente en la mujer y en nadie más. Y si de argumentos penales se trata, el derecho penal mínimo, o más bien el carácter de última ratio del Derecho penal, hacen que la legitimación diferenciada del *ius puniendi* en razón de las 48 horas como límite objetivo de punibilidad entre una pena que puede llegar a presidio perpetuo calificado y una que sólo lo hace hasta el presidio mayor en su grado medio sean pura arbitrariedad, que no se condicen ni con una teoría de la pena moderna, ni con un Estado democrático de derecho que se precie de tal.

En este sentido, Beccaria ya lo adelantaba cuando señala la falta de sentido de este delito

El infanticidio es igualmente efecto de una contradicción inevitable, en que se encuentra una persona que haya cedido o por violencia o por la flaqueza. Quien se ve entre la infamia y la muerte de un ser incapaz de sentir los males, ¿cómo no preferiría ésta a la miseria infalible en que serían puestos ella y su infeliz parto? El mejor modo de evitar este delito fuera proteger con leyes eficaces la flaqueza contra la tiranía, lo cual exagera los vicios que no pueden cubrirse con el manto de la virtud.

Yo no pretendo aminorar el horror justo que merecen esas acciones, pero señalando sus orígenes me juzgo con derecho de sacar una consecuencia general, esto es, que no se puede llamar precisamente justa (vale tanto como decir necesaria) la pena de un delito, cuando la ley no ha procurado con diligencia el mejor medio posible de evitarlo en las circunstancias existentes de una nación⁷³.

⁷³ Beccaria, C. *De los delitos y de las penas* (México: Fondo de Cultura Económica, 2000), p. 294.

De *lege ferenda*, también podríamos decir que el infanticidio, así como el aborto, más que delitos que deban ser regulados por la vía del Derecho penal, son actos que en vez de ser considerados delictivos, debieran ser regulados a través de políticas públicas: prevención de natalidad, regulación del aborto y tutela efectiva de las madres que tienen a sus hijos en especial situación de vulnerabilidad.

2. El contexto del infanticidio

El infanticidio, puede ser considerado, en definitiva, una consecuencia de la falta de regulación del aborto. No hay que olvidar que del total de causas de infanticidio revisadas por la Defensoría, el 82,6% de las mujeres que comete infanticidio oculta su embarazo, ya que temen a la reacción que podrían tener sus padres y sus familiares en caso de que se enteren de su estado.

Si se considera, por otra parte, que el 65,2% de las mujeres imputadas no tenía pareja estable al momento de cometer el infanticidio y que la mayoría vive de allegada, no es sorprendente que intenten esconder su embarazo para no generar conflictos dentro del grupo doméstico. Esto no debería pasar, pero en un país cuyas políticas públicas de prevención de natalidad están cargadas de valores morales no vinculantes, y donde existe una estructura de dominación patriarcal, que luego se transforma en una dominación marital para las mujeres, es evidente que en la soledad enfrenten el embarazo con temor.

Uno de los principales motivos del infanticidio mencionado por el 37% (17) de las imputadas atendidas por la Defensoría, es el miedo ante la reacción de la familia y las posibles consecuencias que esto le podría generar en el desarrollo de su vida a la mujer - más allá de las cargas evidentes que el embarazo y nacimiento conllevan-. Es así como uno de los defensores argumenta que la mujer: “ya tenía una hija y pensó que la iban a echar de la casa”⁷⁴. Por otro lado, un 21,7% de las imputadas, señala que el motivo por el cual ocultan su embarazo es de *honoris causa*.

Un 23,9% (11) de las imputadas se acoge al argumento de *honoris causa* como motivación para cometer el infanticidio; el 10,9% (5) tuvo como motivación el abandono de su pareja,

⁷⁴ Extracto del peritaje psiquiátrico de una imputada de 20 años.

luego de que la mujer le confesara que estaba embarazada o bien por otras diferencias; el 6,5% justifica el infanticidio diciendo que fueron víctimas de una violación.

V. Apartado común para aborto e infanticidio

1. Las circunstancias modificatorias de responsabilidad

Es sorprendente ver cómo a través del estudio de los diversos casos de infanticidio que fueron atendidos por la Defensoría Penal Pública, en muchos casos el Ministerio Público ya sea por falta de comprensión del contenido de las normas penales, o bien por pura persecución, hizo valer una serie de agravantes que ya se encontraban inmersas en el tipo penal, infringiendo el art. 60 CP. Afortunadamente, nuestros tribunales no acogieron ninguna de dichas circunstancias modificatorias de responsabilidad y la pena no se vio agravada en esos casos. Demás está decir que con el limitado número de causas que llegan a juicio, sea oral, simplificado o abreviado, la discusión en tribunales no es demasiado enriquecedora. El tribunal no dio mayores razones por las cuales no acogió dichas agravantes, pero más allá de lo evidente, la justificación se explicará a continuación.

a. Agravantes

Obrar con premeditación conocida

De los casos revisados, solo en dos de ellos se hizo valer por parte del Ministerio Público la agravante del art. 10 circunstancia 5ª CP. En ninguno de los dos casos dicha agravante fue acogida por el juez. Uno podría sostener que la premeditación conocida opera siempre que se cumplan ciertos requisitos, a saber:

- i. Que haya reflexión previa donde la persona que pretende realizar el hecho delictivo pondera las ventajas y desventajas que la realización de ese hecho presenta.
- ii. La existencia de una resolución firme por parte del futuro autor de realizar el hecho delictivo.

- iii. La existencia de un lapso de tiempo indeterminado, pero suficiente para llevar a cabo la reflexión previa y constatar que no hayan motivos que tiendan a derrotar la voluntad delictiva⁷⁵. Se trataría de la persistencia de la voluntad criminal⁷⁶.

Que la premeditación sea conocida, no significa que ésta sea manifestada a viva voz, la exigencia apunta a que esta circunstancia no puede presumirse por el sólo hecho de que haya transcurrido cierto lapso entre que se ideó el delito por parte del autor/a y que se ejecutó el mismo⁷⁷. Para que esta exigencia tenga lugar, habría que corroborar la existencia de estos requisitos, de lo contrario, la agravante no sería aplicable.

En el caso del infanticidio, el argumento que se ha dado para sostener la procedencia de esta agravante, viene dado simplemente por el hecho de que la madre estuvo durante el embarazo con la resolución firme de dar muerte a su futuro hijo. Lo lógico sería pensar que para alguien que se encuentra determinada a dar muerte a un hijo recién nacido, no querido, el aborto sería la solución más fácil y eficiente de acuerdo a la finalidad. Sin embargo, en el caso del infanticidio, el hijo nace y luego de eso se toma esa determinación. No obstante, si se reconoce que la mujer durante los nueve meses de embarazo se planteó la idea de matar al hijo recién nacido, se mantuvo firme en dicha resolución y luego la ejecutó, sería improcedente la aplicación de dicha agravante por consideración al artículo 63 CP. Aplicarla sería directamente infringir el *ne bis in idem*, por ser la premeditación parte integrante del tipo penal del infanticidio. Este sería el caso estándar del infanticidio: se ocultó el embarazo y hay imposibilidad de practicar un aborto, ya sea por información, recursos o simplemente temor. Lo curioso en este caso, es que la premeditación en este contexto, en estricto rigor, sería respecto del aborto y no del infanticidio⁷⁸. El infanticidio no es más que una consecuencia del transcurso del tiempo, pero la intención era respecto de la práctica de un aborto.

La otra opción es no considerar que concurre la agravante, pero no por infracción al principio recién mencionado, sino que por no cumplimiento de los requisitos. La razón es

⁷⁵ Künsemüller, C. "De las circunstancias que agravan la responsabilidad penal, artículos 12 Y 13" en Matus, J. (coord.); Politoff, S; L. Quiroga (eds.): *Texto y comentario del Código Penal chileno*, Tomo I, Libro primero, parte general, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002), pp. 195-196.

⁷⁶ Cury, E.: *Derecho Penal*, parte general, (Santiago: Ediciones UC, 2009), p. 523.

⁷⁷ Etcheberry, A. *Op. Cit.*, en n. 7, p. 29; Garrido, M. *Op. Cit.*, en n. 6, p. 204.

⁷⁸ De los casos de infanticidio revisados por la Defensoría, el 86.2% de las mujeres ocultó su embarazo.

simplemente el estado puerperal de la madre. Lo que hay luego del embarazo es una alteración hormonal importante, que puede traer desequilibrios en el comportamiento tales como: rechazo del recién nacido, aprehensión celosa del mismo, llanto, cambios de ánimo, etc. Por esta razón, es posible que el infanticidio haya tenido lugar en un contexto de alteración física que se produjo con ocasión del embarazo y parto, pero donde no existía la determinación previa de dar muerte al nacido, o de practicarse un aborto respecto del no nacido. En definitiva, este sería un argumento aplicable sin discusión a los casos en que no se ocultó el embarazo, pero sería discutible hacerlo extensible a aquéllos en que sí se ocultó.

Abusar de la superioridad de fuerzas

Esta agravante sólo se hizo efectiva en uno de los casos que fueron revisados por la Defensoría, pero afortunadamente tampoco fue acogida por el juez. La agravante de superioridad de fuerzas no debe por ningún motivo considerarse respecto de este delito, pues infringe el *ne bis in idem*, particularmente el art. 63 CP, ya citado. En el infanticidio, debido a la condición de recién nacido del objeto de ataque, es lógico que cualquiera que intente una acción en su contra se encontrará actuando con superioridad de fuerzas. Llevado el caso al absurdo, podría ser incluso un niño de 5 años quien diera muerte al recién nacido y seguiría actuando con superioridad de fuerzas. La superioridad es un supuesto que se comprende ya en el tipo de infanticidio.

La exigencia apunta además a que “el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la defensa”.

No parece que esta agravante merezca mayor reflexión, pues su preterición es de tal obviedad, que plantearla sería llevar al absurdo el sistema de agravantes. Hay que tener en consideración sí, que de las carpetas de aborto revisadas, en ninguna de ellas se hizo valer esta agravante.

b. Atenuantes

Colaboración sustancial e irreprochable conducta anterior

En materia de abortos, son pocos los casos en que se registraron datos respecto a la procedencia de atenuantes, entre ellos, sin embargo, existen 40 mujeres respecto de las que

se hace valer la atenuante del art. 11 N°6 CP: “Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable”. Luego, sigue la atenuante del art. 11 N°9 CP: “Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”, que se hizo valer respecto de 30 mujeres.

Respecto de los casos de infanticidio, hay 28 mujeres que detentan la atenuante del art. 11 N°6 CP, y 13 que detentan la atenuante del art. 11 N°9 CP.

La razón de que esto sea así, obedece a lo ya mencionado respecto a la naturaleza del delito de aborto, que no se trata de un delito de alta judicialización, ni tampoco de un delito que tenga lugar en un contexto delictivo, sino que se trata de un delito que es consecuencia de la falta de atención a las necesidades de las mujeres y de la consideración de la autonomía reproductiva como derecho.

Por otra parte, hay casos excepcionales en que se plantearon por el Ministerio Público las atenuantes N°1 y N°5 del citado artículo, que señalan, N°1: “Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”; y N°5: “La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación”. Esta última corresponde a casos en que la imputada se encuentra en un contexto extremo de aflicción por su contexto familiar, personal o social⁷⁹.

Obrar por estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos u obcecación

⁷⁹ Del total de causas de aborto, hay 68 carpetas que no registran datos respecto a la existencia de una primera atenuante; mientras que hay otras 65 que no lo hacen respecto de la existencia de una segunda atenuante. Por su parte, en los casos de infanticidio, hay un total de 12 carpetas sin datos respecto a la existencia de una o dos agravantes. La razón de esto es que muchas de las causas revisadas terminaron por una salida alternativa y no llegaron a juicio oral. Razón por la cual si bien se consideraron las atenuantes, para estimar la pena que pudiera imponerse a la imputada, por ejemplo, para efectos de la suspensión condicional, no hubo registro de éstas en la carpeta.

Respecto a los procedimientos, en los delitos de aborto un 58,7% se resuelven a través de procedimiento simplificado; un 25,9% como procedimiento abreviado; y un 7,5% termina a través de un juicio oral. Del total, a un 41,5% se les otorga una salida alternativa, que siempre fue la suspensión condicional del procedimiento, sólo al 20,3% se la condena, un 12,7% fueron sobreseídas definitivamente y un 11% fueron derivadas a otros tribunales u optaron por abogado particular.

Estas cifras cambian en materia de infanticidio, en un 30,4% el procedimiento que tiene lugar es juicio oral; el 34,8% llegó a un procedimiento abreviado; un 32,6% a un procedimiento simplificado. Las formas de término fueron, por su parte, el 60,9% fueron condenadas; luego, el 13% derivadas; 8,7% fueron sobreseídas definitivamente; y respecto del 6,5% se declaró facultad de no perseverar.

Esta atenuante, si bien se usó excepcionalmente por parte de la defensa, se podría decir que es la que mejor calza con casos de depresión post- parto o alteraciones hormonales que hagan que la madre actúe de una determinada manera, especialmente en los casos de infanticidio. En el caso de aborto, sin embargo, esta atenuante podría tener lugar también por una razón objetiva de alteración hormonal, pero también por la alteración fisiológica que produce el embarazo en términos de mutación del cuerpo femenino. Eso, además de que muchas de las mujeres que se practican un aborto, son personas que temen ser expulsadas de sus casas, de su colegio, ser golpeadas por su marido, padre o pareja, etc. Es decir, el estado en que se encuentra una mujer que se practica un aborto es un estado ya alterado por las circunstancias. El problema con esta atenuante es que tiende a la estigmatización de la mujer, a una concepción de desequilibrio de sí misma.

El embarazo, si bien es considerado un proceso natural, desde siempre, y para el cual la mujer está plenamente preparada, la verdad es que además de las alteraciones físicas evidentes, el embarazo no es algo deseado por las mujeres.

Una defensa adecuada no debería plantear esta atenuante en términos que mostrara a la mujer como una persona que pierde la razón producto del embarazo, pues es lo más sencillo y es así como se ha planteado muchas veces. En la causa Rol N° 05-2003, de 15 de marzo de 2003, del Tribunal Oral en lo Penal de Coquimbo, donde se condena a la imputada a 5 años y un día por del delito de omisión impropia respecto del recién nacido. En este caso, además de resultar inadecuada la acusación de omisión impropia, pues tanto respecto del infanticidio, como respecto del parricidio, por ser delitos especiales no basta detentar la calidad de pariente para tener un deber de garante, lo que habría que sostener es el deber de garante por injerencia⁸⁰. Esto último era descartable pues si la imputada dio el golpe en la cabeza al recién nacido, luego es comisión y no omisión. Aun siendo omisión el argumento, el estado puerperal de la madre, podría actuar como *omissio libera in causa*⁸¹.

Si el parentesco es el argumento de la posición de garante, la figura queda descartada de plano, pues entender que la madre tiene un deber de garante respecto del hijo y luego condenarla por infanticidio, es directa infracción al *ne bis in idem* por tomar en

⁸⁰ Comisión por omisión, Comentario al §13 del Código Penal alemán en: Urs Kindhäuser, *Strafgesetzbuch. Lehr und Praxiskommentar*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002, pp. 97-116. Traducción de Antonio Bascuñán Rodríguez, Universidad Adolfo Ibáñez.

⁸¹ *Ibid.*

consideración dos veces su calidad de madre. Lo que queda entonces, sería la figura residual del homicidio, la cual si bien es más gravosa para la imputada, es lo que la Fiscalía debió argumentar; y ante la acusación de infanticidio por omisión impropia, la respuesta debió haber sido absolución por parte de los jueces. Lo relevante del caso, sin embargo, es lo que se señala en el considerando 8° de la sentencia:

Octavo: Que se rechazará la atenuante del N° 5 del artículo 11 del Código Penal por no haberse acreditado el estado emocional alterado de la acusada así como la supuesta crisis de pánico o que haya perdido el control de sus actos en el momento de dar a luz, debiendo tenerse presente que el trabajo de parto duró varias horas haciendo evidente sus fuertes dolores como quedó demostrado con las mordeduras que dio a las nuqueras de los sillones como señaló el auxiliar. Que tuvo tiempo más que suficiente **para reflexionar y revertir** cualquier situación de peligro del hijo que estaba por nacer e incluso para ella, y la única prueba rendida por la defensa fue la pericia del médico psiquiatra del doctor Carlos González Mella, quien no evidenció ninguna de las patologías que la defensa señala y por el contrario concluye que **la angustia, síntomas depresivos y llantos que apreció en la examinada lo atribuyó a las consecuencias adversas que a ella le reportaría esta situación tales como estar sometida a juicio**, agregando que la examinada le manifestó que no tenía conciencia del hecho, que no vio a ningún niño, que botó un coágulo no evidenciando emoción alguna al hacerle tal relato⁸².

En este caso la Defensoría apoyó la procedencia de esta atenuante en el siguiente argumento:

Séptimo: “[...] porque se vio sometida a profundos trastornos, a la presión de saberse embarazada por segunda vez considerando la mala recepción que había tenido en sus padres el embarazo de su primer hijo, lo que le hizo perder el dominio de sus actos y de cualquiera otra reflexión sufriendo una crisis de pánico sin saber qué hacer, y en tal estado tuvo la guagua en el bus, la que ocultó tirándola a la basura porque presintió que lo expulsado no tenía vida.

Aquí no sólo hay imprecisión en los términos, pues la crisis de pánico es un trastorno particular, que “alude a una presentación súbita de síntomas físicos en personas previamente sanas. El primer ataque se experimenta como una situación crítica y riesgosa, en que la persona piensa que va a sufrir otras consecuencias anexas. No dice: ‘estoy

⁸² Sin subrayado en el original.

angustiada', sino que siente que va a tener una falla en un órgano vital o que simplemente se va a morir"⁸³. "Al ver que no hay nada serio, el personal médico suele decir al afectado que no se preocupe, que debe estar pasando por alguna situación estresante. El problema es que la persona siente que no la toman en serio, que la consideran hipocondríaca y tiene la sensación de no ser valorada"⁸⁴. Si se va a argumentar que hay crisis de pánico, pues a eso debe apuntar la pericia; si, por otra parte, lo que se sostiene es que existe una depresión generada por la especial vulnerabilidad familiar que vive la madre, pues eso es lo que se debe acreditar. El error está en entender que concurre todo y no lograr acreditar nada. El asunto, sin embargo, parece ser más sencillo que eso, y es que existe una situación diferenciada, un embarazo, que pone a la mujer en una situación constatable fácilmente por pericias, de vulnerabilidad, sin perjuicio de su contexto familiar.

Lo inaceptable es que se le pida *reflexionar* en el contexto de un parto, sola, en el baño de un bus, con riesgo para su vida. Es de sentido común que quien da a luz en el baño de un bus, poniendo en riesgo su vida, lo hace pues hay algo más que le impide tener a ese hijo en condiciones adecuadas, lo que falta ahí es una consideración de género respecto de esa persona. ¿Por qué? Pues quien mata a su hijo, quien esconde su embarazo, quien quiere abortar, etc., es considerada loca o trastornada, o bien simplemente asesina. Lo que subyace al problema de aborto e infanticidio es un problema de igualdad, es decir, si tenemos una sociedad que se precia de igualitaria, en términos de igualdad relativa, debe partir por considerar al embarazo como una situación diferenciada que merece un tratamiento diferenciado.

El ciclo de vida fértil de las mujeres da un nuevo significado a las diferencias biológicas e introduce causas de morbilidad específicas. Algunas de ellas son producto de un conjunto de nociones estereotipadas sobre las mujeres, en el que la asignación de roles, atributos de carácter cultural y social inciden en forma directa en su salud y capacidad reproductiva. A su vez, la maternidad, o su potencialidad, introduce costos o externalidades negativas que sólo las mujeres asumen: para ellas los seguros de salud pueden ser más costosos, la contratación laboral es más inestable y discriminatoria, y la inequidad en los salarios se basa muchas veces en argumentos relacionados con la maternidad.

⁸³ Dr. Rodrigo Erazo, Departamento de Psiquiatría, Clínica Las Condes, en http://www.clinicalascondes.cl/ver_articulo.cgi?cod=1055283701

⁸⁴ *Ibíd.*

El cuidado y protección de la salud se brindan, en ocasiones, en honor a la maternidad, de acuerdo con la idea de que ésta es connatural al rol de las mujeres⁸⁵.

El cambio de mentalidad respecto al aborto e infanticidio debe venir de la sociedad, pues es poco probable que sea el legislador quien instaure este cambio. La consideración de ciertos intereses como valiosos, merecedores de tutela penal, si bien es una consagración mutable, en Chile más que manifestarse en avances, lo ha hecho en retrocesos. Hoy en día la mujer sí es una incubadora estatal, y tiene un deber de tolerancia que excede a la figura del *buen samaritano*. La situación de la mujer respecto a la situación del hijo es una situación que está al borde de la subordinación de intereses. Esto se manifiesta no sólo en el aborto, también lo hace, entre otros, en el artículo 18 del Código Sanitario que a la letra expresa:

“La leche de la madre es de propiedad exclusiva de su hijo y, en consecuencia, está obligada a amamantarlo por sí misma, salvo que por indicación médica se resuelva lo contrario.

La madre no podrá amamantar niños ajenos mientras el propio lo requiera, a menos que medie autorización médica”.

No sólo durante el parto la madre tiene un deber de tolerancia, sino que después éste continúa durante el amamantamiento, ¿qué pasa si ella no quiere amamantar?, ¿puede el Estado además constreñirla a dar alimento a su hijo?

La situación de la mujer hoy no cumple con las exigencias del principio de igualdad como igualdad que respeta las diferencias, la legislación hoy tanto en términos de propiedad, persona y salud, establece diferencias arbitrarias que no han sido subsanadas y que dan cuenta de la urgencia de un cambio de políticas públicas. Los temas de género no pasan por ser liberales o conservadores, sino que dicen relación con consideraciones humanitarias mínimas.

2. La denuncia

⁸⁵ Casas, L. *Op Cit.* en n. 20, p.371.

El 45,7% de las denuncias por infanticidio se realizan desde un hospital o centro médico. En gran parte de las ocasiones la mujer es descubierta por algún familiar que decide llevarla al hospital luego de ver que tiene una hemorragia intensa. El médico, luego de atenderla y notar que tiene signos de un parto reciente y no conocer el paradero del bebé, decide hacer la denuncia a Carabineros. En otros casos es un familiar quien descubre al cadáver del bebé escondido en la casa y hace la denuncia. Las mujeres que cometen infanticidio, llegan a la justicia en un 71,7% bajo control de detención, mientras que un 28,3% llegan a audiencia sin control de detención.

A un 67,4% de las mujeres formalizadas por infanticidio se le aplican medidas cautelares. La medida cautelar de prisión preventiva se le aplica a 15 de las 46 mujeres formalizadas por aborto; luego, las más comunes son arraigo nacional o local, con 14 casos y la obligación de presentarse al tribunal.

Por su parte, la mayoría de los abortos son practicados por las mismas mujeres embarazadas en su propio hogar. Siendo esto así, cabe preguntarse cómo es que los casos de aborto, que se realizan en un ambiente íntimo y privado, llegan a la justicia. Un 42,3% de las carpetas revisadas señala que la denuncia se hizo desde algún hospital o centro médico.

Lo que suele ocurrir es que las mujeres que se practican un aborto en su domicilio lo hacen en condiciones precarias, sin tener las condiciones apropiadas y los instrumentos adecuados, lo que -la mayoría de las veces- es perjudicial para la salud de la mujer que está embarazada.

Dentro de los métodos más recurrentes para practicarse maniobras abortivas que las mujeres utilizan está la introducción de pastillas de Misotrol o Misoprostol (vía oral, vaginal o ambas) y uso de sondas o tijeras.

Que el médico que denuncia infringe su deber de secreto profesional, es algo evidente, el médico vulnera la relación de confidencialidad entre el profesional y el paciente. La práctica de la medicina está supeditada a ciertos principios, entre otros, el de beneficencia, que se traduce en hacer lo mejor para su paciente. En el caso del aborto, el médico que denuncia se encuentra en un conflicto de intereses: o bien denuncia e incumple su deber de secreto o no denuncia y cumple su deber de secreto. La violación de secreto profesional está contemplada como delito en el art. 247 CP y no sólo es pertinente respecto de los

profesionales de la medicina, sino que también respecto de abogados, psicólogos o cualquiera que requiera título, y que obtuviere información en virtud de éste. Los médicos en este caso deberían abstenerse de declarar, amparados por el secreto profesional y en ese sentido el rol del Colegio Médico debiese ser importante, y ampararse en lo dispuesto en el art. 303 CPP que señala:

“Art. 303. Facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto. Tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto.

Las personas comprendidas en el inciso anterior no podrán invocar la facultad allí reconocida cuando se las relevare del deber de guardar secreto por aquel que lo hubiere confiado”.

Lo que hay que procurar sí, es que en virtud de esta negociación de los operadores del sistema por lograr una salida alternativa, el Ministerio Público ejerza algún tipo de coacción respecto de quienes están facultados para relevar del secreto, cosa que en la práctica no está ocurriendo.

VI. Bibliografía

- Aldunate, E. *Derechos Fundamentales*, Santiago: Legal Publishing, 2008.
- Alexy, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001.
- Bascuñán R, A. *La licitud del aborto consentido en el derecho chileno* en Revista de Derecho y Humanidades, N°10, Santiago: Universidad de Chile, 2004.
- Bascuñán Rodríguez, A. *Introducción a la regulación penal de los atentados contra la vida humana*. Material preparado para los alumnos del curso de Derecho penal de la Universidad Adolfo Ibáñez, 2007.
- Beccaria, C. *De los delitos y de las penas*, México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Casas, L. “Capítulo cuatro. Salud” en comp. Sáez, M y Motta, C. *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Tomo I, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2008.
- Casas, L. *La batalla de la píldora. El acceso a la anticoncepción de emergencia en América Latina*, en “Revista Derecho y Humanidades”, N°10.
- Cooper, D. *Criminología y delincuencia femenina en Chile*, Santiago: LOM Ediciones, 2002.
- Corral, H. *Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer*, 13 Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, 2000.
- Cury, E. *Derecho penal parte general*, tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- Cury, E. *Derecho Penal, parte especial*, tomo III, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Cury, E. *Derecho Penal*, parte general, Santiago: Ediciones UC, 2009.
- Ducci, C. *Derecho Civil*, parte general, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- Etcheberry, A. *Derecho penal parte especial*, Tomo III, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- Etcheberry, A. *Derecho penal parte especial*, Tomo III, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969, primera edición.

- Etcheberry, A. *El derecho penal en la jurisprudencia*, Tomo IV, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Evans de la Cuadra, E. *Los Derechos Constitucionales*, Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Garafulic, P. “Mujer y derecho, una aproximación a la Situación Legal de la Mujer” en *Tres Países Latinoamericanos: Argentina, Perú y Chile*, Santiago: Morgan Impresores, 2001.
- Garrido, M. *Derecho Penal parte general*, Tomo III, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Jarvis Thomson, J. A defense of Abortion en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. I, N°1 (Autumn, 1971).
- Kindhäuser, Urs. Comisión por omisión, Comentario al §13 del Código Penal alemán, *Strafgesetzbuch. Lehr und Praxiskommentar*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002.
- Künsemüller, C. “De las circunstancias que agravan la responsabilidad penal, artículos 12 Y 13” en Matus, J. (coord.); Politoff, S; L. Quiroga (eds.): *Texto y comentario del Código penal chileno*, Tomo I, Libro primero, parte general.
- Medina, G. “Algunos aspectos de la protección penal de la privacidad” en *Estudios de Ciencias Penales. Hacia una racionalización del Derecho Penal*, IV jornadas penales de derecho penal y ciencia penal en homenaje a los profesores Eduardo Novoa Monreal y Álvaro Bunster Briceño, coord. Fernández, J.A.
- Náquira, J. “Artículos 10 N°s 8° y 9°”, en (dirs.) Politoff, S.; Ortiz, L., (coord.) Matus, J., *Texto y comentarios al Código penal chileno*, Tomo I, primera parte. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- Politoff, S; Bustos, J; Grisolia, F. *Derecho Penal chileno*, parte especial, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Politoff, S; Matus. J.P.;Ramírez , M.C. *Lecciones de Derecho Penal chileno, parte general*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- RDJ, t. 81 (1984) 2.5, 161-165 y *Fundación de salud El Teniente por Jorge Reyes Ibarra*, RDJ, t. XCII, N°3, (septiembre-diciembre), 1995.
- Roxin, C. *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Madrid: Reus, S.A., 1976.
- Roxin, C. La protección de la vida humana mediante el Derecho Penal, conferencia en el Acto Académico de clausura X, cursos de postgrado en derecho, 25 de enero de 2002,

traducido por Miguel Ontiveros Alonso, título original: “Der Schutz des menschlichen Lebens durch das Strafrecht”.

Silva, J. “Sobre la interpretación teleológica en Derecho Penal” en *Estudios de filosofía del derecho penal*, Díaz y García (eds.), Universidad Externado de Colombia, 2006.

Soto, E. *El derecho a la vida y la noción de persona en la Constitución*, 88 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1991.

Zaffaroni, R. *Muertes anunciadas*, Bogotá: Temis, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 1993.