

OFERTA DE MEDICAMENTOS POR INTERNET CON FINES ABORTIVOS*

Cristóbal Patricio Bonacic Midane

Abogado y Postítulo en Criminología. Pontificia Universidad Católica de Chile

Profesor de Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica de Chile

Profesor de Derecho Penal. Universidad Nacional Andrés Bello

cbonacic@bcbabogados.cl

Existen en internet innumerables sitios donde se ofrecen medicamentos como misotrol¹, feminol², entre otros, que pueden ser destinados a inducir un aborto mediante una utilización indebida y distinta a su fin terapéutico normal. Esta oferta tiene una dimensión penal y otra administrativa y sanitaria. La primera está dada por la posible configuración de una participación punible por la figura del aborto, respecto de quien los promociona y vende a través de internet. La segunda está constituida por la infracción a la normativa sanitaria que regula la venta de medicamentos.

ASPECTO PENAL

Respecto a este punto debemos precisar si quien ofrece medicamentos por internet con el objetivo de que el comprador se efectúe un aborto es posible reconducirlo a alguna hipótesis de participación por el delito de aborto, es decir ¿Si quien los ofrece puede ser castigado como coautor en virtud del artículo 15 N° 3 del Código Penal o como inductor en virtud del artículo 15 N° 2 del mismo cuerpo legal? Hago referencia al artículo 15 N°2 y 3, debido a que sería la única posibilidad de

*Publicado en Boletín del Ministerio Público. Fiscalía Nacional, N° 29 - Diciembre 2006, Sección III. Artículos, ps. 243 - 247.

¹ Esta indicado en la prevención de las úlceras gástricas inducidas por los fármacos antiinflamatorios no esteroideos (AINES) en especial en los pacientes de alto riesgo de desarrollar complicaciones (hemorragia, perforación, muerte) como producto de tales úlceras (por ejemplo: pacientes ancianos, con enfermedades debilitantes o con historial de úlceras gástricas).

² Anticonceptivo anovulatorio

sancionar como autores (inductor o autor cooperador) a quienes venden estos medicamentos.

Lo anterior, en atención a que el artículo 15 N° 1 Código Penal considera como autores a quienes *toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite*. Por lo tanto se contemplan dos hipótesis: la primera corresponde a tomar parte en la ejecución del hecho de manera inmediata y directa, ello según Yáñez, implica realizar *“la acción típica propiamente dicha, la que significa el núcleo esencial del tipo delictivo. Como matar, el apropiarse, etc.... Lo directo e inmediato se refiere a acción que va a decretar en definitiva la lesión jurídica”*³

Sin perjuicio de lo anterior existen autores que estiman que tomar parte en la ejecución del hecho *“no requiere realización de actos descritos por el tipo respectivo”*⁴, sino que *“su contribución sea decisiva para la consumación”*⁵. De esta manera quien proporciona medicamentos para que un tercero se cause un aborto, no ejecuta la conducta que concreta la lesión al bien jurídico protegido (la vida del que está por nacer) y tampoco puede estimarse que contribuya de manera decisiva a la comisión del aborto cuando sólo se limita a suministrar los medicamentos utilizados.

La segunda modalidad de coautoría del artículo 15 N° 1, exige que el autor impida o procure impedir que se evite la comisión del delito, lo que no se da respecto de quién suministra por internet los medicamentos utilizados, por lo tanto su comportamiento tampoco es capturado por esta modalidad de coautoría.

Efectuada la aclaración anterior nos avocaremos a analizar la posibilidad de considerar la venta de medicamentos por internet, como una forma de inducción aborto en conformidad al artículo 15 N° 2 del Código Punitivo.

La inducción como forma de participación criminal exige los siguientes requisitos⁶

- El inductor debe obrar de manera directa en formación de la voluntad del autor, lo que implica descartar la posibilidad de una inducción omisiva.
- El instigado o inducido debe haber dado principio de ejecución a la conducta inducida, es decir, que estemos frente al menos a una tentativa.
- La instigación debe referirse a la ejecución de un hecho típico antijurídico.

³ Yáñez, Sergio. Problemas Básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno. Revista de Ciencias Penales, t XXXIV, N° 1, 1975. Página 56.

⁴ Cury, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. Año 2005. Séptima Edición. Página 615.

⁵ Cury, ob. cit. Página 613.

⁶ Cury, ob. cit. Páginas 624 y sgtes.

- La inducción debe referirse a un hecho determinado, excluyéndose la posibilidad de una inducción general.
- El Inductor debe formar en el inducido **la voluntad de ejecutar la conducta típica.**

Este último requisito, no se verifica en la conducta en comento, debido a que el comprador recurre a internet y adquiere estos medicamentos con la intención preconcebida de efectuarse un aborto, **por lo tanto el vendedor no ha formado o creado en el comprador la voluntad de causarse un aborto.**

En tercer término exploraremos la posibilidad de encuadrar la venta de medicamentos en alguna de las dos modalidades de coautoría contempladas artículo 15 N° 3 Código Penal, y que son las siguientes⁷

- Los que concertados para la ejecución del hecho, facilitan los medios con que él se lleva a efecto el delito.
- Los que concertados para la ejecución del hecho, lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

Sólo nos referiremos a la primera hipótesis, esto es, los que concertados para la ejecución del hecho facilitan los medios con que se lleva a efectos el delito, por cuanto la segunda modalidad no se ajusta a la hipótesis en comento, toda vez que la conducta de quien suministra los medicamentos sólo los limita a su entrega no permaneciendo al momento de efectuarse el aborto.

La primera modalidad del artículo 15 N° 3 exige los siguientes requisitos:

a. **Concierto previo o acuerdo de voluntades:** Implica que dos o más sujetos se hayan puesto de acuerdo con antelación para realizar un hecho típico. Acuerdo que puede ser expreso o tácito con tal que *“sea inequívoco en cuanto al hecho para el cual los partícipes se conciertan”*⁸. *“Generalmente ese acuerdo será verbal y expreso, pero podría también surgir de gestos o señales que lo denotan y que revelan que han aceptado previamente proceder en colusión”*⁹. Este acuerdo puede surgir de forma más o menos espontánea, materializando una idea que se encontraba en germen en la mente de varias personas. Por lo tanto al faltar el concierto previo la conducta desplegada por quien facilita los medios con que se comete el delito sería constitutiva de complicidad.

⁷ Novoa Monreal, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Año 2005. Página 189.

⁸ Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal. Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Año 2005. Pág. 189.

⁹ Novoa, ob. cit. Página 189.

Para poder determinar si existe un concierto previo entre quien ofrece los medicamentos y quien los utiliza para causarse un aborto, es menester distinguir dos posibles escenarios:

Escenario 1.-

Se ofrece misotrol u otro medicamento que pueda ser utilizado con fines abortivos, pero no se indica en forma expresa para qué puede ser utilizado, ni existe entre quien vende y quien compra ninguna comunicación que haga referencia al fin por el cual se adquiere el fármaco.

En este caso, a nuestro entender, es muy difícil que exista un concierto previo que permita calificar la conducta desplegada por el vendedor como autor cooperador (artículo 15 N° 3), ya que, como se indicó, el concierto previo puede ser expreso o tácito, siempre que en este último caso sea inequívoco, en cuanto al hecho para el cual se conciertan, situación que no se da respecto de la venta de un medicamento que sólo a través de una utilización indebida pueda ser empleado para inducir un aborto.

Escenario 2.-

El segundo escenario está constituido por el hecho de que exista un intercambio de mensajes entre el vendedor y el comprador que gire en torno a la potencialidad abortiva del fármaco adquirido. Situación que puede darse perfectamente, en la medida que el comprador previo a la compra o en ese momento, solicita información respecto al carácter abortivo de este medicamento. Sólo en este escenario es posible entender que exista un acuerdo de voluntades o concierto previo entre quien aborta (comprador) y el vendedor de misotrol. Solución que es coherente con la exigencia que hace el artículo 342 del Código Penal, Al exigir dolo directo en la comisión del aborto, mediante la utilización de la expresión maliciosamente¹⁰

b. Contribución Funcional: En este caso la contribución consistiría en facilitar los medios con que se lleva a efecto el hecho, es decir, suministrar los medicamentos suministrados por el comprador fue el utilizado para la comisión del ilícito.

La venta de medicamentos por internet puede ser considerada como un acto ejecutivo si entendemos que se encamina directamente a la ejecución del hecho delictivo, o como un acto preparatorio, como lo es el hecho de comprar un arma con la

¹⁰ Sin perjuicio que para algunos autores del dolo directo es sólo exigible para el aborto causado por terceros extraños con violencia (Etcheberry, ob. cit., página 98), y para otros la exigencia del dolo directo es común para todas las hipótesis indicadas en el artículo 342 del Código Penal (Politoff, Grisolia y Bustos. Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Año 2001. Página 149).

cual se comete un homicidio. En este último caso debemos determinar si es posible la coautoría (artículo 15 N° 3) cuando no se ha intervenido en la etapa ejecutiva.¹¹ Respecto a este punto existen opiniones dispares: la primera exige que el coautor haya intervenido en la fase ejecutiva, ya que esta permitiría evitar *“el deslizamiento hacia la teoría subjetiva¹², a causa del cual las soluciones, como es habitual, en tales casos, dependen del capricho judicial y quebrantan los límites del tipo”¹³*. Una segunda posición señala que, no obstante que quien suministra los medicamentos participa en una menor medida que el ejecutor en el dominio de la decisión del hecho; *“sin embargo este minus puede quedar compensado por un plus en el dominio material, en forma de dominio de la configuración, que se ejerce en el estadio de preparación”¹⁴*, es decir, aunque quien vende los medicamentos no interviene en la decisión del hecho, si lo hace en su configuración, consistente en *“disponer el suceso que realiza el tipo en su desenvolvimiento concreto”¹⁵*, que puede tener lugar desde la preparación hasta la ejecución de la acción ejecutiva, en atención a que determina, en el caso concreto, la forma en que se comete el aborto mediante la ingesta de los medicamentos previamente suministrados.

Una vez precisado el contenido del artículo 15 N° 3 Código Penal, debemos determinar si éstos se cumplen en las tres instancias señaladas al inicio, esto es, al momento de la oferta por internet, al momento de la venta o una vez cometido el aborto con los medicamentos previamente adquiridos por esta vía.

1. La sola oferta de medicamentos, aunque se haga con fines abortivos, no es una hipótesis reconducible a alguna forma de participación punible, en atención al llamado principio de exterioridad, en cuya virtud *“la conducta de los partícipes solamente es punible si el autor ha dado principio de ejecución”¹⁶*, es decir, al menos debemos estar frente a una tentativa de aborto. Grado de desarrollo que no se verifica en la conducta descrita.

2. La venta de medicamentos previamente anunciados como abortivos. Esta hipótesis tampoco implica una participación punible, debido a que no se da

¹¹ Dicha reflexión es necesaria, toda vez que los actos preparatorios son impunes por regla general, salvo en los casos contemplados en el artículo 8° del Código Penal.

¹² Tradicionalmente se han dado dos grupos de teorías que diferencian al autor respecto al resto de los partícipes, estas son las teorías causales y las restrictivas. Dentro del primer grupo encontramos a las Teorías Subjetivas, en cuya virtud, el autor es quién tiene la voluntad de hacer suyo el hecho ilícito, a pesar de no haber realizado la acción típica.

¹³ Cury, Ob. cit. Pág.614.

¹⁴ Jakobs, Gunther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., España, Madrid. 1995. Página 750

¹⁵ Jakobs, ob. cit. Pág. 750.

¹⁶ Cury, ob. cit. Pág. 642.

cumplimiento al principio de exterioridad, puesto que la compraventa de estos medicamentos abortivos constituyen actos preparatorios, como también lo son la mera adquisición de un arma.

3. La última posibilidad se traduce en que quien ha comprado previamente por internet se practique el aborto o comience su ejecución. Esta situación si es posible de ser reconducida a alguna hipótesis de participación punible, en la medida que se cumplan con los requisitos del artículo 15 N° 3, es decir, que exista un concierto previo entre el vendedor y el comprador, junto con el hecho de que el autor material (comprador), haya causado el aborto con los medicamentos previamente aportados, en los términos explicados con antelación.

En síntesis, salvo una extraña situación en que pueda acreditarse que el oferente buscó crear la voluntad de obrar, sólo podría perseguirse la venta de anticonceptivos por internet, en virtud de considerar a los vendedores como autores cooperadores en conformidad al artículo 15 N° 3 del Código Penal, y en la medida que estemos frente al escenario número 3, esto es, que exista un concierto previo entre quien suministra los medicamentos y quien se causa el aborto, y que éste utilice efectivamente los medicamentos previamente adquiridos.

ASPECTO SANITARIO

La venta al público de los productos farmacéuticos para uso humano, en conformidad al artículo 123 del Código Sanitario, sólo puede hacerse en farmacias, las que deben ser dirigidas técnicamente por un Farmacéutico o Químico farmacéutico. A su vez el artículo 127 del mismo cuerpo legal señala que los productos farmacéuticos sólo podrán expendirse al público con receta médica.

Las normas del Código Sanitario en esta materia, son complementarias con las disposiciones del Decreto Supremo N° 466 que aprueba Reglamento de Farmacias, Droguerías, Almacenes Farmacéuticos, Botiquines y Depósitos Autorizados, en cuyos Títulos I y II, se regula el dominio, instalación, funcionamiento y cierre de una farmacia.

El artículo 32 de este cuerpo normativo, indica que la venta de productos farmacéuticos se efectúa de alguna de las siguientes formas:

- a) Venta directa, es decir, sin receta médica.

- b) Venta bajo receta médica simple;
- c) Venta bajo receta retenida y
- d) Venta bajo receta cheque.

La modalidad con que se debe vender cada medicamento depende de lo señalado por el formulario Nacional de Medicamentos.

En complemento de lo anterior corresponde hacer referencia al Decreto Supremo N° 1876¹⁷, que establece el Reglamento del Sistema Nacional de Control de Productos Farmacéuticos, cuyo artículo 23 inciso 2° señala que la promoción de productos farmacéuticos sólo puede estar dirigida a los profesionales que los prescriben y dispensen.

A su vez, el artículo 24 del mismo cuerpo normativo señala que en la promoción de estos productos no pueden emplearse términos o expresiones que contraríen la verdad científica e induzcan a equivocación o engaño, como tampoco expresiones no comprobadas respecto a las propiedades o efectos del producto.

La infracción a esta normativa, al igual que las infracciones al Decreto Supremo N° 66, se sancionan en conformidad a lo prescrito en el título X del Código Sanitario.

En síntesis, quien vende medicamentos por internet no se organiza como farmacia, ni lo hace de la forma indicada en el Formulario Nacional de Medicamentos, junto con promocionar un uso distinto para el cual han sido creados. Por lo anterior se incurre en una infracción a ambas normativas siendo objeto de sumario por el Servicio de Salud respectivo y castigado con una multa que va desde un décimo de UTM hasta mil UTM, todo ello en conformidad al artículo 174 del Código Sanitario.

¹⁷ Publicado en el Diario Oficial el 9 de septiembre de 1996