



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**¿CÓMO DEBERÍA TIPIFICARSE EL DELITO DE LESIONES AL FETO EN LA
LEGISLACIÓN CHILENA Y CUÁL SERÍA EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO?**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

NUR MARIAM KHAMIS JURI Y CONSTANZA ANDREA AZÓCAR UYEVIC

PROFESOR GUÍA
JAVIER CONTESSE SINGH

SANTIAGO DE CHILE

2022

Agradecimientos

El proceso de elaboración de la memoria en muchas ocasiones pareció infinito y abrumador. Por lo mismo, no podemos sino estar agradecidas de todos aquellos quienes nos apoyaron en este trabajo colaborativo. Le agradecemos especialmente a nuestro profesor tutor Javier Contesse, por su paciencia y guía durante todo este proceso.

Asimismo, queremos agradecerles a nuestras familias por el apoyo incondicional que nos dieron, no solo durante la elaboración de este trabajo, sino que a lo largo de toda la carrera. Ahora ya podremos responder con orgullo y propiedad aquella aterradora pregunta... “*¿Y entregaron la tesis ya?*”

Índice

I.	Introducción.....	5
II.	Primer capítulo: Sobre el delito de lesiones corporales actual.....	8
	A. Ubicación, conceptos generales y modos de comisión	8
	(i) Lesiones menos graves: figura básica	9
	(ii) Mutilaciones.....	12
	(iii) Lesiones Graves	15
	(iv) Lesiones Leves	20
	B. Sobre el ámbito subjetivo	21
	(i) Respecto de las lesiones propiamente tales	21
	(ii) Respecto de las mutilaciones.....	22
	C. Concepto de lesiones y bien jurídico protegido	23
	D. Objeto Material y Sujeto Pasivo	26
	(i) ¿Quién puede ser ese “otro ”?.....	26
	(ii) Importancia y delimitación del hecho del nacimiento	31
	E. El Caso Contergan	34
	(i) La teoría de Maurach.....	36
	(ii) La teoría de Kauffman.....	38
	(iii) La decisión del Tribunal de Aquisgrán.....	41
	F. Conclusiones.....	43
III.	Segundo capítulo: Sobre la necesidad de regular el delito de lesiones al feto	44
	A. Introducción.....	44
	B. Vuelta al caso Contergan	45
	C. Legislación Alemana	48
	D. Legislación Española	49
	E. Otras legislaciones	54
	F. Conclusiones: Razones para tipificar el delito de lesiones al feto	56
IV.	Tercer capítulo: Sobre el bien jurídico protegido	57
	A. Introducción.....	57

B.	Teorías sobre el bien jurídico protegido por el delito de lesiones al feto.....	58
(i)	Salud e integridad física del niño nacido vivo.....	58
(ii)	Salud física, psíquica y la integridad del feto	59
(iii)	Otras doctrinas.....	61
C.	Toma de Postura	61
(i)	Crítica a las teorías del bien jurídico protegido	61
(ii)	Delito de lesiones al feto y el aborto	67
(iii)	Criminalización del delito de lesiones al feto y el ámbito de libertad de acción de la mujer embarazada.....	70
D.	Conclusión	72
V.	Cuarto capítulo: El Caso Chileno	72
A.	Introducción.....	72
B.	El delito de lesiones al feto en el Proyecto de Nuevo Código Penal 2022.....	74
C.	Críticas al artículo 181 del Proyecto de Nuevo Código Penal 2022	75
(i)	Remisión al inciso tercero del artículo 167 del PNCP.....	75
(ii)	El delito imprudente cuando el autor es un profesional de la salud.....	76
(iii)	Exclusión de la embarazada como autora del delito.....	76
VI.	Propuestas y Conclusiones	77
VII.	Bibliografía.....	81

I. Introducción

Es un hecho público y notorio que el desarrollo tecnológico y su aplicación en la medicina avanzan exponencialmente día tras día, exigiéndole al derecho mantenerse actualizado. Así, a medida que avanza la tecnología, también debiese hacerlo el derecho, incluyendo nuevas hipótesis de regulación y requiriendo de nuevas interpretaciones que no contemplaba antes para poder regular aquellas nuevas circunstancias. Entre dichas necesidades, surge la inminente actualización de los delitos penales, ya sea a través de la creación de nuevos tipos penales o de aplicaciones de interpretaciones modernas que logren aplicar los delitos ya existentes a nuevas hipótesis no previstas por el antiguo legislador. Uno de los delitos que debe someterse a este “juicio” de actualización, especialmente en vista del continuo avance de la tecnología médica, es el delito de lesiones.

Actualmente en Chile los distintos tipos del delito de lesiones se encuentran regulados dentro del título VIII del libro II del Código Penal, en los artículos 395 y ss. El título bajo el cual se encuentran tipificados es el de “Crímenes y Simple Delitos Contra las Personas”. De una simple lectura del título se logra desprender una importante característica de este delito: es un delito contra las *personas*. En nuestro ordenamiento jurídico, se entiende que la existencia jurídica y, por lo tanto, la calidad de *persona* inicia con el hecho del nacimiento, entendiéndose por tal el momento en que el hijo es separado de la madre y sobrevive de manera independiente siquiera un segundo. Ante esto, de una lectura tradicional del mismo, se desprende que solo se podría cometer el delito en contra de una persona ya nacida. A raíz de este concepto, inevitablemente surgen las siguientes preguntas: ¿Qué sucede con los actos que se inciden sobre una persona no nacida pero cuyas consecuencias se manifiestan una vez que esta nace? ¿Qué sucede con las lesiones cometidas al ser humano no nacido? ¿Esto quiere decir que se puede experimentar libremente con el ser humano en su etapa fetal? ¿Considera en realidad nuestra legislación estos actos como punibles?

En la actualidad, las posibilidades de acceso directo al feto con fines tanto terapéuticos como no terapéuticos son amplísimas, lo que evidentemente da paso a una gran variedad de posibilidades de afectaciones, que pueden traer como consecuencia el desarrollo anómalo del feto, o más aún, repercutir en la integridad física o psíquica de este una vez ya nacido. Pero

aun vale preguntarse, si bien es el feto sobre el cual se incide la acción ¿Qué bien jurídico realmente se estaría buscando proteger? ¿Es el feto titular del derecho de integridad física y psíquica? ¿Es el feto titular de derechos?

Todas estas preguntas no son baladís. La tipificación del delito de lesiones al feto en ordenamientos del derecho comparado han sido resultados de una extensa discusión surgida a raíz de los continuos avances tecnológicos y médicos que han facilitado la manipulación y contacto directo con el ser humano durante el periodo prenatal. Hoy continúa siendo una discusión vigente importante, especialmente en Europa, y que lentamente se ha inmiscuido en Chile, encontrándose presente este delito dentro proyecto de ley de Nuevo Código Penal presentado en enero de 2022. Es por esto que la pregunta que pretende responder este trabajo es: ¿Cómo debería tipificarse el delito de lesiones al feto en la legislación chilena y cuál sería el bien jurídico protegido?

Entonces el objetivo general de esta tesis es investigar y presentar las distintas posturas doctrinarias en torno a la figura del delito de lesiones al feto y el bien jurídico protegido, de manera tal que, tras un análisis e interpretación de estas, se pueda dar respuesta a la pregunta que fue formulada. La hipótesis planteada es que en principio existe la necesidad de tipificar el delito de lesiones al feto, toda vez que el delito de lesiones consagrado en nuestro Código Penal, no considera a aquellas lesiones que recaen sobre el *nasciturus*. Esto puede implicar la existencia de una laguna de punibilidad que requiere ser solucionada o bien ser consecuencia de una decisión política de no proteger al feto frente a estas conductas. Por lo tanto, el bien jurídico protegido por el delito de lesiones al feto seguiría siendo la integridad física y psíquica del ser humano ya nacido, por lo que la particularidad del delito estaría dada por la diferencia en el objeto del delito: el feto.

Para lograr el objetivo general de este trabajo, se propusieron diferentes objetivos específicos que serán expuestos en cada uno de los capítulos de este trabajo. En el primer capítulo se expondrá una breve explicación y análisis del delito de lesiones actualmente consagrado en el Código Penal Chileno en el que se detallara el bien jurídico protegido del mismo, evidenciando la relevancia del hecho del nacimiento. Adicionalmente, en este capítulo se explicará y analizará el caso Contergan. El énfasis estará en la exposición de la decisión de la Corte y las doctrinas que surgieron a partir del caso. El segundo capítulo

evaluará la necesidad de tipificar el delito de lesiones al feto, a través de la exposición de cómo se ha tipificado este delito en otras legislaciones. Para eso se volverá al caso alemán y se comparará principalmente con el caso español. Por otra parte, el tercer capítulo abordará una recopilación y análisis de las principales doctrinas respecto al bien jurídico protegido del delito de lesiones al feto. Como conclusión del capítulo se pretende tomar postura respecto a una de las doctrinas. A partir de lo anterior, en el cuarto capítulo se expondrá el desarrollo incipiente del delito de lesiones al feto, haciendo énfasis en la tipificación del delito en el proyecto de ley de Código Penal de enero del año 2022. Habiendo analizado el derecho comparado, se podrán realizar las críticas a la manera en la que se tipificó el delito en el nuevo proyecto de ley de Código Penal. Todo este desarrollo nos permitirá no sólo arribar a conclusiones interpretativas de cuál sería el bien jurídico protegido sino que se podrá proponer modificaciones al delito de lesiones al feto del nuevo proyecto de ley de Código Penal sustentadas en las críticas expuestas.

II. Primer capítulo: Sobre el delito de lesiones corporales actual

Para poder comprender de mejor manera el concepto y aplicabilidad del delito de lesiones al feto, se ha de tener primero claridad respecto a la figura del delito de lesiones actualmente contenido en nuestra legislación. Solo teniendo noción del delito actual, el concepto de lesiones establecido por la doctrina y sus características es que se podrá analizar posteriormente el contenido, situación y bien jurídico protegido en el delito de lesiones al feto.

A. Ubicación, conceptos generales y modos de comisión

El delito de lesiones se encuentra regulado en los artículos N°395 y siguientes de nuestro Código Penal, bajo el párrafo 3° denominado “Lesiones corporales” del Título VIII, referido a los atentados contra las personas. La identidad de los distintos tipos de lesiones corporales ha sido diferenciada por el legislador según el resultado que causen, siendo su punibilidad determinada por la gravedad de su resultado. Así, la doctrina ha clasificado¹ las lesiones corporales en: (i) figura “básica” o “tipo” de lesiones: esta figura es la de las lesiones menos graves, prevista en el artículo N°399 Código Penal; (ii) figura de lesiones agravadas por la especial forma de comisión de la lesión: correspondientes a las denominadas mutilaciones. Dentro de esta categoría, se pueden distinguir dos subgrupos: la castración (artículo N°395 del Código) y las mutilaciones propiamente tales (artículo N°396 del Código), las que, a su vez, pueden dividirse en mutilaciones de miembro importante (artículo N°396, inciso 1° del Código) y mutilaciones de miembro menos importante (artículo N°396 inciso 2° del Código); (iii) figura agravada de lesiones por los efectos más o menos permanentes y graves en la vida futura del lesionado: estas son las denominadas “lesiones graves gravísimas”, contemplada en el artículo N°397 número 1° del Código; (iv) figura de lesiones agravada por la duración

¹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMAN, María Cecilia. Manual de Derecho Penal – Parte Especial. 3a. ed.: Santiago, Chile, Tirant lo Blanch. 2019. P.115

de los efectos de la lesión, de efectos no permanentes: esta figura es la de lesiones simplemente graves, prevista en el artículo N°397, número 2° del Código y (v) figura privilegiada de lesiones: consiste en las lesiones leves del artículo N°494 número 5° del Código, las cuales constituyen una falta.

Del orden en que se presentan estos modos de comisión en el Código, se desprende que el legislador aplicó una técnica particular en materia de lesiones al partir con las figuras más graves para luego contemplar figuras menos graves o básicas. Así por ejemplo, el artículo 395 del Código Penal recién mencionado, regula la castración, siguiendo con la mutilación de miembro importante y luego menos importante (ambas en el artículo N°396 del Código), para posteriormente, regular las lesiones graves (artículo N°397 inciso 1° del Código), hasta llegar a las lesiones menos graves y leves ².

Por lo tanto, en nuestro ordenamiento no existe un solo tipo único y universal de modo de comisión de lesiones, sino que nos encontramos con diversas figuras contempladas por nuestro legislador para regular y castigar el delito de lesiones corporales.

(i) Lesiones menos graves: figura básica

La figura presentada en el artículo N°399 del Código Penal es el tipo base o básico del delito de lesiones. El tipo descrito en este artículo presenta, por un lado, una naturaleza subsidiaria, al comprender cualquier lesión que no sean mutilaciones, lesiones graves o lesiones leves, a la vez que la conducta típica puede adoptar distintas formas sin restringirse

² Estructura muy parecida a la comentada por Miguel Bajo Fernández respecto al delito de lesiones en el Código Penal español, en el que, por un tratamiento más adecuado político criminalmente, contempla un tipo básico de lesiones, del que se desgajan figuras agravadas y atenuadas en función de la peligrosidad de los medios empleados y la gravedad de los resultados. BAJO FERNANDEZ, Miguel. Manual de Derecho Penal, Parte Especial I: Delitos Contra la Persona. Madrid, España. Centro de Estudios Ramon Areces. 1990. P. 159. Sin embargo, curiosamente, nuestro legislador a diferencia del español decidió partir con las figuras más graves, presentando un delito base residual.

necesariamente a determinadas modalidades³. Es este sentido, cualquier medio de comisión sería subsumible en el tipo base de lesiones (siempre que el resultado producido sea objetivamente imputable a quien lo haya empleado)⁴.

De este modo, se ha afirmado que, para llevar a cabo la conducta típica, basta cumplirse tres características: una negativa y dos positivas⁵. El elemento negativo estaría dado por el hecho de que se considerarían lesiones menos graves, las no comprendidas por el tipo de mutilación, ni las comprendidas bajo el tipo de lesiones graves, ni bajo el delito de lesiones leves. A su vez los elementos positivos estarían dados, primero, por el hecho de que la conducta típica no solamente puede ser las contempladas en el artículo N°397 del Código, sino que también puede ser cualquiera otra acción u omisión⁶ (es decir, pueden adoptar cualquier forma de ejecución) y, segundo, porque estas lesiones deben causar una *enfermedad o incapacidad para el trabajo* (que no puede superar los treinta días en caso de haberse efectuado en las formas presentadas por el artículo N°397 del Código, sino sería considerada, como veremos, como lesión grave). A su vez, de las características positivas se desprende que, en primer lugar, serían lesiones menos graves toda lesión que nazca como consecuencia de acciones de herir, golpear o maltratar de obra que produzcan enfermedad o incapacidad para el trabajo por un lapso no superior a treinta días, pero “también cualquier otra acción y aun omisión, distintas de las acciones de herir, golpear o maltratar de obra, cualquiera que sea la entidad del resultado (daño en la salud)”⁷. En segundo lugar, serán lesiones aquellos actos que traigan como consecuencia enfermedad o incapacidad para trabajar.

³ GARRIDO MONTT, Mario. Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. 4° Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2010. P. 169

⁴ MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMAN, María Cecilia. Óp. Cit. P. 119

⁵ GARRIDO MONTT, Mario. Óp. Cit. P. 169

⁶ POLITOFF, Sergio; GRISOLIA, Francisco; BUSTOS, Juan. Derecho Penal Chileno. Parte especial: Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1971. P.338. Aun así, Etcheverry plantea otra postura, según la cual solamente podrán ser consideradas lesiones las cometidas por acción de herir, golpear o maltratar (ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1999. P.113 y ss.).

⁷ Ibid. P. 226

La doctrina mayoritaria chilena, siguiendo a la doctrina mayoritaria española, ha entendido en un sentido amplio el concepto de *enfermedad*. Esto supone que no solamente se entienden por lesiones aquellas afectaciones físicas visibles, sino que también pueden constituirse como lesiones aquellas afectaciones psíquicas o perturbaciones de la salud mental⁸, al igual que cualquier consecuencia nerviosa o traumática⁹. Si bien se ha discutido por la doctrina sobre si las enfermedades puramente psicológicas (sin manifestación física visible) quedarían excluidas dentro de este concepto, la doctrina mayoritaria está conteste en que sí son subsumibles bajo el concepto de *enfermedad* aquellas lesiones de la psiquis que no pueden ser constatables de manera física. En este sentido, Politoff, Matus y Ramírez, citan una sentencia dictada por la SCA de Concepción, de 17 de abril de 1911, en que el tribunal tomó como *enfermedad* el caso de una persona que, como consecuencia de golpes, perdió la memoria¹⁰. Por lo tanto, dejan en manifiesto que no solamente es la doctrina la que ha entendido el término de enfermedad en un sentido amplio, sino que también nos encontraríamos con jurisprudencia que así lo demuestran.

Por otra parte, por *incapacidad para el trabajo*, la doctrina mayoritaria ha entendido que no debe entenderse por tal, la imposibilidad de realizar cualquier tipo de labor, sino exclusivamente aquella que la víctima realizaba con anterioridad a la lesión o afines a esta. En este sentido Politoff, Grisolia y Bustos afirman que “por incapacidad para el trabajo no hay que entender la aptitud abstracta para desempeñar cualquier función, sino aquella que la víctima desempeñaba”¹¹. Vale decir que estas dos hipótesis (enfermedad o incapacidad para el trabajo) son alternativas, por lo que bastaría una sola. Sin embargo, por razones obvias, en el caso de que se produzca incapacidad para el trabajo, se tienden a producir ambas simultáneamente.

De esta manera nos encontramos con la figura básica del delito de lesiones, la que destaca por sus características de subsidiaria y de genérica comisión.

⁸ FELIP I SABORIT, David. Tema III: Las Lesiones. En: Lecciones de Derecho Penal. Barcelona, España, Editorial S.A. Atelier Libros. 2015 P. 65

⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. Óp. Cit. P. P. 133

¹⁰ SCA de Concepción, de 17 de abril de 1911, en Gaceta Jurídica de los tribunales, 1911 – I, P. 429

¹¹ POLITOFF, Sergio; GRISOLIA, Francisco; BUSTOS, Juan. Óp. Cit. P. 213

(ii) Mutilaciones

Esta se presenta como una figura especial agravada del delito de lesiones corporales en base, particularmente, a la forma y consecuencia de la conducta objetiva¹², siendo esta la que se corresponde con el verbo *mutilar*.

Mutilar significa “*cortar, cercenar o extirpar una parte del cuerpo de una persona, no se trata de inutilizar o dañar un miembro u órgano, o de poner término a su función, sino quede la ablación de ese miembro u órgano del resto del cuerpo o de su destrucción*”¹³. Además, según Etcheberry, el concepto de *mutilación* hace referencia a un corte de una parte del cuerpo que “*afecte intrínsecamente, y no solo en su temporal apariencia externa, dicha integridad corporal (el corte de pelo o de uñas no es mutilación)*”¹⁴. Así mismo, el término de *miembro* se ha entendido como “*una parte del cuerpo que está unida a él, pero no de cualquiera, sino de una que sirva para la actividad física (...), de consiguiente, no es miembro un trozo de carne que se corte del cuerpo*”¹⁵, mientras que por *órgano* se ha entendido como “*aquella parte o pieza que permite que el cuerpo funcione como tal, fisiológicamente*”¹⁶, por lo que ejemplos serían el riñón, un pulmón, hígado, etc....

La mutilación, debe suponer el desprendimiento total del miembro o del órgano. De ser parcial, se debe reconducir el caso a la figura de lesiones contenidas en los artículos N°397 o N°399 del Código (dependiendo de su gravedad)¹⁷. Como ya mencionado anteriormente, dentro de la categoría de mutilaciones, se pueden distinguir dos subgrupos, a saber: la castración (artículo N°395 del Código) y las mutilaciones propiamente tales (artículo N°396 del Código), siendo esta última divisible en mutilaciones de un miembro importante (artículo N°396 inciso 1° del Código) y mutilaciones de miembros menos importantes (artículo N°396 inciso 2° del Código). De este modo, el legislador clasificó el tipo de mutilaciones

¹² MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMAN, María Cecilia. Óp. Cit. P. 135

¹³ GARRIDO MONTT, Mario. Óp. Cit. P. 150

¹⁴ ETCHEBERRY, Alfredo. Óp. Cit. P. 119

¹⁵ BUSTOS RAMIREZ, Juan José en: GARRIDO MONTT, Mario. Óp. Cit. P. 150

¹⁶ GARRIDO MONTT, Mario. Óp. Cit. P. 150

¹⁷ MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMAN, María Cecilia. Óp. Cit. P. 136

dependiendo de la consecuencia o resultado del hecho, dándole gran importancia a la mutilación de los miembros y órganos reproductores, tanto del hombre como de la mujer, para luego distinguir entre mutilaciones de miembros importantes y menos importantes.

Si bien el artículo N°395 del Código Penal hace referencia al verbo rector *castrar*, y no directamente *mutilar*, el artículo N°396 del Código se refiere a “*otras mutilaciones*” por lo que se deja en evidencia que la castración no es más que un tipo específico de mutilación. Dado que la mutilación supone la extirpación de un miembro u órgano, en el caso particular de la castración, la esterilización por otros medios (como sería por ejemplo por medio de envenenamiento) no quedan abarcados por este tipo, ya que este “*exige cercenamiento o destrucción de los órganos generativos*”¹⁸. Por lo que, otros medios, si bien suponen la pérdida de la capacidad reproductora, no suponen la mutilación de un genital y, por lo tanto, no quedan incluidos dentro del tipo del artículo N°395 del Código Penal.

Vale decir, que la castración, supone se produzca impotencia *coeundi* (como consecuencia de la castración solamente del pene) y/o únicamente impotencia *generandi* (como consecuencia de la extirpación de ambos ovarios o del útero en el caso de la mujer o ambos testículos en el caso de los hombres)¹⁹. De esto se sigue que, de castrarse un solo testículo, por ejemplo, no se estaría frente al tipo del artículo N° 395 del Código Penal, ya que no se produce la castración completa de los aparatos reproductivos, ni se produce la impotencia *generandi* (dado que las funciones naturales (entendiéndose por tales la realización del coito y reproducción) se continuarán dando con el testículo restante)²⁰.

Por otro lado, el artículo N° 396 del Código Penal, contiene los tipos de mutilaciones propiamente tales, distinguiendo entre mutilación de miembros importantes y menos importantes, según el grado de afectación que la falta de dicho miembro suponga en la vida cotidiana de la víctima. El legislador no dejó del todo claro bajo qué circunstancias se consideraría un miembro como más o menos importante, por lo que ha sido la discusión doctrinaria la que ha tenido que sentar bases en el asunto.

¹⁸ GARRIDO MONTT, Mario. Óp. Cit. P. 152

¹⁹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMAN, María Cecilia. Op. Cit. P. 136

²⁰ Ibid.

En este sentido, se ha afirmado por la doctrina mayoritaria que, si el sujeto “*queda imposibilitado para valerse o privado de ejecutar una función natural, ello quiere decir que el miembro mutilado era importante*”²¹, mientras que, contrario sensu, si la mutilación recae sobre “*un miembro que al perderlo no deja al sujeto imposibilitado de valerse por sí mismo o de realizar una función natural que antes de ser víctima del delito podía llevar a cabo*”²², nos encontraremos ante una mutilación de miembro menos importante.

A su vez, el legislador tampoco estableció una definición o alcance para el término “*miembro*”, por lo que “*se ha impuesto en la jurisprudencia y en la doctrina nacional la idea de que un miembro del cuerpo es todo órgano o parte del mismo que tenga una función propia o particular, incluyendo, además de las extremidades y sus partes distinguible, los órganos internos y de los sentidos (...) pero excluyendo (...) demás sustancias de que dichos miembros están constituidos*”²³ (como sería la piel o un pedazo de carne por ejemplo). De este modo, para darse cumplimiento con la conducta típica de las mutilaciones propiamente tales, se ha de cortar una parte del cuerpo que posea funciones propias, excluyendo a los órganos sexuales en su totalidad (ya que de lo contrario nos encontraríamos ante una castración) y cuya pena o gravedad queda determinada por la relevancia que dicho órgano o miembro suponga para las funciones naturales y vida cotidiana de la persona lesionada.

Por lo tanto, tanto en la castración como en las mutilaciones propiamente tales, nos encontramos con la acción de cercenar un miembro u órgano del cuerpo, diferenciándose la gravedad de la lesión corporal según los efectos o consecuencias que esto suponga en la persona de la víctima y su funcionalidad natural, dándole gran importancia a los órganos reproductivos.

²¹ ETCHEBERRY, Alfredo. Óp. Cit. P. 124

²² GARRIDO MONTT, Mario. Óp. Cit. P. 155

²³ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial. 2ª Edición, Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2005. P. 145

(iii) Lesiones Graves

Estos tipos de lesiones se encuentran reguladas en los artículos N°397 y N°398 del Código Penal. En el primero, el legislador describe la conducta típica y clasifica las lesiones graves en: graves gravísimas y simplemente graves (según el grado de afectación en la persona de la víctima), mientras que, en el segundo, el legislador hace referencia a modalidades particulares a través de las cuales puede llevarse a cabo este tipo de lesión.

Respecto a la forma de ejecución, según el inciso primero del artículo N°397, la conducta típica de este tipo de lesiones consiste en *herir, golpear o maltratar de obra a otro* (y se considerarán como lesiones graves siempre y cuando de ello resulten ciertas consecuencias que la ley establece, como se verá a continuación). *Herir*, significa “romper la carne o los huesos con un instrumento cortante, punzante o contundente”²⁴; *golpear*, supone “encontrarse dos cuerpos en el espacio en forma repentina y violenta”²⁵; mientras que, *maltratar de obra*, significa “realizar cualquier acción material que produzca daño en el cuerpo o salud o sufrimiento físico a otra persona”²⁶. Por lo tanto, en el primer inciso del artículo N°397 del Código, se deja en evidencia que las lesiones graves se caracterizan por su forma de ejecución, la que se encuentra limitada por el legislador a estas tres figuras, teniendo como excepción las incluidas en el artículo N°398.

Entonces, si bien el artículo N°397 del Código limita la conducta material de las lesiones graves, estas, excepcionalmente, pueden cometerse por alguna de las dos formas descritas en el artículo N°398, a saber: administrando a sabiendas sustancias o bebidas nocivas, o abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu (de otro). En la primera hipótesis del artículo N°398, se entiende por sustancia o bebida nociva “*toda aquella que, en las circunstancias concretas y particulares de la víctima pueden causarle una lesión grave*”²⁷. El ejemplo más claro, es darle a tomar azúcar a un diabético: comúnmente el azúcar no se catalogaría de sustancia peligrosa, sin embargo, en este caso, dado el contexto del sujeto pasivo, esta sí

²⁴ ETCHEBERRY, Alfredo. Óp. Cit. P. 117

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ GARRIDO MONTT, Mario. Óp. Cit. P. 167

podría considerarse nociva (si de ello se produjeran lesiones graves). El legislador no limita las formas de administración de las sustancias, por lo que estas pueden ser administradas por cualquier medio idóneo, como inyectándolas, haciéndolas beber por engaño, aspirándolas, etc.

Respecto a la segunda alternativa de comisión presentada en el artículo N°398, esto es, abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima, se debe tener presente que, por *crédulo* se entiende como todo aquel que “*crea ligera o fácilmente*”²⁸, mientras que, por *flaqueza de espíritu* “*hace referencia a una persona débil de entendimiento, ingenua*”²⁹. En cualquiera de los dos casos, nos encontramos ante un *abuso*, por lo que, la gravedad de las lesiones, estarían dadas, además de por sus consecuencias, por el medio empleado para producirlas. De esta manera, para poder clasificar una lesión como grave, se tendrá que estar a su forma de comisión, la que tiene que ser alguna de las conductas contenidas en los artículos N°397 o N°398 del Código Penal (además de estarse a las consecuencias que se verán a continuación, las que, a su vez, se clasifican en gravísimas y simplemente graves).

En el artículo N°397, además de señalarse la conducta típica, el legislador optó por clasificar las lesiones graves según su grado de afectación. Así, el numeral primero del artículo, contiene lo que son las lesiones graves gravísimas, que son aquellas lesiones que traen como consecuencia que el ofendido quede *demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme*. En este sentido, por *demente* se ha entendido como un trastorno profundo en cualquiera de las esferas psíquicas: intelectual, volitiva, afectiva³⁰. La perturbación debe ser, sino permanente, a lo menos de una duración suficientemente considerable como para significar, ya no solo en lo cualitativo, sino que también en lo cuantitativo, un lapso trascendente en la vida de una persona normal³¹.

Por *inutilidad para el trabajo*, tal como ya explicado para efectos de las lesiones menos graves, la doctrina mayoritaria afirma que se debe entender como tal cualquier labor

²⁸ Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en: <<https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=cr%C3%A9dulo>> [Fecha de consulta: 20/08/2019]

²⁹ GARRIDO MONTT, Mario. Óp. Cit. P. 168

³⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. Óp. Cit. P. 129

³¹ POLITOFF, Sergio; GRISOLIA, Francisco; BUSTOS, Juan. Óp. Cit. P. 320

“razonablemente posible y no teóricamente posible”³² en relación con la actividad laboral que realizaba con anterioridad a la lesión o que razonablemente se encuentre dentro de su esfera de ejecución dado su contexto.

Respecto a la duración de la inutilidad exigida por el legislador para este tipo, la doctrina aún no está conteste. Existen algunos autores, como Etcheberry, que sostienen la idea de que dicha inutilidad ha de ser definitiva o permanente para toda la vida, ya que, de lo contrario, se trataría de una simple incapacidad, teniendo que considerarse como otro tipo de lesiones (ya sea simplemente grave, menos grave o leve dependiendo de la duración y demás circunstancias³³). Otros autores, como Politoff, Grisolia y Bustos, consideran que el legislador nunca hace referencia a una supuesta perpetuidad de la lesión, por lo que bastaría con que hubiera una *aparente* permanencia al momento de dictarse sentencia³⁴ para dar por cumplida la inutilidad laboral. En cualquier caso, la inutilidad debe ser de tal gravedad, que a lo menos suponga no temporal.

Por otro lado, la *impotencia* supone la incapacidad para llevar a cabo funciones sexuales. La impotencia, al igual que en la castración, incluye tanto la posibilidad de producción de una *impotencia coeundi* (de realización del coito) como de una *impotencia generandi* (de fecundación)³⁵. No obstante, a diferencia de cómo se exige en la figura de castración, además de causar la impotencia, no se requiere que el órgano sexual se separe del cuerpo de la víctima. Para este tipo basta con que se produzca cualquier clase de impotencia, siempre que se realice por medio de los métodos planteados por el artículo N°397 o N°398 (sin necesidad de desprendimiento de algún miembro sexual). Casos de esterilidad a través de ingesta o inyección de sustancias, por ejemplo, quedarían dentro de esta categoría.

Por “*impedido de algún miembro importante*” se entiende que la víctima “*no puede usar alguno o algunos de sus miembros*”³⁶. Si bien esta figura podría llegar a asociarse a la de

³² ETCHEBERRY, Alfredo. Óp. Cit. P. 130

³³ Ibid.

³⁴ POLITOFF, Sergio; GRISOLIA, Francisco; BUSTOS, Juan. Óp. Cit. P. 322

³⁵ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. Óp. Cit. P. 144

³⁶ Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en: < <https://dle.rae.es/?id=L2ULold> > [Fecha de consulta: 04/09/2019]

mutilación, no son lo mismo. El concepto de “*impedir*” es más amplio que el de “*mutilar*”, ya que “*este no solo se refiere al corte o cercenamiento (...) sino que puede deberse a corte u otras razones, aunque el miembro no haya sufrido en su integridad anatómica*”³⁷. En definitiva, incluye cualquier otra forma en que se vea imposibilitado el uso del miembro, no solo su pérdida o afectación física.

Finalmente, el numeral primero del artículo N°397 del Código Penal, también incluye al caso en que la víctima quede *notablemente deforme*. Por deformidad, la doctrina está conteste en que este es un elemento fundamentalmente estético, entendiéndose por tal alguien “*desfigurado, feo, imperfecto en la forma*”³⁸. Esta deformidad no solamente es en relación con el rostro, sino que respecto a cualquier parte del cuerpo. Por su parte, el término *notablemente* no hace referencia a la notoriedad de la deformidad o a la facilidad con la que esta pueda ser percibida, sino que a la afectación efectiva que esta supone en la vida del ofendido. Aquí no cobra importancia la apreciación de lo feo o lo bello de la víctima, sino que se debe atender al aislamiento social y discriminación previsibles que sean consecuencia de dicha deformidad (como serían oportunidades laborales, relaciones afectivas, etc....)³⁹. Por lo tanto, la deformidad debe ser de tal gravedad, que implique para el ofendido una consecuencia tan severa como cualquiera de las otras figuras descritas en el numeral primero del artículo N°399 del Código (y no una mera apreciación de lo bello o lo feo). A modo de ejemplo, nuestra Corte Suprema por medio de sentencia con fecha 26 de junio del 2001, rechazó un recurso de casación en el fondo respecto a una supuesta calificación equivocada de tipo de lesiones, concordando con la respectiva Corte de Apelaciones en que, en el caso, los cortes en el rostro de la víctima no podrían ser calificados como lesiones graves gravísimas, sino que simplemente graves, ya que, si bien existía deformidad, esta no era notable, al no suponer una consecuencia tan catastrófica (aun cuando esta estuviera a plena vista (notoria) y fuese considerada como fealdad por el ofendido)⁴⁰.

³⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. Óp. Cit. P 131

³⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. Óp. Cit. P 132

³⁹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. Óp. Cit. P. 147

⁴⁰ Causa Rol N°4210/2000 CS segunda sala, sentencia fecha 26 de junio del 2001

La doctrina también ha estimado que, en cuanto a duración, la deformidad debe ser permanente. Nada importa para la calificación del delito que esta sea reparable mediante cirugía plástica o estética, ya que la ley atiende solo a los efectos naturales sobre el cuerpo humano⁴¹⁴².

Por lo tanto, del análisis de la conducta típica y resultados descritos en el numeral primero del artículo N°397 del Código Penal, referida a las lesiones graves gravísimas, queda en evidencia que el carácter distintivo de esta modalidad de lesiones es la gravedad de la afectación del ofendido, el que debe quedar: demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme, es decir, que de alguna manera su afectación sea “*equivalente a una “muerte en vida”, convirtiendo al lesionado en una persona distinta a la que era antes del delito*”⁴³.

El segundo numeral del artículo N°397 del Código Penal describe lo que son las lesiones simplemente graves. Esto es *el que hiriere, golpear o maltratar de obra a otro (...) si las lesiones produjeran al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días*. De este modo, nos encontramos con tres elementos necesarios para poder encontrarnos frente a una lesión simplemente grave: primero, que la afectación se lleve a cabo por medio de las tres figuras ya explicadas previamente (herir, golpear o maltratar de obra), segundo, que la lesión produzca enfermedad o incapacidad para el trabajo y, tercero, que dichas consecuencias tengan una duración mínima (más de treinta días).

Los conceptos de *enfermedad e incapacidad para el trabajo* son los mismos ya desarrollados para efecto del delito base (lesión menos grave prevista en el artículo N°399 del Código Penal).

Respecto a la duración mínima, el legislador establece que la lesión debe durar *más de treinta días*, por lo que, de perdurar menos que aquello, no nos encontraríamos ante el tipo de lesiones simplemente graves, sino que habría que ver si se cumple con el tipo base

⁴¹ ETCHEBERRY, Alfredo. Óp. Cit. P 132

⁴² Sin embargo, esto sí cobra importancia para Politoff, Matus y Ramirez, para juzgar la verdadera magnitud de la lesión (POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. Óp. Cit. P. 148)

⁴³ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. Óp. Cit. P. 142

supletorio descrito en el artículo N°399 del Código. Por lo tanto, lo que básicamente diferencia a las lesiones simplemente graves con las lesiones menos graves (respecto a su faz objetiva), es la restricción o amplitud que establece el legislador respecto a los métodos de producción de la lesión y el mínimo de duración de la afectación.

Por lo tanto, con el delito de lesiones graves, nos encontramos ante una figura que agrava el tipo básico de lesiones según la forma de ejecución y la seriedad o importancia de las consecuencias producidas en el ofendido (siendo, como ya visto, clasificadas por ley entre graves gravísimas y simplemente graves).

(iv) Lesiones Leves

Estas se encuentran en el numeral quinto del artículo N°495 del Código Penal y son reguladas como una falta, por lo que, están sancionadas por una pena de multa y deben entenderse su contenido en relación con el artículo N°399 del Código.

El legislador las define como aquellas que *no se hallaren comprendidas en el artículo N°399, atendida la calidad de las personas y circunstancias del hecho*. Al tener presente la calidad de las personas y circunstancias de hecho, no se podría calificar o condenar por lesiones leves el caso, en que entre víctima y ofensor existiere alguno de los vínculos del artículo N°5 de la Ley de Violencia Intrafamiliar, castigándose en esos casos por lesiones menos graves⁴⁴. En este sentido, solo acorde al Código, no habría mayor diferencia entre el delito base del artículo N°399 y la falta de lesiones leve, salvo por la calidad de las personas y circunstancias de hecho, cuya determinación queda entregada al tribunal. Ante esta complejidad para darle contenido a las lesiones leves, la jurisprudencia ha recurrido a los criterios contenidos en los artículos N°193 inciso primero y N°196 inciso primero de la Ley de Tránsito (Ley N°19.290), en que se dispone que son lesiones leves, aquellas que producen en la víctima enfermedad o incapacidad para el trabajo por un tiempo no mayor a 7 días (por

⁴⁴ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. Óp. Cit. P. 116

lo que sería lesión menos grave aquella que perdure entre 8 y 30 días), extendiendo este criterio a todas las lesiones menos graves y leves⁴⁵.

B. Sobre el ámbito subjetivo

Para poder satisfacer cualquiera de los tipos de lesiones, como para todo delito, no solamente se debe satisfacer la conducta objetiva, sino que también se ha de cumplir con la faz subjetiva respectiva. En el caso del delito de lesiones, la intencionalidad exigida por el legislador varía dependiendo de si nos encontramos ante algunos de los tipos catalogados como delito de lesiones *propriamente tales* (esto es: lesión menos grave, grave o leve) o ante una mutilación.

(i) Respecto de las lesiones propriamente tales

Por regla general, pueden revestir tanto el carácter de dolosas como de culposas. La excepción está dada, sin embargo, por el tipo de lesiones graves del artículo N°398, dado que la conducta típica exige dolo directo, al *administrar la sustancia “a sabiendas”* o *“aprovechándose” de la credulidad ajena*. Para el resto de los tipos de lesiones propriamente tales, basta para satisfacer la faz subjetiva cualquier tipo de dolo o culpa.

Este dolo lesivo establecido por el legislador, debe abarcar necesariamente el resultado típico específico. Es decir, no bastaría solamente con un dolo genérico de dañar (ya sea directo o eventual), sino que se requiere un conocimiento e intención de producir un daño específico. Un ejemplo de esto sería el caso de un hombre que actúa con dolo directo, con la intención de dañar a un enemigo golpeándole la cara con el puño, el cual le produce un hematoma que lo imposibilita de trabar por 12 días. Sin embargo, a causa del golpe en la

⁴⁵ Causa Rol N°77/2017 (Reforma procesal penal). Resolución N° 13022 de Corte de Apelaciones de San Miguel, de 31 de Enero de 2017. Al interpretar las palabras de la Corte de Apelaciones, se desprende que esta cataloga de lesiones leves daños que durarían aproximadamente 5 días.

cara, la víctima también cae y se golpea la cabeza contra el piso, quedando, además, con demencia. En este caso el dolo no era de generar demencia, sino que solo el hematoma, por lo que no se le podría atribuir ambos resultados a título de lesiones con dolo⁴⁶.

Respecto a las lesiones culposas, estas pueden llevarse a cabo por imprudencia, siempre que se cumplan con los requisitos generales de esta, a saber, la capacidad y el deber de prever y evitar tales resultados⁴⁷ (y no nos encontremos, como ya advertido, frente a uno de los actos descritos en el artículo N°398 del Código).

(ii)Respecto de las mutilaciones

A diferencia de las lesiones propiamente tales, el tipo subjetivo en la mutilación queda limitado, por su parte, al dolo directo. Esto puesto que tanto en el artículo N°395 como en el artículo N°396 es exigido por el legislador que el sujeto activo actúe, en el primero, *maliciosamente* y, en el segundo, *con malicia*, ambas siendo “*expresiones que suponen una intencionalidad dirigida a provocar mutilación*”⁴⁸. De este modo se ha entendido que quedan excluidas las posibilidades de cometer delito de mutilaciones con dolo eventual o con culpa.

En caso de presentarse una mutilación concurriendo alguna de estas dos últimas situaciones (con dolo eventual o culpa), el acto lesivo tendría que ser castigado a título de otro tipo de lesiones: lesiones graves gravísimas o un cuasidelito de lesiones.

⁴⁶ Dependiendo del caso, si el golpe en la cabeza era previsible, este se podría imputar a lesión de manera culposa, por lo que el autor tendría que ser castigado por un concurso ideal entre lesiones menos graves dolosas y lesiones graves gravísimas culposas.

⁴⁷ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. Óp. Cit. P. 131

⁴⁸ GARRIDO MONTT, Mario. Óp. Cit. P. 151

C. Concepto de lesiones y bien jurídico protegido

De todas las figuras agravadas y atenuadas de lesiones recién analizadas, surge la duda sobre qué se entiende exactamente por *lesiones*. El legislador no dispuso de una definición explícita de este concepto, por lo que ha sido la doctrina la que ha procedido a aclarar su contenido.

Así, la doctrina mayoritaria ha entendido como lesión: “*todo daño causado a la integridad corporal o a la salud de las personas por medios mecánicos, químicos, virulento o de cualquier otro orden material*”⁴⁹. Esta lesión, por lo tanto, supone una modificación del estado corporal y/o de la salud de una persona. En otras palabras, una lesión supone la existencia de un estado de salud previo que se ve modificado de manera perjudicial tras el acto lesivo.

De este concepto se desprenden principalmente dos conclusiones. En primer lugar, que, cualquier conducta consistente en agresiones físicas que no produzcan ninguna afectación a la integridad o en la salud, por mínima que sea, en la persona del ofendido, no podría constituir delito de lesiones⁵⁰, por lo que, tiene sentido concluir que este constituye un delito determinado por el **resultado**.

Aun así, vale mencionar que existe doctrina minoritaria, principalmente defendida por Etcheberry, que considera que en realidad el delito de lesiones no es un delito de resultado, sino que uno de simples vías de hecho, por lo que, bajo este supuesto, el legislador consideraría delictivas por sí mismas las simples vías de hecho o violencias físicas en sí mismas, aumentando la penalidad en caso de que resulten en determinadas consecuencias permanentes. Esta tesis se justificaría, para Etcheberry, en los artículos N°140 y N°150 del

⁴⁹ COUSIÑO MAC IVER, Luis. Manual de Medicina Legal. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1962. P. 157. También, FELIP I SABORIT, David. Óp. Cit. P. 65

⁵⁰ FELIP I SABORIT, David. Óp. Cit. P. 65. Así también lo ha entendido la jurisprudencia. Ejemplo de esto es la causa Rol n° 77/2017 (Reforma procesal penal). Resolución n° 13022 de Corte de Apelaciones de San Miguel, de 31 de enero de 2017, en que la Corte Suprema declara nula una sentencia en que se catalogaba de lesiones leves simples dolores, al no existir resultado típico según ley (ya que no había afectación corporal o de la salud real).

Código Penal, en los que se castiga la violencia física, sin importar, para efectos de la punibilidad, las consecuencias que de estos actos resulten (sin perjuicio de que la pena se eleve dependiendo del resultado). No obstante, no ha tenido mucha acogida por la gran mayoría de la doctrina⁵¹. Para efectos de este trabajo, se tomará como punto de partida, que los delitos de lesiones son, en realidad, de resultado.

En segundo lugar, se puede afirmar que, dada la ubicación y clasificación de este delito dentro del Código, se podría arribar a una conceptualización del bien jurídico que se está protegiendo por este tipo de delitos.

Por otra parte, determinar el bien jurídico protegido es fundamental, ya que una vez determinado se podrá excluir del tipo las conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien jurídico⁵². Ha habido mucha discusión en la doctrina sobre cuál es el bien jurídico protegido por el delito de lesiones. Respecto a esto, existen principalmente tres grandes corrientes doctrinarias.

La primera, postula que el bien jurídico protegido es la incolumidad personal⁵³, entendida esta como “el mantenimiento del cuerpo humano intacto”⁵⁴. Sin embargo, si se siguiera esta tesis, dada la amplitud del concepto del bien jurídico protegido, se tendría que llegar a la conclusión de que el delito de lesiones protege también simples vías de hecho, es decir, actos que en realidad no suponen un menoscabo real y objetivo de la salud del afectado. Como ya se dejó claro en este mismo capítulo, esta tesis se basa en la corriente doctrinaria mayoritaria que considera los delitos de lesiones como delitos de resultado, por lo que, desde nuestro punto de vista, esta primera tesis debiese ser totalmente rechazada.

⁵¹ Para mayor detalle de la discusión doctrinaria, revisar POLITOFF, Sergio; GRISOLIA, Francisco; BUSTOS, Juan. Óp. Cit. P. 205

⁵² Esta es la función del bien jurídico protegido que el profesor Mir Puig llama “función de guía interpretativa”. Ver en: MIR PUIG, Santiago. Derecho penal parte general. 10a ed.: Barcelona, Editorial Reppertor. 2016. P.175

⁵³ RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. Los Delitos de Lesiones, Crítica a la Regulación del Código Penal Chileno y Bases para una Reforma. *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal*. (Nº23): P. 4, 2015.

⁵⁴ BERISTAIN IPIÑA, Antonio. Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho español y comparado. *Revista General de legislación y Jurisprudencia*. Editorial Reus, (Nº 63): P.16, 1971. En RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. Óp. Cit. P. 4.

La segunda postura doctrinaria, que defiende una pluralidad de bienes tutelados, sostiene la idea de que los bienes jurídicos protegidos en realidad son: por un lado, la integridad corporal y por otro, la salud individual. Históricamente, nuestra doctrina ha acogido esta tesis para el delito de lesiones, entendiendo ambos conceptos como cuestiones distintas e independientes entre sí. De este modo, *integridad corporal* se ha conceptualizado como: “*la cantidad, estructura y disposición de las partes del cuerpo, anatómicamente consideradas*”⁵⁵, es decir, como un concepto que alude a lo meramente físico; mientras que *salud individual* se ha conceptualizado como: el “*normal funcionamiento, desde un punto de vista fisiológico, de los órganos del cuerpo humano (...) extensiva también a la salud mental, o sea, al equilibrio de las funciones psíquicas*”⁵⁶, es decir, el buen funcionamiento de los órganos del cuerpo y de la mente (por lo que incluye un elemento psicológico). Sin embargo, esta tesis ha sido altamente criticada por la actual doctrina mayoritaria, la que considera que *la integridad corporal y la salud individual* no vendrían siendo conceptos distintos, sino que, más bien, la primera sería una manifestación de la segunda⁵⁷.

Ante esto, la tercera corriente doctrinaria postula que el único bien jurídico protegido por los delitos de lesiones es la *salud individual o personal de las personas*, entendiéndose esta en un sentido amplio, otorgándole así un carácter pluridimensional, pero unitario, al bien jurídico protegido. De esta manera, para dicha tesis, diferenciar entre integridad corporal y salud individual resultaría redundante, dado que el concepto de salud individual abarca una dimensión tanto física como psíquica, lo que supondría incluir las afectaciones a la integridad corporal⁵⁸. Es decir, se opta por la tesis de que el bien jurídico protegido por estos delitos en realidad es uno solo: la **salud individual o personal del individuo**. Esta es la tesis que se seguirá a lo largo de este ensayo.

⁵⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. Óp. Cit. P 112

⁵⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. Óp. Cit. P 112

⁵⁷ GARRIDO MONTT, Mario. Óp. Cit. P. 169

⁵⁸ Este punto de vista se puede ver plasmado en la sentencia dictada por el 2º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, con fecha martes siete de abril de dos mil nueve, causa RIT N°25-2009, en que el tribunal en el considerando quinto, tras definir el delito de lesiones graves en su faz objetiva y bien jurídico protegido, establece que “no debe perderse de vista, como criterio interpretativo, que el bien jurídico protegido por este delito es la salud individual” (por lo tanto, estableciendo un solo bien jurídico protegido, en sentido amplio).

D. Objeto Material y Sujeto Pasivo

Los conceptos de *objeto material* y *sujeto pasivo* del delito no son sinónimos. Si bien dependiendo del delito, pueden coincidir, en caso alguno son sinónimos. El *objeto material* es “*la cosa o persona sobre la cual recae físicamente la conducta lesiva*”⁵⁹, mientras que el *sujeto pasivo* es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. En el caso de los delitos de lesiones corporales, sin embargo, resulta que estos dos conceptos se identifican en la expresión de “*otro*” establecido por el legislador.

Para efectos de este trabajo, si bien en el delito de lesiones estas dos instituciones coinciden, más que preguntarnos por el objeto material, resulta de especial importancia en este capítulo, definir con claridad quién puede ser sujeto pasivo en esta clase de delitos, para así lograr determinar si es que estos contemplan o no al feto como sujeto pasivo.

(i) ¿Quién puede ser ese “*otro*”?

Como ya se ha explicado, al referirse al sujeto afectado por el delito de lesiones, el legislador ha utilizado la expresión “*otro*”. Ante esto ha resultado inevitable la interpretación de dicho termino, con el objetivo de determinar con claridad el sujeto pasivo propio de este tipo de delitos y, por lo tanto, el alcance del tipo.

Para poder dar respuesta a estas interrogantes, debemos dejar sentadas principalmente tres cuestiones. Primero, aunque un tanto evidente, el sujeto pasivo ha de ser **un ser humano**. Esto dado principalmente porque el delito de lesiones se encuentra regulado entre aquellos que se entienden como delito contra las personas. El legislador, en el artículo N°55 del Código Civil, define *persona* como “*todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición*”. Dicha definición “*coincide con el sentido natural y*

⁵⁹ MIR PUIG, Santiago. Derecho penal parte general. 10a ed.: Barcelona, Editorial Reppertor. 2016. P.221

*obvio del término, según el uso general del mismo, y por consiguiente puede darse también por válida para el derecho penal*⁶⁰. Por lo que la lesión a cualquier otro ser vivo diferente del ser humano, queda excluido de este tipo penal.

Segundo, se debe tener en cuenta que el sujeto pasivo es **individual** (en contraposición a colectivo), ya que la salud colectiva o pública (entendida como la “*la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectada*”⁶¹) se protege mediante los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes, por lo que es dicho delito el que protegería la salud de un colectivo. Por lo tanto, ese “*otro*” se ha de entender de manera individual (y no colectiva).

Tercero, se ha entendido por la doctrina, que la expresión “*otro*”, al igual que en el delito de homicidio, hace referencia a un ser humano con vida distinto o **diferente de la persona del autor**⁶². Como consecuencia de esto se sigue que, al igual que como con el suicidio, las autolesiones son impunes⁶³.

Si bien estas tres cuestiones se presentan como evidentes, el problema está en que, aun cuando estos conceptos limitan al sujeto pasivo, estos no logran determinarlo con suficiente claridad. Si bien queda claro que el sujeto pasivo ha de ser un ser humano, individual y diferente a la persona del autor, aún queda la duda central relacionada con el *alcance* del término “*otro*”: ¿tiene que ser un ser humano *ya nacido*?

Ante esto, la mayoría de la doctrina ha estimado que el sujeto pasivo tiene que ser un **ser humano con vida independiente**, por lo que no se incluiría al feto como sujeto pasivo del delito de lesiones. Se llega a esta conclusión principalmente por tres argumentos: primero, un argumento lógico-histórico, segundo, un argumento de derecho comparado y tercero, un argumento de interpretación teleológica de ley.

⁶⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. Óp. Cit. P 33

⁶¹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMAN, María Cecilia. Óp.. Cit. P. 488

⁶² POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. Óp. Cit. P. 25

⁶³ Esto es, a menos que a través de autolesiones se lesione otros bienes jurídicos, como sería por ejemplo el caso en que alguien se autolesiona con el objetivo de cobrar algún seguro. Sin embargo, resulta evidente que en ese caso tampoco se estaría castigando las autolesiones como delito en sí mismo, sino que como medio para cometer otro delito, como el de estafa.

El primer argumento, de corte lógico-histórico, supone que el legislador nunca pudo haber previsto avances en la tecnología suficientes como para imaginar al no nato como posible sujeto afectado por lesiones. En definitiva, “*los adelantos en la medicina moderna y en la biotecnología han traído a la discusión pública cuestiones que en el año 1874 eran inimaginables*”⁶⁴, como es hoy, por ejemplo, la posibilidad de manipulación genética o cualquier incidencia o asistencia médica directa o indirecta sobre el desarrollo del feto o preembrión. Por lo tanto, dado el avance de la medicina y biotecnología, suponer que el legislador de nuestro Código Penal haya incluido al feto y preembrión como sujetos pasivos (y objetos materiales) en los delitos de lesiones corporales resultaría ilógico.

El segundo argumento supone un análisis de derecho comparado. Nuestro legislador se inspiró en el legislador español para la elaboración del Código Penal, el que, como quedó en evidencia desde 1995 con una modificación del Código Penal español y tipificación del delito específico de lesiones al feto, no contemplaba dentro del delito común de lesiones aquellas causadas al feto o preembrión. Por lo tanto, antes de la modificación de 1995 del Código Penal español, las lesiones al feto eran conductas atípicas y dicha modificación vino a “colmar una laguna de Derecho penal hace ya mucho tiempo denunciada”⁶⁵. Siendo el Código Penal español (original) la inspiración de nuestro legislador penal resulta lógico que este haya replicado la misma omisión presentada en el caso español. Este vacío penal del derecho español queda aún más en evidencia al observar cómo la jurisprudencia intentaba remediar dicho defecto, integrando expresamente las lesiones causadas al feto dentro del delito común de lesiones bajo argumentos de *política criminal*⁶⁶ más que por cumplirse el tipo propiamente tal.

El tercer y más importante argumento esgrimido por la doctrina mayoritaria es que el sujeto pasivo del delito de lesiones es **una persona**, concepto que, tras una interpretación

⁶⁴ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. Óp. Cit. P. 85

⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. 21ª ed.: Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch. 2017. P. 139. También GRACIA MARTIN, Luis y ESCHURRI AISA, Estrella. Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética. Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch. 2005. P. 13

⁶⁶ SERRANO GOMEZ, Alfredo. Derecho Penal, Parte Especial. 14ª ed.: Madrid. Editorial DYKINSON. 2009. P. 136

teleológica, deja en evidencia que no incluye al feto. Es importante recordar que tanto el delito de homicidio como el de lesiones identifican su sujeto pasivo y objeto material con la expresión “*otro*”, a la vez que ambos delitos se encuentran tipificados dentro del título VIII del Código Penal Chileno, el que, a su vez, trata sobre los delitos en contra de las *personas*. En este sentido, para la gran parte de la doctrina, el sujeto pasivo y objeto material del delito de lesiones coinciden con los del delito de homicidio. Esto trae como consecuencia que el delito de lesiones no contemple al feto como sujeto pasivo ni objeto material, en vista de que, para el delito de homicidio (y por lo tanto también de lesiones), es necesario que la víctima tenga **carácter legal de persona**, entendiéndose por tal, alguien ya nacido.

El concepto legal de *persona* se encuentra contenido en el artículo N°55 del Código Civil, en relación con el concepto de existencia legal contenido en el artículo N°74 del mismo Código. En el primero, se define persona como “*todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición (...)*” mientras que en el segundo se afirma que “*la existencia legal de toda persona **principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre**” para luego afirmar que “[l]a criatura que (...) no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás*”. Por lo tanto, la calidad legal de persona descrita por el Código Civil aparece conferida por la reunión de dos requisitos: la pertenencia a la especie humana y el tener calidad de individuo⁶⁷.

La calidad de individuo, a su vez, se adquiere tras el hecho del **nacimiento**. El concepto legal de nacimiento no es una cuestión indiscutida, queda a criterio de cada legislación establecer el momento en que se da por producido este hecho. En el caso de Chile, la ley establece que se nace en **el momento en que el feto se separa completamente de la madre y sobrevive a lo menos un momento autónomamente**⁶⁸.

Por separación total del vientre materno, no ha de entenderse por tal el acto del corte del cordón umbilical, ya que de lo contrario se estaría afirmando que el nacimiento más que un hecho natural, vendría siendo un acto artificial determinado por quienes asisten el parto o determinable hasta por los mismos padres. Este ha de entenderse, por el contrario, como la

⁶⁷ GARRIDO MONTT, Mario. Óp. Cit. P. 36

⁶⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. Óp. Cit. P. 34

simple expulsión del feto del vientre materno, sin importar si este sigue conectado o no al cordón umbilical⁶⁹. Es decir, como una distanciaci3n espacial, sin importar si se ha cortado o no el cord3n umbilical.

Por autonomía vital, por otro lado, se entiende como independencia biológica: referida específicamente a una independencia del feto con la madre en relaci3n con sus funciones respiratorias y circulatorias. Para nuestro legislador, basta un solo momento en que dichas funciones se desarrollen de manera autónoma, para que esa criatura haya nacido a ojos del derecho⁷⁰.

Ante esto no cabe más que concluir que el delito de lesiones com3n, al proteger la salud de *un individuo/persona* (entendiendo por tal un ser humano ya nacido) no estaría contemplando al feto como sujeto pasivo de dicho delito.

Esto queda aún más en evidencia con el hecho de que, cuando el legislador quiso proteger la vida del que est3 por nacer, lo hizo expresamente al tipificar el delito de aborto (el que se encuentra en el título VII del C3digo Penal), diferenciándolo del sujeto pasivo presente en el delito de homicidio. De esto se sigue que, al afirmar que el t3rmino de “*persona*” incluye al feto, supondría llegar a concluir que la tipificaci3n del delito de aborto no tiene sentido alguno (ya que se le aplicaría directamente el delito de homicidio para el caso en que se acabe con la vida del no nacido), lo que no tendría real aplicaci3n o cabida en nuestra legislaci3n vigente. Por lo tanto, al igual que en delito de homicidio, si el legislador hubiera querido tipificar como delito de lesiones, las ocasionadas al que est3 por nacer, lo hubiera hecho expresa y separadamente. Al no hacerlo, se debe tomar como impunes las lesiones ocasionadas al feto.

Como conclusi3n a este tercer argumento, por interpretaci3n del t3rmino “*otro*”, en relaci3n a su ubicaci3n dentro del C3digo y la definici3n legal de “*persona*”, se ha entendido por la doctrina mayoritaria y en este trabajo, que **el delito de lesiones actual de nuestro**

⁶⁹ Al respecto ver: ALESSANDRI R., Arturo; SOLAMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio. Tratado de Derecho Civil, Parte Preliminar, Tomo I. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1998.P. 360. Tambi3n GARRIDO MONTT, Mario. Óp. Cit. P. 26

⁷⁰ Ibid.

Código Penal contempla como sujeto pasivo y objeto material solamente a los individuos de la especie humana que poseen existencia legal o calidad de persona a ojos del derecho. Esto quiere decir, que sólo aquellos que hayan nacido, entendiéndose por tal el hecho de haberse producido la separación total del vientre materno y haber sobrevivido a lo menos un instante autónomamente podrán ser considerados un “otro”.

Es también importante mencionar que la **calidad legal de persona se extingue con la muerte**, ya sea natural o presunta⁷¹, por lo que, una vez fallecido el individuo, este no puede ser sujeto pasivo del delito de lesiones. Así, las lesiones cometidas sobre el cadáver de una persona no pueden ser castigadas bajo el delito de lesiones (sin perjuicio de que puedan constituir otro tipo de delito). De esto se concluye que la delimitación de persona y, ergo, del sujeto pasivo del delito de lesiones, se encuentra establecida por los hechos del nacimiento y de la muerte, siendo el ser humano que se encuentra entre esos dos hitos el único posible sujeto pasivo y objeto material del delito de lesiones actual.

Para efectos de este trabajo, por lo tanto, cobra especial relevancia el acontecimiento del nacimiento, su concepto y delimitación, para poder determinar desde qué momento el ser humano queda penalmente protegido ante lesiones.

(ii) Importancia y delimitación del hecho del nacimiento

Teniendo claro que el límite mínimo de protección penal de la salud del individuo está establecido por el hecho del nacimiento, el que ha sido entendido por nuestro legislador como la separación total del vientre materno y haber sobrevivido a lo menos un momento con independencia de la madre, queda por enfatizar en la relevancia de este hito.

El hecho del nacimiento, como ya mencionado, determina desde qué exacto momento el individuo se entiende como tal, adquiere la calidad de ser humano con vida independiente y,

⁷¹ Para efectos de este trabajo no cobra relevancia las distintas formas en que se puede desarrollar el hecho de la muerte, sin embargo, para mayor detalle al respecto revisar ALESSANDRI R., Arturo; SOLAMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio. Óp. Cit. P. 376.

por lo tanto, adquiere las cualidades suficientes para ser posible sujeto pasivo y objeto material del delito de lesiones actualmente contemplado en nuestra legislación⁷². Es decir, determina el límite mínimo de protección de la salud humana. Solo teniendo claro el hito que da inicio a la vida humana independiente, es que podremos tener claro el momento desde el cual la salud del ser humano comienza a estar protegida por el delito de lesiones.

Este límite mínimo, como ya explicado, dejaría en evidencia que todo acto cometido a un ser humano que no ha sido separado del vientre de su madre, o, que habiéndolo sido, no sobrevive ni un solo instante de manera autónoma, no queda protegido ante actos lesivos. Esto trae como consecuencia práctica, no solo que aquellas lesiones producidas en el nasciturus que aún se encuentra en el vientre materno sean consideradas atípicas, sino que, más aun, toda lesión cometida durante el parto (sobre aquel que aún no alcanza calidad de persona) sea considerada hoy por el legislador, también como atípico. Un ejemplo de esto sería el caso en que se lesiona (digamos por ejemplo cortándole una oreja) a un niño durante el proceso de parto, mientras este se encuentra solamente con su cabeza fuera del vientre materno. En este caso, el acto no podría, según la legislación vigente, considerarse como constitutivo de delito de lesiones, ya que dicho ser humano aún no se podría considerar como nacido a ojos del derecho (al no estar separado totalmente del vientre materno ni demostrar autonomía vital).

Este límite mínimo queda aún más en evidencia al leerse el delito de infanticidio. Para este delito, el legislador fijó un periodo preciso para su comisión: “*dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto*”, estableciendo la existencia de vida humana independiente en un momento posterior al parto. De este modo, y entendiendo que el sujeto pasivo del delito de homicidio (y por lo tanto de infanticidio) y de lesiones es el mismo, queda aún más claro que, tanto el sujeto durante el parto como el feto dentro del vientre materno, no alcanzan el

⁷² Esto refleja entonces evidentemente un cambio de estatus jurídico, marcado por el hecho del nacimiento, ya que el ser humano pasa a estar protegido de distinto modo con posterioridad al hecho del nacimiento (SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La dimensión temporal del delito y los cambios de «status» jurídico-penal del objeto de la acción*. En: El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñoz. España, Thomson Reuters Aranzadi. 2001. P. 759-771)

límite mínimo de protección de la salud y por lo tanto todo acto lesivo en su contra deriva en atípico⁷³.

Como ya adelantado, el concepto del instante en que tiene lugar el nacimiento no es inequívoco. Existen variadas doctrinas que diferencian el minuto desde el cual se entiende iniciada la vida independiente y, por lo tanto, el momento desde el cual el ser humano comienza a ver tutelado su derecho a la salud⁷⁴.

Si bien en Chile, se entiende el hecho del nacimiento como la teoría de la separación del vientre materno y autonomía vital, existen otras teorías que adelantan o atrasan la protección a la salud. Un ejemplo es la teoría del comienzo del parto. Esta teoría supone que la vida independiente comienza con el inicio del parto, proceso el cual se entiende iniciado con las contracciones uterinas⁷⁵, por lo que, de seguir esta teoría, la protección a la salud del ser humano se adelantaría al momento en que esto comienza a suceder, quedando el sujeto protegido ante lesiones durante el parto aun en el vientre de la madre. Otro ejemplo es la tesis de la “percepción visual”, a través de la cual se entiende que el nacimiento se da desde el momento en que la persona puede visualizar alguna parte del cuerpo del ser humano en proceso de nacimiento, fuera del claustro materno⁷⁶. Es desde ese instante, entonces, en que se entiende iniciada la vida humana independiente y, por lo tanto, la tutela jurídica ante lesiones. De este modo, delimitar con precisión cómo se entiende el concepto de nacimiento, supone de extrema necesidad para poder comprender y diferenciar con exactitud desde qué momento comienza a estar protegida la salud del ser humano.

⁷³ Vale decir que, en el caso del homicidio, el nacimiento también se presenta como el límite mínimo de protección a la vida del ser humano independiente. Sin embargo, la punibilidad de todos aquellos atentados contra la vida cometidos durante el parto queda sujetos a la interpretación que se haga del concepto de aborto (en sentido amplio o en sentido estricto), tema también discutido en la actualidad. Para más detalles ver PEÑARANDA RAMOS, Enrique. La Protección de la Vida y la Salud Humanas entre sus Fases Prenatales y Postnatales de Desarrollo. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época. 2003. (Nº11): P. 179 y ss.

⁷⁴ En este sentido: FEINBERG, Joel. The Moral Limits of the Crime Law, Volume One: Harm To Others. Nueva York, Oxford University Press. 1984. P.96

⁷⁵ REQUEJO CONDE, Raquel. Protección penal de la vida humana. Especial Consideración de la Eutanasia Neonatal. Granada, España, Editorial Comares. 2008. P. 18.

⁷⁶ Teoría seguida por Binding en Alemania, ver en: Ibid. P. 15.

En conclusión, en nuestra legislación, el hecho del nacimiento, entendido como la separación de la madre y sobrevivir a lo menos un momento de manera independiente, se plantea como el hito delimitador del inicio de la protección a la salud del ser humano, siendo desde ese instante que la salud del ser humano comienza a ser objeto de tutela a ojos del derecho, siendo atípico cualquier atentado lesivo previo contra su figura⁷⁷.

E. El Caso Contergan

La preocupación por la protección de la salud prenatal no es una reciente. La discusión respecto a si el delito de lesiones corporales abarca al feto como objeto y sujeto pasivo de derecho ha estado presente en distintos casos a lo largo de la historia. Esta discusión nace a finales de los años cincuenta y primeros de los sesenta en Alemania Federal, con el conocido “Caso Contergan”.

Contergan era el nombre comercial de un medicamento cuyo principio activo era la Talidomida, utilizado y altamente recomendado principalmente para mujeres embarazadas durante su primer trimestre de gestación como antiemético y sedante, por su alta tolerancia⁷⁸. Para 1960 el medicamento era tan popular, que era comercializado en 46 países y casi igualaba sus ventas a las de la aspirina⁷⁹. Si bien durante los años cincuenta tuvo gran aceptación, en los años sesenta, sin embargo, su consumo se comenzó a asociar a la producción de malformaciones, e incluso con muerte post parto y abortos no deseados, de mujeres que habían consumido durante el embarazo dicho medicamento. Esto tras

⁷⁷ Esto, a menos que se entienda el acto como constitutivo de aborto frustrado, caso en el cual debería probarse el dolo de matar al feto. Véase POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. Óp. Cit. P. 108

⁷⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. El caso Contergan cuarenta años después. En: Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa, ADPE 1. Lima Perú, Editorial Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE). 2011.

⁷⁹ Thalidomide Group Australia <<https://thalidomidegroupaustralia.com/>> [Consulta: 05/01/2020]

presentarse más de 5.000 casos de niños nacidos en Alemania con malformaciones, muertos o que murieron con posterioridad a su nacimiento⁸⁰.

A raíz de esto y diversos informes y discusiones llevadas a cabo públicamente entre científicos y médicos, es que en el año 1968 se presentó una acusación formal ante el Tribunal de Aquisgrán por parte de la fiscalía en contra de algunos directivos de la empresa farmacéutica Chemie-Grünenthal (empresa que producía y comercializaba el sedante Contergan). Se les acusó de ser responsables de las lesiones y muertes, sumado al hecho de haber producido y comercializado el medicamento de manera imprudente, al no haber realizado su estudio con el debido cuidado⁸¹ (delito de peligro abstracto contra la salud pública).

De este modo, el trabajo del Tribunal durante los siguientes años fue, por un lado, discutir y determinar la posible concurrencia de los siguientes delitos: delito de lesiones corporales culposas (por aquellas lesiones prenatales con consecuencias y manifestaciones post natales), delito de homicidio culposo (por aquellos casos en que los niños fallecían con posterioridad al parto por causas atribuibles a acciones ingeridas durante el periodo de gestación en el útero materno) y aborto culposo (por aquellas acciones que incidieron sobre el feto y causaron su muerte antes del nacimiento) y, por otro, determinar si se encontraba probada la causalidad de los actos (y por lo tanto, también la responsabilidad) de los respectivos directivos de la empresa farmacéutica.

No obstante, tras más de dos años y medio de juicio, con 283 vistas⁸², el tribunal decidió en 1970 sobreseer la causa, tras haberse llegado a acuerdo indemnizatorio entre la empresa

⁸⁰ RAMÓN RIBAS, Eduardo. El delito de lesiones al feto. Granada, Editorial Comares. 2002. P. 76

⁸¹ Thalidomide: how men who blighted lives of thousands evaded justice. Harold Evans. <<https://www.theguardian.com/society/2014/nov/14/-sp-thalidomide-pill-how-evaded-justice>> [Consulta: 05/01/2020]

⁸² El proceso Contergan en Alemania. Fundación Grünenthal Alemania. <https://www.talidomida.grunenthal.info/thalidomid/Home_/Wissenswertes_und_Aktuelles/Der_Contergan-Prozess/es_ES/341900203.jsp> [Consulta: 05/01/2020]

Chemie-Grunenthal y la acusación accesoria⁸³. De esta manera, se le puso término al juicio y las víctimas recibieron una indemnización.

Si bien las discusiones de ambos temas son interesantes, a efectos de relevancia para este trabajo, se procederá a presentar y analizar los puntos de vista desarrollados durante el juicio y con posterioridad a este, respecto a la cuestión sobre si se encontraban o no tipificados los delitos de lesiones al feto. Además, se analizará la opinión esgrimida por el tribunal, ya que pese a que se sobreseyó la causa por lo que no hubo sentencia condenatoria o absolutoria, durante el proceso, el Tribunal solicitó diversos informes en derecho, alcanzando a manifestar su punto de vista respecto a la aplicabilidad del tipo de lesiones común al delito de lesiones al feto.

Respecto al delito de lesiones al feto y su tipicidad, el punto controversial se encontraba en el supuesto de que el legislador alemán solo contempló, como delito de lesiones, las lesiones corporales ocasionadas a personas (excluyendo así las lesiones al feto), por lo que se le entregó la carga al Tribunal de determinar si las lesiones particulares del caso (producidas por el consumo del medicamento Contergan) eran o no susceptibles de constituir dicho delito, o por el contrario, eran atípicas. De este modo, dicho caso resulta especialmente interesante, en tanto el contexto legislativo en que se desarrolló tiene evidentes parecidos a nuestro actual sistema legislativo en relación al delito de lesiones.

(i) La teoría de Maurach

Uno de los profesores de Derecho Penal que aportó su opinión en el proceso fue el profesor Maurach, quien fue el único que se mostró favorable a la afirmación de que las lesiones prenatales podían ser calificadas de lesiones al nacido bajo supuestos tanto de dolo como de culpa⁸⁴.

⁸³ CANCIO MELIÁ, Manuel. Óp. Cit.

⁸⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. Óp. Cit.

Según Maurach, aun cuando las disposiciones de los artículos 211 y ss. y 223 y ss. StGB acerca de lesiones corporales no protegían la salud del feto (siendo la salud de la persona el bien jurídico protegido) y que el objeto jurídico del tipo no existía al momento de la incidencia sobre este, el presente caso sí era subsumible bajo dichas figuras penales.

La tesis del profesor Maurach parte de la premisa de que el legislador alemán no tuteló la salud del feto en cuanto tal⁸⁵, al darle gran importancia al hecho del nacimiento como factor determinante para establecer la existencia de un objeto de protección jurídica de lesiones. Esto, en base a que reguló el delito de aborto doloso y de homicidio (culposo o doloso) como delitos distintos, diferenciados principalmente por el objeto y bien jurídico protegido, marcado por el hecho del nacimiento como elemento de transición. Es por esto que la existencia del párrafo 218 StGB (delito de aborto doloso) determinaba necesariamente reconocer al feto como objeto jurídico diferenciado de la persona, es decir, como objeto dotado de plena autonomía. De lo contrario, para el profesor Maurach, se estaría afirmando que dicho párrafo carecería de todo sentido, ya que la muerte intencional del feto podría ser castigado como homicidio⁸⁶. Por lo tanto, parte su tesis reconociendo que el feto tan solo era objeto de tutela penal, en cuanto realidad jurídica diferenciada de la persona, en casos dolosos contra su vida⁸⁷.

Sin embargo, procede a afirmar que las acciones producidas directamente sobre el feto durante el embarazo, pero cuyos resultados son manifestados en la persona ya nacida podían, aun así, ser contempladas como delito de lesiones corporales según los tipos de los artículos 211 y ss. y 223 y ss. StGB. Para esto, Maurach diferencia lo que son las lesiones en sentido *natural* de las lesiones en sentido *jurídico*. Según su tesis, una lesión en sentido jurídico se identifica por un “*menoscabo en las funciones corporales, físicas o psíquicas humanas o, en caso de que existiera ya una lesión inicial, el aumento de esta*”⁸⁸. Dicha capacidad funcional solo se adquiere con posterioridad al nacimiento, ya que es entonces cuando el ser humano

⁸⁵ Como tampoco contempló el delito de aborto culposo. Sin embargo, como ya adelantado, para efectos del tema de este ensayo, solo se hará referencia a la tipicidad o falta de tipicidad del delito de lesiones al feto.

⁸⁶ RAMÓN RIVAS, Eduardo. El delito de lesiones al feto. Granada, Editorial Comares. 2002. P. 89

⁸⁷ Ibid. P. 91

⁸⁸ LG Aachen En: Ibid. P 96

puede desarrollar las respectivas funciones. Mientras que identifica la lesión en sentido natural simplemente como una alteración de la salud o integridad de un ser humano que produce un cambio en su estado⁸⁹. Por lo tanto, si bien en el caso, las lesiones se inciden directamente sobre el feto, produciéndose una modificación en su estado, es solamente una vez que este nace que dichas lesiones se manifiestan y cobran relevancia para el derecho, al verse afectadas la capacidad funcional del ser; pudiendo subsumirse, entonces, en el delito de lesiones corporales.

Así, la primera afectación (incidencia directamente sobre el feto produciéndose una lesión en sentido natural), carece de relevancia jurídica de por sí, requiriéndose el hecho del nacimiento y, por lo tanto, la adquisición de capacidades funcionales, para que la lesión en términos jurídicos nazca. Es por esto que para Maurach, el feto no nace ya lesionado producto del consumo de Talidomida por la madre, sino que solo se puede ver lesionado en términos jurídicos una vez ya nacido.

De todo lo anterior se desprende que, el momento determinante para poder establecer la tipicidad de la acción en el Caso Contergan según Maurach es el momento del resultado: basta que el objeto de protección existiera al momento del resultado, para poder hacer subsumible el acto al delito de lesiones corporales. Por lo tanto, Maurach llega a la conclusión que, al no ser el momento jurídicamente relevante el de la incidencia sobre el objeto material, sino que el del resultado, en el caso de la Talidomida, los elementos del tipo de lesiones corporales se cumplían perfectamente.

(ii) La teoría de Kauffman

Otro de los profesores de Derecho Penal a quien se le solicitó su opinión respecto del Caso Contergan fue al profesor Kauffman, quien criticó, con posterioridad al cierre del proceso, la tesis planteada por Maurach.

⁸⁹ Ibid. P. 98

Kauffman parte su tesis diferenciando tres momentos relevantes en los llamados “delitos instantáneos” como el homicidio y las lesiones, a saber: el de la actuación de la voluntad, el de la incidencia sobre el objeto el hecho y el de la consumación o manifestación del resultado. A diferencia de Maurach, para Kauffman, el “momento neurálgico” en juego no sería el del momento de la consumación, sino que el de la “*incidencia de la acción sobre el objeto material*”⁹⁰. Es decir que, para Kauffman, el objeto sobre el que se incide la acción en los delitos de homicidio y de lesiones, tendría que poseer todas las cualidades exigidas por el tipo, esto es, *de ser humano nacido*, al momento de la incidencia sobre este y no al momento de la manifestación del resultado para poder cumplirse con el tipo⁹¹. Ante esto, la tesis de Maurach, solo teniendo en cuenta este punto, carecería ya de todo sustento.

Llega a esta tesis basado en dos cuestiones centrales: en una interpretación de la voluntad del legislador y en una lectura literal de la ley. A través de un argumento de interpretación teleológica, Kaufmann busca demostrar la impunidad de los actos imprudentes que inciden al feto, y por otro, a través del argumento de una interpretación literal de la ley, pretende negar la punibilidad de los actos dolosos recaídos sobre el feto.

Por un lado, Kauffman afirma que la intención del legislador de no castigar los actos imprudentes relacionados con el feto resulta evidente, al no haberse castigado el aborto culposo. Por ende, para Kauffman, al subsumirse al delito de lesiones corporales las lesiones culposas ocasionadas al feto, además de estar castigándose un acto que incide sobre un objeto no contemplado por el tipo, se estaría contraviniendo la intención del legislador de dejar impunes los actos imprudentes que perjudican al feto. Para él, la intención del legislador de dejar impune los actos culposos que afecten al feto tiene sentido en vista de que, de lo contrario, se le estaría imponiendo a la madre y a terceros a su alrededor un estándar de cuidado injustificado y excesivo⁹².

Por otro lado, Kauffman procede a desarrollar un argumento de interpretación literal de la ley para demostrar la exclusión, además, de los actos dolosos que inciden sobre el feto. Y

⁹⁰ KAUFMANN, Armin. Tipicidad y Causación en el Procedimiento de Contergan. Consecuencias para el derecho en vigor y la legislación. En: Estudios de Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial BdF. 1973. P.170

⁹¹ RAMÓN RIVAS, Eduardo. Óp. Cit. P. 219

⁹² KAUFMANN, Armin. Óp. Cit. P. 179

es que el delito de lesiones se clasifica dentro de los llamados *delitos instantáneos de efectos permanentes*⁹³. Esto supone que la lesión viene a modificar, de manera perjudicial, el estado previo en que se encontraba el objeto material, es decir que, con la lesión se produce un cambio de situación en el objeto sobre el cual recae el acto. Por consiguiente, en aquellos casos en que el acto lesivo recae sobre el feto, con el hecho del nacimiento, en realidad lo que se produce es un *agravamiento* de las lesiones prenatales, en vista de que la modificación del estado se produjo ya en el feto. Es decir, en el caso de lesiones al feto, es este quien sufre un cambio de estado, naciendo el ser humano ya lesionado, siendo las malformaciones posteriores al nacimiento solamente efectos accesorios⁹⁴. Así para Kauffman, a diferencia de Maurach, el nacimiento no causa el resultado de la acción, sino que simplemente lo agrava.

Aún más, Kauffman enfatiza en la idea de que al aplicar la tesis de Maurach, se estaría extendiendo la pena de manera excesiva, ya que, primero, no se estaría diferenciando claramente entre incidencias graves y menos graves o leves, y segundo, se le estaría imponiendo un estándar de cuidado demasiado alto a la misma madre embarazada. En este sentido, para Kauffman, no se estaría diferenciando los actos según su gravedad en vista de que, por ejemplo, si la incidencia sobre el feto de manera imprudente fuera tan grave que produjera un aborto, este acto quedaría impune⁹⁵, mientras que si el mismo acto imprudente fuera de menor gravedad, dando continuidad al embarazo pero con incidencias perjudiciales sobre el feto, este sería penado⁹⁶, lo que en realidad, teniendo en cuenta la gravedad de cada acto, no tendría sentido.

A su vez, destaca que no se estaría castigando solamente los casos de medicamentos, sino que la extensión de la pena alcanzaría también a las acciones y hasta omisiones realizadas imprudentemente por la misma madre que incidieran perjudicialmente sobre el feto, lo que supondría una exigencia e invasión insoportable e injustificada para su vida y la de terceros a su alrededor⁹⁷.

⁹³ KAUFMANN, Armin. En: RAMÓN RIVAS, Eduardo. Óp. Cit. P. 228

⁹⁴ Ibid. P. 229

⁹⁵ Esto dado que en Alemania era y sigue siendo impune el delito de aborto imprudente.

⁹⁶ KAUFMANN, Armin. Óp. Cit. P. 173

⁹⁷ RAMÓN RIVAS, Eduardo. Óp. Cit. P. 224. También: KAUFMANN, Armin. Óp. Cit. P. 172

De este modo, Kauffman presenta una postura contraria a Maurach, al sostener que el delito de lesiones no se encontraba satisfecho en el caso⁹⁸.

(iii) La decisión del Tribunal de Aquisgrán

Como adelantado anteriormente, el Tribunal terminó por sobreseer el caso, tras llegar a un acuerdo indemnizatorio entre la farmacéutica y las víctimas. Pero antes de darse por terminado el procedimiento, alcanzó a manifestar su posición, acogiendo la postura minoritaria de Maurach. Es decir, optó por acoger la diferenciación entre lesiones en sentido jurídico y naturales para poder justificar la punibilidad de las conductas.

Esta decisión no careció de críticas. La doctrina mayoritaria actual se ha demostrado a favor de considerar que con el nacimiento no se causan las lesiones, sino que las personas nacen ya lesionadas, apoyando, a diferencia del Tribunal, la tesis de Kauffman. Lo que hizo el Tribunal, finalmente, fue acoger una tesis un tanto “*artificiosa*” y “*carente de solidez jurídico-penal*”⁹⁹ en busca de evitar dejar impunes actos evidentemente reprochables. Es decir, evitar afirmar la existencia de una laguna punitiva. Con todo, es evidente que aun cuando las lesiones al feto se manifiestan con posterioridad al nacimiento, no son punibles bajo delito de lesiones a seres humanos ya nacidos, en tanto la lesión como tal se produjo con anterioridad al nacimiento.

Sin lugar a dudas el Tribunal se encontraba en una posición comprometedor, ya que, de haber corroborado la atipicidad de las conductas, habría dejado sin reproche actos que, en términos de justicia, merecían ser castigados. Mientras que si hubiese escogido la tesis de Maurach, se ponía en riesgo ampliar excesiva y erróneamente el tipo penal de lesiones.

En la actualidad, la doctrina ha permanecido indiscutida respecto a la atipicidad que existe de los menoscabos ocasionados al feto en el delito de lesiones corporales a las

⁹⁸ Vale mencionar que la doctrina mayoritaria actual en Alemania sigue la tesis presentada por Kauffman.

⁹⁹ RAMÓN RIVAS, Eduardo. Óp. Cit. P. 243

personas¹⁰⁰, manteniéndose la crítica a la decisión del Tribunal de Aquisgrán, apoyándose así, los postulados de Kaufmann. De este modo, la doctrina mayoritaria comparada ha favorecido, para negar la punibilidad del delito de lesiones al feto, la teoría o criterio del *momento de la incidencia*.

La teoría del *momento de la incidencia* surge como una de tres tesis (junto a la teoría del *momento de la acción* y la *teoría del momento del resultado*) que buscan dar respuesta y abordar los casos en que, en los delitos de resultado, el objeto del acto cambia su estatus/ se ve modificado/comienza a existir entre el momento de la acción y del resultado del acto delictivo. Es decir, nacen con el propósito de dar solución o respuesta a un problema: el cambio o mutación del objeto del delito entre los momentos del acto y resultado delictivo. Así, para la teoría del *momento de la incidencia de la acción*, el hito relevante es el instante en que “*el curso causal desplegado por el autor afecta al objeto sin lesionarlo, es decir, incidiéndose sobre él, pero sin llegar a constituir una vulneración propiamente tal*”¹⁰¹.

Sin perjuicio de que la aplicación de esta teoría trae como consecuencia lógica (y correcta) que el delito de lesiones al feto no se encuentre protegido por la tipificación del delito de lesiones común, el problema que trae consigo es que se induce a una errónea identificación del verdadero problema para el caso del delito de lesiones al feto. En este caso, en realidad, el problema no es uno de mero cambio de estatus o modificación del objeto de la acción entre el momento del acto lesivo y del resultado (que es el problema identificado y que busca, en realidad, resolver esta teoría), sino que, en realidad, la posibilidad de inexistencia de un auténtico resultado de lesiones postnatal. Este último punto se analizará, sin embargo, con mayor profundidad dentro de los siguientes capítulos de este trabajo,

¹⁰⁰ Roxin En: RAMÓN RIVAS, Eduardo. Óp. Cit. P. 237

¹⁰¹ CONTESSE SINGH, Javier. Cambios del estatus del objeto de la acción en el tiempo y lesiones al feto. En: AA.VV. La ciencia penal en la Universidad de Chile. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, P. 380. Por su parte, para la teoría del momento de la acción, lo que cobra relevancia es el “*instante en que el autor despliega con su movimiento corporal el curso causal que genera posteriormente la producción del resultado*”, mientras que, para la teoría del momento del resultado, lo relevante sería el instante “*en que tiene lugar una modificación perjudicial del objeto de la acción que emite ser subsumida en el supuesto de hecho de la norma de sanción penal como resultado típico*” (también en CONTESSE SINGH, Javier. Cambios del estatus del objeto de la acción en el tiempo y lesiones al feto. En: AA.VV. La ciencia penal en la Universidad de Chile. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, P. 380.).

especialmente al analizar las consecuencias prácticas de la aplicación de las distintas teorías referidas al bien jurídico protegido bajo el delito de lesiones al feto.

F. Conclusiones

No resulta dificultoso, entonces, relacionar o asimilar el contexto legislativo del Caso Contergan con el escenario legislativo en el cual el delito de lesiones al feto no este tipificado. Tal sería el caso de Chile, que hasta la fecha¹⁰² el delito de lesiones al feto no estaría tipificado en su Código Penal. La pregunta que podría surgir entonces es si en un ordenamiento jurídico como el chileno en donde no está castigado este delito, ¿podría una lesión al feto ser condenado con la figura del delito de lesiones de seres humanos ya nacidos?

Como se revisó anteriormente, el delito de lesiones corporales actualmente contenido en nuestro ordenamiento jurídico da cuenta de una regulación no única y universal de este delito, al existir una figura base y distintos modos agravados y atenuados de comisión. No obstante, todos estos modos dan cuenta de un concepto único de lesión, entendido por la doctrina como *todo daño causado a la salud de las personas*¹⁰³, el que, al ser un delito de resultado, es entendido como una modificación de un estado previo (en este caso de la salud de una persona, excluyéndose el feto).

De este modo, se llega a la conclusión de que el bien jurídico protegido por el delito de lesiones corporales actualmente contenido en nuestra legislación, es la salud individual del ser humano independiente. Además, otro de los elementos analizados previamente es que en Chile, se entiende que hay vida independiente tras producirse la separación total del vientre materno y que el sujeto viva a lo menos un momento separado de la madre, por lo que es desde ese instante en que se ve tutelada la salud del ser humano. Cualquier lesión cometida

¹⁰² Hasta marzo del 2022 no está tipificado el delito de lesiones al feto en Chile. En el proyecto de ley de Código Penal firmado por Sebastián Piñera en enero del 2022 se considera, pero este será analizado en el Capítulo 3 de este trabajo.

¹⁰³ COUSIÑO MAC IVER, Luis. Óp. Cit. P. 157

al sujeto previo a ese instante, en nuestro país, entonces, deviene en atípica, no incluyéndose las lesiones ocasionadas al feto.

Es por esta razón que la cuestión sobre si el delito de lesiones corporales común abarca o no las lesiones ocasionadas al feto que comenzó a inicios de los años sesenta en Alemania Federal a raíz del Caso Contergan se torna relevante para este trabajo. Ya que si bien dicha causa terminó por ser sobreseída, la opinión final del Tribunal sobre el tema deja en evidencia que este tuvo que seguir una tesis artificiosa y minoritaria para evitar manifestarse respecto a la existencia de una laguna jurídica en relación con las lesiones al feto, al no existir otra figura de lesiones, más que la de lesiones corporales, la que no contemplaba realmente al feto como sujeto pasivo ni objeto material del tipo.

De esta manera, tras un análisis tanto del tipo chileno en sí mismo, en comparación con el contexto alemán en que se produjo el Caso Contergan, queda en evidencia la existencia de la atipicidad de las lesiones ocasionadas al feto dentro de nuestro actual ordenamiento jurídico, al estar protegida la salud del ser humano solo desde el momento en que este adquiere la calidad de ser humano vivo independiente. Por ende, la consecuencia de su atipicidad es que el delito tipificado de lesiones contemplaría solo a las personas ya nacidas, excluyéndose las lesiones ocasionadas al feto, en tanto la lesión se produjo antes del hecho del nacimiento.

Teniendo esto en cuenta, ahora vale hacerse una segunda pregunta: ¿es necesario tipificar el delito de lesiones al feto?

III. Segundo capítulo: Sobre la necesidad de regular el delito de lesiones al feto

A. Introducción

En el capítulo anterior quedó en evidencia la atipicidad de las lesiones al feto en nuestra legislación vigente, al no poder ser este objeto material ni sujeto pasivo del delito de lesiones corporales bajo ninguno de sus tipos. Vale preguntarse, sin embargo, si es realmente necesario tutelar las lesiones ocasionadas al feto.

Que exista una situación carente de protección jurídica penal, no necesariamente ha de llevar a la conclusión de que esta requiera ser tutelada por el derecho penal. Por ejemplo, imaginemos el caso de una mujer de cabello largo que va transitando por la calle pacíficamente mirando el celular sin percatarse de lo que sucede a su alrededor, cuando, de repente, pasa un desconocido con unas tijeras y le corta el cabello sin previo aviso ni consentimiento. Para el derecho penal, dicha afectación carecería de importancia y, por lo tanto, de tutela jurídica¹⁰⁴. Sin embargo, no porque una afectación carezca de regulación penal significa que, necesariamente, deba ser tipificada. Es más, podría darse que existiera un “cortador de cabellos sin consentimiento” en serie, que fuera por las calles de noche cortándole el cabello a las personas sin su consentimiento y de manera regular y masiva, y, aun así, este acto no tendría necesariamente que tener una protección jurídica penal.

Entonces, esta es la pregunta que cabe hacerse (y que históricamente se han preguntado los distintos legisladores) al minuto de decidir si tipificar o no el delito de lesiones al feto: ¿Es realmente imperativo tipificar este delito? Si esto es afirmativo, ¿Por qué? ¿Cuál es el bien jurídico protegido? Y ¿cómo debiera tipificarse?

B. Vuelta al caso Contergan

Volvamos nuevamente un segundo al Caso Contergan. Como ya adelantado, en Alemania, antes de los años sesenta (y aún en la actualidad), el feto simplemente no podía ser considerado como posible objeto material o sujeto pasivo de lesiones. Esto, principalmente por dos razones: primero, por el escaso desarrollo tecnológico y biomédico

¹⁰⁴ Esto en términos generales, a menos que dicho acto suponga una afectación muy particular a la honra o dignidad de la persona. ¿Por qué no se considera una hipótesis de mutilación y por lo mismo consideramos que no afecta la integridad corporal ni tampoco la salud corporal? En primer lugar, el cabello no tiene la relevancia, en virtud de la propia constitución fisiológica por la que se regenera rápidamente. En segundo lugar, si se considera la función anatómica que cumple, no tiene mucha relevancia para el desarrollo de la personalidad del sujeto.

de la época y, segundo, una ignorancia generalizada respecto a la posibilidad de poder cometer actos lesivos prenatales¹⁰⁵.

A la época del Caso Contergan, el avance bio-tecnológico vigente no permitía desarrollar un conocimiento suficiente o completo respecto a la evolución del embrión humano y menos, permitía alcanzar una incidencia médica directa y de manera regular sobre este. Era novedoso y particular que alguien pudiera ser capaz de incidir en el desarrollo del feto de manera directa¹⁰⁶, la tecnología del momento era restringida. Solo por medio de nuevos avances que se fueron dando previo al Caso, es que en Alemania se lograba alcanzar de manera directa al feto durante su etapa de desarrollo. De este modo, el Caso Contergan logró visibilizar el avance de nuevas técnicas genéticas en desarrollo y nuevas posibilidades de incidencia directa e indirecta sobre el feto, antes imprevisibles, dejando de manifiesto que el feto efectivamente podía llegar a adquirir el carácter de “*paciente*”. A su vez (y como segunda razón de por qué era inimaginable considerar al feto como posible objeto material de lesiones), solo con el Caso Contergan es que en Alemania se comienza a dar a conocer de manera más evidente y popular la existencia de estos tipos de actos. Si bien no comunes, el mismo Kauffman afirma que los casos de lesiones el feto no eran una cuestión nueva en Alemania, ya habían existido casos de afectaciones al desarrollo fetal con anterioridad, solo que no se le había dado la relevancia suficiente¹⁰⁷. Por lo tanto, la falta de noticia científica e información sobre las afectaciones prenatales también aportaron a que, en esos tiempos, no fuera posible prever como objeto material del delito de lesiones al ser humano en su estado gestacional, aun cuando en la práctica dichas incidencias ya existieran.

Hoy en día, sin embargo, resulta indiscutible la calidad de paciente que puede llegar a ostentar el feto, al ser este objeto, ya sea de manera directa o indirecta y con cada vez más regularidad, de estudios, diagnósticos y procedimientos médicos. Desde hace ya un par de décadas se viene desarrollando, gracias al avance biotecnológico, la subespecialidad de

¹⁰⁵ RAMÓN RIVAS, Eduardo. Óp. Cit. P. 77

¹⁰⁶ Ibid. P. 79

¹⁰⁷ KAUFMANN, Armin. Óp. Cit. P. 174

Medicina Materno Fetal¹⁰⁸. Esta es una unidad novedosa que se dedica al estudio, seguimiento y tratamiento tanto de la salud de la mujer embarazada como del desarrollo y gestación del feto. Dentro de esta subespecialidad se encuentra, aún más específicamente, la Medicina Fetal, que es aquella rama de la medicina que se ocupa específicamente de la salud del feto considerado como un paciente distinto a la madre, pero siempre en relación con ella. Esta es una rama aun en multidisciplinaria, en que se requiere la participación de distintos especialistas como obstetras, cirujanos pediatras, neonatólogos, entre otros¹⁰⁹, y que tiene por objeto principalmente lograr diagnosticar problemas en el feto y tratarlos directa o indirectamente aun encontrándose en el útero, evitándose, de esta manera, tener que esperar a que nazca la persona para poder entregarles tratamiento. De este modo, la capacidad de tratar al feto se ha denominado “terapia fetal”¹¹⁰. Esta capacidad ha llegado a tal desarrollo que hoy existe hasta la posibilidad de realizar cirugías directamente en el feto, ya sea mediante técnica de cirugía fetal abierta (más invasivo para la madre) o por medio de fetoscopia, (mínimamente invasiva para la mujer embarazada), en diversos países a lo largo del mundo¹¹¹. Es así cómo la medicina ha identificado en el feto un nuevo paciente diferente, aunque necesariamente vinculado, de la mujer embarazada.

¹⁰⁸ HUAMAN GUERRERO, Moisés.. Medicina Fetal: actualidad. Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia, 2016, P. 183-187 [online]. Disponible en: <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-1322016000200006&lng=es&nrm=iso>. [Fecha de consulta: 20/02/2022]

¹⁰⁹ GRATACÓS, Eduard; CABERO ROURA, Luis. Medicina Fetal. 1era ed. Madrid, editorial Médica Panamericana, 2007. P. 3-7

¹¹⁰ GRATACÓS, Eduard. El feto como paciente. Clinic Barcelona. Hospital Universitari. [online]. Disponible en: <https://fetalmedbarcelona.org/clinica/index.php?option=com_content&view=article&id=1%3Ael-feto-como-paciente-por-el-dr-e-gratacs&catid=2%3Adescripcion&lang=en> [Fecha de consulta: 20/02/2022].

¹¹¹ De este modo, la primera cirugía intrauterina en Chile fue realizada el año 2011 en la Clínica las Condes, de técnica de cirugía abierta, a un feto que padecía de espina bífida. A su vez, el año 2016 en el Hospital Dr. Sótero del Río, se realizó por primera vez en Chile y en Latinoamérica la implantación de un dispositivo Q-shunt en un feto de 19 semanas, que permite aliviar la obstrucción urinaria del feto. Esto por medio de una operación mínimamente invasiva para la mujer embarazada, que no toma más de una hora para realizarla. Más información en: Clínica Las Condes. Primera Cirugía Intrauterina en CLC. [online]. <<https://www.clinicalascondes.cl/CENTROS-Y-ESPECIALIDADES/Especialidades/Departamento-de-Ginecologia-Obstetricia/Programa-Cirugia-Fetal-tratamiento-espina-bifida/Noticias/Te-puede-interesar/Primera-cirugia-intrauterina-espina-bifida>> [Fecha de consulta: 20/02/2022] y en: Ministerio de Salud. Médico Pionero en Cirugía Fetal Realiza Procedimiento en el Hospital Dr. Sótero del Río. [online]. <https://www.minsal.cl/medico-pionero-en-cirugia-fetal-realiza-procedimiento-en-el-hospital-dr-sotero-del-rio/#:~:text=e%20Hospital%20Dr.-,S%C3%B3tero%20del%20R%C3%ADo,en%20Chile%20y%20en%20Latinoam%C3%A9rica>. [Fecha de consulta: 20/02/2022].

Por lo tanto, a medida que la tecnología avanza y se expande, nuestra realidad también lo hace, enfrentándonos a nuevas situaciones antes inimaginables y planteándonos a su vez, nuevos desafíos e interrogantes. En el caso en comento, la nueva situación vendría siendo la oportunidad de interferir directa o indirectamente en el feto, cuestión antes impensada. Este nuevo panorama trae consigo evidentes ventajas, como es el perfeccionar el conocimiento y mejorar la calidad de vida humana. Sin embargo, inevitablemente junto con ello, se abre también la posibilidad de afectar o lesionar aquello antes inalcanzado. Junto a estas nuevas realidades fácticas es que el derecho debe también actualizarse, debiendo el legislador cuestionarse, a lo menos, si debiera o no regularse de manera particular esta situación y, en caso de ser afirmativa la respuesta, cómo hacerlo. De este modo, vale la pena revisar el derecho comparado y tener presente cómo se ha dado solución a este desafío por parte de otros legisladores.

C. Legislación Alemana

El Código Penal Alemán tipifica en sus artículos §§ 211 y 212 el delito de homicidio, el que se refiere a "seres humanos", y el delito de lesiones corporales en sus artículos §§ 223 y ss. los que se refieren a una "otra persona". Ambos protegiendo, por lo tanto, (y como ya discutido extensamente a raíz del Caso Contergan) a la persona ya nacida. En el derecho penal alemán, el punto de demarcación entre el feto y la persona ya nacida es predominantemente el proceso de parto o, más precisamente, el inicio de los dolores de parto o contracciones de apertura¹¹². Por su parte, el artículo §§ 218 del mismo Código tipifica el delito de aborto. El artículo §§ 218, párrafo 1, frase 2 del Código Penal aclara que el ámbito de aplicación de su protección es desde el momento de la implantación del óvulo fecundado en la mucosa uterina (nidación), distinguiendo el objeto protegido explícitamente de aquel protegido por los delitos de homicidio y lesiones corporales antes mencionados. Por lo tanto, a la fecha, el Código Penal Alemán solo protege el derecho a la vida del feto, por medio del delito especial de aborto, sin existir protección del no nacido en cuanto a posibles lesiones.

¹¹² DEUTSCHER BUNDESTAG. Der Schutz des ungeborenen Lebens in Deutschland (WD 7–3000-256/18). [online] <<https://www.bundestag.de/resource/blob/592130/21e336d47580c1faa15dbe23d999b62c/Wd-7-256-18-pdf-data.pdf>> 2018. [Fecha de consulta: 20/02/2022]

De este modo, para poder analizar la protección del feto, en un ámbito diferente al de aborto, debemos recurrir, para el caso alemán, al derecho penal accesorio. El no nacido se encuentra protegido principalmente por dos cuerpos legales: por un lado, por medio de la Ley de Protección del Embrión y, por otro, por la Ley de Protección de la Maternidad. En concreto, la primera Ley, de Protección del Embrión, establece la responsabilidad penal de la "fecundación invitro" abusiva, un determinado tipo de inseminación artificial, e impide determinados usos de embriones humanos¹¹³, mientras que la Ley de Protección de la Maternidad contiene normas especialmente relevantes para la relación laboral de las mujeres embarazadas y óptimo desarrollo del feto en dicho contexto¹¹⁴. Por lo tanto, se debe tener presente que ninguna de esas leyes tipifica directa y expresamente el delito de lesiones al feto. Esto resulta del todo problemático, por las mismas críticas ya esgrimidas al analizarse el Caso Contergan, manteniéndose las mismas aprensiones y complicaciones manifestadas en el caso.

Lo que resulta ciertamente interesante de estas normas, sin embargo, es la intención del legislador: proteger, ya sea directa o indirectamente, al feto en una dimensión distinta a la establecida en el Código Penal. Esto demostraría, en cierta medida, el interés e importancia que el legislador alemán otorga al feto como objeto de protección, otorgándole un tratamiento especial al reconocer que existe *algo*, es decir, un bien jurídico distinto, que merece tener cierta protección.

D. Legislación Española

El delito de lesiones al feto está regulado en España en el Código Penal en su Libro II Título IV desde el año 1995. Antes de esa fecha surgían la misma problemática suscitada en el Caso Contergan: o bien se desconocía que la lesión se producía en un sujeto pasivo distinto

¹¹³ Véase la Ley de protección de embriones de 13.12.1990 (Boletín Oficial Federal I p. 2746), modificada por última vez por Art. 1 de la Ley de 21.11.2011 (BGBl. I p. 2228), disponible en: <<https://www.gesetzeim-internet.de/eschg/index.html>>[Fecha de consulta: 20/02/2022]

¹¹⁴ Véase la Ley de Protección de la Maternidad de 23.05.2017 (BGBl. p. 1228), disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/muschg_2018/> (Último acceso: 10.12.2018).> [Fecha de consulta: 20/02/2022]

al de ser humano y se terminaba castigando simplemente como delito de lesiones, o si no se decidía que dicha conducta no tenía que ser castigada por ser atípica¹¹⁵.

Lo anterior supuso que a opinión de varios autores¹¹⁶, en sentencias como la pronunciada por el Tribunal Supremo el 5 de abril de 1995 se haya terminado “*creando literalmente un delito de lesiones al feto sin soporte legal: “En conclusión, afirmando como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada, o, atribuyéndole, con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible, la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad”*”¹¹⁷.

Como consecuencia de sentencias que parecían tener argumentaciones contradictorias tratando de llenar el vacío que significaba que el delito de lesiones al feto no estuviese tipificado, la doctrina mayoritaria identificó que era importante que se tipificara este delito. Es por esto que antes de que se redactara el delito, se trató de responder por distintos autores la siguiente pregunta: ¿cuál debiese ser el bien jurídico protegido del delito de lesiones al feto? En respuesta a esta interrogante se generaron dos principales respuestas en la doctrina española.

La primera respuesta posible a esta pregunta¹¹⁸, que corresponde a la doctrina minoritaria, es que el bien jurídico protegido del delito de lesiones al feto es la salud e integridad física del niño nacido vivo. Bajo esta lógica, serían distintos el “*objeto material del delito (el feto) con el bien jurídico protegido (la salud e integridad del niño nacido)*”¹¹⁹. En ese sentido, para que se llegase al resultado típico del delito, las lesiones producidas tendrían que perdurar en el ser humano ya nacido. Esto supone dos problemas como ya se podía adelantar en el apartado anterior: primero, el hecho de que la tecnología de la medicina

¹¹⁵ SOUZA VEGA, Constanza. Responsabilidad Penal del Médico por imprudencia en la causación de lesiones al feto. Tesis para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad Alberto Hurtado. Mayo, 2010. P. 52

¹¹⁶ Entre ellos estarían González Morán, García Álvarez, González Rus, entre otros.

¹¹⁷ GONZÁLEZ MORAN, Luis. De la Bioética al Bioderecho. Libertad, vida y muerte. Capítulo VI. España, 2006. P. 503

¹¹⁸ Hay más de dos posibles respuestas, pero esas dos alternativas son las principales. Las otras posibles respuestas serán tratadas en el siguiente capítulo de este trabajo.

¹¹⁹ GONZÁLEZ MORAN, Luis. Op. Cit. P.508

prenatal permitiría detectar los daños causados en el feto antes de que este sea persona, y segundo que a través de procedimientos intrauterinos se podrían sanar las afecciones causadas en el feto por el acto lesivo entonces al momento de que ya sea persona, no va a haberse configurado el daño.

En consecuencia, la segunda respuesta posible a la pregunta del bien jurídico protegido que dio la doctrina mayoritaria es la salud física, psíquica y la integridad del feto. Teniendo en cuenta que *“el delito de aborto siempre tuvo una tipificación jurídica autónoma del delito de homicidio, por lo que la protección del valor de la integridad y salud del feto también debería contar con una tipificación y claramente diferenciable de la conducta de lesiones al nacido”*¹²⁰. En definitiva, es relevante considerar que si bien inicialmente sólo era relevante la vida del feto, fue novedoso que se comenzara a considerar la salud física, psíquica y la integridad del feto como bien jurídico protegido.

Como se mencionó anteriormente, la tipificación del delito de lesiones al feto se encuentra en el Código Penal Español desde 1995 en su Libro II de Delitos y sus penas en el Título IV de las lesiones al feto, específicamente en los artículos 157 y 158 como se señalará a continuación:

“Artículo 157. - El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

Artículo 158.- El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

¹²⁰ GARCÍA MIRANDA, Carmen María. Las Lesiones al Feto. Cuadernos de Bioética. España, 1999.

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.”

Así, queda en evidencia que el artículo 157 corresponde al delito doloso¹²¹ de lesiones al feto y el artículo 158 al de delito imprudente de lesiones al feto. Tal y como lo mencionan Luis Gracia y Estrella Escuchuri, en el caso de ambos artículos “*el resultado típico, por tanto, puede estar constituido por una alteración patológica de carácter anatómico o funcional, es decir, que afecte a los tejidos y órganos (lesión), por ejemplo una privación de algún miembro del cuerpo; por una alteración somática del conjunto del organismo (enfermedad corporal), como la originación en el feto de complicaciones respiratorias o cardiológicas; o por una alteración de las estructuras psíquicas (enfermedad mental), como por ejemplo una disminución de las capacidades de desarrollo de las funciones intelectivas*”¹²².

Es de suma importancia considerar que para la doctrina no sólo tenía importancia tipificar el delito de lesiones al feto, sino que se considerara especialmente “*la realización del tipo imprudente, sobre todo en el ámbito sanitario, será el supuesto que se producirá en la inmensa mayoría de los casos*”¹²³. Una de las grandes razones para no tipificar el delito de lesiones al feto es porque se podría afectar la libertad general de acción de la mujer embarazada. Esto podría deberse por principalmente por dos razones. En primer lugar, una mujer no sabiendo que está embarazada podría realizar alguna conducta que cumpla con el tipo penal sobre todo al inicio de su embarazo. En segundo lugar, una mujer sabiendo que está embarazada podría realizar alguna conducta, como por ejemplo consumir un medicamento sin saber de que puede causarle malformaciones al feto. Por lo tanto, desde un punto de vista de política criminal, era esencial establecer la exclusión de la madre embarazada como posible autora del delito del artículo 158.

¹²¹ Como lo establece López Garrido y García Arán, es poco probable que se realice como dolo directo de primer grado, sino que más bien sería dolo directo de segundo grado o dolo eventual. Así mismo lo afirman Gracia Martín y Escuchuri Aisa.

¹²² GRACIA MARTIN, Luis y ESCUCHURRI AISA, Estrella. Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética. Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch. 2005. P. 37

¹²³ Ibid. P. 69

No obstante, la manera en que se tipificó el delito no ha estado exenta de críticas. La primera gran crítica es la indeterminación del concepto “*gravemente*”. Así, se le otorga al juez la posibilidad de calificar si el daño que se causó puede ser o no calificado como grave dependiendo del caso. En ese sentido, en pos de la seguridad jurídica,¹²⁴ en el mismo artículo se podría omitir este concepto o sino debería definirse. La segunda gran crítica es el hecho de que en este delito la elección del concepto “*feto*” es problemático toda vez que el propio Código no define a qué definición de “*feto*”. La definición biológica de “*feto*” corresponde a un embrión “*tras haber alcanzado un determinado nivel de desarrollo de los órganos (a las ocho semanas después de la concepción), hasta el momento en que se produzca el nacimiento*”¹²⁵. Es por esto que sería sólo una de las etapas en el desarrollo de la persona que está por nacer, de acuerdo a la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana y Ley sobre Donación y Utilización de Embriones o Fetos Humanos, o de sus Células, Tejidos u Órganos. Según “*otro sector doctrinal estima que dicha clasificación de las etapas embrionarias no resulta aplicable a efectos penales, pues tradicionalmente el Derecho Penal ha utilizado el término de "feto" como equivalente al de "nasciturus"*”¹²⁶. Debido a lo anterior, esta segunda crítica es claramente más débil ya que no tendría sentido que se usara el término “*feto*” en su dimensión biológica, toda vez que excluiría las lesiones que se le causaren a este objeto de especial protección antes de que alcance el desarrollo embrionario para ser considerado un feto. Es por esto que el sentido más razonable del concepto “*feto*” para estos efectos sería el de potencial ser humano durante todo su desarrollo anterior al nacimiento.

De esta manera, la legislación española es sin duda alguna una de las pocas legislaciones que consideran la tipificación del delito de lesiones al feto. Es por esta misma razón que es uno de los países con más desarrollo doctrinario al respecto. Sin embargo, hay otras legislaciones que tipifican este delito, sólo que de maneras distintas como se expondrá en el siguiente apartado.

¹²⁴ Véase GARCÍA MIRANDA, Carmen María. Las Lesiones al Feto. Cuadernos de Bioética. España, 1999. P.116.

¹²⁵Fetal Medicine Barcelona. Feto, Enciclopedia. [online]. Disponible en: <https://inatal.org/el-embarazo/enciclopedia/65-feto.html> [Fecha de consulta: 01/03/2022].

¹²⁶ GARCÍA MIRANDA, Carmen María. Ibid.. P. 115

E. Otras legislaciones

De acuerdo a lo señalado, no todos los ordenamientos jurídicos han considerado que es relevante tipificar este delito. Esto como ya se adelantaba en otras secciones, puede ser principalmente por dos razones. Primero, porque la conducta que configuraría el delito de lesiones al feto podría ser eventualmente penada bajo otros delitos, aun cuando esto signifique hacer ciertos saltos lógicos y asimilaciones que podrían comprometer el fondo de los argumentos. Segundo, porque se podría afectar la libertad general de la mujer embarazada, sobre todo con la forma imprudente de realización del delito. Lo que sí es claro, es que otros ordenamientos jurídicos han tipificado delito de lesiones al feto, aun cuando su denominación cambie de país en país.

En el caso de Estados Unidos, en el Título 18 Parte 1 Capítulo 90 A del U.S. Code § 1841 se consagra la “Protección al niño no nacido”¹²⁷. Específicamente en la sección (a) se tipifica las lesiones al feto, como se muestra a continuación:

- (a) *“(1) Quien participe en una conducta que viole cualquiera de las disposiciones de la ley enumeradas en la subsección (b) y, por lo tanto, cause la muerte o lesiones corporales (como se define en la sección 1365) a un niño, que está en el útero en el momento en que se produce la conducta, es culpable de un delito separado bajo esta sección.”*¹²⁸

La tipificación de este crimen a nivel federal se realizó después de un célebre caso en el cual el homicidio de una mujer embarazada hizo surgir la pregunta de si también era posible perseguir al autor del crimen por homicidio del niño que estaba por nacer. La forma en que está tipificado el delito y la definición del término “*niño no nacido*”¹²⁹ en su último inciso, ha provocado controversias toda vez que por muchos autores se ha entendido de que

¹²⁷ Texto original: “Title 18 U.S. Code § 1841 - Protection of unborn children”

¹²⁸ Traducción libre, el texto original es el siguiente: “(a)(1) Whoever engages in conduct that violates any of the provisions of law listed in subsection (b) and thereby causes the death of, or bodily injury (as defined in section 1365) to, a child, who is in utero at the time the conduct takes place, is guilty of a separate offense under this section”.

¹²⁹ Texto original: “Unborn child”.

esta es una ley trata de extender el concepto de ser humano aún en los casos en los que no es tal, y sería sólo un objeto de especial protección distinto a un ser humano. Igualmente, hay una exclusión de que no se podrá perseguir a la mujer que se realice un aborto o a quien se lo realice con su consentimiento. No obstante, es importante tener en consideración que esta disposición no es clara cuando se refiere al “momento en que se produce la conducta”, ya que este momento podría ser tanto el momento de la acción como el del resultado.

Otro ordenamiento jurídico que tiene tipificado el delito de lesiones al feto es el de Colombia, en el Libro II capítulo V de su Código Penal:

“Artículo 125.- Lesiones Al Feto. *El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses.*

Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.

Artículo 126.- Lesiones Culposas Al Feto. *Si la conducta descrita en el artículo anterior se realizare por culpa, la pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.*

Si fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término”.

Por la forma en que está tipificado el delito, es evidente que fue influenciado por la forma en que está tipificado este delito en España, toda vez que su estructura es similar y considera la posibilidad de que sea cometido con dolo o con culpa. Sin embargo, hay que señalar que hay dos grandes diferencias. La primera es que no considera que tiene que perjudicar su normal desarrollo *gravemente*. Esto sin duda es relevante ya que el juez no tendrá que calificar si las circunstancias afectaron gravemente y simplemente tiene que haber afectado su normal desarrollo. La segunda diferencia es que menciona que el daño de debe afectar “*el cuerpo o en la salud*”, pero no hace mención específica a la dimensión psíquica en específico. No obstante, si se interpreta el concepto de salud ampliamente, la integridad psíquica del feto también estaría protegida.

Un tercer ordenamiento jurídico que considera el delito de lesiones al feto es el de Perú, en el artículo 124-A de su Código Penal:

“Artículo 124-A. - *El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres”*.

La particularidad del caso peruano es que *“solo será sancionado penalmente aquella persona que tiene la intención de ocasionar daño a la salud o integridad física del nasciturus”*¹³⁰. El gran problema de que sólo se considere la posibilidad de que este delito sea cometido de manera dolosa, es que como se mencionó la sección anterior de este trabajo, es altamente probable que esta conducta típica sea cometida por profesionales de la salud en su variante culposa, por ejemplo durante algún procedimiento intrauterino o tratamiento durante el embarazo. De ahí la importancia de que el Código Penal Español y el Código Penal Colombiano sancionen el delito de lesiones al feto con la suspensión del ejercicio de la profesión de los profesionales de la salud que incurran en dicho delito.

F. Conclusiones: Razones para tipificar el delito de lesiones al feto

Como ha demostrado el desarrollo legislativo de derecho comparado, hoy ya no solamente se descubren enfermedades en el nasciturus, sino que se pueden tratar ya directamente, estando aun en el vientre materno¹³¹ con diferentes fines.

Esta posibilidad de incidencia directa abre la posibilidad no solamente a un avance en el desarrollo y salud del ser humano en su etapa gestacional, sino que también abre las puertas a posibles afectaciones en dicha etapa. Hoy en día, la posibilidad de injerencia directa sobre el feto es incuestionable, ya sea para efectos terapéuticos, y/o investigativos¹³². Por lo tanto,

¹³⁰ YAIPÉN PÉREZ, Ricardo Sebastián. La Incorporación Del Delito De Lesiones Culposas Al Feto En El Código Penal Peruano. Facultad de Derecho y Humanidades. Pimentel, Perú. Universidad Señor de Sipán. 2020. P.58

¹³¹ RAMÓN RIVAS, Eduardo. Óp. Cit. P. 79

¹³² DIAZ RECANCES. Técnicas de diagnóstico prenatal, Comentarios a la Legislación Penal. Tomo IX. La reforma del delito de aborto. Estudio del nuevo artículo 417 bis del Código Penal. P. 607 En: RAMÓN RIVAS, Eduardo. Óp. Cit. P. 79

los avances médicos han logrado que su objeto de estudio y práctica no se restrinja solamente al de la persona ya nacida, sino que, al ser humano en estado gestacional, cuestión que, años atrás, era simplemente inimaginable. De esta manera, estos nuevos avances han de necesitar una tutela jurídica capaz de articular y regular el uso (y mal uso) de dicho desarrollo científico, custodiando los bienes que por él ahora puedan verse afectados.

El punto está en que esta extensión a nuevos objetos materiales y sujetos pasivos también amplía, razonablemente, el espectro de bienes jurídicos que se pueden ver afectados, siendo indudablemente necesario para el derecho ser capaz de hacerse cargo de la protección de los respectivos derechos en juego. De este modo, diferentes Estados se han visto compelidos a regular, o a lo menos cuestionarse, la necesidad de tipificar el delito de lesiones al feto. Esto demuestra que, a lo menos existe *algo* que merece ser protegido. Ante esto, surgen nuevas preguntas: ¿qué es exactamente ese *algo* que merece ser protegido? ¿cuál es ese bien que debe ser custodiado por el derecho penal? En otras palabras, **¿Cuál es el bien jurídico tutelado por el delito de lesiones al feto? ¿Tiene el feto algo así como derecho a la salud o a la integridad física?**

IV. Tercer capítulo: Sobre el bien jurídico protegido

A. Introducción

Como se ha adelantado en los capítulos anteriores, ante vacíos legislativos, variados legisladores han tomado la decisión de tipificar el delito de lesiones al feto. Si bien no todos los legisladores tipificaron el delito de la misma manera, estos hitos reflejan, a lo menos, la efectiva existencia de un *algo* sin protección que merece ser protegido.

Teniendo claro que existe un "*algo merecedor de tutela*", procede preguntarse por su identidad: ¿qué es *eso* que requiere ser protegido? O más específicamente, ¿cuál es exactamente el bien jurídico protegido por el tipo del delito de lesiones al feto? La respuesta no es baladí. Definir el bien jurídico protegido afecta directamente en la eficacia, aplicabilidad y existencia del tipo. Dependiendo de cómo lo identifiquemos sabremos en qué minuto el acto lesivo se vuelve punible, qué tan difícil de aplicar el delito será y si

efectivamente se requiere su tipificación o, si en realidad, este bien jurídico ya se encontraría protegido indirectamente por medio de otro delito ya tipificado.

No hay, en definitiva, unanimidad sobre cuál es el bien jurídico protegido por el delito de lesiones al feto, habiéndose desarrollado, por la doctrina, diversas respuestas a este cuestionamiento, las que, evidentemente, traen consigo diferentes consecuencias prácticas y jurídicas que son necesarias de analizar.

B. Teorías sobre el bien jurídico protegido por el delito de lesiones al feto

(i) Salud e integridad física del niño nacido vivo

Para una parte de la doctrina el bien jurídico protegido por el delito de lesiones al feto está dado por la salud e integridad del niño nacido vivo. Principal expositora de esta teoría es la abogada y profesora de la Universidad de Cádiz doña María José Rodríguez Mesa¹³³. Para la autora, la necesidad de la tipificación del delito de lesiones al feto viene dada por el interés del legislador de proteger la salud e integridad de las personas en todas las fases de su desarrollo. De este modo, si bien el delito se comete directamente sobre el feto, el bien jurídico que se protege sigue siendo la salud e integridad del ser humano nacido vivo. Esta doctrina enfatiza en la distinción entre el objeto material y el bien jurídico protegido. Si bien el acto lesivo recae directamente sobre el feto, siendo este el objeto material del delito, el bien jurídico protegido estaría dado por la salud e integridad del ser humano una vez ya nacido¹³⁴. Para esta doctrina, la intención del legislador no es otorgarle al *nasciturus* un derecho en sí mismo, sino que el interés en este radica principal y únicamente en evitar que nazca una persona con taras físicas o psíquicas. Por lo tanto, el feto solo resulta de interés en tanto su existencia se materialice efectivamente en la de un ser humano nacido vivo.

¹³³ Doctora en Derecho y Experta en Criminología de la Universidad de Cádiz. Profesora Titular de Derecho Penal en la misma Universidad desde 2004.

¹³⁴ RODRÍGUEZ MESA, María José. Algunas consideraciones acerca del bien jurídico protegido en el delito de lesiones al feto. Revista de Derecho Penal y Criminología N°6. 1996. P. 1079

De este modo, si bien el momento de la lesión es anterior al nacimiento, lo que se trata de evitar son los efectos que subsistirán con posterioridad al mismo¹³⁵. Por lo tanto, “*el resultado de este delito no se produce con la lesión del feto, sino con la permanencia de las lesiones en el nacido vivo*”¹³⁶. La consecuencia práctica y principal que trae consigo la aplicación de esta teoría, es que solo serán punibles aquellas lesiones que se manifiesten o mantengan con posterioridad al hecho del nacimiento. De esta forma, toda aquella lesión producida en el feto pero que mejore durante su gestación, ya sea natural o por medio de intervenciones médicas y que, por lo tanto, no se vea reflejada en la persona una vez nacida, no podría ser punible. En consecuencia, según esta doctrina, para que se satisfaga el tipo, en vista de que el bien jurídico protegido por el delito de lesiones al feto no sería la salud del feto mismo, sino que la salud e integridad del ser humano nacido vivo, no solo bastará con la comisión del acto lesivo y la producción de lesiones del feto, sino que también será necesario que acontezca el hecho del nacimiento y la permanencia de los perjuicios con posterioridad a este¹³⁷.

(ii) Salud física, psíquica y la integridad del feto

El segundo bien jurídico que ha identificado la doctrina mayoritaria¹³⁸ es el de la salud física, psíquica y la integridad del feto, basada en que el feto vendría siendo un ser sintiente (a lo menos desde cierta etapa gestacional), por lo tanto, resultaría relevante proteger su interés de no sufrir.

En principio, el identificar este como el bien jurídico de este delito, podría parecer a priori que se le estaría dando una protección igual o equivalente a la de un ser humano ya nacido o bien como si se estuviese extendiendo el concepto de persona. Esto en ningún caso es así ya

¹³⁵ CARBONELL MATEU, Juan Carlos y GONAZALEZ CUSSAC José Luis. Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Tirant Lo Blanch. España. 2010. P. 157

¹³⁶ RODRÍGUEZ MESA, María José. Op. Cit. P. 1079

¹³⁷ GONZALEZ MORÁN, Luis. De la Bioética al Bioderecho. Libertad, vida y muerte. Editorial Jurídica Dykinson. España. 2006. P.508

¹³⁸ Sobre todo la doctrina española.

que “*el ser persona no es una propiedad que ya está inherente en futuras personas. Pero una vez que alguien es persona, los estados previos de la existencia de la persona importan*”¹³⁹.

Además, hay que tener en cuenta que este es un delito autónomo y por lo tanto de resultado. Por lo mismo, “*si bien son necesarias las matizaciones que, del mismo modo que sucede con respecto a la vida, impone el hecho de que dicho bien jurídico se encuentre encarnado en el momento de su lesión en un ser dotado de vida sólo dependiente, lo cual determina también, como destaca Latorre Latorre, que el feto en sí no sufre menoscabo funcional porque es dependiente y carece de autonomía, de tal manera que la lesión se manifiesta cuando abandona el seno materno*”¹⁴⁰. Esto, sin embargo, no quiere decir que siempre la lesión se verá manifestada una vez que sea persona, toda vez que este podría ser por ejemplo, tratado mediante un procedimiento intrauterino. Que el daño persista una vez que el feto se convierta en persona, no es una condición *sine qua non* para que el delito sea punible ya que simplemente tiene que haberse configurado la conducta y el daño en el feto para que lo fuesen.

Por otra parte, hay que aclarar que “*con esta protección se persigue garantizar en último extremo la integridad del futuro niño, una vez nacido, pero esta perspectiva sólo puede aceptarse de forma mediata, y no como bien jurídico protegido en sentido estricto*”¹⁴¹. Es por esto que, se entiende que es evidente que hay un tránsito entre el feto y la persona¹⁴², pero no por eso el bien jurídico protegido es la salud e integridad física de la persona.

Por todo lo recién dicho, el delito de lesiones al feto se acercaría en esencia/se podría comparar con el delito de maltrato animal establecido en el artículo 291 bis del Código Penal, cuyo fundamento radica, principalmente, en que el legislador reconoce que los animales no humanos pueden padecer dolor y, como consecuencia de esto, le confiere protección a dicho interés de no sufrir.

¹³⁹ Traducción libre, el texto original es el siguiente: “*that personhood is not a property that is already inherent in future person. But once someone is a person, the previous stages of this person’s existence matter.*” En: KARNEIN, Anja K. A Theory of Unborn Life. Oxford University Press. 2012. P. 28

¹⁴⁰ GRACIA MARTIN, Luis y ESCUCHURRI AISA, Estrella. Op, cit. P. 21

¹⁴¹ ROMEO CASABONA, Carlos. Los delitos contra la vida. P. 258. Esto mismo es afirmado por GONZÁLEZ MORAN, Luis. Op. Cit. P. 510

¹⁴² GRACIA MARTIN, Luis y ESCUCHURRI AISA, Estrella. Op, cit. P.18

(iii) Otras doctrinas

- Interés de que no nazcan hombres que no posean un mínimo de salud

Una de las teorías minoritarias asocia el bien jurídico protegido del delito de lesiones al feto con un interés comunitario en que nazcan ciudadanos con un mínimo de salud¹⁴³. Este interés no sería más que la suma de los intereses individuales de cada padre y madre de tener una descendencia indemne de taras físicas o psíquicas. De este modo, lo que se estaría protegiendo, en realidad, para algunos autores, es el derecho a la procreación¹⁴⁴, entendiéndose por tal un derecho natural del ser humano a tener descendencia, solo que desde una perspectiva colectiva, el que comprende la suma de intereses individuales de los correspondientes progenitores.

- Algún valor directamente vinculado a la persona embarazada.

Otra parte minoritaria de la doctrina afirma que dado que el embarazo es una situación especial en que la vida del sujeto en el vientre (feto) depende radicalmente de la vida de otro (la madre), y que, por lo tanto, toda intervención (y lesión) sobre el feto sólo es posible realizarla a través del cuerpo de la madre, debiera entenderse que el delito de lesiones al feto, en realidad, tiene como bien jurídico algún valor vinculado directamente a la persona de la embarazada¹⁴⁵.

C. Toma de Postura

(i) Crítica a las teorías del bien jurídico protegido

Para poder determinar cuál es, realmente, el bien jurídico protegido por el delito de lesiones al feto, se deben analizar todas las teorías recién mencionadas, descartando aquellas

¹⁴³GRACIA MARTIN, Luis y ESCUCHURRI AISA, Estrella. Op, cit. P. 17

¹⁴⁴ ROMEO CASABONA, Carlos. El Derecho y la Bioética. P 195 y ss.

¹⁴⁵ HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. El Derecho Penal y la Genética. P.322. En: GRACIA MARTIN, Luis y ESCUCHURRI AISA, Estrella. Op, cit. P. 17

cuyas premisas y consecuencias, prácticas y jurídicas, no fueren ideales para satisfacer la tipificación óptima del delito:

- **Sobre la teoría que identifica la salud e integridad del niño nacido vivo como bien jurídico protegido.**

Como mencionado anteriormente, esta teoría considera que el fundamento de la lesión al feto es algo así como una anticipación de la protección penal de la salud de la persona en la que ese feto se desarrollará posteriormente, siendo, en realidad, la salud e integridad física y psíquica del niño ya nacido el bien jurídico protegido. De este modo, el feto solo cobra relevancia al entenderse como una *persona en potencia*. El principal efecto o consecuencia que conlleva la aplicación de esta teoría, como ya explicado en este trabajo, es que, para que el acto lesivo sea punible, no solo bastará con la comisión del acto lesivo y la producción de lesiones en el feto, sino que también será necesario que se lleve adelante el nacimiento y se constate la permanencia de los perjuicios con posterioridad a dicho acontecimiento. En definitiva, se requiere que el perjuicio se manifieste en la persona nacida. Esto supone la concurrencia de dos principales problemas: primero, uno de temporalidad y segundo, uno de atipicidad, ambos afectando la eficacia del delito.

Que el tipo penal exija que la persona nazca supone, necesariamente, que exista una diferencia temporal entre la comisión del acto lesivo y el momento en que el acto se vuelve punible, lo que afecta directamente en la eficacia del tipo. Imaginémos, por ejemplo, el caso en que una persona lesiona al feto dentro de su primer mes de gestación. Primero, se tendría que esperar, a lo menos, entre 6 a 8 meses (que sería lo que el feto, más o menos, demoraría en desarrollarse dentro del vientre materno) para que concurra el nacimiento y, por lo tanto, se cumpla el tercer requisito del tipo. Sin embargo, no bastaría con el nacimiento, sino que también tendría que esperarse que la lesión se manifestara en la persona tras haber nacido. Pero entonces, ¿qué pasa si el perjuicio se manifiesta recién a los 10 años de edad? ¿si se verificase al momento de llegada de la pubertad de la persona? O ¿al momento en que esa persona, ya adulta, quiere reproducirse? ¿o al momento de llegada su menopausia? ¿Solo se podrá castigar el acto lesivo 10, 15, 30 o 50 años después? Esto afecta grave y directamente la eficacia del tipo. Primero, porque al quedar el castigo condicionado indefinidamente, no hay un real incentivo para no cometer el acto lesivo y, segundo, al existir, necesariamente,

un plazo entre la comisión del hecho y su punibilidad, se abre la posibilidad de que, al momento de perseguirse el delito, no pueda hallarse al sujeto activo.

Ahora, ¿qué pasa con las lesiones a un feto que no llega a nacer? O a uno que, naciendo ¿las lesiones no se mantienen con posterioridad a ello? Nuevamente, la aplicación de esta teoría conlleva un serio problema, pero en este caso, de atipicidad. De seguirse esta teoría, todo acto que efectivamente causares una lesión en el feto pero que se curase con anterioridad al nacimiento, ya sea por actos médicos o por la sola gestación natural del embarazo, tendría que considerarse como atípico¹⁴⁶. Esto no es menor. Como ya explicado, gracias al avance de la tecnología médica, hoy en día es posible intervenir de manera cada vez más común y de manera directa en el feto aun cuando este se encuentra dentro del vientre materno, dándose, de esta manera, solución a enfermedades o problemas de desarrollo con anterioridad al acontecimiento del nacimiento. De aplicarse esta teoría, a medida que avanza el tiempo y con ello la tecnología y la medicina, la punibilidad del delito de lesiones al feto sería cada vez más ilusoria. Sumado a lo anterior, todo embarazo que no llegase a término por razones distintas al acto lesivo (ya sea por causas naturales o intencionales) y durante el cual el feto haya sido víctima de una lesión, tampoco podría ser castigado. En consecuencia, dada la ineficacia que implicaría la aplicación de esta teoría, en principio, no se podría considerar la integridad y salud del niño ya nacido como bien jurídico protegido.

No obstante, para evaluar cabalmente esta teoría, es necesario considerar la mejor versión de ésta. Para eso, se vuelve necesario reformularla. Si bien el delito de lesiones común es considerado un delito de peligro concreto, y por lo mismo, se requiere que se produzca el menoscabo a la salud e integridad física de la persona, el delito de lesiones al feto podría plantearse como un delito de peligro abstracto. ¿Cuáles serían las implicancias de que fuese un delito de peligro abstracto?

Para que se configure el delito no sería necesario que la lesión necesariamente se manifieste en la persona ya nacida. La consideración anterior en ningún caso altera el hecho de que el delito de lesiones al feto sea un delito de resultado¹⁴⁷. Por lo mismo, “la

¹⁴⁶ RAMON RIVAS, Eduardo. El Delito de Lesiones al Feto. Editorial COMARES, Granada, 2022. P.341

¹⁴⁷ MAÑALICH, Juan Pablo. Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal. Revista Chilena De Derecho, 2021. P.86

*identificación del peligro abstracto para el correspondiente bien jurídico con un resultado depende, más bien, de que la forma de comportamiento respectivamente sometida a prohibición o a requerimiento consista en un determinado tipo de acción. Pues es definitorio de una acción que su marca de éxito consista con la transformación o la preservación de un estado de cierta índole.”*¹⁴⁸

- **Sobre la teoría que identifica en un interés en que nazcan personas sanas o derecho a procrear, el bien jurídico protegido.**

Esta teoría parte de la premisa de que el ser humano tiene, por naturaleza, algo así como un derecho a procrear. En definitiva, el bien jurídico protegido, en aplicación de esta teoría, vendría siendo un derecho humano a tener descendencia sana. Sin embargo, esto es del todo falaz. Identificar los derechos sexuales con el derecho de procreación resulta del todo reduccionista, al limitar el contenido de la sexualidad humana a un mero objetivo de subsistencia de la especie. De hecho, si se examinan los tratados o declaraciones internacionales más importantes sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, entre otras, ninguna contiene mención o referencia a un derecho a la procreación. A lo que tiene derecho el ser humano es a su *libertad e indemnidad sexual*, esto es, “*control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y a decidir libremente respecto de esas cuestiones sin verse sujeta a coerción, discriminación o violencia (...)*”¹⁴⁹. A su vez, la salud sexual es “*un estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad; no es simplemente la ausencia de enfermedades, disfunciones o dolencias. La salud sexual requiere un enfoque positivo y respetuoso de la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de tener experiencias sexuales placenteras y seguras, libres de coerción, discriminación y violencia*”¹⁵⁰. De este modo, la salud sexual está referida a un desarrollo

¹⁴⁸ MAÑALICH, Juan Pablo. Ibid. P.87

¹⁴⁹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS MUJERES. Declaración Y Plataforma De Acción De Pekín. 2015, párrafo 96.

¹⁵⁰ ASAMBLEA MUNDIAL DE LA SALUD. Sexual and Reproductive Health Research (SRH). [online]. Disponible en: <<https://www.who.int/teams/sexual-and-reproductive-health-and-research/key-areas-of-work/sexual-health/defining-sexual-health>> [Fecha de consulta: 15/05/2022].

humano y de vida y no solamente a un hecho o instinto de reproducción¹⁵¹. Por lo tanto, no corresponde atribuirle al ser humano un derecho inherente de procreación. Ante ello, imposible resulta proteger algo que, en realidad, no existe y menos en un sentido colectivo.

- **Algún valor directamente vinculado a la persona embarazada como bien jurídico protegido.**

Como ya mencionado, el vínculo que mantiene el feto con la madre es uno especial, en que no se podría llegar a afirmarse que el feto se encuentra simplemente dentro de la madre, tal como si fuera un mero objeto inanimado desvinculado de esta, pero tampoco podría afirmarse que comparten una misma identidad. Sin perjuicio de lo anterior, es innegable que el feto se ve directamente afectado por todo lo que le pase a la madre y, en inversa, por regla general, cuando se afecta el feto también se afecta, directa o indirectamente, a la madre. Por lo tanto, en principio, una teoría que atribuyese el bien jurídico protegido a algún valor asociado con la mujer embarazada no parecería ser tan descabellado. Sin embargo, al respecto vale levantar principalmente dos puntos: primero, que, si bien el vínculo entre el feto y la mujer embarazada es innegable, no se debe perder de vista que estos son, en realidad, seres distintos. De seguirse esta teoría, lo que se estaría implicando es que el feto es una extensión (y por lo tanto parte) de la mujer embarazada. Esto resulta en una completa falacia, como ya dijimos, si bien vinculados, no son lo mismo.

Sumado a lo anterior, se debe tener presente que, en caso de que el bien jurídico esté relacionado con algún valor asociado a la madre, la tipificación del delito de lesiones al feto resultaría completamente innecesaria. Esto porque en realidad, en vista de que la mujer embarazada ya es persona, esta ya goza de protección frente a los actos lesivos por medio del delito de lesiones general ya tipificado en nuestra legislación. Por lo anterior, tampoco podría considerarse que el bien jurídico protegido por el delito de lesiones al feto es identificable con algún valor asociado a la madre.

¹⁵¹ UNITED NATIONS. Report of the International Conference on Population and Development, Cairo, 1994. New York, United Nations. 1994. Párrafo 7.2. En esta misma línea la profesora Maricruz Gómez de la Torre ha señalado que "en la categoría de derecho humano no entra adecuadamente la simple procreación (derecho a procrear); lo que en sí cabe dentro de la categoría de derecho humano es el ejercicio responsabilizado de la función procreativa", en: GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. La Fecundación in vitro y la Filiación. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993. P. 41

- **Salud e integridad del feto como bien jurídico protegido.**

De acuerdo a lo señalado en las secciones precedentes, la doctrina española ha identificado esta teoría como la correcta. La salud e integridad del feto merece ser protegida teniendo en cuenta dos principales argumentos.

En primer lugar, se dejó claro que aún cuando es evidente que hay una transición entre el feto y persona, el feto no es persona ni tampoco es equivalente a una persona. La importancia y fundamento de elegir este bien jurídico protegido es que el feto debe ser considerado como un ser sintiente. El desarrollo del feto va a determinar si efectivamente pudiese sentir dolor. Se ha entendido que *“no es probable, debido a ello, que el feto sienta dolor antes de la semana 20 y quizás podría, dado al desarrollo más avanzado de su fisiología, comenzar a sentir dolor entre las semanas 22 y 26”*¹⁵². Aún así no se tiene claro si el dolor que es capaz de sentir es igual o difiere a medida de que se completa su desarrollo. Claramente esas interrogantes exceden los propósitos de este trabajo. Lo que es evidente es que el feto puede sentir dolor y por lo tanto tiene la capacidad de sufrir. De ahí que sea importante la protección de su salud e integridad física. Este argumento también es parecido al del bien jurídico detrás del delito de maltrato animal: son seres sintientes y por eso es que merecen no sufrir. Sin embargo, no ha de confundirse ambos tipos de delito. En el caso de lesiones al feto lo que se protege no es el sufrimiento o el hecho de sentir dolor en sí mismo, lo que se traduciría en un delito de maltrato., En realidad, lo que se protege es la afectación propiamente tal, directamente, de la salud del feto, la que, a su vez, necesariamente trae consigo, a lo menos, cierto grado de sufrimiento, ya sea durante y/o con posterioridad a la comisión del acto lesivo.

En segundo lugar, si se considera que el bien jurídico protegido es la salud e integridad física del feto se evitan las grandes objeciones que surgen con la teoría del bien jurídico protegido de la salud e integridad física del niño nacido. Como se examinó en detalle en secciones precedentes, por el desarrollo tecnológico no necesariamente se necesitaría que las lesiones producidas en el feto perduren en el ser humano ya nacido. Por una parte, existe tecnología que permitiría identificar los daños causados de manera intrauterina. Así, no sería

¹⁵² Kizer, Saúl, & Vanegas, Horacio. (2016). ¿Siente dolor el feto?. Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela, 76(2), P. 126-132. Recuperado en 22 de mayo de 2022, de http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322016000200008&lng=es&tlng=es.

necesario que el feto se llegue a desarrollar como persona para que el daño sea punible. Incluso podría estar el caso en el que debido a la gravedad de los daños causados la madre podría decidir no seguir adelante con el embarazo, pero el delito de lesión del feto podría ser castigado. Por otra parte, se tiene que considerar que existen procedimientos por medio de los cuales se podría intervenir al feto en el útero para sanarlo o mejorar su condiciones de vida posteriores. De acuerdo con lo anterior, el daño no tendría por qué necesariamente manifestarse en la persona nacida.

(ii) Delito de lesiones al feto y el aborto

Valido es preguntarse si al atribuírsele al feto un interés en no sufrir y, por lo tanto, protección de su integridad, se le debiera necesariamente reconocer también un interés en nacer/de sobrevivencia. En otras palabras, ¿otorgarle protección a la integridad del feto necesariamente supone otorgarle protección a “*su vida*”? Si se criminaliza el delito de lesiones al feto, ¿necesariamente debe criminalizarse también el aborto? ¿Están estrechamente relacionados? La respuesta, desde el punto de vista de estas autoras, es que no.

Como ya se ha dejado claro en las secciones anteriores, el interés reconocido del feto de no sufrir viene dado por su característica de ser sintiente. Para algunos, la muerte o en este caso el término de la existencia¹⁵³ supone necesariamente la producción de una lesión y, por ende, de sufrimiento. De este modo, para algunos autores, entre ambas figuras (la muerte/extinción y las lesiones) simplemente existiría una relación de progresión¹⁵⁴, justificándose, bajo el reconocimiento de este interés del feto de no sufrir, la protección de su vida. No obstante, dicho argumento es del todo falaz. Esto último porque: primero, las lesiones y causar la extinción de un ser son cuestiones distintas. Las lesiones suponen la afectación, ya sea física o psíquica, del desarrollo o calidad de subsistencia de un ser. Es decir, tiene como presupuesto necesario, la existencia del ser sintiente. Si a raíz de un actuar

¹⁵³ Recordemos que el hecho del nacimiento es un requisito sine qua non de la muerte por lo que no es propio respecto del feto.

¹⁵⁴ RAMON RIVAS, Eduardo. Op. Cit. P. 361

el ser deja de existir, no puede hablarse de una lesión propiamente tal y menos, de “*la más gravosa*”¹⁵⁵.

Segundo, se debe tener presente que no toda muerte supone, necesariamente, la producción de sufrimiento. Existen muchas formas de morir sin sufrir, como sería, por ejemplo, morir durmiendo mientras se tiene el mejor de los sueños. Afirmar que hasta en esa situación de completa inconciencia y estado de paz la muerte supone sufrimiento es del todo ilusorio.

Tercero, suponer que toda muerte necesariamente conlleva sufrimiento del afectado, llevaría a conclusiones tan absurdas como que el delito de maltrato animal (cuyo fundamento central es evitar el sufrimiento de animales sintientes distintos del ser humano y el cual, como ya dijimos, posee similitudes con el delito de lesiones al feto) incluye también la prohibición de matarlos. De este modo, se tendría que poner término a la producción de carne de animal, volviendo a todos los ciudadanos, por ley, vegetarianos. Por lo tanto, difícil es vincular un interés de no sufrir con la muerte.

Una segunda teoría sostiene que el feto mantiene algo así como un “*interés en su supervivencia/en nacer*”, distinto a su “*interés por no sufrir*”. Sin embargo, primero, a diferencia del interés de no sufrir del feto, que se produce de manera *reactiva* al acto lesivo, un “*interés en nacer*” supone necesariamente la capacidad de tener anhelos o ideas, diferidas temporalmente, sobre el futuro. Es decir, tener la expectativa activa de nacer. Difícil es atribuirle este tipo de capacidad al no nato y, por lo tanto, también otorgarle protección a un interés que ni siquiera se podría formar. Sobre este último punto se podría llegar a argumentar en contra que un infante de 10 días, si bien nacido, tampoco es capaz de formular una expectativa, o interés diferido temporalmente, de vivir, por lo que al afirmarse lo anterior, se estaría justificando también la impunidad de su muerte. De hecho, hay estudios que demostrarían que la capacidad de tener pensamientos diferidos temporalmente recién se comenzaría a formar a los tres meses de vida¹⁵⁶. Por consiguiente, se podría llegar al extremo

¹⁵⁵ Esta misma discusión es la que se lleva a cabo al momento de tomar la decisión de tipificar o no la eutanasia. En dicho caso, de hecho, es aún más radical: los legisladores que deciden no criminalizar la eutanasia se basan precisamente en que la muerte no es sufrimiento, por el contrario, es una forma de poner término a este. Por lo tanto, no atribuyen a la muerte un tipo de lesión, sino que lo reconocen como una forma para evitarlo.

¹⁵⁶ HOERSTER, Norbert. *Abtreibung im säkularen Staat*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1991. P. 22

de afirmar que, bajo el argumento del interés de sobrevivencia, se estaría justificando dar muerte a seres humanos hasta con tres meses de vida. Esta tesis es evidentemente contra intuitiva. Parte de la doctrina ha intentado dejar en evidencia que dicha tesis, además de reduccionista, es totalmente ineficiente¹⁵⁷. De entenderse que el derecho a la vida se adquiere a los tres meses de edad, además de, nuevamente, contra intuitivo, traería como consecuencia una serie de tipificaciones de delitos sumamente ineficaces, que no orientarían correctamente la conducta del agresor. Esto porque nadie podría darse cuenta cuándo una persona tiene o no tres meses de vida cumplidos o si ya tiene desarrollado pensamientos a futuro. Ante ello, para algunos autores, se justificaría ampliar la protección, marcando su inicio por el hecho del nacimiento¹⁵⁸. Al respecto cobra especial relevancia la discusión y tesis planteada por el profesor y doctor en derecho Juan Pablo Mañalich¹⁵⁹ en su trabajo titulado *”La Permisibilidad del Aborto como Problema Ontológico”*¹⁶⁰, en que, entre otras ideas y, en especial, para abordar de manera completa y apropiada los argumentos en favor de la permisibilidad del aborto practicado por, o con el consentimiento de, la mujer embarazada, desarrolla y analiza a detalle el tema sobre el estatus del feto, explorando y delimitando en sentido estricto, normativo y moral el estatus de persona. Así, para el profesor, *”la optimización de la protección de la supervivencia de genuinas personas –o bien, de genuinas “cuasi-personas”– de muy temprana edad exige, en consecuencia, formular la correspondiente norma práxica de un modo que minimice ese riesgo. Para ello, el alcance de la prohibición del homicidio ha de quedar determinado por la identificación de un hito que resulte subsuntivamente practicable, a la vez que criteriológicamente adecuado. Y todo habla a favor de identificar ese hito con el nacimiento del respectivo ser humano, entendido como el estado terminal del proceso del parto”*¹⁶¹.

Sumado a lo anterior, desde la perspectiva de estas autoras, además, no se debe olvidar que el infante de menos de 3 meses, según nuestra legislación penal, a diferencia del feto, ya

¹⁵⁷ HOERSTER, Norbert. Ibid. P. 22

¹⁵⁸ A esto Hoerster le llama “norma práxica”, siendo la llamada “norma ideal” la que fijaría el límite alrededor de los tres meses

¹⁵⁹ Doctor en derecho, Universidad de Bonn (2008); licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile (2004). Profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹⁶⁰ MAÑALICH, Juan Pablo. La Permisibilidad del Aborto como Problema Ontológico. Revista Derecho y Humanidades. N° 23, 2014 P. 305-333

¹⁶¹ Ibid. P. 325.

tiene vida, por lo que es coherente atribuirle un interés de mantenerla, aun cuando no pudiere todavía formarla conscientemente. En esta misma línea sigue un segundo argumento: en rigor, quien tiene un interés por vivir debe, lógicamente, ser *titular de una vida*. En definitiva, el derecho a no sufrir y el derecho a la vida han de entenderse como cuestiones separadas, pudiendo existir respuestas diferentes para cada una.

Debe tenerse presente que no es materia de este trabajo profundizar sobre la punibilidad del aborto ni desde cuándo se entiende que hay vida. La punibilidad del aborto, la que es en sí controversial y compleja, no es parte de este trabajo. Sin embargo, sí es importante dejar en evidencia que el derecho a no sufrir y el derecho a la vida son cuestiones completamente distintas. No por reconocerle al feto un derecho a no sufrir, necesariamente se le deba otorgar un derecho a la vida. Cuestionar la punibilidad de las lesiones al feto es una interrogante y estudio diferente y separado respecto de la punibilidad del aborto. Son interrogantes distintas, que requieren de un estudio y desarrollo de investigación por separado.

De este modo, tratándose del delito de lesiones al feto, si lo protegido es el interés del propio feto de no padecer sufrimiento, entonces debiera entenderse que el delito de lesión al feto sería más cercano al delito de lesiones de maltrato animal que al delito de aborto, al no poder vincularse un interés a la vida con el interés a no sufrir.

(iii) Criminalización del delito de lesiones al feto y el ámbito de libertad de acción de la mujer embarazada

Una vez superadas las dudas sobre la necesidad de tipificar el delito de lesiones al feto y el bien jurídico protegido, naturalmente surge la duda sobre las consecuencias que la tipificación del delito podría conllevar para la mujer embarazada. De acuerdo a lo expuesto anteriormente, es innegable que entre la madre y el feto hay una relación especial. Evidentemente no se podría llegar a afirmar que la identidad del feto es completamente distinta a la de la madre, como tampoco es totalmente la misma que la de ella. Aún así, estos sí mantienen un vínculo estrecho y dependiente (el feto respecto de la mujer embarazada), en que cualquier decisión o accionar de la mujer embarazada supondrá algún tipo de afectación

también en el feto. En vista de ello, resulta inevitable que, criminalizándose el delito de lesiones al feto, se vea limitada la libertad general de acción de la mujer embarazada. Sin embargo, ¿es esto justo?

Dada esta relación especial entre el feto y la mujer embarazada, quien tiene mayor probabilidad de ocasionarle alguna lesión al primero es, en definitiva, la madre. Toda acción y decisión que tome la mujer embarazada tiene consecuencias en el desarrollo (o no desarrollo) del neonato. Desde qué come o respira, hasta qué actividades realiza. Por lo tanto, para poder evitar causarle cualquier tipo de lesiones o afectaciones, la mujer embarazada tendría que limitar excesivamente su libertad, absteniéndose de hacer todo aquello que pudiese suponer un riesgo o siquiera una exposición a este para el feto. Es un estándar de conducta sumamente exigente: abstenerse de todo aquello que pudiese suponer un mínimo de riesgo para el neonato, bajo apercibimiento de ser declarada culpable de un delito de lesiones al feto. Ante esto, es válido preguntarse: ¿es justo exigirle este estándar de diligencia tan alto a la madre?

La respuesta claramente es que no, debiendo existir una política criminal dirigida a evitarla. Esto porque, primero, exigirle un estándar de conducta tan elevado a la mujer embarazada supone un excesivo paternalismo por parte del legislador, en que su control, en un extremo, podría llegar a suponer hasta un control sobre los alimentos que la mujer decida consumir. Y, segundo, es simplemente contra intuitivo: ¿qué mujer querría embarazarse si ello supusiera arriesgarse a una alta probabilidad de punibilidad por cualquier acción que esta realice (o no realice) y pueda afectar al feto? Más que proteger al feto, una exigencia de este tipo a la mujer embarazada simplemente desincentiva el embarazo.

Por lo tanto, si bien al protegerse la salud e integridad del feto naturalmente la libertad generalizada de la mujer embarazada tendría que verse limitada, la tipificación del delito requiere, necesariamente, algún tipo de exclusión de culpabilidad o a lo menos disminución del estándar de conducta de la mujer embarazada, como se consideró en el artículo 158 del Código Penal Español.

D. Conclusión

La cuestión sobre el bien jurídico protegido por el delito de lesiones al feto no es pacífica. Varias teorías se han planteado tratando de dar respuesta a esta interrogante y decidirse por una o por otra no es una decisión baladí. De la respuesta o doctrina que adoptemos dependerá tanto la eficacia como la aplicabilidad y necesidad, derechamente, de la tipificación del delito.

Tras la exposición y análisis de cada una de las doctrinas que, hasta hoy, se han desarrollado al respecto, no cabe más que llegar a la conclusión de que el bien jurídico protegido es la salud e integridad del feto, otorgándole a este un derecho directo de salud e integridad, al reconocerle su calidad de ser sintiente y, por lo tanto, capacidad de sentir dolor. De este modo, el acto lesivo se vuelve punible desde el momento de su comisión, al manifestarse directamente en el feto, sin perjuicio de las posibles lesiones que también puedan producirse en la madre como consecuencia del acto lesivo y sin perjuicio de si estas lesiones se mantienen, en el feto, con posterioridad a su nacimiento.

Además, como ya se ha desarrollado, atribuirle este derecho a la salud e integridad al feto no supone necesariamente reconocerle un derecho a la vida. Estas son cuestiones y discusiones completamente separadas a las que debe darse respuesta de manera diferenciada.

Teniendo clara la necesidad de tipificarse el delito de lesiones al feto y el bien jurídico protegido por este, ahora vale preguntarse: **cómo, en definitiva, debiera este tipificarse en Chile**. Para ello ha de revisarse el delito de lesiones al feto en nuestra legislación: las actuales propuestas y la forma en que estas se debieran, en caso de ser necesario, mejorar.

V. Cuarto capítulo: El Caso Chileno

A. Introducción

Nuestro Código Penal fue promulgado en noviembre de 1874 y entró en vigor en marzo de 1875. En las diversas modificaciones que se le han realizado a lo largo de los años no se incluyó el delito de lesiones al feto. Las posibles razones que podemos esgrimir para justificar

lo anterior, es en primer lugar, como ya se mencionó es en parte el avance de la tecnología y el desarrollo de los tratamientos intrauterinos los que han permitido que sea una posibilidad establecer con precisión que el daño que se manifiesta muchas veces en el sujeto cuando ya es persona, se produjo cuando aún era un feto. Así, sólo en las últimas décadas ha sido plausible considerar la tipificación de este delito. En segundo lugar, en Chile no existió un caso tan polémico y mediático como en España o en Alemania que hubiese impulsado a los legisladores a darle urgencia a la inclusión del delito de lesiones al feto en nuestro actual Código Penal o que lo hubiesen tipificado en alguna ley accesorio. Lo anterior se vuelve problemático ya que esto ha generado una laguna toda vez que *“nuestra doctrina mayoritaria ha afirmado sistemáticamente la atipicidad de las lesiones al feto, en función de la exclusión de este último de la clase de las personas en el contexto de la regulación del Código Penal”*¹⁶².

Aún así, en los años 2013, 2015 y 2018, se presentaron diversos anteproyectos de ley que buscaban reformar nuestro actual Código Penal. Dentro de los nuevos delitos que se incorporaron en estos proyectos estaba el delito de lesiones al feto o embrión. En ese sentido, esto es sin duda una señal de que a lo menos de parte de cierta doctrina chilena identificó la necesidad de tipificar este delito.

El nuevo proyecto de ley que fue presentado ante el Congreso Nacional por Sebastián Piñera en enero de 2022, se basa en parte en los anteriores anteproyectos¹⁶³. Es así como se tipifica el delito de lesiones al embrión o feto en su artículo 181. No obstante, en varios aspectos la forma en la que está tipificada en el delito es insuficiente o más bien mejorable. De acuerdo a las observaciones y respuestas que se dieron en los capítulos anteriores, se procederá a analizar cómo está tipificado el delito de lesiones al feto en el Proyecto de Nuevo Código Penal, así como también realizar una propuesta de modificación en base a las críticas de su actual formulación.

¹⁶² CONTESSE SINGH, Javier. La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago. 2013. P. 381

¹⁶³ Mensaje del Proyecto de Nuevo Código Penal (2022), P.8.

B. El delito de lesiones al feto en el Proyecto de Nuevo Código Penal 2022¹⁶⁴

Como se menciona en el apartado anterior, el delito de lesiones al feto se encuentra tipificado en el artículo 181 del Proyecto de Nuevo Código Penal (de ahora en adelante “PNCP”), que se encuentra en el Libro segundo, Título I que trata acerca de los delitos contra la vida y la salud, específicamente en el párrafo 4 titulado Embarazo no consentido, aborto y lesión corporal del embrión o feto. Este se encuentra tipificado de la siguiente forma:

“Artículo 181.- Lesión corporal al embrión o feto. *El que irrogare a un embrión implantado, o a un feto, un daño en su integridad corporal o su salud física que consistiere en cualquiera de los resultados previstos en el inciso tercero del artículo Art. 167, será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años.*

El profesional de la salud que con ocasión de la atención profesional prestada a la persona embarazada lesionare imprudentemente al embrión o feto en los términos del inciso anterior, será sancionado con libertad restringida o reclusión y multa”.

En primer lugar, se puede apreciar que el hecho de que se refiera a “*embrión o feto*” soluciona una de las discusiones que se suscitaron en España a raíz del uso del término “*feto*”, ya que este correspondía técnicamente sólo a una de las etapas del desarrollo durante el embarazo. Que se incluyan ambos términos es positivo toda vez que no se tendrá que hacer una interpretación extensiva del concepto “*feto*” para que el delito sea punible en los casos en que la lesión se produce en una etapa anterior.

En segundo lugar, como ya se había señalado en secciones anteriores, ya que quienes están más expuestos a cometer el delito son los profesionales de la salud es de todo sentido que se les considere especialmente y atenuar la pena, como se hace también en España y en Colombia.

En tercer lugar, es importante recalcar que si se analiza en el título y el párrafo en el que está el delito, se puede concluir que se ajusta con el bien jurídico protegido que fue

¹⁶⁴ Se tiene que tener en cuenta que a la fecha de publicación de esta tesis, no se había discutido el artículo 181 del PNCP.

identificado en el capítulo anterior: la salud e integridad física del feto, toda vez que es un delito que afecta la salud de acuerdo al título, y particularmente al del feto según la categoría de delitos que se tipifican en el párrafo cuarto.

Sin embargo, se torna esencial a estas alturas, sincerar que a pesar de que estamos de acuerdo con que se haya reconocido la necesidad de tipificar del delito de lesiones al feto, la forma en la que se decidió realizar no está exenta de críticas. Es por esto que hemos identificado cuatro grandes críticas que serán expuestas en el siguiente apartado.

C. Críticas al artículo 181 del Proyecto de Nuevo Código Penal 2022

(i) Remisión al inciso tercero del artículo 167 del PNCP

De acuerdo a lo que se puede constatar en la sección anterior, el artículo 181 del PNCP se remite expresamente al inciso tercero del artículo 167 del PNCP que corresponde al delito de lesión corporal, como se muestra a continuación:

“Art. 167.- Lesión corporal. El que irrogare a otro daño en su integridad corporal o en su salud física, o mediante maltrato corporal le irrogare daño en su salud psíquica, será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años, según el caso.

La pena será prisión de 1 a 3 años si a consecuencia del hecho la persona afectada quedare necesitada de cuidados médicos intensivos o de tratamiento médico prolongado.

Se impondrá pena de prisión de 3 a 8 años si a consecuencia del hecho la persona afectada sufre:

1° la pérdida de la visión en uno o ambos ojos, de la audición en uno o en ambos oídos, de la capacidad reproductiva o de la facultad del habla;

2° la pérdida o incapacidad permanente de un miembro importante o un órgano del cuerpo;

3° una deformidad notable o una enfermedad o incapacidad, física o psíquica, grave y permanente”.

No es precisamente óptimo que sólo se remita al delito de lesiones corporales del artículo 167 del PNCP. Como se ha mencionado anteriormente, con el avance de la tecnología es posible detectar las lesiones producidas al feto incluso antes de su nacimiento, hay varias de las hipótesis del artículo 167 del PNCP que no podrían comprobarse antes del nacimiento, aún cuando sea seguro que se causó un daño permanente. Además, si los resultados típicos se definen igual que en el delito de lesiones al feto no tendría sentido tener un delito propio de lesiones al feto.

(ii) El delito imprudente cuando el autor es un profesional de la salud

En el inciso segundo del artículo 181 del PNCP se considera la hipótesis más común del delito de lesiones al embrión o feto: cuando se ejecuta imprudentemente por un profesional de la salud. Por lo mismo, y como se expuso anteriormente, parece importante que la pena sea menor en razón de la naturaleza de su labor. No obstante, consideramos que al igual que en otros delitos del mismo título se tiene que considerar como pena la inhabilitación del profesional por un período de tiempo en vez de una multa. Lo anterior, considerando la pena tiene que ir de acuerdo con la condición especial del autor. Adicionalmente, y para no perder la concordancia en el PNCP se debiese incluir en su artículo 184, el artículo 181.

(iii) Exclusión de la embarazada como autora del delito

Otro elemento que no fue considerado en la tipificación del delito de lesiones al feto del artículo 181 del PNCP es la exclusión de la embarazada como autora del delito de lesiones al feto o embrión. Si bien se tiene como objetivo la protección de la salud e integridad física y psíquica del feto o embrión, como ya se mencionó por razones de política criminal, pero por sobre todo porque *“supondría un excesivo paternalismo intervencionista sobre la conducta de la madre durante el embarazo, el que se intentara reprimir incluso penalmente*

actuaciones de grave riesgo para el feto como fumar, beber alcohol, ser drogodependiente o realizar prácticas de riesgo sexual”¹⁶⁵.

Adicionalmente, si consideramos que en Chile sólo se ha excluido la criminalidad del aborto en tres causales, aún hay muchas mujeres en situaciones de vulnerabilidad que se pueden ver expuestas a un aborto clandestino que podría eventualmente ser perseguido como un delito de lesiones al feto o embrión¹⁶⁶. En consecuencia, es de vital importancia excluir a la mujer embarazada toda vez que además, en muchos casos hay mujeres que no saben que están embarazadas hasta después de haber realizados acciones que podrían haber dañado al feto y por lo mismo podría afectarse su libertad.

VI. Propuestas y Conclusiones

Al comienzo de este trabajo se planteó la siguiente pregunta: ¿Cómo debería tipificarse el delito de lesiones al feto en la legislación chilena y cuál sería el bien jurídico protegido? Aún así, después del análisis planteado en los capítulos anteriores hay otras preguntas cruciales que fueron respondidas.

En un principio, se pudo establecer que en las legislaciones en las que el delito de lesiones al feto no está tipificado han habido casos problemáticos en los que para sancionar una conducta que es a todas luces antijurídica (como lo es causar lesiones en un feto), se tienen que construir argumentos artificiosos y contradictorios para sancionar dicha conducta como delito de lesiones común. Esta problemática se refleja claramente en los casos de España y Alemania que fueron expuestos. ¿Por qué sucede esto? Bueno, eso es porque aunque el daño causado por el delito de lesiones al feto muchas veces sólo se manifieste en un ser humano ya nacido, ambos delitos tienen bienes jurídicos protegidos diferentes.

No obstante, la necesidad para tipificar el delito de lesiones al feto no se puede circunscribir sólo a lo mencionado anteriormente. Adicionalmente, está el hecho de que la

¹⁶⁵ GARCÍA MIRANDA, Carmen María. Op. cit. P.116

¹⁶⁶ El argumento se usa no para ahondar en la problemática concursal entre el delito de lesiones al feto y el de aborto frustrado, sino para ilustrar la importancia de excluir a la mujer embarazada como autora de este delito. Para revisar más del tema véase: GRACIA MARTIN, Luis y ESCUCHURRI AISA, Estrella. Op, cit. P. 57

tecnología desarrollada hasta ahora y el avance de las técnicas de intervenciones intrauterinas hacen que se vuelva más real la posibilidad de detectar y de dañar al feto durante estos procedimientos.

Todo lo anterior, lleva a concluir que dado que en la legislación chilena no está tipificado este delito, existe la necesidad de tipificarlo. Pero antes de analizar cómo debía ser tipificado, se tenía que tratar de responder a la segunda pregunta planteada en esta investigación: ¿cuál es el bien jurídico protegido del delito de lesiones al feto? Para analizar seriamente la pregunta se expusieron las principales teorías presentes en la doctrina para tratar de darle una respuesta. Después del análisis acabado, hemos optado por la teoría que identifica el bien jurídico protegido del delito de lesiones al feto como la salud física y psíquica e integridad del feto.

Inevitablemente, esto nos lleva a evaluar la hipótesis que se planteó al iniciar este trabajo que consta de dos partes: primero, existe la necesidad de tipificar el delito de lesiones al feto, y segundo, el bien jurídico protegido la salud física y psíquica e integridad del ser humano ya nacido. La primera parte de la hipótesis fue verificada. Sin embargo, la segunda parte no se verificó. Revisando las críticas y posibles casos problemáticos, es evidente que aún cuando el feto no es merecedor de protección por ser equivalente a un ser humano, sino como un objeto de especial protección. Esto es porque el feto es capaz de sentir dolor desde cierta etapa de desarrollo y tiene el interés protegido de no sufrir. Adicionalmente, aún en el caso cuando el daño puede manifestarse sólo una vez que el feto es ser humano, la acción típica se realiza cuando este era un feto.

Habiendo respondido la pregunta del bien jurídico protegido se procedió a analizar el artículo 181 del Proyecto de Nuevo Código Penal presentado en enero de 2022. A partir de aquello, se levantaron las críticas a la tipificación del delito. Como consecuencia, hemos realizado las siguientes propuestas de cambios para reflejar lo evaluado en el Capítulo IV de este trabajo:

Artículo original:

“Artículo 181.- Lesión corporal al embrión o feto. *El que irrogare a un embrión implantado, o a un feto, un daño en su integridad corporal o su salud física que consistiere*

en cualquiera de los resultados previstos en el inciso tercero del artículo Art. 167, será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años.

El profesional de la salud que con ocasión de la atención profesional prestada a la persona embarazada lesionare imprudentemente al embrión o feto en los términos del inciso anterior, será sancionado con libertad restringida o reclusión y multa.”

Propuesta:

“Artículo 181.- Lesión al embrión o feto. *El que irrogare a un embrión implantado, o a un feto, un daño en su integridad corporal, psíquica o en su salud que, por cualquier medio o procedimiento será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años.*

El profesional de la salud que con ocasión de la atención profesional prestada a la persona embarazada lesionare imprudentemente al embrión o feto en los términos del inciso anterior, será sancionado con libertad restringida o reclusión y inhabilitación especial.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.”

Queremos hacer presente que aún cuando hayamos podido establecer la necesidad de tipificar el delito de lesiones al feto en nuestra legislación y habiendo propuesto cambios en el artículo 181 PNCP a partir del análisis del bien jurídico protegido de este delito, esto no quiere decir que este trabajo esté exento de posibles mejoras, que no fueron examinadas en profundidad porque escapaban el objetivo principal de la tesis.

Como se mencionó brevemente en algunas secciones de esta tesis, el delito de lesiones al feto aún propone dificultades de naturaleza probatoria sobre todo en el caso del daño psíquico. Hasta cierto punto, en muchos casos podrá no tenerse claridad de si el daño psíquico que se manifiesta en la persona ya nacida son efectivamente consecuencia de la conducta típica realizada mientras esta era aún un feto. Otro gran problema es que a veces el daño producido por el delito se manifiesta muchos años después de que se realizó la conducta. Esto nuevamente supone problemas probatorios relacionados con la causalidad sino que a partir de estos problemas pudiesen surgir preguntas acerca de cuándo debiese prescribir el

delito de lesiones al feto. Adicionalmente, otro tema que no fue examinado es el tema del posible concurso entre tentativa de aborto y delito de lesiones al feto.

VII. Bibliografía

- ALESSANDRI R., Arturo; SOLAMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio. Tratado de Derecho Civil, Parte Preliminar, Tomo I. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1998
- Auto LG Aachen de 18.2.1970, JZ 1971
- BAJO FERNANDEZ, Miguel. Manual de Derecho Penal, Parte Especial I: Delitos Contra la Persona. Madrid, España. Centro de Estudios Ramon Areces. 1990.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. El caso Contergan cuarenta años después. En: Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa, ADPE 1. Lima Perú, Editorial Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE). 2011.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos y GONAZALEZ CUSSAC José Luis. Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Tirant Lo Blanch. España. 2010
- Causa RIT N°25-2009, 2° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, sentencia fecha 07 de abril de 2009
- Causa Rol N°4210/2000 CS segunda sala, sentencia fecha 26 de junio del 2001
- Causa Rol N°77/2017 (Reforma procesal penal). Resolución N° 13022 de Corte de Apelaciones de San Miguel, de 31 de enero de 2017.
- CONTESSE SINGH, Javier. La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago. 2013.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis. Manual de Medicina Legal. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1962.
- El proceso Contergan en Alemania. Fundación Grunenthal Alemania. <https://www.talidomida.grunenthal.info/thalidomid/Home_/Wissenswertes_und_Aktuelles/Der_Contergan-Prozess/es_ES/341900203.jsp >
- FEINBERG, Joel. The Moral Limits of the Crime Law, Volume One: Harm To Others. Nueva York, Oxford University Press. 1984
- ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1999.
- FELIP I SABORIT, David. Tema III: Las Lesiones. En: Lecciones de Derecho Penal. Barcelona, España, Editorial S.A. Atelier Libros. 2015.

- Fetal Medicine Barcelona. Feto, Enciclopedia. [online]. Disponible en: <<https://inatal.org/el-embarazo/enciclopedia/65-feto.html>> [Fecha de consulta: 01/03/2022].
- Gaceta Jurídica de los tribunales, 1911 – I
- GARCÍA MIRANDA, Carmen María. Las Lesiones al Feto. Cuadernos de Bioética. España, 1999.
- GARRIDO MONTT, Mario. Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. 4º Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2010.
- GRACIA MARTIN, Luis y ESCUCHURRI AISA, Estrella. Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética. Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch. 2005.
- GONZÁLEZ MORAN, Luis. De la Bioética al Bioderecho. Libertad, vida y muerte. Capítulo VI. España, 2006.
- KAUFMANN, Armin. Tipicidad y Causación en el Procedimiento de Contergan. Consecuencias para el derecho en vigor y la legislación. En: Estudios de Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial BdF. 1973. P. 167-203.
- Kizer, Saúl, & Vanegas, Horacio. (2016). ¿Siente dolor el feto?. *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, 76(2), 126-132. Recuperado en 22 de mayo de 2022, de http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S004877322016000200008&lng=es&tlng=es.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMAN, María Cecilia. Manual de Derecho Penal – Parte Especial. 3a. ed.: Santiago, Chile, Tirant lo Blanch. 2019.
- MAÑALICH, Juan Pablo. Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal. *Revista Chilena De Derecho*, 79–100. 2021.
- MAÑALICH, Juan Pablo. La Permisibilidad del Aborto como Problema Ontológico. *Revista Derecho y Humanidades*. Nº 23, 2014.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho penal parte general. 10a ed.: Barcelona, Editorial Reppertor. 2016
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. 21ª ed.: Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch. 2017.

- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. La Protección de la Vida y la Salud Humanas entre sus Fases Prenatales y Postnatales de Desarrollo. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época. 2003. (Nº11): P. 165-247
- POLITOFF, Sergio; GRISOLIA, Francisco; BUSTOS, Juan. Derecho Penal Chileno. Parte especial: Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1971.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial. 2ª Edición, Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2005.
- RAMÓN RIVAS, Eduardo. El delito de lesiones al feto. Granada, Editorial Comares. 2002.
- REQUEJO CONDE, Raquel. Protección penal de la vida humana. Especial Consideración de la Eutanasia Neonatal. Granada, España, Editorial Comares. 2008.
- Requejo Conde, Carmen. "Contergan": La historia de un delito. Cuadernos de política criminal, ISSN 0210-4059, Nº 66 P. 687-694, 1998
- RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. Los Delitos de Lesiones, Crítica a la Regulación del Código Penal Chileno y Bases para una Reforma. Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal. (Nº23): P. 3-44, 2015
- RODRÍGUEZ MESA, María José. Algunas consideraciones acerca del bien jurídico protegido en el delito de lesiones al feto. Revista de Derecho Penal y Criminología Nº6. 1996
- ROMEO CASABONA, Carlos. Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética. Comares, España. 2004
- SERRANO GOMEZ, Alfredo. Derecho Penal, Parte Especial. 14ª ed.: Madrid. Editorial DYKINSON. 2009
- SILVA SANCHEZ, Jesús María. La dimensión temporal del delito y los cambios de «status» jurídico-penal del objeto de la acción. En: El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñoz. España, Thomson Reuters Aranzadi. 2001.

- SOUZA VEGA, Constanza. Responsabilidad Penal del Médico por imprudencia en la causación de lesiones al feto. Tesis para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad Alberto Hurtado. Mayo, 2010.
- Thalidomide: how men who blighted lives of thousands evaded justice. Harold Evans. <<https://www.theguardian.com/society/2014/nov/14/-sp-thalidomide-pill-how-evaded-justice>>
- Thalidomide Group Australia. “Looking for Justice”. <<https://thalidomidegroupaustralia.com/>>
- YAIPÉN PÉREZ, Ricardo Sebastián. La Incorporación Del Delito De Lesiones Culposas Al Feto En El Código Penal Peruano. Facultad de Derecho y Humanidades. Pimentel, Perú. Universidad Señor de Sipán. 2020.