

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES
MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PENAL
PROGRAMA I.

LA NEGLIGENCIA MÉDICA: ENTRE LA CULPA Y EL PELIGRO ABSTRACTO. UNA
PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DE LOS ARTS. 491 Y 494 N° 10 DEL CÓDIGO
PENAL CHILENO.

- LUIS JOSÉ SALAZAR TORRES
- RUT. 16.655.161-7
- PROFESOR GUÍA: JUAN PABLO MAÑALICH

Santiago, Chile
2014

RESUMEN

En el presente trabajo se analizará primordialmente la figura prevista en el artículo 494 N° 10 del Código Penal, esto es, la conducta de ciertos profesionales del área de la salud cuando esta no ocasiona un resultado de daño a la salud o integridad corporal del ofendido o paciente. Se abordarán sus requerimientos subjetivos (tipicidad dolosa o tipicidad culposa), el comportamiento prohibido, su relación con la denominada *lex artis*, sus sujetos activos y pasivos, su naturaleza en cuanto figura de peligro, y su diferenciación estructural con el simple delito previsto en el artículo 491 inciso primero del código punitivo.

Palabras Clave: DOLO - CULPA - PELIGRO –TIPO.

ÍNDICE

Resumen.....	2
Introducción.....	4
1. Comportamiento médico imprudente. Tipificación de los delitos culposos y marco legal aplicable.....	5
2. Modalidades de la conducta, tipicidad dolosa.....	6
3. Lesiones clínicamente leves.....	17
4. ¿Delito de lesión o de peligro?.....	25
5. <i>Iter criminis</i>	34
6. Sujetos Activos.....	37
7. Sujeto pasivo, caso del no nacido.....	38
CONCLUSIONES.....	51
BIBLIOGRAFÍA.....	52

INTRODUCCIÓN

En nuestra legislación, las conductas merecedoras de sanción penal en que intervienen como sujetos activos médicos u otros profesionales del área de la salud son susceptibles de encontrarse tanto en hipótesis dolosas como culposas. En el primer caso, de escasa aplicación práctica, encontramos figuras tales como las previstas en los artículos 313 b (simple delito), 494 N° 11 y N° 12 (faltas), del Código Penal, y artículo 6 (crimen), de la Ley N° 20.000 o Ley que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. En el segundo caso, de mayor aplicación, se encuentra el tipo previsto en el artículo 491 inciso 1° del Código Penal.

En la *praxis*, la regla general es que se ventilan en el proceso penal – iniciadas vía denuncia o querrela – comportamientos de profesionales relacionados con el área de la salud, sancionados a título de culpa. Estas conductas, según se desprende expresamente de lo prescrito en el artículo 491 inciso 1° en relación con el artículo 490 del Código Penal, se sancionan sólo cuando producen un resultado material consistente en lesiones menos graves, lesiones graves o la muerte, y se encuentran catalogadas desde el punto de vista de su gravedad penológica como simples delitos. Sin embargo, el código contempla una figura de peligro, sancionada como falta, referente a la conducta de ciertos profesionales del área de la medicina que incurrieren en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas.

1. COMPORTAMIENTO MÉDICO IMPRUDENTE. TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS CULPOSOS Y MARCO LEGAL APLICABLE

De los artículos 4 y 10 N° 13 del Código Penal se concluye que las conductas imprudentes se sancionan sólo en los casos expresamente señalados por el legislador. Norma, ésta última, que alude a la clausura de la punibilidad de la imprudencia. Así, nuestro Código Penal ha seguido “la técnica legal de número cerrado (o *numerus clausus*), esto es, de establecer expresamente en relación a cada tipo legal el comportamiento culposo respectivo”¹, “castigando la comisión de un delito culposo sólo en contados casos, y siempre en relación con el tipo de los correspondientes delitos dolosos”². La técnica contraria es denominada “número abierto (o *numerus apertus*), esto es, una formula amplia, conforme a la cual, en principio, respecto de todo tipo legal descrito en el Código Penal, se puede predicar un comportamiento culposo”³.

Nuestro código, por tanto, no consagra un sistema que sancione el delito de imprudencia o “*crimen culpae* (delito de culpa)”⁴ sino que ha optado por la vía de la *crimina culposa*, tipificando delitos imprudentes o delitos culposos concretos.

No obstante haber optado el legislador nacional por un sistema de *crimina culposa*, no es posible sostener que todos los casos previstos en la legislación se correspondan con la técnica de *numerus clausus* puro, ya que si bien es cierto existen numerosas figuras concordantes con ésta modalidad, como las contenidas en los artículos 224 N° 1, 225 N° 1, 228 inc. 2º, 229, 333, 495 N° 21, todos del Código Penal, en el Libro II, Título X, el legislador alude a conductas imprudentes que constituyan un crimen o simple delito contra las personas, consagrando de esta forma un sistema “mixto”⁵ de *numerus clausus* al establecer tipos culposos específicos, pero “de numero abierto

¹ BUSTOS Ramírez, Juan. *El delito culposo*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 19.

² CURY Urzúa, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 7ª edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. p. 344.

³ BUSTOS, J. op. cit., p. 18.

⁴ CURY, E. op. cit., p. 344.

⁵ BUSTOS, J. op. cit., p. 35.

respecto de los delitos contra las personas”⁶. Por tanto, nuestro legislador ha seguido la vía del *numerus clausus* puro fuera del Libro II, Título X, más en éste ha optado por un sistema mixto.

Por su parte, el cuasidelito de negligencia médica se encuentra regulado fundamentalmente en el artículo 491 inciso 1º del Código Penal. Se ha señalado principalmente, toda vez que las conductas imprudentes de otros profesionales del área de la salud no indicados en la norma aludida pueden subsumirse dentro del tipo descrito en el artículo 490 del Código Penal, de cumplirse, eso sí, los presupuestos exigidos por dicha norma.

2. MODALIDADES DE LA CONDUCTA, TIPICIDAD DOLOSA

Para la determinación de las modalidades que admite la conducta, desde la perspectiva de la teoría de las normas, se debe precisar previamente la naturaleza de las normas infringidas, toda vez que ello permitirá, en definitiva, dilucidar cual es el comportamiento prohibido.

Desde ya se hará una distinción, a modo de paralelismo, entre el simple delito previsto en el artículo 491 inciso 1º del Código Penal y la falta prevista en el artículo 494 N° 10 del mismo cuerpo legal, dado que en el primero es clara la remisión a normas de comportamiento infringidas, mas en el segundo este vínculo de remisión no se da.

Para Hruschka, el delito se construye sobre la base de una estructura lógica que resulta de la combinación del sistema de reglas de comportamiento y reglas de imputación.

⁶ BUSTOS, J. op. cit., p. 35.

Las reglas de comportamiento desempeñan una función dual. Constituyendo una unidad, tienen una función en la prospectiva, como también en la retrospectiva. En el primer caso, “son mandatos o prohibiciones que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole que debe hacer o dejar de hacer; o son reglas permisivas que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole que le está permitido hacer o dejar de hacer. Dicen acaso: ¡No debes matar!, ¡No debes robar!. O, ¡En una situación de legítima defensa, te está permitido matar al agresor, si ello es necesario para rechazar la agresión!”⁷. Para el autor, las reglas de comportamiento poseen en la prospectiva una función de configuración. “Su cometido reside, pues, en influir y conformar la vida”. En el segundo caso, las reglas de comportamiento poseen una función de baremo de medición. “En esta función ya no son mandatos, prohibiciones o reglas permisivas, sino tipos delictivos o de justificación que llevan aparejada una valoración de la que resulta la antijuridicidad o no antijuridicidad de la conducta”. “A los mandatos corresponden tipos de delitos de omisión; a las prohibiciones, tipos de los delitos de comisión; y a las reglas permisivas tipos de justificación. En vez de ¡No debes matar!, se dice entonces ¡Quién ha matado, ha actuado antijurídicamente!, y sobre la legítima defensa se desprende que no actúa antijurídicamente quien mata al agresor, en caso de que ello sea necesario para rechazar la agresión”⁸.

De las reglas de comportamiento han de distinguirse las reglas de imputación, imputación que se estructura en dos niveles o escalones. “La imputación de primer nivel es la imputación de un proceso como ejecución de una acción o de una inactividad como omisión de una acción, en la respectiva situación relevante según los tipos contenidos en la *lex*”. La imputación de segundo nivel “es la imputación al merecimiento de un hecho que ha sido juzgado en atención a la *lex*.”⁹ “Junto a los dos niveles de imputación, han de distinguirse dos tipos de imputación. Ésta puede ser, en efecto, ordinaria y extraordinaria. En los dos niveles de imputación de un hecho (antijurídico), es ésta ordinaria, si y porque el juzgador no aprecia razón alguna que la

⁷ HRUSCHKA, Joachim. *Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación*. [en línea] Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales T. XLVII, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1994, pp. 243-256. <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/hruschka%20joachim.pdf> [consulta: 21 de septiembre 2011].

⁸ Ibid, p. 345.

⁹ Ibid, p. 345.

excluya. La imputación es, por el contrario, extraordinaria, si en efecto concurre una causa de exclusión de la imputación y, sin embargo, precisamente por ello, se hace responsable al autor”¹⁰.

En el contexto de la teoría de las normas, el artículo 491 inciso 1º del Código Penal es una regla que posibilita la imputación de una conducta (acción u omisión), extraordinariamente a título de imprudencia, al quedar excluida la imputación ordinaria por desconocer el sujeto alguna circunstancia fáctica relevante del tipo, lo que cuenta como dolo. La tesis central que subyace al planteamiento de Hruschka radica en que en los casos “que la imputación ordinaria del hecho a quedado excluida a causa de la ausencia de conocimiento del hecho, sin embargo, se hace responsable al autor por haber desconocido las circunstancias fácticas”¹¹. Por lo tanto, esta es una regla que hace plausible la imprudencia en cuanto estructura de imputación, respecto de comportamientos que contravienen normas de comportamiento prospectivas que prohíben lesionar o dar muerte a otro.

En dicho sentido, Mañalich considera que “la función de las reglas expresadas en los artículos 490 y siguientes no es establecer normas de comportamiento adicionales, sino posibilitar la imputación extraordinaria (a la capacidad de acción) de comportamientos prohibidos por esas normas (así como por las normas expresadas en la tipificación del homicidio, esto es, posibilitar la imputación de comportamientos prohibidos que no resultaban intencionalmente evitables al momento de su realización (exclusión de la imputación a título de dolo)”¹². Así, ellas permiten imputar extraordinariamente el proceso o la inactividad como hecho comisivo u omisivo, en los casos en que el autor carezca de capacidad cognitiva de acción (dolo).

El artículo 491 inciso 1º del Código Penal se remite a aquellas normas prohibitivas cuyo quebrantamiento es constitutivo de algún delito contra las personas: la

¹⁰ Ibid, p. 352.

¹¹ Ibid, p. 352.

¹² MAÑALICH, Juan. *Condiciones Generales de la Punibilidad*. [en línea] Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibañez. 2005, número 2 <<http://www.legisinforma.com/lineas-de-productos/revistas-nacionales/revista-de-derecho-de-la-universidad-adolfo-ibanez-2005>> [consulta: 15 de octubre 2011].

prohibición de matar a otro, la prohibición de la causación de lesiones corporales, etc., y dada la remisión que la norma hace al artículo 490 del mismo código, debe concluirse que ese mal, en cuanto resultado lesivo, debe quedar abarcado por algún crimen o simple delito contra las personas, de manera tal que el mal se traduce en un resultado lesivo de muerte o lesiones del ofendido, por lo que se advierte, entonces, que las normas de comportamiento violentadas en este caso, son aquellas normas (prohibitivas), que prohíben causar resultados lesivos de muerte o lesiones. Por lo tanto, “la norma de comportamiento cuya contravención es imputada al sujeto en estos casos es la prohibición de causar el resultado típico en cuestión; o sea la prohibición de producir la muerte de otro o lesiones corporales a otro”¹³, norma de comportamiento que subyace a las hipótesis típicas de los artículos 391, 397 y 399 del Código Penal. En igual sentido Bustos, al aludir al comportamiento prohibido, en el delito culposo ha señalado que “el comportamiento en relación al artículo 490 del Código Penal será en general el de *matar* o bien, de *herir, golpear, o maltratar*, es decir, hay que recurrir al tipo legal de los artículos 391Nº 2, o bien 397 del Código Penal”¹⁴.

Precisado que el artículo 491 inciso 1º del Código Penal es una regla que posibilita la imputación extraordinaria, surgiendo la imprudencia en cuanto criterio de imputación, y que las normas de comportamiento (prospectivas) aplicables en este caso, son aquellas que prohíben causar resultados lesivos de muerte o lesiones, queda por determinar cuales son las modalidades que pueden revestir en esta figura los comportamientos prohibidos.

Mañalich ha sostenido: “que se trate de un delito de comisión activa o de omisión depende de que la conducta típica constituya la contravención de una prohibición de no hacer o la contravención de un mandato de hacer. En este ámbito, que se trate de un delito de comisión activa o de un delito de (comisión por) omisión depende

¹³ Ibid, p. 411.

¹⁴ BUSTOS, J. op. cit., p.35.

exclusivamente de si el resultado delictivo ha sido causalmente condicionado por un hacer o un no-hacer del sujeto”¹⁵.

En general, existe consenso doctrinario cuanto a que el resultado prohibido de matar a otro (artículo 391 del Código Penal) puede causarse por acción o por omisión. En tal sentido, Garrido sostiene que “ese comportamiento no sólo comprende la *acción* positiva dirigida a provocar la muerte, sino también la *omisión* de una acción que pudo impedir o evitar esa muerte”¹⁶; e igualmente para Politoff, “es plenamente admisible el *homicidio por omisión*, siempre que se cumplan los requisitos impuestos para esta clase de delitos”¹⁷.

En relación a la prohibición de causar un resultado de lesiones a otro, al igual que en la hipótesis de causar muerte, se ha entendido por la doctrina que puede verificarse por acción o comisión por omisión, no obstante un sector doctrinal prescinde de la posibilidad de comisión por omisión en las hipótesis agravadas de lesiones.

Para Politoff, no todas las figuras de lesiones pueden cometerse por omisión. Así, este autor sostiene que respecto de las lesiones menos graves previstas en el artículo 399 del Código Penal que “al no contemplar la ley modos de comisión de esta figura (como sí lo hace en los supuestos agravados), ha dejado abierta la posibilidad de castigar a título de lesiones menos graves la comisión por omisión de cualquier clase de lesión – con independencia de la gravedad del resultado-, siempre que se cumplan los requisitos de esta clase de delitos, básicamente: asunción efectiva de la posición de garante y equivalencia de la comisión con la omisión. En cambio, las descripciones de los arts. 395, 396 y 397, al hacer referencia a conductas positivas (mutilar; herir, golpear, maltratar de obra), parecen excluir la posibilidad de concebir su realización por la vía omisiva”¹⁸.

¹⁵ MAÑALICH, J. op. cit. p. 411.

¹⁶ GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal*. Parte Especial. Tomo III. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 33.

¹⁷ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean, y RAMIREZ, María. *Lecciones de Derecho Penal Chileno: parte especial*. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. 33 pp.

¹⁸ POLITOFF. S.op. cit., p. 117.

Esta concepción es refutada por Garrido, para quien la tesis anterior “restringe la aplicación de los tipos desconociendo la realidad de la experiencia histórica que demuestra que con la omisión es posible herir o maltratar a una persona, aun se puede provocar su muerte (no suministrar alimento a un menor o a un anciano). En el delito de homicidio no se discute la posibilidad de su comisión por omisión, no se ve diferencia entre el verbo rector *matar* y los verbos *golpear, herir o maltratar*, en las dos hipótesis debe recurrirse al sentido del tipo penal y al bien jurídico protegido, y en ambas la respuesta resulta positiva para su comisión por omisión”¹⁹.

Por su parte, y en iguales términos, el artículo 492 del Código Penal, al referirse a los cuasidelitos reconoce que los crímenes y simples delitos contra las personas pueden ejecutarse por *acción*, pero también señala que “pueden ser ejecutados por *omisión* (omisión impropia)”²⁰, de forma tal que dada la estructura de las normas de comportamiento infringidas, y al no haber limitación en sede de tipicidad objetiva (como sería el caso del artículo 490 del código punitivo que sólo permite una realización típica activa), la figura del artículo 491 inciso 1º del Código Penal, puede revestir una modalidad tanto comisiva como omisiva.

La situación es diametralmente diversa en lo concerniente a la determinación de la norma de comportamiento infringida, tratándose de la figura contemplada en el artículo 494 N° 10 del Código Penal, toda vez que la norma alude a que el agente debe incurrir en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas. Por lo que no es posible, a diferencia de la situación dispuesta en el artículo 491 inciso 1º del Código Penal, vislumbrar alguna norma de comportamiento en su dimensión prospectiva, infringida extra-artículo 494 N° 10 del Código Penal. Esto es, no existe fuera de esta figura, tipo penal que obligue al destinatario de la norma a hacer o no hacer algo, imponiéndole prescriptiva y respectivamente una prohibición o mandato. Y dado que lo que se imputa necesariamente en el sistema de reglas de imputación de primer nivel, es una conducta (proceso como ejecución de una acción o

¹⁹ GARRIDO, M.op.cit., p. 156.

²⁰ GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal*. Parte Especial. Tomo II. 4ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 235.

inactividad como omisión de una acción), contraria a una norma de comportamiento – construida bajo formulación contradictoria o invertida - subyacente a una norma de sanción penal, tal norma de comportamiento debe encontrarse, entonces, necesariamente contenida en ella misma. De forma tal que la expresión “descuido culpable”, debe necesariamente reconstruirse como una forma de injusto objetivo tipificada, y no como un criterio de imputación subjetivo que permita la imputación extraordinaria a título de imprudencia en aquellos casos en que la imputación ordinaria queda excluida porque el sujeto “no ha tenido conocimiento de la situación relevante o de la alternativa que le era dada al proceso o la inactividad de la que respectivamente se trata”²¹, desconocimiento que excluye el dolo.

La razón para entender tal expresión – descuido culpable – como una forma de injusto objetivo tipificada, radica en que en un sistema de imputación normativo, “el delito es una construcción de imputación que tiene como contenido una contradicción de la norma. Al autor se le reprocha haber declarado a través de su conducta que la norma no es para él un motivo de actuación vinculante. La realización del tipo es el valor explicativo objetivo de la contradicción de la norma; la misma constituye el injusto objetivo”²². Por eso, los tipos penales se construyen bajo la denominada fórmula contradictoria o fórmula invertida donde el comportamiento realizado representa la formulación invertida de la correspondiente norma de comportamiento. “Así por ejemplo, la descripción “el que mate a otro” constituye la formulación invertida del comportamiento exigido por la prohibición de matar a otro”²³. De manera tal, que de acuerdo a esta tesis, la figura del artículo 494 N° 10 del Código Penal requiere necesariamente a nivel de injusto subjetivo de una imputación subjetiva dolosa, toda vez que la expresión “descuido culpable”, no designaría ya un criterio que permita la imputación extraordinaria a título de imprudencia por desconocer el agente alguna

²¹ HRUSCHKA, J. OP. CIT., P. 350.

²² KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*. [en línea] Revista Penal, enero 2003, N° 11, pp. 53-70. <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/kindhauser.pdf> [consulta: 19 de diciembre 2011].

²³ MAÑALICH, Juan. *El delito como injusto culpable*. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. [en línea] Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXIV - N° 1-Julio 2011a., p. 87 115. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502011000100005>

circunstancia de hecho perteneciente al respectivo tipo penal²⁴, casos en los cuales se excluye el dolo, y en consecuencia la imputación ordinaria en el primer nivel en virtud del principio *Ignorantium nulla est imputatio* (respecto de lo que el sujeto no ha conocido no puede haber imputación alguna), sino que designaría una forma de injusto objetivo tipificado. De sostenerse lo contrario, quedaría sin respuesta la pregunta acerca de ¿cuál sería la norma de comportamiento – mandato o prohibición – susceptible de ser infringida?, ¿cuál sería entonces la regla jurídico penal que le diga al virtual agente con anterioridad, a tiempo, oportunamente, lo que debe hacer u omitir desde el punto de vista del sistema de reglas?. Matus señala que “una norma de sanción o disposición legal que apoye el cumplimiento de una norma de comportamiento inexistente, no sería objetivamente una norma jurídica”²⁵. De forma tal, que la tesis contraria nos llevaría, consecuentemente, a afirmar la plausibilidad de la tentativa en un delito imprudente dado que si se le considera una figura culposa, y al no haber remisión a norma de comportamiento alguna susceptible de ser infringida, y siendo las reglas de la tentativa reglas constitutivas de una extensión de la punibilidad que permiten sancionar “casos en que el destinatario de la norma de comportamiento no realiza completamente el supuesto de hecho de la norma punitiva”²⁶, debería necesariamente esta figura considerarse entonces como hipótesis de tentativa de un delito imprudente. Esta tesis es deficitaria desde un triple punto de vista. Por una parte, se encuentra asentada en la doctrina estándar la consideración de que “la exigencia de imputación subjetiva dolosa en el tipo de injusto de la tentativa es prácticamente indiscutida”²⁷. En tal sentido, Cury ha señalado que “la tentativa culposa (cuasidelito tentado) es inimaginable. Parece, en efecto, inconcebible que se haya intentado algo no querido sino tan sólo previsto, o menos aún, apenas

²⁴ En la legislación alemana, de acuerdo a la regla (1) del párrafo 16 del Código Penal Alemán de 1995, “Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta”.

²⁵ MATUS, Jean. *La Ley Penal y su Interpretación*. Santiago, Editorial Metropolitana, 2012. p 239.

²⁶ MAÑALICH, Juan Pablo. La Tentativa y el Desistimiento en Derecho Penal. [en línea] Revista de Estudios de la Justicia, 2004, N° 4, p 138.

<http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JP_M_corregido%20_16_.pdf> [consulta: 20 de septiembre 2011].

²⁷ MAÑALICH, J. op. cit., p. 163.

previsible²⁸. Por otra, respecto de la falta del artículo 494 N° 10 del Código Penal, por su carácter de delito falta, y por disposición expresa del artículo 9 del código en comento, institucionalmente no es punible la tentativa, de manera tal que la tesis que propugna su consideración como tipo imprudente contravendría el principio de la interpretación útil, toda vez que conduciría a una reconstrucción de la norma en un sentido en que ésta no sería operativa, justamente por no ser punible en este caso la tentativa. Y, por último, tal consideración es enteramente circular porque su consideración como tentativa de un tipo imprudente, no aclara en forma alguna la pregunta de cual es la norma de comportamiento posible de ser contravenida, y siendo el tipo de la tentativa “al menos desde una perspectiva formal, un tipo dependiente”²⁹, no existiría un tipo expresado en la Parte Especial al cual le corresponda esta supuesta regla de tentativa, lo que implicaría su necesaria consideración como un delito de tentativa, lo cual a todas luces es inadmisibles toda vez que las reglas de la tentativa constituyen causales de extensión de la punibilidad para sancionar conductas no descritas en la ley³⁰, lo cual “suele ser expresado recurriendo al siguiente juego de palabras: sería punible la tentativa de delito, no el delito de tentativa”³¹.

Estimo, en consecuencia, que el comportamiento prohibido sería una conducta médica que contravenga la *lex artis ad hoc* constituida por las reglas del arte médico “generalmente reconocidas como las apropiadas para un tratamiento médico correcto por la ciencia médica”³². Ejemplo clarificador de esta tesis, también en régimen de faltas, es la figura prevista en el artículo 495 N° 21 del Código Penal que sanciona al

²⁸ CURY Urzúa, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 7ª ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. p. 563.

²⁹ MAÑALICH, J. op. cit., p 138.

³⁰ Bajo la sola consideración de las reglas expresadas en la Parte General las reglas de la tentativa operan como hipótesis de extensión de la punibilidad respecto de comportamientos no referidos en la correspondiente descripción típica. No obstante, en ciertos casos, el legislador ha descrito, en la Parte Especial, el comportamiento constitutivo de tentativa respecto de ciertos tipos, a saber en el delito de ejercicio ilegal de la profesión y usurpación de funciones (artículo 213 Código Penal), en el delito de robo con fuerza en las cosas (artículo 444 Código Penal), en la Ley 18.314 sobre conductas terroristas (artículo 7), en la Ley 18.290 respecto de los delitos de conducción bajo la influencia del alcohol y conducción en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (artículo 182), Etc.

³¹ MAÑALICH, J. op. cit., p 138.

³² BARREIRO, Agustín. *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1990. p. 44.

que “intencionalmente y con negligencia culpable cause daño que no exceda de una unidad tributaria mensual en bienes públicos o de propiedad particular”, consagrando el denominado cuasidelito de daños. Paradigmático, porque en un plano estrictamente simétrico la norma de comportamiento infringida es aquella que prohíbe causar daños en la propiedad ajena contemplada en el artículo 484 del Código Penal, y la referencia a “negligencia culpable”, permite en definitiva imputar extraordinariamente a título de imprudencia la contravención a una norma cuya infracción sólo puede imputarse, *a priori*, ordinariamente a título de dolo, en virtud de la exigencia general de dolo que emana de la clausura de la punibilidad de la imprudencia contemplada en la regla prevista en el artículo 10 N° 13 del Código Penal.

Para Bustos, sin embargo, se trata de un delito culposo, señala que “los diferentes términos utilizados por el código de imprudencia, negligencia o descuido, en definitiva, son diferentes formas equivalentes para determinar la culpa o falta de cuidado exigido conforme a lo que expresa el artículo 2º del Código Penal... Cuando, en principio, se refiere a un ámbito específico de acción de las personas utiliza la voz negligencia para señalar que ya no sólo es un problema de prudencia, sino de la falta de un deber específico de cuidado en relación a la actividad o función propia a esa persona (juez, funcionario público, médico, chofer profesional en el caso del artículo 492). Del mismo modo, también utiliza la voz descuido cuando se trata de un ámbito de relación específico de la persona, pero que no surge en razón de su función o cargo, como en el caso de la negligencia, sino respecto de elementos (animales feroces en el artículo 491 inciso 2º) o situaciones (en el desempeño de su profesión sin causar daño a las personas en el artículo 494 N° 10) que por su características en relación a riesgos exigen un cuidado específico a las personas, implican un deber de garante respecto de los bienes jurídicos de otros”³³. Para Bustos, la expresión “culpable” empleada por la norma para referirse al descuido expresa la intensidad de éste, que dice relación con la posición de garante, con “determinado deber que surge para la persona por su función o cargo (negligencia), o bien, por una determinada situación a su cargo (descuido)”... “pues en definitiva se construye un delito culposo especial”³⁴.

³³ BUSTOS, J. op. cit., pp. 49 y ss.

³⁴ BUSTOS, J. op. cit., p. 55.

Para Politoff, se trata también de un delito culposo especial, sostiene que la expresión culpable del artículo 494 N° 10 del Código Penal es asimilable “a la culpa grave de la imprudencia temeraria”³⁵.

Si bien Bustos sostiene que la falta del artículo 494 N° 10 del Código Penal es una figura culposa, no hace referencia el autor, en dicho caso, a cuál sería la regla de comportamiento (mandato o prohibición), susceptible de ser infringida y su contravención en consecuencia imputada, como si lo hace claramente al referirse al tipo culposo del artículo 490 del Código Penal respecto del cual señala que el comportamiento será el de matar o bien de herir, golpear o maltratar, indicado expresamente que hay que recurrir entonces a los tipos respectivos. Entonces, si las normas de comportamiento que se pueden infringir en estos casos son aquellas que prohíben lesionar o matar a otro, la designación de “imprudencia temeraria”, alude necesariamente a la posibilidad de imputar extraordinariamente el hecho antijurídico a título de culpa. De forma tal que esta conceptualización de la falta en comento como un delito culposo, adolece del déficit de no hacerse cargo de aclarar la pregunta de cuál sería, en dicho evento, la regla de comportamiento que puede ser contravenida.

Con respecto a las modalidades en que puede presentarse el comportamiento, éste puede verificarse en forma activa como omisiva (comisión por omisión), toda vez que no existe limitación en este plano – objetivo - a la forma que debe revestir la conducta. Lo prohibido es la realización un comportamiento que no se ciña a la *lex artis*, y lo mandado es la realización de un comportamiento conforme a la *lex artis*. Ya en sede cuasidelictual, situación opuesta se podría sostener con el tipo del artículo 490 del Código Penal que exige explícitamente que se ejecute un hecho (acción).

Al igual que el artículo 494 N° 10 del Código Penal, el artículo 494 N° 11 del mismo cuerpo legal, sanciona también como falta, a título de dolo “ a los mismos individuos expresados en el artículo anterior, que no prestaren los servicios de su profesión

³⁵ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean, y RAMIREZ, María. *Lecciones de Derecho Penal Chileno: parte general*. 1ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 293 pp.

durante el turno que les señale la autoridad administrativa”, como se puede apreciar ambas normas comprenden iguales sujetos activos calificados, pero con la limitante de que los de ésta última deben ser además empleados públicos del orden administrativo y que la conducta debe revestir modalidad omisiva ya que la norma exige que no se presten los servicios de la profesión durante el turno señalado por la autoridad administrativa. Siendo ésta evidentemente una figura de peligro abstracto, que de mediar un resultado típico de lesiones o muerte no podrán subsumirse en ella, sino que bajo la fundamentación de un concurso aparente resuelto por especialidad, deberán preferirse las figuras respectivas de la parte especial que permiten sancionar las lesiones y la muerte a título de dolo, resultando ésta en definitiva preterida.

3. LESIONES CLÍNICAMENTE LEVES

Suele ocurrir en la *praxis* que la atención del facultativo deje al paciente con una lesión corporal diagnosticada clínicamente como de carácter leve. Ejemplo al respecto, son los hechos ventilados en causa RIT 148-2007, RUC 0710000880-1, ante el Tercer Juzgado de Garantía de Santiago.

En dicho caso los hechos materia de la formalización de la investigación efectuada el día 27 de junio del 2007, consistieron en que “El día 24 de noviembre del 2006, en el Hospital Clínico de la Universidad de Chile, el imputado, médico, y que se encontraba a cargo de intervenir quirúrgicamente a la menor XX, con el objeto de evaluar el funcionamiento de su riñón izquierdo, y eventualmente retirar un *pig tail*, que él mismo había colocado anteriormente en dicho riñón mediante intervención quirúrgica en la mencionada víctima en el mes de octubre del mismo año, para lo cual debía efectuar una incisión en el flanco izquierdo de ésta última. Sin embargo, y también a pesar de que la ecotomografía abdominal mostraba problemas de funcionamiento del riñón izquierdo, más no en el derecho, le efectuó una incisión en el lado derecho comprometiendo la piel, el celular subcutáneo y la aponeurosis,

posteriormente suturó la incisión realizada en el flanco derecho, para luego finalmente proceder a operar en definitiva el lado izquierdo. A raíz de lo anterior, la menor resultó con lesión que le comprometió la piel, el celular subcutáneo y la aponeurosis debido a lo cual quedó con una cicatriz quirúrgica región flanco derecho de 8 centímetros, lesión que le produjo incapacidad por un periodo que va entre los 13 y 14 días”, lesión que fue valorada clínicamente como de carácter leve.

Tales hechos fueron considerados provisionalmente³⁶ por el Ministerio Público como un cuasidelito de lesiones menos graves previsto en el artículo 491 inciso 1º del Código Penal, decretándose en su oportunidad respecto del médico imputado, la salida alternativa de la suspensión condicional del procedimiento constituida por la letra e) del artículo 238 del Código Procesal Penal, esto es, el pago de una determinada suma de dinero, a título de indemnización de perjuicios a favor de la víctima.

Concuerdo con el criterio propuesto por el órgano persecutor penal, desde un punto de vista estrictamente procesal, *ceteris paribus*, de considerar la lesión valorada médicamente como leve como una lesión calificada jurídicamente *a priori* como menos grave. Toda vez que si se formaliza la investigación, en tal supuesto, es bajo la hipótesis de que el ministerio público pretende en definitiva arribar a una salida alternativa (suspensión condicional del procedimiento o acuerdo reparatorio), o bien ejercer la acción penal mediante la interposición, por ejemplo, del correspondiente requerimiento en procedimiento simplificado, en cuyo caso no tendría sentido formalizar la investigación considerando el hecho como una lesión jurídicamente leve, toda vez que daría pauta a que se plantee de inmediato por la defensa una solicitud de sobreseimiento definitivo en conformidad al artículo 93 letra f) del Código Procesal Penal, sustentada en la atipicidad del cuasidelito de lesiones leves, reconducida a la causal de la letra a) del artículo 250 del código adjetivo citado.

³⁶ La calificación jurídico-penal que efectúa el Ministerio Público es *per se* provisional, lo cual queda de manifiesto en la relación entre acusación y sentencia, en los términos del art. 341 inciso 2º del Código Procesal Penal. Véase MAÑALICH. El Principio *Ne Bis In Idem* en el Derecho Penal Chileno. Revista de Estudios de la Justicia, Nº 15, Año 2011. p 157.

Sin embargo, el t3pico de mayor relevancia sobre este punto, no es de variable estrictamente procesal, sino que de constelaci3n penal sustantiva, y radica en los criterios de distinci3n entre lesi3n leve y menos grave. Al respecto es posible advertir tres posturas:

En primer lugar, en la *praxis* y de forma absolutamente mayoritaria, se ha asimilado la lesi3n cl3nicamente leve con lesi3n jur3dicamente leve. Dicho criterio ha sido impuesto fundamentalmente por uno de los grandes operadores del sistema, esto es, el Ministerio P3blico, y ha sido acogido de buena manera, obviamente, por la Defensor3a Penal P3blica, y para el cual no se ha invocado base dogm3tica alguna³⁷. Se trata de una postura absolutamente voluntarista, justificada en la simple conveniencia de una r3pida tramitaci3n de las causas. De esta forma, ante una lesi3n dolosa de car3cter cl3nicamente leve el ente persecutor opta por calificarla como lesi3n jur3dicamente leve, y suele ejercer de inmediato la acci3n penal interponiendo el correspondiente requerimiento en procedimiento monitorio el cual tiene la ventaja (desde el prisma de la rapidez en la tramitaci3n), que si el juez de garant3a estimare suficientemente fundado el requerimiento y la proposici3n relativa a la multa, deber3 acogerlos inmediatamente, dictando una resoluci3n que as3 lo declare, es decir, en esta hip3tesis sin que sea necesario que se verifique audiencia alguna. A la defensa, de todas maneras, no le conviene oponerse a tal postura, y as3 ocurre en la pr3ctica, toda vez que si el requerimiento acogido no se notifica al requerido en plazo de seis meses contados desde la ocurrencia del hecho va a alegar el sobreseimiento definitivo de la causa (art3culo 250 letra d) del C3digo Procesal Penal), sustentando en la prescripci3n de la acci3n penal (art3culo 93 N3 6 del C3digo Penal), prescripci3n que en r3gimen de faltas es de seis meses. O bien, alegar3 la prescripci3n de la pena en los t3rminos establecidos por el art3culo 98 del C3digo Penal, si impuesta 3sta no se hubiere cumplido. Por otro lado, en los casos de conductas imprudentes que ocasionen leves cl3nicamente leves la Fiscal3a suele desechar de inmediato la causa

³⁷ En efecto , sin mayo esfuerzo de fundamentaci3n, en causa RIT N3 2966-2010, mediante resoluci3n de fecha 16 de abril del 2010 del Noveno Juzgado de Garant3a de Santiago, se acogió el requerimiento en procedimiento monitorio, y la proposici3n relativa a la multa, y se conden3 al requerido como autor de la falta de lesiones leves prevista en el art3culo 494 N3 5 del C3digo Penal, quien propin3 un golpe de pu3o en la boca a la v3ctima ocasion3ndole hematomas erosionados en labio inferior, de car3cter cl3nicamente leve.

aplicando la facultad para no iniciar investigación (artículo 168 Código Procesal Penal), o bien solicitando el sobreseimiento definitivo de la misma vía artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal, en ambos casos por estimar que tales hechos no son constitutivos de delito. O bien, por especialidad, de ocasionarse tales lesiones por la colisión de vehículos en el tráfico rodado, el Ministerio Público se declarara incompetente y remitirá el caso al Juzgado de Policía Local correspondiente, por aplicación del artículo 178 de la Ley 18.290.

Una segunda corriente, ahora sí con apoyo doctrinario, sostiene que las figuras de los artículos 494 N° 5 y 399 del Código Penal se encuentran en una relación de regla general/excepción, en que la figura del artículo 399 es la regla general y la excepción es el tipo del artículo 494 N° 5. Rettig ha sostenido al respecto “que según la doctrina tradicional chilena las lesiones se estructuran sobre la base de un delito fundamental, que es el de lesiones menos graves, construyéndose una derivación calificadora constituida por las lesiones graves y otra privilegiada, constituida por las lesiones leves. Resulta claro que el tipo penal de lesiones leves se remite y se encuentra subordinado al tipo de lesiones menos graves, de modo tal que los elementos valorativos de la calidad de las personas y las circunstancias del hecho no modifican el tipo penal de las lesiones menos graves en su esencia, sino que sólo constituyen criterios que tienden a disminuir el injusto del hecho o la reprochabilidad del autor”³⁸.

A esta concepción parece adherir Garrido, quien señala que “lesión leve es, jurídicamente, una lesión menos grave que según la valoración del tribunal (no de las partes o del perito médico), corresponde ser tenida como leve. El tribunal no es libre para hacer esa valoración, debe considerar dos elementos copulativos y ajenos a la naturaleza misma de la lesión, a saber la calidad de las personas y las circunstancias del hecho”³⁹. Garrido parece sostener que, por defecto, que todo resultado de lesión corporal no consistente en los efectos indicados en los artículos 395, 397 y 397 del Código Penal, cuenta como lesión menos grave, a pesar de lo cual el tribunal puede

³⁸ RETTIG Espinoza, Mauricio. *Distinción entre lesiones menos graves y leves*. En: UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO. Delito, pena y proceso. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. pp. 321-356.

³⁹ GARRIDO, M. op. cit., p. 168.

calificar el hecho (y el resultado lesivo aisladamente), como constitutivo de lesiones leves, en atención a los criterios legalmente fijados. Esta dimensión de la valoración judicial permite refutar la postura de Rettig. No se trata de que la consideración de la lesión leve como figura no subordinada implique su concepción como un tipo autónomo con un objeto de protección diverso, sino que simplemente su comprensión como delito alternativo. Tanto en la lesión leve como en la menos grave, la norma de comportamiento prospectiva a que tales tipos se refieren es la misma, y en consecuencia el bien jurídico que con su protección indirecta o mediatizada estas pretenden evitar es conceptualmente idéntico.

Quienes sostienen la tesis de la relación regla/excepción, han invocado al respecto no sólo que la menor penalidad de la lesión leve es expresión institucional de su carácter privilegiado, sino que también un argumento exegético de carácter idiomático, consistente en que el artículo 494 N° 5 del Código Penal establece que se entiende por lesiones leves “las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el artículo 399”, que han entendido como una subordinación formal de la lesión leve a la lesión menos grave. También es partidaria de esta tesis la profesora María Cecilia Ramírez quien considera que “el artículo 399 del CP es la figura básica de lesiones” y que “el artículo 494 N° 5 del CP constituye una figura privilegiada con relación al artículo 399 del mismo Código”, agrega que “las lesiones menos graves pueden ser calificadas como faltas de conformidad a dos criterios: i) la calidad de las personas o ii) las circunstancias del hecho”⁴⁰.

Por otra parte, y en lo relativo a que los elementos de la calidad de las personas y circunstancias del hecho están dirigidos al juzgador quien valora *ex post facto* el hecho, opinión contraria ha sido sostenida al respecto por Politoff, para quien los parámetros previstos en el artículo 494 N° 5 del Código Penal, esto es, la calidad de las personas y circunstancias del hecho permiten estimar “que si el autor no ha podido tomar en cuenta en su actuar la calidad de la víctima, y lo involuntario del hecho

⁴⁰ RAMÍREZ, María. Lesiones VIF Art. 399 del CP y Art. 400 del mismo Código. [en línea] Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 45, Diciembre 2010, pp. 279-295. <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=359&pid=25&tid=1&d=1>> [consulta: 26 de junio 2012].

parecería razón suficiente para estimar la lesión producida como leve y no como menos grave⁴¹. En conformidad a este criterio, en los delitos imprudentes toda lesión que produzca incapacidad por un término igual o inferior a 30 días ha de ser considerada como leve, lo que conllevaría en la práctica a la “impunidad de toda lesión de hasta treinta días, pues no es punible entre nosotros el cuasidelito de falta”⁴².

Discrepo de la tesis de Politoff. En primer lugar, no es sostenible que la consideración de dichos criterios le corresponda al propio sujeto actuante, y que en consecuencia deban ser abarcados necesariamente por su dolo. La norma es clara, la valoración ha de efectuarla el juez (“las que, en concepto del tribunal”). Posición ésta que tiene sustento, además, en la historia del establecimiento de la norma. En efecto, “ésta opción sistemática fue adoptada conscientemente por la Comisión Redactora del Código Penal. En la Sesión 108 (de 13.VIII.1872), los comisionados decidieron apartarse del modelo español de 1850, que basaba la sistemática en la intensidad de los resultados, para dejar la calificación de ciertas lesiones como delitos o como faltas en manos de la prudencia del juez. La Comisión tuvo en cuenta el criterio de que “no siempre el impedimento de cierto número de días es un motivo bastante para calificar la gravedad de las lesiones (...) De este modo, las lesiones se clasificarán en tres especies distintas, ‘graves y menos graves’, penada como delito, y leves que solo se reputan faltas. La determinación del límite que separa a estas de aquellas corresponderá hacerlo al juez en cada caso especial” (Código Penal y Actas de la Comisión Redactora)”⁴³.

Además, sostener que “lo involuntario del hecho parecería razón suficiente para estimar la lesión producida como leve”, no es sustentable en todo ámbito de conductas imprudentes, y desconoce “la aceptación institucional de un criterio de

⁴¹ POLITOFF, S. op. cit., p. 119.

⁴² POLITOFF, S. op. cit., p. 119.

⁴³ - VAN WEEZEL, Alex. Lesiones y Violencia Intrafamiliar. [en línea] Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 35 Nº 2, 2008, p. 227. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071834372008000200002&script=sci_arttext> [consulta: 20 de agosto 2011].

imputación extraordinaria como el criterio de imputación por defecto⁴⁴. Para Politoff “tratándose de un accidente de tránsito, el autor no ha podido tomar en cuenta en su actuar la calidad de la víctima⁴⁵, sumado al carácter de involuntario del hecho, es suficiente entonces para considerar la lesión como leve. En efecto, en materia de tráfico rodado el autor no ha tenido en consideración la calidad de la víctima, pero en el ámbito del comportamiento médico descuidado el facultativo se encuentra en distinta situación, se encuentra en posición de garante de protección respecto del paciente por lo que debe evitar la concreción de riesgos respecto de sus bienes jurídicos, y siendo copulativos los requisitos exigidos por la norma, no puede en tales casos la lesión menos grave considerarse leve. Al respecto, y si bien Garrido no alude explícitamente a la posición de garante, señala que debe considerarse “la jerarquía que puede ligarlos”.⁴⁶

Por último, una tercera tesis, sostiene que el legislador penal no ha utilizado un criterio objetivo referente al tiempo de incapacidad para distinguir entre lesión leve y menos grave. De forma tal, que si la lesión produce enfermedad o incapacidad por un tiempo igual o inferior a 30 días corresponde al tribunal considerando los criterios normativos previstos en el artículo 494 N° 5 del Código Penal, determinar si esa lesión ha de ser calificada como leve o menos grave. Esta tesis ha sido expuesta por Van Weezel, quien en lo nuclear sostiene que la sistemática del Código “tiene como consecuencia que entre las lesiones menos graves del art. 399 CP y las lesiones leves del art. 494N° 5 CP no existe una relación regla/excepción. Por lo tanto, cuando un hecho no puede subsumirse en el art. 397 CP, el juez tiene simultáneamente a su disposición dos tipos alternativos, el de lesiones menos graves y el de lesiones leves. La subsunción del hecho en una u otra figura no depende de la magnitud de los resultados imputables a la conducta, sino de otros criterios de índole valorativa que se establecen en el propio art. 494 N° 5 CP y cuya ponderación en el caso concreto el juez siempre debiera fundamentar⁴⁷. Su tesis se sustenta en que “De las actas de la Comisión Redactora aparece que la ponderación judicial de la gravedad de las

⁴⁴ MAÑALICH, J. op. cit., p. 20.

⁴⁵ POLITOFF, S. op. cit., p. 119.

⁴⁶ GARRIDO, M. op. cit., p. 168.

⁴⁷ VAN WEEZEL, Alex. op. cit., p. 233.

lesiones en el caso concreto, y específicamente en lo que respecta al juego entre las lesiones menos graves y las lesiones leves, fue reconocida e introducida de propósito por los comisionados. Por el contrario, el criterio basado en la relación regla/excepción implica sustraer la decisión de la valoración judicial y reemplazarla por una valoración legal general y abstracta⁴⁸.

De *lege ferenda*, no existiendo en las normas que regulan el delito de lesiones referencia objetiva alguna a tiempo de incapacidad para distinguir entre lesiones leves y menos graves (como si ocurre entre lesiones menos graves y simplemente graves por aplicación del artículo 397 N° 2 del Código Penal), debería establecerse un criterio objetivo-clínico de diferenciación, que es en definitiva el modelo, *in crescendo*, que institucionalmente ha ido estableciendo el legislador. Ejemplificador es al respecto el baremo previsto en el artículo 196 inciso 1° de la ley 18.290 o Ley del Tránsito en relación a los delitos de conducción en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en el sentido de considerar leves todas las lesiones que produzcan al ofendido enfermedad o incapacidad por un tiempo no mayor de siete días. Esta norma fue introducida en la Ley del Tránsito por la Ley N° 19.925 o Ley sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas, publicada en el Diario Oficial el 19 de enero del 2004, y la finalidad que inspiró al legislador de la época fue establecer un criterio objetivo para distinguir entre lesiones leves y menos graves, evidentemente de carácter clínico⁴⁹.

⁴⁸ VAN WEEZEL, Alex. op. cit., p. 233.

⁴⁹ En efecto, consta en Garrido (2005 p.169) que el senador Espina señaló que “la norma transcribe exactamente el artículo 121 de la Ley de Alcoholes y la traspa como artículo 196 E a la Ley de Tránsito. Sin embargo, las comisiones omitieron la mención de que se entiende por lesiones leves. Y la Ley de Alcoholes precisa cuando existe este tipo de lesiones. Entonces, lo que corresponde es agregar eso a la Ley de Tránsito, señalando que se reputarán leves, para estos efectos, todas las lesiones que produzcan al ofendido enfermedad o incapacidad por un tiempo no mayor de siete días. De lo contrario, quedará sin determinación que se entiende por lesiones leves”. Ante la consulta del senador Ávila sobre si la lesión leve se encuentra definida en otros textos, el senador Espina responde que “el Código Penal no define las lesiones leves. En Chile, él único texto donde están definidas es la Ley de Alcoholes. Porque existen las lesiones graves (las que producen incapacidad por más de 30 días), las menos graves; pero el Código no hace referencia a cuándo se pasa de una lesión menos grave a una leve. Entonces resultaría muy injusto que a una persona que ocasionara lesiones leves (cuando la víctima queda accidentada dos o tres días, por ejemplo) el Código le aplicara la sanción correspondiente a las lesiones menos graves”. Consideramos que tal criterio objetivo –clínico resultaría de más fácil aplicación para el juzgador. En tal sentido, Garrido ha señalado que “el

Tal criterio objetivo-clínico se ha expandido en forma reciente, pero sólo en el contexto de la Ley del Tránsito, a través de las modificaciones introducidas a la Ley 18.290 por la Ley 20.580 publicada en el Diario Oficial el 15 de marzo del 2012. De esta forma se incorporó a la figura de conducción bajo la influencia del alcohol, prevista en el artículo 193 de la Ley 18.290 la indicación de que “se reputarán leves, para estos efectos, todas las lesiones que produzcan al ofendido enfermedad o incapacidad por un tiempo no mayor a 7 días”.

4. ¿DELITO DE LESIÓN O DE PELIGRO?

En lo que aquí interesa, y en términos generales, se distingue entre delitos de lesión, delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. La diferencia entre ambos radica en que los delitos de lesión requieren para su consumación la producción efectiva de un resultado de lesión.

A priori, es posible sostener que en el ámbito del acontecer fenomenológico todo hecho delictivo produce un resultado material, entendiéndose por tal bajo un prisma absolutamente naturalístico todo cambio en el mundo exterior. Piénsese nada más en la injuria, al proferir expresiones hay movimientos corporales, cambios en el ambiente exterior tales como movimientos del aire, etc. Empero, normativamente empleamos dicha terminología respecto de aquellas conductas que espacio-temporalmente, esto es, con solución de continuidad, producen un cambio en el mundo exterior diferenciable del comportamiento que lo produce. Por lo tanto, denominamos resultado material al efecto o cambio en el mundo exterior producido por la acción, distinto al cambio mismo que *per se* genera toda conducta, y que es separable espacio temporalmente de ésta (con solución de continuidad). En tal sentido Mañalich ha señalado que delitos de resultado son “aquellos delitos cuyo tipo exige, para su

sistema adoptado por la ley para distinguir una lesión de mediana gravedad de una leve ha merecido críticas, porque deja sujeta esa determinación a la valoración del tribunal de elementos ambiguos y discutibles en cuanto a su validez, en lugar de sustentarla en circunstancias objetivas”.

consumación, la producción de un estado de cosas distinto del que implica por sí misma la conducta”⁵⁰. El resultado material se analiza en sede de tipicidad objetiva, “es una cuestión perteneciente al tipo legal y no a la antijuridicidad, es allí donde se puede distinguir entre tipos legales de mera actividad o formales y de resultado”⁵¹.

Ahora bien, por peligro debemos entender “la probabilidad de lesión de un bien jurídico.”⁵² Kindhäuser ha sostenido que “el objeto del injusto de los delitos de peligro es un injusto autónomo respecto a la lesión de un bien jurídico en su sustancia”⁵³. Su tesis radica en que no hay un concepto común de peligro tratándose de un peligro concreto y un peligro abstracto: peligro concreto y abstracto son formas de menoscabos de bienes jurídicos que resultan independientes entre sí. El peligro abstracto se produce en aquellos casos en que “ejemplarmente se habrían dado todas las condiciones de una puesta en peligro si un bien se hubiera encontrado en el mismo lugar”⁵⁴. No hay alusión en sede de tipicidad objetiva a resultado alguno que podría ocurrir producto de verificación del comportamiento peligroso. En ellos, el peligro es la *ratio legis*, es decir, el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva; es el caso, por ejemplo, de los delitos de porte de armas cortantes o punzantes, o posesión o tenencia ilegal de armas de fuego, previstos respectivamente en los artículos 288 bis del Código Penal, 9 y 11 de la Ley 17.798 sobre Control de Armas, del delito de tráfico de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas contemplado en los artículos 3 y 4 de la Ley 20.000, etc.

Por otra parte, en los delitos de peligro concreto se alude en sede de tipicidad objetiva al resultado que podría sobrevenir como consecuencia de la realización de la conducta peligrosa, y como consecuencia de ello exigen normativamente la concreta puesta en peligro del bien jurídico protegido (como en los delitos de peligro concreto el

⁵⁰ MAÑALICH, J. op. cit., p.161.

⁵¹ BUSTOS, J. op. cit., p. 7.

⁵² KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. [en línea] Revista para el Análisis del Derecho *In Dret*, febrero 2009, N° 1, p 3. <<http://www.indret.com/pdf/600.pdf>> [consulta: 22 de septiembre 2011].

⁵³ Ibid, p. 10.

⁵⁴ Ibid, p. 13.

peligro forma parte del tipo objetivo, al igual que todos los elementos del tipo, éste debe acreditarse, de manera tal que si se constata que objetivamente se realizó el comportamiento prohibido, pero no se demuestra que éste haya puesto en peligro al bien jurídico, faltaría en consecuencia un elemento del tipo, y el delito no podría entonces configurarse), de esta forma se puede entonces caracterizar “como delito de peligro concreto la descripción en un tipo penal de un daño inminente cuya producción solamente depende, desde la perspectiva del bien, de la casualidad”⁵⁵. Paradigmáticos son los casos de los delitos previstos en el artículo 323 del código punitivo que sanciona al que coloque en una vía férrea obstáculos que puedan producir descarrilamiento, como así también la falta del artículo 496 N° 23 del mismo cuerpo legal que castiga al que echare en las acequias de las poblaciones objetos que, impidiendo el libre y fácil curso de las aguas, puedan ocasionar anegación.

En efecto, como se aprecia de su sola lectura, en el simple delito contemplado en el artículo 323 del Código Penal, el peligro que podría sobrevenir como consecuencia de la conducta de colocación de obstáculos es el descarrilamiento, y en el caso de la falta prevista en el artículo 496 N° 23 del Código Penal la anegación que podría originarse por echar objetos en las acequias.

Ahora bien, se ha sostenido “que la mayoría de los autores mantienen la distinción entre los delitos de peligro efectivo (o concreto) y presunto (o abstracto) en base, entre otros, al criterio de la presunción *iuris tantum* y *iuris et de iure*, respectivamente”⁵⁶, esto quiere decir, se ha caracterizado, que los tipos de peligro abstracto están sustentados en una presunción *iure et de iure*, es decir, en una presunción de derecho del peligro (peligro presuntivo), y que por lo mismo, se indica, adolecen de un defecto de constitucionalidad, toda vez que el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República prescribe que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”, lo que se ha interpretado en el sentido de que la ley no podrá presumir de derecho ninguno de los elementos constitutivos de la responsabilidad penal, en lo que

⁵⁵ Ibid, p. 10.

⁵⁶ DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El Delito de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego*. 1ª ed. Madrid. Editorial Colex, 1987. p 103.

aquí interesa, la antijuridicidad material de la conducta (su aptitud de lesionar o poner en peligro efectivo-concreto- el bien jurídico).

Ésta concepción a mi entender es problemática en un doble sentido. En primer lugar, y en lo referente a la fundamentación de los delitos de peligro, la pregunta relevante es si estos tienen un contenido autónomo de injusto frente a los delitos de lesión. Kindhäuser responde afirmativamente sobre la fundamentación de un injusto autónomo del peligro abstracto. Sostiene que "si los bienes jurídicos se entienden como características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho, el valor de los bienes jurídicos radica entonces en la función de hacer posible la libertad. En consecuencia, cuando los bienes jurídicos son menoscabados en su función de ser medio del libre desarrollo, su valor disminuye. Este menoscabo puede afectar a la sustancia, pero tampoco en tal caso la disminución del valor radica en la mera modificación de la sustancia, sino en la reducción, mediante la modificación de la sustancia, de la posibilidad de servir al libre desarrollo. Quien acepte esta premisa también admitirá que la posibilidad de una utilización de los bienes conforme al fin no solamente se puede menoscabar mediante la modificación de su sustancia"⁵⁷. A modo de ejemplo, se puede evitar que el legítimo propietario de una cosa corporal mueble la utilice, destruyéndola (daños), apropiándose (hurto, robo, etc.), amenazando su vida o integridad corporal si la utiliza (amenazas condicionales), etc. Todos estos casos tienen en común que se ha privado al propietario de la posibilidad de utilizar el objeto, de esta forma, en definitiva, se menoscaba el valor del bien en su función de medio para el libre desarrollo del individuo, y este deterioro no deviene per se, como ya se indicó, por el menoscabo total o parcial en la sustancia.

Entonces no hay razón alguna por la que el Derecho Penal deba proteger a los bienes jurídicos únicamente cuando hay un menoscabo, total o parcial, en su sustancia. De hecho basta una mirada a nuestro Código Penal para entender que el

⁵⁷ KINDHÄUSER, U. op. cit., p. 11.

legislador ha visto las cosas bajo ese prisma. El legislador penal ha sancionado diversas formas constitutivas de menoscabos en la utilización de un bien, a saber el delito de daños, la ocupación de inmuebles, etc. Y, por otra parte, también se protegen bienes jurídicos, como el honor en los delitos de injuria y calumnia, “que no consisten en características sustanciales, sino que se fundan en una atribución normativa”⁵⁸.

Por otra parte, en segundo lugar, y en lo relativo al déficit de constitucionalidad, tal tesis no tiene sustento normativo, toda vez que no existe “un concepto supralegal de responsabilidad penal en la cual estaría implicada una exigencia de lesión o de puesta en peligro (concreto) del objeto de protección”⁵⁹. Esta tesis – déficit de constitucionalidad - no se encuentra suficientemente justificada, y obedece a una concepción naturalista del mundo en que la afectación del bien jurídico sólo se concibe cuando éste ha sido modificado en su sustancia, cuando se ha alterado el objeto de la acción, de manera tal que ya no puede cumplir su función en forma total o parcial.

De esta forma, resulta sencillo concluir que como en los delitos de peligro concreto el peligro forma parte de la descripción típica objetiva, de forma tal que el resultado típico es el peligro concreto, estos se estructuran entonces como tipos de resultado. En cambio, en los delitos de peligro abstracto, al no ser el peligro elemento constitutivo del tipo, se estructuran en consecuencia como delitos de mera actividad.

En el caso del delito falta del artículo 494 N° 10 del Código Penal, la norma señala en lo pertinente que el comportamiento en que se incurre debe verificarse “sin causar daño a las personas”. De manera tal que queda plenamente descartada la exigencia de un resultado material (lesión), y a su vez no haciendo alusión el tipo a algún resultado que podría sobrevenir como consecuencia de la conducta no puede considerarse tampoco como figura de peligro concreto. La norma en comento es entonces un delito de peligro abstracto puro, y por lo tanto, su estructura se corresponde con los tipos de mera actividad.

⁵⁸ KINDHÄUSER, U. op. cit., p. 11.

⁵⁹ MAÑALICH, J. op. cit., p. 152.

Ahora bien, no todo comportamiento contrario al adecuado desempeño de la profesión configuraría el tipo, verbigracia, no serían punibles el facultativo que únicamente no llega a tiempo a la consulta o que no trata al paciente con el debido respeto. La solución a este dilema deviene por la lectura que se haga de la dimensión objetiva del tipo en su consideración como figura de peligro abstracto. Una primera y posible solución, a la que adherimos, se sustenta en la consideración del tipo como un delito de peligro abstracto puro, en cuyo caso, en esta constelación, la dimensión objetiva típica se configuraría cuando el facultativo no aplica los conocimientos, destrezas y medios adecuados a la atención del paciente (omisión), o bien cuando derechamente efectúa una atención contraria a los procedimientos estándares concebidos para el logro de la salud del enfermo (acción). En esta noción el *factum* de la dimensión objetiva del suceso dice relación sólo con comportamientos o atenciones referentes *stricto sensu* a la salud del paciente, y ello porque en definitiva el bien jurídico que la norma de comportamiento protege, en clave de peligro abstracto, y cuyo menoscabo pretende evitar, es la salud de los enfermos. Lo cual es posible de advertir en la medida de que se comprenda esta figura como la versión en clave de peligro del tipo resultativo contemplado en el artículo 491 inciso 1º del Código Penal, es decir, que su injusto solo puede ser plausiblemente identificado con la forma de menoscabos de los bienes representada por el peligro abstracto para la vida o salud de las personas, que es en definitiva a lo que alude, por referencia, la expresión “sin causar daño a las personas”.

Una segunda lectura, parcialmente diferenciada, implicaría la exigencia – verificable *ex post* - de que la conducta sea apta o idónea para producir daño o que supere niveles tolerables de riesgo. No se trata aquí de que se acredite *ex post* un peligro concreto como resultado de peligro, sino que el comportamiento tenga la potencialidad de producir daño. A la categoría de peligro referida, esto es, aquellas que no constituyen un peligro concreto por no haber mención institucional, en la dimensión objetiva del tipo, de resultado alguno específico que podría sobrevenir como consecuencia de la materialización de la conducta, pero que tampoco configuran un peligro abstracto puro porque en definitiva el juzgador deberá calificar, por referirlo explícitamente el tipo objetivo, *ex post factu* la peligrosidad de la acción, se la ha

denominado peligro abstracto-concreto, o bien delitos de aptitud o “idoneidad, delitos de peligrosidad, delitos de peligro potencial”⁶⁰, etc. “Esta clase de tipos penales tiene la característica de incorporar elementos de aptitud o de valoración sobre la potencialidad lesiva del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada ex post por el adjudicador. Mediante la introducción de dichos elementos, se tipifica un comportamiento «idóneo» para producir peligro para el bien jurídico protegido, siendo dicha «idoneidad» un elemento normativo del tipo objetivo que necesariamente deberá concurrir y ser constatado judicialmente”⁶¹. La idoneidad en este caso ha de ser determinada *ex post facto* por el juez, y no por el legislador como en los delitos de peligro abstracto puro, de manera tal que hay una diferencia en los niveles de peligro, por lo que no es posible interpretar la figura como que si no existieran dichas diferencias, en otras palabras no es lo mismo el comportamiento desplegado en uno u otro caso. Expuesto en otros términos, como en los delitos de aptitud el adjudicador para afirmar la tipicidad debe realizar un juicio ex post facto de peligrosidad de la acción, y como el juicio de peligro concierne al injusto del tipo objetivo, consecuentemente, en virtud del principio de legalidad, el tipo objetivo en los delitos de aptitud debe estar estructurado de tal forma que deje en manos del juez la estimación de la peligrosidad de la conducta.

Caso paradigmático de tipo de peligro abstracto-concreto, en sede de legislación penal especial, es la figura a que hace mención la parte final del art. 3 inciso 1º de la Ley 17.798, en relación a los delitos de posesión (art. 13) y porte (art.14) ilícito de las armas referidas en dicha norma, al aludir a “armas largas cuyos cañones han sido recortados, armas cortas de cualquier calibre que funcionen en forma totalmente automática, armas de fantasía, entendiéndose por tales aquellas que funcionen bajo una apariencia inofensiva; armas cuyos números de serie se encuentren adulterados o

⁶⁰ KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. [en línea] Revista para el Análisis del Derecho *In Dret*, febrero 2009, N° 1, p. 3. <<http://www.indret.com/pdf/600.pdf>> [consulta: 22 de septiembre 2011].

⁶¹ BOGADO, María. y FERRARI, Débora. Sociedad de Riesgo: Legitimación de los Delitos de Peligro Hipotético. [en línea] Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2009, p3. <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20091005_02.pdf> [consulta: 2 de agosto 2011].

borrados; ametralladoras, subametralladoras; *metralletas o cualquier otra arma automática y semiautomática de mayor poder destructor o efectividad, sea por su potencia, por el calibre de sus proyectiles o por sus dispositivos de puntería*". Tal regla mantiene desde el primer elemento, esto es, armas largas cuyos cañones han sido recortados y hasta la sindicación de las ametralladoras y subametralladoras, la línea estructural primigenia de los delitos de posesión, tenencia o porte ilegal de armas de fuego, previstos en los arts. 9, 11, 13 y 14 de la Ley 17.798 sobre Control de Armas, esto es, las de figura de peligro abstracto puro. Empero, posteriormente, y en hipótesis separada por un punto y coma, la regla alude a "*metralletas o cualquier otra arma automática y semiautomática de mayor poder destructor o efectividad, sea por su potencia, por el calibre de sus proyectiles o por sus dispositivos de puntería*". Desde ya, la acertada diferenciación entre ametralladoras y subametralladoras por una parte, y la *metralletas o cualquier otra arma automática y semiautomática de mayor poder destructor o efectividad* por otra, no sólo se sustenta en el signo de puntuación utilizado por el legislador para separar los elementos enumerados en el inciso 1º del art. 3 de la Ley 17.798 (punto y coma), sino que también se fundamenta en la interpretación intersistemática de la regla, toda vez que el art. 4 del Decreto Supremo Nº 83 o Reglamento de la Ley sobre Control de Armas, publicado en el Diario Oficial el 13-05-2008, al establecer que elementos "son considerados de posesión o tenencia prohibida", consigna diferenciadamente en la letra f) "las ametralladoras, subametralladoras y pistolas ametralladoras de cualquier calibre", y en su letra i) las *metralletas o cualquier otra arma automática y semiautomática de mayor poder destructor o efectividad, sea por su potencia, por el calibre de sus proyectiles o por sus dispositivos de puntería*".

En el caso de la descripción típica de "*metralletas o cualquier otra arma automática y semiautomática de mayor poder destructor o efectividad, sea por su potencia, por el calibre de sus proyectiles o por sus dispositivos de puntería*", a que alude la parte final del inciso 1º del art. 3 de la Ley 17.1798, no puede tal norma reconstruirse en clave de peligro concreto toda vez que en su dimensión objetiva no se indica resultado alguno que podría sobrevenir como consecuencia de la realización de la conducta. No obstante, esta redacción a diferencia del peligro abstracto puro, alude

inequívocamente a un componente de peligrosidad del elemento (*“mayor poder destructor o efectividad”*), que ha de ser necesariamente determinado *ex post facto* por el adjudicador. Constelación que la diferencia en su contenido estructural del peligro abstracto puro, categoría en la cual la peligrosidad de la conducta es determinada institucionalmente *ex ante* por el legislador. Sobre éste último tópico el profesor Díaz-Maroto, citando a Santiago Mir, señala que *“lo que no podría admitirse es que en los delitos de peligro abstracto falte el tipo siempre que se prueba que, a posteriori, no resultó peligro. Admitir esto borraría la diferencia que la ley impone entre los delitos de peligro concreto y abstracto... pero, sobre todo, contradiría el fundamento político-criminal de los delitos de peligro abstracto, que ha de verse en la conveniencia de no dejar a juicio de cada cual la estimación de la peligrosidad de acciones”*⁶². Paradigma también de figura de peligro abstracto-concreto es la del art. 2 N° 4 de la Ley 18.314 sobre Conductas Terroristas que prohíbe “colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar...armas o artificios de gran poder destructivo”.

La plausibilidad de la reconstrucción del tipo del art. 494 N° 10 del Código Penal como figura de peligro abstracto-concreto se descarta de entrada por referencia al principio de determinación como concretización del principio de legalidad de la conducta (artículo 19 N° 3 Constitución Política), “el cual implica que...las circunstancias del hecho...deban estar precisamente determinadas por la ley”⁶³. En tal sentido, como se indicará *supra*, no hay referencia alguna en la constelación objetiva de la regla, a un componente de peligrosidad de la acción que debe ser necesariamente constatado *ex post* por el adjudicador.

Por otra parte, Garrido sin formular el asunto como una cuestión de etiquetas relativas a la categoría de peligro, centró el análisis de acuerdo a un modelo de interpretación social de los tipos, es decir, en la relevancia social del comportamiento, con ecos en criterios de imputación objetiva. Señala que la falta del artículo 494 N° 10 “describe un comportamiento que normalmente no es punible; lo general es que los simples descuidos en que incurre un profesional sin causar daño no se sancionen

⁶² DIAZ-MAROTO, J. op. cit., p. 103.

⁶³ MATUS, J. op. cit., p. 79.

penalmente, pero al médico el legislador le exige mayor acuciosidad en el desempeño de su profesión. No obstante, e indudablemente, no podrá conformar el tipo penal en referencia cualquier descuido del facultativo; así, llegar atrasado a su consulta podría calificarse como descuido en el ejercicio de su actividad médica, pero tal atraso no ameritaría subsumirlo en el art. 494. Será cuestión del juez, por consiguiente, entrar a determinar cuando un descuido configurará el delito falta del art. 494, pues el no ser diligente – en este caso no ser puntual – no es una conducta socialmente inadecuada por regla general”⁶⁴.

5. ITER CRIMINIS

De partida, es necesario precisar que el delito en estudio, por su carácter de falta, no resulta punible más que en fase de consumación. No se trata de un impedimento atribuible a la dogmática del *iter criminis*, sino que más bien obedece a una decisión de carácter institucional. En tal sentido, el artículo 9 del Código Penal, dispone que “las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas”. Esto quiere decir, que en las faltas por expresa decisión legislativa se excluye la imputación de la responsabilidad jurídico penal por la realización de actos ejecutivos, con la excepción de la punibilidad de la frustración tratándose del hurto falta previsto en el artículo 494 bis del Código Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha sostenido que los delitos de peligro abstracto no admiten tentativa, toda vez que los delitos de peligro constituyen una forma de adelantamiento de la punibilidad a un estado previo a la lesión del bien jurídico, y la tentativa, por su parte, constituye una anticipación de la punibilidad a una etapa previa a la consumación, de forma tal que la afirmación de la tentativa en un delito de peligro configuraría un adelantamiento de la anticipación de la punibilidad. En este orden de

⁶⁴ GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo II. 4ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 114.

ideas el profesor Diaz- Maroto ha advertido que parte de la doctrina italiana considera “que ello equivaldría a incriminar el peligro del peligro, y el peligro del peligro del peligro es un no peligro que no se concilia con el principio de ofensividad, o supondría como manifiesta Petrocelli, penar la tentativa de la tentativa”⁶⁵. Esta tesis, fundamentada en razones decisorias de política criminal, no es del todo satisfactoria.

La solución pasa entonces por abordar dos problemas conceptualmente diferenciables. En primer lugar, si se justifica la prohibición de la generación de un peligro abstracto para determinados bienes jurídicos, y en segundo lugar, si se justifica una anticipación de la punibilidad en caso de que la descripción típica de un delito de peligro abstracto no llegue a realizarse íntegramente. En relación a lo primero Mañalich, citando a Kindhäuser, establece que “existen determinadas áreas donde la técnica de tipificación de delitos de peligro abstracto resulta legítima. Se trata fundamentalmente de dos clases de ámbitos. Primero, ámbitos en los cuales la seguridad no se puede conseguir con la remisión a deberes individuales de cuidado, ya sea por tratarse de actividades que per se implican grandes riesgos (por ejemplo, la conducción de automóviles) o bien por tratarse de contextos en los cuales es difícil obtener una visión más o menos adecuada acerca de la magnitud de la lesión generada por determinados comportamientos (por ejemplo, manejo de energía nuclear). Y segundo, ámbitos en los cuales no existe una relación entre seguridad y esfuerzos subjetivos orientados a la evitación de daños, ya sea porque la fluidez de la interacción exige la observancia de condiciones objetivas mínimas (por ejemplo, informaciones libres de error) o porque la garantía de disposición de los bienes exige una proyección en el tiempo (paradigmáticamente, protección ambiental)”⁶⁶.

Por otra parte, y en lo referente a la segunda problemática, el sistema del derecho vigente, tanto en sede de Código Penal como de leyes penales especiales, se ha mostrado partidario de la tentativa en figuras de peligro abstracto, de manera tal que no puede desconocerse sin mas el recurso legislativo a esta forma de anticipación de la punibilidad. En efecto, el inciso final del artículo 182 de la Ley 18.290 permite

⁶⁵ DIAZ-MAROTO, J. op. cit., p. 179.

⁶⁶ MAÑALICH, J. op. cit., p. 153.

sancionar en grado de tentativa de conducción bajo la influencia del alcohol, o en estado de ebriedad, o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas a la persona respecto de la cual se tema fundadamente que se apresta a conducir un vehículo en lugar público y que presente signos externos de no estar en plenitud de facultades para ello, figuras estas que en estado simple, esto es, de no concurrir un resultado de daños materiales, lesiones o muerte, constituyen tipos de peligro abstracto puro, y corresponderían a las únicas hipótesis con las cuales es posible establecer un vínculo de imputación de responsabilidad jurídico penal a título de tentativa, toda vez que a lo más puede estimarse que el agente va a conducir, más no que con el manejo vaya a ocasionar un resultado lesivo; el artículo 18 de la Ley 20.000 establece que los delitos de la Ley de Drogas se sancionarán como consumados desde que haya un principio de ejecución, lo que implica que el legislador penal reconoce la posibilidad estructural de tentativa en estos delitos de peligro abstracto, aún cuando hayan de merecer igual pena que la consumación; en la tipificación de la figura de peligro de ejercicio ilegal de la profesión, el artículo 213 inciso 2º del Código Penal dispone que el mero fingimiento de esos cargos o profesiones será sancionado como tentativa, etc. Más paradigmáticamente aún se muestra la opción legislativa por la punibilidad de la conspiración en el ámbito de la Ley 20.000, toda vez que tradicionalmente la conspiración ha sido entendida “como una forma de acción preparatoria excepcionalmente punible”⁶⁷. Si la representación legislativa hace plausible la punibilidad de comportamientos preparatorios constitutivos de conspiración en el contexto de los delitos de peligro adscritos a la Ley 20.000, es enteramente posible, por lo demás, afirmar la punibilidad de acciones ejecutivas en estas figuras de peligro, lo cual se encuentra explícitamente reconocido por la regla del artículo 18 de dicha normativa especial.

Dogmáticamente es posible justificar tal adelantamiento de la punición en la idea central que subyace a la fundamentación de la punibilidad de la tentativa bajo el planteamiento de la teoría de la expresión formulada por Jakobs⁶⁸, cuyo postulado central radica en la noción de la confirmación de la vigencia de la norma. Es decir, el

⁶⁷ MAÑALICH, J. op. cit., p. 292.

⁶⁸ MAÑALICH, J. op. cit., p. 145.

autor de tentativa expresa con su comportamiento que no se rige por la norma, que ésta no es una razón vinculante para la configuración de su actuar, y por lo tanto, su conducta constituye una expresión exteriorizada de que dicha norma en el caso concreto para él no vale.

6. SUJETOS ACTIVOS

Para Kindhäuser cualquier sujeto que pueda realizar el tipo a través de su conducta es destinatario de la norma. Sin embargo, “en los delitos especiales, cuya punibilidad se halla vinculada a características personales, sólo es destinatario quien presenta esos elementos”⁶⁹.

Esta figura, en consecuencia, es de sujeto activo calificado toda vez que el agente debe tener algunas de las calidades especiales allí reseñadas, esto es, médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona, mismas calidades aludidas en el artículo 491 inciso 1º del Código Penal.

De forma tal que es atípica la conducta dolosa que sin causar daño, sea cometida por profesionales del área de la salud no expresamente contemplados en la norma, y de causar ésta algún resultado lesivo deberá recurrirse a los tipos dolosos respectivos de homicidio o lesiones. Por otra parte, de ser imprudente el comportamiento de tales profesionales no incluidos en la norma, deberá reconducirse a la figura del artículo 490 del Código Penal siempre que la conducta sea comisiva (ya que la norma alude a ejecutar un hecho), que éste se haya efectuado con imprudencia temeraria⁷⁰, y que ocasione un resultado de lesiones menos graves, graves o la muerte.

⁶⁹ KINDHÄUSER, U. op. cit., p. 58..

⁷⁰ BUSTOS (2006) pp. 50 y 51: “Cuando el Código Penal se refiere a la imprudencia como *temeraria*, es evidente que está plateando un grado máximo de falta de cuidado, propio justamente de aquellas personas que aún pone su actividades en alto riesgo su propia vida o salud individual y, por tanto, con igual o mayor razón los bienes jurídicos ajenos. En ese sentido es un equivalente a lo que en materia civil se entiende por culpa grave, que justamente conforme al artículo 44 del Código Civil es aquella que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen

Referente a los sujetos activos, la única diferencia, meramente formal, entre el artículo 494 N° 10 del Código Penal y el artículo 491 inciso 1° del mismo cuerpo legal, es que éste último alude al flebotomiano, en cambio el primero se refiere al dentista. El término flebotomiano, es decir, sangrador, usado en la época del Código original, fue sustituido por la Ley N° 13.301, de 27 de septiembre de 1917, que “sustituyó la palabra *flebotomiano* por *dentista* en los N° 8 y 10 del art. 494, pero olvidó hacerlo”⁷¹ en el artículo 491 del Código Penal.

7. SUJETO PASIVO, CASO DEL NO NACIDO

Para la determinación del sujeto pasivo, debemos estar a la naturaleza de la norma infringida, ya que ella circunscribe no sólo el destinatario de la norma (sujeto activo), sino que también el objeto de protección de la misma. Recurriremos entonces al paralelismo ya empleado entre la figura cuasidelictual del artículo 491 inciso 1° del Código Penal, y el tipo doloso del artículo 494 N° 10 del mismo texto legal.

En el caso del artículo 491 inciso 1° del Código Penal, las normas de comportamiento que pueden ser violentadas son aquellas que prohíben causar un resultado de lesiones o muerte a otro, al hacer referencia el artículo citado a crímenes y simples delitos contra las personas, debemos entender, en concordancia con la doctrina estándar, que el objeto de protección de las mismas es la vida humana independiente, el sujeto pasivo es en ellas la persona ya nacida.

emplear en sus negocios propios. En el ámbito penal se trata entonces de no aplicar aquel cuidado que aún una persona poco prudente aplica en relación a sus propios bienes jurídicos importantes, como es el caso de la vida y la salud individual. Por eso es justamente un temerario, no aplicó ni siquiera aquel mínimo cuidado que se tiene con los propios bienes en su interrelación con otras personas, específicamente respecto de los bienes jurídicos vida y salud individual, conforme al artículo 490 del Código Penal. En otras palabras, la imprudencia temeraria implica la culpa más grave, pues significa la falta de aquel cuidado mínimo exigido en un ámbito de relación determinado”.

⁷¹ LABATUT Glenda, Gustavo. *Derecho Penal*. Parte Especial. Tomo II 7ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. p 248.

En efecto, refiriéndose al homicidio, Politoff sostiene que “como ya hemos señalado al referirnos al bien jurídico protegido, este otro a que se refiere la ley es un ser humano con vida independiente. Luego, ni los muertos ni los que están por nacer pueden ser sujetos pasivos de este delito”⁷². Por su parte, Etcheberry considera que “Siendo éste un delito contra las personas, y refiriéndose el texto legal a la muerte de otro, debe admitirse en principio que víctima del homicidio sólo puede ser una persona. La muerte de otros seres vivos cae bajo otros títulos delictivos en los casos en que tiene relevancia jurídico penal”⁷³.

En igual sentido, Garrido ha indicado que: “para efectos del homicidio, se es persona desde que se nace, lo que se desprende de la descripción de los tipos penales...y por el hecho de que la Constitución así lo establece. Suficiente es leer su art. 1º, que dice: los hombres *nacen* libres e iguales en dignidad y derecho, de modo que la personalidad se adquiere con el nacimiento y por esa sola circunstancia se es libre e igual a los demás seres humanos; además, el ya citado art. 19 Nº 1 en su inciso 2º declara que la ley protege la vida del que está por *nacer*, en consecuencia, al vincular este precepto con el inciso primero se colige que se es persona desde que se nace”⁷⁴. En relación al delito de lesiones Politoff indica que, “nada se debe agregar a lo dicho respecto del homicidio: ha de tratarse de una persona”⁷⁵.

Sin embargo, parte de la doctrina y la jurisprudencia considera que el sujeto pasivo en las normas de comportamiento aludidas es la criatura que aún esta en el vientre materno, a la cual atribuyen la calidad de persona, por lo tanto, de acuerdo a estas tesis es persona tanto el nacido como el que aún no lo es.

⁷² POLITOFF. S.op. cit., pp. 25 y ss.

⁷³ ETCHEBERRY Orthustegui, Alfredo. *Derecho Penal Parte Especial*. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. Tomo III. p.33.

⁷⁴ GARRIDO, M.op. cit., p. 25.

⁷⁵ POLITOFF, S.op. cit., p. 114.

Así por ejemplo, Menanteau sostiene que “es la persona, considerada desde el punto de vista natural, el sujeto pasivo del delito de aborto, pues es ella el titular del bien jurídico, vida, protegido”⁷⁶.

En igual sentido, en forma reciente y apartándose de la doctrina dominante, la Excelentísima Corte Suprema en fallo del 2009⁷⁷, conociendo vía casación, condenó a un médico tratante y su matrona particular como autores de un cuasidelito previsto en el artículo 491 inciso 1º del Código Penal, habiendo ocasionado la conducta, como resultado, la muerte del *nasciturus*. Por lo tanto, nos referiremos a la doctrina allí establecida, de la cual nos ocuparemos a continuación.

Los hechos que se dieron por acreditados en el fallo referido son los siguientes: “*En la ciudad de Coyhaique...XX, que...presentaba un embarazo de término, ingresó con contracciones al hospital..., y enterado de esta circunstancia su médico..., luego de ser informado telefónicamente del estado de la parturienta por la matrona...quien formaba parte de su equipo, que presentaba un trabajo de parto inicial, ordenó su hospitalización, instruyendo a la...matrona que le realizara un monitoreo fetal, procedimiento que debía ser repetido posteriormente, indicándole que si este último se manifestaba en iguales condiciones que el examen anterior la dejara en ayunas para operarla al día siguiente...; sin embargo y encontrándose el monitor ocupado por otra paciente, la matrona...encargó su realización a una matrona de turno..., retirándose del lugar, no obstante estar en conocimiento que los antecedentes médicos de la paciente, que se encontraba afectada de diabetes gestacional y que había sufrido tres abortos espontáneos anteriores, que ameritaban una especial atención. Una vez que el monitor pudo ser utilizado, la matrona de turno practicó el examen, cuyo resultado guardó a la espera que llegara el médico...a imponerse de su resultado, quién en ningún momento acudió a dicho nosocomio a examinar a la paciente e imponerse...de su estado general y, en particular del resultado del monitoreo...ordenado, pese a encontrarse en conocimiento de que su paciente había presentado con anterioridad*

⁷⁶ MENANTEAU Horta, Hernán. *De los Sujetos de los Delitos en Contra de la Vida*. Santiago, Sociedad Editorial Metropolitana, 2004. p 196.

⁷⁷ *Monjes Núñez contra Redondo Caro* (2008): Corte Suprema, 16 de abril 2009.

tres abortos espontáneos y padecía de diabetes gestacional diagnosticada... En la madrugada del día 1° de noviembre..., al ser examinada... por otra matrona de turno..., se percató que presentaba una bradicardia fetal de 60-70 por minuto, esto es, una frecuencia cardíaca anormalmente lenta..., y mientras localizaban al médico..., nuevamente auscultó al feto, sin lograr ahora identificar latidos. Luego de reiterados llamados al médico...después de la medianoche- de la matrona particular Barría..., respondió no me preocupan tanto los DIPS, pero ni cagando voy a operar a esta hora; a las 04.15 horas de la matrona institucional Valdebenito...; y, posteriormente otro de la matrona Barría..., que había regresado al hospital en esos momentos, éste, acudió al establecimiento..., y al examinar a la paciente le pareció percibir una que otra contracción miocárdica, practicándole a las 04:40 horas una intervención de cesárea de extrema urgencia con la finalidad de efectuar el salvataje fetal, constatando la presencia de una doble circular de cordón umbilical en el cuello del feto, causa de la muerte de la criatura, en el claustro materno”.

La Corte Suprema, en el considerando vigésimo segundo, estableció que se configuró una omisión culpable y negligente de parte de los acusados – sujetos activos – en contra de la vida de la criatura que estaba por nacer – sujeto pasivo – y que como tal queda comprendida entre las figuras protegidas por el artículo 491 del Código Penal.

En los considerandos duodécimo y décimo tercero, la Corte Suprema arribó a la conclusión de que el Código Penal otorga protección a la vida antes de la expulsión del vientre materno, por lo que la conducta de los acusados satisfacía las condiciones de punibilidad del artículo 491 inciso 1° del Código Penal, para lo cual consideró la siguiente normativa:

1. La Ley N° 20.120, publicada en el Diario Oficial el 22 de septiembre del 2006, sobre la Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma, y Prohíbe la Clonación Humana, que en su artículo 1 prescribe que esta ley tiene por objeto proteger la vida de los seres humanos desde el momento de la concepción.

2. La Constitución Política de 1980 que en su artículo 19 N° 1 asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y que la ley protege la vida del que esta por nacer.
3. El Código Civil que en su artículo 55 señala que son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, extirpe o condición.
4. La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en vigor en Chile desde el 21 de agosto de 1990, que en su artículo 4 del Derecho a la Vida dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
5. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vigente en Chile desde el 1° de mayo de 1972, que en su artículo 6° N° 1 dispone que: El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

Estimo que al señalar la Corte Suprema que los hechos acreditados configuran una omisión culpable y negligente “confunde la configuración de la falta de cuidado que constituye lo que en el artículo se denomina negligencia culpable con la afirmación de una realización típica omisiva”⁷⁸, lo cual implícitamente la lleva a considerar la figura como un tipo culposo especial, lo que consecuentemente la lleva a su vez a considerar la norma como indicativa de una regla de comportamiento adicional (en su función prospectiva), y de esta forma, erróneamente, determina el comportamiento y el resultado prohibidos.

La matriz argumentativa crucial formulada por la Excelentísima Corte Suprema, dice relación con la aplicación al caso del artículo 491 del Código Penal, en cuanto norma de sanción penal. Siendo la regla de comportamiento subyacente a ésta, aquella que prohíbe lesionar o matar a un ser humano vivo, esto es, a quien ostenta la cualidad de persona, debería necesariamente concluirse, bajo este prisma, que la

⁷⁸ MAÑALICH, J. op. cit., p. 415.

criatura que esta en el claustro materno detenta el estatus de persona. Tal tesis jurisprudencial contraviene dos postulados o tópicos de hermenéutica elemental: la máxima de la interpretación útil y el argumento *a coherentia*. Toda vez que la consecuencia de argumentar a favor de esta tesis conllevaría a afirmar que los atentados dolosos contra la vida del ser que esta en el vientre materno (como el caso del médico que realiza un aborto), deberían sancionarse por la figura de homicidio, o por la de parricidio si el sujeto activo es la madre, y no de aborto, siendo éste último en consecuencia, desde ésta óptica, un tipo innecesario, superfluo, y toda vez que el aborto es penalmente punible en la legislación vigente por el principio de la absorción en el contexto de un concurso aparente o no-autentico, debería aplicarse el tipo de homicidio o parricidio según el caso, ya que ambos conllevan una penalidad más alta que el delito de aborto. A su vez, coherentemente con lo anterior, y en el otro extremo subjetivo, serían punibles a título de imprudencia, por la vía de las figuras de lesiones, los daños corporales ocasionados al feto sin intención de producir un aborto, todo lo cual es exegéticamente deficiente, toda vez que los sistemas jurídicos actuales pretender ser coherentes, esto es, deben tender a “la inexistencia de contradicciones en el sistema”⁷⁹. De hecho, no se ha advertido jurisprudencia o doctrina nacional, ni siquiera de la Excelentísima Corte Suprema, partidaria de calificar como homicidio o parricidio la causación dolosa de la muerte de un no nacido, ni como cuasidelito de lesiones los menoscabos a la integridad corporal del *nasciturus*. Por lo demás, es evidente que semejante doctrina judicial no encuentra reconocimiento institucional, en la medida que la regulación del aborto se encuentra en un título diferenciado al de los crímenes y simples delitos contra las personas.

Que el artículo 491 inciso 1º del Código Penal aluda a sujetos activos especiales o calificados, no debe confundirse con que sea un tipo penal especial, “esto es un delito que sólo puede ser cometido por determinados sujetos, que satisfacen determinada cualificación personal. En los términos de la teoría de las normas, esto supondría que sólo son destinatarios de la norma que prohíbe el comportamiento determinados

⁷⁹ MAYER Bunster, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos. 2ª ed. Buenos Aires, Editores del Puerto S. R. L., 1996. p 217.

sujetos, a saber, los profesionales de la salud”⁸⁰. Si fuera una figura especial, sólo el agente, el destinatario de la norma, podría ser autor del comportamiento típico prohibido. “Lo distintivo de un delito especial es que la posición del autor (sea directo, mediato o coautor) es dependiente de una cualificación personal especial, que lo convierte en *intraneus* y así en destinatario de la norma de comportamiento subyacente a la norma de sanción penal”⁸¹. Que sea de sujeto activo calificado implica que sólo los agentes indicados por la norma pueden responder extraordinariamente a título de imprudencia por la realización de los comportamientos típicos prohibidos, comportamientos referidos que a título de dolo pueden ser realizados por cualquiera que pueda llegar a estar en posición de abstenerse de ejecutar la acción prohibida o bien de ejecutar la acción ordenada. Los comportamientos prohibidos son los que subyacen a los tipos que prohíben resultativamente lesionar o matar a otro, por lo tanto, es en dichos tipos penales donde se determina el bien jurídico a proteger, y en consecuencia los sujetos pasivos de los mismos. Por ende, cualquier propuesta de reconstrucción que amplíe dichos ámbitos de protección, constituirá necesariamente una aplicación analógica *in malam partem* que contravendría lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso 9° de la Constitución Política de la República. Esto desde ya, desestima la plausibilidad de tal propuesta expansiva, toda vez que como acertadamente indica el profesor Matus los principios jurídicos que se encuentran “en un nivel jerárquico superior, esto es, el constitucional, operarían como límites, ya sea para determinar o proponer la validez o invalidez general de la aplicación de una regla comprendida en una disposición legal, o para decidir o proponer la aplicabilidad o inaplicabilidad en el caso concreto de una determinada interpretación de una disposición legal”⁸². Lo anterior se ve reforzado si se tiene en cuenta la regla establecida en el artículo 19 N° 26 de la Constitución, en el sentido de que si institucionalmente el legislador soberano no está autorizado para establecer leyes que afecten las garantías constitucionales en su esencia, menos aún le está permitido al interprete formular propuestas de

⁸⁰ MAÑALICH, J. op. cit., p. 414.

⁸¹ MAÑALICH, Juan Pablo. ¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de responsabilidad penal?. [en línea] Informe en Derecho N°2, 2009, p. 10.

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502011000100005> [consulta: 19 de diciembre 2011].

⁸² MATUS, J. op. cit., p. 43.

reconstrucción, que pretendan conseguir plausibilidad, si éstas conllevan a un menoscabo esencial de tales derechos.

Además, la doctrina judicial de la Corte, no toma en cuenta el *telos* de las normas legales, constitucionales y de derecho de los tratados invocados para arribar a su conclusión.

En efecto, la Ley N° 20.120, sobre la Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma, y Prohíbe la Clonación Humana, si bien en su artículo 1 inciso 1° señala que esta ley tiene por objeto proteger la vida de los seres humanos desde el momento de la concepción, en la parte final del referido inciso determina claramente los contornos del ámbito de aplicación de dicha normativa, esto es, es restringiéndolos a la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas. Luego, la ley en comento protege la vida desde la concepción, pero sólo para los efectos en ella reseñados. Sin que, además, dicha normativa prejuzgue nada acerca del estatus de persona.

Si bien, la Constitución Política de 1980 en su artículo 19 N° 1 asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y señala que la ley protege la vida del que está por nacer, de su sola lectura se desprende que distingue entre personas y el que está por nacer, ya que en caso contrario bastaría que hubiese señalado que se asegura la vida. En igual sentido el artículo 1 de la Constitución dispone que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, de lo que se concluye que la calidad de persona se adquiere con el nacimiento. Además al prescribir que es la ley la que protege la vida del que está por nacer, debemos entender que ello ocurre en los casos y en la forma que la propia ley señaló⁸³, y que de dicha declaración no se puede determinar *per se* la ilicitud penal de una conducta, ya que en virtud del principio de tipicidad para que la vida del no nacido tenga protección penal se ha requerido de tipificación legal expresa como ocurre con el delito de aborto.

⁸³ El artículo 75 del Código Civil al establecer que la ley protege la vida del que está por nacer, en su inciso 2° dispone que: Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.

Bascuñán, refiriéndose al texto constitucional, sostiene que “en el origen del texto chileno se encuentra el reconocimiento de la necesidad de diferenciar entre las consecuencias jurídicas de la protección constitucional dispensada a la vida de los seres humanos nacidos – las personas- y las consecuencias de la protección dispensada a la vida de los seres humanos no nacidos”⁸⁴. Agrega que “[l]a discusión en torno a esta cuestión se originó con una propuesta del miembro de la Comisión, Jaime Guzmán Errázuriz, consistente en recoger en el texto constitucional dos principios básicos: (1) el reconocimiento expreso al *nasciturus* el derecho a la vida asegurado como derecho fundamental por la Constitución, y (2) como consecuencia de lo anterior, la expresa proscripción o condena del aborto en términos absolutos. Es el caso sin embargo que la propuesta de Jaime Guzmán sólo fue secundada por un miembro de la Comisión, Alejandro Silva Bascuñán, quedando en consecuencia relegada a la condición de opinión minoritaria. La mayoría de la Comisión, formada por Enrique Ortúzar Escobar (presidente), Enrique Evans de la Cuadra y Jorge Ovalle Quiroz, esgrimió diversas razones para objetar la propuesta de Jaime Guzmán. Así, Jorge Ovalle sostuvo que en ciertos supuestos el aborto podía resultar justificable, como en el caso del embarazo que es producto de un abuso sexual, y que en todo caso resultaba inconveniente establecer en la Constitución una regulación de esta materia, que debía quedar entregada al Código Penal. Por su parte, Enrique Evans hizo ver que la propuesta se basaba en consideraciones religiosas o de moral individual, como la creencia en el alma del *nasciturus*, y que era dudosa la legitimidad de imponer esas convicciones en una sociedad pluralista. Finalmente, Enrique Ortúzar sostuvo que un deber tan riguroso como sacrificar la vida de la mujer embarazada era jurídicamente inexigible, y que tampoco había certeza en la determinación de la existencia del *nasciturus*, lo cual hacía difícil reconocerlo sin más como titular de derechos”⁸⁵.

⁸⁴ BASCUÑÁN, Antonio. Después de la Píldora.[en línea] Anuario de Derechos Humanos, 2006, N° 2, pp. 240. <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewArticle/19421/20560>> [consulta: 21 de septiembre 2011].

⁸⁵ BASCUÑÁN, Antonio. La píldora del día después ante la jurisprudencia.[en línea] Estudios Públicos, 2004, p 54.

Por su parte, el artículo 55 del Código Civil al señalar que son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, extirpe o condición, no consagra un criterio para determinar desde cuando se es persona, baremo contemplado en el artículo 74 del Código Civil al prescribir que la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. De esta forma, la tesis de la Corte conllevaría incluso a que la definición de persona del Código Civil, incluya o abarque a los embriones implantados, no haciendo eco del estatus diferenciado que el propio Código Civil y el texto constitucional establecen para los seres humanos nacidos y los no nacidos.

En relación al artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, que este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción, y que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, debemos entender, como ya se ha esbozado, que la protección que se pretende de la vida a partir de la concepción debe hacerse en los términos previstos por la ley. En tal sentido, el artículo 9 de la Convención consagra el principio de legalidad, en cuya virtud nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Por lo que para que los atentados contra la vida humana antes del nacimiento merezcan sanción penal, se requiere que sean expresamente tipificados como delitos. Igual criterio rige respecto del artículo 6 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En relación a la frase del artículo 4 N° 1 de la Convención, “y en general, a partir del momento de la concepción”, Bascuñan sostiene que “a la luz de sus antecedentes históricos, es claro que la disposición de la Convención Interamericana, lejos de ser una regla que consolide el estatus del nasciturus como titular del derecho a la vida, tiene el carácter de un deber de protección menos categórico que el derivado del derecho a la vida. En el caso *Baby Boy*, promovido por una persona jurídica

<http://www.cepchile.cl/1_3389/doc/la_pildora_del_dia_despues_ante_la_jurisprudencia.htm>
[consulta: 08 de mayo 2014].

norteamericana bajo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), el peticionario sostuvo que el Art. I de la Declaración, que establece “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona”, debía ser entendido en el sentido del Art. 4.1 de la Convención, por lo que la autorización del aborto por el derecho interno de un Estado sería contraria al derecho interamericano de los derechos humanos. La Comisión Interamericana examinó la historia fidedigna del establecimiento del Art. I de la Declaración, constatando que en su génesis se había propuesto y desechado una mención al *nasciturus*, precisamente para no prejuzgar el estatus de las normas de derecho interno que autorizaban el aborto. Asimismo, la Comisión negó que el Art. 4.1 tuviera el alcance atribuido por el peticionario, sosteniendo, por el contrario, que la expresión “en general” producía el efecto de hacer compatible con la Convención las normas de derecho interno que autoricen el aborto”⁸⁶

En reciente data, en noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en esta materia. En el caso *Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica* -también denominado "*Fecundación in vitro*"- la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el sentido y alcance de la protección del derecho a la vida “en general, a partir del momento de la concepción” (CADH, Art. 4.1). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado clara y categóricamente que a las criaturas no nacidas no corresponde atribuir la calidad de titulares de los derechos humanos que a las personas se reconoce⁸⁷. La Corte “confirma (...) que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”⁸⁸ y que “el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana”⁸⁹.

Semejante diferenciación entre el feto (no nacido), y la persona humana cuyo estatus se origina con el nacimiento recibió nueva consagración institucional en la Ley

⁸⁶ Ibid, p. 75.

⁸⁷ *Caso Artavia Murillo y otros (2012)*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2012 (“Fecundación *in vitro*” Vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)). Párrafo 222.

⁸⁸ Ibid, p. 223.

⁸⁹ Ibid, p. 264.

20.699, publicada en el Diario Oficial el 02 de noviembre del 2013 que establece “El Día de la Adopción y del que Esta por Nacer”. El título en sí mismo es ilustrativo, empero en el resumen de los fundamentos del proyecto plasmado en la historia legislativa se indicó explícitamente que “La moción señala que el Capítulo III de la Constitución Política del Estado relativo a “Los Derechos y Deberes Constitucionales”, en su artículo 19, numeral 1°, garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, estableciéndose en su inciso segundo que la ley protegerá la vida del que está por nacer. Por lo anterior, indica – nuestra Carta Fundamental -que en nuestra legislación se protege la vida desde sus inicios, esto es, desde la concepción, lo que se refleja en la prohibición de todo tipo de abortos”. Es claro entonces, que en la consideración legislativa la prohibición del aborto sólo dice relación con el que esta por nacer, que por lo mismo aún no es persona.

En suma, el artículo 491 inciso 1° del Código Penal es una regla que permite sancionar extraordinariamente a título de imprudencia hipótesis en que la imputación ordinaria (dolo) queda excluida por desconocer el sujeto activo alguna circunstancia fáctica relevante del tipo. Los comportamientos prohibidos aludidos son los que subyacen a los tipos que prohíben causar resultados lesivos de lesiones o muerte. Tales reglas de comportamiento protegen la vida de la persona humana, del nacido. El bien jurídico protegido es la vida humana independiente. La norma de comportamiento prospectiva que prohíbe atentar contra la vida del no nacido (aborto), es una regla distinta a la que prohíbe la muerte o lesiones del ya nacido (homicidio, lesiones), y concretización institucional de ello en nuestro código es el tipo de aborto. De esta forma, el principio de tipicidad exige de norma expresa para proteger la vida del *nasciturus* frente a comportamientos imprudentes que pudieren afectarla. Cualquier exégesis que conlleve a una extensión del contenido de las normas de comportamiento orientadas a la protección de los bienes jurídicos vida e integridad corporal o salud de las personas, constituirá aplicación analógica *in malam partem* proscrita en sede constitucional, en conformidad a lo dispuesto en el inciso 9° del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política.

En el caso de la figura del artículo 494 N° 10 del Código Penal, son plenamente aplicables los argumentos referidos en el sentido de que se requiere de norma de comportamiento específica que contemple al *nasciturus* como objeto de protección. En consecuencia, la finalidad en este caso de la norma de comportamiento prospectiva es evitar un menoscabo en forma de peligro abstracto para el bien jurídico vida o integridad corporal de quien detente para el ordenamiento jurídico la cualidad de persona, bienes jurídicos que se constituyen, de esta manera, en objeto de protección de la norma.

No obstante lo anterior, existen hipótesis en que la conducta del facultativo puede provocar la muerte del *nasciturus*, y también un daño corporal constatable en la integridad física de la madre, o bien su muerte, como sería el caso del gineco-obstetra que sin cerciorarse del estado de embarazo de la paciente le coloca un dispositivo intrauterino (T de cobre), provocando la muerte del feto y ocasionándole a la madre hemorragias o infecciones uterinas. Si el comportamiento es culposo, no es posible, por las razones ya dadas, sancionar la muerte del feto a título de imprudencia, y de haber la conducta que causa tal resultado ocasionado lesiones o la muerte de la madre, quedarían satisfechas íntegramente las exigencias típicas del artículo 491 inciso 1° del mismo cuerpo legal, pudiendo la muerte del feto ser considerada en relación a la extensión del mal producido por el delito⁹⁰ en conformidad a lo prevenido en el artículo 69 del Código Penal, es decir, en cuanto criterio de aplicación de una regla de determinación judicial de la pena en sentido estricto, esto es, de individualización judicial de la pena.

⁹⁰ CURY, E. op. cit., p. 770: “tienen que tomarse en cuenta las otras consecuencias dañosas causadas directamente por la conducta sancionada, aunque no formen parte del tipo respectivo”.

CONCLUSIONES

- La norma en estudio es un delito de peligro abstracto puro. Su plausibilidad como figura de aptitud o peligrosidad decae por no haber referencia en la dimensión objetiva del tipo a un dato o componente de peligrosidad de la conducta que deba ser constatado *ex post*.
- Su estructura se corresponde con las figuras de mera actividad, no siendo posible en ella la punibilidad de la tentativa por expresa disposición institucional.
- Los causantes, sujetos activos, son ciertos profesionales del área de la salud. El ofendido es la persona humana.
- La expresión “descuido culpable” alude no ya a un criterio de imputación subjetiva que posibilite sancionar el comportamiento a título de imprudencia, sino que más bien a una forma de injusto objetivo tipificado, siendo el comportamiento prohibido aquel contrario a la *lex artis*. Opinión contraria dejaría sin respuesta la pregunta por la norma de comportamiento infringida (mandato o prohibición), toda vez que estructuralmente en todo delito ha de infringirse un mandato (delito omisivo) o prohibición (delito comisivo), reglas de comportamiento que le indican al destinatario de la norma que debe hacer o dejar de hacer. Siendo en consecuencia éste un tipo cuya dimensión subjetiva requiere de dolo.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- BARREIRO, Agustín. La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica. Madrid, EDITORIAL TECNOS S.A., 1990. 175pp.

- BUSTOS, Juan. El delito Culposo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. 116pp.

- CURY, Enrique. Derecho Penal Parte General. 7ª ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 812pp.

- DIAZ-MAROTO, Julio. El Delito de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego. 1ª ed. Madrid. Editorial Colex, 1987. 271 pp.

- ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte Especial. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. Tomo III.

- GARRIDO, Mario. Derecho Penal. Parte General. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007. Tomo I.

- GARRIDO, Mario. Derecho Penal. Parte Especial. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007a. Tomo III.

- GARRIDO, Mario. Derecho Penal. Parte General. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005b. Tomo II.

- LABATUT, Gustavo. Derecho Penal. Parte Especial. 7ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. Tomo II.

- MATURANA, Cristian. y MONTERO, Raúl. Derecho Procesal Penal. Santiago, Editorial Legal Publishing, Tomo I.

- MATUS, Jean Pierre. La Ley Penal y su Interpretación. Santiago, Editorial Metropolitana, 2012. 257pp.

- MAYER, Julio. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. 2ª ed. Buenos Aires, Editores del Puerto S. R. L., 1996. Tomo I.

- MENANTEAU, Horta. De los Sujetos de los Delitos en Contra de la Vida. Santiago, Sociedad Editora Metropolitana, 2004. 196pp.

- POLITOFF, Sergio., MATUS, Jean P., RAMÍREZ M. Derecho Penal. Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. 609pp.

- POLITOFF, Sergio., MATUS, Jean P., RAMÍREZ M. Derecho Penal. Parte Especial. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. 630pp.

- RETTIG, Mauricio. Distinción entre lesiones menos graves y leves. En: UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO. Delito, pena y proceso. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. pp. 321-356.

Recursos Electrónicos

- BASCUÑÁN, Antonio. Después de la Píldora.[en línea] Anuario de Derechos Humanos, 2006, N° 2, pp. 243-256.
<<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewArticle/19421/20560>>
[consulta: 21 de septiembre 2011].

- BOGADO, María. y FERRARI, Débora. Sociedad de Riesgo: Legitimación de los Delitos de Peligro Hipotético. [en línea] Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2009, pp. 16.
<http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20091005_02.pdf>
[consulta: 2 de agosto 2011].

- HRUSCHKA, J. Reglas de Comportamiento y Reglas de Imputación. [en línea] Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales T. XLVII, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1994, pp. 243-256.
<http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/hruschka%20joachim.pdf>
[consulta: 21 de septiembre 2011].

- KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. [en línea] Revista para el Análisis del Derecho *In Dret*, febrero 2009, N° 1, pp. 2-19. <<http://www.indret.com/pdf/600.pdf>> [consulta: 22 de septiembre 2011].
- KINDHÄUSER, Urs. Cuestiones fundamentales de la coautoría. [en línea] Revista Penal, enero 2003, N° 11, pp. 53-70. <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/kindhäuser.pdf> [consulta: 19 de diciembre 2011].

- MAÑALICH, Juan Pablo. El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. [en línea] Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXIV - N° 1 - Julio 2011a., pp. 87-115. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502011000100005>

- MAÑALICH, Juan Pablo. Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho Penal chileno. [en línea] Revista Chilena de Derecho (Santiago), Vol. 38 -N° 2- Agosto 2011b., pp. 279 – 310. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372011000200005&script=sci_arttext> [consulta: 19 de diciembre 2011].

- MAÑALICH, Juan Pablo. ¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de responsabilidad penal?. [en línea] Informe en Derecho N°2, 2009, pp. 45. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502011000100005> [consulta: 19 de diciembre 2011].

- MAÑALICH, Juan Pablo. Condiciones Generales de la Punibilidad. [en línea] Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibañez. 2005, número 2 <<http://www.legisinforma.com/lineas-de-productos/revistas-nacionales/revista-de-derecho-de-la-universidad-adolfo-ibanez-2005>> [consulta: 15 de octubre 2011].

- MAÑALICH, Juan Pablo. La Tentativa y el Desistimiento en Derecho Penal. [en línea] Revista de Estudios de la Justicia, 2004, N° 4, pp. 137-175. <http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20JPM_corregido%2016.pdf> [consulta: 20 de septiembre 2011].

- RAMÍREZ, María. Lesiones VIF Art. 399 del CP y Art. 400 del mismo Código. [en línea] Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 45, Diciembre 2010, pp. 279-295. <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=359&pid=25&tid=1&d=1>> [consulta: 26 de junio 2012].

- VAN WEEZEL, Alex. Lesiones y Violencia Intrafamiliar. [en línea] Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 35 N° 2, 2008, pp. 223-259. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071834372008000200002&script=sci_arttext> [consulta: 20 de agosto 2011].

Jurisprudencia

- *Monjes Núñez con Redondo Caro* (2008): Corte Suprema, 16 de abril 2009 (recurso de casación en la forma).
- Causa RIT 1571-2006 (2006): Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago 04 de diciembre 2009.
- *Caso Artavia Murillo y otros*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2012 (“Fecundación *in vitro*” Vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)).

Normas

Legislación Nacional

- Código Civil
- Código Orgánico de Tribunales
- Código Penal
- Constitución Política de la República
- Código Procesal Penal
- Ley N° 20.120. CHILE. Sobre la Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma, y Prohíbe la Clonación Humana. Ministerio de Salud, Santiago, Chile, septiembre de 2006.
- Ley N° 18.290. CHILE. Ley del Tránsito. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Santiago, Chile, 29 de octubre de 2009. 78p.

Legislación Extranjera

- Código Penal Alemán de 1995.

Tratados Internacionales

- Convención Americana de Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos