



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

Interrupción voluntaria del embarazo y objeción de conciencia: la responsabilidad penal del médico en el contexto de la aplicación de la ley 21.030

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

Fernanda Arias Barrera

19.244.873-5

Clara Donoso Campaña

19.077.076-1

Profesor Guía: Javier Contesse Singh

Santiago, Chile

2021

Índice

| | |
|--|------------|
| ÍNDICE | 1 |
| ABSTRACT | 3 |
| INTRODUCCIÓN | 4 |
| 1. CONDUCTAS TÍPICAS EN EL CONTEXTO DE LA NO REALIZACIÓN DEL ABORTO: DELITOS Y CUASIDELITOS DE LESIONES Y HOMICIDIO | 6 |
| 1.1. DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA | 9 |
| 1.1.1. <i>Concepto jurídico-penalmente relevante de omisión</i> | 9 |
| 1.1.2. <i>Estructura normológica de la omisión</i> | 14 |
| 1.2. LESIONES Y HOMICIDIO: LA IDENTIFICACIÓN DE LA NORMA DE COMPORTAMIENTO | 28 |
| 1.2.1. <i>Homicidio</i> | 35 |
| 1.2.2. <i>Mutilaciones</i> | 42 |
| 1.2.3. <i>Castración</i> | 44 |
| 1.2.4. <i>Mutilación de miembro importante</i> | 46 |
| 1.2.5. <i>Mutilación de miembro menos importante</i> | 46 |
| 1.2.6. <i>Lesiones</i> | 47 |
| 1.2.7. <i>Lesiones gravísimas</i> | 49 |
| 1.2.8. <i>Lesiones simplemente graves</i> | 54 |
| 1.2.9. <i>Lesiones simplemente graves cometidas mediante sustancias nocivas o abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima</i> | 55 |
| 1.2.10. <i>Lesiones menos graves</i> | 56 |
| 1.2.11. <i>Lesiones leves</i> | 57 |
| 1.3. POSICIÓN DE GARANTE DEL MÉDICO | 57 |
| 2. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA..... | 70 |
| 2.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA | 71 |
| 2.2. FUNDAMENTO DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA | 79 |
| 2.3. FUENTES NORMATIVAS DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA | 82 |
| 2.4. ALCANCES Y LÍMITES DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA PRÁCTICA MÉDICA | 85 |
| 2.5. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA LEY 21.030 | 89 |
| 2.5.1. <i>Historia de la ley 21.030</i> | 90 |
| 2.5.2. <i>Causales de justificación del aborto introducidas por la ley 21.030</i> | 95 |
| 2.5.3. <i>Objeción de conciencia definida en la ley 21.030</i> | 105 |
| 2.6. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y DERECHO PENAL | 121 |
| 2.6.1. <i>Como causal de atipicidad</i> | 122 |
| 2.6.2. <i>Como causal de justificación</i> | 124 |
| 2.6.3. <i>Como causal de exculpación</i> | 128 |
| 3. RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO OBJETOR EN EL CONTEXTO DE LA NO REALIZACIÓN DEL ABORTO..... | 130 |

| | | |
|----------------------------|--|------------|
| 3.1 | ¿PODRÍA ATRIBUIRSE RESPONSABILIDAD PENAL? | 131 |
| 3.2 | OTROS CASOS INTERESANTES A LA LUZ DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA LEY 21.030 | 136 |
| CONCLUSIONES | | 138 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | | 141 |
| JURISPRUDENCIA..... | | 144 |

Abstract

Durante el proceso de implementación de la ley 21.030 en Chile, la objeción de conciencia (tanto institucional como individual) ha adquirido relevancia en la discusión, especialmente como elemento obstaculizador del acceso a los servicios garantizados por la ley, dadas las altas tasas de médicos que objetan una, o más, de las causales contempladas. Lo anterior se vuelve particularmente problemático en regiones donde casi la totalidad de los profesionales de salud encargados de proveer esta prestación se declaran objetores de conciencia, y las condiciones materiales restringen las posibilidades de acceso al servicio en instituciones alternativas.

Por otro lado, los mecanismos contemplados para asegurar que la prestación de salud se provea a pesar de la negación de médicos objetores (como lo es la obligación de derivar la paciente a otro profesional no objetor, o incluso el traslado de la paciente a otro centro médico donde sí existan profesionales disponibles para realizar el procedimiento), no resultan efectivos, generando que el procedimiento no se realice a tiempo, en los términos legalmente establecidos o que no sea posible realizarlo por haber excedido los plazos contemplados por la ley.

A la luz de las circunstancias previamente mencionadas se han generado situaciones tremendamente perjudiciales para las personas gestantes que se ven impedidas de acceder al aborto en las hipótesis contempladas en la ley, generando muchas veces daños irreparables, que van desde las lesiones, físicas y psicológicas, hasta la pérdida de la propia vida.

Debido a lo anterior, se vuelve necesario explorar la posibilidad de que estemos ante casos que originen responsabilidad penal para el médico que, en situaciones de imposibilidad de derivación como los previamente expuestos, se rehúse de todas maneras a prestar el servicio solicitado, resultando en perjuicios directos para la persona usuaria.

Introducción

Según cifras emitidas por el Ministerio de Salud al 6 de junio de 2019, la red pública de salud cuenta con 1148 médicos obstetras a lo largo de Chile, de los cuales el 50,5% es objetor en la causal de violación, 28,5% en casos de inviabilidad fetal, y un 20,7% en casos de riesgo de vida de la madre. Lo anterior se vuelve particularmente problemático en regiones donde casi la totalidad de los profesionales de salud encargados de proveer esta prestación se declaran objetores de conciencia, situación que se ve agravada por problemas de conectividad y disponibilidad de centros médicos tratantes.

De acuerdo con esto, la objeción de conciencia se ha transformado en una vía mediante la cual se ha obstaculizado el acceso de las personas a una prestación de salud legalmente garantizada, lo que se ha traducido en un proceso de implementación altamente deficitario, generando un contexto aún más problemático de acceso al servicio, poniendo a las personas usuarias en una posición de vulnerabilidad grave.

Por otro lado, respecto a los mecanismos contemplados para asegurar que la prestación de salud se provea a pesar de la presencia de médicos objetores, como es la obligación de derivar la paciente a otro profesional no objetor, o incluso el traslado de la paciente a otro centro médico donde sí existan profesionales disponibles para realizar el procedimiento, estos no resultan del todo efectivos, particularmente por la falta de médicos disponibles en regiones, y los problemas de conectividad que caracterizan a provincias más alejadas, generando que el procedimiento no se realice a tiempo, en los términos legalmente establecidos o que no sea posible realizarlo por haber excedido los plazos contemplados por la ley, resultando en un perjuicio directo para la persona usuaria (ya sea en forma de lesiones, o resultados más graves, como la alteración del plan de vida de la persona gestante, o, incluso, la muerte de la o el paciente).

Las situaciones previamente descritas son especialmente relevantes a la luz del derecho penal, pues cada una de las hipótesis mencionadas son contextos fértiles para que se

produzcan quebrantamientos de las normas jurídico-penalmente relevantes, en el contexto de la defraudación de la necesidad de un aborto al que las personas usuarias se ven impedidas de acceder, generando una afectación grave a su salud individual, ya sea en forma de lesiones físicas y/o psicológicas, o incluso a través la pérdida de la propia vida.

Debido a lo anterior, se vuelve necesario explorar la posibilidad de que estemos ante casos que originen responsabilidad penal para el médico que, en situaciones de imposibilidad de derivación (ya sea porque no hay profesionales no objetores disponibles, no hay otra institución médica cercana, o la urgencia de la situación demanda intervención inmediata), se rehúse de todas maneras a prestar el servicio solicitado, resultando en la afectación de bienes esenciales para la persona usuaria, y el quebrantamiento de normas de comportamiento penal.

1. Conductas típicas en el contexto de la no realización del aborto: Delitos y cuasidelitos de lesiones y homicidio

Lay ley 21.030, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, consagra tres situaciones en las cuales, de así quererlo la persona gestante, se autoriza al médico cirujano a llevar a cabo un aborto. De esta manera se le reconoce a la persona embarazada el derecho a acceder a la interrupción del embarazo como prestación de salud, por serle inexigible llevarlo adelante. En este contexto se vuelve relevante analizar la potencial responsabilidad penal de los médicos objetores de conciencia que no realizan la prestación requerida, en circunstancias en que no existen medios alternativos para acceder a dicha prestación de salud, dejando a la persona usuaria 1) en una situación de riesgo vital grave, 2) con un embarazo inviable, o 3) con un embarazo fruto de una violación, entendiéndose que si bien estas dos últimas situaciones pueden no traducirse en una afectación directa a la integridad física (bien jurídico típicamente protegido por el ordenamiento penal), ciertamente si lo son a la salud y la integridad psíquica, ambas situaciones extremas que, en su momento, se argumentará pueden configurar algunas de las hipótesis propias de las lesiones. Así, nos referiremos a delitos y cuasidelitos de lesiones y homicidio por omisión impropia, que son aquellos en los cuales podría incurrir un facultativo en el ejercicio (o más bien por la falta de ejercicio) de sus funciones ordinarias, al ser las concreciones más plausibles de los escenarios previamente mencionados.

La cuestión respecto a la responsabilidad penal del médico objetor nos sitúa en una omisión en el contexto de una prestación médica a realizarse sobre el cuerpo de la persona usuaria, por lo que aparecen, casi automáticamente, las lesiones y el homicidio como

figuras paradigmáticas del daño que se puede materializar en la corporalidad de otro (contenidos en los arts. 395 y ss. y en el art. 391 del Código Penal, respectivamente).

Respecto a la cualidad de la conducta que da a lugar al delito, dado que el sujeto de análisis es el facultativo que, excusándose en la objeción de conciencia, no realiza la intervención a la que la persona que se encuentra en alguna de las hipótesis de las tres causales tiene derecho, en circunstancias de que el acceso alternativo a la prestación no es posible (ya sea por falta de profesionales que puedan realizar la intervención, ya sea porque la urgencia de la circunstancia no soporta la dilación temporal que implica, por ejemplo, el traslado de la persona usuaria a otro recinto hospitalario), y es precisamente esa inacción la que genera el daño, habiendo estado el médico obligado a intervenir, estamos ante delitos cometidos mediante omisión (pues de hecho es la abstención de actuar del facultativo, en condiciones que se encontraba obligado a y posibilitado de intervenir, la que genera el daño).

De modo introductorio, entenderemos como omisión la no ejecución de un obrar exigido por el ordenamiento jurídico-penal¹. La definición de omisión no es pacífica, y así como aquella que se elige aquí tiene una base normativa clara, hay otras que se centran en el cariz naturalístico del análisis². Sin embargo, como quedará claro más adelante, las omisiones penalmente relevantes, sobre todo aquellas que no se encuentran explícitamente tipificadas como tales, deben encontrar su límite en aquellas conductas que el sistema jurídico espera de los sujetos que se encuentran en posiciones específicas, delimitando claramente cuáles son aquellas abstenciones que tendrán efecto jurídico.

¹ Juan. Bustos Ramírez, “La Teoría del delito”, en *El Delito Culposo* (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010), 70, <https://2019.vlex.com/#WW/vid/327134647>.

² Para mayor profundización en la problemática, véase: Enrique Cury Urzúa, *Derecho Penal Parte General*, 7ª ed. (Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica, 2005), 673 y ss.

Dado que detrás de cada acción hay un sinnúmero de omisiones, resulta absurdo pensar que seríamos penalmente responsables por los resultados de cada uno de los cursos causales que no se vieron intervenidos por cada una de nuestras inacciones. Así, estaremos ante un delito de omisión cuando la norma que prescribe la acción no realizada o mandata la evitación del mal (en los hechos) concretado, sea una con relevancia penal³.

Ahora, hay que hacer énfasis en que será necesario, para que la omisión tenga relevancia, que, por un lado, la obligación de actuar haya sido preexistente a la omisión de la conducta, y, por otro, que el sujeto haya tenido la oportunidad de realizar la acción, y aún teniendo esa opción, haya decidido abstenerse (esto en miras a poder justificar que los resultados le sean imputables al sujeto).

Por otro lado, dentro de los delitos omisivos, podemos distinguir, desde el punto de vista de la doctrina tradicional, entre aquellos denominados propios y aquellos denominados impropios, siendo estos últimos los relevantes para el tema que nos convoca, los cuales serán desarrollados con mayor profundidad en el acápite siguiente.

Lo anterior presenta sus propias complejidades, pues la naturaleza de la omisión implica la necesidad de referirse a la obligación de actuar que asistía a la persona que mediante su omisión incurre en una conducta delictiva, y, a su vez, la de la omisión impropia demanda la construcción de la norma de comportamiento quebrantada a partir de un precepto en cuya tipificación no se encuentra descrita la conducta sancionada en sus propios términos. A la luz de esto se hará referencia a los elementos que caracterizan la relación médico-usuario, particularmente a los deberes especiales de la profesión médica que dan forma a la obligación de intervención que les afecta, y especialmente a cómo eso

³ Mario Garrido Montt, “El delito de omisión”, en Derecho Penal, Parte General. Tomo II, 1ª ed. (Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2005), 235-51, <https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#sources/5491>.

se traduce en una posición de garante respecto de la persona usuaria que requiere de la interrupción de su embarazo.

Finalmente, en cuanto a la dimensión subjetiva, serán abordadas tanto las hipótesis dolosas como culposas, resultando especialmente importantes las figuras relacionadas con el dolo eventual, puesto que pareciera, por lo menos de buenas a primeras, que si de alguien se puede esperar que se represente los potenciales resultados de la falta de intervención, en lo que prestaciones médicas se refiere, es precisamente el facultativo tratante.

1.1. Delitos de omisión impropia

La dogmática de los delitos de omisión es extensa y variada, y a pesar de sus años de desarrollo difícilmente se podría decir que la doctrina se encuentra conteste respecto a su naturaleza y justificación. Así, un análisis comprensivo de toda la discusión al respecto excede con creces la finalidad de ese trabajo.

Teniendo presente lo anterior, en primer lugar, se especificará de qué hablamos cuando hablamos de delitos de omisión, para luego realizar un somero análisis de la estructura de los delitos de omisión impropia.

1.1.1. Concepto jurídico-penalmente relevante de omisión

Si hay un punto respecto del cual la doctrina se encuentra relativamente conteste es que no cualquier omisión puede ser constitutiva de un comportamiento con relevancia

penal⁴. Así, la mera abstención de actuar difícilmente constituye justificación suficiente para imputar una pena a quien, de hecho, no impidió que se concretara un determinado resultado o no realizó una determinada acción, por muy típico que el resultado en cuestión sea.

Sin embargo, pareciera que los puntos comunes se agotan en esa afirmación. La dogmática de los delitos de omisión es variada y no hay escuela que haya podido proveer una conceptualización de los mismos que se encuentre libre de críticas.

El punto de partida básico respecto del análisis de este concepto tiene que ver con la distinción entre la naturaleza de actos que se caracterizan por ser manifestaciones positivas de volición, es decir, que se traducen en realizar una cierta acción, y aquellas que, siendo una expresión de voluntad, se presentan como una abstención de llevar a cabo un determinado acto. Así, si bien el problema respecto a la punibilidad de las omisiones ha preocupado a la dogmática desde la antigüedad, la tematización del concepto de omisión ha sido objeto de polémica de forma bastante más reciente⁵.

1.1.1.1. Concepción Causalista

Durante el siglo XIX, cuando el causalismo naturalista se encontraba en la cúspide de su ola, se volvió necesario redefinir los fundamentos de la punibilidad de las omisiones, pues dado que su teoría se estructuraba sobre la base del concepto de acción, entendida esta como una manifestación exterior de voluntad a través de un acto positivo que altera el mundo, como elemento esencial de la cadena causal que justifica la imposición de una

⁴ Jesús María Silva Sánchez, *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*, 2nd ed. (Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F, 2003).

⁵ Jesús María Silva Sánchez, *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*, 2da. ed. (Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F, 2003), p. 3.

pena a quien ha realizado un acto típico, antijurídico y culpable, la omisión se presenta esencialmente problemática al no poder ser encajada en esa estructura, pues si el concepto de acción es el antes descrito, por oposición la omisión no puede ser otra cosa que la nada, y la nada no puede tener repercusiones, por lo menos no de buenas a primeras⁶. Como señala Silva Sánchez, “la imposibilidad de afirmar una causalidad eficiente de la *omisión en sí* y la necesidad, por otro lado, de fundamentar dogmáticamente el castigo de ciertas omisiones como causaciones del resultado, lleva a la doctrina a pretender encontrar esa causalidad en el entorno de la omisión”⁷.

Los intentos de encontrar una causalidad natural para los supuestos de omisión fracasaron, lo que tuvo una doble repercusión para la dogmática: 1) generó el “problema de equiparación” en sentido estricto, que dice relación con la imposibilidad de equiparar cierto tipo de omisiones a comisiones activas, lo que las deja fuera del análisis causal tal como se venía realizando, volviendo necesario buscar otros criterios para decidir qué omisiones ameritan ser la base de una imputación penal; y 2) fue el catalizador del surgimiento del debate respecto al concepto teórico de omisión⁸.

Ahora, en tanto el concepto de acción ha sido considerado esencial dentro de la teoría del delito, los autores han intentado encontrar elementos en la omisión que puedan ser homologados a aquellos que en la acción justifican la imposición de una pena en el contexto de la comisión de un delito. Esto ha generado una serie de problemas, y gran parte de las discusiones relevantes a este respecto⁹.

⁶ Ibidem. p.4.

⁷ Ibidem. p. 8.

⁸ Op. Cit. p.10

⁹ Ibidem. p.11

1.1.1.2. *Concepciones Ontológicas vs. Normativas*

El debate que surge en el contexto del causalismo naturalista, respecto del concepto de omisión, entrega el marco dentro del cual se dio gran parte de la discusión durante todo el siglo XX, siendo estos los orígenes de las corrientes más significativas¹⁰:

- a) La definición negativa de omisión, postura que encontramos en autores como Beling o Radbruch, quienes definen la omisión como un “no hacer algo”, idea que modificada por el finalismo sobrevive en la discusión actual.
- b) La definición normativa de omisión, desarrollada por Von Liszt, quien, para poder equipararla a una acción, la concibe como un “no realizar una acción esperada”.

En la actualidad esto ha provocado que el debate sobre el concepto de omisión gire en torno a dos concepciones metodológicas distintas, por un lado el finalismo, con un concepto ontológico de omisión, y, por otro, una aproximación de raíz normativa¹¹.

En términos someros, el finalismo ha defendido un concepto de omisión que descansa en la convicción de que el mundo tiene en sí mismo los contenidos del sentido, proveyendo las categorías lógicas necesarias para comprender los fenómenos que en él se producen, lo que, en el orden de cosas que a nosotros nos interesa, se traduce en la idea de que habría una contraposición entre las estructuras ontológicas de la acción y de la omisión, haciendo invertible el sistema propio de la acción¹², para poder así hacer un

¹⁰ Ibidem, p.12. Si bien en este punto del debate se abren una cantidad de aristas importantes, no resultan relevantes para la finalidad de este trabajo. Bastará decir que no son corrientes omnímodas, sino más bien posturas con una tendencia marcada sobre ciertos elementos, en desmedro de otros. Así, el concepto de omisión, fruto de una metodología finalista, ha sido relativizado por algunos autores, mientras que el concepto normativo de omisión tiene múltiples facetas, dependiendo de los elementos que se enfatizan dentro del análisis. Para mayor profundidad, véase la obra citada.

¹¹ Ibidem, p. 17

¹² Armin Kaufmann, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2da Edición (Madrid, España: Marcial Pons, 2006), 103.

análisis que sea representativo de las estructuras de la omisión (si para la acción se identifica una cierta repercusión “y”, la de la omisión será “no-y”).

Por otro lado, el concepto normativo de omisión se basa en un análisis de valor que no admite ser explicado conforme a un estándar ontológico, lo que decanta en una idea de omisión que no se agota en el mero no hacer algo, sino que requiere, además, la expectativa de una conducta diversa por parte del sujeto, que no se encontraba necesariamente explicitada en esos términos en la disposición normativa, definiéndose así la omisión en relación a la falta respecto de un estándar¹³.

En este sentido en el contexto de nuestra discusión nacional, el profesor Mañalich ha sostenido que “si por la omisión de una acción se entiende, por de pronto, nada más que la no ejecución de una acción de cierto tipo [...], es claro que no hay evento alguno que se corresponda con la omisión de una acción. [...] La cuestión varía si se adopta, en cambio, una noción de «causalidad explicativa». [...] No hay contradicción alguna en admitir que, ontológicamente, la omisión de una acción no se corresponde con evento alguno, y al mismo tiempo defender la tesis de que el hecho (negativo) de que una acción de cierto tipo no haya sido ejecutada perfectamente puede fungir como un componente del *explans* de un argumento causalmente explicativo”¹⁴.

¹³ Enrique Cury Urzúa, *Derecho Penal Parte General*, 7ma ed. (Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica, 2005). P.409.

¹⁴ Juan Pablo Mañalich, “Omisión Del Garante e Intervención Delictiva. Una Reconstrucción Desde La Teoría de Las Normas.,” *Revista de Derecho Universidad Católica Del Norte* 21, no. 2 (2014): 235, <https://doi.org/10.4067/s0718-97532014000200007>.

1.1.2. Estructura normológica de la omisión

Otra cuestión relevante dentro de la discusión sobre el concepto de omisión tiene que ver con la posición sistemática que este ocupa y la función que desempeña en razón de esa posición. En este sentido la discusión se ha centrado en determinar si la omisión debe enmarcarse en la teoría de la acción, antes del análisis del tipo, o solo en la teoría del tipo. Vale la pena mencionar que este ámbito de discusión no está determinado por las posturas previamente mencionadas, en el sentido de que existen todo tipo de combinaciones entre las visiones relativas al concepto de omisión y aquellas que se refieren a la función del mismo¹⁵, así como combinaciones de elementos propios del concepto mismo de omisión, que dan lugar a las distintas corrientes que conocemos hoy.

Como se podrá ver la definición de estas cuestiones resulta central en la teoría del delito, siendo múltiples y variadas las repercusiones materiales que la toma de postura respecto a estos temas puede producir. Por ende, en conjunto con lo anterior, un concepto de omisión jurídico-penalmente relevante deberá poder cumplir con una serie de funciones dentro del sistema, siendo la inicial la de expresar los elementos básicos que se encuentran en todas las omisiones, más allá de las distinciones posteriores que se identifiquen¹⁶.

En este sentido, carece de toda lógica suponer que, sin hacer mayores consideraciones, se me podría imputar, en todo caso, el delito de homicidio por omisión de una persona que se encuentra a cien metros de mí y a la que veo ahogarse por tener un objeto atrapado en sus vías respiratorias, pues el nivel de restricción de nuestra libertad y de incerteza que esto implicaría en nuestras relaciones diarias sería insostenible, obligándonos a estar permanentemente alertas a cualquier circunstancia que pudiere

¹⁵ Op. Cit. p. 22.

¹⁶ Ibidem. p.24.

culminar en un hecho que importase alguna lesión de un bien, para así poder intervenir a tiempo y evitar se nos impute por omisión el delito en cuestión. Es precisamente esto lo que una dogmática consistente de los delitos omisivos debe poder evitar.

En atención a lo previamente expuesto, es necesario delimitar el concepto de omisión de manera de hacerlo operativo en el contexto de nuestro sistema jurídico, particularmente del sistema penal.

Para sistematizar lo anterior, podemos decir que dentro de las concepciones de la omisión encontramos aquellas que son “negativas” y aquellas que son “positivas”. Dentro de las concepciones negativas, que serían aquellas que conciben la omisión como un mero “no hacer algo” (sin manifestar rasgos positivos actuales), encontramos al naturalismo¹⁷, el finalismo¹⁸ y quienes se decantan por un concepto negativo de acción¹⁹. Por otro lado, dentro de las positivas, que entienden que el contenido de la omisión trasciende el mero no hacer algo, encontramos una “positividad ontológica”²⁰, y, por otro, la teoría de la expectativa²¹.

1.1.2.1. Estructura normativo-institucional de la omisión impropia

La doctrina nacional ha discutido lo propio, y en este punto hay un relativo consenso en que el concepto de omisión no es natural, como el descrito en párrafos previos (en el cual se hace énfasis en el estatus ontológico de la acción), sino que sería normativo, y por lo tanto la omisión relevante sería aquella que pasa por alto un deber determinado

¹⁷ Para mayor profundización, Silva Sánchez, El Delito de Omisión: concepto y sistema, p.25.

¹⁸ Ibidem. p.42

¹⁹ Ibidem. p.70

²⁰ Ibidem. p.103

²¹ Ibidem. p.114

de hacer algo²², lo que para nuestro campo de estudio se traduce en el deber jurídicamente determinado de hacer algo²³. Es decir, la omisión que nos interesa es aquella en que incurren sujetos cuya intervención era legítimamente esperada debido a una expectativa jurídicamente determinada. Dicho de otra manera, “el concepto es [...] valorativo y su significado depende de las normas jurídicas vigentes”²⁴.

Sin embargo, lo anterior tampoco es suficiente, pues se agrega como requerimiento que el sujeto haya podido efectivamente realizar la acción que se esperaba, es decir, debe tratarse de circunstancias en las que “el sujeto no impidió la lesión de un bien jurídico que *pudo* ser evitada por él”²⁵ (énfasis agregado). En el fondo, “que no se realice la actuación correspondiente es algo diferente a omitir, por cuanto para que exista omisión deben concurrir las circunstancias fácticas que coloquen al sujeto ante el imperativo del cumplimiento de ese deber”²⁶.

Hasta aquí los elementos coinciden con la definición general de los delitos de omisión, puesto que la abstención de realizar una conducta cuya ejecución era jurídicamente exigida, y por lo tanto legítimamente esperable, en aquellas circunstancias en que el sujeto efectivamente tenía la oportunidad para la acción que le permitía optar

²² Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, ed. Julio César Faira, 10ma ed. (Buenos Aires, Argentina: B de F, 1984), p. 318.

²³ Juan Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3ra ed. (Barcelona, España.: Ariel Derecho, 1989), p. 243.

²⁴ Enrique Cury Urzúa, *Derecho Penal Parte General*, 7ma ed. (Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica, 2005), p. 674.; Este no es un enunciado carente de discusión, pues hay quienes estiman que es necesario contar con una idea pre-normativa de omisión, como, por ejemplo, quienes adoptan el concepto de “poder final”, como E. Cury (el sujeto tiene que haber tenido en último término la capacidad de transformar el estado de cosas, determinando así el curso causal de los eventos). Para mayor profundización, del mismo, *Derecho Penal Parte General*, p. 676.

²⁵ Eduardo Novoa Monreal, *Fundamentos de Los Delitos de Omisión* (Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 1984), p. 120.

²⁶ Garrido Montt, “El Delito de Omisión,” p. 238.

por la abstención, es una imagen que así descrita calza tanto con los delitos de omisión propia como con los de omisión impropia.

Como establece Mañalich, se entiende por delito “el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento, en tanto norma reforzada por una o más normas de sanción. Que una norma de comportamiento se encuentre reforzada por una norma de sanción penal significa, más precisamente, que el quebrantamiento imputable de la primera norma (en tal medida, “primaria”) cuenta como presupuesto institucional de imposición de la consecuencia establecida por la segunda norma (en tal medida “secundaria”)”²⁷. Esto es relevante ya que lo que caracteriza a los delitos de omisión impropia es precisamente la necesidad de realizar un esfuerzo extra al identificar la norma cuyo quebrantamiento justifica la imposición de la sanción (es decir, la pena), puesto que ella no se encuentra explícitamente contemplada en la disposición normativa en sus propios términos, sino que será necesaria construirla a partir de la descripción típica de una conducta comisiva²⁸.

Dentro de los delitos omisivos, la doctrina ha distinguido dos grandes categorías: los delitos de omisión propia, y los delitos de omisión impropia (o de comisión por omisión). La caracterización de esta distinción más aceptada, propia de la dogmática alemana, es aquella que define los delitos de omisión propia como aquellos que se encuentran regulados en la ley como delitos omisivos, mientras que los de omisión impropia serían aquellos que requieren ser contruidos a partir de una norma que tipifica delitos comisivos²⁹. Sin embargo hay autores que sostienen otras categorizaciones, como

²⁷ Juan Pablo Mañalich, “Omisión Del Garante e Intervención Delictiva. Una Reconstrucción Desde La Teoría de Las Normas”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 21, no. 2 (2014), p. 227, <https://doi.org/10.4067/s0718-97532014000200007>.

²⁸ Ídem.

²⁹ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, 1ra ed. (Pamplona, España: Thompson Reuters, 2003); en el mismo sentido, Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal, Parte General*.

Mir Puig, quien distingue entre aquellos que son simplemente un mero no hacer algo (omisión pura), y aquellos que se configuran en torno a la no evitación de un resultado (comisión por omisión)³⁰.

Ahora, podríamos formular la definición de los delitos de omisión impropia, sin comprometernos mayormente con una postura al respecto, como el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento que requiere el impedimento de un determinado resultado, cuya producción se encuentra tipificada en la respectiva norma de sanción. Es decir, son conductas cuya descripción típica no se encuentra legalmente formulada de manera explícita en la norma de sanción, siendo necesario poder identificar una equivalencia entre la conducta comisiva explícitamente formulada y la conducta omisiva extraída, perpetrados por personas que han defraudado una legítima expectativa legal de impedir un determinado resultado (a diferencia de la regla general relativa a las abstenciones de actuar).

Parte importante de la discusión dogmática radica en la necesidad (aún más imperiosa en estos casos, como se podrá suponer a raíz de la definición previamente propuesta) de fundamentar la punibilidad de este tipo de delitos, pues si ya el derecho penal se encuentra bajo la carga de justificar la irrogación de un mal como pena, los delitos de omisión impropios en particular requieren un esfuerzo aún más extenuante, puesto que no cuentan con un requerimiento básico: esto es, la tipificación en sus propios términos

³⁰ Mir Puig, Derecho Penal Parte General, p. 321.; Para este autor las categorías de omisión pura y comisión por omisión son preferibles a la omisión propia e impropia, ya que si bien hay un sector de la doctrina que equipara ambos conceptos, hay otro importante que incluye dentro de la omisión propia todos aquellos casos que se encuentran legalmente contemplados, sean de omisión pura o comisión por omisión, y los de omisión impropia aquellos que no están expresamente previstos por la ley, típicamente de comisión por omisión. En el texto el autor reconoce los delitos de omisión previstos como tal por la ley, y aquellos que no están descritos expresamente por la redacción, que para todos los efectos es la misma categorización de Roxin, y originariamente Kaufmann (p.206 y ss. citado por Bustos, 1989).

de la conducta en una norma de sanción. Es precisamente esta característica la que ha generado una discusión amplia e intensa respecto al análisis de esta estructura y la justificación de su utilización, lo cual está lejos de encontrarse resuelto³¹.

La doctrina mayoritaria aborda los delitos de omisión impropia como la contracara de su correspondiente delito comisivo. Desde esta perspectiva, se entendería que es central en los delitos de omisión impropia determinar cuándo no impedir el resultado antijurídico resulta punible, por considerarse equivalente a la producción activa del mismo³². Es decir, son aquellos que exigen evitar un resultado que se encuentra contenido en una norma de comportamiento, en circunstancias que ese mandato de “evitación” y los requisitos para poder establecer la equivalencia entre la omisión y la acción de producir el resultado prohibido, no se encuentran consagrados explícitamente en la ley³³.

En línea con lo anterior, Novoa explica que “la producción del resultado pertenece al tipo en cuanto mira a su exteriorización fáctica y al injusto, por lo que toca a la lesión del bien jurídico. Esto implica que para que sobrevenga una conducta omisiva capaz de

³¹ Para mayor profundización sobre los problemas de constitucionalidad en los delitos de omisión, véase: Cury Urzúa, *Derecho Penal Parte General*, 251.

³² Exponente importante de esta postura es Nagler, cuya posición ha sido fuertemente recepcionada en la doctrina nacional. Sin embargo, existen concepciones alternativas, siendo la más fuerte (aunque no todavía dominante) aquella defendida por Kaufmann y desarrollada por Vogel, quien consideraba los delitos de omisión impropia como aquellos que se constituyen por el quebrantamiento imputable de normas de requerimiento, es decir, que exigen acciones que impidan un determinado resultado. Así, el problema radicaría en el ejercicio judicial de subsunción de un comportamiento bajo un delito que no se encuentra tipificado como tal, sino que será necesario derivarlo, a partir de una transformación, del correspondiente delito comisivo. Esto se resuelve, en el caso de Alemania, con una regla de transformación en la parte general, regla con la cual no contamos en el ordenamiento chileno actualmente. Para mayor profundización, véase Mañalich Raffo, Juan Pablo. *Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas* (2014); también, Rojas, Luis Emilio. *Delitos de omisión entre libertad y solidaridad* (2018), pp. 7-8.

³³ Enrique Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (Bogotá, Colombia: Temis, 1989), p.226.

vulnerar una norma jurídica de prohibición, será necesario que nos hallemos ante un tipo penal de resultado y que este tipo no sea refractario a una realización de él por la vía omisiva”³⁴.

En este sentido, el profesor Mañalich explica este presupuesto haciendo referencia a la estructura de los delitos de resultado, pues lo que nos permite extraer la tipificación del delito omisivo de la formulación comisiva es precisamente que en estos casos “la estructura propia de un delito de resultado provee de un parámetro de conmensuración: el condicionamiento de un resultado r es constitutivo tanto de la ejecución de una acción productiva de r como de la omisión de una acción impeditiva de r ”³⁵. Así, la conducta contemplada para la omisión impropia será el requerimiento de impedir un determinado resultado³⁶.

Por otro lado, agrega que “el carácter de prohibido o requerido de una acción es [...] relativo a una determinada descripción, y una de las múltiples maneras de describir una acción es precisamente por referencia a alguna(s) de sus consecuencias. [...] En la estructura propia de los delitos de resultado no se agotan los presupuestos de la correspondencia entre un delito comisivo y su respectivo delito omisivo. Pues la viabilidad de la operación de transformación depende adicionalmente de que el no impedimento del resultado -por parte del garante- resulte «materialmente equivalente» a la producción de ese mismo resultado”³⁷.

De esta manera, la identificación de un delito de omisión impropia es un problema vinculado a la posibilidad de constatación “de un eventual quebrantamiento, por parte del

³⁴ Novoa Monreal, Fundamentos de los Delitos de Omisión, pp.120-121.

³⁵ Mañalich Raffo, “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas.”, 234.

³⁶ Ídem.

³⁷ Mañalich Raffo, “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas.” p.238.

garante, de una norma que requiere el impedimento de un resultado de cierto tipo, formulada por vía de transformación a partir de la correspondiente norma prohibitiva de la producción de semejante resultado”³⁸, en circunstancias tales que el no impedimento del resultado resulte equivalente a su producción.

A pesar de algunas salvedades planteadas por diversos autores, el general de la doctrina justifica normativamente esta posibilidad a partir de lo señalado en el artículo 492 del Código Penal, el cual sanciona expresamente a quien “incurriere en una omisión que, de mediar malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas”. En base a esto se ha sostenido que, dado que no se tipifica explícitamente ninguna omisión en el Título VIII del Libro II del Código Penal (“Crímenes y simples delitos contra las personas”), la ley implícitamente estaría admitiendo la posibilidad de construir los delitos contenidos en dicho título como delitos de omisión impropia.

Lo que suele pasarse por alto respecto a la norma contenida en el artículo 492 es que la función de la disposición es declarativa, no referencial, por lo que, en rigor, no está reconduciendo al sujeto a omisiones pre-existentes, sino que está declarando que, en el marco de los delitos contenidos en el Título VIII del Código Penal (delitos contra las personas), tanto la infracción dolosa, como la imprudente, de la norma de mandato extraíble de las respectivas normas de sanción, es punible³⁹. De esta manera el autor de un delito por omisión impropia de lesiones sería sujeto a la misma norma de sanción que el autor de un delito de lesiones comisivo, a pesar de quebrantar normas de comportamiento diversas.

³⁸ Mañalich. p. 241.

³⁹ Javier Contesse Singh, “La omisión impropia como hecho punible. Acerca de la incorporación de una regla general de punibilidad de los así llamados ‘delitos de omisión impropia’ en el Anteproyecto de Nuevo Código Penal.”, en Reformas Penales, CEDPAL - Chile, ed. Jean Pierre Matus A. (Santiago, Chile: DER, 2017), 31 n.45.

Finalmente, quedaría verificar si el resultado concretado calza en el rango de protección de la norma en análisis, equiparándose la omisión para tal efecto con la acción descrita en el tipo penal⁴⁰.

1.1.2.2. *Posición de garante: fundamento y relevancia*

Ahora, será necesario identificar en qué circunstancias el comportamiento omisivo será materialmente equivalente al comportamiento activo, siendo “el criterio para identificar qué omisiones resultarían adecuadas al respectivo tipo de delito comisivo [...] la posición de garante”⁴¹. Esta construcción dogmática hace referencia a sujetos que tienen un deber de custodia del bien tutelado, del cual surge el deber específico de actuar para evitar su afectación⁴². Así, este instrumento nos permite identificar los sujetos que deben tomar las medidas necesarias para salvaguardar el bien jurídico protegido.

En torno a este tema se han sostenido diversas posturas, siendo la tradicional aquella que desarrolla la teoría formal del deber jurídico (o de las fuentes), construida a partir de los planteamientos de Feuerbach, la cual deriva la posición de garante de la ley o el contrato, centrándose únicamente en la fuente de la cual se deriva el jurídico de actuar⁴³.

Por otro lado, la doctrina de la teoría de las funciones identifica las fuentes de la posición de garante con criterios materiales de adscripción de responsabilidad. Esta

⁴⁰ Garrido Montt, “El delito de omisión”.

⁴¹ Mañalich, “Omisión Del Garante e Intervención Delictiva. Una Reconstrucción Desde La Teoría de Las Normas.,” p.228.

⁴² Luis Emilio Rojas A., “Delitos de omisión entre libertad y solidaridad”, *Política Criminal* 13, n° 26 (2018): p.687, <https://doi.org/10.4067/S0718-33992018000200682>.

⁴³ Iván. Navas, “Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en derecho penal”, *Política Criminal* 10, n° 20 (2015): 684, http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_20/Vol10N20A8.pdf; Cuadrado Ruiz, 24.

concepción considera que la posición de garante surge “en función de las tareas que se esperan de quien se encuentra en ellas situado”⁴⁴. En este sentido, el fundamento de la posición de garante sería, en último término, la necesidad de evitar la lesión a determinados bienes jurídicos⁴⁵. Así, esta doctrina distingue entre dos tipos de garante: los de protección y los de vigilancia⁴⁶.

Los primeros se caracterizan por encontrar la fuente de su posición en los particulares deberes de protección respecto de un determinado bien jurídico⁴⁷, ya sea en razón de situaciones en las cuales se espera un especial deber de solidaridad en consideración al vínculo entre los sujetos (como sería el caso de los cónyuges entre sí); por existir una estrecha relación de vida o peligro (por ejemplo, entre convivientes de hecho); o de la aceptación voluntaria de funciones de protección y asistencia (que sería el caso del médico en relación a su paciente)⁴⁸. Los segundos, por su parte, encuentran la fuente de su posición en los deberes que emanan del control que tienen (o deberían tener) respecto de una determinada fuente de peligro⁴⁹, siendo sólo secundaria la obligación de proteger el bien jurídico que de hecho se ve amenazado. Son ejemplos de esta quienes se encuentran en esa posición por injerencia, por dominar la fuente de peligro en cuestión o tener el deber de controlar la conducta de terceros⁵⁰.

Sin perjuicio del divorcio originario de estas posturas, corrientes más actuales han concluido que la mejor versión del análisis que se realiza es, de hecho, la que se obtiene al

⁴⁴ Cuadrado Ruiz, “La posición de garante”, 35.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Garrido Montt, “El delito de omisión”.

⁴⁷ Couso Salas y Hernández Montecinos, Código Penal Comentado: Libro primero (Arts.10 a 105), doctrina y jurisprudencia, 27.

⁴⁸ Cuadrado Ruiz, “La posición de garante”, 36.

⁴⁹ Couso Salas y Hernández Montecinos, 27.

⁵⁰ Ibidem, 37.

combinar ambas. La teoría funcional, en algún nivel, presupone la formal, en tanto el carácter de garante protector o vigilante es una cuestión que, en último término, se zanja yendo a las fuentes formales propiamente tales. Así, podríamos decir que el criterio material nos permite hacer la relación entre la pregunta por la posición de garante con el contenido fáctico de los deberes que entran en análisis⁵¹.

A este respecto, Héctor Hernández, en su comentario al Código Penal, hace una observación sumamente relevante: “Es dudoso, sin embargo, que ambas aproximaciones sean realmente antagónicas, pues la teoría de las funciones sólo caracteriza el sentido o dirección del deber de garante en el caso particular, pero no da cuenta del fundamento de ese deber, que es lo que, bien o mal, procura hacer la teoría de las fuentes. Por lo demás, no es evidente que sea posible fundar el deber de actuar de quien está en condiciones de proteger o vigilar sin remitirse directa o indirectamente a fuentes formales de deber jurídico, particularmente tratándose de posiciones de garante que no emanan de la propia actividad del sujeto, sino de «roles especiales» de carácter institucional, respecto de los cuales el reconocimiento jurídico parece indispensable”⁵².

Si bien la teoría de las funciones es la más ampliamente aceptada por la jurisprudencia y la doctrina nacional, vale la pena mencionar que la teoría de las normas ha realizado una crítica interesante a la propuesta previamente desarrollada⁵³. Dado que los delitos de omisión impropia serían delitos especiales, precisamente en razón de que aquello que hace a alguien sujeto de una norma de requerimiento es la posición de garante que posee en relación con el bien jurídico afectado, la comprensión aportada por la teoría

⁵¹ Cuadrado Ruiz, 38.

⁵² Couso Salas y Hernández Montecinos, Código Penal Comentado: Libro Primero (Arts.10 a 105), Doctrina y Jurisprudencia, p.25.

⁵³ Para mayor desarrollo, Mañalich Raffo, “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas.”, 241.

de las funciones necesitaría ser relativizada, pues pasa por alto el hecho de que, si miramos los casos en concreto, todas las posiciones de garante son tales en relación con un bien jurídico específico, ante una fuente de peligro específica. De esta manera, una forma más fértil de entender la posición de garante es como una relación de garantía, donde lo importante será identificar, en el caso de una “posición de garante por vigilancia”, el bien jurídico cuyo menoscabo debería haber sido impedido por quien ocupa la posición de garante; o, en el caso de la “posición de garante por protección”, cuál era la fuente de peligro que debería haber sido controlada. Dicho de otra manera, el garante se encuentra en una relación de garantía con otro sujeto, siendo lo esencial identificar, caso a caso, si se trataba de una posición en la cual debería haber protegido un bien jurídico independiente de el origen de la amenaza, de manera que resulte claro cuál era ese bien en el caso en cuestión, o si el garante debería haberse encontrado en control de una fuente de peligro, reconociendo la fuente en la situación específica⁵⁴.

Nuestra legislación no contempla una norma en donde se contengan las fuentes de la posición de garante, sin embargo, difícilmente alguien se atrevería a discutir su relevancia como categoría central en el análisis de la teoría del delito. Si bien es necesaria la cautela y preocupación por la necesaria delimitación de las fuentes de la posición de garante, principalmente con el fin de que los tipos penales no se deformen a tal punto que cualquier conducta entre en ellos, que no se encuentren en la ley no debiese ser particularmente preocupante, en tanto nos encontramos ante un presupuesto del análisis de responsabilidad en el caso de los delitos de omisión impropia. Así, la posición de garante es extraída del ordenamiento jurídico por el juez, quien, dada la rigidez de nuestro sistema, puede reconocer las fuentes sin mayores dificultades, las cuales están

⁵⁴ Mañalich Raffo, 243.

constreñidas a las exigencias ya desarrolladas para que, de hecho, se active la posición de garante^{55 56}.

Dentro de las posiciones de garante que se han explorado en la doctrina, las fuentes del deber jurídico especial que las sustenta han recibido distinto tratamiento por la doctrina. La ley y el negocio jurídico⁵⁷ están firmemente asentados y no suscitan mayor discusión, mientras que, por otro lado, la injerencia (el hacer precedente) y las comunidades de vida han sido más polemizadas por nuestros autores nacionales⁵⁸.

Respecto a la ley y el contrato o cuasicontrato es esencial, además del reconocimiento normativo, que exista en los hechos un contexto que ponga al garante en posición de responder. Para el caso de la ley será que la realidad exija un comportamiento de amparo de parte de la persona en posición de garante para quien está ad portas de recibir el menoscabo, mientras que en el caso del contrato, que de hecho el custodio haya aceptado y asumido su rol de resguardo respecto del bien. Es decir, será necesario que

⁵⁵ Op. Cit. p. 57.

⁵⁶ Sin perjuicio de lo previamente señalado, hay parte de la doctrina que ha sostenido que parte de la dificultad de no contar con una norma que habilite la conversión de normas prohibitivas en normas de mandato es, entre otras cosas, que no contamos con criterios positivamente consagrados para poder identificar las posiciones de garante en nuestro ordenamiento. Lo anterior redundaría en no contar con criterios legales para discriminar bajo qué circunstancias procede, de hecho, la conversión a una norma de mandato, demostrando así un problema institucional de tamañas proporciones. Para mayor desarrollo de una perspectiva crítica en esta línea, véase: Contesse Singh, “La omisión impropia como hecho punible. Acerca de la incorporación de una regla general de punibilidad de los así llamados ‘delitos de omisión impropia’ en el Anteproyecto de Nuevo Código Penal.”

⁵⁷ Generalmente se refiere a esta fuente como “contrato”, sin embargo, no hay razones para que el cuasicontrato genere efectos de este estilo, y así lo ha reconocido la doctrina.

⁵⁸ Cristobal Izquierdo Sánchez, “Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante”, *Revista Chilena de Derecho* 33 N°2 (2006): 330.; Rojas A., “Delitos de omisión entre libertad y solidaridad”, 50.; Mario Garrido Montt, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998); Sergio Politoff, Francisco Grisolia, y Juan. Bustos, *Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2nd ed. (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993).

más allá del marco normativo los hechos reflejen que hay tal cosa como una persona garante y otra respecto de quien hay que cautelar el bien jurídico, el garante haya asumido ese deber, y haya comenzado la situación de peligro que requiere su intervención⁵⁹.

Sobre la injerencia y las comunidades de vida, si bien la primera de ellas incluso fue reconocida en un fallo de la Corte Suprema redactado por Enrique Cury⁶⁰, ninguna de ellas ha sido unánimemente reconocida como fuente.

Lo relevante es que habrá ciertos elementos que condicionan un determinado tipo de relación de forma tal que uno de los involucrados deberá responder por el daño que se produzca por la no evitación de la concreción del peligro, encontrándose algunas justificaciones más aceptadas que otras. Como da cuenta Hernández en su texto, las fuentes indiscutidas siempre han sido las de carácter jurídico-formal, ya sea que se les considere genéricamente, o haciendo la distinción entre la Ley y otras formas de legislación (que siguen contando, por regla general, como fuente)⁶¹.

~

En síntesis, entenderemos que los elementos que componen la tipicidad de los delitos de omisión impropia son: “1) que se dé la situación de hecho de peligro de un bien jurídico que le crea al sujeto la obligación de ejecutar una actividad destinada a evitarlo [...], 2) que no se lleve a cabo la acción destinada a evitar el riesgo [...], 3) que el sujeto haya estado, en el caso específico, en situación de realizar la actividad que de él se esperaba [...], y 4) la producción del resultado típico que la acción omitida pudo evitar”⁶², todo en el

⁵⁹ Politoff, Grisolia y Bustos. Op. Cit. p. 59.

⁶⁰ SCS 4.8.1998, en GJ 218:96 ss.

⁶¹ Couso Salas y Hernández Montecinos, Código Penal Comentado: Libro primero (Arts.10 a 105), doctrina y jurisprudencia, 27.

⁶² Garrido Montt, “El delito de omisión”, 242.

contexto de un sujeto que, en esa circunstancia en particular, ocupaba una posición de garante.

1.2. Lesiones y homicidio: la identificación de la norma de comportamiento

Ambas figuras se encuentran reguladas en el en el Título VIII del Libro II del Código Penal, referido a los “Crímenes y simples delitos contra las personas”.

La nomenclatura del título correspondiente ha sido reiteradamente comentada por la doctrina nacional, por cuanto no sería representativa (de forma clara) del abanico de comportamientos que contempla.

Por otro lado, la voz “persona” ha resultado particularmente incómoda, debido a las distintas acepciones que tiene: como titular de derechos, tal como lo determina el Código Civil, como el ente físico-biológico que constituye a un individuo humano, o en referencia a la vida de un sujeto determinado. Para Etcheberry esta palabra tiene alcance particular: “la «personalidad» está constituida por aquellos atributos del individuo inseparables de su existencia misma, [...] en este mismo sentido emplea la expresión el Código Civil cuando, al definir el dolo en el Art.44, dice que consiste en la «intención positiva de inferir injuria a la persona de otro». [...] Se habla de la persona «de otro»: la persona no es, por consiguiente, «el otro», sino algo «de otro». Lo mismo ocurre en el título VIII [...], no se trata allí de infracciones que ofenden a un «individuo de la especie humana», sino que lesionan ciertos atributos de los individuos, consubstanciales a su calidad de tales. Estos atributos son la vida, la integridad corporal y la salud”⁶³.

⁶³ Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial, 3ra ed. (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999), 17.

En línea con lo anterior, se ha agregado la precisión por parte de la doctrina⁶⁴ de que, dado que el Código hace referencia a un “otro” (en conjunto con la exclusión del delito de aborto del acápite), en este título estaríamos hablando de afectaciones a la vida humana independiente⁶⁵.

El título está dividido en nueve párrafos: homicidio, infanticidio, lesiones corporales, el duelo, disposiciones comunes a los párrafos I, II y IV, tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, calumnias, injurias, y disposiciones comunes a los dos últimos párrafos.

En este trabajo, como indica el título, sólo nos referiremos al homicidio y a los distintos tipos de lesiones, en tanto formas paradigmáticas en que pueden culminar la ausencia de intervención del médico tratante en el contexto de la necesidad de una interrupción del embarazo en lo términos de la ley 21.030.

~

Se ha optado por bautizar esta sección haciendo alusión a la necesidad de identificación de la norma de comportamiento, pues no hay que olvidar que la revisión que hacemos de estas figuras delictivas es, precisamente, en pos del análisis de su compatibilidad con un modo de realización específico, esto es, la omisión, cuestión que suscita inmediatamente los resquemores relacionados con la dificultad de identificar en nuestro ordenamiento la fuente de su reconocimiento.

⁶⁴ Etcheberry, 34, 113; Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010), 151; Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A., y María Cecilia Ramírez G., Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. (Distrito Federal, México: Jurídica de las Américas, 2009), 31 y ss., 116; Sergio Politoff, Francisco Grisolia, y Juan Bustos, Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 2nd ed. (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993), 47, 181.

⁶⁵ Como bien sabrán los límites de la vida humana dependiente e independiente es otro mundo de discusiones y precisiones, las cuales, debido su complejidad, amplitud e impertinencia en relación con el tema tratado, no serán abordadas en este trabajo.

Por regla general, parte de las objeciones que se presentan a considerar los delitos de omisión impropia como integrantes de nuestro ordenamiento nacen a raíz de un erróneo entendimiento del contenido de los distintos tipos penales, los bienes jurídicos que buscan salvaguardar, y los medios que utiliza el ordenamiento jurídico para hacerlo. Trabajar sobre el concepto de norma de comportamiento (y sus correspondientes normas de sanción) facilitará la comprensión respecto del ejercicio de conversión que los delitos de omisión impropia requieren, en relación con sus equivalentes formas activas de realización, lo que confiamos ayudará a subsanar escepticismos legítimos, pero mal fundados.

Resulta esencial, a efectos de lidiar con esta orden de objeciones, tener presente que, tal como se desarrolla en la subsección 1.1.2., referida a la estructura normológica de la omisión, lo que caracteriza a este tipo de delitos es la necesidad de realizar un esfuerzo extra para identificar la norma cuyo quebrantamiento justifica la imposición de la sanción.

Nuestro ordenamiento se caracteriza por funcionar sobre la regla general de normas de comportamiento cuyo contenido es una norma de prohibición, de manera que lo exigido del sujeto es la abstención de una cierta acción, viéndose quebrantada esta norma de comportamiento, y por lo tanto suscitada una sanción, cuando el sujeto lleva a cabo, de manera activa, la conducta prevista en el tipo.

Ahora, por otro lado, encontramos las normas de comportamiento consistentes en mandatos. Mediante estas el ordenamiento demanda del sujeto la realización de una cierta acción impeditiva de un daño, viéndose transgredida la norma cuando este omite la conducta requerida.

Lo esencial de comprender respecto de esta distinción es que, en algunos delitos, entre ellos los que analizaremos dentro de este acápite, ambos tipos de normas de comportamiento nos reconducen a una misma norma de sanción, sin que sea necesario que la modalidad omisiva se encuentre explicitada en la norma misma, pues el bien

jurídico que se busca proteger se puede ver afectado por ambos tipos de conducta, habilitando la sanción que contempla la norma penal. Lo propio de las normas de mandato en este contexto es que requerirán, a diferencia de las normas prohibitivas, un esfuerzo adicional en su construcción (tal como fue desarrollado en subsecciones previas). Así, en los acápites siguientes, nos referiremos a las normas de comportamiento de cada tipo penal, abordando tanto la norma de prohibición como la norma de mandato, en la medida que sea necesario.

Comenzaremos refiriéndonos al párrafo primero del título VIII, el cual se hace cargo de la regulación del homicidio, la cual se distribuye entre los artículos 390 y 393 del Código. En el artículo 390 encontramos el parricidio, en el artículo 391 el homicidio, el cual contiene en su numeral 1 lo que se conoce como figuras calificadas, y en el 2 el que se ha denominado simple, en el 392 el homicidio en riña, y, finalmente, en el 393 el auxilio al suicidio. Como se podrán imaginar, nos referiremos exclusivamente al homicidio, dado que las otras figuras delictivas del título resultan impertinentes al tema que nos convoca.

Por otro lado, al igual que el homicidio, el delito de lesiones se encuentra regulado dentro del Título VIII, relativo a los Crímenes y simples delitos contra las personas, específicamente en el párrafo tercero, “Lesiones corporales”, que comprende los artículos 395 a 403.

Dada la estructura y el contenido de la regulación de los delitos de lesiones (en sentido amplio), el cual se configura en un estilo casuístico que desarrolla hipótesis específicas en relación con los efectos y los medios de comisión, y el avance en las disciplinas de la salud en los últimos 146 años desde la dictación del código, la doctrina ha vivido una evolución importante respecto del análisis de los tipos y las conductas que en ellos se consideran.

El bien jurídico protegido por estos delitos ha sido definido históricamente como la integridad física, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia más reciente está conteste en la insuficiencia de esa delimitación. En este sentido, se ha zanjado que el bien aquí

resguardado dice relación no solo con la integridad corporal, sino que también la salud física y psíquica⁶⁶. Así, entendemos salud individual como un concepto complejo, que envuelve un conjunto de factores, específicamente el “bienestar físico, el buen funcionamiento de los órganos del cuerpo y de la mente”⁶⁷.

Podemos decir entonces que lo resguardado es el derecho a la integridad física (a no verse afectado en ningún órgano o miembro), a la salud somática y mental (a no padecer una enfermedad), al bienestar corporal y psíquico (no estar expuesto a dolor ni sufrimiento), y la apariencia personal (a no ser víctima de deformaciones estéticas)⁶⁸, puesto de otra forma, lo que se protege es la salud individual, entendida como un “derecho humano, individual y personalísimo, que comprende el buen funcionamiento del cuerpo humano tanto desde un punto de vista físico como desde el prisma de la salud mental”⁶⁹.

Así, entenderemos que estamos ante lesiones cuando, producto de la conducta, se genere una afectación en la salud individual, entendida esta como la generación de una enfermedad (es decir, el malfuncionamiento del organismo), y/o una alteración material en el cuerpo que suponga un detrimento en su funcionamiento (el cual abarca desde una cicatriz hasta una mutilación)⁷⁰.

⁶⁶ Jean Pierre Matus A. y María Cecilia Ramírez G., Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial., 3rd ed. (Santiago, Chile: Tirant lo blanch, 2019); Gustavo Balmaceda Hoyos, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, 2nd ed. (Santiago, Chile: Librotecnia, 2014); Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III; Politoff L., Matus A., y Ramírez G., Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial.; Etcheberry, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III.

⁶⁷ Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, 149.

⁶⁸ Ibidem, p.150.

⁶⁹ Mauricio Alfredo Rettig Espinoza, “Los delitos de lesiones, Crítica a la regulación del Código Penal chileno y bases para su reforma”, Doctrina y Jurisprudencia Penal, nº 23 (2015): 8.

⁷⁰ Rettig Espinoza, 9.

Distintas propuestas de sistematización de este párrafo se han desarrollado en la doctrina nacional, abordadas extensivamente por la manualística chilena, algunas más adecuadas que otras (entendiendo que el nivel de corrección dice relación con la capacidad que tienen de explicar cabal y coherentemente el sistema de las lesiones, tal como es consagrado por nuestro Código).

En el sentido de lo previamente expuesto, estimamos que la propuesta del profesor Van Weezel es el mejor esfuerzo a la fecha a estos efectos. Así, siguiendo su esquematización, reconoceremos tres grandes tipos de lesiones⁷¹:

- 1) Las lesiones graves del artículo 397, cuya tipicidad se encuentra codefinida por la clase de resultados imputables a la conducta de herir, golpear, o maltratar de obra, dentro de las cuales considera,
 - a. Las lesiones gravísimas (del número 1 del artículo 397), y
 - b. Las lesiones simplemente graves (del número 2 del artículo 397)

Agrega a las dos anteriores tres figuras más que, sin ser parte de este conjunto de lesiones, se asimilan sistemáticamente a este tipo:

- c. El delito del artículo 398, que tipifica especialmente aquellas lesiones que, generando los mismos efectos que aquellos mencionados en el artículo 397, hayan sido causadas mediante el suministro de sustancias nocivas o abusando de una debilidad de espíritu, en conjunto con
- d. La castración, contemplada en el artículo 395, y
- e. La mutilación, contenida en el artículo 396, la que se divide a su vez en la mutilación de miembro importante (inciso 1º), y la mutilación de miembro menos importante (inciso 2º).

⁷¹ Alex Van Weezel de la Cruz, “Lesiones y violencia intrafamiliar”, Revista Chilena de Derecho 35, nº 2 (2008): 226.

Si bien se distingue entre distintos tipos, haciendo la diferencia en base a la intensidad del resultado, el autor identifica un tratamiento orgánicamente igualitario entre todos estos delitos;

- 2) Las lesiones menos graves, contempladas en el artículo 399, correspondientes a aquellas que no producen ninguno de los resultados previamente mencionados dentro de las lesiones graves; y
- 3) Las lesiones leves, consagradas como faltas por el artículo 494 número 5, correspondientes a aquellas que, sin ejemplificar los resultados del artículo 397, y en base a un análisis valorativo por parte del tribunal en relación con características de la persona, y a las circunstancias del hecho, se estima expresan un injusto menor que aquel del delito de lesiones menos graves.

A su vez, el autor clasifica las distintas lesiones en dos grandes categorías⁷²:

- 1) Aquellos delitos que se definen positivamente en función de la magnitud de sus resultados, dentro de los cuales encontramos las lesiones gravísimas y las simplemente graves (así como los delitos asimilados a estas), y
- 2) Aquellos delitos que se definen negativamente en función de los resultados y positivamente en función de otros criterios, estando contemplados aquí las lesiones menos graves, y las lesiones leves.

Finalmente, es relevante tener presente en la aplicación de estas figuras que, tal como plantea el profesor Van Weezel, el Código contempla dos dimensiones en el análisis de las lesiones (en sentido amplio): una descriptivo-cognitiva, la cual consiste en el menoscabo a la salud o integridad corporal, la que provee una pauta limitadora a la interpretación de aquello que podríamos considerar subsumible en los tipos de este parágrafo (es decir, sólo podrá ser considerado como una conducta propia de las lesiones, en cualquiera de sus

⁷² Van Weezel de la Cruz, 227.

formas, aquella que produzca dicho menoscabo); y otra valorativo-normativa, consistente en las referencias a las circunstancias de hecho y la calidad de la persona afectada por la conducta lesiva, la cual aporta flexibilidad al sistema, en tanto introduce un elemento de adecuación en base a una interpretación permeable al estado actual de las consideraciones sociales respecto la afección producida⁷³.

A fin de mantener la correlación con la geografía del Código, abordaremos las distintas figuras en el orden en que se encuentran en la ley, comenzando por el homicidio, y siguiendo con las distintas formas de lesiones, refiriendo este esquema cuando sea necesario, sin perjuicio de que algunas figuras serán abordadas con menor detalle, dado que no presentan mayor relevancia para efectos de esta exposición.

1.2.1.Homicidio

La doctrina nacional está más o menos conteste en que el homicidio simple es la figura básica o residual de este tipo penal⁷⁴, lo que implica que sus elementos fundamentales sirven de base también para las otras formas de homicidio. En armonía con esto, podemos identificar el contenido de la norma de comportamiento como la prohibición generalizada de dar muerte a otro⁷⁵.

⁷³ Van Weezel de la Cruz, p. 229.

⁷⁴ Para otra perspectiva véase Javier Wilenmann Von Bernath, “El sistema de graduación de la pena del homicidio en el derecho chileno”, *Política Criminal* 11, n° 22 (2016): 721-65.

⁷⁵ Sin embargo, en otro sentido, parte de la doctrina, siguiendo a Etcheberry, entiende la definición de homicidio simple como “matar a otro, no concurriendo las circunstancias constitutivas de parricidio, homicidio calificado e infanticidio”. Esta definición sería errónea, por cuanto definir el homicidio incluyendo cláusulas de exclusión, por ejemplo, la del parricidio, sería incluir elementos que no corresponden a un componente del supuesto de hecho de la prohibición del homicidio (elemento del tipo), sino a una cláusula de subsidiariedad expresa. Para la definición original, véase Etcheberry, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III.*, 22. En el mismo sentido Matus A. y Ramírez G., *Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial.*, 30.; y Politoff, Grisolia, y Bustos, *Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 43.

“Matar a otro” consiste en causar la muerte a otra persona, derivándose de esto, por una parte, que el sujeto pasivo debe ser un individuo distinto al sujeto activo⁷⁶, y, por otra, que se refiere exclusivamente a la vida independiente, dejando fuera el delito de aborto⁷⁷ (como ya se refirió previamente). En conjunto con lo anterior, dada la configuración del verbo rector, se entiende que estamos ante un delito de resultado, por lo que para que este se presente de manera consumada será necesario que las funciones vitales del sujeto pasivo, de hecho, cesen, dándose, en cualquier otro caso, una forma incompleta de desarrollo del delito⁷⁸.

De la interpretación sistemática de las disposiciones relativas al homicidio se comprende que la conducta sancionada es la producción de la muerte de otro, sin modo de perpetración específico alguno⁷⁹. Así, dado que la norma no exige ningún requisito particular, y el verbo rector permite un análisis comprensivo de distintos tipos de comportamiento (al ser un delito de resultado se vuelve indiferente la forma en que se provoca ese resultado siempre que la conducta efectivamente haya condicionado ese resultado y se cumplan los requisitos de la imputación), se entiende que es posible extraer la existencia de una norma de comportamiento tanto prohibitiva como impeditiva, de manera que es posible perpetrar el delito mediante una conducta ya sea activa u omisiva, cuestión bastante consensuada en la doctrina⁸⁰ y en la jurisprudencia.

⁷⁶ Gustavo Balmaceda Hoyos, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, 2da ed. (Santiago, Chile: Librotecnia, 2014), 25.

⁷⁷ Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, 21.

⁷⁸ Balmaceda Hoyos, Manual de Derecho Penal, Parte Especial; Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III; Etcheberry, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III.; Politoff L., Matus A., y Ramírez G., Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial.

⁷⁹ Jean Pierre Matus A. y María Cecilia Ramírez G., Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial., 3ra ed. (Santiago, Chile: Tirant lo blanch, 2019), 40.

⁸⁰ Gustavo Balmaceda Hoyos, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, 2nd ed. (Santiago, Chile: Librotecnia, 2014); Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo III, Parte Especial (Santiago, Chile:

Como ya fue desarrollado previamente, en la discusión nacional esto ha sido justificado, principalmente, de dos formas. Primero, tenemos a quienes hacen referencia a que las normas en cuestión no tienen un contenido meramente descriptivo, que hace referencia a cursos causales observables en la realidad, sino que estamos ante prescripciones, que utilizan la descripción como una forma de indicar aquello que el sujeto debe o no debe hacer dada cierta circunstancia, en miras a poder establecer las circunstancias en que la imputación de responsabilidad penal por un determinado hecho es afirmable⁸¹. Cumpliéndose las condiciones de imputación penal, independiente de la naturaleza del comportamiento, podría alguien efectivamente ser responsable de un homicidio omisivo⁸².

La segunda postura, más frecuente y de larga data en nuestra doctrina, es aquella que en distintas circunstancias nuestros tribunales han adoptado. Parte su justificación basándose en el artículo 1 del Código Penal, el que establece la posibilidad de que un delito esté constituido por una omisión voluntaria penada por ley, apoyándose en el artículo 19 N°3 inciso 8 de la Constitución Política de la República, el cual utiliza la voz *conductas*, lo que comprendería la sanción de tanto acciones como omisiones. Finalmente, afirma la legitimidad de la construcción de tipos omisivos (es decir, omisiones impropias) en el

Editorial Jurídica de Chile, 1998); Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial; Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A., and María Cecilia Ramírez G., Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. (Distrito Federal, México: Jurídica de las Américas, 2009); Sergio Politoff, Francisco Grisolia, and Juan Bustos, Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 2nd ed. (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993); María Magdalena Ossandón Widow, “Caso ‘Madre inactiva’ SCS, 02/05/2001, Rol N° 4519-00”, en Casos Destacados Derecho Penal. Parte General., ed. Tatiana Vargas Pinto (Santiago, Chile: Thompson Reuters, 2015), 46.

⁸¹ María Magdalena Ossandón Widow, “Comisión por omisión del delito de favorecimiento de la prostitución de menores”, en La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de ciencias penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile., 2013, 12.

⁸² Ibidem, p.13.

artículo 492, en cuanto expresa “las penas del art. 490 se impondrán también, respectivamente, al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas”. Dado que en el título VIII no hay ningún tipo que incluya su formato omisivo, la declaración que hace la norma presupondría que todos los delitos allí descritos pueden ser cometidos por omisión en su modalidad dolosa⁸³, quedando así, en este caso, configurada la posibilidad de identificar delitos de homicidio por omisión.

Así, podemos ver que, primero, dado que el delito de homicidio no indica modo comisivo especial alguno (de manera que se pudiera argumentar que la realización omisiva queda excluida por no corresponderse con dicha indicación), centrándose en el condicionamiento del estado de muerte de otro, no encontraríamos restricción en ese sentido. Segundo, considerando lo desarrollado hasta ahora, el delito de homicidio abarcaría no sólo aquellas circunstancias en que una persona mediante su conducta condiciona el resultado de muerte de una persona distinta de sí, sino que también aquellas en que, teniendo la oportunidad para intervenir en miras a impedir el resultado lesivo del bien jurídico vida, el sujeto se abstiene de la conducta impeditiva condicionando la muerte de otro, en circunstancias que existía una norma de mandato aplicable a esa situación en particular. Finalmente, como fue previamente mencionado, será necesario, además, que el homicida omitente ostente una posición de garante, de manera que sea posible afirmar que el sujeto era destinatario de la norma de mandato que lo obligaba a impedir el resultado que de hecho se expresó en la muerte del sujeto pasivo⁸⁴, y que hubiera tenido la oportunidad de actuar para ejecutar la acción impeditiva.

⁸³ Politoff, Grisolia, y Bustos, Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 55.

⁸⁴ Ossandón Widow, “Comisión por omisión del delito de favorecimiento de la prostitución de menores”, 11.

Ahora, independiente de la vía de argumentación que se tome, “admitido que no hay obstáculo constitucional para cometer homicidios mediante una conducta omisiva y que la ley penal parece claramente aceptar su existencia, subsiste empero la pregunta de cómo fundamentar dogmáticamente los requisitos o límites dentro de los cuales es permitido asimilar la no evitación de la muerte a su producción”⁸⁵.

En ese sentido, se entiende que en términos generales cualquier persona puede ser autora de homicidio, sin embargo, en el caso del homicidio por omisión (justamente aquel que nos interesa a nosotros), se requiere una cualidad especial que fundamente la posición de garante, de manera que al sujeto le haya asistido un especial deber de cuidado al que faltó^{86 87}.

Dado que el resultado no es provocado por la actividad del agente, desde un punto de vista de la causalidad natural que da origen a la situación de peligro del bien jurídico “vida”, sino por la acción de terceros o hechos de la naturaleza, y el agente se abstiene de intervenir para impedir el resultado de muerte, se vuelve necesario justificar la asimilación de esa no intervención al acto positivo de producir la muerte de otro. Es esa obligación de intervenir la que se sustenta en la posición de garante, y la que se ve transgredida cuando el sujeto activo no interviene para interrumpir el curso causal de la muerte⁸⁸. Así, “a la pregunta sobre el fundamento en virtud del cual el quebrantamiento del deber de impedir el resultado autoriza una equiparación al hacer positivo, no puede sino responderse por la vía de un contenido de injusto y de una medida de culpabilidad

⁸⁵ Politoff, Grisolia, and Bustos, Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 55.

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ El punto fue desarrollado con detención a partir de la pg.19.

⁸⁸ Etcheberry, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III., 30.

análogos. Tal equiparación solo puede realizarse cuando hay un vínculo de garantía respecto del bien jurídico”⁸⁹.

En definitiva, “el homicidio cometido por omisión es un delito especial propio, porque requiere de un autor calificado, que debe cumplir con características particulares, en contraposición con el homicidio por acción, que es un delito común, porque su autor puede ser cualquier persona”⁹⁰, y, en ese sentido, será necesario que el autor omitente se haya visto obligado a actuar por un deber especial respecto de la víctima.

En cuanto al sujeto pasivo, baste decir que la víctima debe ser una persona distinta de quien perpetra el delito.

Una pregunta recurrente que surge en la doctrina es aquella respecto de la causalidad de un delito omisivo. Como ya se expuso en la sección relativa a la dogmática del delito de omisión impropia en general, el problema surge al momento de analizar la causa eficiente tal como uno se aproximaría al curso causal de un hecho de la naturaleza cualquiera. En el caso de la acción el problema de la atribubilidad se resuelve mediante la imputación objetiva, que presupone la cadena causal natural en los delitos activos, cuestión que se comprueba mediante la supresión mental hipotética. En este sentido, en el caso de la omisión, el ejercicio de la supresión consiste, en vez de remover la acción realizada, introducir la acción esperada que de hecho no se dio, para poder determinar si aquella omisión es causa de esa muerte en particular⁹¹.

Si bien hay un sustrato fáctico cuya comprobación en el mundo es necesaria para poder realizar un ejercicio adscriptivo posterior, “en el Derecho Penal lo que importa no

⁸⁹ Politoff, Grisolia, y Bustos, Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 56 n. 42.

⁹⁰ Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, 35.p. 38

⁹¹ Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III; Politoff, Grisolia, y Bustos, Derecho Penal Chileno, Parte Especial.

son exclusivamente las relaciones de legalidad natural, sino al mismo tiempo las relaciones de carácter social, esto es, el problema de si este o aquel acontecimiento, esta o aquella condición, no era solo condición o causa de la legalidad natural para este o aquel suceso natural, sino que también era condición o causa para un determinado acontecimiento social que no debía haberse producido desde el punto de vista del Derecho Penal”⁹².

Establecida la causalidad en los términos descritos (es decir, reconocemos una omisión de impedir un resultado que condiciona la producción de este en circunstancias que su acaecimiento se encontraba prohibido, por parte de un sujeto que se encontraba afecto a una obligación de evitar que dicho riesgo se concretase en el resultado lesivo que, de hecho, se concretó), correspondería continuar con el ejercicio de imputación objetiva, elucidando si la muerte del sujeto es resultado de la creación o aumento de un riesgo no permitido por el ordenamiento jurídico⁹³.

En el caso del homicidio el análisis del dolo y la culpa no presentan mayores dificultades. En cuanto al dolo será necesario que exista la representación del sujeto del resultado de muerte, ya sea con la intención o propósito dirigido de causar la muerte (*dolo directo*), con la asunción de la muerte como un resultado inevitable de una acción u omisión intencionada con otro fin (*dolo indirecto*), o con la representación de la muerte como un resultado posible, cuestión que resulta indiferente ante la causa final de una acción u omisión (*dolo eventual*)⁹⁴.

El cuasidelito de homicidio, por su parte, encuentra base normativa en los artículos 490 y 492 del Código Penal, los cuales contienen en términos genéricos todos los

⁹² Politoff, Grisolia, y Bustos, Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 64.

⁹³ Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, 40.

⁹⁴ Ibidem. p. 45; Etcheberry, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III.; Balmaceda Hoyos, Manual de Derecho Penal, Parte Especial.

cuasidelitos relativos al título VIII. En los términos de nuestro ordenamiento jurídico, aquellas acciones creadoras de riesgo que, a raíz de la falta de cuidado o imprudencia, culminen en la muerte de otra persona, son punibles en los términos establecidos por la ley. En el caso del homicidio por omisión, será precisamente el descuido respecto de sus deberes de cuidado, a propósito de la posición que el sujeto activo ocupa respecto de la víctima, los que configuran la hipótesis culposa⁹⁵.

En términos generales, “la culpa que integra este cuasidelito aparece caracterizada en diversas formas a través de los tres artículos que reglamentan los cuasidelitos: en el Art. 490 (regla general) se exige “imprudencia temeraria”; en el Art. 491 (caso de los médicos y profesionales afines) se habla de “negligencia culpable” y “descuido culpable”; por fin, en el Art. 492 (cuasidelito con infracción de reglamentos) la culpa consiste en “mera imprudencia o negligencia”⁹⁶.

Así, si no existiesen causales de justificación y exculpación, estaríamos ante un delito de homicidio por omisión (impropia).

1.2.2.Mutilaciones

El Código equipara, en un sentido muy básico, la castración, la mutilación de miembro importante y la mutilación de miembro menos importante, pues son todas figuras que comparten la base de “mutilar”, variando según la entidad del miembro u órgano objeto de la acción, graduando en base a la intensidad del resultado.

Se entiende por mutilaciones el cercenamiento, ablación o extracción de algún miembro del cuerpo⁹⁷. Es decir, nos referimos a la separación total del miembro u órgano,

⁹⁵ Balmaceda Hoyos, Manual de Derecho Penal, Parte Especial; Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III; Etcheberry, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III.

⁹⁶ Etcheberry, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III., 48.

⁹⁷ Matus A. y Ramírez G., Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial., 135.

de manera que la integridad de este quede permanentemente afectada, en el sentido tanto de no poder llevar a cabo actividades normales en un plano físico, como de no poder llevar a cabo la función natural del miembro afectado, no configurándose el tipo en caso de que la mutilación resulte ser parcial (material o funcionalmente)⁹⁸.

Se entiende miembro como “una parte del cuerpo que está unida a él [...] que sirva para la actividad física”⁹⁹. Mientras que un órgano es “aquella parte o pieza que permite que el cuerpo funcione como tal, fisiológicamente”¹⁰⁰. Así, dependiendo de la entidad del miembro u órgano afectado, estaremos ante una u otra forma de mutilación.

Los tres tipos se tratan de delitos comunes, en que el sujeto activo puede ser cualquier persona, mientras ella sea distinta del sujeto pasivo.

Todas estas figuras son, de alguna forma u otra, una agravación de la conducta de lesionar, en este caso contempladas especialmente debido al carácter específico de su afectación¹⁰¹.

Respecto al tipo subjetivo, la exigencia de malicia como elemento subjetivo del tipo ha evolucionado bastante en los últimos años. Tradicionalmente se ha entendido que el legislador utiliza esta palabra para hacer referencia al dolo directo, de manera que no se podrían llevar a cabo ni por dolo eventual, ni por imprudencia¹⁰². Sin embargo, una propuesta más reciente, desarrollada por el profesor Mañalich, entiende que la exigencia de malicia que aparece en distintos tipos a lo largo del código (incluyendo, ciertamente,

⁹⁸ Etcheberry, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III., 123.

⁹⁹ Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, 151.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ Politoff L., Matus A., y Ramírez G., Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial., 148.

¹⁰² Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, 120.; Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, 151.; Politoff, Grisolia, y Bustos, Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 199.; Politoff L., Matus A., y Ramírez G., Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial., 151.

aquella de la castración), haría referencia a una exigencia de consciencia de antijuridicidad, entendida esta como el reconocimiento por parte del sujeto de que el hecho específico que su conducta realiza es antinormativo (en el sentido que sería relevante para evaluar un error de tipo), de manera que se invertiría la presunción simplemente legal de voluntariedad, siendo necesario, para estos casos, que se pruebe especialmente que el sujeto actuó con consciencia de ilicitud (en el sentido que sería relevante para descartar un error de prohibición), quedando disponible la posibilidad de que estos delitos sean cometidos imprudentemente¹⁰³.

Finalmente, la naturaleza de las conductas que pueden dar lugar a un delito de mutilación o castración se mencionará en el acápite relativo a las lesiones¹⁰⁴, por cuanto, como se mencionó al introducir este capítulo, el tratamiento de las mutilaciones (en sentido amplio) se equipara al de las lesiones graves.

1.2.3. Castración

Este delito se encuentra contemplado en el artículo 395, el cual dispone “el que maliciosamente castrare a otro [...]”.

Dado que el artículo 396 comienza la tipificación de las mutilaciones con la expresión “cualquiera otra mutilación”, la doctrina ha entendido que la castración sería una forma más específica de este delito, la cual consiste en la extirpación o ablación de los órganos genitales, que, de hecho, no es otra cosa que una mutilación (extirpación)

¹⁰³ Juan Pablo Mañalich Raffo, “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno”, *Revista de derecho (Valparaíso)* XXIV, n° 1 (2011): 112.

¹⁰⁴ *Infra f)*, p. 41.

especialmente tipificada por tratarse de un órgano cuya función se estima particularmente importante¹⁰⁵.

La disposición sólo hace referencia al verbo que define la conducta, sin especificar el objeto de la acción, por lo que en algún momento la doctrina entendió que éste se refería únicamente a los genitales masculinos. El transcurso del tiempo ha traído sensatez, y hoy se entiende que, en vista a que el bien jurídico resguardado es la función de estos órganos, desde una perspectiva holística de la función sexual (entendiendo que en ella se comprende tanto la reproductiva como aquella enfocada en la obtención de placer), los genitales femeninos también se encuentran incorporados en la expresión¹⁰⁶.

En cuanto a la pérdida parcial de alguno de los órganos, dado que la finalidad es la protección de la función de los genitales, se estima que, si con la pérdida parcial del órgano se pierde la función, ya sea en su capacidad para realizar el coito y/o de concebir o engendrar, esta será considerada castración de todas maneras¹⁰⁷.

En lo relativo al tipo subjetivo, hacemos extensivo a este respecto el análisis expuesto sobre la exigencia explícita de “malicia” en el acápite inmediatamente previo, relativo a las mutilaciones en general, en el sentido de contraponer las propuestas de la doctrina tradicional¹⁰⁸, y aquella desarrollada por una corriente más reciente¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, 150.; Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, 120 y 122.

¹⁰⁶ Ídem.

¹⁰⁷ Ídem.; Etcheberry, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III., 122.

¹⁰⁸ Matus A. y Ramírez G., Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial.; Balmaceda Hoyos, Manual de Derecho Penal, Parte Especial; Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III; Politoff L., Matus A., y Ramírez G., Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial.; Etcheberry, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III.

¹⁰⁹ Mañalich Raffo, “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno”, 112.

1.2.4.Mutilación de miembro importante

Esta figura se encuentra en el artículo 396 inc.1, el cual lee “cualquier otra mutilación de un miembro importante que deje al paciente en la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba, hecha también con malicia, será penada con...”.

Así, según la disposición, es un miembro aquel cuya ausencia o malfuncionamiento deja al paciente imposibilitado de valerse por sí mismo o de realizar las funciones naturales que antes realizaba, siempre que no sea un órgano reproductivo¹¹⁰. Valerse por sí mismo consiste en “desempeñar las actividades normales del aspecto físico, propias de la vida”¹¹¹; mientras que por funciones naturales se entienden aquellas “actividades que determinadas partes del cuerpo cumplen dentro de la economía del organismo humano”¹¹².

Si bien hay una delimitación objetiva respecto de la naturaleza de los miembros susceptibles de ser afectados bajo esta modalidad, hay parte de la doctrina que estima será necesario un análisis casuístico respecto de la magnitud de la afectación, pues desde un punto de vista funcional, y debido a las actividades particulares de la víctima, podríamos estar o no ante un miembro importante¹¹³.

1.2.5.Mutilación de miembro menos importante

El artículo 396 en su inciso segundo se refiere a “aquellas mutilaciones de miembros menos importantes, como un dedo o una oreja”, cuestión que, en relación con

¹¹⁰ Matus A. y Ramírez G., Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial., 136.

¹¹¹ Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, 123.

¹¹² Ídem.

¹¹³ Balmededa Hoyos, Manual de Derecho Penal, Parte Especial; Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III.

la definición de la mutilación de miembro importante, se refiere a todos aquellos miembros cuya pérdida no deja al sujeto imposibilitado de valerse por sí mismo, ni impedido de realizar una función natural que antes podía realizar¹¹⁴.

1.2.6.Lesiones

Se encuentran reguladas en los artículos 397, 398, 399, y 494 N°5, las cuales se distinguen por causar un daño o menoscabo a la salud individual de la persona, sin que esa afectación sea de aquellas que entran en la descripción de las mutilaciones (en sentido amplio), y que son llevadas a cabo mediante la producción de heridas, golpes o maltratos por vías de hecho. Se agregan de forma independiente cuando se lleven a cabo a través de los medios descritos en el artículo 398, es decir, ya sea por el suministro de sustancias nocivas, o aprovechando la credulidad o flaqueza de espíritu¹¹⁵.

Vale la pena recordar la sistematización a la que adscribimos al introducir este apartado, de manera que la lectura de los tipos se haga en miras a esa estructura. En términos generales, tendremos dos grandes conjuntos de lesiones, por un lado aquellas que se definen en razón de la magnitud de los resultados, donde están las lesiones graves (dentro de las cuales entendemos comprendidas las lesiones gravísimas, las simplemente graves y aquellas especialmente tipificadas en el artículo 398, así como la castración y las mutilaciones, que ya revisamos, que se asimilan al tratamiento de las lesiones graves), y, por otro, aquellas que se definen de manera negativa en función de los resultados, y de

¹¹⁴ Matus A. y Ramírez G., Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial.; Balmaceda Hoyos, Manual de Derecho Penal, Parte Especial; Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III; Politoff L., Matus A., y Ramírez G., Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial.; Etcheberry, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III.

¹¹⁵ Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III; Balmaceda Hoyos, Manual de Derecho Penal, Parte Especial.

manera positiva en función de otros criterios, donde encontramos las lesiones menos graves y las lesiones leves¹¹⁶.

En lo relativo al bien jurídico protegido, como mencionamos en la introducción a este acápite, la doctrina nacional ha evolucionado bastante en su análisis, transitando desde considerar que se trata de la incolumidad personal, a pensar que es la salud individual y la integridad corporal, hasta el concepto más asentado hoy, que sería la salud individual exclusivamente. Esto tiene todo sentido, puesto que la salud individual es un concepto pluridimensional de salud, del cual la integridad corporal es, ciertamente, una parte. La doctrina reciente entiende que el cuerpo humano debe entenderse en un sentido amplio, que comprende tanto la salud física como psíquica. Así, entendemos que lo resguardado por estos tipos es el buen funcionamiento del cuerpo humano, desde un punto de vista tanto físico como mental¹¹⁷.

Siguiendo con la lógica anterior, estaremos ante lesiones cuando a raíz del comportamiento (que especificaremos más adelante) se produzcan tanto situaciones de malfuncionamiento del organismo (se genere una enfermedad), como de modificación de la configuración del cuerpo que supongan un detrimento en su funcionamiento en un sentido amplio (desde yagas en la piel hasta mutilaciones)¹¹⁸.

A diferencia de lo que ocurre con los delitos de mutilación (en sentido amplio), no hay discusión respecto a que todas estas figuras pueden ser cometidas ya sea con dolo directo, eventual, o imprudencia¹¹⁹.

¹¹⁶ Van Weezel de la Cruz, “Lesiones y violencia intrafamiliar”, 227.

¹¹⁷ Rettig Espinoza, “Los delitos de lesiones, Crítica a la regulación del Código Penal chileno y bases para su reforma”, 4-8.

¹¹⁸ Rettig Espinoza, 9.

¹¹⁹ Respecto a este punto la doctrina no está conteste, pues dependerá de si consideramos que las lesiones contemplan las vías de hecho de forma aislada, o si requieren necesariamente la repercusión

Por otro lado, respecto a los sujetos, ya sea el activo o el pasivo, no existen limitaciones al respecto, por lo que pueden ser cualquiera, mientras sujeto pasivo y activo sean distintas personas (entendiendo así excluidas las lesiones al feto)¹²⁰.

En cuanto a la naturaleza de la conducta que da lugar a las lesiones, existe discordancia en la doctrina respecto a si la modalidad omisiva es idónea en este sentido. Hay una parte de los autores nacionales, representada por la postura de los profesores Politoff, Matus y Ramírez, que estima que dada la tipología de medios comisivos que el código contempla, estos delitos estarían restringidos únicamente a la realización a través de una modalidad activa, siendo únicamente las hipótesis del artículo 398 y 399 las que podrían, eventualmente, presentarse de forma omisiva¹²¹.

Por otro lado, tenemos a quienes que, como el profesor Garrido Montt, sostienen que este argumento resulta profundamente inarmónico con la estructura de los delitos de omisión impropia (o comisión por omisión), por cuanto no se ve cómo diferirían estos tipos del resto de delitos descritos en términos activos del título VIII, que de hecho si son viables de ser cometidos mediante omisión, tal como ha sido previamente argumentado, de manera que, encontrándose el sujeto activo en una posición de garante, no se ve realmente por qué el delito no se podría ver configurado por la no evitación de la lesión¹²².

1.2.7. Lesiones gravísimas

Se encuentran contempladas en el artículo 397 N°1, el cual dispone “El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a otro, será castigado como responsable de lesiones graves:

física visible típica de las lesiones. Para mayor profundización en esta discusión véase Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo III, Parte Especial, 149, o Etcheberry, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III., 126.

¹²⁰ Ídem.

¹²¹ Politoff L., Matus A., y Ramírez G., Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial., 117.

¹²² Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, 160.

1) [...] si de resultas de las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme”.

Podemos ver que su característica definitoria son los efectos que la lesión resultante de la conducta del sujeto activo haya producido en el sujeto pasivo, siendo particularmente definidas por la gravedad de estas (cuestión que se puede ver reflejada por la cuantía de la pena, la cual es bastante cercana a la del delito de homicidio)¹²³.

Entenderemos como herir el “romper o abrir la carne o un hueso del cuerpo”¹²⁴, como golpear el “dirigir un objeto material para encontrarse con el cuerpo de la víctima en forma repentina y violenta”¹²⁵, y como maltratar de obra “dañar físicamente al lesionado o hacerlo sufrir causándole dolores físicos o psíquicos”¹²⁶, haciendo énfasis en la utilización de vías de hecho¹²⁷.

Una observación crucial para el tema que nos convoca respecto de las lesiones graves (entendiendo que dentro de esta denominación se encuentran tanto las lesiones gravísimas como las simplemente graves), es aquella referente a la conceptualización de la doctrina mayoritaria en lo relativo a la naturaleza del encabezado del artículo 397. Generalmente se ha sostenido a raíz de las formulaciones “si de resultas de las lesiones” y “si las lesiones se produjeren”, y la conclusión a raíz de ellas de que se estaría denotando a través de esas expresiones la relación causal que debe existir entre las lesiones y los efectos que posteriormente se listan en los numerales, que la expresión “lesiones”

¹²³ Garrido Montt, 162; Matus A. y Ramírez G., Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial., 132; Balmaceda Hoyos, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, 98.

¹²⁴ Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo III, Parte Especial, 159.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, 126; Jorge Mera Figueroa, “Los medios en el delito de lesiones graves”, Revista de Ciencias Penales XXXIV (1975): 195.

utilizada por ambos numerales se refiere a la acción de lesionar y no al resultado de lesiones, considerando que los conceptos “hirió, golpeó o maltrató de obra a otro” son verbos que refieren acciones, y no resultados¹²⁸.

La división estricta entre la acción de lesionar y el resultado de lesiones ha llevado a parte de la postura mayoritaria a sostener que el artículo se refiere a modalidades de comisión específicas, consistentes en los medios ahí descritos¹²⁹, de manera que una conducta que no cumpliera, en ese sentido, con todos los elementos de la descripción sería subsumible únicamente en el tipo de lesiones menos graves¹³⁰.

Por otro lado, hay quienes, sosteniendo la diferenciación entre la acción y los resultados, consideran que, así como “matar” en el caso del homicidio, las conductas referidas por el artículo, descritas en una modalidad activa, pueden llevarse a cabo de diversas maneras, cuestión que se vuelve clara al analizar el sentido del tipo penal a la luz del bien jurídico que este protege¹³¹. Así, se estima por esta parte de la doctrina que la postura previamente expuesta pasaría por alto que, de hecho, el artículo describe no sólo la acción, sino que, por sobre todo, el resultado, especialmente si tenemos en consideración que sólo ante el resultado lesivo de “herida”, “golpe” o “maltrato de obra”, es que podemos identificar la presencia de la conducta que ha dado lugar a ese efecto.

¹²⁸Politoff, Grisolia, y Bustos, Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 210; Rettig Espinoza, “Los delitos de lesiones, Crítica a la regulación del Código Penal chileno y bases para su reforma”, 18.; Jorge Mera Figueroa, “Los medios en el delito de lesiones graves”, Revista de Ciencias Penales XXXIV (1975): 174.

¹²⁹ Mera Figueroa, “Los medios en el delito de lesiones graves”, 174.; Rettig Espinoza, “Los delitos de lesiones, Crítica a la regulación del Código Penal chileno y bases para su reforma”, 10.

¹³⁰ Politoff, Grisolia, y Bustos, Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 209. De cualquier manera, los autores citados precisan que la variante en que la lesión grave se cometiese a través del abuso de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima si podría ser llevada a cabo vía omisión.

¹³¹ Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, 158-160.

En este sentido, es reconocible que el que hiere a otro causa una herida a otro, cuestión que, siendo del todo evidente, es particularmente importante, pues si bien estas expresiones aluden por igual a la acción y al resultado, en tanto son interdefinibles, solo se puede referir con precisión al resultado, ya que no se pueden determinar de manera cerrada, a priori, las formas mediante las cuales se puede dar lugar a una herida, un golpe o un maltrato de obra, así como no se pueden definir a priori las formas en que se puede dar muerte a otro. En este sentido, toda acción que resulta en, por ejemplo, un golpe, constituye la acción de golpear, siendo así la estructura fundamental de las lesiones graves la producción de un daño a la salud, generado por cualquier medio, que resulte en una herida, golpe o maltrato de obra ¹³².

En lo que a las lesiones gravísimas respecta, siguiendo con esta línea, entendemos que las circunstancias que consagra el número 1, es decir, el quedar en estado de demencia, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme, son los efectos que se producen a raíz de haberse generado una herida, un golpe o un maltrato de obra¹³³.

Respecto a los resultados a los que se refiere el artículo, cuando se hace referencia a un estado de demencia, no sólo se está hablando de quien sufre clínicamente de demencia, sino de todo aquel que encuentre su juicio permanentemente perdido o afectado. En este sentido, no será necesario que la perturbación o trastorno mental se derive directamente de las afectaciones físicas que ocasionen los golpes, heridas o maltratos, sino que pueden ser resultado de la tensión o extremo terror. Así, mientras el estado de enajenación provoque una alteración grave de la personalidad del sujeto pasivo, y dicha alteración tenga una cierta prolongación en su vida (que debe ser, por lo menos,

¹³² Ibidem, p. 175.

¹³³ Ibid.; Etcheberry, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III., 114.

de 30 días, para pasar el umbral de las lesiones menos graves), se configurará esta hipótesis¹³⁴.

Por otro lado, la inutilidad para el trabajo corresponde a la imposibilidad de desempeñarse en el ámbito de actividades laborales que el sujeto pasivo solía realizar, inutilidad que debe ser apreciada de acuerdo con el contexto social y personal de la víctima, la cual deberá extenderse por un periodo determinado¹³⁵.

La impotencia, por su parte, hace referencia a que la víctima se vea impedida ya sea de su capacidad para llevar a cabo el coito o de reproducción, viendo sus capacidades sexuales afectadas. Se diferencia de la castración en que no requiere el compromiso físico del órgano, sino que basta con que sus funciones se hayan visto mermadas. Por otro lado, tampoco requiere de dolo directo, por lo que de realizarse una castración con dolo eventual o imprudencia estaríamos ante esta hipótesis¹³⁶.

En cuanto a verse impedido de un miembro importante, será necesario que estemos ante la pérdida de función de uno de sus órganos o miembros, o la pérdida material, parcial o total del órgano. Se entiende por importante cualquier miembro cuya función al verse impedida afectaría el desenvolvimiento normal del sujeto pasivo. En este sentido, se difiere de la mutilación pues las conductas subsumibles en este tipo son más amplias que aquellas que calzan con el catálogo de dicho delito¹³⁷.

Finalmente, respecto a las deformidades notables, se refiere a cualquier alteración de naturaleza estética que afecte al sujeto pasivo. Ahora, más allá de la propia apreciación

¹³⁴ Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial. Tomo II (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010), 160; Matus A. and Ramírez G., Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial.; Politoff L., Matus A., and Ramírez G., Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial., 143.

¹³⁵ Ídem.

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ Ídem.

del ofendido acerca de la belleza, será necesario atender al aislamiento y discriminación que de manera previsible puede sufrir una persona con esas características¹³⁸.

1.2.8.Lesiones simplemente graves

Reguladas en el artículo 397 N°2, son aquellas que generan una “enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días”. De esta manera, la disposición exige de forma copulativa que se cause ya sea una enfermedad o incapacidad para el trabajo, y, además, que aquella dure, mínimo, treinta días¹³⁹.

Hacemos extensivas a este título las caracterizaciones previamente propuestas respecto de aquello que puede ser considerado como una enfermedad y una incapacidad para el trabajo. Específicamente, siguiendo el concepto holístico de salud introducido en el primer acápite referido a las lesiones, entenderemos por enfermedad toda alteración en la salud corporal o mental que sobrepase un cierto nivel de intensidad, mientras que por incapacidad para el trabajo consideraremos que se hace referencia a la imposibilidad temporal de ejercer sus labores habituales, a raíz de la afectación producida por la lesión¹⁴⁰.

Finalmente, reiteramos que, en armonía con la sistematización a la que se adscribe, esta figura estaría contemplada dentro de las lesiones graves, de manera que los análisis previamente hechos, en relación con el tipo objetivo (particularmente las modalidades del comportamiento) y el tipo subjetivo, le resultan extensivos.

¹³⁸ Ídem.

¹³⁹ Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, p.166.

¹⁴⁰ Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, p. 133.; Politoff, Grisolia, y Bustos, Derecho Penal Chileno, Parte Especial, p. 212.; Politoff L., Matus A., y Ramírez G., Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial., p. 136.

1.2.9.Lesiones simplemente graves cometidas mediante sustancias nocivas o abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima

El artículo 398 contempla una figura especial de lesiones graves, respecto de las cuales se aplican las penas del artículo 397, cuando se “causare a otro alguna lesión grave, ya sea administrándole a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu”.

Las sustancias nocivas hacen referencia a cualquier tipo consumible por el sujeto pasivo, que, en las circunstancias particulares de la víctima, le ocasionen lesiones graves, ya sea mediante la provocación de una enfermedad o de una incapacidad. En este sentido, la evaluación de la lesión dependerá exclusivamente del efecto que la sustancia tenga en el cuerpo de la persona en cuestión¹⁴¹.

En cuanto al abuso de la credulidad o la flaqueza del espíritu, es una expresión que ha ido evolucionando con el tiempo. Actualmente se entiende que se refiere a supuestos donde hay una relación de dependencia o superioridad psíquica del sujeto activo respecto de la víctima, que le permite, mediante el abuso de esta posición, causar lesiones graves, las cuales podrán ser ocasionadas con dolo directo o eventual, al igual que la hipótesis previa.

En este sentido, un ejemplo particularmente clarificador, es la relación que existe con profesionales de la salud, quienes, gracias a su posición, no sólo mediante la administración de sustancias nocivas podrían ejecutar este delito, sino también a través de dejar de administrarlas o administrarlas en una medida insuficiente¹⁴².

¹⁴¹ Matus A. y Ramírez G., Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial., p. 129; Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, p. 170.

¹⁴² Matus A. y Ramírez G., Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial., 130.

En este contexto entenderemos por crédulo a quien confía plenamente en otra persona, y por flaqueza de espíritu a quien sufre de ingenuidad¹⁴³.

1.2.10. Lesiones menos graves

Corresponde a la figura regulada en el artículo 399 del Código Penal, formulada como “las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes”.

Para que sean consideradas menos graves las lesiones deberán, primero, no ser subsumibles en los artículos 395, 396 y 397, y, segundo, deberán causar una enfermedad o discapacidad para el trabajo por un tiempo inferior a treinta días (respecto de lo cual hacemos extensivas las precisiones previamente expuestas respecto a estos conceptos).

La doctrina tradicional consideraría, que, además, para que una conducta pueda ser subsumida dentro de las lesiones menos graves, ella no deberá poder ser considerable como leve, que es la falta contemplada en el artículo 494 N° 5 del Código Penal¹⁴⁴. Sin embargo, siguiendo al profesor Van Weezel¹⁴⁵, la sistemática que en base a la cual hemos desarrollado este trabajo nos lleva a una conclusión diversa.

Tal como lo entendemos, las figuras de las lesiones menos graves y las lesiones leves no se encuentran configuradas en una relación de excepción entre sí, sino que, por el contrario, son figuras alternativas. De esta manera, que un hecho sea subsumible en uno u otro tipo depende, exclusivamente, del análisis valorativo que realice el juez en base a los criterios expresados en el artículo 494 N°5, y la justificación que en ese sentido vierta en la respectiva sentencia¹⁴⁶.

¹⁴³ Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, 171.

¹⁴⁴ Balmaceda Hoyos, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, 104; Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, 172.

¹⁴⁵ Van Weezel de la Cruz, “Lesiones y violencia intrafamiliar”, p. 228.

¹⁴⁶ Para mayor desarrollo, véase supra.

1.2.11. Lesiones leves

El artículo 494 N°5 del Código Penal regula las lesiones leves, falta tipificada como “las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el art. 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho”.

Como se indicó en el acápite previo, esta figura ha sido caracterizada por el legislador en relación con las lesiones menos graves, entendiendo que constituye una forma más tenue de afectación debido a la calidad de las personas y las circunstancias de hecho¹⁴⁷.

Las mencionadas en el párrafo previo son cuestiones que deberán ser apreciadas por el juez que conozca de la situación, a efectos de determinar si, dados los elementos del hecho, es esta una conducta que por su gravedad deba ser subsumida en la figura de lesiones menos graves, o si, por el contrario, debe ser considerada como una mera falta¹⁴⁸.

1.3. Posición de garante del médico

Zanjada la naturaleza de la conducta en que podría incurrir el facultativo en el contexto de la no realización del aborto a la luz de la ley 21.030 y las diversas hipótesis de delito (relevantes para el asunto que nos convoca) en que se puede materializar, nos queda aún abordar el asunto respecto a su rol de garante.

Esta estructura dogmática y su función dentro del análisis de los delitos de omisión ya fue abordada en el título 1.1.2.2. Posición de garante: fundamento y relevancia, por lo que

¹⁴⁷ Matus A. y Ramírez G., Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial., 120; Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, 175; Balmaceda Hoyos, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, 105.

¹⁴⁸ Van Weezel de la Cruz, “Lesiones y violencia intrafamiliar”, p. 228.

aquello que nos ocupa en este acápite es la calidad de garante de los facultativos y, en un segundo paso, los límites y el contenido de ese rol.

Tal como fue previamente expuesto, es útil tener en mente que la posición de garante opera, en el contexto de los delitos de omisión *impropiamente tipificados*, como una herramienta para determinar el círculo de destinatarios que son sujetos de la norma de requerimiento que exige el impedimento del resultado de muerte o lesivo (en los casos que estamos tratando). De esta manera, es central poder zanjar que los facultativos tienen efectivamente esta calidad, pues de no ser así no podríamos exigirles legítimamente la intervención.

Pareciera que un buen lugar para comenzar el análisis es el sentido común, pues hay algo en la práctica médica que nos inspira una respuesta afirmativa a la pregunta respecto a si los médicos, en general, ocupan una posición de garante. Recordemos que esta consiste en el rol que tienen quienes son titulares de un deber jurídico de evitar un determinado resultado típico¹⁴⁹ por ser sujetos de una norma de requerimiento¹⁵⁰. En este sentido, la pregunta que nos debemos plantear es: ¿hay alguna situación en la que estemos dispuestos a decir que el médico tiene el deber de intervenir para intentar evitar el resultado lesivo a la salud de un individuo determinado?

Ante esa pregunta es relativamente pacífico aseverar que en virtud de la función social que desempeñan debido a su profesión hay ciertas circunstancias en que resulta evidente que el médico está obligado a desempeñar su función e intervenir, constituyéndose en garante de la salud del individuo que trata. Así, si nos imaginamos a un médico en medio de una cirugía que por capricho detiene su intervención, manteniéndose inmóvil, hasta

¹⁴⁹ Couso Salas y Hernández Montecinos, Código Penal Comentado: Libro primero (Arts.10 a 105), doctrina y jurisprudencia, 25.

¹⁵⁰ Mañalich Raffo, “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas.”, 241.

que la persona usuaria fallece, no es particularmente polémico decir que estaríamos ante una situación en la que tenía el deber de actuar, de manera que al infringirlo voluntariamente condicionó la muerte del sujeto, siendo imputable a su conducta y por lo tanto responsable del resultado.

Ahora, el ejemplo lo único que transparenta es la existencia de una posición a analizar, pero nada dice respecto 1) la fuente de la posición de garante del médico, 2) la naturaleza del deber que le asiste, ni 3) el contenido de la posición de garante en cuestión. Sobre estas cuestiones algunos comentarios.

Respecto a la fuente de la posición de garante, en la distinción tradicional que fue revisada en acápites anteriores, la cual fue desarrollada en el contexto de la Teoría del deber jurídico, encontramos la ley, el contrato y la injerencia como posibles fuentes de la posición de garante¹⁵¹.

Respecto la ley, en tanto fuente formal última en nuestro ordenamiento, si bien como mencionamos esta no cuenta con un catálogo de posiciones de garante al que podamos recurrir, bastará con decir que es parte del esfuerzo interpretativo del juez identificarlas en nuestra legislación, a propósito de cómo diversas prácticas o instituciones se encuentran reguladas, como decían los profesores Politoff, Grisolia y Bustos “la posición de garante no es inventada, sino descubierta por el juez, quien no crea el derecho sino lo reconoce en el ordenamiento jurídico positivo”¹⁵².

En el contexto del ejercicio de la profesión médica, pareciera relativamente evidente que la fuente de la posición la encontramos en la ley. En nuestro ordenamiento, cuerpos

¹⁵¹ Supra 1.1.2.2., p.20.; Recordemos que desde una perspectiva más contemporánea lo que ellas nos permiten es justificar la existencia de un determinado rol de garante, mientras que, posteriormente, será necesario recurrir a la Teoría de las funciones para calificar la naturaleza del rol en cuestión: Supra 1.1.2.2., p.21.

¹⁵² Politoff, Grisolia, y Bustos, Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 57.

normativos como el Código Sanitario y la Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, entregan un marco que nos permite reconocer la particular posición que ocupan los facultativos en la entrega de prestaciones médicas. En este sentido, el primer cuerpo delimita quiénes están habilitados para desempeñar actividades propias de la medicina, mientras que el segundo dota de contenido esta relación, regulando ciertos deberes que, independiente del contexto en que desempeñe la función, cualquier prestador de acciones de salud deberá observar.

En conjunto con lo anterior, en el contexto de su desarrollo gremial, el Colegio Médico de Chile cuenta con un Código de Ética, el que rige para todos quienes se encuentren afiliados a la organización. Aquí encontramos, también, principios y deberes que ordenan el desempeño de los facultativos, entre los cuales se incluye, en su artículo 18, el deber de prestar atención profesional a toda persona enferma que lo requiera, y la prohibición de eludir dicha atención cuando no existe otro profesional que pueda garantizar la continuidad del servicio, y en su artículo 19 el de, aceptada la atención de un paciente, garantizar la continuidad de su servicio.

Volviendo a la otra categorización que revisamos en el subtítulo 1.1.2.2., abordamos la distinción entre los garantes de protección y los de vigilancia, siendo los primeros quienes tienen la función de prevenir peligros que están en el exterior y amenazan el interior, protegiendo un determinado bien jurídico¹⁵³. Es en esta categoría que encontramos a los médicos en general.

¹⁵³ Héctor Hernández Basualto, “Seminario Intenacional: Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial”, Revista de Estudios de la Justicia, n° 10 (2008): 187.

En este sentido, la naturaleza de la posición de garante del médico es una que se condice con su deber de resguardar el bien jurídico salud, en el contexto de la intervención medica determinada que se realiza/debería realizar.

Se suele caracterizar esta posición aseverando que el garante de protección tiene la obligación de impedir todo menoscabo para el bien jurídico garantizado, independiente de su origen, pero esa afirmación en nada nos sirve para elucidar en qué se traduce en lo concreto. Así, una forma más fértil de aproximarse a la cuestión es, teniendo ya identificado el bien jurídico del que es garante el individuo en cuestión, enfocándose en reconocer cuál es la fuente de peligro que en el caso concreto es el potencial origen de la lesión de la que podría ser objeto el bien jurídico y que por tanto debe ser evitado por el garante¹⁵⁴, sobre todo teniendo en consideración que el deber del médico está limitado a la intervención en el contexto de el tratamiento de un problema de salud determinado.

El problema de la posición de garante es que esta es solo un criterio para identificar el círculo de individuos que puede, potencialmente, ser sujetos de imputación en tanto, dependiendo de las circunstancias específicas, son quienes se encuentran afectos a la norma de requerimiento. Sin embargo, esto nada nos dice acerca de criterios positivos que nos permitan afirmar en un caso determinado que al individuo le resulte, de hecho, imputable el quebrantamiento de la norma en cuestión¹⁵⁵ ni cuál es el contenido de ese deber.

Respecto a esto último, tal como fuera desarrollado en el punto 1.1.2, en el contexto de los delitos de omisión *impropiamente tipificados*, el contenido de la norma de mandato a la que se encuentra sujeto el médico es la fuente determinante de su deber. En este sentido,

¹⁵⁴ Mañalich Raffo, “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas.”, 243.

¹⁵⁵ Ibidem, 244.

el deber consistirá en evitar que un determinado estado de cosas se concrete. En los casos que nos interesa: ejecutar una acción que impida que la persona embarazada muera o resulte lesionada.

Respecto a la posibilidad de determinar bajo qué circunstancias un determinado resultado lesivo le será imputable al facultativo por su omisión, además de necesitar verificar que concurren las exigencias generales de imputación (que sea antijurídica y que sea culpable), deberá concurrir la exigencia propia de los delitos de omisión que en este trabajo analizamos, esto es, que el garante haya contado con una oportunidad para la acción (presentándose la situación lesiva del bien jurídico cuya concreción debe evitar, haya optado por abstenerse de actuar tal como la norma se lo exige)¹⁵⁶.

Sin embargo, es necesario especificar el análisis un poco más.

Hay parte de la doctrina que estima de forma excesivamente amplia el alcance de la posición de garante del médico, imputándole los resultados lesivos de todas aquellas circunstancias en que por no atender un paciente este luego fallece o sufre lesiones. Sin embargo, una perspectiva así de extensiva es difícilmente defendible, pues la restricción que impone a la libertad del facultativo resulta insostenible, por no mencionar que atenta contra los principios más básicos del derecho penal y la responsabilidad en general¹⁵⁷.

La doctrina mayoritaria, por su parte, tiene una visión bastante más restringida, en tanto entiende que el médico es garante en aquellas situaciones en que haya asumido efectivamente el tratamiento del individuo¹⁵⁸, lo que, si bien reduce considerablemente el

¹⁵⁶ Todo esto fue revisado en el punto 1.1.2.2.

¹⁵⁷ Patricia Faraldo Cabana, “Omisión del deber de socorro. En especial referencia a la negativa al tratamiento médico”, en Lecciones de derecho sanitario, 1993, 528. Faraldo Cabana, “Omisión del deber de socorro. En especial referencia a la negativa al tratamiento médico”.

¹⁵⁸ Faraldo Cabana, “Omisión del deber de socorro. En especial referencia a la negativa al tratamiento médico”, 529.

campo de circunstancias penalmente relevantes, nos deja aún con algunas preguntas relevantes, como serían ¿desde cuándo se entiende que asume efectivamente el tratamiento? y ¿en qué circunstancias entenderemos que se hace efectiva esta posición?

Se suele entender que para que las posiciones de garante en forma general tengan importancia en el sentido de dar a lugar omisiones penalmente relevantes, será necesario que el garante haya asumido previamente el compromiso de contención de riesgos y posteriormente lo haya vulnerado de forma voluntaria¹⁵⁹. Esto es particularmente relevante porque, en el fondo, lo que ha sucedido es que el garante se ha constituido como una barrera de protección respecto del bien jurídico que se tutela, de manera que el titular del bien, o el interesado en su protección, renuncia a vías alternativas de cuidado, descansando en el compromiso que, de ser quebrantado, generaría el riesgo prohibido¹⁶⁰. De esta forma vemos que el garante pasa a estar en una posición de dominio fáctico y social respecto del resguardo del bien jurídico o el control de la fuente de peligro¹⁶¹.

De esta forma, volviendo al médico, será necesario que este se haya comprometido a asumir la contención del riesgo que amenaza al paciente¹⁶², lo que sucederá con la consolidación de la relación médico-paciente. En este sentido, es importante tener presente que la asunción de la posición en estos contextos no se manifiesta únicamente a través de instrumentos en los que se consigne esto de forma expresa, sino que, de hecho,

¹⁵⁹ Navas, “Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en derecho penal”, 687.

¹⁶⁰ Couso Salas y Hernández Montecinos, Código Penal Comentado: Libro primero (Arts.10 a 105), doctrina y jurisprudencia, 33.

¹⁶¹ Carlos María Romeo Casabona, “Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas”, Diario la Ley 4 (2006): 8.

¹⁶² Faraldo Cabana, “Omisión del deber de socorro. En especial referencia a la negativa al tratamiento médico”, 530.

lo relevante será que se den muestras de haber asumido ese rol en el sentido más práctico posible, lo que puede pasar o no por la suscripción de un instrumento determinado¹⁶³.

Sin embargo, nos encontramos con otro problema, y es que el escenario previamente descrito presupone condiciones ideales que muchas veces no son las existentes en el contexto de la relación con el médico tratante. Por ejemplo, ¿podemos hacer exactamente el mismo análisis respecto de los médicos que tienen el monopolio del servicio de salud, como sucede muchas veces en zonas rurales, o en el caso de los médicos de turno en los servicios de urgencia?

En el caso del médico urgenciólogo pareciera que el acto de asunción del tratamiento sería reemplazado por su participación en el turno, de manera que el rol que ejerce en ese contexto lo pone en la posición de ser garante respecto de los pacientes que entren al servicio con la confianza de que serán atendidos por quien se encuentre ahí¹⁶⁴.

Respecto el médico que tiene el monopolio del servicio por ser el único profesional disponible en una determinada zona, pareciera que las repercusiones son menos claras, pues nadie se atrevería a decir que este es responsable de todas aquellas personas que se encuentran dentro del radio razonable de su servicio. En este caso se vuelve necesario volver a la idea de asunción del tratamiento que previamente describíamos, o a ideas relacionadas con la exigibilidad de la conducta, con miras a delimitar claramente el contenido del deber que le asiste¹⁶⁵.

¹⁶³ Cuadrado Ruiz, “La posición de garante”, 47.; Laura Mayer Lux, “Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica”, *Revista de derecho (Valparaíso)*, n° 37 (2011): 388, <https://doi.org/10.4067/S0718-68512011000200009>.

¹⁶⁴ Faraldo Cabana, “Omisión del deber de socorro. En especial referencia a la negativa al tratamiento médico”, 529.

¹⁶⁵ Ídem.

Ahora, vale la pena preguntarse si en algo cambia el análisis si tomamos en consideración la fuente de la posición de garante desde el punto de vista de la estructura institucional en la que se enmarca, que en este caso se expresa en la distinción entre los médicos que desempeñan sus funciones en servicios públicos o subvencionados/urgencias, o de forma más genérica regidos por el deber que les impone la ley de entregar sus servicios, y los médicos que ejercen su profesión en establecimientos privados, donde el origen de la relación es el contrato entre el usuario y él (o la institución para la que trabaja).

La distinción toma relevancia desde el punto de vista de que, en el caso de quienes ejercen la profesión de forma independiente, parecieran tener una mayor libertad en la elección de aquellas prestaciones que otorgan, mientras que aquellos que se encuentran en el marco de un servicio público estarían constreñidos por las obligaciones propias de los funcionarios públicos y las prestaciones que garantiza el Estado.

La afirmación previa resulta relativamente inocua, en tanto parece ser evidente que aquellos facultativos que, además, tengan la calidad de funcionarios públicos, se encontrarán sujetos a los estándares y obligaciones propios del servicio de salud en el que se desempeñan, el cual, a su vez, es un medio por el cual los órganos de la administración del estado cumplen con los deberes que le asisten al Estado en tanto garante de una serie de derechos, para lo cual provee un sinnúmero de servicios, entre ellos, ciertamente, aquellos destinados al resguardo de la salud¹⁶⁶.

Por su parte, los médicos que ejercen libremente la profesión, ya sea en consultas privadas o en el contexto de instituciones que tengan esa calidad, pareciera no se encuentran sujetos a los deberes previamente expuestos, sin perjuicio de poder

¹⁶⁶ Manual para el ejercicio profesional del médico (2020), Colegio médico de Chile. [recurso virtual en: <https://view.joomag.com/manual-de-ejercicio-profesional-m%C3%A9dico-edici%C3%B3n-2020/0614709001582221362?short>]

eventualmente encontrarse sujetos a otros de diversa fuente. En lo que nos interesa para el punto, pareciera ser que esto se traduce en la posibilidad de seleccionar de forma más arbitraria aquellas relaciones médico-pacientes en las que entran.

Por otro lado, además de aquellos elementos necesarios para el análisis de la imputación penalmente relevante, encontramos que el facultativo tiene, además, deberes de otra naturaleza, propios de la función que desempeña. En este sentido, hay ciertos contenidos mínimos que podemos identificar, transversales al ejercicio de la profesión médica, los cuales encuentran su fuente en los principios básicos de la ética de la profesión que rigen la relación médico-paciente, cuya infracción podría, potencialmente, dar lugar a responsabilidad penal en casos de infracción imprudente de la norma de mandato. Estos serían: el principio de autonomía del paciente, el principio de bienestar del paciente y el principio de no dañar al paciente¹⁶⁷. Algunos breves comentarios sobre ellos.

El principio de la autonomía del paciente, desde la perspectiva del Derecho Penal, se traduce en la posibilidad que tiene el individuo de consentir o no en las intervenciones médicas que afecten su integridad física o su salud, de forma independiente, sin coerciones o intervenciones externas¹⁶⁸. Esta directriz y su relevancia no son más que una manifestación de la importancia general de la autonomía del sujeto, contextualizada en este ámbito en específico. Así, encontramos como fuentes el artículo 1 de la Constitución Política de la República, los numerales pertinentes del artículo 19¹⁶⁹ y las normas penales

¹⁶⁷ Mayer Lux, “Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica”, 372.

¹⁶⁸ *Ibidem*, 373.

¹⁶⁹ *Ídem*. La profesora Mayer reconoce como fuentes el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (numeral primero), el respeto y protección de la vida privada (numeral cuarto), la libertad de conciencia (numeral sexto) y el derecho a la libertad personal (numeral séptimo).

que nos permiten reconocer que hay ciertos bienes jurídicos que son disponibles para su titular¹⁷⁰.

De lo anterior se colige que el facultativo encuentra su intervención inherentemente circunscrita al consentimiento de la persona usuaria, siempre que haya sido obtenible, pues es este lo que dota de legitimidad lo que de otra forma podría simplemente ser constitutivo de lesiones u otra forma de afectación al bien jurídico integridad corporal u otros. Esto requiere, necesariamente, que la persona haya sido informada debidamente de todos los antecedentes pertinentes a la intervención¹⁷¹.

Por otro lado, el principio de no dañar al paciente dice relación con la “prohibición de irrogarle menoscabos, tanto físicos como psíquicos al paciente [...] quedan comprendidas dentro del término [...] tanto las conductas que lesionen, como las que pongan en peligro la integridad corporal o la salud o incluso la vida del paciente”¹⁷².

Desde una perspectiva penal, dentro de las hipótesis en que se podría transgredir este principio, se distinguen claramente dos tipos de circunstancia: 1) en el contexto de una intervención se lesiona o pone en peligro la integridad, la salud o la vida de la persona usuaria dolosamente, o 2) se realiza una intervención que no se adecúa a los estándares técnicos de la ciencia médica¹⁷³.

En el primer caso, el médico puede infringir dolosamente su deber de no dañar a la persona usuaria incluso al omitir suministrar los medios paliativos procedentes, lo que se

¹⁷⁰ Ibidem, 374

¹⁷¹ Ibidem, 375.

¹⁷² Ibidem, 383.; La profesora identifica como fuentes para esta prohibición tanto la dignidad de la persona, consagrada en el art.1 de la Constitución Política de la República, como el derecho a la vida y la integridad física y psíquica, contemplada en el art.19 n°1 de nuestra carta fundamental.

¹⁷³ Ibidem, 383 - 385.

hace extensivo al tratamiento que se haga necesario en el contexto de la intervención solicitada, situación que se traduciría en una eventual punibilidad a título de lesiones¹⁷⁴.

En el segundo caso las hipótesis son múltiples, pues “un tratamiento médico es defectuoso o negligente cuando aquel, objetivamente, no se encuentra indicado o no es realizado de acuerdo con la ciencia médica, considerando las circunstancias del caso concreto al momento del tratamiento respectivo”¹⁷⁵. En el caso de la infracción al mandato de evitación del resultado lesivo, el derecho comparado ha recurrido a un estándar de médico especialista con experiencia, de manera que se exige que el médico haya actuado con los conocimientos y aptitudes exigibles al facultativo especialista promedio, de acuerdo con los conocimientos existentes al llevarse a cabo o omitirse la intervención médica¹⁷⁶.

Por último, el principio de bienestar del paciente se traduce en el deber que asiste a los médicos de realizar actuaciones que favorezcan al paciente en el marco de un tratamiento, es decir, se traduce en un mandato de promover activamente el bienestar¹⁷⁷.

Tal como dice la profesora Mayer, la “inobservancia puede acarrear responsabilidad penal para el médico, por ejemplo, por las lesiones o el homicidio por omisión causal al paciente, en caso de que no le hubiese dado una atención sanitaria oportuna, pese a serle exigible. [...] El médico habría infringido tanto el mandato de bienestar como la prohibición de no dañar al paciente”¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Ibidem, 384.

¹⁷⁵ Ibidem, 385.

¹⁷⁶ Ídem.

¹⁷⁷ Ibidem, 387; La profesora identifica como fuentes para esta prohibición tanto la dignidad de la persona, consagrada en el art.1 de la Constitución Política de la República, como el derecho a la vida y la integridad física y psíquica, contemplada en el art.19 n°1 de nuestra carta fundamental.

¹⁷⁸ Ibidem, 388.

En síntesis, encontramos en nuestro ordenamiento que la fuente de la posición de garante de la que son sujetos los médicos se encuentra en nuestra legislación y en la normativa gremial que rige el ejercicio de la profesión.

En cuanto a la naturaleza de dicha posición, estamos ante una posición de protección, en tanto es el bien jurídico salud aquel que deben salvaguardar en la prestación de sus servicios. Esta posición dependerá, de forma estricta, de que el médico haya, de hecho, asumido el cuidado de la persona usuaria en cuestión (lo que no implica necesariamente la suscripción de un instrumento, sino más bien la situación fáctica de haberse constituido como una barrera de protección en relación con el tratamiento del que consista la intervención).

Subsecuentemente, para que el médico garante pueda ser eventualmente imputado por el resultado, será necesario que este se haya encontrado con una oportunidad para la acción, es decir, estando en la situación potencial de verse lesionado el bien jurídico que debe salvaguardar, este opta por abstenerse de la conducta que la norma le exige.

Finalmente, en lo relativo a su contenido, el parámetro determinante para poder identificar aquello a lo que está obligado el médico será, precisamente, la norma de comportamiento a la que se encuentra sujeto en virtud de ser titular de la posición de garante: en lo que nos interesa, el mandato de evitar el resultado de muerte o de lesiones de la persona embarazada.

De forma accesoria, encontramos que hay principios tanto constitucionales, como legales, como éticos, que informan el desempeño de su función, cuya infracción podría dar lugar, eventualmente, a responsabilidad penal en hipótesis imprudentes.

2. Objeción de conciencia

Si bien la objeción de conciencia es una institución de larga data en ordenamientos jurídicos erigidos sobre ideales propios del racionalismo, en el último tiempo ha tomado especial relevancia en nuestro país, particularmente desde la dictación de la ley 21.030 que despenaliza el aborto en tres causales. La ley regula el derecho de los médicos y las instituciones a excusarse de realizar abortos en los casos en que este es procedente, bajo el amparo de la objeción de conciencia que la propia ley regula en los siguientes términos:

Artículo 119 ter. El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. De este mismo derecho gozará el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención. En este caso, el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. Dichos protocolos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con los artículos anteriores. La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución.

Si el profesional que ha manifestado objeción de conciencia es requerido para interrumpir un embarazo, tendrá la obligación de informar de inmediato al director del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.

En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención."

Con miras a identificar cómo opera esta institución en el contexto del problema en análisis, nos referiremos, primero, al concepto mismo de la objeción de conciencia, para luego adentrarnos en su fundamento, como también en sus fuentes, los límites y alcances de la objeción de conciencia con especial énfasis en la praxis médica, tanto generales como la regulación que aporta la ley 21.030 específicamente, finalizando con una aproximación contextualizada en el derecho penal.

Zanjados estos puntos, nos encontraremos en condiciones de aportar una revisión del problema planteado: ¿son los médicos objetores de conciencia potencialmente responsables a la luz del derecho penal cuando, encontrándose la persona usuaria en alguna de las tres causales, se excusan de realizar la intervención médica y dicha omisión tiene como consecuencia la muerte o la lesión de la persona gestante?

2.1 Concepto y naturaleza jurídica de la objeción de conciencia

La objeción de conciencia tiene distintas definiciones entregadas por la doctrina, las cuales se procederán a exponer, para luego quedarnos con una definición que será la recogida por este trabajo. Hay quienes la han entendido como el rechazo de una persona a realizar una acción impuesta por la ley por ser esta contraria a su conciencia¹⁷⁹. Raz por

¹⁷⁹ Pablo Marshall y Yanira Zuñiga, "Objeción de conciencia y aborto en Chile", Derecho PUCP, no. 4 (2020), 102.

su parte la considera como “una violación del derecho en virtud de que al agente le esta moralmente prohibido obedecerlo”¹⁸⁰. Así, la objeción de conciencia se considera como un incumplimiento del ordenamiento jurídico por encontrarse impedido, la persona que se ampara en ella, de ajustar su conducta a él por razones éticas, morales o religiosas de la propia persona, quien asume las consecuencias jurídicas de dicho incumplimiento. Hay quienes también la conciben “como un derecho que permite protección frente al Estado, una defensa de una prerrogativa que favorece a individuo frente a las exigencias estatales”¹⁸¹.

No obstante, lo anterior, se ha buscado el reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia para que en algunos casos pueda ser ejercida como un derecho. En este sentido, Peces Barbas define la objeción de conciencia como “Una desobediencia regulada por el derecho, con lo cual deja de ser desobediencia para ser un derecho subjetivo o una inmunidad y supone una excepción a una obligación jurídica, que puede ser, incluso, fundamental. Frente a la obligación jurídica se excepciona por razones justificadas de carácter moral, de tal manera que se considera razonable que aquellos que se encuentran en una situación de conciencia, no exclusivamente subjetiva sino con posibilidades de convertirse en ley moral universal, donde el cumplir con la obligación citada sea de todo punto imposible, encuentren una regulación jurídica que apoye su pretensión”¹⁸².

En la línea de lo anterior, Gastón Avellán plantea que la objeción de conciencia sería “el incumplimiento de un deber jurídico, pacífica y moralmente motivado que procura

¹⁸⁰ Joseph Raz, *La autoridad del derecho: Ensayos sobre derecho y moral*, 2da ed. (México D.F: Ediciones Coayacán, 1985), 385.

¹⁸¹ Javiera Cabello-Robertson y Alexander Nuñez-Nova, “Objeción de conciencia institucional y regulación en salud: ¿Existe una excusa legítima frente al aborto en Chile?”, *Revista de Bioética y Derecho*, no. 43 (2018), 161.

¹⁸² Gregorio Peces-Barba Martínez, “Desobediencia Civil y Objeción de Conciencia”, *Anuario de Derechos Humanos*, no. 5 (1989), 168.

salvaguardar la propia integridad moral frente a un imperativo heterónomo que se juzga injusto”¹⁸³. Así, no toda inobservancia de la norma jurídica, o el deber que esta impone, sería objeción de conciencia, sino que esta debe provenir de una convicción moralmente profunda y que además el cumplimiento de esta sea considerado injusto al tener en consideración la circunstancia del individuo en cuestión.

Rawls por su parte se refiere a lo anterior, definiendo la objeción de conciencia como “El rechazo de conciencia que consiste en desobedecer un mandato legislativo más o menos directo, o una orden administrativa. Es rechazo ya que se nos da una orden, y, dada la naturaleza de la situación, su aceptación por nuestra parte es conocida por las autoridades”¹⁸⁴.

Podemos ver que el reconocimiento que se entrega a la objeción de conciencia se encontrará limitada a aquellas situaciones donde, en caso contrario, el individuo se vería afectado en su integridad moral. Algunos de los casos para ilustrar lo anterior que da Rawls son los primeros cristianos que se negaban a cumplir ciertos actos de piedad prescritos por el Estado pagano, o la de los testigos de Jehová a saludar la bandera¹⁸⁵.

De esta forma, es posible ya dar cuenta de las características que configuran a la objeción de conciencia: primero, debe existir una norma jurídica que imponga un deber a las personas. Segundo, aquello que la norma manda debe resultar contrario a la conciencia del individuo en cuestión. Tercero, nos encontramos cuando el objetor puede actuar contrario a derecho en aquellos casos en que el no realizar el deber impuesto implica una sanción, o bien, el mismo ordenamiento jurídico regula la exención a cumplir el deber impuesto por la norma, al existir razones éticas, morales o religiosas que son fundadas en

¹⁸³ Marina Gascón Abellán, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990), 217.

¹⁸⁴ John Rawls, *Teoría de la justicia*, 2da ed. (México D. F: FCE, 1995), 335.

¹⁸⁵ Ídem.

la conciencia del objetor. Lo que si es necesario precisar ¿es la objeción de conciencia una inmunidad, un derecho subjetivo o una desobediencia al sistema jurídico? Esta pregunta será resuelta a continuación.

Kelsen, como explica Iñigo Álvarez, define un derecho subjetivo como “En otras palabras, el derecho subjetivo es para Kelsen, «la norma jurídica en su relación con aquella persona de cuyo poder de disposición se hace depender la realización de la voluntad del Estado en cuanto a la sanción, tal como en la norma jurídica se proclama» (1987: 545). Y sólo así puede hablarse de un derecho subjetivo respecto del comportamiento del sujeto a deber y de un derecho subjetivo respecto a la imposición de la sanción por parte del Estado. No obstante, todo ello no significa que norma jurídica y derecho subjetivo sean una y la misma cosa, pues puede existir la norma sin derecho. «La norma jurídica (en sentido objetivo), dice Kelsen, es permanente y la duración del derecho subjetivo, por el contrario, limitada» (1987: 545). El derecho subjetivo existe desde que existe lo que Kelsen llama el supuesto de hecho determinante del derecho, esto es, desde que se dan las condiciones para que la conducta antijurídica en sentido estricto sea posible.”¹⁸⁶

Finalmente, la explicación más clara de lo que entiende Kelsen por derecho subjetivo, se da al final del trabajo de Iñigo Alvarez “Y un poco más adelante: «que un individuo «tenga» un derecho subjetivo, es decir, que «tenga» determinado poder jurídico, significa solamente que una norma jurídica hace de determinada norma de ese individuo la condición de determinadas consecuencias» (1991: 148); «la esencia del derecho subjetivo [...] se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar» (ibtdem). De nuevo, Kelsen pretende que el derecho subjetivo no es

¹⁸⁶ Iñigo Álvarez, “Sobre el concepto de derecho subjetivo de Hans Kelsen” Boletín de la Facultad de Derecho, no. 17 (2001) 37

la voluntad del individuo protegida por el orden jurídico. Sin embargo, es un poder jurídico para reclamar por el incumplimiento de una obligación.”¹⁸⁷

Así, Kelsen entiende que un derecho subjetivo es la posibilidad que entrega el ordenamiento jurídico para poder reclamarle a otro un incumplimiento lo cual no es lo que se le otorga al médico cuando se le da el derecho a no tener la obligación de llevar a cabo la interrupción del embarazo, pese a que la mujer se encuentre dentro de alguna de las tres causales e la ley 21.030. No es precisamente la potestad que tiene el médico de exigirle a otro el cumplimiento de cierta cosa o exigirle cierta acción, sino que se le respete su objeción de conciencia ya que esta se encuentra amparada por el derecho. Si entendemos de esta manera a los derechos subjetivos, hace complejo definir a la objeción de conciencia como tal.

En otra línea Hohfeld plantea al derecho subjetivo como, según Maria Beatriz Arriagada, “Desde una perspectiva como la de Hohfeld, tanto el poder de accionar frente al incumplimiento de la obligación de otro (característico del derecho subjetivo en sentido técnico) como el poder de control sobre la obligación de otro (propio del concepto hartiano de derecho subjetivo) admiten ser calificados como una especie de potestad. Y en consecuencia, tanto el derecho subjetivo en sentido técnico como el concepto hartiano de derecho subjetivo pueden ser reconstruidos como una unión de los conceptos hohfeldianos de derecho subjetivo y potestad.”¹⁸⁸

En un estudio más exhaustivo de lo que Hohfeld finalmente plantea, es que el derecho subjetivo correspondería tanto a la capacidad de hacer del cumplimiento de otro como la posibilidad de omitir una conducta. Esta terminología, plantea, acarrea una serie de expresiones que guardarían una cierta relación entre sí, pero la cual es necesaria

¹⁸⁷ Ibid. 70

¹⁸⁸ Maria Beatriz Arriagada, “El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo.” *Revista de Ciencias Sociales*, no. 65 (2014), 36

distinguir.¹⁸⁹ “Por lo que respecta a las modalidades activas, es decir, a los miembros de la familia "derecho", una persona se puede hallar en una de estas cuatro posiciones: como titular de un derecho (en sentido estricto), de una libertad, de una potestad o de una inmunidad. En cuanto a las modalidades pasivas, los miembros de la familia "deber", serían: deber, no-derecho, sujeción e incompetencia.”¹⁹⁰ Es necesario aclarar que en estos términos, cuando Hohfeld se refiere a un derecho, se refiere a un derecho subjetivo y que dentro de los derechos subjetivos nos encontramos con esas cuatro posiciones: titularidad de un derecho, una libertad, una potestad o una inmunidad.

Los conceptos Hohfeldianos que para efectos de este trabajo son importantes de destacar son: libertad/no derecho y la inmunidad. La libertad la entiende como “A la modalidad activa "libertad" le corresponde la modalidad pasiva "no-derecho". A tiene frente a B la libertad de realizar el acto x, si y sólo si B no tiene derecho (tiene el no-derecho) a exigir que A se abstenga de hacer x. Si decimos que A tiene libertad para circular por las calles es porque B (o cualquier otro individuo) no tiene derecho a impedirlo.”¹⁹¹

En cambio, la inmunidad es entendida como “A la modalidad activa "inmunidad" le corresponde la modalidad pasiva "incompetencia". A tiene frente a B una situación de inmunidad respecto a los posibles efectos del acto x de B, si y sólo si B es incompetente ("tiene incompetencia") para alterar, mediante el acto x, la situación jurídica de A. Un jefe de Estado puede gozar de inmunidad en relación con determinados actos delictivos. Esta afirmación significa que los jueces carecerían de competencia para juzgar al jefe de Estado por aquellos actos.”¹⁹²

¹⁸⁹ José Manuel Moreso y Josep María Vilajosana. “Introducción a la Teoría del Derecho.” Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. (Madrid; Barcelona, 2004), 139

¹⁹⁰ Ibid. 140

¹⁹¹ Ibid. 141

¹⁹² Ibid. 142.

Salvador Vilata Menads explica las razones que afirman quienes entienden la objeción de conciencia de esta manera “Cuando se habla de inmunidad se alude a la libertad de una persona frente a la potestad o contralor jurídicos de otro, con respecto a una relación jurídica. Una inmunidad es el correlativo de una incompetencia (“No-potestad”) y el opuesto de una sujeción. El sinónimo más receptivo a la conceptualización de inmunidad es el de “exención”. Un derecho es una inmunidad cuando su titular A está exento ante los efectos del acto X de B, es decir, cuando éste es incompetente para modificar, por medio de dicho acto, la situación jurídica del titular. Se encuentra en la situación jurídica que calificamos como inmunidad quien detenta facultades que puede hacer valer para impedir que se modifique su situación jurídica por parte de quien se encuentra en la situación correlativa de incompetencia, esto es, está en la situación de inmunidad quien se encuentra en posición de ausencia de deber de cumplimiento de las prescripciones de otros, al tiempo que quien no se encuentra en tal situación de ventaja, está en la situación mencionada de sujeción.”¹⁹³

La tesis que creemos más correcta en la línea de lo que planteamos anteriormente, es aquella que define a la objeción de conciencia como una inmunidad y a la vez libertad por las razones que procedemos a exponer. Si bien Salvador Vilata Menadas expone la doctrina que siguen los autores que entienden la objeción de conciencia como una inmunidad, lo que deja fuera es que, a la Hohfeld, existe una distinción entre inmunidad y libertad, y la objeción de conciencia comprende ambas, pero en niveles diferentes. Desde la inmunidad al ser esta la que exime de las consecuencias jurídicas que acarrea no llevar a cabo el deber, como lo es el caso por ejemplo del médico objetor de conciencia que no lleva a cabo una prestación de salud y no por eso será sancionado por falta de servicio ya que tiene inmunidad por ser objetor de conciencia. Luego una libertad, porque les entrega a los

¹⁹³ Salvador Vilata Menadas, “Ciudadanos jurados y objeción de conciencia”, *Jueces por la democracia*, nº 40 (2001): 65.

objectores de conciencia la libertad de decidir si desean o no ampararse en la objeción de conciencia y no llevar a cabo la prestación y que además esta prestación no pueda ser exigida por el paciente o por el Estado.

Ahora bien, luego de haber precisado que la objeción de conciencia no es del todo un simple derecho subjetivo, si entendemos este como la facultad de poder obligar a otro, y es más bien una libertad e inmunidad a la Hohfeld es necesario de todas formas hacer una precisión conceptual de esta figura y distinguirla de la desobediencia civil, para lograr zanjar el punto, y descartar por qué no sería un tipo de desobediencia.

Raz define la desobediencia civil como “Una violación del derecho políticamente motivada, hecha ya sea para contribuir directamente al cambio del derecho o de una política, o bien para expresar la protesta de uno, en contra o para disociarse de una disposición jurídica o de una política”¹⁹⁴. Por otro lado, Rawls la define como “un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido habitualmente con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas del gobierno”¹⁹⁵.

De estas definiciones podemos ya extraer elementos diferenciadores entre la objeción de conciencia y la desobediencia civil: primero, la objeción de conciencia, en el marco que es reconocido por la norma, puede ser ejercida como una libertad o inmunidad, mientras que la desobediencia civil se caracteriza por trasgredir el derecho. Segundo, la objeción de conciencia es un acto privado, ya que la persona quiere evitar cometer una acción que para sí es moralmente incorrecta, mientras que la desobediencia civil es un acto más bien público que tiene fines políticos. Tercero, y en la misma línea que lo anterior, las razones que existen para esgrimir la objeción de conciencia son de carácter ético, moral o religioso, mientras que la justificación para la desobediencia civil se refieren a principios políticos.

¹⁹⁴ Raz, La autoridad del derecho, 324-325.

¹⁹⁵ Rawls, Teoría de la justicia, 333.

En este sentido se han pronunciado, también, Aparisi y López “No se aspira a modificar ninguna norma. No se pretende obligar a la mayoría a revisar su decisión, obtener publicidad ni anular una norma (...) La objeción de conciencia es un mecanismo que permite resolver, por vía de excepción, los conflictos entre mayorías y minorías existentes en toda sociedad democrática contemporánea”¹⁹⁶. Así, vemos que esta institución consagra un derecho entregado a las minorías con el fin que ciertas convicciones éticas, morales o religiosas sean respetadas. En el contexto de una sociedad pluralista las minorías puedan apelar a este derecho, pero de forma excepcional y en la medida en que sea reconocido por el propio ordenamiento jurídico.

2.2 Fundamento de la objeción de conciencia

Como se señaló en el apartado anterior, la objeción de conciencia puede ser apelada, en los casos en que se encuentre recogida por el ordenamiento jurídico, por parte de quien pueda sufrir un daño en su integridad en el caso que sea obligado a cumplir con la norma. Así, Ramon Soriano señala *“la razón de ser de la objeción es la actitud ética del objetante, que le lleva a excepcionar una norma jurídica en lo que a él se refiere por imperativos de conciencia.”*

Ahora bien ¿Cuál es el fundamento que tiene el legislador para proteger la objeción de conciencia? Para lograr responder esta pregunta, es necesario hacer la siguiente distinción: la libertad de conciencia como derecho fundamental y la objeción de conciencia como un derecho derivativo del anterior.

¹⁹⁶ Ángela Aparisi Millares y José López Guzmán, “El derecho de objeción de conciencia en el supuesto del aborto: De la fundamentación filosófica- jurídica de su reconocimiento legal”, *Persona y Bioética* 10, no. 1 (2006), 54.

Los derechos fundamentales son aquellos que emanan directamente como atributos esenciales de la dignidad humana y que constituyen un límite a la soberanía, cuestión que es recogida en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República. Con respecto a la objeción de conciencia, se ha tendido por parte de la doctrina a vincularlo e incluso confundirlo con el derecho fundamental de libertad de conciencia, como si estos fuesen un solo concepto.

La libertad de conciencia se encuentra garantizada, como un derecho fundamental, en el artículo 19 N°6 de la Constitución Política de la República: *“La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas [...]”*.

La libertad de conciencia protege el proceso racional, reflexivo, la elaboración intelectual del ser humano y su adhesión o no a ciertas concepciones valóricas o creencias de cualquier naturaleza, como también el poder rechazar aquellas consideraciones que cree erróneas, en definitiva, es el derecho a no ser obligado a tener una determinada creencia.¹⁹⁷ Así, esta protege el fuero interno de la persona y su integridad de conciencia como un derecho de defensa frente a otros y frente al Estado.

En cambio, la objeción de conciencia es más bien una excusa amparada por el ordenamiento para no cumplir con un deber impuesto y que no se encuentra reconocida de manera explícita en los tratados de derechos humanos ratificados por Chile como un derecho autónomo, pero sí se reconoce en la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes en el artículo 6 sobre la prohibición de esclavitud y servidumbre *“b) el servicio*

¹⁹⁷ Humberto Nogueira, “La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno”, *Ius et Praxis* 12, no. 2 (2006), 13-41.

militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél.”

En esta línea, la doctrina ha planteado que “La Comisión Iberoamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha entendido que en los países donde se reconoce legalmente la objeción de conciencia (en relación con el servicio militar), esta constituye un derecho, emanado del derecho a la libertad de conciencia, que debe ser garantizado. En contraste, en los países en que no exista tal reconocimiento, el servicio militar puede imponerse sin infringir la libertad de conciencia, pues esta, según la propia Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), podría ser limitada por ley en función de la seguridad del Estado.”¹⁹⁸

De esta forma, se puede concluir que el fundamento de la objeción de conciencia es ser una herramienta para la protección del derecho fundamental de la libertad de conciencia y evitar así un daño en la integridad moral de la persona. En la medida en que la objeción de conciencia es una forma consagrada en la legislación para desobedecer un determinado mandato jurídico, constituyendo así una de las formas en que la libertad de conciencia puede manifestarse o protegerse. Si bien, la objeción de conciencia entonces es un derecho derivado del derecho a la libertad de conciencia, lo que no significa que el derecho a la objeción de conciencia es un derecho absoluto o que pueda ser considerado como un derecho fundamental.

¹⁹⁸ Matías Meza, “Objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico chileno”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN. (2019), 4.

2.3 Fuentes normativas de la objeción de conciencia

En el apartado anterior se identificó a la objeción de conciencia como un derecho distinto a la libertad de conciencia que se garantiza en el artículo 19 n°6 de la Constitución Política de la República, pero que emana de este. Será trabajo de esta sección hacer un análisis de las fuentes normativas de la objeción de conciencia.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, su artículo 18 prescribe: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”*.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 18 señala: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.*

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.”

A su vez la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su Artículo 12 decreta: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de*

creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.”

Como se puede evidenciar, en estas declaraciones no tenemos una alusión directa a la objeción de conciencia, a diferencia con lo que ocurre con Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 10, que es el único instrumento internacional que reconoce expresamente el derecho a la objeción de conciencia: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.”*

Así también hace alusión directa la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes en el artículo 6 sobre la prohibición de esclavitud y servidumbre *“b) el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél.*

De lo anterior podemos concluir, que la objeción de conciencia es: en primer lugar, un derecho distinto a la libertad de conciencia según la regulación internacional y, en segundo lugar, es un derecho que se encuentra supeditada de hacerse valer solo en aquellos casos en que las leyes de cada país admitan la exención al deber jurídico impuesto y así regulen su ejercicio.

Las legislaciones que permiten la objeción de conciencia tienen el deber entonces de tener regulación en cuanto a su posibilidad de ejercicio, su forma de ser implementada y, además, que cuente con límites claros a su ejercicio, de forma tal que no se vean vulnerados los derechos de otras personas en la interacción con el objetor. Un caso de conflicto podría ser precisamente la ley 21.030, entre la objeción de conciencia de un

médico, o incluso todos los médicos del lugar donde reside la mujer que desea practicarse un aborto, y el derecho de la mujer a que se le lleve a cabo un aborto.

En nuestra legislación la objeción de conciencia se encuentra regulada solo en dos ámbitos la objeción de conciencia de forma explícita. El primero es en el ámbito militar, que si bien no existe una causal genérica de objeción de conciencia, la Ley de Reclutamiento contenida en el Decreto Ley N° 2.306 de 1978 contempla una forma de objeción de conciencia en relación a la obligación de prestar servicio militar: Artículo 42 *“Quedan excluidos del cumplimiento del servicio militar: [...] 6.- Los descendientes por consanguinidad en línea recta y en línea colateral, ambos hasta el segundo grado inclusive, de las personas a que se refiere el artículo 18 de la ley N° 19.123, que beneficia a familiares de víctimas de violaciones de los derechos humanos o de violencia política. Las personas que se encuentren en las condiciones que se describen en los números 3, 4 y 6 podrán, no obstante, manifestar su decisión de presentarse voluntariamente al cumplimiento de la obligación de realizar el servicio militar, o de efectuarlo voluntariamente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 A.”* Esto puede ser entendido como una presunción de objeción de conciencia, ya que las personas que se encuentren en esta categoría pueden presentarse de forma voluntaria al servicio, y no de forma obligatoria como los demás individuos del país.

Luego, la objeción de conciencia se regula en nuestro país con ocasión de la praxis médica. Primero, en el artículo 20 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile, el cual establece: *“El médico a quien se le solicitaren prestaciones que vayan en contra de su conciencia o de su convencimiento clínico, podrá negarse a intervenir. En estas circunstancias, procurará que otro colega continúe asistiendo al paciente, salvo que ello produjere graves e inmediatos daños para la salud del enfermo.”* Podemos ver como aquí se regula de forma expresa la posibilidad de eximirse de realizar una prestación por razones de conciencia. Segundo, se regula en el Código Sanitario a partir de la modificación introducida por la ley 21.030 sobre la despenalización del aborto en tres causales, cuestión

que será revisada de forma más detallada en una sección especial referida a esta ley. En los próximos párrafos, procederemos a ahondar en la objeción de conciencia en la práctica médica, para luego finalizar con los alcances y límites de la misma.

2.4 Alcances y límites de la objeción de conciencia en la práctica médica

En la práctica médica contemporánea se están desarrollando una serie de conflictos en los cuales han tendido a colisionar la libertad de conciencia del médico que debe llevar a cabo una prestación y el derecho de la persona usuaria a que dicha prestación se le lleve a cabo. En este escenario la objeción de conciencia ha tenido un rol esencial, pues entendida como un derecho, si la posibilidad de no llevar a cabo un deber, lo hace así mismo con la del paciente, pues su finalidad es evitar consecuencias discriminatorias e injustas del ejercicio arbitrario e infundado de este derecho cuando se realiza con la finalidad de no cumplir con sus deberes¹⁹⁹. Cuando un médico señala que no puede realizar una prestación se está refiriendo a que dicha práctica le generaría un perjuicio a su propia integridad moral de tal magnitud que no le es posible llevarla a cabo, lo que implica una carga de justificación en el ejercicio de esta prerrogativa.

Antes que nada, es necesario hacer un pequeño recuento de lo presentado anteriormente. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 10 reconoce la objeción de conciencia, pero solo en aquella circunstancia en que las leyes nacionales regulen su ejercicio. La doctrina también lo ha señalado así: para que pudiese

¹⁹⁹ Gabriel Manuel Lee, Gabriel Sotelo Monroy, Octavio Casa Madrid, “La objeción de conciencia en la práctica del médico”, Revista de la Facultad de Medicina 49, no. 3 (Mayo-Junio 2006), 121-125.

operar la objeción de conciencia, esta debía necesariamente encontrarse regulada en el ordenamiento jurídico.²⁰⁰ Por tanto, el primer límite que reconoce toda objeción de conciencia es que esta se encuentre consagrada en la legislación, de modo que solo puede ser alegada en aquellos casos en que la ley permita su ejercicio.

Teniendo en consideración que el primer límite de toda objeción de conciencia se encuentra en que se encuentre consagrado en una norma expresa, ahondaremos en los próximos párrafos sobre el límite que además tiene en la praxis médica: asegurar la continuidad del tratamiento del paciente. “La objeción de conciencia es un derecho humano del profesional aun con independencia de su consagración legal. Sin embargo, ambos derechos pueden colisionar, pero lo que no puede suceder es que el derecho de la usuaria sucumba ante el derecho del objetor. Bajo este hilo conductor una primera salvaguarda es la obligación del médico objetor de asegurar personalmente la continuidad asistencial.”²⁰¹ Cabe destacar, que dicho autor confunde el derecho fundamental de libertad de conciencia, con el derecho a la objeción de conciencia, cuestión que ya fue resuelta anteriormente, pero lo que sí es correcto, es la obligación que evidencia del médico objetor a asegurar la continuidad del tratamiento.

Lo anterior no solo lo plantea la doctrina, sino la misma regulación propia de la praxis médica. La objeción de conciencia se regula en el artículo 20 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile, que fue citado en la sección anterior, donde se reconoce el derecho a los médicos a no llevar a cabo tratamientos que vulneren sus convicciones éticas, morales o

²⁰⁰ Gregorio Peces-Barba Martínez, “Desobediencia Civil y Objeción de Conciencia”, Anuario de Derechos Humanos, no. 5 (1989), 168.

²⁰¹ Gabriel Adriasola, “La objeción de conciencia y la interrupción voluntaria del embarazo: ¿Cómo conciliar su ejercicio con los derechos de las usuarias?”, Revista Médica de Uruguay 29, no. 1 (2013), 52.

religiosas, pero no les resta la responsabilidad frente al paciente y su tratamiento hasta que hayan derivado a otro profesional que la pueda llevar a cabo.

En esta misma línea, el Código de Ética del Colegio Médico de Chile señala en su artículo 19 inciso primero que *“El facultativo que acepte atender a un paciente se compromete a garantizar la continuidad de sus servicios”*. Destaca de lo anterior la responsabilidad del médico que existe prima facie para con su paciente, donde la continuidad de sus servicios debe ser entendida en conjunto con la continuidad del tratamiento. Si lo miramos desde el punto de vista de un caso de aborto amparado en alguna de las tres causales, las decisiones del médico debiesen considerar, por ejemplo, que no transcurra el plazo (siempre que lo haya), porque de ser así la prestación no se podría llevar a cabo y el médico estaría infringiendo el artículo 19, pese a tener derecho a la objeción de conciencia.

Adicionalmente, el Ministerio de Salud en Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad señala respecto a el Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión *“Una sociedad pluralista, en la que conviven personas con diferentes valores y creencias religiosas que requieren respeto y tolerancia, no impone el uso de ningún método anticonceptivo. Por el contrario, se adecúa a la diversidad de pensamiento, conciencia y religión de las personas que los utilizan y no pretende influir tampoco en la decisión de no usar un método. Por otra parte, el personal de salud tiene también derecho a considerar que el mecanismo de acción de alguno de los métodos pudiera no ser aceptable para ellas/os. Sin embargo, se encuentran obligados, desde el punto de vista ético, a derivar a quien solicita ese método a otro profesional que no tenga esta objeción, asegurándose que la persona es atendida y puede ejercer sus derechos”*²⁰².

²⁰²Ministerio de Salud de Chile. Normas Nacionales sobre Regulación de Fertilidad (Santiago: Ministerio de Salud de Chile, 2014), .

En el caso anterior, es relevante precisar que se garantiza en primer lugar el derecho a libertad de conciencia del personal de salud sobre su propia conciencia de que método se adecúa con los pensamientos propios, pero también se señala el derecho a la objeción de conciencia. Este último, en atención que la paciente solicite un método que sea contrario la conciencia del médico, como por ejemplo colocación del método anticonceptivo T de cobre, pero este se encuentra en la obligación de derivar a la paciente para que esta pueda acceder el método que ella haya requerido.

Como podemos ver, la regulación que existe de la objeción de conciencia en la práctica médica de nuestro país reconoce dos límites: primero, el de toda objeción de conciencia que este se encuentre consagrado, cuestión que en la praxis médica se consagra, pero con el segundo límite que tiene que ver con los derechos del paciente, dando especial énfasis al deber que tiene el médico objetor a derivar a otro médico que no sea objetor para que el servicio pueda ser garantizado. Lo anterior se sostiene en base a que los objetivos de la práctica médica son preservar el cuidado de las personas y su salud tanto física como psíquica, lo que hace que cualquier desviación en el actuar del médico de este fin pueda significar un perjuicio para el paciente.

Han surgido varias críticas a la objeción de conciencia en la práctica médica, “la sociedad está interesada en proteger la integridad moral en varios campos, pero también está interesada en que los pacientes reciban prestaciones lícitas, apropiadas y oportunas. No parece del todo claro que la sociedad se beneficie de la objeción de conciencia, ya que debe garantizar una concurrencia adecuada de intereses personales y colectivos en la satisfacción de las necesidades sociales y, especialmente, de los grupos vulnerables”²⁰³. Jualian Savulescu y Udo Schuklenk han sido más estrictos en su análisis sobre la objeción de conciencia al plantear que si la prestación es requerida a un médico, este tiene el deber

²⁰³ Ibidem, 276

de asegurar que la persona usuaria pueda acceder a esta y su propia conciencia es irrelevante frente al derecho que tiene ella frente a su obligación como profesional de la salud²⁰⁴.

Así, se puede apreciar el conflicto que existe con llevar a cabo el deber que tiene el médico con su paciente frente a la objeción de conciencia “La OC no solo es una restricción que implica negar el acceso a prestaciones legítimas, sino también una restricción que no constituye estrictamente una consideración de atención médica y se relaciona, más bien, con la visión individualista de los prestadores sobre la salud y la vida de los pacientes. Permitir este tipo de restricción puede ser vista *prima facie* con una sospecha cuidadosa porque pueden ser simples obstáculos basados en valores individuales que no parecen tolerables para los objetivos de la medicina y de salud pública.”²⁰⁵

Pese a las críticas a la posibilidad que los médicos sean objetores de conciencia, la objeción de conciencia es un derecho que se encuentra garantizado en nuestra legislación, con ocasión de la praxis médica, y particularmente, en la ley 21.030 en relación con la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, regulación sobre la que nos adentraremos a continuación.

2.5 Objeción de conciencia en la ley 21.030

Antes del estudio propiamente tal de la objeción de conciencia en la ley 21.030 es necesario dar cuenta de: primero, una breve de la historia de la ley 21.030, segundo, una

²⁰⁴ Julian Savulescu and Udo Schuklenk, “Doctors Have No Right to Refuse Medical Assistance in Dying, Abortion or Contraception”, *Bioethics*, (2016), 6, doi:10.1111/bioe.12288.

²⁰⁵ Gabriel Muñoz Cordal, “¿Es defendible la objeción de conciencia institucional en el caso de aborto?”, *Ius et Praxis*, no. 3 (2020), 273.

presentación de las tres causales que regula la ley 21.030, para finalmente analizar la objeción de conciencia en la ley 21.030 que es el objetivo principal de este trabajo. Lo que nos permitirá responder la pregunta de si existe responsabilidad penal para el médico objetor, que no preste el servicio requerido, y que eso tenga como consecuencia por ejemplo la muerte o lesión de la persona gestante.

2.5.1 Historia de la ley 21.030

En materia de interrupción voluntaria del embarazo, Chile se encontraba hasta hace no mucho tiempo en una situación de prohibición absoluta. Tras la entrada en vigencia de la ley 21.030, que regula la despenalización del aborto en tres causales, se modifica el Código Penal y el Código Sanitario permitiendo ciertas hipótesis de interrupción del embarazo²⁰⁶. Así, Chile optó por un sistema de indicaciones, esto es, circunstancias específicas que habilitan la procedencia de la intervención, cuestión que será relatada al final de este apartado, ya que, antes que nada, es necesario distinguir brevemente que se entiende por aborto y cuál es su regulación en materia penal.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española este es la interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas. Según la OMS es ponerle término al embarazo, cualquiera que sea su causa, antes de que el feto esté en capacitado para la vida extrauterina.²⁰⁷ Cabe destacar que en nuestro ordenamiento jurídico el aborto no se encuentra definido, solo se limita a sancionarlo en el Código Penal y a establecer causales de justificación en la ley 21.030.

²⁰⁶ Publicada en el Diario Oficial el 31 de septiembre de 2017, misma fecha en que entró en vigencia

²⁰⁷ Organización Mundial de la Salud (OMS), División de Salud Reproductiva. "Planificación Familiar PostAborto: Guía Práctica para Gerentes de Programas". New York, 1997 [en línea]. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/hq/1997/WHO_RHT_97.20_spa.pdf. Consultado el 02 de febrero del 2021.

Pues bien, para objeto de esta memoria, lo que interesa es la regulación del aborto en nuestra legislación, que procedemos a exponer. El Código Penal contempla en su Título Séptimo “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual.”, las siguientes disposiciones relativas al delito de aborto:

ART. 342.

El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

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

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

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

ART. 344.

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

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

ART. 345.

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

De lo anterior, se logra desprender que el aborto se encuentra penalizado, a excepción de los casos permitidos por la ley que posteriormente serán analizados, tanto en las situaciones en que la mujer consintiere, como en caso contrario. Incluso, bajo el

artículo 344, la mujer puede ser sancionada de delito de aborto consentido, lo que nos obliga a preguntarnos: ¿qué es lo que protege el delito de aborto? Es necesario aclarar y destacar que esta memoria no pretende ser exhaustiva sobre el delito de aborto propiamente tal, solo esclarecer para su lector los conceptos básicos, para luego ahondar en la objeción de conciencia que se regula en relación con las tres causales de justificación del aborto.

Aclarado lo anterior, procedemos a referirnos al bien jurídico protegido del delito de aborto. La doctrina ha planteado que este sería la vida humana dependiente, razón que explica su ubicación en el Código Penal “el legislador hizo bien en no considerar el aborto entre los delitos contra las personas, ya que el sujeto pasivo, el producto de la concepción, no es todavía persona, ni aun para el derecho penal, mientras no tenga existencia individual. No fue, sin embargo, ésta la razón predominante entre los redactores del Código, sino más bien la decisión de atenerse al orden de las materias seguido por el Código Belga”²⁰⁸.

El artículo 74 del Código Civil señala: *“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.”* En esta línea, al ser el legislador claro al momento de definir el principio de la persona con el nacimiento.

Con relación al delito de aborto y en la línea de lo anterior, José Luis Guzmán argumenta “Sin embargo, esa vida no puede ser bien jurídico de un individuo, dado que el embrión no es todavía persona, y las personas son los titulares de intereses presentes. Por

²⁰⁸ Alfredo Etcheberry, Derecho penal. Parte Especial. Tomo III, 3a ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999), 87-88.

tanto, la vida en palabra representa un bien jurídico de la comunidad, que tiene interés en preservarla, pero no en consideración al concebido en cuanto tal, que tampoco ostenta un derecho a ella, sino por un requerimiento moral o, mejor, demográfico.”²⁰⁹ Este trabajo adopta esta postura, en relación a que no se protege el derecho a la vida de la persona humana, ya que el feto o embrión no es una persona, de acuerdo a lo señalado por el artículo 74 del Código Civil, y por tanto no es titular de dicho derecho.

Pese a que no se le considera persona al feto, el Código Civil luego en su artículo 75 señala: *“La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra. 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.”* Así, se entrega un mandato al legislador que se proteja mediante ley la vida de quien está por nacer, también conocida como vida humana dependiente.

Es lo anterior lo que es protegido al momento de penalizar el aborto: la protección de la vida humana dependiente. Así también lo entienden Bullemore y Mackinnon “en nuestro derecho resulta claro que el bien jurídico protegido en el delito de aborto no es otro que la vida del que está por nacer”²¹⁰. También se ha señalado que “lo protegido por el delito, como bien jurídico, es la vida en gestación (o incipiente o dependiente), algunos agregan como bienes secundariamente amparados la salud de la madre puesta en peligro por las maniobras abortivas y el interés demográfico del Estado”²¹¹. Ahora, esta protección

²⁰⁹ José Luis Guzmán, “Aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social.” REJ - Revista de Estudios de la Justicia, no 17 (2012), 28

²¹⁰ Vivian Bullemore G. y John Mackinnon R, Curso de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II, 3a ed. (Santiago: Legal Publishing, 2007), 44.

²¹¹ Mario Garrido Montt, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. 4ª ed. (Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2010), 9.

no es absoluta, ya que con la ley 21.030 se establecen límites a dicha protección, cuestión que antes de la entrada en vigencia de la ley no existía prácticamente, cuestión que relataremos a continuación.

El Tribunal Constitucional hizo una breve reseña de la historia del aborto en nuestro país, bastante ilustrativa para efectos de entender cómo ha sido la regulación: “la regulación penal del aborto ha pasado por distintas etapas. La primera, transcurre entre 1875 a 1931. Se distingue porque el aborto es penado y no tiene ningún tipo de excepción. No obstante la ley penal exigía dolo directo para su comisión, al utilizar la expresión ‘maliciosamente’. La segunda etapa transcurre entre 1931 y 1989. En 1931, por el D.F.L N ° 226, se introduce el aborto con fines terapéuticos. Este se reguló con posterioridad en el D.F.L N ° 725 de 1967. Este último cuerpo legal exigió la opinión documentada de dos médicos cirujanos. El D.F.L n ° 226, en cambio, exigía la opinión de tres facultativos. La tercera etapa se abre en 1989. Ese año la Junta de Gobierno dictó la ley N ° 18.826. Esta dispuso que ‘no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto’. Esta es la norma que el proyecto reemplaza”²¹².

Desde la vuelta a la democracia, ningún gobierno había presentado un proyecto de ley que tuviese como fin modificar el Código Sanitario que desde 1989 penalizaba el aborto sin excepción alguna en Chile. Como muy bien señala el profesor Antonio Bascuñan, en el momento que las fuerzas militares ven inminente la derrota de 17 años de dictadura, se hizo urgente la aprobación de una ley ideológicamente tan expresiva, como lo fue prohibir el aborto en cualquier circunstancia²¹³.

Fue recién el segundo gobierno de la presidenta Michelle Bachelet donde se busca despenalizar el aborto en tres causales. A partir de lo anterior, la mujer tendría derecho a

²¹² Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 3729-17, considerando decimotercero.

²¹³ Antonio Bascuñan, “La ilicitud del aborto consentido en el derecho chileno”, Revista derecho y humanidades, no. 10 (2004), 153.

decidir en algunas situaciones excepcionales si desea continuar con el embarazo, como aquellas en que el embarazo implique un riesgo para propia vida, cuando el embrión/feto padezca de una condición que impida su sobrevivencia o como consecuencia de una violación²¹⁴.

Pese a existir fieles detractores del proyecto, quienes consideran que la penalización del aborto sin excepciones es la gran vía idónea para la protección de la vida del que está por nacer, el día 21 de mayo de 2014 se anuncia en el mensaje presidencial el proyecto y el 31 de enero de 2015 su efectiva firma ¿Qué causales contempla la nueva ley de aborto?

2.5.2 Causales de justificación del aborto introducidas por la ley 21.030

A modo de resumen, el sistema de indicaciones para la realización lícita de un aborto, como se conoce en el derecho comparado, cuenta con tres grupos de causales: indicaciones terapéuticas, ético jurídica o criminológica y socioeconómica. Las dos primeras causales son recogidas por la ley 21.030.

El actual texto del inciso primero del artículo 119 del Código Sanitario es el siguiente:

Artículo 119. Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:

²¹⁴ Adela Montero, “Algunas consideraciones y reflexiones en torno al debate sobre el aborto y su despenalización por tres causales en Chile” en Aborto en tres causales en Chile: Lecturas del Proceso de Despenalización (Santiago: Centro de Derechos Humanos UDP. Facultad de Derecho, 2019), 104.

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

2) El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.

3) Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación.

Es de fácil apreciación que el legislador chileno optó por un sistema de indicaciones donde solamente aquellas circunstancias que puedan circunscribirse al listado podrán ser objeto de consideración al momento de solicitar un aborto lícito. Esto se funda en el artículo 344 del Código Penal que de forma expresa excluye los casos que no se encuentran autorizados por ley de la penalidad allí contemplada.

2.5.2.1 Indicación riesgo de vida de la persona gestante

El aborto terapéutico no es ajeno a la historia legislativa chilena, puesto que el 11 de septiembre de 1967 (Diario Oficial de 31 de enero de 1968) fue aprobado el Decreto con Fuerza de Ley que aprobó el texto de un nuevo Código Sanitario el cual en su artículo 119 señalaba²¹⁵:

Art. 119.

Solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos”.

²¹⁵ Bascuñan, “La ilicitud del aborto consentido en el derecho chileno”, 148.

La prohibición total del aborto en todas sus causales a partir del año 1989 hasta el año de la promulgación de la ley 21.030, como se señaló, fue uno de los grandes símbolos que la dictadura militar de Pinochet dejó, una marca ideológica que respondía a una ideología confesional extrema.

Ahora bien, la indicación terapéutica se ha entendido como aquella que “admite el aborto en aquellos casos en que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la mujer embarazada”²¹⁶. Dicho supuesto se funda en que “se trata de situaciones de afectación de intereses personalísimos relacionados con la vida, la integridad corporal o la salud de la mujer”²¹⁷. Cabe destacar que en la ley 21.030 se recoge la indicación terapéutica, pero solo en aquellos casos en que el embarazo significa un peligro actual e inminente para la vida, esto en razón de modificaciones que se hicieron al proyecto de ley Boletín 9895-11 en el cual se permitía la interrupción del embarazo en casos de riesgo vital presente o futuro.²¹⁸

El avance en consagrar esta causal va en perfecta relación con los tratados internacionales ratificados por Chile. El artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer donde se establece: *Artículo 12.1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.*

²¹⁶ Antonia Monge Fernández, “Reflexiones jurídico-penales sobre la interrupción voluntaria del embarazo.” en *Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas* (Sevilla: Secretariado de Publicaciones, 2005), 102.

²¹⁷ Bascuñan, “La ilicitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, 148.

²¹⁸ Cuenta de oficio de S. E. la Presidenta de la República por el cual formula indicaciones al proyecto, 846-363. 1 de septiembre 2015.

De esta forma, impedir el acceso a un aborto en dichas circunstancias implicaría un trato discriminatorio hacia las mujeres, así a su vez, el derecho a un aborto tiene como uno de sus fundamentos el derecho de igualdad frente a la ley. Así lo señala Antonio Bascuñán, quien plantea que “El fundamento constitucional de la justificación de este caso de aborto terapéutico se encuentra lisa y llanamente en el principio de igualdad ante la ley (Art. 19 N° 2 C.Pol.). Nadie tiene por qué tolerar el sacrificio de sus intereses si puede evitarlo atacando la fuente de peligro, aunque ello implique la afectación de intereses de un inocente, con tal que esos intereses tengan un peso específico menor o equivalente al peso específico de los intereses que se protege. Denegar a la mujer embarazada respecto del feto el derecho que tiene cualquier persona respecto de otra implicaría una discriminación arbitraria.”²¹⁹

El autor plantea que en las circunstancias de que a la mujer se le obligue tolerar un embarazo en circunstancias que pueda afectar su vida, implicaría la afectación de sus intereses personalísimo, rebasando con creces el umbral de un embarazo que se encuentre fuera de estas circunstancias. No le es exigible a la mujer que sacrifique su propia vida por continuar con su embarazo.²²⁰ Finaliza el autor argumentando que “En todos los casos en que sea apreciable un exceso manifiesto por sobre ese umbral, no es exigible el deber de tolerar el embarazo. Conforme a la Constitución debe dejarse entregada a la autonomía de la mujer la decisión acerca de la prolongación o interrupción del embarazo.”²²¹

Héctor Hernández se suma a la idea de que la exigibilidad de llevar a cabo un embarazo es una forma de discriminación arbitraria, comentando que “lo que la regulación del aborto exige a la mujer no es simplemente abstener de matar al que está por nacer, no es

²¹⁹ Bascuñán, “La ilicitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, 173.

²²⁰ Bascuñán, “La ilicitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, 174.

²²¹ Ídem.

simplemente el deber negativo que rige para todo el resto de las personas y que lo único que compromete o afecta es la libertad general de actuación en ese contexto sumamente específico. Por el contrario, para la mujer embarazada la única manera de no matar al que está por nacer (o de no consentir en que se le mate) es poner su cuerpo a disposición del mismo y soportar que crezca en su interior, con todo lo que ello implica, por un periodo que, por lo general se extiende por 9 meses”²²².

Así, se advierte que todas las demás personas solo deben abstenerse de realizar acciones que le produzcan la muerte, no garantizar su existencia, lo cual a todas luces sería un caso discriminatorio, en especial en aquellas circunstancias donde se debe sacrificar la propia vida por la de quien está por nacer. Necesariamente se debe entender que la mujer tiene el derecho de autonomía en esta situación, que le permite optar por continuar con el embarazo, pese al riesgo, o si desea interrumpirlo.

Al estar en juego la vida de la madre, fue que el legislador fue especialmente precavido al momento de permitir que el médico tratante objete de conciencia, cuestión regulada en el Artículo 119 ter inc.3: *“En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención.”*

Así se puede concluir que el legislador tuvo especial cuidado con esta causal al estar en juego la vida de la persona gestante. Sin embargo, nos podemos preguntar ¿qué pasaría si el médico deriva, pero producto de dicho retardo la mujer sufre graves lesiones a su

²²² Héctor Hernández, “La legitimidad de las indicaciones del aborto y su necesario carácter de causal de justificación” en Debates y Reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile (Santiago: Centro de Derechos Humanos UDP. Facultad de Derecho, 2016), 256.

integridad física o fallece? Esta es una interrogante que será resuelta al final de este trabajo, pero que desde ya es necesario tener en mente.

2.5.2.2 *Indicación embriopática*

Antes de referirnos propiamente a la causal, es necesario señalar lo que se ha planteado en cuanto a si el aborto embriopático se encuentra dentro de la categoría de aborto terapéutico. Hay quienes plantean que el aborto terapéutico en ningún caso comprende al aborto embriopático ya que “Es erróneo calificar de terapéutico el aborto eugenésico porque la inviabilidad del embrión o feto para la vida extrauterina usualmente no representa ningún peligro para la vida o la salud de la madre.”²²³

Con respecto a la causal embriopática propiamente tal, a la luz del derecho comparado, en general, es aquella en que el embrión o feto es diagnosticado con enfermedades que comprometerían de forma grave su vida o calidad de vida extra uterina. Este es el caso, por ejemplo, de la legislación española, en la cual se señala “se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas”²²⁴. Lo anterior se fundamenta en la protección de la autonomía reproductiva de las personas gestantes, donde la exigencia de seguir acabo con un embarazo en esas condiciones, según el profesor Bascuñan “solo puede basarse en una consideración del respeto por la vida del feto de carácter trascendente o sobrenatural, ajena a su concepción como un presupuesto de la autonomía (potencial) de un ser humano”²²⁵.

Esta causal no ha dejado de estar en el ojo crítico en el derecho comparado, ya que ha sido reconducida en ocasiones a los exterminios efectuados por el régimen nazi. Incluso,

²²³ Hernán Corral Talciani, “El proyecto de ley de aborto y los derechos humanos del concebido no nacido”, *Anuario de Derecho Público* (Santiago: Universidad Diego Portales, 2016), 27.

²²⁴ Monge Fernández, “Reflexiones jurídico-penales sobre la interrupción voluntaria del embarazo.”, 102.

²²⁵ Bascuñan, “La ilicitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, 177.

la doctrina nacional se ha expresado al respecto, diciendo que “la finalidad eugenésica consiste en evitar el nacimiento de seres humanos defectuosos, conforme a algún estándar de calidad. El caso paradigmático de prácticas institucionales eugenésicas es el del régimen nacionalsocialista alemán. La eugenesia es incompatible con el principio de la igual dignidad de todas las personas (Art.1 Constitución Política de la República)”²²⁶.

Ahora bien, con respecto al caso chileno, el legislador nuevamente es claro al momento de delimitar los márgenes en los cuales se debe subscribirse la causal: solo en casos letales donde la vida humana independiente sea inviable. Por tanto, solo se remitiría al caso de indicación embriopática donde se debilita el deber de la mujer de tolerar el embarazo. Esta situación vuelve necesario preguntarse ¿Qué constituye una patología incompatible con la vida humana independiente? Esta no es una cuestión que competa al ámbito jurídico, más bien es una cuestión que debe ser diferida a la ciencia médica.

Lo que sí cabe destacar es que la ley no ha definido o ejemplificado estos casos, lo que sumado a que los diagnósticos médicos no son ciertos, ha sido una de las razones para esgrimir que esta causal no debía ser aprobada, ya que existe incertidumbre, que es parte de la praxis médica, en los diagnósticos en general, pero con especial ocasión en los casos de vida humana dependiente. Esta discusión derivó en que el legislador reforzó esta causal señalando que debiesen ser dos médicos especialistas en la materia quienes determinaran la inviabilidad fetal para que así se autorizara llevar a cabo un aborto como se señala en el artículo 119 bis: *“En el caso del número 2) del inciso primero del artículo referido, para realizar la intervención se deberá contar con dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas. Todo diagnóstico deberá constar por escrito y realizarse en forma previa.”*

²²⁶Idem.

Como se ha podido ir apreciando, esta causal es bastante conflictiva y tiene más detractores que la causal terapéutica, lo que concreta en que existan más médicos objetores de conciencia como se señaló al comienzo de este trabajo, para lo cual será interesante analizar al final de este trabajo la posible responsabilidad penal de aquellos médicos que son objetores de conciencia en el caso del nacimiento de un feto con inviabilidad de existir en la vida extrauterina.

2.5.2.3 *Indicación ético-jurídica.*

Con respecto a la indicación ética-jurídica (o también llamada criminológica) se establece en el numeral número tercero del nuevo artículo 119 y procederá en el siguiente caso: *“Sea resultado de una violación, en los términos del inciso tercero del artículo siguiente, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación.”*

Cabe destacar que el legislador limitó la indicación solo a aquellos casos en que el embarazo sea producto de una interacción sexual definida en los artículos 361 y 362 del Código Penal, donde se permite la interrupción voluntaria del embarazo en aquellos casos en que “la concepción del feto ha sido presumiblemente el resultado de una acción sobre el cuerpo de la mujer no consentida por esta”²²⁷

El legislador reforzó esta causal con el requisito que se haga dentro del plazo que se establece en el artículo 119 bis de la ley: *“En el caso del número 3) del inciso primero del artículo 119, un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, confirmará la concurrencia de los hechos que lo constituyen y la edad gestacional, informando por escrito a la mujer o a su representante legal, según sea el caso, y al jefe del establecimiento*

²²⁷ Bascuñan, “La ilicitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, 175.

hospitalario o clínica particular donde se solicita la interrupción. En el cumplimiento de su cometido, este equipo deberá dar y garantizar a la mujer un trato digno y respetuoso.”

Este refuerzo realizado por el legislador no deja de ser problemático, toda vez que se puede ver como se le crea una barrera de entrada a la mujer para que esta pueda acceder a dicha prestación de salud, cuestión que estará sujeta al criterio de un equipo médico cayendo en una victimización de quien solicita se le realice la prestación médica. Es así como esto ha sido arduamente criticado por la doctrina, en palabras de Lidia Casas “cuando una mujer acude por violencia a un servicio público de salud se presume la violencia y no es el rol de estos servicios empezar a cuestionar la veracidad de su denuncia”²²⁸ Llama la atención que los centros de salud pueden ser receptores de denuncias, pero no son los organismos destinados a juzgar la veracidad de los relatos para así poder llevar a cabo la prestación.

Lo anterior responde a lo controversial que fue esta causal, más que las dos anteriormente analizadas, Adela Montero refiriéndose a esta causal señala “Posterior a la tramitación, el embarazo bajo estas circunstancias tan dramáticas fue considerado en la tercera casual. En este punto, quisiera señalar que ingenuamente, previo a la discusión de la ley, asumí que esta causal no tendría dificultad para ser considerada y aprobada, toda vez que obligar a la mujer a una maternidad forzada en esta condición, implicaba desconocer las consecuencias que esta forma de violencia determina en la vida de las víctimas. Lamentablemente fue una de las causales que más controversia generó,

²²⁸Lidia Casas Becerra y Lieta Vivaldi Macho, “Aborto una clara oportunidad para legislar”, *Comunicación y Medios*, no. 30 (2014), 241-254,

apareciendo el discurso de algunos que explícita y prejuiciosamente pusieron en duda la veracidad del relato de las víctimas y banalizando la violación en sí”²²⁹.

Es así como esta causal fue una de las más discutidas, temiéndose por parte de un sector que esta se prestara para que se realizaran abortos sin que en realidad hubiese ocurrido una violación²³⁰. Algunas de las defensas que se le realizan a la causal son por lo distinto que resulta forzar a una persona a llevar un embarazo de una interacción sexual coercitiva de una consentida, “es necesario agregar que el embarazo como consecuencia de violencia sexual constituye una grave realidad social, con connotaciones muy diferentes a un embarazo no planificado producto de actividad sexual consentida, por lo que no es posible siquiera pensar en homologarlo. Asimismo, resulta completamente inadecuado interpretar, valorar y juzgar a las víctimas, con referentes ajenos al contexto de la agresión sexual, que hace de este embarazo un evento doblemente difícil y crítico, por ser no esperado, no deseado, no planeado y además consecuencia de violencia y agresión”²³¹.

Es importante hacer un breve análisis de cuáles son los fundamentos de esta causal. En palabras de Bascuñan “no es exigible el embarazo que es consecuencia del trato que se ha dado al cuerpo de la mujer como un mero objeto. La afectación de la autonomía de la mujer que es inherente al embarazo se ve aquí intensificada exponencialmente por la afectación a su autonomía que dio origen a ese embarazo”²³² Esto ha sido criticado por quienes se encuentran en contra de la causal, para lo cual se ha señalado “Quienes se oponen a que la víctima de una violación pueda ver lícitamente interrumpido el embarazo resultante de esa violación pueden creer, tal vez, que solidarizan con ‘una criatura inocente e indefensa’,

²²⁹ Montero, “Algunas consideraciones y reflexiones en torno al debate sobre el aborto y su despenalización por tres causales en Chile”, 107.

²³⁰ Lidia Casas y Gloria Maira Vargas, Aborto en tres causales en Chile: Lecturas del Proceso de Despenalización (Santiago: Centro de Derechos Humanos UDP. Facultad de Derecho, 2019), 8.

²³¹ Ibidem, 12.

²³² Bascuñan, “La ilicitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, 176.

pero de hecho solidarizan con el violador, haciendo suya la pretensión de que la mujer violada quede forzada a soportar un embarazo, así como asumir una maternidad que otro le ha impuesto criminalmente”²³³.

Esta causal se condice con el respeto a la dignidad de las personas gestantes la cual debe ser respetada por la sociedad entera. Antes de la ley, se obligaba a una persona que había sido víctima de una violación que tuviese como consecuencia un embarazo, a que sufriera de forma pasiva todas las consecuencias del delito y que, de lo contrario, el estado la perseguiría para hacer efectiva la ley penal. Lo cual iría en contra de la Convención Belem do Para la cual señala en su artículo 4 el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y además en contra del artículo 1 de la Constitución Política de la República, en atención a la consagración de la igualdad en dignidad y derechos de las personas.

2.5.3 Objeción de conciencia definida en la ley 21.030

La objeción de conciencia surge de forma recurrente en las discusiones sobre derechos sexuales y reproductivos, lo que no quedó fuera del debate por el aborto en tres causales. En el mensaje del proyecto de Ley enviado a discusión el 31 de enero 2015, señalaba expresamente que “El Estado de Chile es laico y reconoce el derecho que asiste a toda persona para conducirse en su vida de acuerdo con sus convicciones y principios morales, sean éstos de carácter religioso o no. Por esta razón el proyecto de ley contempla una regla para el caso de quienes deseen objetar en conciencia. Este es un acto estricta y esencialmente individual del profesional clínico que deba intervenir directamente en la

²³³ Juan Pablo Mañalich, “Solidaridad, propiedad y autonomía: la permisibilidad del aborto frente a tres formas de pensamiento jurídico”, Rufián Revista, no. 26 (2016), http://rufianrevista.org/solidaridad-propiedad-y-autonomia-la-permisibilidad-del-aborto-frente-a-tres-formas-del-pensamiento-juridico/#_ftn1.

interrupción del embarazo. Con todo, este derecho no puede ser un obstáculo insalvable para acceder a la interrupción del embarazo.”²³⁴ Como se analizará, la idea que se transmite con respecto a la objeción de conciencia es bastante distinta a la que finalmente se instauró en la ley.

La objeción de conciencia fue la sección del proyecto que más modificaciones sufrió con el transcurso del tiempo: desde su presentación, su aprobación por el Congreso y por último en la revisión de constitucionalidad realizada por el Tribunal Constitucional, quedando de la siguiente forma el artículo:²³⁵

Artículo 119 ter. El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. De este mismo derecho gozará el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención. En este caso, el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. Dichos protocolos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con los artículos anteriores. La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución.

²³⁴ Mensaje Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria al ingreso PDL 31 de enero 2015 https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10315

²³⁵ Tribunal Constitucional, Sala de Pleno, causa Rol N° 3729-17, sentencia de fecha de 28.8.2017, acceso el 01 de febrero del 2022, https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=66034.

Si el profesional que ha manifestado objeción de conciencia es requerido para interrumpir un embarazo, tendrá la obligación de informar de inmediato al director del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.

En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención.

A continuación, se hará un breve análisis de la historia de la objeción de conciencia en la ley 21.030 para poder analizar las principales modificaciones que fue sufriendo en el proceso. Durante la tramitación legislativa, la primera modificación que se le hizo fue en la Cámara de Diputados en la Comisión de Constitución. Primero, se buscó ampliar la objeción de conciencia al resto del personal médico, indicaciones que en esta instancia fueron rechazadas pero que posteriormente fueron incorporadas en el Tribunal Constitucional²³⁶.

Segundo, se propuso que la objeción de conciencia pudiese ser invocada solo de forma personal en consultas privadas, pero no por parte de las instituciones, ni por parte de los médicos que estuviesen contratados por ellas, en razón, de la escasez de médicos que sufre el país fuera de la Región Metropolitana. Lo anterior fue rechazado y la referencia solo a personas naturales sería incorporada en el senado, pero fue en esta etapa donde las ideas de la objeción de conciencia institucional comenzaron a tomar protagonismo, lideradas por diputados de sectores más conservadores, invocando que las instituciones si tienen

²³⁶Rodolfo Figueroa, “Objeción de conciencia en el fallo del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que despenaliza el aborto en tres casuales”, en Aborto en tres causales en Chile: Lecturas del Proceso de Despenalización (Santiago: Centro de derechos humanos UDP. Facultad de derecho, 2019), 153.

conciencia y debe reconocerles esta autonomía, para luego incorporar la objeción de conciencia institucional por el Tribunal Constitucional²³⁷.

Tercero, la única indicación que fue aprobada en esta etapa fue la inexcusabilidad del médico en el caso que se requiriese atención médica inmediata e impostergable, que fue aprobado. Así, el artículo 119 ter quedó de la siguiente forma luego de pasar por la Cámara de Diputados:

“En el caso que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro(a) médico(a) cirujano(a) que pueda realizar la intervención.”²³⁸

Luego, en el Senado, se aprobó otra indicación con el fin de restringir la posibilidad del médico de excusarse por ser objetor de conciencia. La propuesta consistía en que el médico no podría excusarse de practicar la interrupción del embarazo cuando fuere inminente el vencimiento del plazo relativo a la causal de violación (12 semanas o 14 se si trate de una menor de 14 años), se incorporó el resto del personal profesional al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención tiene el derecho a la objeción de conciencia frente a la realización de una interrupción del embarazo y se aprobó indicación que establece que la objeción de conciencia es personal y no institucional .²³⁹

Recapitulando, las características de la objeción del conciencia en el texto definitivo aprobado por el Congreso son: primero, puede ser invocada por cualquier persona que sea profesional de la salud, que participe en el pabellón quirúrgico al momento de la

²³⁷ Ídem.

²³⁸ Cámara de Diputados, Oficio No 12.408, 17 de marzo de 2016, dirigido al presidente del Senado

²³⁹ Cámara de Diputados, Oficio de aprobación con modificaciones, de fecha 19 de julio de 2017, Sesión 48, Legislatura 365.

intervención; segundo, el personal profesional no puede excusarse de llevar a cabo la prestación en aquellos casos que la prestación medica sea inmediata e impostergable, sea por riesgo de vida de la madre o en los casos que se invoca la causal de violación y que el vencimiento del plazo sea inminente. Sin embargo, el proyecto fue modificado con la entrada al Tribunal Constitucional, cuestión que será analizada a continuación.

2.5.3.1 *Objeción de Conciencia ante el Tribunal Constitucional Rol N° 3729-17*

Tras una larga discusión legislativa e incluso social, que duró alrededor de dos años y ocho meses, la ley fue aprobada por el poder legislativo, pero impugnada como inconstitucional, por lo que fue sujeta a un control preventivo por parte del Tribunal Constitucional.²⁴⁰ Este trabajo no tiene como objetivo hacer un análisis exhaustivo de lo que fue toda la discusión en el Tribunal Constitucional (también será referido como TC), sino centrarnos en aquellas partes del fallo que regula la objeción de conciencia.

El Capítulo Segundo del fallo se refiere a la objeción de conciencia donde en un comienzo se señala que se declara parcialmente inconstitucional, por los fundamentos que se proceden a analizar. El fundamento para declarar parcialmente inconstitucional comienza con el apartado “Análisis de la Objeción de Conciencia como un derecho constitucionalmente garantizado” señalando que el artículo 19 n°6 de la Constitución Política de la República asegura la libertad de conciencia. Pese a esto, señala el Tribunal Constitucional “Sin embargo y como puede apreciarse de su simple lectura, este precepto no contiene un reconocimiento expreso de este derecho, que ha sido definido como "el derecho a no ser obligado a cumplir, por razones de conciencia, las imposiciones de la ley"

²⁴⁰ Cabe destacar que hubo dos requerimientos: uno de un grupo de senadores, con fecha 2 de agosto de 2017; y otro, de un grupo de diputados, con fecha 8 de agosto del mismo año, acceso el 29 de octubre del 2021, <https://www.tribunalconstitucional.cl/expedientes?rol=3729-17>.

(Informe N° 43, Caso 12219 Fondo Cristián Daniel Sahli Vera y otros v. Chile (10.03.2005, N° 37);”²⁴¹

Luego, se remite al derecho internacional, en cuanto a que no en muchas legislaciones se reconoce de forma expresa a la objeción de conciencia, menciona ciertas excepciones para luego ilustrar el caso a través de la Corte Europea de Derechos Humanos. Dicha Corte reconoce y admite la legislación nacional referida a la objeción de conciencia del personal médico y que en muchos países europeos esta institución no solo tiene un carácter individual, sino que también se reconoce el derecho que tienen a estas las instituciones de salud. Pese a esto, señala que la CIDH ha señalado que las personas jurídicas no son titulares del derecho a la libertad de conciencia y religión, para lo cual agrega el TC, pero que ello no es vinculante en el contexto nacional, por las razones que procede a señalar.²⁴²

A lo anterior, el TC indica “Que, en consecuencia, este Tribunal Constitucional fundará su decisión respecto al derecho de libertad de conciencia y religión que ostentan las personas jurídicas, en materia de objeción institucional, en una perspectiva diversa de la sustentada por la Corte Interamericana, con estricto apego a la norma del artículo 19, N° 6°, pero, además, considerando las garantías contenidas en los numerales 11° y 15°, en relación con el artículo 1°, inciso tercero, de nuestra Carta Fundamental, con arreglo al desarrollo argumental de que se da cuenta en las consideraciones siguientes.”²⁴³ Ya habiendo señalado a que normas se remitirá y fundamentará su fallo, el tribunal pasa a la sección de “Análisis de la objeción de conciencia en el proyecto de ley cuestionado.”

²⁴¹ Tribunal Constitucional, Sala de Pleno, causa Rol N° 3729-17, sentencia de fecha de 28.8.2017, considerando 125, acceso el 29 de octubre del 2021, https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=66034.

²⁴² Ibidem Considerando 130

²⁴³ Ibidem Considerando 130

Es en esta sección donde se analizan y fundamentan las razones para declarar inconstitucional parte de la norma, señalando en primer lugar que “que la objeción de conciencia, en la forma planteada por el proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, debe entenderse amparada por la dignidad de las personas que - individualmente o proyectada en su asociación con otros se niegan a practicar cierto tipo de actuaciones (la interrupción del embarazo), por razones éticas, morales, religiosas, profesionales, u otras de señalada relevancia”²⁴⁴.

Luego, llama la atención que se tome como argumento el artículo 1 de la Constitución Política de la República, el cual es un típico argumento para conceder el derecho a las personas gestantes a la prestación de salud. El tribunal argumenta que no reconocer la objeción de conciencia en estos casos iría en contra del derecho que la Constitución garantiza a la dignidad de todas las personas. “De esta forma, ninguna ley puede disponer de las personas como un medio; a un punto tal que incluso a costa de tener que enajenar las propias convicciones que la definen como persona, cual recurso humano, sea puesta a satisfacer los deseos, apetencia o necesidades de otros”²⁴⁵.

A continuación define a la objeción de conciencia como “que la objeción de conciencia, esto es, el rechazo a una práctica o deber que pugna con las más íntimas convicciones de la persona es, precisamente, una manifestación de la libertad de conciencia asegurada, en nuestra Constitución, en su artículo 19 N °6 °.”²⁴⁶ Para posteriormente ampliar quienes pueden ser objetores de conciencia: primero señalando que no hay razón para restringir la objeción de conciencia solo a profesionales de la salud, sino a toda persona que tenga que ser parte del procedimiento; segundo, que la objeción de conciencia sería un derecho del cual también deben gozar las personas jurídicas. “Que,

²⁴⁴ Ibidem Considerando 131

²⁴⁵ Ibidem Considerando 132

²⁴⁶ Ibidem Considerando 129

en la misma línea de razonamiento, atendida la naturaleza y peculiaridad del Proyecto de Ley en revisión, no se divisa razón jurídica alguna para restringir la objeción de conciencia solamente a las personas naturales que revistan la condición de profesionales. Cuando aquéllas que no lo son 130 también podrían tener reparos, en conciencia, frente a los procedimientos en que deben intervenir”²⁴⁷.

El TC fundamentó lo anterior en base a la autonomía constitucional que se le reconoce a los grupos intermedios de nuestra sociedad en el artículo 1 inciso tercero de la Constitución Política de la República. Añade luego “La interposición de este legítimo reparo no se agota en el orden individual, puesto que también se extiende y propaga a las asociaciones destinadas a encarnar el mismo libre pensamiento, acorde con el derecho que asegura a todas las personas el artículo 19, N° 15°, de la Constitución. E idénticamente pueden hacerla valer las instituciones religiosas, personas jurídicas o entidades con idearios confesionales que se proyectan hacia el ámbito de la salud, al amparo del artículo 19, N° 6°, constitucional. Como también les es dable oponer la objeción de que se trata a los establecimientos educacionales con una función e ideario en el sentido indicado, de conformidad con el artículo 19, N° 11°, de la Carta Fundamental;”

Para luego finalizar su razonamiento con respecto a la objeción de conciencia institucional, con una referencia a los establecimientos de educación: “Que conviene puntualizar que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los establecimientos de enseñanza tienen un ideario que debe ser respetado. Es así como el mismo Tribunal Constitucional de España, razonando sobre la libertad de cátedra, ha afirmado que “En los centros privados, la definición del puesto docente viene dada, además de por las características propias del nivel educativo, por el ideario que, en uso de la libertad de enseñanza y dentro de los límites antes señalados, haya dado a aquél su titular, Cualquier

²⁴⁷ Ídem.

intromisión de los poderes públicos en la libertad de cátedra del profesor sería así, al mismo tiempo, violación también de la libertad de enseñanza del propio titular del centro (...)" Más adelante precisa que e/ ideario "forma parte de la propia libertad de/ centro." (Sentencia 5/1981, de 13 de febrero de 1981);²⁴⁸ Así, el TC dedica casi solo un considerando (el 136) para fundamentar por qué las personas jurídicas sí tienen derecho a la objeción de conciencia, y así pueden excusarse de llevar a cabo la prestación de salud requerida.

La objeción de conciencia institucional ha sido arduamente criticada, ya que el Tribunal debió pronunciarse sobre una regla que disponía la objeción de conciencia es de carácter personal, y en ningún caso podrá ser invocada por una institución. En vez de hacer referirse a la constitucionalidad de esto, el Tribunal eliminó las palabras "y en ningún caso" para de ese modo crear una regla totalmente distinta que la que había aprobado el legislador. En efecto, ahora la regla dispone, incoherentemente, que la objeción de conciencia es de carácter personal, y podrá ser invocada por una institución. El TC amplió la norma, no se limitó a declarar la constitucionalidad de la norma, sino que a modificar la misma, cuestión que si bien no es el objeto de este trabajo analizar exhaustivamente, se ve claramente una extralimitación a sus facultades, ya que estas son facultades del legislador.

Además, la falta de argumentación para la objeción de conciencia de las personas jurídicas deja algunos vacíos sin aclarar, en especial con respecto a los límites a la autonomía de las instituciones. El TC afirma que esta se puede constituir solo en base a sus idearios, obviando el artículo 15 inciso segundo "Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.", siendo que utiliza el inciso primero como argumento a la objeción de conciencia, y por lo demás, cómo esto podría justificar una forma de desobediencia civil. Así, no existe si quiera una referencia

²⁴⁸ Ibidem Considerando 137

doctrinaria nacional o extranjera que permita sostener que una persona jurídica puede desobedecer la ley en aquellos casos que son contrarios a los idearios que esta tiene.

Así, el artículo tras la discusión parlamentaria y su pasada en el TC, la objeción de conciencia sufrió, resumidamente, los siguientes cambios. Primero, se amplía el derecho a la objeción de conciencia no solo al personal profesional, sino que, a todo el personal, eliminando la palabra “profesional” del artículo 119 ter. Segundo, cuando llega al TC el artículo señala que “en ningún caso podrá ser invocada por una institución” cuestión que es modificada a “podrá ser invocada por una institución” lo que consagra el derecho que tienen las instituciones para ser objetoras de conciencia. Tercero, se elimina por completo “Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119”, restringiendo las limitaciones a la objeción de conciencia.

Finalmente, se puede concluir que el TC vino a ampliar la objeción de conciencia, en especial en cuanto a quienes pueden ampararse en dicho derecho. Entonces ¿quiénes pueden ser objetores de conciencia según la ley 21.030? Todo el personal e incluso por las instituciones.²⁴⁹ En miras de ilustrar lo que fue la pasada de la ley 21.030 por el control preventivo del TC fue que expusimos la discusión, con el fin de poder interpretar de mejor

²⁴⁹ La objeción de conciencia fue regulada por un protocolo dictado el Ministerio de Salud en el gobierno de Michelle Bachelet (R.432 22/01/2018) que luego fue modificado por el gobierno de Sebastián Piñera (R.432 22/03/2018) el cual permitía que las instituciones que mantuvieran convenios de prestaciones gineco-obstétricas en el Estado pudieran declararse objetoras de conciencia, lo que posteriormente fue declarado ilegal por Contraloría General de la República. La cual además determinó que la objeción de conciencia debía contar en un reglamento (Dictamen 011781N18, 09/05/2018). Lo que obligó al Gobierno de Sebastián Piñera a dictar un reglamento (N° 67 de 29/06/2018), cuyas disposiciones limitativas de la objeción de conciencia respecto de instituciones que hubieran suscrito dichos convenios con el Estado fueron declaradas inconstitucionales, una vez más, por el TC (Rol N° 5572-18-CDS / 5650-18-CDS, 18/01/2019)

manera la misma ley. En el próximo apartado, se analizará el ejercicio de la objeción de conciencia del médico que debiese realizar la interrupción del embarazo.

2.5.3.2 *Objeción de conciencia del médico: regulación y limitaciones.*

La ley 21.030 en su artículo 119 ter del Código Sanitario dispone, que el médico cirujano requerido para llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo por alguna de las causales, puede abstenerse solo en el caso en que hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. En cuanto al deber con el paciente, en aquel caso que el establecimiento de salud no cuento con otro facultativo que pueda llevar a cabo la prestación, tiene la obligación de derivar de forma inmediata, junto con informar de inmediato al director del establecimiento de salud que la persona gestante requiere ser derivada.

Lo que si cabe recalcar, y como se mencionó anteriormente, al momento de analizar la causal de riesgo para la vida de la mujer, en aquel caso que se invoque la causal número 1) del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de su actuar cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención.

Pero la regulación no se limita solo a la ley 21.030 “El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia.” Con fecha de 29 de junio de 2018 se aprueba el Decreto 67 “Reglamento para ejercer la objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario”²⁵⁰ Este comienza señalando los objetivos que tiene y en su artículo 1 inciso dispone: “El presente Reglamento tiene por objetivo regular el ejercicio de la objeción de conciencia, para asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción voluntaria de

²⁵⁰ Decreto 67, 23 de octubre de 2018, que aprueba reglamento para ejercer objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del código sanitario.

su embarazo, de conformidad con el artículo 119 ter del Código Sanitario, en relación con sus artículos 119 y 119 bis.”

El reglamento regula en un principio la forma en que esta debe ser manifestada al director del establecimiento de salud, la cual debe ser en forma escrita y previa a la recepción de una solicitud de interrupción de embarazo, en un formulario tipo aprobado por resolución del Ministerio de Salud. Ahora bien, la objeción de conciencia se limita solo a llevar a cabo la prestación de salud, excluyendo las otras prestaciones e información que si debe ser dada.

En el artículo 9 se obliga a los médicos a dar información, un diagnóstico y todo aquello que no tenga que ver con el acto de la interrupción del embarazo. *“La objeción de conciencia no procede respecto de actos de información, diagnóstico, toma e informe de exámenes, reasignación, derivación, así como tampoco respecto de los demás actos de preparación o cuidados posteriores al procedimiento de interrupción del embarazo, sea que estos últimos se requieran regularmente en el procedimiento, o bien, su necesidad de entregarlos surja de complicaciones en la condición de salud de la mujer.”*

Esto se fundamenta primero, en el Departamento de Ética del Colegio Médico de Chile que establece que “los médicos deben entregar a sus pacientes toda la información que requieran, independientemente de sus propios valores, contribuyendo así a que los pacientes puedan dar un consentimiento informado válido”²⁵¹ Esto en la línea de la doctrina legal del consentimiento informado, que se encuentra consagrada en la ley 20.584. Pese a que el médico sea objetor de conciencia, este tiene la obligación de entregarle información completa, veraz y oportuna. Podemos ver que, si bien se protege el derecho del médico a ser objetor de conciencia, esto no puede ir en contra de la

²⁵¹ Salas et al., “El médico y la objeción de conciencia. Opinión del Departamento de Ética del Colegio Médico de Chile A. G.”, Revista Médica 144, no. 3 (Marzo 2016), 385, <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872016000300015>.

autonomía del paciente quien tiene derecho a la información sobre la prestación de salud a la cual tiene derecho.

También así lo plantea el Comité para el Estudio de los Aspectos de la Reproducción Humana de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (2012) señala que “El principal compromiso de los obstetras y ginecólogos (“los facultativos”) es el de servir al bienestar y salubridad reproductiva de las mujeres. Los facultativos que se vean incapaces de cuidar de sus pacientes con medios indicados por la Medicina por razones personales de conciencia, no dejarán por ello de ser éticamente responsables ante ellos. Cuando los facultativos se sientan obligados a poner sus intereses personales de conciencia ante los intereses de sus pacientes, se encontrarán ante un conflicto de intereses. No todos los conflictos pueden evitarse, pero cuando no puedan ser evitados, podrán resolverse mediante franca revelación; esto es, los facultativos deberán informar a sus posibles pacientes de los tratamientos a los que ellos mismos se oponen por motivos personales de conciencia.”²⁵²

Así, el médico tiene los siguientes deberes con respecto a la información: primero, informar al paciente de todos los tratamientos y procedimientos a los cuales puede acceder y tiene derecho; segundo, el deber que tiene de informar que este no puede llevar a cabo dicha pretensión al ser objetor de conciencia, lo cual como vimos anteriormente debe haber sido manifestado al director del establecimiento previo a que se le requiera llevar a cabo un aborto, para luego derivar a la paciente lo que será analizado a continuación.

²⁵² Comité Para El Estudio de los Aspectos Éticos de la Reproducción Humana de la FIGO, “Recomendaciones sobre temas de ética en obstetricia y ginecología”, acceso el 12 de noviembre del 2021, <http://www.figo.org/sites/default/files/uploads/wgpublications/ethics/Spanish%20Ethical%20Issues%20in%20Obstetrics%20and%20Gynecology.pdf>

La forma en que se consagró garantizar el derecho que tienen las pacientes que requiriesen de una interrupción voluntario de un embarazo, pero que sin embargo acudiesen a un centro de salud que fuese objetor de conciencia, el personal del pabellón o el médico de forma personal lo fuese, fue a través del deber de derivar. Así lo ha planteado también la literatura: “regulación jurídica del abandono de personas requiere que aquellos médicos que, sobre la base de la conciencia, se niegan a realizar procedimientos médicos permitidos legalmente a sus pacientes los deriven a otro médico que no comparta sus objeciones”²⁵³

Así, el Reglamento en el Título IV, de los artículos 22 al 25 inclusive, regula el proceso de reasignación o derivación poniéndose en los siguientes casos: primero, que un establecimiento de salud que si bien no es objetor de conciencia institucional no cuente con personal disponible para realizar la interrupción del embarazo; segundo, en caso que un médico o integrante de salud sea objetor; tercero si el establecimiento de salud no cuenta con personal que no sea objetor; cuarto, en aquellos casos en que el establecimiento de salud haya manifestado objeción de conciencia. En la circunstancia de que el establecimiento de salud no cuente con personal o que sea objetora de conciencia, tiene la obligación de derivar a otro establecimiento de salud y garantizar que dicho lugar tenga las condiciones para otorgar la prestación. En el caso del médico o de un integrante del equipo de salud requerido, tiene que dar aviso de inmediato al paciente y al directo del establecimiento, el que tendrá el deber de reasignar de inmediato al paciente a otro médico o integrante, según sea el caso, que tenga las calificaciones necesarias para otorgar la prestación.

²⁵³ Bernard Dickens, “Servicios de salud reproductiva y el Derecho y ética de la objeción de conciencia”, acceso el 12 de noviembre del 2021. Revista Argentina de Teoría Jurídica 13 (Junio 2009), 3, https://www.law.utoronto.ca/documents/reprohealth/SP22_servicios_objecion.pdf.

Desde un punto de vista ético, al consagrar el derecho a la objeción de conciencia, el deber de derivación debe ser visto como lo mínimo que debe ser exigido, al ser la única forma en dichos casos en que se puede garantizar que la prestación de salud se lleve a cabo. En consecuencia, “es legítima la objeción para realizar un aborto, pero no para derivar a la mujer ni para tratar las complicaciones de un aborto que se ha realizado previamente.”²⁵⁴ La Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia en Recomendaciones sobre Temas de Ética reconoce a su vez dicha obligación. “El deber de conciencia primordial de los obstetras y ginecólogos (“facultativos”) será en todo momento el de tratar o beneficiar o impedir el daño de los pacientes de cuyo cuidado son responsables. En el tratamiento a los pacientes, toda objeción de conciencia será secundaria al antedicho deber primordial. El suministro de beneficios y la prevención de daños requiere de los facultativos que proporcionen a tales pacientes acceso a tiempo a servicios clínicos.”²⁵⁵ El médico puede abstenerse de solo realizar el acto mismo que implica interrumpir el embarazo, en caso de que, sus convicciones personales se lo impidan, en la forma que dispone la ley, pero siempre que garantice que otro igualmente calificado pueda llevar a cabo la interrupción.

Una interpretación armónica a la normativa médica de la derivación tiene que ser entendida como aquella que asegure que el tratamiento será proporcionado por otro profesional, y mientras esto no ocurra el objetor sigue estando a cargo de su paciente, teniendo la obligación de proporcionarle todos los cuidados e información que este requiera según su condición y estado en el que se encuentre. El Departamento de Ética del Colegio Médico de Chile así lo ha entendido cuando dispone que “el profesional asume una obligación de no abandono de su paciente; es decir, no puede simplemente retirarse de la

²⁵⁴ Juan Pablo Beca y Carmen Astete, “Objeción de conciencia en la práctica médica”, *Revista Médica de Chile* 143, no. 4 (2015), 493-498, <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872015000400011>.

²⁵⁵ Comité Para El Estudio de los Aspectos Éticos de la Reproducción Humana de la FIGO, “Recomendaciones sobre temas de ética en obstetricia y ginecología”.

atención aduciendo OC, sino que debe asegurar que otro proveedor continúe con la atención”²⁵⁶

La presidenta del Colegio Médico de Chile de dicha época advertía: “La idea es que la objeción de conciencia no se convierta en una obstrucción de conciencia. Comprender que más allá de la ley, la ética requiere mantener una posición de objetividad y de respeto hacia la voluntad de las mujeres. Existen las vías para que puedan derivar a las mujeres o que participe otro profesional. En el caso de diagnóstico, seguimiento o tratamientos posteriores, no están acogidos en la ley y es algo que ellos deben entender, como hacer una ecografía previamente a una mujer que pueda ser susceptible de interrupción del embarazo en tres causales. Eso no está sujeto a la objeción”.²⁵⁷ Es necesario destacar que, la objeción de conciencia se limita solo al pabellón en cuanto al acto de interrumpir el embarazo, no a su diagnóstico ni a los deberes de información con el paciente.

Es importante lo dicho por la presidenta del Colegio Médico de esa época, actualmente futura Ministra del Interior, en cuanto a que la objeción de conciencia no se convierta en una obstrucción de conciencia y de malas prácticas médicas. Es en esta línea que el legislador en el Título V del reglamento impone sanciones al médico en ciertos casos. El artículo 26 dispone *“Las infracciones al presente reglamento serán sancionadas por la autoridad competente en la forma y con arreglo a los procedimientos previstos en el Libro Décimo del Código Sanitario y en la ley N° 20.584, según corresponda, sin perjuicio de las demás responsabilidades que pudieren proceder.”* ¿Puede proceder la responsabilidad

²⁵⁶ Salas et al., “El médico y la objeción de conciencia. Opinión del Departamento de Ética del Colegio Médico de Chile A. G.”, 385.

²⁵⁷ “Despenalización del aborto en tres causales: la paciente decide”, Colegio Médico, 23 de abril, 2018, <https://revista.colegiomedico.cl/despenalizacion-del-aborto-en-tres-causales-la-paciente-decide/>.

penal al médico objetor? Si es así ¿en qué circunstancia se puede construir el tipo penal? Dichas interrogantes serán resueltas al final de este trabajo.

2.6 Objeción de conciencia y derecho penal

Tal como hemos visto a propósito de los acápites previos, la objeción de conciencia como institución viene a operar como una protección al sistema de valores personales de un individuo, los cuales, en distintos contextos, pueden verse gravemente afectados por exigencias contenidas en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido se vuelve necesario, sobre todo a la luz del problema que nos convoca, analizar el lugar que tendría este derecho en la estructura de imputación del eventual delito omisivo de lesiones u homicidio que se podría producir a propósito de la no intervención del médico que, encontrándose la mujer en alguna de las tres causales que habilitan a la realización del aborto tal como dispone la ley 21.030, se excusa de realizar la intervención médica amparándose en este derecho que explícitamente le reconoce la norma contenida en el artículo 119 ter del Código Sanitario.

Tal como ha sido conceptualizada resulta relativamente natural asociar la objeción de conciencia, explícitamente consagrada en este contexto, a una autorización que el legislador dispensa para no realizar la prestación ordenada de darse los requisitos contemplados para cada una de las causales.

Traducido esto a un lenguaje acorde al ejercicio que aquí se realiza, la cuestión que se plantea en el contexto de la imputación es si es que la objeción de conciencia podría operar como una causal de justificación, exculpación o atipicidad, liberando al médico de la sanción que de otra forma iría asociada a su omisión en virtud de la estructura expuesta en el primer capítulo de este trabajo.

Para adentrarnos a las alternativas que presenta la pregunta, es necesario recordar la estructura que estamos utilizando para caracterizar el juicio de imputación penal. Así, para reconocer un injusto culpable, que vuelva procedente en tanto tal la sanción que dispensa nuestro ordenamiento penal, es necesario poder aseverar que se ha producido un quebrantamiento imputable de la norma de comportamiento, seguido por la concurrencia de aquellas condiciones que nos permiten imputar ese quebrantamiento al sujeto²⁵⁸.

En virtud de el esquema previamente descrito podemos distinguir dos sistemas de normas que operan conjuntamente para poder realizar el juicio de atribución de responsabilidad penal. Por una parte, contamos con las normas de comportamiento, las que nos permiten identificar la conducta tipificada que es prohibida, mandatada, autorizada o liberada de realizar; y, por otra, tenemos las reglas de imputación, las que nos permiten reconocer las condiciones que deben presentarse para que la conducta desplegada que constituye un quebrantamiento de la norma de comportamiento pueda ser reconocida como una infracción culpable a un deber²⁵⁹.

Teniendo esto en consideración, estamos en condiciones de adentrarnos en la cuestión previamente planteada.

2.6.1 Como causal de atipicidad

Entendemos tipo en sentido estricto como la descripción legalmente consagrada en normas de sanción del conjunto de elementos objetivos y subjetivos que componen la

²⁵⁸ Juan Pablo Mañalich Raffo, “El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 del N° 11 del Código Penal chileno”, en *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury.*, ed. Alex Van Weezel de la Cruz (Santiago, Chile: Legal Publishing Chile, 2013), 715.

²⁵⁹ *Ibidem*, 716.

conducta prohibida²⁶⁰. Subsecuentemente, una conducta será atípica cuando, analizada, pruebe discordante con la descripción legal del hecho²⁶¹.

Así, si bien a estas alturas del desarrollo doctrinario entendemos que tipicidad y antijuridicidad son dos categorías independientes, en tanto las causales de justificación (como se referirá posteriormente) son excepcionales de cara a la prohibición o mandato generalizado consagrado en el tipo, no es particularmente polémico reconocer que la descripción de una determinada conducta en una norma de sanción, por regla general, es indiciaria de la intención del legislador de sancionar a quienes despliegan una conducta típica^{262 263}.

Parte de la doctrina ha sostenido que el análisis de tipicidad de una determinada conducta no se agota, exclusivamente, en la corroboración de que esta calza con la descripción que encontramos en una determinada norma, sino que demanda un estudio teleológico de la ley en su contexto normativo. Lo anterior porque se entiende que las descripciones legales tienen un contenido valorativo, en un sentido ético jurídico, que no es posible excluir²⁶⁴.

Dentro de este marco, la teoría de la adecuación social ha sostenido que “aquellas acciones que corresponden a una descripción típica legal deben ser consideradas atípicas cuando son corrientemente admitidas dentro del contexto ético-social histórico de una

²⁶⁰ Cury Urzúa, Derecho Penal Parte General, 279.

²⁶¹ Alfredo Etcheberry, Derecho Penal. Parte General. Tomo I., 3ra ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998), 228.

²⁶² Ibidem, 287.

²⁶³ Así, desde la perspectiva que nos permite entender que las normas pretenden ser razones para la acción, se subentiende que la consagración de determinadas conductas en normas penales son una manifestación de la voluntad del legislador de incentivar/inhibir un comportamiento específico (dependiendo si nos encontramos ante una prohibición o un mandato).

²⁶⁴ Mario Garrido Montt, Derecho Penal parte general. Tomo II., 4ª ed. (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2015), 112.

sociedad determinada”²⁶⁵. Así, dado que el tipo describe conductas que el Estado refrenda por considerar socialmente lesivas, ya que afectan determinados intereses o estados de cosas valiosos, cuando esta sea típica pero normalmente tolerada, como no podemos reconocerla como socialmente lesiva, difícilmente le podemos conferir la calidad de típica²⁶⁶.

Desde este punto de vista, la objeción de conciencia, en atención a la naturaleza que solemos atribuirle (como previamente ha sido analizado), podría volver la conducta del facultativo atípica, en tanto se encuentra ejerciendo una prerrogativa que no sólo siempre podemos reconocer a los individuos en general, sino que para los médicos en específico se encuentra legalmente consagrada en el Código Sanitario.

En este sentido, siguiendo la lógica previamente expuesta, hay quienes podrían sostener que difícilmente la conducta desplegada al alero de esta facultad podría ser considerada como contraria a nuestro ordenamiento, y en ese sentido parte de un comportamiento típico, cuando es el mismo legislador el que le reconoce el ejercicio de esta facultad a los médicos en el contexto de la realización de interrupciones del embarazo.

2.6.2 Como causal de justificación

Las causales de justificación han sido tradicionalmente entendidas como permisiones u ordenes que la ley dispensa para realizar una conducta prohibida u omitir una conducta mandatada, de forma tal que esta sigue siendo típica, pero pierde la cualidad de ser antijurídica, en tanto, por existir la causal de justificación, deja de ser contraria al ordenamiento jurídico²⁶⁷.

²⁶⁵ Etcheberry, Derecho Penal. Parte General. Tomo I., 228.

²⁶⁶ Garrido Montt, Derecho Penal parte general. Tomo II., 112.

²⁶⁷ Ibidem, 238.

De esta forma se ha entendido que, si bien la conducta seguirá siendo típica en tanto satisface los presupuestos de la norma afectando el bien jurídico protegido, es el análisis de la concurrencia o no de este permiso lo que determina si hay una infracción al ordenamiento que exprese el desvalor que la norma penal busca evitar²⁶⁸.

Así, en los términos del análisis previamente expuesto, las causales de justificación serían normas de comportamiento que constituyen una permisión que excluye una o más normas de comportamiento²⁶⁹.

En este sentido, la forma en la que operan las normas permisivas no es por vía de modificar el contenido de una o más normas prohibitivas, volviendo la conducta absolutamente aceptada por nuestro ordenamiento, sino que dependen directamente de que exista una superposición de sus correspondientes contenidos. Así, la aplicabilidad de la norma de comportamiento que contiene la conducta típica se ve suspendida para el caso concreto, quedando neutralizada como razón para omitir la conducta determinada de la que se trata²⁷⁰.

Encontramos normas de esta naturaleza consagradas en el artículo 10 del Código Penal, las cuales, si bien son una enumeración limitada, no constituyen una lista taxativa, pues podemos encontrar normas de esta naturaleza en otras disposiciones del mismo Código, así como en otros cuerpos normativos²⁷¹.

Para lo que nos convoca, sin embargo, resulta interesante el análisis de aquella causal de justificación contemplada en el artículo 10 numeral 10, el cual consagra “*están*

²⁶⁸ Garrido Montt, *Derecho Penal parte general. Tomo II.*, 132.

²⁶⁹ Mañalich Raffo, “El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 del N° 11 del Código Penal chileno”, 717.

²⁷⁰ Juan Pablo Mañalich R., “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, *Revista chilena de derecho* 41, n° 2 (2014): 480, <https://doi.org/10.4067/s0718-34372014000200005>.

²⁷¹ Garrido Montt, *Derecho Penal parte general. Tomo II.*, 146.

*exentos de responsabilidad criminal: 10. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”, específicamente en su hipótesis referida al ejercicio legítimo de un derecho*²⁷².

Respecto esta figura se ha entendido que hace referencia a aquellas circunstancias en que el sujeto, en el ejercicio de un derecho que el ordenamiento le reconoce, afecta bienes jurídico o derechos de terceros, de manera que el libre ejercicio de nuestros derechos que generalmente se nos reconoce se podría ver potencialmente limitado por esta afectación²⁷³.

En este sentido, parte de la doctrina ha identificado esta disposición no como una causal de justificación, sino como una metarregla en el contexto de las justificantes: en la ponderación entre una norma permisiva de una conducta y la norma penal que la prohíbe les da preferencia a las primeras. Subsecuentemente, además de invocar el numeral, será necesario identificar la norma que confiere el derecho para configurar la causal²⁷⁴.

Así, el derecho podría ejercerse libremente siempre que se haga sujetándose a los límites que la ley y el derecho ajeno fijan en relación con su extensión y la forma que ha de ser concretado²⁷⁵.

Teniendo esto en consideración, podríamos referirnos a la objeción de conciencia, tal como la regula el Código Sanitario, como una circunstancia en la cual el legislador le reconoce al facultativo la autorización para eximirse de realizar las intervenciones

²⁷² Podría entrar en cuestión si la norma contenida en el artículo 10 numero 12 podría venir en consideración para efectos del análisis propuesto, sin embargo, tal como ha dicho parte de la doctrina, cuando la ley autoriza la omisión en virtud del ejercicio de un derecho, al ser facultativo, no puede caracterizarse como una situación en que el sujeto se ve impedido. En este sentido: Etcheberry, Derecho Penal. Parte General. Tomo I., 249.

²⁷³ Garrido Montt, Derecho Penal parte general. Tomo II., 198.

²⁷⁴ Antonio Bascuñán, “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, Revista Derecho y Humanidades, n° 10 (2004): 165.

²⁷⁵ Garrido Montt, Derecho Penal parte general. Tomo II., 198.

contempladas en el artículo 119, siempre que se cumplan para hacerlo efectivo las condiciones que regula el protocolo del Ministerio de Salud, y no se encuentre la persona gestante en posición de requerir atención médica inmediata e impostergable en el contexto de un embarazo que hace peligrar su vida y no exista otro médico que pueda realizar la intervención.

Ahora, para que operase como una causa de justificación en el contexto relevante para el análisis, lo anteriormente descrito tendría que conllevar la afirmación de que la objeción de conciencia, al liberar al médico de la obligación de realizar la intervención, excluye asimismo la responsabilidad penal por la omisión de impedir la muerte o por la omisión de impedir el deterioro de la salud de otro, cuestión que no queda para nada clara. Es más, pareciera ser, tal como se encuentra formulada la disposición en el art. 119 ter, particularmente en su inciso final, que la realización de la intervención en pos del resguardo de la vida de la persona gestante es claramente la prioridad en aquellos casos en que se genere el conflicto con el ejercicio de la objeción de conciencia.

Sin perjuicio de lo anterior, para sostener una postura como la analizada en este subtítulo, es necesario asumir que aquello que el legislador hace al contemplar esta alternativa para el facultativo es, en la ponderación del bien jurídico libertad de conciencia con el bien jurídico vida e integridad física de la persona embarazada, decantar por la primacía del primero, reconociendo legitimidad en esta circunstancia.

Si estuviéramos de acuerdo con una postura como esta, de todas formas sería necesario que, al ampararse en la causal, la voluntad del sujeto fuera una que persigue un fin reconocido por la norma en cuestión, lo que implica, en este caso, que para su ejercicio se observen todos los límites impuestos por la objeción de conciencia como institución, y luego por aquellos que importa el ejercicio de la práctica médica (como la observancia de normas propias de la *lex artis*).

2.6.3 Como causal de exculpación

Por su parte las causales de exculpación forman parte del análisis de la culpabilidad del individuo que despliega una conducta típica y antijurídica. En este sentido, tradicionalmente ha sido entendido como el juicio de valor del acto que se realiza en función del autor de este, esto es, el análisis respecto a si es o no reprochable para el infractor haberse conducido de la forma en que lo hizo, en atención a su situación específica²⁷⁶. Es decir, es la característica de la voluntad del actor que la vuelve contraria a nuestro ordenamiento jurídico y en ese sentido reprobable²⁷⁷.

En los términos del análisis ofrecido en un comienzo, entendemos que las causales de exculpación operan en el mismo nivel de las reglas de imputación excluyendo el análisis de culpabilidad. Lo que esto implica es que el quebrantamiento de la norma de comportamiento deja de verse como una contradicción a la misma, pues la conducta, en tanto acto comunicativo, no manifiesta el rechazo de la norma como razón para la acción, sino que la desviación del programa que impone la norma es reconducible a circunstancias que el ordenamiento comprende²⁷⁸.

Lo anterior se explica porque el seguimiento o infracción de una norma dependen de la capacidad del actor de conducirse según sus intenciones y formarse determinaciones respecto esas intenciones. Esto se traduce en que el individuo pueda optar por la ejecución u omisión de una acción y que pueda hacerlo en virtud de que una norma prohíbe u ordena

²⁷⁶ Garrido Montt, 142.

²⁷⁷ Etcheberry, Derecho Penal. Parte General. Tomo I., 270.

²⁷⁸ Mañalich Raffo, “El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 del N° 11 del Código Penal chileno”, 723.

la conducta, motivando su actuar por ella. Es sólo de cara a este escenario que podemos hablar de culpabilidad por el injusto²⁷⁹.

De cara a la pregunta por el rol que podría tener la objeción de conciencia en la estructura de imputación, teniendo en consideración la distinción que típicamente realizamos entre causas de inculpabilidad y de exculpación, son estas últimas las que nos interesan para efectos del análisis que estamos realizando.

Las causas de exculpación son aquellas que dicen relación con circunstancias que a los ojos del legislador justifican renunciar a la expectativa de que el individuo hubiera ajustado su comportamiento a la norma, existiendo todas las otras circunstancias que habilitan el juicio de imputación²⁸⁰. En este sentido nos remitimos a la idea de que la falta de seguimiento de la norma no expresa una actitud de desidia con el ordenamiento que justifique reprochar al autor por su falta de observancia del derecho²⁸¹.

Así, estamos ante una conducta que, siendo típica y antijurídica, reconducible al actor en tanto es efectivamente una manifestación de la voluntad de este, no es reprochable pues lo que explica la desviación de la conducta del sujeto de lo predispuesto por el derecho no es una voluntad contraria al mismo, sino que hay circunstancias específicas que vuelven inexigible que hubiera ajustado su conducta a la norma, lo que no implica que haya una falta de todos los elementos objetivos de la imputación.

En este sentido, para diferenciarlas de las causales de justificación, hay que entender que no nos encontramos en un caso de conflicto entre bienes jurídicos reconocidos por el derecho, que posteriormente zanja reconociendo validez en la situación en la que se

²⁷⁹ Ídem.

²⁸⁰ Ibidem. 726.

²⁸¹ Ibidem. 727.

encuentra el sujeto, sino que nos encontramos en una circunstancia en la que el ordenamiento suspende la expectativa de motivación conforme al derecho²⁸².

De entender la objeción de conciencia operando en estos términos se tendría que poder sostener que en aquellos casos que el facultativo no interviene para ejecutar la intervención debida en virtud de lo dispuesto por el Código Sanitario en ejercicio de este derecho, nuestro ordenamiento seguiría reconociendo como objetivamente reprochable la omisión que deriva en la muerte o la afectación de la salud y/o integridad corporal de la persona embarazada, pero en virtud de que nos encontramos ante alguien cuyo sistema de valores se opone sustantivamente a esta práctica el ordenamiento renuncia a reprochar jurídico-penalmente su conducta.

3. Responsabilidad penal del médico objetor en el contexto de la no realización del aborto

Habiendo hecho una revisión de los elementos necesarios para plantear un análisis a las circunstancias pertinentes al tema que nos convoca, nos encontramos en condiciones de exponer las alternativas de tratamiento que nuestro ordenamiento dispensa a los facultativos que se encuentren en las siguientes condiciones:

1. Encontrarnos ante una persona embarazada cuya circunstancia sea posible de circunscribir en alguna de las tres causales de la ley 21.030,
2. Que la relación médico-paciente se haya consolidado,
3. Que el médico se abstenga de realizar la prestación,

²⁸² Juan Pablo Mañalich Raffo, “La exculpación como categoría del razonamiento práctico”, InDret, 2013, 22.

4. Que la abstención se haya producido al amparo del ejercicio del derecho de objeción de conciencia que consagra la ley,
5. Que la persona gestante no haya podido ser derivada a tiempo o no se haya realizado la gestión de derivación,
6. Que de lo anterior se sigan los siguientes resultados: (i) la persona gestante que se amparó en la causal número 1 fallece (ii) la persona gestante que se amparó en la causal número 1 no fallece, pero producto del retraso queda con lesiones.
7. Que el médico hubiera podido realizar la intervención de no ser por su ejercicio de la objeción de conciencia, y
8. Que la persona embarazada efectivamente fallezca o producto de la no intervención termine con lesiones en los términos del Código Penal.

En resumidas cuentas, lo anterior no es sino la manifestación de la estructura de imputación propia de los delitos omisivos impropios, aplicada a la situación del facultativo que se ve en la posición de realizar un aborto lícito.

3.1 ¿Podría atribuirse responsabilidad penal?

Frente a esto, para hacernos cargo de la pregunta planteada, será necesario zanjar el rol que ocupa la objeción de conciencia en la imputación al médico tratante, para así elucidar si estamos ante una circunstancia que podría llevar a la atribución de responsabilidad penal.

Con este fin, las alternativas que barajamos son: la objeción de conciencia como causal de justificación, como causal de exculpación, como causal de atipicidad y la objeción de conciencia como irrelevante para efectos del análisis de imputación.

Si vemos la objeción de conciencia como causal de justificación, implicaría reconocer que el legislador renuncia a ver esta situación como contraria al ordenamiento jurídico, reconociendo legitimidad en el actuar del médico objetor de conciencia, en tanto la norma de comportamiento que se extrae de la regulación de esta institución, al constituir un permiso, contraría la norma de comportamiento consistente en el mandato que el legislador dispensa a los facultativos, volviendo lícita la conducta.

Sin embargo, tal como fuera previamente desarrollado, difícilmente la objeción de conciencia se deja describir como una cláusula de permisión que pudiera excluir el mandato de impedir el resultado de muerte o lesiones. En este sentido, como se desarrolló en el subtítulo 2.5.2., será necesario que el ejercicio del derecho se realiza en el contexto de los límites que la misma ley impone. En este sentido, tal como se encuentra formulada la disposición en el art. 119 ter, la realización de la intervención en pos del resguardo de la vida de la persona gestante es claramente la prioridad en aquellos casos en que se genere el conflicto con el ejercicio de la objeción de conciencia.

Por otro lado, más allá de aquellas circunstancias en que necesitamos resguardar nuestra propia vida o la de un tercero, no existen otras circunstancias en donde el legislador nos habilite a la transgresión del bien jurídico vida o integridad física de otro. Sería contra sistemático y relativamente antojadizo identificar en la libertad de conciencia una excepción.

Por otro lado, nos encontramos con la posibilidad de que la objeción de conciencia constituya una causal de exculpación, si así fuese, estaríamos reconociendo que la conducta del médico, manteniendo su tipicidad, sigue siendo contraria al ordenamiento jurídico, pero que, en consideración a sus circunstancias particulares, por encontrarse en una posición que le volvía inexigible conformar su comportamiento a la norma, esta no manifiesta una actitud de desidia con el ordenamiento, sino que la desviación de su conducta responde a su situación específica, la cual produce que el legislador renuncie a

la expectativa de que se hubiera comportado de otra forma, pues nadie en esa posición podría haberlo hecho.

Así, en estos casos, existe una capacidad física y cognitiva de motivación frente a la norma, pero por una situación contingente no le es exigible al sujeto que sea motivado por la norma. Estas se encuentran reguladas en los siguientes artículos del Código Penal:

Artículo 10 n°9: *“Están exentos de responsabilidad criminal: El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable.”*

Artículo 10 n°11: *“Están exentos de responsabilidad criminal: El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes:*

1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.

2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.”

En el caso del artículo 10 n°9 es claro que la creencia moral, ética o religiosa, no logra cumplir con los requisitos de que esta sea una fuerza irresistible. En este sentido, un sector de la doctrina ha sostenido que la fuerza alude solamente a la fuerza física o vis absoluta, sin embargo, la doctrina más reciente considera comprendida sólo la vis compulsiva, cualquiera sea el medio empleado para ejercerla, lo que implicaría, también, cualquier forma de fuerza moral²⁸³.

²⁸³ Couso Salas y Hernández Montecinos, Código Penal Comentado: Libro primero (Arts.10 a 105), doctrina y jurisprudencia, 144.

Incluso si adscribimos a esta última posición, una creencia de índole moral, ética o religiosa no llega a cumplir con lo que el legislador refiere a fuerza irresistible, ya que esta se refiere, en un sentido bastante laxo, a casos como venganza por la muerte de un familiar y excepcionalmente en algunos casos de hurto famélico.

Luego, en relación con el “miedo insuperable”, tampoco se cumpliría dicha hipótesis. En este caso se entiende por miedo un estado de perturbación anímica profunda, que es provocada por la previsión del acaecimiento actual o inminente de un mal grave que ocurrirá en el caso de seguir la norma²⁸⁴. En este caso, no nos encontramos con la amenaza de un mal que vaya a ser ejercida a su persona o a un tercero, pese a que para sí el realizar la interrupción de un embarazo no sea una conducta que vaya en la línea con sus creencias propias.

En consecuencia, el médico no podría ampararse en el artículo 10 n°9 del Código Penal para que se vea eximido de su responsabilidad penal.

Con respecto al artículo 10 n°11, de igual forma faltarían los requisitos que impone dicha norma, de manera determinante nos podemos limitar a señalar el requisito 3 de la misma “*Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita*”. En el ejercicio de ponderación, es claro que la persona gestante fallezca o sufra lesiones es un mal causado sustancialmente mayor al hecho de que el médico tenga que ir contra su sistema de valores para realizar la intervención. En este sentido, difícilmente los bienes jurídicos vida e integridad física pueden ser equiparados con la libertad de conciencia.

Respecto a la viabilidad de reconocer la objeción de conciencia como una causal de atipicidad, el argumento relativo a su función como permiso legal, en el sentido de ser una conducta socialmente aceptada y por lo tanto no contraria a derecho, pasa por alto el ámbito en que esta norma se encuentra inserta. Así, sostener que el legislador dispensa

²⁸⁴ Ídem, 248

esta posibilidad a los facultativos está lejos de permitir asumir que, a su vez, esto algo dice sobre la tipicidad de la conducta.

Es útil recordar que cuando hablamos de los tipos penales, tal como fuera previamente descrito en el acápite 2.5.1., hacemos referencia a la consagración legal de la descripción de una conducta, de manera tal que comportarse de una manera que se deje subsumir en la hipótesis normativa conlleva, por regla generalísima, la imposición de una sanción.

En este sentido, la objeción de conciencia nada modifica en el análisis de la conducta típica, pues de hecho la persona embarazada ha sido muerta o lesionada por la no intervención del facultativo, de manera tal que podemos subsumir la conducta en la norma penal correspondiente. Que la objeción de conciencia pueda ser considerada en sus propios términos como una norma de permisión o un perdón que el legislador dispensa, son posturas sostenibles, pero que han sido desechadas en párrafos previos.

Finalmente, encontramos una tercera alternativa. En atención a la regulación que contempla la ley 21.030 con respecto a los casos en que la mujer requiere atención médica inmediata e impostergable invocando la causal del número primero, circunstancia ante la cual reconoce la obligación del facultativo de intervenir a pesar de su calidad de objeto de conciencia cuando no haya otro médico cirujano que pueda realizar la intervención, teniendo en consideración los principios consagrados en los artículos 18, 19 y 22 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile y el principio de no dañar al paciente (tal como fue desarrollado en acápite previo), pareciera que en aquellas circunstancias en que la persona embarazada se encuentra expuesta de forma inmediata a un peligro a su bien jurídico vida o integridad física, no hay espacio para que se invoque la objeción de conciencia como una excusa a la obligación de intervenir que le asiste al médico tratante. En este sentido, el análisis respecto la naturaleza de esta figura se tornaría irrelevante, pues en virtud de nuestra regulación el facultativo sería de todas formas responsable por el resultado lesivo o de muerte.

Teniendo en consideración todo lo previamente expuesto, no queda sino concluir que en aquellos casos en que se quiera ejercer la objeción de conciencia en un escenario en que la persona embarazada pueda resultar lesionada o muerta por la no intervención, y que dicho resultado haya sido previsible al médico en atención al conocimiento de su ciencia, este no puede sino ser responsable penalmente por los potenciales delitos de homicidio por omisión impropia y el delito de lesiones por omisión impropia, pues la objeción de conciencia si bien es un derecho, encuentra límites que reconoce la propia ley que regula su ejercicio (de forma evidente en aquellos casos en que el bien jurídico vida puede resultar afectado).

En este sentido, es transversalmente reconocido por la doctrina que se refiere a estas cuestiones, tal como se desarrolló en párrafos previos, que ante la tensión entre el ejercicio de la objeción de conciencia como forma de resguardar el bien jurídico libertad de conciencia y el bien jurídico vida e integridad física de la persona embarazada, el conflicto jamás se puede resolver a favor del bien jurídico de menor entidad, sobre todo en aquellos escenarios en que la afectación es inminente e irreversible. Esta conclusión es ineludible teniendo en consideración las normas y principios previamente mencionados, que integran la *lex artis* en el ejercicio de este derecho.

3.2 Otros casos interesantes a la luz de la objeción de conciencia en la ley 21.030

Dicho esto ¿se aplica lo mismo para una persona gestante que acude a un centro médico porque su embarazo le está produciendo lesiones? Lo anterior se puede ilustrar de mejor forma con el siguiente caso. Sofía tiene 5 meses de embarazo, pero el feto ya es de 50 centímetros, a lo cual le señalan que por una malformación el feto medirá para las 36 semanas 70 centímetros, lo que tendrá como efecto que los órganos de la mujer se vean sumamente comprometidos, no al punto de costarle la vida, pero si sufriendo lesiones de

por vida en sus órganos que sucumbirá en un mal funcionamiento de estos ¿son responsables penalmente los médicos que no le realizan un aborto a Sofía por las lesiones que luego se le produzcan? Los médicos en estas circunstancias no son penalmente responsables ya que la causal n° del artículo 119 de la ley 21.030 dice expresamente *“La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.”* Así, si la persona solicitare que se le realice un embarazo en estas circunstancias, no podría ejercer dicha causal ya que esta se encuentra restringida a los casos en que la persona se encuentre en riesgo vital.

Lo que llama la atención de lo anterior es que el médico no solo no está obligado a realizar la interrupción del embarazo, o en caso de ser objetor de conciencia a derivar al paciente y garantizar que este sea debidamente derivado y que la prestación pueda llevarse a cabo, sino que además de realizar la interrupción podría incurrir en el delito de aborto sancionado por el Código Penal. Cabe destacar que sobre la base de esto surge la interrogante de si, por ejemplo, pudiese el médico ser absuelto de dicho delito en atención a una causal de exculpación, en especial por la ya anteriormente mencionado del artículo 10 n°11 del Código Penal, la eventual resolución por analogía que dicho caso deba ser subsumible al artículo 119 n°1 de la ley 21.030 o lo que han propuesto algunos teóricos relativo a la posibilidad de reconocer siempre la procedencia del aborto terapéutico.

Existen otros múltiples puntos que podrían resultar de interés: ¿qué sucede en aquellos casos en que la muerte de la mujer aparece como excesivamente remota a la no intervención del médico? ¿cuál es el tratamiento que se le podría dar a aquellas circunstancias en que la no intervención se traduce en una afectación que se manifiesta en la pérdida del plazo para poder ejercer este derecho? ¿qué sucede cuando, por la no realización del aborto por parte del objetor de conciencia, el feto inviable es parido y subsiste más de un momento siquiera, logrando una existencia que posteriormente finaliza con la muerte producto de la condición que lo volvía inviable? Todos estos cuestionamientos son interesantes de abordar y no quedan para nada zanjados a partir de

los puntos elucidados en este trabajo, esperaremos a ver cómo nuestra dogmática nacional y la jurisprudencia resuelven estos puntos.

Conclusiones

El problema planteado en este trabajo dice relación con la posibilidad de reconocer responsabilidad penal a los médicos objetores en aquellas circunstancias en que su no intervención deviniera en el fallecimiento o el sufrimiento de lesiones por parte de la persona gestante.

En miras a este fin, en tanto la naturaleza de la conducta en análisis es una que se caracteriza por la no intervención del facultativo en aquellas circunstancias en que, sostenemos, este debería haber otorgado la prestación médica, comenzamos el desarrollo de este trabajo con el análisis de la dogmática de los delitos de omisión.

Dado que la conducta previamente descrita no se encuentra tipificada en su modalidad omisiva, nos encontramos con lo que la doctrina tradicional ha denominado delitos de omisión impropia. Sobre este punto se abordaron diversas perspectivas respecto aquello que caracteriza a estas figuras, en lo esencial podemos resumir lo desarrollado al respecto identificándolas como delitos impropriamente identificados, en cuanto la norma de sanción que consagra la pena que ha de ser impuesta de incurrir en la infracción de la norma de comportamiento que de ella se extrae, no contiene la formulación de la modalidad omisiva en sus propios términos, de manera que será necesario un esfuerzo mayor en la construcción de la norma de requerimiento.

En este sentido, dado que estamos ante delitos de resultado, bastará con indicar que lo relevante para el legislador es la evitación de que un determinado estado de cosas llegue

a concretarse, cuestión que busca mediante la prohibición de las conductas que generan dicho estado, o el mandato de impedimento de que se produzca.

Ahora, las normas de requerimiento son excepcionales en nuestro ordenamiento penal, más aún si estamos ante normas de requerimiento que extraemos de formulaciones que no las contemplan explícitamente. Así, será necesario recurrir a las posiciones de garante como herramienta para determinar quiénes efectivamente se encuentran afectos a la norma de requerimiento de evitar el resultado en cuestión.

Así, para poder imputarle el resultado que el ordenamiento busca evitar a una persona cuya conducta consiste en la omisión de la acción impeditiva de dicho resultado, será necesario, además de ser garante, que el individuo haya contado con una oportunidad para la acción, en el sentido de que se haya visto en la posición de que el bien jurídico del tercero fuera potencialmente afectado, y pudiendo intervenir haya decidido abstenerse de actuar.

En cuanto al contenido del deber del garante, se desarrollaron extensivamente las figuras relativas a los delitos de homicidio y lesiones, pues es precisamente el contenido de la norma de comportamiento consistente en el mandato de evitación de estos resultados la que determina el contenido del deber que caracteriza esta posición.

En el contexto de esta estructura, abordamos la objeción de conciencia, en miras a determinar cómo opera en el contexto de la potencial responsabilidad que se le pueda reconocer el facultativo que no interviene haciendo referencia a esta prerrogativa.

La objeción de conciencia, según lo planteado por la doctrina y a la tesis que adscribe esta memoria, es una inmunidad y/o libertad que permite a un individuo abstenerse de realizar el cumplimiento de una obligación, por razones éticas, religiosas o morales y así resguardar su integridad moral. Este es un derecho derivativo del derecho fundamental de la libertad de conciencia, pero eso no lo hace ser un sinónimo del derecho fundamental.

Ahora bien, solo podrá ser ejercido en la medida en que este sea expresamente reconocido por la normativa, como bien lo establece el derecho internacional.

Este derecho se reconoce en nuestra legislación con ocasión del servicio militar obligatorio y el Código Sanitario, junto con el Código de Ética Médico también lo reconozca, con ocasión de la ley 21.030 que despenaliza el aborto en tres causales en el artículo 119 ter del Código Sanitario. Luego, se regula el ejercicio de la objeción de conciencia en el Decreto 67 “Reglamento para ejercer la objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario”

Dicha regulación no le entrega a la objeción de conciencia en la ley 21.030 la posibilidad ser invocado como un derecho absoluto que exima totalmente al médico de su responsabilidad con su paciente. Primero, por la obligación que tiene este de derivar de forma inmediata al paciente según lo que obliga el artículo 119 ter del Código Sanitario. Luego el reglamento, limita e incluso sanciona en ciertas circunstancias su ejercicio, que va en la misma línea del Departamento de Ética del Colegio Médico de Chile, donde se señala que el principal compromiso está con el bienestar y salubridad de sus pacientes.

Así, en el último acápite, revisamos las potenciales alternativas de solución que ofrece el problema planteado. Teniendo en consideración lo expuesto, se descartaron las alternativas de entender la objeción de conciencia como una causal de exculpación, justificación o atipicidad, de manera que entendemos que esta figura, ante la circunstancia de que la mujer pudiera fallecer, no obsta la atribución de responsabilidad penal al médico por el resultado de muerte.

Ante la hipótesis de lesiones, dado que la regulación de la ley 21.030 no contempla una causal que habilite la realización del aborto ante estas circunstancias, se vuelve relevante hacer el análisis teniendo en consideración la distinción planteada: i) en el caso que la mujer se encuentre en el contexto de la primera causal, y por la dilación indebida de la realización del procedimiento por parte del facultativo objetor de conciencia la

persona termine con lesiones, podemos decir que el médico será responsable penalmente por esta circunstancia; y ii) si estamos en el caso de una persona cuyo embarazo no es subsumible en alguna de las causales contempladas en la ley de interrupción voluntaria, dado que el facultativo no tiene un deber ni la habilitación legal para realizar la intervención, este no sería responsable de las lesiones provocadas por esta circunstancia a la persona gestante. Sin embargo, lo anterior deja a salvo las preguntas relativas a la antijuridicidad de la conducta cuando el aborto se realiza con fines terapéuticos, cuestión que excede con creces los márgenes de este trabajo.

Bibliografía

- Alvarez, Iñigo. "Sobre el concepto de derecho subjetivo de Hans Kelsen." En Boletín de la Facultad de Derecho, no. 17, 2001. 27-74.
- Ángela Aparisi Millares y José López Guzmán, "El derecho de objeción de conciencia en el supuesto del aborto: De la fundamentación filosófica- jurídica de su reconocimiento legal", *Persona y Bioética* 10, no. 1, 2006.
- Arriagada, Beatriz. "El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo." *Revista de Ciencias Sociales*, no. 65, 2014. 13-45.
- Bascuñán, Antonio. "La ilicitud del aborto consentido en el derecho chileno", *Revista Derecho y Humanidades*, no. 10, 2004. 143-181.
- Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá, Colombia: Temis, 1989.
- Balmaceda Hoyos, Gustavo. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*. 2nd ed. Santiago, Chile: Librotecnia, 2014.
- Bascuñán, Antonio. "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno". *Revista Derecho y Humanidades*, nº 10 (2004): 143-81.
- Bustos Ramírez, Juan. "La Teoría del delito". En *El Delito Culposo*, 23-98. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010. <https://2019.vlex.com/#WW/vid/327134647>.
- . *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 3rd ed. Barcelona, España.: Ariel

- Derecho, 1989.
- Contesse Singh, Javier. “La omisión impropia como hecho punible. Acerca de la incorporación de una regla general de punibilidad de los así llamados ‘delitos de omisión impropia’ en el Anteproyecto de Nuevo Código Penal.” En *Reformas Penales, CEDPAL - Chile*, editado por Jean Pierre Matus A., 11–49. Santiago, Chile: DER, 2017.
- Couso Salas, Jaime, y Héctor Hernández Montecinos. *Código Penal Comentado: Libro primero (Arts.10 a 105), doctrina y jurisprudencia*. Legal Publishing Chile, 2011.
- Cuadrado Ruiz, Ma Ángeles. “La posición de garante”. *Revista de derecho penal y criminología* 6 (2000): 11–68.
- Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 7ª ed. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica, 2005.
- Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. 3rd ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- . *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. 3ra ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Faraldo Cabana, Patricia. “Omisión del deber de socorro. En especial referencia a la negativa al tratamiento médico”. En *Lecciones de derecho sanitario*, 519–54, 1993.
- Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- . *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- . *Derecho Penal parte general. Tomo II*. 4ª ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2015.
- . “El delito de omisión”. En *Derecho Penal, Parte General. Tomo II*, 1ª ed., 235–51. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2005. <https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#sources/5491>.
- Hernández Basualto, Héctor. “Seminario Intenacional: Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial”. *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 10 (2008): 175–98.
- Izquierdo Sánchez, Cristobal. “Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante”. *Revista Chilena de Derecho* 33 N°2 (2006): 329–43.
- Kaufmann, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. 2da Edició. Madrid, España: Marcial Pons, 2006.
- Mañalich R., Juan Pablo. “Normas permisivas y deberes de tolerancia”. *Revista chilena de derecho* 41, nº 2 (2014): 473–522. <https://doi.org/10.4067/s0718->

34372014000200005.

- Mañalich Raffo, 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”. *Revista de derecho (Valparaíso)* XXIV, n° 1 (2011): 87–115.
- . “El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 del N°11 del Código Penal chileno”. En *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury.*, editado por Alex Van Weezel de la Cruz, 715–42. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile, 2013.
- . “La exculpación como categoría del razonamiento práctico”. *InDret*, 2013.
- . “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas.” *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 21, n° 2 (2014): 225–76. <https://doi.org/10.4067/s0718-97532014000200007>.
- Matus A., Jean Pierre, y María Cecilia Ramírez G. *Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial*. 3rd ed. Santiago, Chile: Tirant lo blanch, 2019.
- Mayer Lux, Laura. “Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica”. *Revista de derecho (Valparaíso)*, n° 37 (2011): 371–413. <https://doi.org/10.4067/S0718-68512011000200009>.
- Mera Figueroa, Jorge. “Los medios en el delito de lesiones graves”. *Revista de Ciencias Penales* XXXIV (1975): 163–200.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Editado por Julio César Faira. 10th ed. Buenos Aires, Argentina: B de F, 1984.
- Navas, Iván. “Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en derecho penal”. *Política Criminal* 10, n° 20 (2015): 678–93. http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_20/Vol10N20A8.pdf.
- Novoa Monreal, Eduardo. *Fundamentos de los Delitos de Omisión*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 1984.
- Ossandón Widow, María Magdalena. “Caso ‘Madre inactiva’ SCS, 02/05/2001, Rol N° 4519-00”. En *Casos Destacados Derecho Penal. Parte General.*, editado por Tatiana Vargas Pinto, 37–62. Santiago, Chile: Thompson Reuters, 2015.
- . “Comisión por omisión del delito de favorecimiento de la prostitución de menores”. En *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de ciencias penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.*, 435–61, 2013.
- Politoff L., Sergio, Jean Pierre Matus A., y María Cecilia Ramírez G. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Distrito Federal, México: Jurídica de las Américas,

2009.

https://2019.vlex.com/#/search/jurisdiction:CL+content_type:4/politoff+matus+ramirez+parte+especial/sources/4726.

- Politoff, Sergio, Francisco Grisolia, y Juan. Bustos. *Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. 2nd ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- Rettig Espinoza, Mauricio Alfredo. “Los delitos de lesiones, Crítica a la regulación del Código Penal chileno y bases para su reforma”. *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nº 23 (2015): 3–40.
- Rojas A., Luis Emilio. “Delitos de omisión entre libertad y solidaridad”. *Política Criminal* 13, nº 26 (2018): 682–738. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992018000200682>.
- Romeo Casabona, Carlos María. “Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas”. *Diario la Ley* 4 (2006): 1–18.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General, Tomo II*. 1ª ed. Pamplona, España: Thompson Reuters, 2003.
- Silva Sánchez, Jesús María. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*. 2nd ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F, 2003.
- Vilata Menadas, Salvador. “Ciudadanos jurados y objeción de conciencia”. *Jueces por la democracia*, nº 40 (2001): 61–70.
- Weezel de la Cruz, Alex Van. “Lesiones y violencia intrafamiliar”. *Revista Chilena de Derecho* 35, nº 2 (2008): 223–59.
- Wilenmann Von Bernath, Javier. “El sistema de graduación de la pena del homicidio en el derecho chileno”. *Política Criminal* 11, nº 22 (2016): 721–65. http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A12.pdf.

Jurisprudencia

Sentencia de la Corte Suprema, Rol 6229-2006, de 30 de enero de 2008

Sentencia de la Corte Suprema, Rol 1882-2008, de 16 de abril de 2009

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 3729-17, considerando decimotercero.