



**FACULTAD DE DERECHO**  
UNIVERSIDAD DE CHILE  
ESCUELA DE POSTGRADO

Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Postgrado

Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal - Versión IX

Actividad Formativa Equivalente a Tesis

**PUNIBILIDAD DE LAS LESIONES PRODUCIDAS AL FETO EN EL  
DERECHO PENAL CHILENO FRENTE A SU REFORMA**

MARÍA JESÚS SANTOS RODRÍGUEZ

14.147.514-2

PROFESOR GUÍA

JAVIER CONTESSE SINGH

SANTIAGO DE CHILE

2024

A mis adorados Luisa y Robertito, aunque el camino a veces esté lleno de adversidades y se vea difícil, nada en la vida es imposible, siempre deben luchar y trabajar por conseguir sus anhelos, crean y siéntanse orgullosos de ustedes. Gracias por ser mi inspiración, alegría y el empuje que necesité en estos largos y difíciles años.

A mi Robert, por decirme siempre que lo conseguiría y por apoyarme en mis peores momentos, estar siempre ahí cuando más lo necesite. Gracias infinitas por creer en mí.

Nada de esto hubiera sido posible sin ustedes. Este logro es de ustedes.

## **RESUMEN**

La tesis del presente trabajo es demostrar que hoy, en Chile, lesionar a un feto no es una conducta tipificada por el legislador, por lo que no tiene asociada la aplicación de una determinada pena, a pesar de que se hace necesario establecer a dicha conducta como un delito.

Según se indicará, al día de hoy resulta fundamental contar con un tipo penal que proteja la salud del feto, teniendo presente que, en virtud de los avances tecnológicos en el ámbito de la salud, en la actualidad resulta mucho más fácil examinar el estado del feto dentro del vientre materno, permitiendo que durante los últimos años, no solo exista un mayor interés por proteger su vida, sino también su integridad física.

Atendida esta necesidad de contar con un tipo penal de lesiones al feto, revisaremos cuál es el bien jurídico protegido en los países cuyo ordenamiento jurídico así lo contemplan, como es el caso de lo indicado en el Código Penal Español de 1995.

Por otra parte, señalaremos los casos de ordenamientos jurídicos en los que se discute si es posible castigar las lesiones causadas al feto no encontrándose tipificado expresamente. Por lo anterior, analizaremos el caso Contergan ocurrido en Alemania y el debate doctrinal al que dio lugar.

De igual manera, indicaremos si es la salud de las personas nacidas el objeto de protección del delito de lesiones al feto o si, por el contrario, es la salud e integridad del feto dicho objeto de protección.

Luego, nos referiremos a la situación actual del derecho penal en nuestro país, frente a las lesiones al feto, estableciendo tipos de lesiones y cuál es su resultado típico.

Acto seguido, expondremos los intentos por instaurar el tipo penal de lesiones al feto, revisando los Anteproyectos del Código Penal Chileno de los años 2013 y 2015 y 2018, específicamente de su artículo 234.

Finalmente realizaremos un análisis al Anteproyecto de Código Penal Chileno del año 2022.

Palabras Claves: Lesiones, feto, *nasciturus*, punibilidad, bien jurídico protegido, Anteproyectos.

## ÍNDICE

-	<b>RESUMEN</b>	
-	<b>INTRODUCCIÓN</b>	
-	<b>CAPÍTULO I. ¿ES POSIBLE CASTIGAR LAS LESIONES PRODUCIDAS AL FETO EN UN SISTEMA JURÍDICO QUE NO CONTEMPLE ESTA FIGURA PENAL?</b>	
	1. Caso Contergan y debate doctrinal en Alemania.....	9
	2. Doctrina en el derecho comparado.....	13
	2.1. Tesis de Reinhart Maurach.....	14
	2.2. Tesis de Armin Kaufmann.....	15
	2.3. Tesis de Ingeborg Tepperwien.....	17
	2.4. Tesis de Jesús María Silva Sánchez.....	19
-	<b>CAPITULO II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE LESIONES AL FETO</b>	
	1. Análisis del delito de lesiones al feto en el Código Penal Español del año 1995.....	22
	2. La salud de las personas nacidas como objeto de protección de los delitos de lesiones al feto.....	26
	2.1. Argumentos a favor .....	27
	2.2. Argumentos en contra.....	28
	3. La salud e integridad del feto como objeto de protección de los delitos de lesiones fetales.....	30
	3.1. La teoría de la inversión valorativa.....	31
	3.2. La tesis del conflicto de intereses. ....	33

4. Necesidad de castigar las conductas que dicen relación con las lesiones al feto.....	34
<b>- CAPÍTULO III. SITUACIÓN DEL DERECHO CHILENO FRENTE A LAS LESIONES AL FETO</b>	
1. Tipos de lesiones en Chile.....	44
2. El resultado típico en el delito de lesiones en Chile.....	45
<b>- CAPITULO IV. SITUACIÓN ACTUAL DE LA PUNIBILIDAD DE LAS LESIONES PRODUCIDAS AL FETO. ANTEPROYECTOS DEL CODIGO PENAL PARA INCLUIR EL DELITO DE LESIONES AL FETO.</b>	
1. Anteproyecto Código Penal año 2013.....	55
1.1. Contenido del proyecto.....	56
2. Anteproyecto Código Penal año 2015.....	60
3. Anteproyecto Código Penal año 2018.....	63
3.1 Análisis artículo 234.....	64
4. Análisis artículo 181 Anteproyecto Código Penal de fecha 6 de enero del año 2022.....	66
<b>- CONCLUSIÓN</b>	
<b>- BIBLIOGRAFÍA</b>	

## INTRODUCCIÓN

En la legislación chilena actual no se contempla el delito de lesiones al feto. Sin embargo, en los últimos años se aprecia que existe una mayor preocupación de otorgar protección al feto desde el punto de vista del Derecho Penal.

Lo anterior obedece, entre otras razones, a que hoy en día existen más riesgos que antes en el desarrollo del feto producto del avance de la tecnología. Así, el uso y abuso indiscriminado de fármacos, la exposición inevitable a señales inalámbricas de radio o electromagnéticas provenientes de los celulares y otros dispositivos y el consumo de alimentos genéticamente modificados, entre otros, repercuten en que los seres vivos, y en especial los humanos en formación, se vean enfrentados a riesgos que potencialmente pueden dañar su salud.

Por ello, en la actualidad resulta fundamental contar con un tipo penal que proteja la salud del feto; sobre todo si consideramos que, en virtud de los avances tecnológicos en el ámbito de la salud, hoy es mucho más fácil examinar el estado del feto dentro del vientre materno, incluso desde que se produce la anidación en el útero, lo cual permite diagnosticar e incluso tratar eventuales lesiones o enfermedades que pueda sufrir durante ese estado, permitiendo que durante los últimos años no solo exista un mayor interés por proteger su vida, sino también su integridad física.

Debido a lo anterior, en las últimas décadas, tanto en la doctrina como en el derecho comparado, ha existido cierta inquietud por la protección penal al feto, incorporándose incluso el delito de lesiones al feto como una figura penal en algunos ordenamientos jurídicos, como es el caso de España.

Sin perjuicio de lo señalado, la mayoría de los ordenamientos jurídicos no cuenta con un delito de lesiones al feto. Esto ha llevado a plantear si es posible

que las acciones lesivas sobre aquél puedan encontrarse contempladas en los delitos de lesiones contra la persona. Un caso emblemático en este sentido es el caso Contergan, ocurrido en Alemania a comienzos de la década de 1970. El examen de este caso nos permitirá, más adelante, profundizar sobre este debate.

Por otra parte, debemos preguntarnos cuál es el bien jurídico que se busca proteger con el delito de lesiones al feto. Una opción es la salud de las personas nacidas; otra opción es la salud e integridad del feto como tal, en atención a que, eventualmente, llegará a ser persona, y por lo mismo, se hace necesario contar con un tipo penal de lesiones que permita al feto alcanzar dicho desarrollo.

Para efectos de este trabajo, creemos que las lesiones producidas al feto deben contar con un tipo penal propio, sobre todo si consideramos que, al menos en nuestra legislación nacional actual, aquellas no quedan cubiertas por el delito de lesiones en contra de las personas, lo que deriva en una impunidad para las personas que causen este tipo de lesiones. Es más; como veremos, aun cuando dichas lesiones se manifiesten después del parto, las acciones prenatales que las hayan causado son atípicas.

Ahora bien, la necesidad de tipificar el tipo penal de lesiones al feto ha tenido como resultado diversos proyectos de ley que han pretendido remediar esta situación. Así, podemos encontrar los anteproyectos de Código Penal Chileno de los años 2013, 2015 y 2018 y 2022 los cuales, en principio, protegerían la salud e integridad del feto, llenando así de alguna forma la laguna de punibilidad existente en la actualidad.

Por último, analizaremos la eventual punibilidad que, hipotéticamente, sería aplicable a las lesiones al feto si se aplicasen los anteproyectos antes referidos, para luego concluir que es del todo necesario establecer dicha conducta como un delito en nuestro ordenamiento jurídico actual.

## CAPITULO I

### **¿ES POSIBLE CASTIGAR LAS LESIONES PRODUCIDAS AL FETO EN UN SISTEMA JURÍDICO QUE NO CONTEMPLE ESTA FIGURA PENAL?**

Como punto de partida, debemos preguntarnos si, en un sistema jurídico en el cual no se cuenta con el tipo penal de lesiones al feto (como es el caso de nuestro país), es o no posible sancionar estas acciones mediante otro tipo penal. Para responder a dicha interrogante es importante tener presente que, al día de hoy, existen ordenamientos jurídicos, como el español, que han incorporado un tipo penal de lesiones al feto, sancionando acciones que no quedaban comprendidas ni en el delito de aborto ni en el de lesiones a los seres humanos nacidos. Por otro lado, también existen sistemas penales, como el alemán, que no cuentan con un delito propiamente tal de lesiones al feto. En ellos, se ha intentado, por lo tanto, encuadrar las acciones que pudieren afectar la salud del feto en los delitos de lesiones contra las personas.

Una interrogante distinta de la anterior es si es necesario o no tipificar las lesiones al feto. Esta segunda pregunta tiene como presupuesto a la primera, ya que solo una vez que se ha respondido negativamente a esta última tiene sentido preguntarse por la necesidad de contar con un tipo específico de lesiones al feto. Y a este respecto, cabe tener en consideración que no toda conducta de relevancia jurídica o moral ha de tener necesariamente relevancia penal. Así las cosas, la legislación penal no puede abarcar todos los casos que no tienen relevancia jurídica.

En cualquier caso, estimamos que el hecho de que el feto se vea cada vez más expuesto a riesgos creados por la sociedad, es una razón en extremo relevante

para justificar la tipificación. Al respecto, y en el contexto del análisis de uno de los anteproyectos de código penal en que se incluía esta figura, la profesora María Magdalena Ossandón señala: “Cuando se realiza una maniobra que no provoca el aborto y que hace daño al niño que se está gestando, no configura delito, puesto que solo existe desde que el bebé nace. Podrían ser garrafales las negligencias, y si se trata de un no nacido no tiene delito penal. El nuevo código lo incluye”<sup>1</sup>.

Teniendo presente entonces que existen ordenamientos jurídicos, como el nuestro, que no contemplan un delito de lesiones al feto, revisaremos cómo en el derecho comparado se ha pretendido salvar ese vacío legal. Así, debemos preguntarnos si existía algún instrumento legal capaz de evitar la impunidad de las lesiones causadas en un feto. El punto de partida de dicho análisis es el ya anunciado caso Contergan.

### **1. El caso Contergan y el debate doctrinal en Alemania.**

Como ya fuera indicado, el caso Contergan surge en el marco de un ordenamiento jurídico que, al igual que el nuestro, no tiene tipificado el delito de lesiones al feto: el sistema penal alemán.

El día 27 de mayo de 1968, se inició en Alemania el juicio por el caso Contergan, ante el pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal de Justicia de

---

<sup>1</sup> OSSANDÓN, María Magdalena. 2018. Las sorpresas en el anteproyecto de Código Penal, según las facultades de Derecho. Noticias Derecho UC [en línea]. Santiago, Chile, <<http://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/22182-profesora-maria-magdalena-ossandon-las-sorpresas-en-el-anteproyecto-de-codigo-penal-segun-las-facultades-de-derecho>> [consulta: 03 noviembre 2020].

Aquisgrán. Dicho caso dio lugar a un intenso debate en la doctrina alemana, para luego continuar la discusión en otras legislaciones penales, como el caso de la española, a la cual nos referiremos más adelante.

A fines de los años cincuenta del siglo pasado, tanto en Alemania como en Estados Unidos, hubo un incremento de nacimientos de niños con malformaciones, tales como amelia (ausencia de las extremidades), focomelia (pérdida o acortamiento grave de los elementos proximales) y ausencia/hipoplasia del pulgar o los dedos, entre otros<sup>2</sup>. Por lo anterior, se inició una investigación de parte de médicos y especialistas para determinar la causa de este fenómeno. La investigación concluyó que el origen de las malformaciones radicaba en el consumo por parte de mujeres embarazadas, durante el primer trimestre del embarazo, de un medicamento sedante producido por la empresa alemana Grünenthal, cuyo nombre era Contergan.

En ese contexto, se inició el debate sobre si las lesiones producidas al feto (con o sin resultado de muerte tras el nacimiento) se encontraban o no bajo las hipótesis de los delitos de lesiones corporales dolosas, lesiones corporales culposas, homicidio culposo correspondientes a los parágrafos 223, 230 y 222 del Código Penal Alemán, respectivamente<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> E. PAPASEITA, O. GARCÍAS-ALGARB, M. FARRÉ. 2012. *Talidomida: una historia inacabada*. *Thalidomide* [en línea], en Anales de Pediatría, Asociación Española de Pediatría, [consulta: 24 enero 2022]. <https://analesdepediatria.org/es-talidomida-una-historia-inacabada-articulo-S1695403312005383>

<sup>3</sup> BOLDT SILVA, Jorge y CONTESSÉ SINGH, Javier. 2009 “*La punibilidad de las acciones prenatales con resultados lesivos. Un análisis desde la teoría de las normas*.” [en línea]. Memoria (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. P. 11.

[https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106936/de-boldt\\_s.pdf?sequence=3](https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106936/de-boldt_s.pdf?sequence=3) [consulta: 24 enero 2023]

El tribunal que conoció del caso dictó una sentencia de sobreseimiento en la que, pese a no imponerse una sanción (producto de un acuerdo al que llegaron las víctimas con los representantes de la empresa), se estableció que en el caso de los niños muertos poco después del nacimiento existió homicidio imprudente y que en el caso de los niños nacidos con malformaciones existieron lesiones imprudentes contra las personas (nacidas)<sup>4</sup>. Al respecto, y atendido a que en Alemania no se castiga el aborto imprudente, es importante señalar que, si las lesiones hubieran provocado la muerte del feto, no habrían punibles; sí lo habrían sido, en cambio, si hubieran sido cometidas de manera dolosa, a título de aborto.

El fallo resuelve tres puntos importantes de Derecho, a saber: (i) la tipicidad de las lesiones producidas al feto antes del nacimiento, pero que se manifiestan con posterioridad al mismo; (ii) la relación de causalidad entre el uso del medicamento y las malformaciones y daños producidos a los nacidos y (iii) la determinación del dolo o imprudencia de los acusados.

Así, el tribunal, según lo que refiere Ramón Ribas, llegó a una subsunción positiva. Así *“el tribunal de Aquisgrán se ocupó, como hemos visto, de este asunto, en el que debía decidirse la imputación a aquellos directivos de los delitos de homicidio culposo (parág. 222 del StGB), realizado a través de las acciones prenatales que, de manera imprudente, provocaron el resultado de muerte posnatal, y de lesiones corporales también culposas (parág. 230 del StGB), subsumiendo en ellas las lesiones imprudentes en el feto con efectos posnatales subsistentes”*<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> BOLDT SILVA, Jorge y CONTESSÉ SINGH, Javier. Óp. Cit. P.11

<sup>5</sup> RAMÓN RIBAS, Eduardo. 2002. El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal en la vida y la salud. Granada, Editorial Comares. P. 86

El procedimiento penal fue archivado el 18 de diciembre de 1970, y no se produjo condena penal porque el LG Aachen decidió hacer uso de la facultad de sobreseimiento por falta de interés público en la persecución penal como consecuencia del acuerdo que alcanzaron los familiares de las víctimas con los acusados. Además, cinco jueces independientes argumentaron que, de haber continuado el proceso, el pronunciamiento se hubiera limitado simplemente a una falta leve.

Eduardo Ramón Ribas, a propósito del análisis de la sentencia del LG antes indicada, señala que el Tribunal reconoce y comparte que es doctrina absolutamente mayoritaria la que concuerda en la ausencia de protección penal del feto “en cuanto tal”, pues sólo la persona es objeto de protección de este tipo penal<sup>6</sup>. Así, se constata que el legislador alemán ha distinguido de modo inequívoco entre feto y persona, al protegerlos de manera diferenciada, según se desprende de los delitos de aborto y homicidio.

Concluye el autor señalando que en Alemania el feto sólo es objeto de tutela penal frente a ataques dolosos contra su vida, ya que la muerte imprudente, en su caso, será impune por ausencia de previsión legal. En cuanto a la salud e integridad física del feto, refiere el autor que no se contemplan por sí en los tipos penales de lesiones, pues requieren la condición de persona del sujeto pasivo para ser punibles<sup>7</sup>.

El caso antes mencionado por tanto giró en la discusión de dos problemas. Primero, si en un ordenamiento jurídico como el alemán, en donde, al igual que

---

<sup>6</sup> Ibid. P.88

<sup>7</sup> Ibid. P.92

el nuestro, no se encuentra tipificado el delito de lesiones al feto, las malformaciones producidas durante el embarazo, pero cuya manifestación es posterior al nacimiento, podrían quedar comprendidas dentro del tipo de lesiones del parágrafo 223 del Código Penal Alemán. Segundo, si las acciones que inciden sobre el feto produciendo su muerte, luego del nacimiento, pueden subsumirse en el tipo de homicidio imprudente del parágrafo 222 del Código Penal Alemán<sup>8</sup>.

Para decidir, el tribunal tuvo a la vista informes en derecho de destacados juristas, entre los que se encontraban Armin Kaufmann, Nowakowski, Schröder y Maurach. El tribunal finalmente optó por la tesis minoritaria de Maurach, la cual sostiene que las lesiones producidas en el feto, y que se manifiestan luego en el recién nacido, configurarían el delito de lesiones (imprudentes) contra las personas, y aquellas acciones realizadas al feto que producen su muerte luego del nacimiento constituyen el delito de homicidio imprudente. A esa y a otras opiniones nos referiremos en el punto siguiente.

## **2. Doctrina en el derecho comparado.**

### **2.1. Tesis de Reinhart Maurach.**

La tesis de Reinhart Maurach, la cual fue acogida por el Tribunal de Aguigrán, fue la tesis minoritaria en la doctrina de la época. Dicha tesis parte de dos premisas. En primer lugar, establece que solo el ser humano nacido es sujeto pasivo del delito de lesiones, y en segundo lugar, que se debe entender por lesión

---

<sup>8</sup> BOLDT SILVA, Jorge y CONTESSE SINGH, Javier. Óp. Cit. P.13

no sólo la afectación corporal o fisiológica de un ser humano nacido, sino también la afectación de sus funciones orgánicas<sup>9</sup>.

Así, indica Eduardo Ramón Ribas que el feto, al no tener la capacidad de despliegue de las funciones corporales, físicas o psíquicas, carece de tales funciones<sup>10</sup>. Dichas funciones sólo existen en la medida que éstas pueden ser desplegadas, cuestión que no ocurre con el feto, quien es incapaz de desplegar algún tipo de función.

Sin perjuicio de lo señalado, Maurach reitera que las lesiones al feto pueden ser lesiones a la persona. Por lo anterior, intenta determinar si cuando nace el feto lesionado, puede o no configurarse en dicho momento el delito de lesiones contra la persona que acaba de nacer. En este punto, y de acuerdo con lo establecido por Maurach, un feto puede ser, en sentido no jurídico o natural, lesionado, entendiéndose que las malformaciones que pueden ocasionarse en él existen aún antes de su nacimiento. Pero Maurach entiende que la única lesión que es relevante para efectos punitivos es la lesión en sentido jurídico o material, y quien sufre esta lesión es sólo quien posee salud<sup>11</sup>.

Ahora bien, lo indicado por Maurach no significa que no vaya a existir delito de lesiones. Es decir, si el feto lesionado nace, en dicho momento la lesión se manifiesta como jurídica, lo cual se denomina como “aplazamiento jurídico de la lesión”.

---

<sup>9</sup> Ibid. P. 15

<sup>10</sup> RAMÓN RIBAS, Eduardo. Óp. Cit. P.86

<sup>11</sup> Ibid. P.96

Dicho aplazamiento consiste en que si la lesión carece de atributo de jurídica, aún puede adquirir dicho atributo si es que la lesión persiste al momento de nacer y así pasar al sujeto pasivo de la lesión<sup>12</sup>.

A pesar de que el Tribunal de Aguisgrán acogió la teoría de Maurach en el caso Contergan, ésta no se impuso del todo en el debate doctrinario alemán.

Así, discrepamos de la tesis propuesta por Maurach, toda vez que, en base a nuestra postura, el sujeto pasivo de la protección legal del tipo penal debería ser el feto y no el ser humano nacido, por lo que no nos parece correcto que exista el aplazamiento jurídico de la lesión hasta que sea persona, ya que debe tener protección el feto en el momento que la acción lesiva incide sobre él.

## **2.2. Tesis de Armin Kaufmann.**

Atendido a que las críticas a la tesis de Maurach, antes revisada, no se hicieron esperar, la tesis de Armin Kaufmann planteó el argumento contrario, señalando que el punto central de la discusión “es el momento de la incidencia de la acción sobre el objeto material”<sup>13</sup>.

Para afirmar lo anterior, el autor se basa en que existen 3 momentos en los delitos de instantáneos: (i) el momento de la actuación de la voluntad o acción en sentido estricto; (ii) el momento de la incidencia sobre el objeto del hecho y (iii) el momento de la consumación<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> BOLDT SILVA, Jorge y CONTESSE SINGH, Javier. Óp. Cit.P.16

<sup>13</sup> RAMÓN Ribas, Eduardo. Óp. Cit. P.219.

<sup>14</sup> BOLDT SILVA, Jorge y CONTESSE SINGH, Javier. Óp.Cit.P.18

A diferencia de lo expuesto por Maurach, Kaufmann señala, en primer lugar, que el aplazamiento en la consideración del objeto del hecho (hasta que sea persona) no es posible, ya que aquél debe poseer la calidad exigida por el tipo en el momento en que la acción que se imputa incide sobre él.<sup>15</sup>

Para Kaufmann, el momento de la incidencia de la acción en el objeto es el único momento relevante para efectos de la determinación del tipo penal.<sup>16</sup>

En segundo lugar, dicho autor señala que una interpretación como la establecida por Maurach tiene por consecuencia un efecto extensivo “considerable” de la pena, donde, por ejemplo, el tipo de homicidio culposo o imprudente abarcaría todos aquellos casos mortales después del comienzo del parto, cuando históricamente son casos considerados como homicidio imprudente<sup>17</sup>. Así, ha de tenerse en cuenta todas aquellas acciones que pudieran incidir, directa o indirectamente sobre el feto, perjudicándolo.

Además, dicho autor, indica que existen razones teleológicas que refuerzan el rechazo a la tesis de Maurach.

Así, Kaufmann indica que se debe considerar la situación del aborto imprudente en Alemania, ya que si la conducta imprudente que provoca un aborto es impune, pero la conducta imprudente que provoca una lesión en el feto es punible, entonces se produciría una situación paradójica, consistente en que si

---

<sup>15</sup> Ibid. P. 18

<sup>16</sup> RAMÓN Ribas, Eduardo. Óp. Cit P.219

<sup>17</sup> BOLDT SILVA, Jorge y CONTESSE SINGH, Javier. Óp.Cit.P.19

la lesión es tan grave como para causar la muerte del feto, es impune, pero si no reviste de aquella gravedad, entonces es punible<sup>18</sup>.

### **2.3 Tesis de Ingeborg Tepperwien.**

Ingeborg Tepperwien señala que el delito de lesiones se caracteriza por tratarse de un delito de resultado. De esta forma, sólo una vez que se produce el resultado, y existiendo un vínculo causal entre éste y la acción respectiva, se entiende que el delito ha sido cometido. Es decir, al igual que Kaufmann, el momento de la acción vendría siendo irrelevante para identificar el momento decisivo de existencia del objeto jurídico de ataque<sup>19</sup>. Para Tepperwien, la incidencia de la acción en el objeto de ataque tampoco puede ser relevante, toda vez que el delito de lesiones, como indiqué, es un delito de resultado, en el cual la punibilidad sólo se relaciona con la lesión del bien jurídico protegido, sin restringirse a las modalidades de ejecución o el círculo de personas que pueden ser autores<sup>20</sup>.

Las dudas, sin embargo, nacen del hecho de que, si bien los efectos de la acción lesiva alcanzan a una persona nacida, el ataque se dirigió incidiendo en el feto<sup>21</sup>. En este punto, para poder resolver lo anterior, es necesario averiguar cuál es el momento en que debe estar presente la cualidad jurídica (la condición de persona) exigida por los tipos penales.

En este punto, Tepperwien considera que el momento decisivo para la determinación del objeto jurídico no es el de la incidencia, sino que el del

---

<sup>18</sup> BOLDT SILVA, Jorge y CONTESSE SINGH, Javier. Óp.Cit.P.20

<sup>19</sup> RAMÓN RIBAS, Eduardo. Óp.Cit.P.170

<sup>20</sup> Ibid P.173

<sup>21</sup> Ibid. P. 168

resultado. Sin embargo, resulta importante indicar en qué consiste ese resultado o cuales son las condiciones que deben concurrir para que se entienda que este ha acaecido.

La autora señala que en los casos en que un feto resultase dañado en la estructura que habrá de posibilitar luego el ejercicio de sus funciones, el menoscabo a la salud debe ser afirmado ya en el momento de la lesión prenatal. En ello se diferencia de Maurach y del fallo del LG de Aachen, atendido a que no considera que en la lesión al feto haya sólo incidencia en el objeto y no resultado lesivo, sino que entiende que ya hay un resultado en dicha lesión<sup>22</sup>.

De acuerdo a lo expuesto precedentemente, no se debe entender que no exista una vulneración del tipo de lesiones en la lesión del feto, sino que, por el contrario, precisamente porque hay un resultado en dicha lesión es posible analizar si se produce la tipicidad de dicho resultado por el solo hecho del nacimiento.<sup>23</sup> Es decir, la autora considera que existe un resultado lesivo ya en el feto; sin embargo de acuerdo a lo indicado aún queda sin responder si es posible encontrar la tipicidad en el nacimiento de una persona lesionada a raíz de aquel resultado.

Según lo expuesto el delito de lesiones es un delito de estado, de modo tal que ya en la producción del resultado el delito se perfecciona y no ocurre como en los delitos de efectos permanentes, en que la situación jurídicamente relevante se prolonga en el tiempo. De esta clasificación surge un posible obstáculo para considerar que con el nacimiento se perfecciona el delito: el resultado ya se produjo antes<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup>RAMÓN RIBAS, Eduardo. Óp.Cit.P.175

<sup>23</sup> Ibid. P.177

<sup>24</sup> Ibid. P.177

Sin embargo, respecto de lo señalado precedentemente, Tepperwien indica que la lesión del feto es efectivamente un resultado, pero no en sentido jurídico, sino que tan solo en sentido natural, Así, la distinción recién indicada no es aplicable en casos en que aún no se haya producido ningún resultado de relevancia jurídica. Por lo tanto, al nacer el feto hay un resultado de relevancia jurídica, y es este el que permite la imputación a título de lesiones<sup>25</sup>.

En conclusión, Tepperwien hace frente a dos objeciones. Por una parte, al considerar que el resultado lesivo en el feto sí es un resultado, responde a la crítica conforme a la cual la lesión requiere de una modificación en el estado de cosas para ser típica.

Respecto de dicha objeción, Tepperwien sostiene que sí hay modificación en el estado de cosas, porque sí es reconocible una lesión en el feto, de modo que un feto que antes estaba sano, ha pasado a estar lesionado.

Para poder fundamentar lo anterior, la autora acude a la distinción, antes indicada, de lesiones en sentido natural y en sentido jurídico, conforme a la cual es posible identificar una lesión que no tiene relevancia jurídica (pero que sí permite hablar de resultado que modifica un estado de cosas), y otra que sí posee dicha relevancia. Con todo, para esta autora, la lesión “es compatible con la letra de la ley, cuando existe ya vida humana, aunque tan solo sea en la forma de vida embrionaria y, por consiguiente, cuando aún no existe una persona en sentido jurídico”<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> BOLDT SILVA, Jorge y CONTESSE SINGH, Javier. Óp.Cit.P.24

<sup>26</sup> RAMÓN RIBAS, Eduardo. Óp.Cit.P.186

Por último, vencida la objeción relativa a la “presunta” contradicción entre la letra de la ley y la subsunción en ella de ciertos supuestos de hecho, ahora debemos hacernos cargo de si la lesión en sentido jurídico exige o no la preexistencia del estado ileso del bien protegido<sup>27</sup>.

Aquí la autora entiende que no. Sostiene, al efecto, que el tipo de lesiones no sólo contempla el derecho de una persona de no ser lesionada, sino que también su derecho a nacer en perfecto estado de salud<sup>28</sup>.

Así las cosas, contando el feto con vida y salud, estas estarían protegidas por el tipo de lesiones, vinculándose dicha protección con su posterior condición de persona. De modo tal que si nace (y solo si nace), la lesión en sentido jurídico coincide con dicho nacimiento, lo que sería acorde al tipo penal<sup>29</sup>.

#### **2.4. Tesis de Jesús María Silva Sánchez.**

Jesús María Silva Sánchez, en su obra *“La dimensión temporal del delito y los cambios de status jurídico-penal del objeto de la acción”*, identifica el problema como aquel que en general se presenta en los casos en que el objeto de ataque muta, de modo que cambia también la valoración jurídica que recae sobre él (sujeto pasivo), en los momentos de la acción y en que el resultado se produce. Es así como cambia el estatus jurídico del feto (cuya relevancia jurídico penal está dada por el delito de aborto y de lesiones al feto en su caso) cuando pasa a ser persona.

---

<sup>27</sup> Ibid.P. 189

<sup>28</sup> Ibid.P. 190

<sup>29</sup> Ibid.P. 190 y 191

La posición de Silva Sánchez sostiene que dado un resultado lesivo jurídicamente relevante que es consecuencia de una acción previa a la mutación del objeto de ataque, debe analizarse si este resultado puede imputarse objetivamente a dicha acción. Así, si la acción constituye la creación de un riesgo no permitido, y el resultado es la concreción de dicha puesta en riesgo, es plausible entonces la imputación del resultado lesivo a la acción<sup>30</sup>.

Indica el autor que, la norma protege la indemnidad del bien frente a agresiones probables, de modo que lo único cuya presencia se requiere en el momento de la acción es el valor o la pretensión de vigencia del bien jurídico, el riesgo penalmente relevante y los elementos de la imputación subjetiva<sup>31</sup>.

La tesis de Jesús Silva Sánchez establece que en los casos en que la acción lesiva prenatal produce efectos después del nacimiento, desde una perspectiva puramente causalista, no hay duda que el sujeto ha causado la muerte o las lesiones de un sujeto con vida independiente. Esto es así incluso aunque el efecto se hubiera iniciado ya antes de la transformación de la vida intrauterina en extrauterina<sup>32</sup>.

Así, respecto de la imputación objetiva, el autor indica en este punto que la cuestión decisiva es si un juicio objetivo “ex ante” puede poner de relieve que se está creando un riesgo penalmente relevante no sólo para un sujeto con vida humana dependiente, sino también para la vida o salud de un sujeto con vida independiente. Y, de acuerdo a la imputación subjetiva, se trata de constatar si existe dolo o imprudencia respecto a este último riesgo.

---

<sup>30</sup> BOLDT SILVA, Jorge y CONTESSÉ SINGH, Javier. Óp.Cit.P.28

<sup>31</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús, 1999. “*La Dimensión temporal del delito y los cambios de “status” jurídico-penal del objeto de la acción*”. P. 763

<sup>32</sup> Ibid. P. 766

En definitiva, el autor señala que, aún en el caso de que el momento de la afectación se asocie a la consumación de un tipo delictivo, ello no excluye que, en virtud de la misma acción y de los efectos causales derivados de la misma, pueda realizarse un tipo distinto. Así, que el tipo distinto que se realice por una prolongación de los efectos causales de la acción (lesiones/homicidio; tentativa/consumación) o por un cambio de la naturaleza jurídico-penal del objeto lo considera intrascendente<sup>33</sup>.

Indica que, desde el punto de vista normativo, lo decisivo es la naturaleza del riesgo creado por la acción propiamente tal, su dimensión objetiva y subjetiva y si el resultado da cuenta de dichos riesgos<sup>34</sup>.

Aquí, lo decisivo es, por tanto, determinar de modo general cuál ha de ser el tratamiento jurídico-penal de los casos de cambio de “status” del objeto de la acción.

El autor, frente a lo anterior, indica que el elemento típico objeto de la acción, al igual que el resultado, basta con que concurren “ex post”. En principio, el sujeto y la conducta típica son elementos que deben concurrir “ex ante”, ya que son presupuestos de la infracción de la norma/imperativo. No así el resultado y el objeto de la acción<sup>35</sup>.

Incluso, el autor establece que las modificaciones espaciales o temporales del objeto sólo interesan en el momento de la conducta como hipótesis

---

<sup>33</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús, Óp.Cit.P. 767

<sup>34</sup> Ibid. P. 767

<sup>35</sup> Ibid. P. 769

probables<sup>36</sup>. Por lo tanto, a nuestro entender su tesis no aclara si los efectos posteriores producidos en un delito hacen que, si cambia el objeto de ataque, haya un nuevo resultado, sino que más bien señala como lo he indicado precedentemente que aun en los delitos de resultado, los efectos de la acción pueden prolongarse y que dicha prolongación tiene efectos jurídicos.

---

<sup>36</sup> Ibid. P. 769-770

## CAPITULO II

### EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE LESIONES AL FETO.

#### 1. Análisis del delito de lesiones al feto en el Código Penal Español del año 1995.

Con la incorporación del Título IV del Código Penal Español, se puso fin al debate sobre la punibilidad de las lesiones causadas al *nasciturus*. Sin embargo, esto no obsta a que se analice cuál es el bien jurídico protegido.

A diferencia de lo ocurrido en Alemania, en España no se han registrado casos significativos en los que se debatiera si existía o no punibilidad en la acción de lesionar a un feto sin un delito específico en esta materia. Por ello, la jurisprudencia española ha establecido que si no existía un tipo específico de lesiones al feto, no existe punibilidad asociada<sup>37</sup>.

Según los profesores Boldt Silva y Contesse Singh, la jurisprudencia española ha concluido que la lesión de un feto sería una conducta impune sin un delito de lesiones propiamente dicho. Esto se evidencia en un fallo de la segunda sala del Tribunal Supremo Español, de fecha 22 de enero de 1999, causa número 726, de 1998, que tuvo lugar antes de la entrada en vigencia del Código Penal del año 1995<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> ROMEO C., Carlos María. 2004. “*Los Delitos contra la vida, la Integridad Personal y los Relativos a la Manipulación Genética*”, Comares, Granada, P.251

<sup>38</sup> BOLDT SILVA, Jorge y CONTESSE SINGH, Javier. Óp.Cit.P.31

Es decir, se cuestionó si el nacimiento era un requisito para que el feto fuera una persona, o si bastaba con el cese de la relación simbiótica propia del embarazo. Sin embargo, nunca se discutió si el tipo de lesiones era aplicable cuando se trataba de un feto<sup>39</sup>.

Como se mencionó, en el fallo<sup>40</sup> citado anteriormente, se demuestra que la lesión a un feto resultaba un actuar impune si es que no existía el delito de lesiones al feto, por cuanto resulta imposible la punición si no se encuentra tipificada la conducta, lo que es coherente con la protección constitucional de la tipicidad de los ilícitos penales.

Ante este panorama, en el año 1995 se aprobó un Código Penal Español que por primera vez tipificó la causación de lesiones al feto. De esta manera, se llenó la laguna jurídica existente, toda vez que, según lo he señalado reiteradamente, existía una desprotección de la salud e integridad física del feto.

En este contexto, según Eduardo Ramón Ribas<sup>41</sup>, el legislador del año 1995 se percató de la necesidad de suplir las deficiencias de los delitos de lesiones, ya que éstas no abordaban las lesiones que afectaban al feto.

Así, el Código Penal Español abordó el problema de la tipicidad de las lesiones al feto, asegurando la protección de su salud e integridad física.

En sus artículos 157 y 158<sup>42</sup>, el referido Código establece los delitos de lesiones al feto, en el siguiente tenor:

---

<sup>39</sup> Ibid. P. 32

<sup>41</sup> RAMÓN RIBAS, Eduardo. Óp.Cit.P.417

<sup>42</sup> Código Penal Español

**TÍTULO IV**  
**De las lesiones al feto**

**Artículo 157**

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

**Artículo 158**

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

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

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

De acuerdo con lo expuesto precedentemente, es necesario realizar ciertas consideraciones sobre el tipo penal antes indicado.

Siguiendo lo señalado por el profesor Javier Contesse Singh, la primera consideración se relaciona con el hecho de que el tipo penal contemple la posibilidad de imputación a título de imprudencia<sup>43</sup>.

En este punto, según lo expuesto por Kauffmann, no habría razón para que una conducta imprudente fuera impune si produce un aborto, pero que no fuera impune si sólo produce lesiones. Señala que es difícil determinar cuáles serían las acciones relevantes para el tipo de lesiones imprudentes, ya que acciones que resultaban no tener relevancia jurídico penal resultarían ahora tener una significancia, si es que se derivan consecuencias negativas en el desarrollo del feto, ya sea en su salud o su integridad psíquica<sup>44</sup>.

La crítica indicada por Kauffmann se hace aún más relevante si se considera que el tipo penal contenido en el artículo 158 del Código Penal Español exige que la imprudencia sea grave, ya que determinar qué puede ser considerado “grave” es una cuestión interpretativa que implica la revisión de conductas irrelevantes a primera vista<sup>45</sup>.

Luego, el profesor Javier Contesse señala una segunda consideración que debemos tener presente en el delito de lesiones al feto tipificado en el Código Penal de España, la cual se relaciona con que, en este delito, el facultativo médico tiene una pena agravada, fundamentada en su deber de cuidado.

No obstante, discrepamos de lo planteado por dicho profesor, ya que, de la redacción de los artículos 157 y 158 del cuerpo legal antes citado, y en especial del inciso segundo de este último artículo, se aprecia que: “*Cuando los hechos*

---

<sup>43</sup> BOLDT SILVA, Jorge y CONTESSE SINGH, Javier. Óp.Cit.P.33

<sup>44</sup> Ibid. P. 34

<sup>45</sup> Ibid. P. 34

*descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años”*. Por lo tanto, lo que existe en realidad no es una pena agravada, sino que una pena accesoria como lo es la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión.

Por último, el Código en comento otorga un trato diferente a la mujer embarazada respecto de las lesiones imprudentes, ya que no se le imputan a título de culpa, toda vez que existe una confrontación del interés estatal en la protección de la salud e integridad física y psíquica del feto con la autonomía reproductiva de la mujer<sup>46</sup>. Esto es consistente con el artículo 146 inciso final del mismo Código, que establece que la mujer embarazada no será penada a título de aborto imprudente, privilegiando su autonomía reproductiva.

## **2. La salud de las personas nacidas como objeto de protección de los delitos de lesiones al feto.**

A continuación, y de acuerdo con lo establecido en los artículos 157 y 158 del Código Penal español, es necesario determinar si la salud del *nasciturus* es realmente el bien protegido o si, por el contrario, debe entenderse que es la salud de las personas nacidas, pero lesionadas antes del nacimiento, el bien jurídico que fundamenta la creación del tipo penal en estudio<sup>47</sup>.

Eduardo Ramón Ribas señala que, con la incorporación de los artículos 157 y 158 al Código Penal Español, se prevé el castigo de las modalidades dolosas e imprudentes de lesiones al feto. El autor indica que los delitos de lesiones al feto serían un complemento a los delitos de lesiones contra las personas, ya que

---

<sup>46</sup> BOLDT SILVA, Jorge y CONTESSÉ SINGH, Javier. Óp.Cit.P.34

<sup>47</sup> RAMÓN RIBAS, Eduardo.Óp.Cit.P.340

los primeros protegerían la salud de aquellas frente a ataques prenatales realizados mediante intervenciones que inciden sobre el *nasciturus*, mientras que los delitos de lesiones tradicionales sancionarían las agresiones producidas con posterioridad al nacimiento. Por lo anterior, establece que estos delitos carecerían de autonomía jurídica desde la perspectiva del bien jurídico tutelado<sup>48</sup>.

Lo expuesto es defendido por Carbonell Mateu y González Cussac, quienes indican que el fundamento de incluir el delito de lesiones al feto se debió a la laguna existente en el antiguo Código Penal español, que dejaba impune dichas conductas lesivas al feto<sup>49</sup>.

En este punto se señalarán los fundamentos a favor de considerar que es la salud de las personas nacidas el objeto de protección en el delito de lesiones al feto, y posteriormente se presentarán sus argumentos en contra.

### **2.1. Argumentos a favor.**

Uno de los argumentos para considerar que es la salud de las personas nacidas el objeto de protección en los delitos de lesiones al feto es la pena que corresponde al tipo penal, siendo incluso mayor que la pena establecida para el delito de aborto.

---

<sup>48</sup> Ibid.P. 340

<sup>49</sup> El momento de la lesión o de la transmisión de la enfermedad, es, pues, anterior al nacimiento, pero lo que se trata de evitar son los efectos que subsistirán con posterioridad al mismo. Carbonell Mateu y González Cussac, 1996. Derecho Penal. Parte Especial. Op. Cit., P. 136

Dicha pena es de uno a cuatro años de prisión e inhabilitación por dos a ocho años. De esto podría deducirse que el legislador, atendida la pena asignada, no quiso reconocer a la salud del feto como un bien jurídico-penal, sino tan solo sancionar las agresiones prenatales que inciden en la persona nacida, lo cual es confirmado por Ramón Ribas. Lo anterior se desprende de que la pena impuesta al delito de lesiones al feto es mayor a la pena impuesta al delito de aborto (*seis meses a un año de prisión para la madre que consiente el aborto o lo produce ella misma y uno a tres años de prisión e inhabilitación por tiempo de uno a seis años para el tercero que lo produjere*)<sup>50</sup>.

Por su parte, Rodríguez Mesa también considera que el bien tutelado es la salud del niño nacido vivo. Indica que dicha conclusión no sólo es confirmada por la interpretación del tipo penal en relación con el bien jurídico, sino también por propuestas de Derecho Comparado, específicamente por el Proyecto alemán de discusión de la Ley de Protección al feto del año 1986, la cual castigaba el haber producido daños en la salud de la persona al haber intervenido un embrión o feto<sup>51</sup>.

## **2.2. Argumentos en contra.**

### **2.2.1 Problemas de naturaleza político-criminal, desigualdad, arbitrariedad e inseguridad.**

Los inconveniente de considerar que es la salud de las personas nacidas el objeto de protección en los delitos de lesiones al feto llevarían a que difícilmente pudiese proteger el Derecho Penal la salud individual si se retrasa su

---

<sup>50</sup> RAMÓN RIBAS, Eduardo. Óp.Cit.P.342

<sup>51</sup> Ibid.P.344

intervención hasta el nacimiento. Así, revisaré cuales son los problemas que se derivan de esta tesis.

Actualmente, si se produce una lesión en las primeras semanas de gestación, debido a los avances de la ciencia existente, esta puede ser detectada e incluso tratada antes del nacimiento. Sin embargo, deberán pasar varios meses para que pueda intervenir el Derecho Penal<sup>52</sup>. Por lo anterior, Eduardo Ramón Ribas indica que tal espera transformaría al Derecho Penal en un instrumento ineficaz y perturbador.

Así, señala el autor, que el simple retraso en la actuación médica, ya sea por el tardío diagnóstico de la lesión o enfermedad, posibilitaría que la conducta fuera punible, mientras que, en cambio, la rapidez en detectar el menoscabo y curarlo premiaría al autor de la conducta típica<sup>53</sup>.

En síntesis, se trata de establecer que en el caso de que se actúe rápido y antes del nacimiento, no se podría aplicar el delito de lesiones al feto, siendo por tanto dicha conducta atípica. En cambio, si no se detectan dichas lesiones antes del nacimiento, a pesar de haberse podido corregir, la conducta sí sería punible.<sup>54</sup> Así, se vislumbra que acoger la tesis antes indicada, lleva a la ineficacia de la regulación penal, si es que se supedita la intervención al cumplimiento de la condición objetiva de tipicidad, imposibilidad de ejercer la vía penal cuando, habiéndose perfeccionado una lesión de la salud o integridad del feto, ésta pudo ser curada antes del nacimiento, no trascendió a la persona por causas ajenas a la lesión.

---

<sup>52</sup> RAMÓN RIBAS, Eduardo. Óp.Cit.P.346

<sup>53</sup> Ibid. P. 346

<sup>54</sup> Ibid. P. 347

Además de los problemas antes indicados, Ramón Ribas, señala que existen otros problemas, de diversa naturaleza y no menos importantes, que apoyan los argumentos en contra de considerar a la salud de las personas nacidas como objeto de protección en los delitos de lesiones al feto.

### **2.2.2 Otros problemas:**

#### **2.2.2.1 El valor de la vida (y salud) del nasciturus:**

Eduardo Ramón Ribas indica que otro de los problemas que se refleja al considerar a la salud de las personas nacidas como objeto de protección de los delitos de lesiones al feto es que se otorga al *nasciturs* la mera condición de objeto de la conducta lesiva, teniendo solo después del nacimiento interés jurídico penal aquellos menoscabos en él causados<sup>55</sup>.

#### **2.2.2.2 El mayor coste del menoscabo de la salud frente a la destrucción de la vida:**

Otro problema que señala el autor es que es difícil proteger la salud e incluso la vida del feto mediante disposiciones que, en caso de lesiones, apoyan la ejecución de un aborto. Considerando esto, sería más costoso, en términos penales, causar lesiones que matar al *nasciturus*, ya que la madre o el tercero responsables de las lesiones podrían intentar extinguir la vida del feto en vez de procurar los cuidados correspondientes<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> RAMÓN RIBAS, Eduardo. Óp. Cit. P. 348

<sup>56</sup> Ibid. P. 354

### **2.2.2.3. La contradicción penológica:**

Se establece que, dogmáticamente resulta problemática la posibilidad de que, realizada una tentativa cualificada de aborto, la imperfecta ejecución de esta permita la imposición de una pena superior, correspondiente a unas lesiones fetales dolosas.

### **2.2.2.4. La exclusiva intervención ante lesiones “graves”:**

Por último, Ramón Ribas se plantea las siguientes preguntas: ¿Por qué se tipifican exclusivamente las lesiones graves?, ¿Por qué no existe falta de lesiones?, ¿Por qué se establece una única pena que es inferior a la que se impone a las lesiones de mayor gravedad causadas después del nacimiento, y no se establece un régimen diferenciado que atienda a la entidad de la lesión perseguida y/o producida?

Indica que si la única diferencia entre los delitos de lesiones y los nuevos delitos de lesiones al feto radica en el momento de la ejecución de la conducta lesiva, no se entiende por qué el mismo bien jurídico, es decir, la salud e integridad de las personas, es objeto de dos regímenes de tutela tan distintos, considerando que es normal que las lesiones que se produzcan durante el embarazo sean más graves, sobre todo si ocurren en los periodos de mayor sensibilidad prenatal, cuando se están formando los sistemas orgánicos<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> RAMÓN RIBAS, Eduardo. Óp. Cit. P. 355

### **3. La salud e integridad del feto como objeto de protección de los delitos de lesiones al feto.**

Según lo señalado por Rodríguez Mesa, “*se produce un agravio comparativo en la medida en que se pena más... un ataque a la salud del feto que un ataque a su vida*”<sup>58</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, señalaremos a continuación la teoría de la inversión valorativa y la tesis del conflicto de intereses, las cuales permiten argumentar por qué se debe castigar la lesión de la salud e integridad del feto más que la extinción de la vida propiamente tal.

#### **3.1. Teoría de la inversión valorativa.**

La Teoría de la inversión valorativa permite justificar la protección de ciertos bienes jurídicos en situaciones específicas. Esta teoría sostiene que, en determinadas circunstancias, la valoración jurídica de un bien puede cambiar o invertirse, de modo que un bien que generalmente se considera menos importante puede recibir una mayor protección en situaciones específicas. Se justifica por qué ciertos bienes jurídicos pueden recibir una protección diferente o prioritaria en función de las circunstancias y el contexto en que se encuentran.

Así, en lo que respecta al presente trabajo, se establece que durante la fase prenatal, la integridad y la salud del feto pueden tener un valor superior al de la vida antes del nacimiento.

---

<sup>58</sup> RODRÍGUEZ, MESA. María José. 1996. “*Algunas consideraciones al bien jurídico protegido en el delito de lesiones al feto*”. Revista de Derecho Penal y Criminología N°6. P. 1077.

Autores como Cuerda Riezu, en el periodo fetal se produce una inversión valorativa en relación con el periodo postnatal, atendido a que se considera más importante la salud que la vida del propio feto<sup>59</sup>.

Por su parte, Garcia Martín señala que *“la integridad y la salud del feto y, por consiguiente, la de la persona que nacerá, parecen tener más valor que su vida”*<sup>60</sup>.

Con dicha teoría el bien jurídico que se protege es la salud del propio feto, y no de la futura persona, ya que lo anterior obligaría a establecer una protección limitada a que el feto llegase a nacer con graves lesiones.

Enrique Peñaranda Ramos señala que los argumentos a favor de la presente teoría se pretenden extraer de la regulación de la indicación embriopática prevista en el artículo 417 bis 1, circ. 3ª del anterior Código Penal Español, donde se establece un conflicto entre el interés entre la preservación de la vida en gestación y los intereses de la gestante, un conflicto que aunque se considere insuficiente para atribuir a la gestante la libertad de decidir sobre la continuidad de su embarazo, incide en su esfera personal, lo cual según el autor, resulta inaceptable obligarle a soportar la gestación no deseada<sup>61</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, el autor indica que las penas del delito de lesiones al feto debiesen haberse aproximado más bien a las lesiones personales,

---

<sup>59</sup> PEÑARANDA RAMOS, Enrique. 2003. *“La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y post natal de desarrollo”*. En Revista de Derecho Penal y Criminología 2ª época. (Nº11) P. 194 y ss.

<sup>60</sup> Ibid. P. 195

<sup>61</sup> Ibid. P. 196

especialmente en el caso de las conductas imprudentes, por lo que considera que éstas no se encuentran correctamente establecidas<sup>62</sup>.

Por su parte, en contraposición a lo indicado precedentemente, a juicio de Eduardo Ramón Ribas, la vida siempre es más importante que la salud e integridad y cualquier ser humano nacido o no nacido, sano o enfermo<sup>63</sup>. Añade que el hecho de que, hoy en día, el Código Penal español sancione las lesiones fetales, no significa que hasta el año 1995 fuese más valiosa la vida que la salud del *nasciturus*, ni tampoco que con la introducción del Título IV del Código Penal español se produzca una inversión valorativa. Más bien, los artículos 157 y 158 nacen debido a una laguna jurídica existente<sup>64</sup>.

### **3.2. La tesis del conflicto de intereses.**

A través de la presente tesis, al igual que con la teoría de la inversión valorativa, se considera que el bien jurídico protegido es la salud e integridad del feto, ya que se busca analizar y justificar la protección de ciertos bienes jurídicos cuando hay intereses contrapuestos. Esta tesis sostiene que, en situaciones donde existen intereses en conflicto, la ley debe establecer un equilibrio y determinar cuál de los intereses merece mayor protección en un contexto específico.

En la tesis del conflicto de intereses, se indica que en los delitos en los cuales se protege la vida y la salud del *nasciturus*, no se expresan del mismo modo el valor que vida y salud poseen durante el periodo prenatal y sí apuntan,

---

<sup>63</sup> RAMÓN Ribas, Eduardo. Óp. Cit. P. 360

<sup>64</sup> Ibid. P. 360

en cambio, a la ausencia de todo paralelismo con el delito de homicidio y delito de lesiones<sup>65</sup>.

Con la con la tipificación del delito de lesiones al feto, se busca proteger un bien jurídico que tiene el carácter de constitucional, que es la vida del feto. Sin embargo, dicha protección lleva a que se sacrifique la libertad de la mujer embarazada, que también es un bien jurídico constitucional<sup>66</sup>.

En este punto, es importante señalar que, cuando una mujer tiene un embarazo no deseado, lo cual conlleva múltiples problemas tanto para ella como a su entorno, se deben buscar mecanismos de solución, para ordenar de una mejor manera los intereses en conflicto.

#### **4. Necesidad de castigar las conductas que dicen relación con las lesiones al feto.**

Como he indicado a lo largo del presente trabajo, con la tipificación del delito de lesiones al feto, se busca proteger su integridad corporal.

Sin embargo, la decisión de tipificar dicha acción, en algunos casos, podría conllevar el sacrificio de otro bien jurídico o interés constitucionalmente relevante, que como indiqué previamente, sería la libertad de la mujer

---

<sup>65</sup> Ibid. P. 367

<sup>66</sup> Como regla se establece, resumidamente, a la libertad de la madre como bien constitucional enfrentado, en el aborto, a la vida del feto. Tal vez sea más adecuado referirse a los intereses de la madre, expresión más amplia que permite comprender las diversas manifestaciones de aquella libertad (libre desarrollo de la personalidad, intimidad, dignidad y, en supuestos específicos, vida e integridad) que se ven afectadas por la decisión de una madre de poner término a un embarazo no deseado. Ibid. P. 367

embarazada, que se desprende del artículo 1º de la Constitución Política del Chile, el cual establece que “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. No obstante, analizaremos esto más adelante, con ocasión de los anteproyectos de Código Penal en Chile.

Como indicamos anteriormente, el feto o embrión se encuentra expuesto a múltiples peligros que no sólo pueden producir su muerte en el seno materno o su salida prematura al exterior en condiciones de no viabilidad, sino también provocar alteraciones sustanciales en su conformación que repercutan de manera negativa en su salud o en su integridad física o psíquica.

Es por esto que el bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación del delito de lesiones al feto es la salud e integridad física del mismo, debiéndose entender por feto a “*Embrión de los mamíferos placentarios y marsupiales, desde que se implanta en el útero hasta el momento del parto*”<sup>67</sup>.

Creemos que, en este punto, resulta fundamental que se castiguen aquellas acciones que producen lesiones nocivas en el feto, tal como se establece en el Código Penal Español el cuál como indiqué anteriormente, regula dicho delito, otorgando una protección penal que en nuestro país al día de hoy no existe.

Ahora bien, las situaciones que potencialmente pueden ocasionar daño al feto son muy variadas, pudiendo incluso ser afectado permanentemente por procesos que, en principio, pudieran considerarse no lesivos. Un ejemplo de ello es la exposición a un parto no vaginal como la cesárea, lo cual puede producir

---

<sup>67</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en: <https://dle.rae.es/feto>  
[Fecha de consulta: 24 de enero 2023].

alteraciones de la respuesta al estrés, en la respuesta inmune y en los procesos epigenéticos, según la Sociedad Chilena de Pediatría<sup>68</sup>.

No obstante, en nuestro país, y según lo expuesto por dicha sociedad, las cesáreas han aumentado de manera exponencial desde el año 1985 a la fecha<sup>69</sup>.

En el año 2015, se incrementaron a un 47.1%, siendo Chile el segundo país de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante indistintamente OCDE), con mayor número de partos por cesárea.

En cuanto a las consecuencias producidas al feto, el informe recalca que la administración de medicamentos a la madre gestante alteraría la adquisición de una adecuada microbiótica intestinal del feto, cuyas secuelas se manifestarían hasta los 7 años de edad en caso de los niños nacidos por cesárea. Así, señalan: *“Este retraso en la colonización microbiana del tubo digestivo ocurre en un*

---

<sup>68</sup> Los estudios de epigenética se centran en demostrar que los eventos del periodo prenatal impactan en el desarrollo del feto y pueden llegar a producir enfermedades en su vida adulta. Por ejemplo, estudios de epidemiología han demostrado que existe una asociación importante entre la condición nutricional materna y la presencia a corto plazo de retardo de crecimiento intrauterino y algunas enfermedades crónicas del adulto, como enfermedades cardiovasculares, obesidad y diabetes. Véase BEDREGAL, Paula y otros autores. 2010. *“Aportes de la epigenética en la comprensión del desarrollo del ser humano”*, en Revista Médica de Chile, número 3, volumen 183, [consulta: 3 noviembre 2020]. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-98872010000300018](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872010000300018).

<sup>69</sup> PUCHI, Alexa. MAGNE, Fabien, CARVAJAL, Bielka, GOTTELAND, *“Incremento de la tasa de cesáreas en Chile: Implicancias en salud, desde la mirada de los pediatras”*, en Sociedad Chilena de Pediatría, Chile [consulta: 3 de noviembre de 2020]. Disponible en: [https://sochipe.cl/v3/esteto\\_articulo\\_solo.php?id=1006](https://sochipe.cl/v3/esteto_articulo_solo.php?id=1006).

*período crítico para la maduración del sistema inmune local del recién nacido, afectando el establecimiento de los procesos de tolerancia inmune oral y favoreciendo el posterior desarrollo de alteraciones metabólicas e inflamatorias durante la infancia”<sup>70</sup>.*

Incluso en los partos por vía vaginal, también llamados partos naturales, se han evidenciado riesgos innecesarios para el feto, debido a la mala praxis ginecológica y al aumento de la instrumentalización en los partos vaginales.

En Chile, a diferencia de la tendencia mundial que ha optado por el uso de Vacuum extractor de copa blanca, el parto vaginal instrumentalizado está reducido al uso de fórceps y espátulas de Thierry<sup>71</sup>.

Al respecto, académicos del Servicio y Departamento de Obstetricia y Ginecología de la Universidad de Chile<sup>72</sup>, señalan lo siguiente: “*La evidencia demostró que respecto de las lesiones maternas y fetales, las Espátulas (ET), o*

---

<sup>70</sup> PUCHI, Alexa. MAGNE, Fabien, CARVAJAL, Bielka, GOTTELAND, “*Incremento de la tasa de cesáreas en Chile: Implicancias en salud, desde la mirada de los pediatras*”, en Sociedad Chilena de Pediatría, Chile [consulta: 3 de noviembre de 2020]. Disponible en: [https://sochipe.cl/v3/esteto\\_articulo\\_solo.php?id=1006](https://sochipe.cl/v3/esteto_articulo_solo.php?id=1006).

<sup>71</sup> MUÑOZ, Felipe y otros autores. 2003. “*Utilización de Vacuum Extractor de Copa Blanda en la atención de partos vaginales*”, en Revista Chilena de obstetricia y ginecología, 2004. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So717-75262004000400012](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So717-75262004000400012)

<sup>72</sup> MUÑOZ, Felipe y otros autores. 2003. “*Utilización de Vacuum Extractor de Copa Blanda en la atención de partos vaginales*”, en Revista chilena de obstetricia y ginecología, número 4, volumen 69, [consulta: 3 noviembre 2020]. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So717-75262003000600004](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So717-75262003000600004)

*instrumento no articulado de la clasificación general de los fórceps (F), son significativamente menores cuando se las compara con el fórceps articulado y fenestrado de Kjelland o Kielland (FK)”.*

Según lo expuesto precedentemente, en nuestro país ha habido una instrumentalización en los partos vaginales. Lo anterior se constata en nuestra jurisprudencia, en autos Rol N° 11.761-2017, seguidos ante la Excelentísima Corte Suprema de Santiago<sup>73</sup>, señalando: *“Expone que el Dr. B. y un auxiliar hicieron presión sobre su abdomen, subiéndose ambos encima de ella, luego de lo cual sintió algo muy caliente en su interior y tuvo la sensación de que su bebé subía, a raíz de lo cual le insistían que continuara con la expulsión del bebé pues de lo contrario utilizarían fórceps. En efecto, existe en la especie una falta de servicio evidente y directa, puesto que, tal como se desprende de las circunstancias previamente señaladas, es un hecho público y notorio que la maniobra realizada no está recomendada clínicamente y que ante las dificultades que se plantearon durante el trabajo de parto y la concurrencia de la situación médica denominada de “expulsivo retenido”, no era adecuado ni razonable presionar el abdomen de la actora, pues esta maniobra tiene un gran riesgo de que se produzca una rotura del útero, que es lo que finalmente se produjo, aun cuando no se haya determinado fehacientemente si esta rotura tiene como causa directa e inmediata la realización previa de la maniobra aludida. Lo cierto es que tal rotura dio lugar a una metrorragia abundante y desencadenó asimismo la asfixia del feto, naciendo la criatura con daño orgánico cerebral, circunstancia que le ha ocasionado una serie de problemas médicos en su mayoría irreversibles, a lo que debe agregarse que como consecuencia de la laceración del útero no le será posible tener más hijos”.*

---

<sup>73</sup> Esta idea ha sido señalada en la jurisprudencia chilena. En causa caratulada “Tordoya Falcón Blanca Lourdes con Hospital Santiago Oriente” Rol 11.761-2017. Excelentísima Corte Suprema 12 de julio de 2018

Con lo expuesto, se constata que frente a la situación de haber acaecido lesiones en un trabajo de parto, como es el caso indicado en la jurisprudencia antes señalada, efectivamente existe la necesidad de castigar las lesiones producidas al feto. En el caso, las lesiones desencadenaron en la rotura del útero de la paciente y dieron lugar a una metrorragia abundante, produciendo la asfixia del feto, naciendo el menor con daño orgánico cerebral. Así, existiendo un funcionamiento erróneo del Servicio de Salud demandado, pues adoptaron una decisión equivocada en cuanto al procedimiento médico que debió emplearse, y sólo cuando se presentó la metrorragia, reconsideraron la posibilidad de una cesárea.

Ahora bien, las razones, a nuestro juicio, que podrían impulsar el abuso de cesáreas y la instrumentalización del parto, situaciones ambas que, como se señaló, se erigen como potencialmente dañinas para el feto pero cuya sobreutilización no se encuentra regulada, serían la reducción de los tiempos en el uso de salas de parto y la organización de la agenda de los y las ginecólogas, matronas y/o facultativos de salud encargados de la atención de partos.

Por ello, se aprecia la necesidad de tipificar el delito de lesiones al feto, lo que consideremos imperativo, pues existe evidencia de que en Chile existe una mala praxis ginecológica que, en muchos casos, ha afectado la integridad del feto, provocando daños y consecuencias que podrían llegar a manifestarse a lo largo de su infancia, e incluso de manera permanente por el resto de su vida.

### CAPÍTULO III

#### **SITUACION DEL DERECHO CHILENO FRENTE A LAS LESIONES AL FETO.**

De acuerdo a lo expuesto, en el sistema penal chileno al día de hoy no se ha tipificado el delito de lesiones al feto, por lo que, en principio, los actos dolosos o imprudentes ocasionados a este, que le produzcan lesiones dentro del vientre materno, no son punibles.

Así las cosas, parte de la doctrina ha señalado que, en nuestro país, la salud y la integridad física y psíquica del feto no se encuentra protegidas penalmente. Entre otros autores que sostienen esta afirmación, se encuentran Juan Bustos, Francisco Grisolia y Sergio Politoff<sup>74</sup>.

Resulta relevante señalar que nuestro Código Penal no define qué se entiende por feto. Ante dicha ausencia, recurrimos al Código Sanitario para verificar si existe una definición. Así, comprobamos que, al igual que la legislación penal, no se define en dicha normativa, limitándose a realizar una diferencia entre embrión y feto, a propósito de la interrupción del embarazo señalada en el artículo 119 de dicho cuerpo legal.

---

<sup>74</sup> BUSTOS, Juan, GRISOLÍA, Francisco; POLITOFF, Sergio. 1993. *“Derecho Penal Chileno, Parte Especial”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, P. 181

Atendida la ausencia de una definición jurídica, debemos entender como feto la definición que hacen las ciencias que refieren que el embrión, a partir de la octava semana de gestación, pasa a llamarse feto<sup>75</sup>.

En este orden, una definición coloquial de feto sería la dada por la Real Academia Española, la cual define al feto como “*el embrión de los mamíferos placentarios y marsupiales, desde que se implanta en el útero hasta el momento del parto*”.

En este punto es importante señalar que al respecto, en España, el término “feto” ha sido definido en la Ley 35/1988 de 22 de noviembre<sup>76</sup>, sobre técnicas de reproducción asistida, la que indica que: “*por «feto», como fase más avanzada del desarrollo embriológico, se conoce el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto*”.

La referida Ley sobre técnicas de reproducción asistida realiza una diferencia entre preembrión o embrión preimplantatorio y feto.

En lo que respecta al preembrión, se entiende como el grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo, desde que es fecundado hasta 14 días más tarde, cuando se anida en el útero. Por su parte, por embrión o embrión postimplantatorio se entiende el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, que tiene una duración de unos dos meses y

---

<sup>75</sup>FABRE, Francesc y otros. 2009. “*Consideraciones sobre el embrión humano*”, Revista Electrónica Bioética & debat. Disponible en [www.iborjabioetica.url.edu](http://www.iborjabioetica.url.edu) España, P.3, [consulta: 5 de noviembre de 2020].

<sup>76</sup> Ley 35/1988, de 22 de noviembre de 1988, sobre técnicas de reproducción asistida, la cual ha sido modificada por las leyes 10/1995, del Código Penal, y 45/2003. España.

medio más; y finalmente el feto, que es la fase más avanzada del desarrollo embriológico, que tiene apariencia humana y sus órganos formados, ya contando con autonomía para después del parto<sup>77</sup>.

Consideramos que el feto debe ser sujeto pasivo de lesiones, no obstante que al día de hoy en nuestro país, el *nasciturus* no es sujeto pasivo de dicho delito, toda vez que aún no es persona nacida viva, en virtud de lo dispuesto en el artículo 74 del Código Civil Chileno<sup>78</sup>.

Así, teniendo presente que nuestro Código Penal tipifica los delitos de lesiones en el Título VIII del Libro II, llamado “*Crímenes y simples delitos contra las personas*” debemos definir qué se entiende por persona.

Al respecto, el artículo 74 del Código Civil chileno dispone: “*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 este orden, al ajustarnos al texto legal antes señalado, y luego de haber aclarado qué se entiende por persona en el ordenamiento jurídico chileno, no cabe más que concluir que las lesiones al feto no podrían reputarse producidas a personas, toda vez que, por remisión al artículo anteriormente citado, la existencia de toda persona principia al separarse completamente de la madre, es decir, cuando es un ser independiente de la mujer gestante.

---

<sup>77</sup> RAMÓN RIBAS, Eduardo. Óp. Cit. P. 394

<sup>78</sup> Código Civil de Chile. 1855. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*.

<https://www.bcn.cl/leychile>

En este sentido, los profesores Jorge Boldt Silva y Javier Contesse Singh han señalado que: “por tal persona se entiende al ser humano nacido independiente de la madre. Lo anterior tanto por razones interpretativas, pues entender al feto como persona sería analogía *in malam partem*, como sistemáticas, pues si el feto fuera persona a los ojos del Código Penal, entonces la distinción entre aborto y homicidio carecería de sentido”<sup>79</sup>.

Conforme a lo anterior, la doctrina mayoritaria, entre quienes se encuentran los profesores Jean Pierre Mattus y María Cecilia Ramírez, indican que las lesiones producidas al feto, en virtud de nuestra actual legislación, serían impunes. Así, a propósito de identificar a los sujetos en el delito de lesiones, señalan que: “En cuanto al sujeto pasivo, nada se debe agregar a lo dicho respecto del delito de homicidio: ha de tratarse de una persona, individuo de la especie humana, viva. Naturalmente, los redactores de nuestro Código Penal no pudieron prever, en las postrimerías del siglo antepasado, las actuales posibilidades de intervención médica en la fase fetal del desarrollo humano -y aun en la fase preembrional-, posibilidades técnicas que pueden llevar a la comisión de lesiones en criaturas no natas, cuya sanción -salvo que se trate de evidentes intentos de aborto fracasados— no está prevista en nuestra ley, como en otros ordenamientos de más reciente data.”<sup>80</sup>

Así las cosas, aclarada la diferencia entre lo que debemos entender por feto y por persona en sentido jurídico, y teniendo en consideración que el feto no

---

<sup>79</sup> BOLDT SILVA, Jorge y CONTESSE SINGH, Javier. 2009. “*La punibilidad de las acciones prenatales con resultados lesivos. Un análisis desde la teoría de las normas. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*”, [en línea], Santiago, Chile, en Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Óp. Cit. P. 29

<sup>80</sup> MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; RAMÍREZ, María Cecilia. 2004, “*Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Óp. Cit. P. 114

se encontraría entre los sujetos de especial protección, según el análisis del delito de lesiones que indicaré a continuación, podremos constatar finalmente que el delito de lesiones a las personas no es útil para castigar las acciones lesivas que se ejerzan en contra del feto y se hace necesario un tipo penal específico.

El delito de lesiones en contra de las personas, tipificadas en el Título VIII del Código Penal chileno, se comprendería dentro de las lesiones, no sólo aquellas corporales, sino que, además, las que afecten a cierto tipo de sujetos pasivos en su integridad psíquica y moral.

Nuestro Código Penal tipifica las lesiones desde su artículo 395 al 403 septies. Las lesiones se dividen en dos párrafos, a saber, el § III relativo a las lesiones corporales, y el § III bis, relativo al maltrato de menores de edad, personas en situación de discapacidad y adultos mayores.

Existe discusión en la doctrina nacional en cuanto a si las mutilaciones se encuentran comprendidas dentro del tipo de lesiones corporales o si son un género distinto.

Así, según el Profesor Mario Garrido Montt<sup>81</sup>, el delito de lesiones se caracteriza por tres circunstancias.

1. No constituir un delito de mutilación descrito en los artículos 395 y 396 del Código Penal.

---

<sup>81</sup> GARRIDO MONTT, Mario. 2010. *Manual Derecho Penal. Parte Especial Tomo III*. Editorial Jurídica de Chile. P. 156

2. Causar un daño o menoscabo a la integridad corporal o salud de una persona.

La conducta material o medio de comisión del ilícito: herir, golpear o maltratar por vías de hecho.

Sin embargo, la exclusión que realiza Garrido Montt respecto de la mutilación no es compartida por otro sector mayoritario de la doctrina chilena. Así, los profesores Politoff, Matus y Ramírez <sup>82</sup> indican que: “Define el Diccionario la idea de lesión como “daño o detrimento corporal causado por una herida, un golpe o una enfermedad”, concepto que así expresado abarca con largueza las diversas hipótesis que, bajo el epígrafe “lesiones corporales” se contemplan en el §3 del Tit. VIII, L. II CP. No exige esta idea el que tal daño se realice “sin propósito de matar”, como añaden algunos autores, ni tampoco diferencia radicalmente entre afectaciones a la integridad corporal (mutilaciones) y otros daños a la salud (lesiones en sentido estricto), como plantean otros”.

A nuestro juicio, optamos por la noción amplia de lesiones, sin la exclusión propuesta por Garrido Montt. En este mismo sentido, estimamos que el legislador es claro al incluir dentro del delito de lesiones corporales a las mutilaciones.

La protección a la integridad corporal y la salud en nuestra legislación penal está dada a través de la sanción de las figuras de las cuales derivan lesiones corporales, las cuales se encuentran en los artículos 395 y siguientes del Código Penal.

Se desprende que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 395 a 403 bis del referido Código, las lesiones se refieren, en principio, a cualquier conducta

---

<sup>82</sup> POLITOFF, Sergio y otros. 2014. *“Lecciones de Derecho Penal Parte Especial”*. Tomo I, Tercera Edición. Thomson Reuters. Óp. Cit. P. 114.

dañosa que afecte al ser humano en su corporeidad, distinguiendo el legislador si estas son graves, leves o menos graves. Además, serían lesiones según lo dispuesto en los artículos 403 bis y 403 ter del Código Penal, los tratos degradantes que afectaren gravemente la dignidad de aquellos sujetos de especial protección como lo son los niños, niñas y adolescentes, (en adelante indistintamente: NNA); personas en situación de discapacidad y adultos mayores, también serían considerados lesiones.

En este sentido y sin perjuicio de que no es un tema que nos convoca en este trabajo, toda vez que el feto no se encontraría entre los sujetos de especial protección a los que alude la norma, según lo expuesto precedentemente, con la inclusión en nuestro Código Penal de los artículos 403 bis y siguientes, se comprenderían dentro de las lesiones no sólo las corporales, sino que, además, las que afecten a cierto tipo de sujetos pasivos en su integridad psíquica y moral, sin embargo, no resulta suficiente para castigar las acciones que se ejerzan en contra del feto.

Sin perjuicio de que en esta reforma el legislador no definió lo que se entiende por trato degradante, el profesor Edison Carrasco señala que “se entendió por participantes en las discusiones, que el trato degradante es todo aquel que afectaba la integridad moral de la persona, debiendo ser éste de entidad menor que los tratos crueles e inhumanos que propone el derecho internacional penal, y que, además, era más grave que las simples vías de hecho, puesto que afecta la dignidad e integridad moral del sujeto. Así surgen conductas que se ejemplifican, como amarrar a un adulto mayor a un poste, o el no cambiarle los pañales”<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> CARRASCO, Edison. 2018. “*Incriminación del maltrato corporal relevante y de la sumisión a trato degradante de personas con déficit corporal o físico en la legislación Penal chilena*”. Revista de Derecho. Concepción. vol.86. P. 243

La integridad corporal, como bien jurídico protegido para algunos autores como Alfredo Etcheberry<sup>84</sup>, significa la cantidad, estructura, y disposición de las partes del cuerpo, anatómicamente consideradas.

En cambio, la salud se refiere al normal funcionamiento, desde el punto de vista fisiológico, de los órganos del cuerpo humano, pero es extensiva también a la salud mental, es decir, al equilibrio de las funciones psíquicas<sup>85</sup>. En este sentido, la importancia de distinguir entre lesiones corporales y las que afecten además a la salud mental o funciones psíquicas cobra relevancia, toda vez que es claro que el concepto de salud es más amplio que el de la mera salud corporal, y abarcaría los tratos degradantes que afecten la integridad moral del ser humano. Esto queda reafirmado por la introducción en nuestra legislación, mediante la Ley N° 21.013, de los artículos 403 bis y siguientes, que tipifican los delitos de maltrato corporal y de trato degradante cometido en personas que se encuentren en especial situación de vulnerabilidad.

---

<sup>84</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. 1999. “*Derecho Penal Parte Especial. Tomo III*”. Editorial Jurídica de Chile. P. 112

<sup>85</sup> *Ibid.* P.112

## 1. Tipo de Lesiones en Chile.

En cuanto al tipo de lesiones propiamente tal, debemos detenernos en establecer quién es el sujeto activo y quién es el sujeto pasivo.

La descripción fundamental del tipo penal supone lesionar a otro<sup>86</sup>. Así, la relevancia del hecho que la víctima sea “otro” dice relación con lo planteado en autos Rol N° 6.229-2006, de la Excelentísima Corte Suprema, donde se indica: *“Que, conforme a lo expresado, para la adecuada resolución de la cuestión sub judice corresponde prever si la acción desplegada por el enjuiciado se inscribe dentro del tipo penal del homicidio, que se refiere, simplemente, a provocar la muerte de otra persona. Que, la expresión otro conlleva la idea de alteridad que, como atributo, reclama la existencia de una individualidad personal reconocible y plenamente diferenciada, lo que trasladado al campo que aquí interesa remite al ser humano vivo, en cuanto dotado de vida independiente. No responde conceptualmente a tal exigencia el feto, incluso a término, que se encuentra todavía dentro del claustro materno. Ni siquiera en el supuesto de que se halle en curso de expulsión, ya que está naciendo, pero todavía no ha nacido”*<sup>87</sup>.

En cuanto al verbo rector, las legislaciones en general se han dividido en dos grandes grupos.

Para el primer grupo, las lesiones consisten en las simples vías de hecho; la agresión física de que se hace víctima a otro, aunque no se produzcan daños

---

<sup>86</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. Óp. Cit. P. 113

<sup>87</sup> Causa caratulada JOSE ARIEL P. LATTUS OLMOS. Excelentísima Corte Suprema Causa Rol 6.229-2006

permanentes como consecuencia de las vías de hecho. Tal es el criterio del Código Penal italiano y el Código Penal alemán. Para otras legislaciones, como la argentina, las simples vías de hecho no constituyen lesiones si no se produce, a consecuencia de ellas, un determinado resultado dañoso para la integridad corporal o la salud; esto es, un efecto perceptible más allá de la acción misma<sup>88</sup>.

## **2. El resultado típico en el delito de lesiones en Chile.**

En nuestro país, como se señaló, existe una clasificación de las figuras tipificadas bajo el título de “Lesiones Corporales”. Las lesiones consisten en producir heridas, golpes o malos tratos de obra, y las posibles consecuencias sean sólo efectos de las lesiones. Esto significa que nuestro Código Penal pertenece al primer grupo de las legislaciones que considera delictivas las vías de hecho o violencias físicas por sí mismas, sin perjuicio de aumentar la penalidad en caso de que resulten determinadas consecuencias permanentes<sup>89</sup>.

Cabe reiterar aquí que, con la introducción de los delitos 403 bis y siguientes del Código Penal, se comprenden dentro de las lesiones los tratos degradantes que menoscaben gravemente la dignidad de las personas en situación de especial vulnerabilidad que ahí se mencionan. Así, los daños a la integridad moral serían lesiones cuando el sujeto pasivo sea un niño, niña o adolescente, adulto mayor o persona en situación de discapacidad.

En relación con el núcleo del tipo de las lesiones, este radica en golpear, herir o maltratar de obra a otro, según lo establecido en el artículo 397 del Código Penal.

---

<sup>88</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. Óp. Cit. P. 113

<sup>89</sup> Ibid. P. 116

Según la Real Academia Española, herir significa dañar a una persona o a un animal produciéndole una herida o una contusión; golpear significa dar un golpe o golpes repetidos y maltratar de obra significa tratar mal a alguien mediante acciones u omisiones.

Por daño a la integridad corporal se debe entender un menoscabo en el número, estructura y correlación de las diferentes partes del cuerpo. Por su parte, el daño en la salud se refiere al estado de equilibrio y normal funcionamiento de los diversos órganos y partes del cuerpo humano. Además, también deben considerarse lesiones los sufrimientos físicos que se causen a la víctima. Finalmente, como se ha señalado anteriormente, también deben entenderse como lesiones los tratos degradantes que menoscaben gravemente la dignidad de las personas señaladas en los artículos 403 bis y siguientes del Código Penal.

El aspecto subjetivo de las lesiones será analizado al tratar los artículos 395 a 403 septies del Código Penal, que describen diversos tipos penales clasificables en:

- **Mutilaciones.** Artículos 395 y 396. Mutilar quiere decir “*cortar o cercenar una parte del cuerpo*”, la cual, según el artículo 396, se designa con el nombre del miembro.

La protección de la ley en los artículos citados en el punto anterior aparece dirigida a la integridad anatómica de una persona, por lo que para que nos veamos frente a una mutilación debe existir un corte que afecte definitiva y no sólo temporalmente.

Las mutilaciones se refieren a su vez a tres figuras:

1. *Castración*. Artículo 395. Significa la extirpación de los órganos destinados a la generación.
2. *Mutilación de miembro importante*. Artículo 396 inciso 1. Es aquel caso en que deja al paciente en la imposibilidad de valerse por sí mismo, o ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba, hecha con malicia.
3. *Mutilación de miembro menos importante*. Artículo 396 inciso 2. Es aquel caso en que la mutilación es respecto de un miembro menos importante. Nuestro Código Penal da el ejemplo de un dedo o una oreja.

- **Lesiones propiamente tales** (arts. 397 a 403 y art. 494 N° 5), las cuales se subclasifican en:

1. *Lesiones graves*, las cuales pueden ser *graves gravísimas* del artículo 397 N° 1; *simplemente graves* del artículo 397, o aquellas relativas a la *administración de sustancias nocivas* del Artículo 398.
2. *Lesiones menos graves*. Artículo 399.
3. *Lesiones leves*. Artículo 494 N° 5.

- **Del maltrato a menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad**. Artículo 403 bis a 404 septies del Código Penal.

En este punto, se introducen dos delitos, a saber:

Maltrato corporal relevante del artículo 403 bis: “*El que, de manera relevante, maltratare corporalmente a un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, a una persona adulta mayor o a una persona en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422 será sancionado con prisión*”

*en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad”.*

Tratos degradantes del artículo 403 ter: *“El que sometiere a una de las personas referidas en los incisos primero y segundo del artículo 403 bis a un trato degradante, menoscabando gravemente su dignidad, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo”.*

## CAPÍTULO IV

### **SITUACIÓN ACTUAL DE LA PUNIBILIDAD DE LAS LESIONES PRODUCIDAS AL FETO. ANTEPROYECTOS DEL CODIGO PENAL PARA INCLUIR EL DELITO DE LESIONES AL FETO.**

La necesidad de modernizar la normativa penal vigente en nuestro país tiene su origen en causas de la más variada índole<sup>90</sup>, como el paso del tiempo y el cambio de la realidad que actualmente enfrenta la sociedad, toda vez que nuestro Código Penal fue promulgado en el año 1874 y entró en vigor en marzo del año 1875, por lo cual dista mucho de la realidad que vivimos actualmente.

Si bien han existido modificaciones al Código Penal, nuestra legislación actualmente no contempla el delito de lesiones al feto. Esto significa que no se establece una pena específica para sancionar a quien, dolosa o culposamente, lesione gravemente al feto sin provocarle la muerte. En su lugar, tales actos solo pueden ser sancionados como una tentativa de aborto o como aborto frustrado.

La regulación de los tipos delictivos relativos a las lesiones al feto y, consecuentemente, a la protección de su integridad física y de su salud, carece de antecedentes en nuestra legislación penal.

---

<sup>90</sup> Boletín N° 9.274-07 al Proyecto de Ley presentado el 10 de marzo de 2014, bajo el mandato del Presidente Sebastián Piñera Echeñique. Este proyecto de ley busca establecer un nuevo Código Penal en Chile, modernizando y actualizando la legislación penal existente para abordar de manera más efectiva las necesidades contemporáneas y las nuevas formas de criminalidad.

Sin perjuicio de los grandes avances en el desarrollo del estudio de la medicina, que hoy en día permiten múltiples accesos al feto, con fines terapéuticos, no terapéuticos o de investigación, estos avances también generan situaciones de peligro. Estas situaciones exponen no sólo la vida, sino también la integridad física, la salud y el desarrollo normal del feto, pudiendo ser objeto de acciones dolosas o gravemente imprudentes.

Así las cosas, al día de hoy sigue existiendo una laguna, ya que *“nuestra doctrina mayoritaria ha afirmado sistemáticamente la atipicidad de las lesiones al feto, en función de la exclusión de este último de la clase de las personas en el contexto de la regulación del Código Penal”*<sup>91</sup>.

Atendido a lo expuesto, y teniendo presente la necesidad existente de tipificar el delito de lesiones al feto, a continuación, señalaré los anteproyectos de ley que buscan reformar el Código Penal, correspondientes a los años 2013, 2015, 2018 y 2022.

### **1. Anteproyecto de Código Penal, año 2013.**

El anteproyecto de Código Penal del año 2013 fue elaborado bajo el Gobierno del Presidente de la República, Sebastián Piñera Echeñique.

La comisión fue formada por la Ministra de Justicia, doña Patricia Pérez Goldberg, y presidida por el Subsecretario de Justicia, don Juan Ignacio Piña Rochefort.

---

<sup>91</sup> CONTESSE SINGH, Javier. 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. Santiago. 2013. P.381.

Además, integraron la comisión los profesores de Derecho Penal, señores Juan Domingo Acosta Sánchez, Antonio Bascuñán Rodríguez y Jorge Bofill Genzsch, quien actuó como coordinador; Juan Pablo Cox Leixelard, Héctor Hernández Basualto, Francisco Maldonado Fuentes y Alex van Weezel de la Cruz.

### **1.1. Contenido del anteproyecto.**

El anteproyecto del Código Penal del año 2013 se compone de dos libros. El libro primero contempla las reglas generales sobre la ley penal, el delito, las penas y las consecuencias adicionales a la pena y medidas de seguridad. El libro segundo contempla las reglas sobre cada delito y su pena en particular.

En el Libro II Título I, se establecen los delitos contra la vida y la salud. En primer lugar, se trata el homicidio; luego el maltrato y lesiones; luego el abandono y omisión de socorro y se introduce, en el número 4, el aborto, embarazo no consentido y **Lesiones al Embrión o Feto.**

Se establece, por tanto, en el artículo 235, el tipo penal de lesiones al embrión o feto, el cual señala que:

*“El que irrogare a un embrión implantado o a un feto un daño en su integridad corporal o su salud física será sancionado:*

*1° con prisión de 1 a 3 años si el daño consistiere en cualquiera de los resultados previstos en el artículo 223 o en una afectación de su desarrollo que derivará en alguno de esos resultados;*

*2° con multa o reclusión, en los demás casos.*

*Las lesiones del número 1 cometidas imprudentemente serán sancionadas con pena de multa o reclusión, si concurrieren las circunstancias previstas en el artículo 230.*

*Será aplicable al delito previsto en este artículo lo dispuesto en el número 2 del artículo 233 y las demás reglas que la ley prevé para su aplicación”.*

Así, María Magdalena Ossandón Widow indica que el artículo antes mencionado vendría a llenar el vacío existente a esa fecha<sup>92</sup>.

En este anteproyecto se trató de no ampliar la extensión del tipo penal de lesiones contra las personas. Además, se deben tener presente los problemas probatorios que podría conllevar la inclusión de otras conductas, por lo que sólo se limita a las lesiones más graves, en las que se afecte gravemente el desarrollo o se provoque un grave problema a la salud del feto.

Resulta relevante señalar, en relación con este anteproyecto, que, pese a tener inspiración en el Código Penal español, no se visualiza en el artículo 235 la exclusión de responsabilidad penal de la mujer embarazada respecto de su propio embarazo, cuando la conducta que ocasiona el daño fuera imprudente.

---

<sup>92</sup> OSSANDON Widow, María Magdalena. 2013. “Comisión de Anteproyecto de Código Penal. Propuesta de Regulación Delitos contra la vida y la salud”, [en línea], 2013. P.20 [Consulta: 3 noviembre 2020]<http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Ossand%C3%B3n-Widow-Mar%C3%ADa-Magdalena-Propuesta-delitos-contra-la-vida-y-la-salud.pdf>

<sup>93</sup> BOLDT SILVA, Jorge y CONTESSÉ SINGH, Javier. Óp. Cit. P. 19

A nuestro juicio, esta omisión es grave, pues, en ese orden, cualquier conducta imprudente que la mujer gestante realizara en sus actividades cotidianas, y que ocasionaren daños al feto, podrían ser objeto de reproche penal, lo que eventualmente anularía la libertad de la mujer embarazada.

En este sentido, es importante hacer una comparación con el delito de aborto tipificado en nuestro ordenamiento penal. Los artículos 342 a 345 del Código Penal chileno sólo disponen que el aborto puede ser penado a título de malicia, según el artículo 342; a título de violencia, en virtud del artículo 343 y siempre que el embarazo sea notorio; cuando la mujer causare su propio aborto o consintiere en que otro lo hiciera, según el artículo 344; y, finalmente, cuando el facultativo abusa de su oficio y causare el aborto, según el artículo 345, todos del mismo cuerpo legal.

En el mismo sentido, los profesores Jorge Boldt Silva, y Javier Contesse Singh señalan <sup>93</sup> que: *“En esta línea, debe necesariamente tenerse en consideración la situación del aborto imprudente, impune en Alemania (así como en la mayor parte del derecho comparado). Si la conducta imprudente que provoca un aborto es impune, pero la conducta imprudente que provoca una lesión en el feto (aun cuando ésta cause su muerte tras el nacimiento) es punible, entonces se produciría una situación paradójica: la lesión que sea tan grave como para causar la muerte in útero del feto es impune, pero si la lesión no reviste de aquella gravedad, entonces cabe la punibilidad”*.

Sin embargo, en este anteproyecto sí se tipifica el delito de aborto a título de imprudencia. En efecto, el artículo 230 del referido cuerpo legal señala que:

---

<sup>93</sup> BOLDT SILVA, Jorge y CONTESSE SINGH, Javier. Óp. Cit. P. 19

*“Artículo 230. Imprudencia. El que por imprudencia causare un aborto será sancionado con prisión de 1 a 3 años, siempre que: 1º lo causare un profesional de la salud, con ocasión de un tratamiento terapéutico, sin que la mujer hubiere consentido en el riesgo de causarlo; 2º se lo causare con ocasión de la comisión de lesiones, maltrato corporal contra la mujer embarazada, o de cualquier otro delito cometido mediante violencia en su contra, siempre que constare el embarazo. La pena prevista en el número 2 de este artículo se impondrá sin perjuicio de la imposición de la pena que corresponda por los delitos a que él se refiere conforme a lo dispuesto por el artículo 83”.*

Cabe analizar que el referido artículo contempla dos hipótesis. Primero, que el aborto imprudente sea cometido por un profesional de la salud; y segundo, que el aborto imprudente sea cometido con ocasión de violencia de un tercero.

En este orden, se mantiene la crítica antes realizada, pues el anteproyecto en comento no contempla el delito de aborto cometido por la mujer a título de imprudencia sobre su propio embarazo. No obstante, sí se encontraría tipificado el delito de lesiones a título de imprudencia por la mujer sobre su propio embarazo, lo que se desprende del artículo 235 de dicho cuerpo legal, en cuando refiere a *“El que irrogare a un embrión implantado”*, sin hacer la exclusión de *“El que irrogare”* a la mujer embarazada respecto a su propia gestación.

El segundo problema que se divisa en el anteproyecto del año 2013 es que, a diferencia del Código español, no se establece una pena agravada para el facultativo médico que cometiere lesiones en contra del feto. No obstante, en nuestra opinión, y atendido lo expuesto en este trabajo, es precisamente en las labores de parto y en intervenciones médicas donde el feto tiene mayor exposición a sufrir daños.

## **2. Anteproyecto de Código Penal, año 2015.**

El anteproyecto del Código Penal del año 2015 se compone de dos libros. El libro primero contempla las reglas generales sobre la ley penal; el delito; definiciones y reglas de interpretación; la pena; determinación de la pena; ejecución de la pena; consecuencias adicionales a la pena; medidas de seguridad; extinción de responsabilidad penal y responsabilidad de las personas jurídicas. El libro segundo contempla delitos contra la vida y la salud; delitos contra la libertad; delitos contra la libertad e indemnidad sexual; delitos contra la intimidad; delitos contra el honor; delitos contra derechos patrimoniales; delitos contra el orden socioeconómico; delitos contra la fe pública; delitos contra el orden de la familias; delitos contra la Administración del Estado, delitos contra el orden público; delitos contra el medio ambiente; delitos contra la seguridad colectiva; delitos contra la seguridad pública; delitos contra el orden constitucional; delitos contra la voluntad del pueblo; delitos contra la seguridad exterior del Estado y delitos contra la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

En este anteproyecto, efectivamente se presenta la tipificación de los delitos contra el *nasciturus*.

Así, el artículo 218 de dicho anteproyecto dispone que:

**“ARTICULO. 218.** *Lesión corporal al embrión o feto. El que irrogare a un embrión implantado o a un feto un daño en su integridad corporal o su salud física que consistiere en cualquiera de los resultados previstos en el inciso tercero del artículo Art. 210 o en una afectación de su desarrollo que derive en alguno de los resultados señalados, será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años.*

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

El artículo 210, por su parte, señala que:

*“**ARTICULO. 210.** Lesión corporal. El que lesionare corporalmente a otra persona, será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años. La pena será prisión de 1 a 2 años si a consecuencia del hecho el afectado quedare necesitado de cuidados médicos intensivos o tratamiento médico prolongado. Se impondrá pena de prisión de 3 a 7 años si a consecuencia del hecho el afectado sufre: 1° la pérdida de la visión en uno o ambos ojos, de la audición en uno o en ambos oídos, de la capacidad reproductiva o de la facultad del habla; 2° la pérdida o incapacidad permanente de un miembro importante o un órgano del cuerpo; o 3° una deformidad notable o una enfermedad o incapacidad, física o psíquica, grave y permanente”.*

Al respecto, se aprecia que en el anteproyecto del año 2015 existe un avance en relación con el anteproyecto del año 2013 antes señalado. En esta nueva regulación, se introduce la tipificación del delito de lesiones contra el feto cometido por profesional de salud a título de imprudencia. Aquí, apreciamos que se sanciona la imprudencia del facultativo en razón de su deber de cuidado.

Sin embargo, se reitera lo señalado en nuestro actual Código Penal, en el sentido de que las lesiones típicas son punibles solo a título de dolo o imprudencia. Es decir, la norma solo se limita a señalar que el que irrogare lesiones a un embrión implantado o a un feto, o que consintiere en aquellas, será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años. No hace distinción de pena, por

lo que merecería el mismo reproche penal efectuar maniobras dolosas o imprudentes.

La última crítica dice relación con la ausencia de señalar la atipicidad de las lesiones provocadas por la mujer embarazada a título de imprudencia respecto de su propio embarazo. Así, al igual que lo señalado en relación con el anteproyecto del año 2013, implicaría una anulación de la libertad de la mujer cuando esta se encontrara en proceso de gestación, lo que, a nuestro juicio, atenta contra la garantía constitucional del artículo 1º de la Constitución Política de Chile.

Cabe agregar que el anteproyecto del año 2015 no tipifica el delito de aborto cometido por la mujer respecto de su propio embarazo a título de imprudencia, por lo que es necesario hacer presente que existiría un problema de reproche penal, pues las lesiones cometidas por la mujer embarazada respecto de su propio embarazo serían punibles, mientras que el aborto imprudente cometido por la mujer gestante quedaría impune.

### **3.- Anteproyecto Código Penal de fecha 22 de octubre de 2018.**

#### **1. El delito de lesiones al feto aún no es punible en nuestra legislación.**

Como hemos señalado reiteradamente en el presente trabajo, el delito de lesiones al feto en nuestro país no se encuentra tipificado.

El anteproyecto del año 2018 en su artículo 234 dispone:

**“ARTÍCULO. 234.** *Lesión corporal al embrión o feto. El que irrogare a un embrión implantado o a un feto un daño en su integridad corporal o su salud*

*física que consistiere en cualquiera de los resultados previstos en el inciso tercero del artículo 220 será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años.*

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

Por su parte, el artículo 220 del anteproyecto de 2018 dispone que:

**“ARTICULO. 220.** *Lesión corporal. El que irrogare a otro daño en su integridad corporal o en su salud física, o mediante maltrato corporal le irrogare daño en su salud psíquica será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años, según el caso. La pena será prisión de 1 a 3 años si a consecuencia del hecho la persona afectada quedare necesitada de cuidados médicos intensivos o de tratamiento médico prolongado. Se impondrá pena de prisión de 3 a 7 años si a consecuencia del hecho la persona afectada sufre:*

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

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

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

## **2. Análisis del artículo 234 del anteproyecto de Código Penal chileno del año 2018.**

Este artículo se enfoca en especificar y sancionar conductas delictivas que no estaban claramente definidas en la legislación anterior, teniendo presente el esfuerzo por modernizar y adecuar el Código Penal a las nuevas realidades sociales y jurídicas.

En cuanto al sujeto activo, el anteproyecto de 2018 señala que podrá ser cualquiera que realice la conducta típica de causar las lesiones al feto, dolosa o imprudentemente, sean profesionales del ámbito de la salud o cualquier otra persona que, a sabiendas o con grave imprudencia, concurriendo o no la violencia, lesionare gravemente al feto.

En este aspecto, llama poderosamente la atención que, al igual que los anteproyectos analizados previamente, a saber, los de los años 2013 y 2015, no se realiza aquí ninguna diferenciación en el caso que las lesiones sean provocadas por la madre embarazada respecto de su propio embarazo. Sin embargo, no reiteraremos los reproches de por qué consideramos especialmente grave que no se tipifique la ausencia de responsabilidad penal de la mujer en este caso, las que ya han sido expuestas a propósito de los comentarios realizados a dichos anteproyectos.

Sin embargo, debemos señalar el hecho que no se realice una diferenciación de penalidad en cuanto a la gravedad de las lesiones respecto de los actos cometidos por facultativos de salud.

En este sentido, el artículo 234 del anteproyecto en cuestión, se limita solamente a señalar que *“El profesional de la salud que con ocasión de la atención profesional prestada a la mujer embarazada lesionare*

*imprudentemente al embrión o feto en los términos del inciso anterior será sancionado con libertad restringida o reclusión y multa”, sin establecer agravantes ni menos inhabilitación para ejercer la profesión de salud.*

Cabe agregar que, a diferencia de los anteproyectos anteriormente expuestos, es en ésta proyecto de ley que se establece una sanción pecuniaria para el facultativo de salud que cometiere dicho delito. Sin embargo, no se especifica el monto aplicable de la multa, dejando a discreción del juez, en un caso hipotético, su cuantía.

Además, en el presente artículo no diferencia si las lesiones fueren cometidas a título de dolo o imprudencia, mereciendo ambas, entonces, el mismo reproche penal.

En efecto, la norma sólo se limita a diferenciar por penalidad en atención al resultado que causaren, por remisión al artículo 220 del anteproyecto, lo cual es valorado, pero, la gravedad de las lesiones debe ir, a nuestro juicio, en relación con el tipo subjetivo, es decir, calificar primeramente la intención dolosa del sujeto activo para causar las lesiones que se le imputan.

Finalmente, el referido anteproyecto tipifica, en su artículo 230, lo siguiente:

**“ARTICULO. 230** *Aborto imprudente. Será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 2 años y multa:*

*1° el profesional de la salud que con ocasión de la atención profesional prestada a la mujer embarazada provocare imprudentemente la interrupción del embarazo causando la muerte del embrión o feto;*

*2° el que agrediendo el cuerpo de una mujer embarazada provocare imprudentemente la interrupción del embarazo causando la muerte del embrión o feto.*

*Lo dispuesto en el número 2º se entiende sin perjuicio de la pena que corresponda por la agresión”.*

Por tanto, se aprecia que el anteproyecto, según nuestra opinión, no genera la paradoja en relación con tipificar el delito de lesiones al feto a título de imprudencia, toda vez que, según el artículo 230 del referido cuerpo legal, se tipifica el delito de aborto imprudente.

Sin embargo, actualmente el aborto provocado a título de imprudencia tiene una sanción de 1 a 2 años, en contraposición al artículo 234 del anteproyecto de 2018, el cual establece que el delito de lesiones (sin distinguir si es cometido a título de dolo o imprudencia) establece una sanción de reclusión o prisión de 1 a 3 años, lo que evidencia la paradoja de que el delito de lesiones al feto podría llevar aparejada una sanción mayor que el delito de aborto imprudente.

#### **4.- Análisis del artículo 181 del Proyecto de Nuevo Código Penal chileno del año 2022.**

El proyecto de Nuevo Código Penal del 6 de enero del año 2022 fue elaborado bajo el Gobierno del Presidente de la República, Sebastián Piñera Echeñique. Dicho proyecto se basa en parte en los anteriormente indicados (año 2013, 2015 y 2018)<sup>94</sup>, buscando una modernización del sistema penal chileno en casi 150 años.

En el artículo 181 se establecen los delitos relacionados con el embarazo no consentido, el aborto y la lesión corporal del embrión o feto, en el contexto de los delitos contra la vida y la salud. A continuación, se detalla el análisis de este artículo. El referido artículo se encuentra titulado como “*Embarazo no*

---

<sup>94</sup> Mensaje del Proyecto de Nuevo Código Penal. 2022, P.8.

*consentido, aborto y lesión corporal del embrión o feto”, el cual se encuentra establecido en el artículo 181, Libro segundo, Título I, que trata sobre los delitos contra la vida y la salud.*

Dicho artículo señala:

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

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

Como se podrá apreciar, este artículo tiene por finalidad establecer las modificaciones necesarias para que en nuestro sistema jurídico se incorpore la figura penal de lesiones al feto como tipo delictivo doloso y culposo.

La regulación de los tipos delictivos relativos a las lesiones al feto y consecuentemente la protección de su integridad física y de su salud, carece de precedentes en nuestra legislación penal, sin embargo, tal como señalé en capítulos anteriores, en el derecho comparado existen variados ejemplos en este sentido, particularmente, la legislación española a partir del año 1995 incorporó estos tipos penales en el Libro II de su Código Penal.

El artículo 181 del Libro Segundo, Título I del proyecto de nuevo Código Penal de 2022 representa un avance significativo en la protección de los derechos de las mujeres y el embrión o feto, tipificando claramente los delitos relacionados con el embarazo no consentido, el aborto y la lesión corporal del

embrión o feto. Esta legislación subraya la importancia del consentimiento y la autonomía en el ámbito reproductivo, y establece penas acordes a la gravedad de estos delitos para asegurar justicia y protección para las víctimas. Sin embargo, dicho artículo no se encuentra libre de críticas.

Se ha señalado que atendido a lo dispuesto en su inciso segundo, referido al actuar de un determinado profesional de la salud, la pena impuesta es menor en razón de la naturaleza de su labor, lo cual no se condice con su condición especial de médico.

Además, al igual que el anteproyecto del año 2018, nuevamente se establece una sanción pecuniaria para el facultativo de salud que cometiere dicho delito.

Sin embargo, una vez más, no especifica el monto aplicable de la multa, dejando a discreción del juez, en un caso hipotético, su cuantía.

Por último, en el artículo en cuestión no se produce una exclusión expresa de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo presente que, en muchos casos, hay mujeres que, sin saber que están embarazadas, crean riesgos que pueden dañar al feto.

## CONCLUSIONES

El presente trabajo tuvo como objetivo general demostrar por qué en un sistema penal como el de nuestro país, en el cual las lesiones causadas al feto son atípicas, es necesario que se establezca determinadamente el delito de lesiones a éste.

Atendido a que no es aplicable el tipo penal de lesiones de las personas a este caso, se hace necesario contar hoy en día con un delito que lo tipifique.

Sin embargo, una pregunta central al respecto es si es que es posible que, en un sistema jurídico sin el delito de lesiones al feto, aquellas se puedan castigar.

A nuestro parecer, el caso Contergan demuestra intentos que llevan a ocupar la regulación de las lesiones del ser humano nacido a no nacidos o *nasciturus*, lo cual no resulta exitoso, por lo que se hace necesario castigar dichas conductas específicamente, y, de ésta manera, generar el tipo penal de lesiones al feto.

En nuestro país, el delito de lesiones a las personas no es útil para castigar las acciones lesivas que se ejerzan en contra del feto. Lo mismo ocurre con el delito de homicidio.

Como se señaló, es importante entender qué es lo que se busca proteger con la tipificación del delito de lesiones al feto, ya sea la salud del que está por nacer o la salud del feto, debido a que éste llegará a ser persona y, por ende, su vida es la que tendría importancia. Sin perjuicio de lo señalado, a nuestro juicio, el bien jurídico que se busca proteger es la salud del que está por nacer.

Sin perjuicio de que nuestro Código Penal actual no contemple el delito de lesiones al feto, desde hace años han existido intentos por tipificar dichas conductas y de esta manera modernizar nuestra legislación penal, adecuándola a las realidades existentes al día de hoy. Prueba de ello es el análisis que en este trabajo se realizó respecto de los anteproyectos del Código Penal chileno de 2013, 2015, 2018 y 2022, los cuales si señalan la tipificación del delito de lesión al feto.

En efecto, en los análisis de los anteproyectos anteriormente referidos se valoró la incorporación del delito de lesiones al feto. Sin embargo, los esfuerzos no han concluido, ya que a la fecha de la publicación del presente trabajo, aún no se encuentra tipificado el delito de lesiones al feto.

## BIBIOGRAFIA

- BARZELATTO, José y FAUNDEZ, Aníbal. 2007. *El Drama del Aborto: en Busca de un Consenso*. Santiago de Chile. LOM Ediciones.
- 
- BUSTOS, Juan, GRISOLÍA, Francisco, POLITOFF, Sergio. 1993. "Derecho Penal Chileno, Parte Especial". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, P. 181
- 
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos y GONAZALEZ CUSSAC José Luis. Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Tirant Lo Blanch. España. 2010
- 
- CONTESSE Singh, Javier. *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*. Santiago. 2013. Páginas 379 a 404.
- 
- COPELLO, Laurenzo Patricia, GARCIA, Martín Luis, DIEZ Ripollez, José Luis *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Valencia. 1996 Páginas 286 a 287.
- 
- COPELLO, Laurenzo Patricia. *El aborto no punible*. España. 1990. Páginas 94 a 116.
- 
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. Editorial Jurídica. 2010. Páginas 156 a 188.

- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III*. Editorial Jurídica. Santiago. 1999.
- FABRE, Francesc y otros. 2009. “Consideraciones sobre el embrión humano”, *Revista Electrónica Bioética & debat*. Disponible en [www.iborjabioetica.url.edu](http://www.iborjabioetica.url.edu) España, P.3.
- GONZÁLEZ, Rus. *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial II*. España. 1997.
- HORVITZ, L. María Inés, SOTO, P. Miguel. *Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el Anteproyecto de nuevo Código Penal elaborado por el foro del Ministerio de Justicia*. *Revista de Estudios de la Justicia*. 2007.
- MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; RAMIREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; RAMIREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- NOVOA, ALDUNATE Eduardo. *El comienzo de la existencia humana y su protección jurídica*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1993.
- OSSANDON Window, María Magdalena. *Comisión de Anteproyecto de Código Penal 2013. Propuesta de Regulación Delitos contra la vida y la salud*. 2013.  
<http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Ossand%C3%B3n->

[Widow-Mar%C3%ADa-Magdalena-Propuesta-delitos-contr-la-vida-y-la-salud.pdf](#). [en línea]

- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal del desarrollo*. Revista de derecho penal y criminología. 2º Época, nº 11. 2003. Páginas 165 a 247.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Fases en el desarrollo de la vida y grados de su protección. A propósito del tratamiento jurídico- penal del diagnóstico preimplantatorio*”, en Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005.
- POLITOFF, Sergio y otros. “*Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*”. Tomo I, Tercera Edición. Thomson Reuters. 2014. P. 114.
- PRECHT PIZARRO, Jorge. Consideraciones Ético-Jurídicas sobre el Aborto Terapéutico. Revista Chilena de Derecho, 19 (3): 1992. Páginas 509 a 525. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649706>
- RAMÓN RIBAS, Eduardo. *El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*. Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. Editorial Comares. Granada 2002.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*.
- SILVA SANCHEZ, Jesús. *La dimensión temporal del delito y los Cambios de “Status” jurídico-penal del objeto de la acción*. El nuevo Derecho Penal Español: Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. México DF, 2001. Páginas 759 a 770.

## **LEYES E INSTRUMENTOS NACIONALES E INTERNACIONALES**

- Código Penal de Chile
- Código Sanitario
- Código Civil
- Constitución Política de la República de Chile
- Código de Ética del Colegio Médico de Chile (A.G)
- Ley 18.826. Chile. Sustituye el artículo 119 Código Sanitario
- Boletín N° 9.274-07
- Código Penal Español
- Código Penal Alemán
- Constitución de España
- Ley 35/1988 de 22 de noviembre de 1988. España. Sobre Técnicas de reproducción asistida.
- Ley 10/1995. España. Sobre Técnicas de reproducción asistida
- Ley 45/2003. España. Sobre Técnicas de reproducción asistida
- Anteproyecto Código Penal del año 2013
- Anteproyecto Código Penal del año 2015
- Anteproyecto Código Penal del año 2018
- Anteproyecto Código Penal 6 de enero del año 2022

## **TESIS**

- BOLD SILVA, J., & CONTESSE SINGH, J. (2009). *La punibilidad de las acciones prenatales con resultados lesivos: Un análisis desde la teoría de las normas* (Memoria de licenciatura). Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

- CURIA CASTRO, Eva Carolina. *El Estatuto Jurídico del embrión humano* (Memoria de licenciatura). Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

### **FUENTES INFORMATICAS**

- [www.who.int](http://www.who.int)
- [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)
- [www.rae.es](http://www.rae.es)
- <http://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/22182-profesora-maria-magdalena-ossandon-las-sorpresas-en-el-anteproyecto-de-codigo-penal-segun-las-facultades-de-derecho>.
- <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15116/15532>
- <https://analesdepediatria.org/es-talidomida-una-historia-inacabada-articulo-S1695403312005383>