

DOCTRINA

LOS MEDIOS EN EL DELITO DE LESIONES GRAVES (ART. 397 del C.P.) *

JORGE MERA FIGUEROA
Profesor de Derecho Penal

I. EL PROBLEMA

1. El Art. 397 del C.P., que tipifica la *hipótesis general* de las lesiones graves (el Art. 398 se refiere a *casos especiales* de lesiones graves), describe la acción, en los siguientes términos: "El que *hiriere, golpear, o maltratare de obra a otro...*". Los verbos rectores que señalan las acciones referidas son, pues, tres: herir, golpear y maltratar (de obra).

La opinión unánime de la doctrina nacional, lo mismo que la de la española, es que el Art. 397 citado ha restringido, con el empleo de esos verbos rectores, la conducta prohibida, al empleo de medios de índole material o física. A diferencia de lo que ocurre en el tipo legal del homicidio, en que la acción, matar a otro, no ha sido limitada en modo alguno, quedando comprendidos, por ende, toda clase de medios, el tipo de las lesiones graves del Art. 397 estaría exigiendo que la acción de lesionar se realice de una manera específica y determinada y no de cualquier forma: a saber, mediante el empleo de medios materiales. No toda causación de un daño para la integridad corporal o la salud de otro, que produzca alguno de los resultados lesivos previstos en los dos números del Art. 397 del C.P., estaría captada por esta disposición, sino que sólo ciertas formas de provocar dichos efectos nocivos.

Expresamente, la doctrina citada excluye de ese tipo legal, a los medios morales, los que tendrían únicamente la limitada cabida prevista en la segunda

* El presente trabajo no es, ni pretende serlo, una exposición sistemática de los medios de comisión en esta figura delictiva. Constituye exclusivamente un artículo de tesis que discute y contradice las afirmaciones corrientes de la doctrina, en el sentido de que el Art. 397 del C.P. limita los medios a los materiales, abogando por la amplitud de las formas comisivas, incluidas las morales y la omisión impropia.

parte del Art. 398, siempre que haya de parte del agente abuso de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima. Se agrega, además, que debido a los términos empleados por la ley para describir la acción, debe concluirse que este tipo del Art. 397 no consiente o tolera la omisión impropia, pues aquéllos tendrían una connotación manifiestamente activa, que excluiría toda posibilidad de considerar los comportamientos puramente pasivos¹.

2. Es preciso desde el principio despejar un equívoco que está siempre presente en el examen de este tema y que contribuye, en no escasa medida, a oscurecer el debate y, quizá, a llegar a conclusiones equivocadas.

La cuestión planteada es la de si el tipo legal exige alguna clase determinada de *medios comisivos*, con exclusión de los demás, y si la naturaleza de tales medios es o no compatible con la omisión impropia.

Queriendo referirse justamente a este problema, algunos autores preguntan acerca de si la acción debe ser de alguna índole en este tipo; es decir, identifican los medios comisivos con la acción; identificación a todas luces impropia, sobre todo dentro de una posición finalista, y aun puramente causalista, porque el resultado forma también parte de la acción, ontológicamente².

Así, mientras tiene sentido investigar la naturaleza de los medios de comisión en el tipo legal del Art. 397 del C.P., no lo tiene, en cambio, preguntar si la acción en el mismo es o no material, porque basta reparar en que esta figura exige un resultado de esta índole, para concluir que la acción, que lo abarca, debe, por ende, en este sentido, calificarse también de material, a pesar de que el medio empleado pueda carecer de dicha materialidad.

Los ingredientes subjetivos hacen aún más peligrosa dicha identificación: la finalidad forma parte de la acción. Tratándose de lesiones, la finalidad será siempre lesionar, esto es, causar un resultado material, el cual, en términos amplios, puede calificarse de violento. Pero el agente puede valerse para provocar la lesión de un medio moral. ¿Autoriza eso a decir que la acción no es material? Desde luego que no, porque lo es al menos en dos sentidos: a) en

¹ En esta oportunidad nos limitaremos a tratar el problema de la amplitud de los medios comisivos en esta figura delictiva, dejando para otra ocasión el tema de la omisión impropia. Digamos solamente que si se demuestra que la fórmula legal de "herir, golpear o maltratar de obra", no contiene la restricción de los medios a los materiales, desaparece el obstáculo que la doctrina ve actualmente para admitir la procedencia de la comisión por omisión en el tipo legal aludido.

² Aun sin entrar a la polémica de si el efecto forma o no parte de la actuación, es manifiesto que, en lo que concierne a las lesiones, el resultado integra la acción de lesionar. En efecto, sólo en presencia de un daño concreto a la integridad corporal o salud de una persona puede afirmarse que la acción de lesionar ha sido ejecutada.

el de la finalidad, que era lesionar, b) en el del resultado, que es material. Es decir, el resultado es determinante de dos formas en la calificación de la acción: siendo él material, la acción, que lo comprende, también lo será; y debiendo estar cubierto por la finalidad, la cual integra la acción, esta última también es material, desde este punto de vista. Pero la cuestión planteada no tiene nada que ver con la acción, como complejo total objetivo y subjetivo, sino con un componente suyo, como lo es el medio empleado. El debate apunta, por así decirlo, a una parte del aspecto objetivo de la actividad del hecho (excluido el resultado).

3. Veamos a continuación las razones que da la doctrina para sostener que en el delito de lesiones graves del Art. 397 del C.P. se han restringido los medios a los materiales, excluyéndose, además, a la comisión por omisión³.

CUELLO CALÓN⁴, refiriéndose a los medios psíquicos en las lesiones, dice: "... esta cuestión carece de interés desde el punto de vista de nuestro derecho, que sólo prevé las lesiones de origen material (heridas, golpes o malos tratos de obra)". Insistiendo en el mismo punto, agrega que "el daño ha de provenir de heridas, golpes o malos tratos..."⁵.

Como se aprecia, el autor citado parte de la base de que los medios de comisión deben ser materiales, sin ofrecer otra razón que la simple remisión al texto de la ley: heridas, golpes o malos tratos de obra. Tal afirmación, más que un argumento jurídico, es una profesión de fe.

Es efectivo, como lo anota CUELLO CALÓN, que el daño ha de provenir de heridas, golpes o malos tratos; pero esta constatación, irrefutable frente al tenor literal de la disposición "... si de *resultas* de las lesiones..." (Nº 1º del Art. 397) "... si las lesiones *produjeran*..." (Nº 2º del Art. 397), de ningún modo resuelve el problema de la admisibilidad de los medios morales, sino que apenas lo deja planteado, pues de inmediato surge la pregunta: ¿y las heridas, golpes o malos tratos de obra, de dónde han de provenir? La insuficiencia de este tipo de razonamientos radica en que no responden a esta interrogante. En efecto, no se ofrece ninguna demostración de que las heridas, por ejemplo, hayan de ser causadas sólo por medios materiales para poder ser incluidas en la previsión

³ Se citan, por todos, sólo algunos autores, pues los argumentos de toda la doctrina son los mismos, los que incluso se repiten en similares términos.

⁴ Cuello Calón, *Derecho Penal*, t. II, vol I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1936, p. 460, nota 10.

⁵ Cuello Calón, ob. cit., p. 460.

del Art. 397, excluyéndose las heridas ocasionadas por medios morales o producidas debido a una omisión⁶.

QUINTANO RIPOLLÉS señala, por su parte⁷, que el "texto legal básico del Art. 420 (similar a nuestro Art. 397) hace concreta referencia a los verbos de herir, golpear o maltratar, que difícilmente se compaginan con lo omisivo. Otro tanto cabe decir respecto a las formas inmateriales no agresivas...". Más adelante agrega⁸: "...el encabezamiento del Art. 420 emplea las formas verbales de el que hiere, golpear o maltratar de obra, significando bien a las claras comisiones de estricta materialidad".

Tampoco se contienen en las aseveraciones precedentes verdaderos argumentos jurídicos, sino que más bien suposiciones desprovistas de todo poder persuasivo: no nos parece que los verbos rectores referidos denoten bien a las claras comisiones de estricta materialidad, ni que los mismos no puedan compaginarse con la omisión o con los medios morales. No vemos por qué una herida, por ejemplo, no vaya a poder producirse mediante estas formas que se pretende excluir. Y si tal fuera el caso concreto, existiría una acción de herir carente de materialidad, en el sentido en que se usa esta expresión en el presente debate.

DEL ROSAL, COBO y MORULLO⁹, resumen la posición de la doctrina española sobre el tema, en los siguientes términos: "La simple lectura de los artículos 420 y 421, que regulan las lesiones graves, es más que suficiente para observar que el legislador ha llevado a cabo una enunciación, en forma de *numerus clausus*, de los medios con que pudieran verificarse las lesiones". Se agrega por estos autores¹⁰, que "se llega, pues, en el Art. 420, a una *materialización* de los medios de comisión que limita, por consecuencia, las formas ejecutivas a todas luces criticable", para concluir¹¹ que, "en las lesiones graves, por tanto, podemos clasificar los medios, con RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, diciendo: 1º Medios materiales: externos (herir, golpear y maltratar); internos (administrando sustancias o bebidas nocivas). 2º Medios morales (abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu)".

⁶ Ontológicamente, no puede ponerse en duda la posibilidad de heridas, y lo mismo cabe decir de los golpes y de los malos tratos, ocasionadas por los medios morales o por omisión. La doctrina lo admite. El Art. 398 expresamente contempla algunas formas de medios morales.

⁷ Quintano Ripollés, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, t. I, p. 636.

⁸ Quintano, ob. cit., p. 640.

⁹ Del Rosal, Cobo y Morullo, Derecho Penal Español, Parte Especial, Delitos contra las personas, 1ª edición, Madrid, 1962, Imprenta Silverio Aguirre Torre, p. 422.

¹⁰ Idem.

¹¹ Del Rosal, Cobo y Morullo, ob. cit., p. 422 y 423.

La consecuencia, agregan los autores citados, es por demás evidente: "las lesiones producidas mediante formas comisivas atípicas serán forzosamente impunes, sin que sea necesario enumerar la serie de casos que pudieran darse y que la doctrina, incluida la jurisprudencial, se ha planteado en los llamados "medios morales" y singularmente en el "delito de contagio venéreo y nutricional"¹².

Pero esta conclusión no satisface a los autores citados, quienes expresan¹³: "No cabe la menor duda, y no hay una opinión en contra que sea digna de ser oída, que la impunidad sería por demás injusta, en atención a que repugna al más elemental sentido de justicia. El problema sería el puramente técnico de inscribir tales conductas en una u otra figura delictiva de las descritas por la ley". Más adelante, como se verá, se manifiestan partidarios de incluir los medios morales y la forma omisiva en las lesiones graves, en la figura del Art. 422 (equivalente a nuestro artículo 399).

Sobre el sentido mismo de los vocablos herir, golpear y maltratar de obra, sólo señalan dichos autores¹⁴: "...la verdad es que no encierra la menor complejidad la significación semántica de dichos verbos", remitiéndose en seguida a lo anteriormente expresado acerca de la limitación de los medios en este tipo legal.

Como se aprecia, tampoco estos autores dan argumento alguno para sostener la opinión expuesta. En efecto, las aseveraciones de que "la simple lectura de los Arts. 420 y 421, que regulan las lesiones graves, es más que suficiente para observar que el legislador ha llevado a cabo una enunciación, en forma de *numerus clausus*, de los medios con que pudieran verificarse las lesiones"; que "se llega, pues, en el Art. 420 a una *materialización* de los medios de comisión que limita, por consecuencia, las formas ejecutivas"; y que "la verdad es que no encierra la menor complejidad la significación semántica de dichos verbos", más que demostraciones de lo que se afirma, constituyen sólo postulados de los que se parte en forma apriorística sin detenerse a examinar primero su veracidad y racionalidad dentro del sistema.

Como se verá, la lectura de los Arts. 420 y 421 (similares a nuestros Arts. 397 y 398), lejos de ser más que suficiente para resolver el problema de la amplitud de los medios en estos tipos legales, sólo lo propone: ¿puede causarse una herida, por ejemplo, a una persona (o sea, hierirla), mediante medios mo-

¹² Del Rosal, Cobo y Morullo, ob. cit. p. 423.

¹³ Idem.

¹⁴ Del Rosal, Cobo y Morullo, ob. cit., p. 477.

rales, distinto de los mencionados en el Art. 398, y quedar incluida esta conducta en el tipo del Art. 397?

Al parecer, la cita que se hace de los Arts. 420 y 421, pretende que puesto que esta última disposición se refiere expresamente a ciertos medios materiales internos (administrando sustancias o bebidas nocivas) y a ciertos medios morales (abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu), la primera de estas disposiciones sólo contemplaría a los llamados medios materiales externos.

Este argumento, en lo que dice relación con los medios morales, es una falacia. Porque, o el Art. 421 (398) describe toda clase de medios morales, y entonces no existiría problema alguno respecto de las lesiones graves cometidas en esta forma, o, como lo ha entendido la doctrina unánimemente, se refiere sólo a ciertos medios morales y no a todos, y en tal caso, no se divisa cómo podría esgrimirse tal circunstancia para concluir que el resto de los medios morales no están incluidos en nuestro Art. 397. En efecto, del hecho de que el Art. 398 tipifique determinados medios morales no puede lógicamente extraerse la consecuencia de que los medios morales no comprendidos en esa descripción no estén contemplados en otro precepto. Dicho argumento, si bien se observa, se vuelve en contra de sus sostenedores, dentro de una interpretación sistemática: ¿por qué habrían de sancionarse sólo algunos medios morales en las lesiones graves y no todos?¹⁵

¹⁵ El Art. 398 del C.P., como lo ha destacado en forma unánime la doctrina, no sanciona toda clase de medios morales, sino sólo los que sean manifestación de un abuso de la relación de dependencia o subordinación psíquica de la víctima respecto del sujeto activo. Se ha dicho que esta disposición "constituye una única fórmula abierta (en que sólo se posibilidades de comisión" (Grisolia, Bustos, Politoff, ob. cit., pp. 310 y 311). Es notorio, por ejemplo, que una fuerte impresión o susto (del que se sigan lesiones graves) puede experimentar una persona normal psíquicamente sin que obligadamente debe ser calificada de crédula, por no haber existido de su parte, debido a lo imprevisto del acontecimiento, ninguna operación intelectual que permita suponer que sufrió una equivocada representación de la realidad (esto es, un error), por lo que no puede decirse de él que *creyó* aquello que le produjo el susto o impresión. Se puede asustar a otro directamente, o bien valiéndose de un engaño, como ocurre en el conocido ejemplo de la carta que se envía a una madre anunciándole falsamente la muerte de su hijo, y contando con que su impresionabilidad y débil corazón pueden producirle la muerte o una grave lesión.

Pareciera ser que el sentido de la segunda parte del Art. 398 (causar a otro alguna lesión grave... "abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu") fuera prestar protección, en forma expresa, a un sujeto pasivo de condiciones especiales: la persona pueril, ingenua, ignorante o excesivamente crédula o confiada. El ya clásico comentario de Pacheco a esta parte de la disposición corrobora esta impresión: "Este hecho, como se ve, no es otro que el de supercherías, filtros y brujerías de todo género, ejecutadas por cualquier interés, y por una persona que abusa de la inferioridad de otra" (ob. cit., t. III, pp. 57 y 58). Es claro que en la modalidad del abuso de la flaqueza de espíritu, el ofendido es una persona de cortos alcances o muy ignorante. La duda podría plantearse respecto del

Los autores chilenos que han abordado el problema de los medios morales y de la omisión impropia en el delito de lesiones graves, reproducen la opinión de la doctrina española, llegando a la misma conclusión de que el Art. 397 hace una enumeración cerrada de los medios de comisión y que la única cabida de los medios morales está en el tipo del Art. 398¹⁶.

En suma, la totalidad de la doctrina incurre en el mismo defecto central: dar por supuesto que los verbos herir, golpear y maltratar de obra, exigen del empleo de medios materiales, sin hacer la respectiva demostración, la que es sistemáticamente eludida.

abuso de la credulidad, pretendiéndose que hasta el engaño al que se presta crédito, pudiendo ser la víctima una persona normal desde el punto de vista psíquico. A nuestro juicio, también esta segunda alternativa, lo mismo que la anterior, reclama un sujeto pasivo especial. Así lo da a entender, en primer lugar, el hecho de que la ley parangona ambas situaciones, englobándolas en una misma fórmula en lo que lo fundamental es el *abuso* de que el sujeto activo hace víctima al pasivo. Además, el término "credulidad" es usado en otra ocasión por el C.P. (Art. 490, N° 32), en este mismo sentido que se postula, para aludir a una persona ingenua e ignorante, esto es, *crédula*: "El que con objeto de lucro interprete sueños, hiciere pronósticos o adivinaciones, o abusare de la credulidad de otra manera semejante". La similitud de las expresiones, "abusare de la credulidad", autoriza, dentro de una interpretación contextual, a concluir que ellas han sido utilizadas en un mismo sentido en ambas disposiciones.

La verdadera razón de esta segunda parte del Art. 398 parece ser llamar la atención, innecesariamente es cierto (lo que no debo extrañar, pues son muchas las ocasiones en que el C.P. incurre en el mismo vicio), hacia la circunstancia de que también estas hipótesis deben castigarse, aunque los efectos nocivos de que trata se produzcan, más que a una cualidad intrínseca de los medios empleados, a particularidades de la víctima, que son las que en definitiva hacen posible las lesiones. La única deducción posible que puede extraerse de esta extraña tipificación, dentro de una interpretación teleológica y sistemática, es la de que si se sancionan las lesiones graves causadas mediante el empleo de medios morales a personas de insuficiente capacidad psíquica, debe ocurrir lo mismo cuando la víctima es una persona normal. En efecto, en ninguna parte la ley manifiesta el criterio de atender, para conceder su protección, a las condiciones mentales o psicológicas del ofendido. En todo caso, refiriéndose el Art. 398 a una categoría especial de víctimas, esta disposición no puede imponer ninguna conclusión tratándose de casos en que el sujeto pasivo es una persona normal.

En el caso que se estimara que la fórmula "abusando de su credulidad" es amplia y no requiere un sujeto pasivo especial, la contradicción, desde el punto de vista sistemático y teleológico sería mayor aún, de no aceptarse que los demás medios morales no captados por el Art. 398 están incluidos en el Art. 397. En efecto, el Art. 398 cubriría un gran porcentaje de casos de medios morales en que el sujeto pasivo es una persona especial y otro porcentaje, menor, en que la víctima es un ser normal. Sólo se trataría de excluir, entonces, a un sector reducido de medios morales, sin que hubiera para ello ninguna razón. No podemos pensar que esa haya sido la voluntad de la ley. La interpretación amplia que se postula del Art. 397, obvia estos inconvenientes, y proporciona una explicación plausible de la inclusión de ciertos medios morales en el Art. 398 del C.P.

¹⁶ Labatut, Derecho Penal, Parte Especial, 4ª edición, Editorial Jurídica, p. 285; Etcheberry, Derecho Penal, t. III, Gibbs, p. 111; Grisolia, Bustos, Politoff, Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, Ediciones Encina Ltda., 1971, pp. 228 y 289.

Llama la atención que, admitiendo la doctrina, como no puede ser menos, la posibilidad ontológica de las lesiones graves mediante medios morales (innegable frente al Art. 398) y a través de formas omisivas, y estimando desde antiguo censurable la defectuosa técnica adoptada por el C.P. español, que supuestamente restringe los medios, en el tipo legal del Art. 420, sólo a los materiales, no haya intentado siquiera realizar un esfuerzo interpretativo para desentrañar el verdadero sentido de los términos herir, golpear y maltratar de obra, y se haya contentado en cambio con repetir simplemente que el claro sentido de esas palabras excluye toda consideración de otros medios.

No es que aconsejemos una interpretación forzada o extensiva que violente la letra de la ley, lo que, sin embargo, hace parte de la doctrina hispana, según propia confesión, para incluir al contagio venéreo y nutricio en el Art. 421 (398) ¹⁷.

Ello no es necesario. Basta, para concluir por la amplitud de los medios en el tipo del Art. 397, una atenta consideración de dicho tenor literal (que designa, como se demostrará más adelante ¹⁸, resultados (heridas, golpes o malos tratos) a los que se puede llegar en cualquier forma, y no modalidades específicas de acción, como se pretende, lo cual, en verdad, no tendría sentido alguno), el cual, correctamente entendido, guarda armonía y no oposición, con el sistema de nuestra ley penal en materia de protección de los valores físicos de la persona ¹⁹. La interpretación restrictiva de la doctrina conduce a dejar a este tipo legal en una incomprensible situación de aislamiento dentro del sistema del Código, lo que de por sí es suficiente para realizar el esfuerzo de interpretación cuya ausencia denunciábamos.

4. La doctrina, si bien uniforme, como se ha visto, para interpretar restrictivamente la figura del Art. 397, limitando la conducta típica a las formas activas materiales, discrepa en cuanto al tratamiento jurídico penal que debe darse a los medios morales (a los no incluidos en la previsión del Art. 398, se

¹⁷ Del Rosal, Cobo y Morullo, ob. cit., p. 428. Justificando este punto de vista, expresan: "... estimamos preferible una interpretación forzada (Rodríguez Muñoz-Jaso Roldán) o incluso extensiva (Ferrer Sama) a dejar impunes conductas justamente dignas de castigo ... con lo que una vez más, los postulados de justicia se imponen al rigor de la construcción técnica, ya que en definitiva, y como se ha dicho en otra ocasión, ésta no tiene sentido ni finalidad si no se pone al servicio de este supremo valor". Después de estas consideraciones resulta más extraño aún que los mismos postulados de justicia no inquieten a los autores citados cuando se trata de los medios morales y la omisión impropia en el delito de lesiones graves.

¹⁸ Ver N.os 9 y siguientes.

¹⁹ Ver N.º 5.

entiende) y a las formas omisivas que produzcan alguno de los efectos lesivos señalados en dicha disposición.

La mayoría de los autores, explícita o implícitamente (al no abordar el punto), piensa que siendo dichas formas ejecutivas atípicas, restan impunes, por no estar comprendidas en los verbos rectores de herir, golpear o maltratar de obra, que designan la acción prohibida en este tipo legal, no siendo posible tampoco encuadrarlas en otros tipos.

La otra opinión, francamente minoritaria, sostiene que las lesiones graves causadas por medios morales, lo mismo que la omisión impropia en este delito, deben ser encuadradas en el tipo de las lesiones menos graves del Art. 399, el que no contiene limitación alguna respecto de los medios comisivos.

Es lo que opinan DEL ROSAL, COBO, MORULLO ²⁰: "Hemos de señalar, por lo que atañe al Art. 422 (similar a nuestro Art. 399), que el problema es inexistente, ya que no se hace una descripción cerrada de los medios comisivos, y así solamente se dice "las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes que produzcan...", añadiendo que "en el mismo sentido se manifestó FERRER SAMA cuando afirmaba: "Es el hecho de que en el Art. 422 la conducta no se limita a los casos de heridas, golpes o malos tratos, sino que tan sólo se establecen los resultados de la agresión, cualquiera que hayan sido los medios o modos de ejecutarla, con lo cual no se incide aquí en el defecto que hemos venido destacando con reiteración".

En Chile, GUISOLÍA, BUSTOS, POLTROFF se pliegan a esta opinión minoritaria: "... en la línea de alguna doctrina española moderna, nos parece que el Art. 399, relativo a las lesiones menos graves, puede comprender, sin forzar su texto, toda causación de lesiones, sea por acción, sea por omisión, no comprendida en alguna de las hipótesis de lesiones graves. No estar comprendidas en las lesiones graves, quiere decir tanto la hipótesis de que el resultado sea de menos entidad que lo señalado en el Art. 397 cuanto la de que, cualquiera sea el resultado, los medios sean diversos a los previstos en los Arts. 397 y 398. Como observan DEL ROSAL, COBO Y MORULLO, no hay fundamento para extender por analogía la restricción de los medios, propia de las lesiones graves, también a las lesiones menos graves" ²¹.

Son explicables estos ingeniosos esfuerzos de interpretación para no dejar en la impunidad ciertas lesiones graves, producidas, se dice, en forma diversa a las contempladas en el Art. 397 y que no admiten tampoco ser in-

²⁰ Ob. cit. p. 427.

²¹ Ob. cit., p. 380.

cluidas en el Art. 398. Pero creemos que con menos esfuerzo y con mayor apego al tenor literal de la ley, las formas comisivas inmatrimales distintas de las referidas en el Art. 398, lo mismo que la omisión impropia, deben ser incluidas derechamente en el tipo del Art. 397.

En todo caso, resulta interesante observar que, habiéndose interpretado restrictivamente el Art. 397, invocando exclusivamente el tenor literal de la ley, este último no sea cabalmente respetado cuando se trata de incluir, de manera algo artificiosa, en el tipo del Art. 399, que se refiere a las lesiones *menos graves*, a las lesiones *graves* producidas por medios morales diversos de los señalados por el Art. 398, y a la omisión impropia. En suma, se propicia la inclusión de algunas hipótesis de lesiones graves en el tipo de las lesiones menos graves y todo ello por la negativa a entender incorporadas aquellas hipótesis precisamente en el tipo de las lesiones graves.

5. Pero, por encima de estas objeciones lingüísticas, no desdeñables, toda vez que la opinión unánime de la doctrina recurre sólo a este tipo de consideraciones, debe observarse una consecuencia inadmisibile, desde el punto de vista del sistema del Código Penal en materia de delitos contra los valores físicos de las personas, que se extrae de la tesis minoritaria que comentamos: la ley, tratándose de los graves resultados lesivos a que se refieren los números 1º y 2º del Art. 397, habría establecido una valoración diferente según la índole de los medios empleados para producirlos. A los medios materiales los habría declarado más reprobables que a los inmatrimales (salvo los casos del Art. 398) y que a la omisión impropia. Una valoración semejante es, por cierto, posible, teóricamente, que la haga un determinado legislador (acertadamente o no, que esa es otra cuestión), pero parece poco probable que el nuestro la haya efectuado.

En efecto, en el tipo del homicidio, queda incluida por igual, con la misma sanción, la muerte mediante medios materiales o inmatrimales, así como el homicidio por omisión impropia. En los tipos de las lesiones menos graves y leves, estos mismos autores de la tesis minoritaria criticada, piensan que se incluyen por igual medios materiales y morales y aceptan también en esos casos la comisión por omisión. En cambio, sólo respecto de las lesiones graves el legislador se habría apartado de este sistema, distinguiendo, con importantes consecuencias sobre la penalidad, la clase de los medios empleados. No nos parece que pueda sostenerse que sea esa la voluntad de la ley. ¿Por qué habría de apartarse, justamente tratándose de las lesiones graves, del sistema general

seguido en la protección de los valores físicos de la persona, que es, como se ha visto, el de la indeterminación de los medios?

En materia de infracciones corporales (al menos las de daño), y ello es particularmente notorio en las lesiones, la ley atiende, fundamentalmente, para distinguir unos tipos de otros (nos referimos a los tipos fundamentales), al resultado producido, el que debe estar cubierto, obvio es decirlo, por el dolo respectivo, desentendiéndose por entero de la forma de la acción; en contraste evidente con lo que ocurre en materia de atentados patrimoniales, donde las diversas formas de la acción son, precisamente, las que le dan su fisonomía propia a cada uno de los distintos tipos legales. En el caso específico de las lesiones, sólo para distinguir entre las menos graves y las leves, la ley toma en cuenta factores distintos del resultado, pero aun en este caso, dichos factores no se refieren a la modalidad de la acción.

En suma, pensamos que, para concluir que el citado criterio sistemático de la equiparación de los medios de comisión en materia de delitos de daño contra los valores físicos de la persona, se ha abandonado por el legislador al tipificar las lesiones graves, deben proporcionarse argumentos irrefutables. Son los que echamos de menos en las reflexiones de los distintos autores, los cuales, apresuradamente, a nuestro juicio, sólo repiten afirmaciones formuladas desde antiguo que se aceptan sin ningún examen crítico, y que en definitiva se reducen a una sola afirmación, cuyas consecuencias no se dejan de lamentar: los verbos herir, golpear y maltratar (de obra) implican el uso de medios materiales. Mas nadie ofrece la fundamentación correspondiente, por entender, debido a la tenaz y uniforme repetición, que ello es evidente.

En este trabajo se intenta una refutación de esas opiniones y, además, una explicación diversa de la tradicional, que aboga por la amplitud de los medios comisivos en el tipo de las lesiones graves del Art. 397 y por la admisión de la omisión impropia. Creemos así cumplir con el deber de proponer una solución que, respetando el sistema del C.P. chileno en esta clase de infracciones, no violente el sentido ni la letra de la ley.

II. ESTRUCTURA DEL TIPO DE LESIONES GRAVES DEL ART. 397 DEL C.P.

6. El Art. 397, después de expresar que el que "hirió, golpeare o maltratare de obra a otro", será castigado como reo de lesiones graves, agrega que la pena aplicable será la de presidio mayor en su grado mínimo, "si de resultados de

las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme; y la de presidio menor en su grado mínimo, "si las lesiones produjeren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días".

Como se aprecia, ambos números del Art. 397 aluden inequívocamente, con el empleo de las expresiones: "si de resultas de las lesiones" y "si las lesiones produjeren", a la relación causal que debe existir entre "las lesiones" y los distintos efectos que determinan la penalidad en cada caso.

De esto se ha deducido que la expresión "lesiones", utilizada por los dos números del Art. 397, significa aquí "acción de lesionar" y no "resultado de lesiones"²². Como a su vez la palabra lesiones está referida, en el sentido de la disposición, al que hiere, golpear o maltratar de obra a otro (casas son "las lesiones" de las que resultan los efectos indicados por el N° 1 o las que producen las consecuencias expresadas en el N° 2), la conclusión que se extrae es obvia: herir, golpear y maltratar de obra (o sea, "las lesiones") son verbos que describen sólo acciones y no resultados; estos últimos están señalados en los dos números del Art. 397, pero no en su inciso 1°, el que describe sólo la conducta. Esta tajante separación que se establece entre la acción y el resultado del tipo legal ha conducido, en definitiva, no muy lógicamente, a que se piense que los verbos que describen la acción, se refieren a modalidades específicas de comisión, perfectamente determinables: a saber, los medios materiales.

Esta errónea interpretación de la estructura del tipo del Art. 397 es, a nuestro juicio, una de las razones que ha conducido a la doctrina a limitar los medios de comisión a los materiales, pues, como veremos, una vez que se revela la verdadera estructura del tipo referido, ya no tiene sentido insistir en una restricción de los medios ajena por entero al sentido de la ley.

El error de la opinión comentada radica en no advertir que el inciso 1° del Art. 397 describe no sólo la acción (herir, golpear o maltratar de obra), sino que también, y ante todo, el resultado: una herida, un golpe o un maltrato de obra. Más aún, si bien se observa, sólo ante un resultado de "herida", por ejemplo, podemos afirmar que estamos en presencia de la acción de herir. La forma verbal "hirió a otro" significa "causar una herida a otro", lo mismo que matar es causar la muerte. Ambas estructuras lingüísticas son por entero semejantes. Por lo tanto, aluden por igual a la acción y al resultado, pero sólo con precisión, en el sentido de una descripción cerrada, a este último, ya que

²² Cfr. Echeberry, ob. y l. citados, pp 107 y 108.

no se puede, a priori, señalar las formas de herir a otro como tampoco se pueden designar las de matar; la acción, por ende, queda abierta. No hay maneras específicas de herir a otro, que excluyan otras posibilidades. Toda acción que conduzca casualmente a un resultado de herida constituye la acción de herir (en sentido objetivo, esto es, su lado externo).

Lo mismo cabe decir de los verbos golpear y maltratar de obra. También ellos se refieren ante todo a un resultado, al que se puede llegar por cualquier medio y no sólo por algunos determinados (ver N°s. 16 y ss).

En consecuencia, el inc. 1° del Art. 397 contiene, por así decirlo, la estructura fundamental del tipo de las lesiones, por cuanto alude, en los términos más generales posibles, a un daño a la salud ocasionado por cualquier medio. Se trata, evidentemente, de un tipo material o de resultado, estando constituido este último por un daño efectivo para la salud o la integridad corporal.

De lo expuesto se colige que el resultado básico, en el sentido de un delito material y de daño, está expresado en el inciso 1° del Art. 397, y no en sus dos N.ºs y que dicho resultado puede ser una herida, un golpe o cualquier maltrato de obra.

De no admitirse que el resultado básico del tipo legal está indicado en el inc. 1° del Art. 397, querría decir que, en algunos casos, el delito de lesiones graves no tendría un resultado lesivo específico. Tomemos, por ejemplo, el caso de la notable deformidad o de la inutilidad para el trabajo. Estos efectos, que convierten a las lesiones en graves, no son por sí mismos, en el sentido de un tipo legal de lesiones, el resultado, sino que más bien los efectos de otro resultado: una herida, un golpe o un maltrato de obra. Igual cosa puede decirse de la enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días. Entre la actividad del agente y estos últimos efectos, y en general, todos los efectos designados por el Art. 397 en sus N.ºs 1 y 2, debe existir siempre un resultado lesivo para la salud, del cual derivan, justamente, dichos efectos. A ese resultado lesivo para la salud, alude claramente el inc. 1° del Art. 397.

De esta manera, cuando el N° 1 del Art. 397 dice que si de resultas de las lesiones queda el ofendido en la forma ahí expresada, y cuando el N° 2 señala que si las lesiones produjeren al ofendido los efectos que indica, se aplicará la pena que para cada situación se señala, la palabra lesiones significa no la acción de lesionar solamente, sino que sobre todo un resultado: una herida, un golpe o un maltrato de obra. En consecuencia, lo que se ha expresado es: si de resultas de una herida, de un golpe o de un maltrato de obra, queda el ofendido de tal forma, o si la herida, el golpe o el maltrato de obra produjeren al ofendido tal cosa... El antecedente necesario de todos los efectos

designados en ese precepto, es, como él mismo lo dice, una lesión, o sea, un resultado lesivo para la salud, que puede consistir en una herida, en un golpe o en cualquier maltrato físico (en el sentido de resultado dañoso para el cuerpo) ²³.

7. Aclarado que el correcto sentido del inc. 1º del Art. 397 es describir en términos amplios, el tipo fundamental de las "lesiones corporales", aludiendo específicamente al resultado (daño a la salud), con las expresiones herir (causar herida), golpear (causar un golpe) y maltratar de obra (causar un maltrato efectivo), no se divisa la razón para seguir sosteniendo que esas voces sólo describen la acción, y lo que es más sorprendente todavía, que estarían exigiendo una modalidad específica de comisión. ¿Cómo puede deducirse de la palabra herir, que manifiestamente alude a un resultado, como es una herida, al que se puede llegar por cualquier medio, que dicha palabra en verdad alude a la exigencia de que se obre materialmente? Idéntico argumento se puede dar para el caso del golpe.

Aparentemente, el "maltrato de obra" plantea dudas, por el calificativo que se ha puesto al maltrato; no uno cualquiera, sino que debe ser "de obra", y estas expresiones se han empleado en ocasiones por el legislador como opuestas a la palabra (que es un medio intelectual y no material), queriendo significar un comportamiento corporal, si bien debe reconocerse que otras veces se han usado en un sentido diverso (poner por obra, o sea, realizar).

En primer lugar hay que observar el absurdo que se produciría al aceptarse, como no puede ser menos, que una herida o un golpe, pueden producirse por cualquier medio, pero no, en cambio, otros daños a la salud que no fueran una herida sino que otro maltrato corporal. ¿Por qué la indeterminación de los medios existiría sólo en el caso de un resultado de herida o golpe, y no en el caso de otros diversos daños para la salud?

En verdad, no es extraño que si se piensa que el inciso 1º del Art. 397 describe la acción (entendida como la actuación del agente separada del efecto que produce) con el empleo de los verbos rectores ahí utilizados, y que si una de las fórmulas empleadas es, justamente, "maltratar de obra", se concluya que estas últimas expresiones se refieren a una modalidad específica de actuación, atribuyéndose a las palabras "de obra" el sentido de calificar dicha actuación y, concretamente, la exigencia de medios materiales.

²³ Así lo decía expresamente el Art. 643 del C.P. español de 1822: "Si fuere temporal, y pasare de 30 días la enfermedad o incapacidad de trabajar como antes, que resultaren de la herida, golpe o mal tratamiento de obra cometido voluntariamente... sufrirá el reo...".

Pero una vez que se advierte que tales términos (maltratar de obra) se refieren a la causación de un resultado de daño corporal, al cual, dentro del contexto y la perspectiva de la disposición, se puede llegar mediante el empleo de cualquier medio, las palabras "de obra" cobran un significado diverso: calificar el resultado y no la acción. En este sentido, la expresión "de obra" no significa otra cosa que "de hecho", efectivamente; esto es, que exista realmente un maltrato para la integridad corporal o salud de la víctima, en oposición a un maltrato puramente verbal o de palabra. Se exige un maltrato corporal, un resultado de daño para la salud (física o psíquica), pero sin que se requiera el empleo de medios materiales, como se verá al ocuparnos más detenidamente del significado de estas expresiones ²⁴.

III. SIGNIFICADO DE LAS EXPRESIONES "HIRIERE, GOLPEAR O MALTRATARE DE OBRA"

A) La opinión de la doctrina

8. Ya se vio que la doctrina se limita a dar por supuesto que los verbos rectores empleados para describir la acción en el tipo de las lesiones graves del Art. 397, implican la materialidad de los medios, no siendo posible, según esta posición, incluir en el tipo referido a los medios morales. De otra parte, este tipo tampoco consentiría la omisión impropia.

Aparte de la anterior afirmación, no es mucho lo que se dice acerca del contenido y consistencia misma de los medios exigidos. En otros términos, no se explica con claridad lo que debe entenderse por acciones materiales en este tipo legal.

Sin embargo, puede afirmarse, considerando la generalidad de las opiniones, que la expresión *medios materiales* se usa en un sentido bastante amplio, y vago también, que comprende cualquier medio comisivo que no sea moral. Es decir, su contenido hay que extraerlo negativamente, no siendo posible determinar su especificidad.

Con todo, hay autores que procuran, de una u otra manera, caracterizar los referidos medios materiales, de suerte de no incluirlos a todos en la previsión legal. Es así como algunos exigen que sean violentos, directos, agresivos, externos, etc., aunque no siempre está claro el sentido de la restricción que se

²⁴ Ver Nº 19.

propone y muchas veces esta última, más que una afirmación expresa, es una deducción que se extrae de las palabras que se emplean por los diversos comentaristas.

Así, por ejemplo, del tratamiento que da ETCHEBERRY a este tema parecería deducirse que son necesarios medios no sólo materiales sino que, además, violentos e incluso directos. Dice este autor, refiriéndose a los verbos herir, golpear y maltratar (de obra): "Las hipótesis del texto legal son equivalentes entre sí; sólo matices de una misma idea de violencia o fuerza física aplicada sobre la persona de otro...". En especial, al explicar lo que entiende por herir, queda corroborada esta posición restrictiva: "Herir significa romper la carne o los huesos con un instrumento cortante, punzante o contundente (que incluso pueden ser las uñas o los dientes)"²⁵.

Nos parece que esta posición es excesiva. De ser ella correcta quedarían fuera de la previsión legal numerosas lesiones graves realizadas materialmente, pero sin que exista acometimiento violento y directo sobre la persona de la víctima. En el caso de las heridas, por ejemplo, ellas bien pueden resultar de medios materiales diversos del uso de instrumentos cortantes, punzantes o contundentes. Este requisito de la violencia directa del medio empleado no puede decirse que lo exija la ley. El hecho de retirar la silla en que una persona va a sentarse, si se produce una herida de la que resulta, por ejemplo, incapacidad para el trabajo por más de treinta días, no quedaría comprendida en el tipo del Art. 397, puesto que falta ahí la "violencia o fuerza física aplicada sobre la persona de otro" y no se ha utilizado ningún instrumento cortante, punzante o contundente. Pensamos que no existe razón alguna para excluir hipótesis como la señalada.

La jurisprudencia española, pronunciándose sobre problemas de nexo causal, ha sostenido, reiteradamente, la admisión de los medios indirectos e incluso la autoría mediata, en las lesiones graves. CUELLO CALÓN²⁶ se refiere a este aspecto en los siguientes términos: "la jurisprudencia se ha inspirado en este punto en el mismo criterio que inspira su doctrina respecto del homicidio, en el principio: 'el que es causa de la causa es causa de lo causado', conforme al cual, el que ejecuta un hecho delictuoso responde de todas las consecuencias que de éste provengan, con excepción de las extrañas a su acción". Así se ha declarado culpable de lesiones al que, acometiendo a otro, al retroceder éste ante su actitud agresiva, cae desde una altura lesionándose, 15 abril 1905; al

²⁵ Ob. y t. citados, p. 111.

²⁶ Derecho Penal, t. II, vol. I, p. 480, nota 10.

marido cuya mujer, huyendo de sus golpes, se arrojó del balcón causándose lesiones, 25 abril 1905; al que acomete a otro con una navaja, cuando el acometido se causa lesiones al arrebatar el arma de manos del agresor, 29 marzo 1887; es imputable al culpable la enfermedad sufrida por la lesionada a causa del susto sufrido en la riña y por encontrarse en el período menstrual, 24 marzo 1905.

QUINTANO²⁷, refiriéndose a éstos y otros casos similares, dice: "Ya se ha visto bajo el epígrafe anterior con cuanta laxitud ha interpretado la jurisprudencia el alcance de la acción y la causalidad, hasta comprender conductas realizadas por el propio sujeto pasivo, impelido a ello por terror o malos tratos, con lo que el causante material de las lesiones pasa a ser un mero instrumento del causante jurídico, en una perspectiva afín a la autoría mediata. En las sentencias acotadas... tratábase siempre de acciones inicialmente agresivas que desencadenaron el proceso causal, susceptibles, pues, de encuadrarse en el maltrato de obra, lo que no puede hacerse en supuestos alejados de toda idea de violencia, como son los de suministro de sustancias tóxicas o perjudiciales o los contagios de enfermedad. A salvar esta laguna, completando la tipología ordinaria de lesiones violentas, provee el Art. 421, que extiende el campo de acción del 420 a medios comisivos de otra naturaleza".

Como puede apreciarse, la jurisprudencia española no exige (y la doctrina que la reproduce parece aprobarla, al citarla sin criticarla) una relación directa entre el actor y la víctima. No es preciso, en consecuencia, según esta opinión, que la energía física se aplique directamente sobre la persona del ofendido. Bastaría un comportamiento inicial "agresivo o violento" que condujera causalmente al resultado lesivo, aunque el causante material de las lesiones fuera el propio ofendido.

Y llegamos así a la consistencia misma o contenido de la materialidad de los medios.

Sobre este punto existe en la doctrina una abismante vaguedad, lo que obliga a "interpretar" las opiniones de los distintos autores. Como se expresó antes, la mayoría de los comentaristas nada dicen en absoluto, limitándose tan sólo a hacer la exigencia de los medios materiales, excluyendo a los morales, de lo que hemos deducido que la expresión medios materiales debe entenderse en un sentido amplio opuesto a medios morales. No tendría dicha expresión, por consiguiente, un contenido específico, perfectamente discernible, que per-

²⁷ Quintano, ob. cit., t. I, p. 640.

mitiera afirmar la exigencia de medios de comisión precisos y determinados. Su contenido sería puramente negativo: todo lo que no es medio moral.

Entre esta posición vaga y negativa y su extremo opuesto, ya examinado, que exige medios directos y violentos, existen autores como QUINTANO que, ya vimos, hablan de *acciones agresivas y lesiones violentas*, pero en un sentido más restringido de medios materiales, puesto que expresamente excluye algunos de esa índole: suministro de sustancias tóxicas o perjudiciales o los contagios de enfermedades.

Pero la posición de QUINTANO no es lo suficientemente precisa, puesto que no explica lo que entiende por acción agresiva ni por lesión violenta. En algunos de los ejemplos de la jurisprudencia española²⁸ la violencia no consiste tanto en la acción (por ej., tocamientos deshonestos) cuanto en el resultado a que condujo la actividad del agente. La propiedad de llamar a los tocamientos, por ej., acciones agresivas, para caracterizar esta misma idea de violencia, nos parece más que discutible: hay, es cierto, una agresión, específicamente, al pudor, pero no existe una agresión en el sentido de las "lesiones corporales". No estamos en presencia de un acometimiento físico violento. Luego, puede faltar, en la acción, toda idea de violencia o agresión física, como ocurre también en el caso de una silla que se retira o de una trampa que se prepara. De esto se desprende que ni siquiera es necesario que exista una acción "inicialmente" agresiva o violenta, en el sentido de un primer contacto entre agente y víctima que implique aplicación de fuerza física sobre esta última. La idea de la violencia está más bien referida al resultado y en tal sentido el uso de esta expresión es equívoco, toda vez que no significaría otra cosa que daño en la integridad corporal o salud.

De lo expuesto anteriormente se deduce que la agresividad y violencia exigidas por la opinión criticada no sirven para caracterizar los medios de comisión, de manera que el contenido mismo de su "materialidad" quede siempre inexpressado.

Tampoco DEL ROSAL, COBO Y MORULLO²⁹, que siguen en esta parte a RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, son claros para expresar el contenido preciso de los medios de comisión designados en la figura del Art. 397 de nuestro Código Penal. En efecto, la declaración de que se trata aquí de medios materiales

²⁸ Quintano (ob. y t. citados, p. 724) cita una sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4-VII-1958, que dio por concurrente la relación causal, en el caso de una "pasajera de un automóvil que, al ser objeto de tocamientos deshonestos por el conductor, se tira en marcha y sufre lesiones".

²⁹ Ob. cit. pp. 422 y 423.

exteriores, en tanto que en el Art. 398, primera parte, se describen medios materiales internos y en la segunda medios morales, no explica mucho, aparte de que no es totalmente exacta y carece, en todo caso, dicha distinción, a lo menos en lo que se refiere a los medios materiales, de consecuencias significativas.

Desde el punto de vista de los medios de comisión, pareciera que siempre éstos deben ser exteriores, por ser, precisamente, la exterioridad una característica de la acción. De modo que no está en absoluto claro lo que se quiere significar con esa distinción entre diversos medios materiales. Más bien pareciera tratarse de una diferencia respecto del resultado y, concretamente, si dicho resultado se produce en el cuerpo exterior de la víctima o en su interior. Pudiera ser también que la distinción apuntara a la manera cómo opera el medio, externa o internamente, pero no a su naturaleza misma, que es lo que importa en esta discusión.

Pero la distinción ni siquiera es exacta respecto del resultado: también en el Art. 397 puede tratarse de lesiones internas (por ej., una herida interna). Es decir, en el sentido de estos autores, *también* los medios del Art. 397 pueden ser internos, con lo que desaparece todo el significado de la división propuesta.

Como puede advertirse del examen de todos los intentos que hace la doctrina para explicar la consistencia de la materialidad de los medios que exigiría el tipo de las lesiones graves del Art. 397, nada se dice, con precisión y convincentemente, del contenido de dichos medios, quedando en pie sólo la afirmación de aquella exigencia, que no logra plasmarse en ninguna realidad inteligible. A lo que más se llega al lugar común de que es material lo que no es moral.

La conclusión que extraemos de lo anterior es que la absoluta indeterminación de los (supuestos) medios materiales exigidos conspira contra la limitación típica que se propone (exclusión de los medios morales). En efecto, podría teóricamente ocurrir que la ley limitara, con el empleo de términos de sentido inequívoco, los medios, en las lesiones graves; pero en tal caso, las palabras usadas por la ley debieran referirse a medios únicos, precisos, perfectamente reconocibles. No parece que pueda sostenerse la existencia de una tal limitación típica en un caso, como el que nos ocupa, en que las expresiones usadas carecen de esa precisión y aluden, indeterminadamente, según opina la mayoría, a cualquier medio que no sea moral. En consecuencia, no puede decirse que la ley exija medios realmente específicos, sino más bien, según esta posición, cierta clase general de medios. Y ahí radica, precisamente, la debilidad de esta tesis: no puede probar por qué los verbos usados exigen medios

materiales. Ya vimos el fracaso de los intentos de darle a dichos verbos un contenido específico y concreto.

B) Nuestra opinión

9. La tesis que se postula en este trabajo es la de que los verbos rectores usados por el Art. 397 del C.P. no contienen la exigencia de medios materiales sino que se refieren antes que nada a resultados de daño a la salud o integridad física³⁰. Como todo verbo, designan una acción y un resultado³¹, pero los modos de producir este último no han sido limitados, quedando, por el contrario, lo mismo que en el homicidio, abiertos. Cualquier medio (excepto solamente los específicos indicados en el Art. 398 del C.P.) que conduzca al resultado que la ley quiere evitar se encuentra incluido en esta disposición. A continuación examinaremos por separado cada uno de estos verbos para procurar demostrar nuestras afirmaciones.

Herir

10. Tal vez haya sido la primera acepción que el Diccionario da del verbo herir ("romper o abrir las carnes del animal con un arma u otro instrumento") la razón por la cual se ha entendido que el empleo de esta expresión limita las formas posibles de causar una herida a las físicas o materiales. Pero como se verá más adelante, del examen de las otras oportunidades en que nuestra ley ha usado este mismo verbo y sus variadas formas verbales se desprende que este significado que ofrece el léxico no resulta satisfactorio para interpretar el tipo legal que nos ocupa y no puede, por ende, esgrimirse sin más, y como razón definitiva, para zanjar el debate³².

De más utilidad, para la determinación del significado jurídico del término,

³⁰ Ver N° 6.

³¹ Ver N° 2.

³² Si algún valor ha de asignarse al Diccionario en este punto, nos parece que la 8ª acepción, figurada, que se contempla de "herir" está más en consonancia con el significado jurídico que debe dársele como verbo rector del tipo de las lesiones graves previsto en el Art. 397 del C.P.: "Ofender, agravar". En efecto, bien puede sostenerse que el C.P. ha tomado la expresión "herir" queriendo significar una ofensa o agravio al cuerpo, toda vez que el epígrafe del párrafo en que se describe esta figura reza, precisamente, "Lesiones corporales". Este significado amplio, vulgar y no técnico, de herir, que se desprende de lo expuesto, está confirmado, como veremos en este mismo N° por las distintas disposiciones del C.P., leyes penales especiales y procesales penales (C.P.P.) que se valen del término "herir".

resulta la primera acepción de la voz "herida" que trae el Diccionario, la que contiene una importante diferencia con la ya transcrita de herir, y que demuestra, como tantas otras veces, el riesgo de atenerse exclusivamente a estos significados para interpretar las palabras de la ley.

Herida, dice, es la "rotura hecha en las carnes con un instrumento, o por efecto de un choque con un cuerpo duro". Pues bien, esta acepción, en su segunda alternativa (rotura hecha en las carnes... por efecto de un fuerte choque con un cuerpo duro) tolera medios no materiales, como por ejemplo, la palabra³³. En efecto, el fuerte choque con un cuerpo duro, que causa la rotura de las carnes puede haber sido ocasionado por una indicación verbal o hasta un gesto del agente, y no mediante un comportamiento físico sobre el cuerpo de la víctima, como ocurre cuando, en la otra alternativa del Diccionario, se rompe o abre las carnes del ofendido con un instrumento.

Lo que debe destacarse es que en esta segunda alternativa examinada de "herida", a diferencia de la primera, no se contiene mención alguna de los medios que deben emplearse por el agente para producir la herida, sino que hay tan sólo referencia a los efectos (rotura hecha en las carnes) y a la causa genérica de estas últimas, es decir, un fuerte choque con un cuerpo duro, pero sin que se limite la forma de provocar dicho choque, por lo cual el resultado no dejará de ser una herida si él es producido por una actividad del hechor que no puede ser tenida por un medio material. Y la acción, en este último caso, será, precisamente, la de herir, pese a la ausencia de un medio material.

11. Si bien se observa, el término herir no puede sino denotar la producción del resultado herida, y no, además, como se pretende, el medio que la provoca, por cuanto dicha voz no es lo suficientemente específica e inequívoca como para aludir, con absoluta precisión, a una determinada forma de conducta perfectamente diferenciable de otras posibles (que quedarían excluidas), también idóneas para causar el resultado herida. No hay medios de obrar que en sí mismos puedan ser calificados como el acto de herir. Sólo en presencia de un resultado que constituya una herida se puede decir que se ha realizado la acción de herir, con absoluta prescindencia de la naturaleza de los medios utilizados para causarla. Cualquier actividad del hechor que cause una herida constituirá, en este sentido (lado externo de la acción), la acción de herir. Tanta es la indeterminación de los medios en esta primera hipótesis del Art. 397 (he-

³³ Al tratar de los medios morales en el homicidio, la doctrina incluye a la palabra, medio intelectual, entre los medios morales o inmatrimales, por oposición a los medios materiales.

rir), que las otras dos alternativas que coloca esta disposición (golpes y malos tratos de obra) también pueden conducir al mismo resultado de herida y constituir, por eso, la acción de herir.

El verbo herir tiene la misma estructura que matar. Ambas acciones no están definidas por la ley, sino que limitadas únicamente por el resultado, de suerte que herir no es otra cosa que causar una herida, así como matar es causar la muerte, siendo en ambos casos absolutamente indiferentes los medios para provocar dichos resultados, medios que quedan abiertos, por la propia fuerza de las cosas³⁴. Todos los ejemplos de medios morales que coloca la doctrina al tratar del homicidio, son también ejemplos de lesiones mediante esta clase de medios, si en lugar de acaecer la muerte de la víctima, ésta resulta sólo herida, puesto que en tal caso se habría realizado la acción de herir, la cual, como se ha visto, no requiere de medios determinados.

Por lo dicho, la definición que de herir propone ETCHEDERRY³⁵ ("herir significa romper la carne o los huesos con un instrumento cortante, punzante o contundente, que incluso puede ser las uñas o los dientes") nos parece muy restringida, por cuanto conduce a que una herida ocasionada de otra forma (incluso material, puesto que la fórmula citada no abarca toda clase de medios materiales) no pueda ser tenida por el resultado de la acción de herir. Además, dicha definición expresa sólo uno de los dos sentidos que la palabra herida tiene en el léxico; en el otro, como se vio, no se exige el empleo de instrumento alguno, pudiendo ser la herida el efecto de un choque con un cuerpo duro causado por cualquier medio.

La definición del autor citado, que recuerda la definición de arma que se contiene en el Art. 132 del C.P. ("cuando en las sublevaciones de que trata este título se supone uso de armas, se comprenderá bajo esta palabra toda máquina, instrumento, utensilio u objeto cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear, aun cuando no se haya hecho uso de él"), invierte la relación que en esta disposición se establece entre el instrumento empleado y el fin perseguido (matar, herir o golpear), al suponer que no se puede herir sino mediante el empleo de esos instrumentos u objetos.

³⁴ Etchederry, ob. y t. citados, p. 109, reconoce que la locución "causar herida" no significa otra cosa que "herir", así como "matar" es "causar la muerte", y que, por lo que hace a la palabra "matar", ésta no exige ni un medio ni una forma específica de acción (p. 26). Y ello, agregamos nosotros, precisamente porque "matar" no es otra cosa que "causar la muerte". Sin embargo, el autor citado piensa que los medios deben ser materiales en el delito del Art. 397 del C.P., que justamente se vale del término "herir" para describir la acción típica.

³⁵ Ob. y t. citados, p. 111.

12. Las Actas de la Comisión Redactora de nuestro Código Penal no contienen ninguna referencia u observación que induzca a pensar que los comisionados tuvieron el propósito de limitar los medios a los materiales en el delito que describe el Art. 397 del C.P. Por el contrario, parece desprenderse de sus muy pocas observaciones sobre el punto, que más bien estuvieron por la indiferenciación de los medios de comisión.

Se lee en dichas Actas³⁶, que se recomendó emplear el término *lesión*, que usa el Código Penal español, "por convenir perfectamente a las heridas, contusiones u otros daños causados en las personas; i tomar en cuenta para aplicar distinta pena la importancia de los miembros que reciban la lesión".

Como se advierte, el término "lesión" es utilizado en el sentido de heridas, contusiones u otros daños causados a las personas, esto es, dicha palabra es entendida como resultado lesivo (cualquier daño a la salud), y no como alguna modalidad específica de acción, o sea, medios determinados.

En seguida, debe observarse que no se hace referencia alguna a medios de obrar de determinada índole; por el contrario, se emplea justamente en este punto el término más amplio que existe para abarcar toda clase de medios: "causar" (las Actas dicen, como se vio, "... u otros daños causados en las personas..."). En efecto, se afirma que el término *lesión* es el más apropiado por cuanto es que el mejor conviene para designar la esencia de estas infracciones, que no es otra que "los daños causados en las personas" (en su integridad corporal o salud). Cualquier daño corporal causado por otro constituye, pues, una lesión, sin importar el medio utilizado para provocarla.

Finalmente, la cita comentada se refiere al criterio que ha de seguirse para la gradación de la penalidad: "la importancia de los miembros que reciban la lesión"; es decir, nuevamente los medios son ignorados, no ya para decidir la existencia del delito, sino también para determinar la cantidad del castigo³⁷. También en esta materia se aprecia el criterio de la ley, que no es otro que el de atender al resultado lesivo que se quiere evitar, con prescindencia de los medios, en la misma perspectiva con que se enfrenta el homicidio.

³⁶ "Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno", Imprenta de la República, Santiago, 1873, p. 155.

³⁷ Recuérdese que una de las variantes de la doctrina conduce a sancionar las lesiones graves previstas en el Art. 397 del C.P. causadas por medios morales diversos de los contemplados en el Art. 398 del mismo Código, con las penas de las lesiones menos graves, lo que implica graduar la sanción atendiendo al medio empleado, criterio totalmente ajeno al sistema del Código en esta clase de infracciones corporales y a la historia del establecimiento fidedigno de la ley.

La otra referencia que en las Actas³⁸ se hace sobre los medios evidenciados igualmente, bien entendida, este mismo criterio amplio. El señor FAURES pregunta si convendría distinguir la clase de armas con que la lesión se infiere, recordando que las leyes vigentes a la época toman especialmente en consideración las heridas hechas con cuchillo, por el uso frecuente que de él se hace en nuestro medio y la facilidad que un arma de esta especie ofrece al criminal. La Comisión estimó, sin embargo, "que no debía mantenerse esta diferencia, porque no se apoya en ninguna base sólida, y tan fácil y grave puede ser la lesión que se hace con cuchillo como la que procede de piedra, palo u otro objeto cualquiera".

Si bien se habla de *objetos* con los que las lesiones se infieren, ello se debe a que se estaba discutiendo precisamente la conveniencia de otorgar trato especial a las heridas hechas con cuchillo; pero no se podría extraer la consecuencia de que en opinión de la Comisión la única forma de causar la lesión sea mediante el empleo de esos objetos materiales. Lo que interesa destacar es el principio que informa la negativa de la Comisión a la sugerencia del señor FAURES: la diferencia no se apoya en ninguna base sólida, como tampoco, con igual lógica, la que se establece en la doctrina entre medios materiales y morales, puesto que en ambos casos la lesión puede ser igualmente grave y fácil de cometerse. A nuestro juicio, el criterio manifestado por la Comisión Redactora expresa un afán de racionalidad respecto de los medios, absolutamente incompatibles con una artificial y forzada restricción de los mismos.

13. PACHECO³⁹ señala entre las concordancias de las disposiciones que describen las lesiones graves en el Código Penal español de 1850, diversas disposiciones de otros textos legales en los cuales tampoco es dable encontrar la limitación de los medios en estas infracciones.

Así, el Art. 309 del Código francés sanciona a "todo el que causare heridas o diere golpes, de cuyos actos de violencia resultare una enfermedad o incapacidad para trabajar por más de veinte días".

Aquí se aprecia claramente el equívoco del término "violencia" cuando se lo usa para referirse a las lesiones⁴⁰. En efecto, el precepto citado no contiene exigencia alguna que limite los medios comisivos, los que, por el contrario, quedan abiertos (causar heridas, dar golpes) y no circunscritos a los materiales

³⁸ "Actas...", p. 156.

³⁹ "El Código Penal concordado y comentado", 5ª edición, t. III, Madrid, Imprenta y Fundición de Manuel Tello, 1881, p. 48.

⁴⁰ Ver Nº 2.

y menos todavía a los violentos pese a lo cual, y refiriéndose justamente a dichas heridas y golpes, la disposición citada agrega: "...de cuyos actos de violencia resultare una enfermedad o incapacidad para trabajar por más de veinte días". Sin embargo, no hay contradicción, puesto que el acto de violencia del que resulta la enfermedad o incapacidad para trabajar es una herida o un golpe, es decir, un resultado material, al que se califica de violento. Esta calificación se refiere, por consiguiente, al resultado y no al medio de obrar, el que permanece indiferenciado (todo el que causare heridas, y no, por ende, sólo algunos que las causaren, a saber, mediante el empleo de medios materiales). Tampoco es una impropiedad usar las expresiones actos de violencia, en circunstancias que se incluyen también medios no violentos y ni siquiera materiales, pues tal calificación cubre el resultado, el que forma parte de la acción, y en un sentido amplio corresponde a la idea de violencia y al sentido natural y obvio del término.

El Código Penal napol., citado por PACHECO, se refiere a las "heridas o lesiones", esto a, a resultados, sin limitar las formas posibles de producirlos. El empleo de determinados medios materiales, como las armas de fuego "o de cualquiera otra adecuada al fin propuesto", sólo tiene en dicho Código la virtud de agravar el título de la incriminación (Art. 257), pero no es determinante para la existencia del delito.

14. Resulta de interés examinar el verbo herir en la legislación penal (común y especial) y en la procesal penal.

El Art. 494, Nº 14 del C.P. (omisión de socorro) emplea la palabra "herida" para significar un daño a la salud de la persona, pero sin exigir la concurrencia de medios determinados. Lo determinante para saber si una persona se encuentra herida es que exista un resultado nocivo para el cuerpo que pueda calificarse de tal, independientemente de la forma cómo se ha llegado a él.

En el Art. 132 del C.P., al definirse el arma (para los limitados fines que allí se consignan), si bien se alude a instrumentos materiales, lo que es explicable en el contexto de la disposición, encuadrado en un marco de violencia física, lo cierto es que el verbo herir es empleado en el sentido de causar un determinado resultado, a saber, una herida. Obviamente, una herida puede provocarse también por otros medios distintos del empleo de los instrumentos u objetos señalados por la disposición citada. Esta última caracteriza resultados, una herida, un golpe, una muerte, y en este sentido guarda concordancia con el significado de la voz herir que se postula en este trabajo.

La Ley General de Ferrocarriles, cuyo texto definitivo fue fijado por De-

creto N° 1.157 de 13 de julio de 1931, describe dos figuras delictivas que contemplan, en su amplitud, medios que no pueden calificarse de materiales, y a través de los cuales se causa una herida a una persona.

En efecto, dispone el Art. 112 que "el que por ignorancia, imprudencia, descuido e inobservancia de los reglamentos del ferrocarril causare involuntariamente accidentes que hubieren herido o dañado a alguna persona, sufrirá la pena de...". Como puede observarse, la acción, como corresponde a una figura culposa, es abierta y susceptible de comprender toda clase de medios. Resulta evidente que no se está exigiendo por el tipo de ningún comportamiento de carácter material o físico que cause la herida. Esta puede derivar de cualquier descuido o imprudencia, aunque su consistencia no sea material, en el sentido de la oposición que se establece con los medios morales, y estar cumplido el tipo. Debe destacarse que el tipo legal no se refiere a la causación de una herida (ya se sabe que incluso el Diccionario da un concepto amplio de este término), sino que emplea la forma verbal "hubieren herido", equivalente a herir, que, como se sabe, es interpretada restrictivamente por suponerse que implica, de suyo, el empleo de medios materiales. He aquí un caso en que pese al uso de esa forma verbal se acepta cualquier medio.

Los artículos 114 y 115 de la ley citada pueden ser invocados en el mismo sentido. La primera disposición se refiere al "maquinista, conductor o guardafrenos que abandonare su puesto durante su servicio o lo atendiere en estado de ebriedad". Por su parte, el Art. 115 dispone que "Si a consecuencia del abandono del puesto o del estado de embriaguez, ocurrieren accidentes que hirieren o causaren la muerte a alguna persona, se aplicará la pena de...". El abandono del puesto no puede calificarse de medio material, en el sentido de la presente discusión y, sin embargo, sirve para herir. Lo mismo puede decirse de atender el puesto en estado de embriaguez.

El hecho de que tanto en el caso del Art. 112 como en el del Art. 115, sean los accidentes, cuya materialidad es evidente, los que hieren o causan la muerte de una persona, no puede esgrimirse en contra de nuestra tesis, puesto que lo que se discute es la calificación del acto realizado por el agente que desencadena el correspondiente proceso causal (en el cual están insertos en este caso los accidentes de trenes) que desemboca en el resultado lesivo. Siempre se interpondrá (aun en los más claros ejemplos de muertes o lesiones causadas por medios morales), entre el acto del agente y el resultado, una serie de factores causales de índole material, lo que no obsta para que aquél pueda ser calificado de inmaterial. Lo que se califica no es toda la acción (medios, factores causales y resultado), que ya sabemos es material en el delito de lesiones,

en el sentido de que el resultado y la finalidad lo son (ver N° 2), sino que una parte suya, a saber, la sola actividad externa del agente separada del resultado y de los factores causales desencadenados.

El empleo de formas verbales del verbo herir que se hace en las disposiciones citadas de la Ley General de Ferrocarriles resulta también de interés en otro sentido.

En efecto, dichas disposiciones no usan esas formas verbales en su acepción médica legal estricta, para caracterizar algún tipo bien definido de lesión corporal, sino que en otro amplísimo, comprensivo de cualquier daño a la salud o integridad corporal de las personas, que no sea la muerte. Así se desprende nítidamente del Art. 115 aludido, el cual, para referirse a los daños corporales, emplea sólo dos fórmulas, con el manifiesto propósito de cubrir todas las alternativas posibles en tal sentido: "... hirieren o causaren la muerte a alguna persona...". Cualquier daño a la salud o integridad corporal que no sea la muerte (por ej., fracturas, contusiones) queda incluido en la expresión "hirieren" y no sólo las "heridas" en el sentido médico legal. También los artículos 113, inciso 2, y 118, inciso 3, se sirven de las expresiones "herido" o "herida" alguna persona, en el mismo significado amplio de "lesionado" o "lesionada".

Aparentemente, el Art. 112 citado habría utilizado los términos "hubieren herido" a alguna persona en su sentido médico legal propio, puesto que las estaría oponiendo a las que a continuación agrega: "... hubieren herido o dañado a alguna persona", sin incluir la muerte, a la que se refiere el inciso primero del Art. 113 de la misma ley. Sin embargo, el inciso 2 del Art. 113, refiriéndose a las heridas o daños a las personas mencionadas en el Art. 112, y a la muerte aludida en el inciso 1° del mismo Art. 113, engloba todas estas alternativas atentatorias de la integridad corporal y de la vida sólo en las voces "muertos" y "heridos". ("En caso de no haber muertos ni heridos..."), con lo que vuelve a usar esta última palabra como sinónima de toda clase de lesión corporal⁴¹. Es decir, el Art. 112 al hablar de los accidentes que hubieren "herido o dañado a alguna persona" ha usado estas expresiones en un mismo sentido y no como acepciones diversas.

El Código de Procedimiento Penal, en el N° 2 ("Lesiones corporales") del párrafo 2 del título III del Libro II, artículos 138 a 145, abunda en el empleo del verbo herir y sus formas verbales para caracterizar las lesiones. "Herir" es "lesionar" y una "herida" es una "lesión" para tales disposiciones, que están

⁴¹ El Art. 166, inc. final, del D.F.L. 4, de 1959, sobre Servicios Eléctricos, también se sirve de la voz "herida" (resultar herida alguna persona por interrupción de un servicio de electricidad) en el amplio sentido de lesionada.

ubicadas bajo el epígrafe de "Lesiones corporales", cuya denominación es la misma que da el Código Penal a estos delitos. Es decir, el Código de Procedimiento Penal también usa el verbo herir en su sentido más amplio.

Expresamente, los artículos 139, 140, 141 y 145, emplean, cada uno de ellos, las voces heridas y lesiones en idéntico sentido, como sinónimas, queriendo significar cualquier daño a la integridad corporal o a la salud. El resto de los artículos citados (salvo el Art. 138, que habla sólo de lesiones) usan la expresión "herido" manifiestamente en el sentido de lesionado. De la sola lectura de estos preceptos se desprende que, precisamente, la voz escogida por el C.P.P. para referirse a las lesiones corporales, más que el propio verbo lesionar, ha sido el de herir⁴².

15. Hemos insistido en el examen del término herir, por cuanto, como se sabe, el argumento de la opinión restrictiva de la doctrina, que limita los medios a los materiales en el delito de lesiones graves, es sólo de índole literal. Ningún autor aplaude dicha limitación. Por el contrario, se la lamenta, pero se estima que el empleo de tales términos, para describir la acción, no deja otra salida.

El C.P. se sirve muy escasas veces del verbo herir (sólo en tres ocasiones: Arts. 132, 397 y 494, Nº 14), por lo cual es indiscutible la propiedad, dentro de una interpretación sistemática, de estudiar el sentido que le asigna la legislación penal especial y la procesal penal.

Pues bien, dicha legislación no tiene, como se ha visto, un concepto claro, propio, técnico, de lo que significa la acción y el efecto de herir, ni de lo que debe entenderse por una herida. En efecto, se vale de las expresiones herir y herida en el sentido amplio de lesionar y de lesión corporal. No designan, pues, aquellos términos ni siquiera un resultado específico de daño a la salud, dis-

⁴² Así, por ejemplo, el Art. 139 dispone: "Siempre que llegue al conocimiento del juez, sea por el medio indicado en el Art. anterior o por cualquiera otro, que una persona ha sido herida, se trasladará al lugar en que se encuentre el herido con el fin de tomarle declaración, y dispondrá que uno o más facultativos procedan al examen de las lesiones". Por su parte, el Art. 141 expresa: "Los facultativos describirán las lesiones, indicando el instrumento con que han sido causadas, su gravedad, los órganos afectados o mutilados, las consecuencias que ordinariamente tienen heridas de esta naturaleza y las que hayan acarreado en el caso actual, y expresarán además el tiempo que, según su parecer, el ofendido permanecerá enfermo o incapacitado para el trabajo a consecuencia de las lesiones". Finalmente, en esta rápida selección de artículos, puede mencionarse el 145, inc. 3, que, al igual que el anterior, también guarda concordancia con las disposiciones pertinentes del Código Penal: "Si el herido sana de las lesiones, los médicos, al dar cuenta del hecho, pondrán en conocimiento del juez el tiempo que ha durado la curación, o la circunstancia de haber quedado el ofendido temporal o absolutamente inútil para el trabajo, demente, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deformo".

tinto de otros posibles, como una fractura o una contusión. Mucho menos, entonces, aluden a medios específicos de obrar con exclusión de los demás. Por el contrario, algunas veces expresamente contemplan medios que no pueden, con algún sentido, ser calificados de materiales.

A nuestro juicio, esta constatación hace perder toda su fuerza al argumento literal, según el cual el término herir conlleva la exigencia de ciertos medios de obrar, a saber, los de índole material o física. Para llegar a conclusión tan categórica sería preciso que existiera en la ley un concepto preciso y uniforme de "herir", del que inequívocamente se desprendiera tan trascendental exigencia. Pero se ha visto cómo lejos de tener tal seguridad, la ley asigna a esta expresión un sentido amplio, vulgar y no técnico, que alude a un resultado genérico, sinónimo de lesión, sin que se contenga jamás la menor insinuación en orden a restringir los medios de comisión. En estas circunstancias, la suposición de que el verbo herir empleado por el Art. 397 del C.P., contiene incluso la limitación de los medios a una clase determinada de ellos, con exclusión de los morales y de la omisión impropia, no es más que eso... una suposición que no se apoya en ningún fundamento sólido, y que el propio tenor literal de la ley contradice una y otra vez, prácticamente en todas las ocasiones en que se sirve de esa expresión. Tampoco el léxico, la historia de la ley, el sistema general del Código en materia de protección de los valores físicos de la persona, y por último, el sentido común, corroboran la limitación de los medios en este delito; por el contrario, todos estos factores se oponen a esta artificial restricción que implica un forzamiento de la realidad.

Golpear

16. El Diccionario, en su primera acepción del término "golpear", lo define de la siguiente manera: "dar repetidos golpes". En consecuencia, no podría deducirse sólo del empleo de esta voz, limitación alguna de los medios empleados, ya que no se trata de una definición con contenido propio, sino que de una que remite a otra palabra (golpes), que es la que le da sentido al verbo golpear.

De las numerosas acepciones que el léxico da a la palabra "golpe" (17, además de otras figuradas), sólo nos detendremos en la primera y en la segunda, por no revestir las demás interés alguno para nuestro estudio. De acuerdo con la primera acepción, "golpe", es la "acción de golpear o tener un encuentro repentino y violento dos cuerpos".

La primera alternativa ("acción de golpear") no nos aclara el significado

preciso del término, puesto que se remite al verbo golpear, el cual, a su vez, alude a la palabra "golpes", según se vio anteriormente.

La segunda alternativa, en cambio, sí que alude a un contenido específico y tiene por lo tanto sentido: "tener un encuentro repentino y violento dos cuerpos". Como se aprecia, se describe sólo un resultado (el encuentro aludido) y no también a los medios específicos de producirlo. El encuentro repentino y violento de los dos cuerpos puede ser el resultado de cualquier causa. Siempre se tratará de un golpe, cualquiera que sea el medio empleado para provocarlo. En consecuencia, no es efectivo que el léxico contenga una limitación respecto de los medios al definir estas voces, y que de él se desprenda que los golpes sólo pueden ser causados mediante el uso de medios materiales. Que esto sea lo frecuente no significa, por cierto, que ello ocurrirá en todo caso.

Esta segunda alternativa guarda concordancia con una de las acepciones del término "herida", ya examinada ("rotura hecha en las carnes... por efecto de un fuerte choque con un cuerpo duro"), pues en ambos casos lo que define cada uno de estos vocablos es el resultado causado, al que se puede llegar en cualquier forma. En una hipótesis se alude a un encuentro repentino y violento entre dos cuerpos y en el otro a un choque con un cuerpo duro del que resulta una rotura en las carnes. La similitud de las estructuras de ambos conceptos es total: se trata en ambas situaciones de un choque (no otra cosa es un encuentro repentino y violento entre dos cuerpos) que puede causarse por cualquier medio. La diferencia está en que sólo en el caso de la herida se especifica el efecto de dicho choque (rotura hecha en las carnes), efecto que queda indeterminado tratándose de los golpes. Es decir, el golpe y la herida (en la acepción citada) están en relación de género a especie, lo que es lo mismo que decir que la herida producida en dicha forma es el efecto de un golpe.

La segunda acepción de "golpe" que ofrece el Diccionario ("Efecto del mismo encuentro") refuerza la conclusión en orden a la indeterminación de los medios y a que dicho vocablo se refiere con precisión sólo a un resultado; saber, el encuentro referido.

17. Hay, sí, otro matiz que diferencia al golpe de la herida, que resulta de interés anotar, porque puede explicar en parte la, a nuestro juicio, equivocada restricción de los medios propuesta por la doctrina, que es el siguiente: los verbos herir y golpear no se refieren a resultados análogos, equiparables a la misma categoría.

En efecto, mientras el verbo herir denota bien a las claras la causación un daño material perceptible y permanente para la integridad corporal o

la salud, no ocurre lo mismo con el verbo golpear, toda vez que un golpe no constituye, de por sí y necesariamente, un resultado con dichas características que tipifican el delito de lesiones⁴³, sino que constituye, de suyo, una simple vía de hecho que no implica menoscabo alguno visible para aquel bien jurídico, pero de la cual puede derivarse, obviamente, una auténtica lesión típica. Esto no significa que golpear, en sí mismo, no conlleve un resultado, sino tan sólo que dicho resultado, que existe (el encuentro repentino y violento entre dos cuerpos tantas veces citado), no ha sido considerado por el tipo como suficiente para dar lugar al delito de lesiones. Tal vez esta circunstancia, que frecuentemente se traduce en la práctica en que las verdaderas lesiones típicas, (en el sentido de daños perceptibles y permanentes para la salud) han sido causadas por golpes, ha llevado a pensar que el golpe constituye un medio material, en el sentido de exigir de parte del agente un comportamiento físico o corporal, olvidando que el golpe es un resultado al que puede llegarse por cualquier medio. Nuevamente se advierte aquí el equívoco que produce el calificativo "material", pues evidentemente un golpe constituye, en el sentido explicado al comienzo de este artículo⁴⁴, una acción material, lo que no significa necesariamente que la actuación del agente esté integrada por el empleo de medios materiales. Es más bien el resultado de dicha actuación y su finalidad, las que deben calificarse, con propiedad, de materiales.

18. El C.P. usa esta palabra en dos oportunidades, fuera del Art. 397, en un contexto de violencia física, por lo cual presenta un indudable interés para nuestro estudio, dentro de una interpretación sistemática.

El Art. 139, Nº 3 del C.P. sanciona a "los que con acciones, palabras o amenazas ultrajaren al ministro de un culto en el ejercicio de su ministerio". El inc. 1º del Art. 140 añade que cuando en este caso, "la injuria fuere de hecho, poniendo manos violentas sobre la persona del ministro", se aplicará la pena que dicha disposición indica. El inciso 2º de la misma dispone: "Si los golpes causaren al ofendido algunas de las lesiones a que se refiere el Art. 399, la pena será presidio menor en su grado medio; cuando las lesiones fueren de las comprendidas en el Nº 2 del Art. 397, se castigarán con presidio menor en su grado máximo; si fueren de las que relaciona el número 1º de

⁴³ Adherimos, en esta parte, a la opinión mayoritaria en la doctrina, que reclama la existencia de un daño perceptible y permanente para la salud para estimar configurado el delito de lesiones. Sobre la opinión discrepante, que considera incluidas a las llamadas vías de hecho en el tipo de las lesiones (menos graves o leves, según los casos), consultar la interesante interpretación de Etcheberry, (ob. cit., t. III, p. 107 y sigtes.).

⁴⁴ Ver Nº 2.

dicho artículo, con presidio mayor en su grado medio, y cuando de las lesiones resultare la muerte del paciente, se impondrá al ofensor la pena de presidio mayor en su grado máximo a perpetuo.

No cabe duda que la palabra "golpes" que emplea el inciso 2º del Art. 140 se refiere en este caso a un resultado que se causa no mediante cualquier medio, sino que por una forma específica de acción. La relación directa que se establece entre el hecho de poner manos violentas y los golpes, por ambos incisos del Art. 140, es lo suficientemente clara en este sentido.

Lo dicho, sin embargo, lejos de contradecir nuestra tesis, la favorece.

En efecto, en el presente caso, la ley ha limitado expresamente y de una manera inequívoca las formas de la acción a una clase determinada y bien específica de medios materiales violentos y directos. No se ha contentado con exigir acciones ultrajantes para el ministro de un culto que constituyan una injuria de hecho, sino que ha precisado nítidamente la consistencia de esta última: poner manos violentas sobre la persona del ministro. Y a continuación ha calificado el resultado causado por esa acción, de golpes. Y al hacerlo ha procedido correctamente, pues dicha acción causa un golpe. Pero de ello no puede deducirse que sólo el hecho de poner manos violentas sobre una persona constituya la acción de golpear, puesto que se puede golpear a alguien de muchos otros modos.

La situación del Art. 397 es muy distinta. Simplemente la ley ha dicho: "... el que golpear a otro", pero sin limitar las formas de realizar la acción de golpear, en contraste evidente con lo que ocurre en el citado Art. 140. De manera que para el Art. 397 golpear es cualquier acción que cause un golpe y no sólo el hecho de poner manos violentas sobre una persona. O sea, se alude con precisión sólo al resultado golpe, quedando abiertas las formas de producirlo.

Es perfectamente explicable que los Arts. 139, Nº 3 y 140 se pongan en el caso de "golpes" producidos por acciones materiales violentas, pues sólo esta clase de medios se compadece con las circunstancias y el sentido ofensivo del hecho: los medios morales y la omisión son por entero ajenos al contexto de esta disposición y a lo que se trata de proteger. En consecuencia, es la propia naturaleza de la situación la que impone una restricción de los medios permisivos.

En cambio, no tiene sentido excluir a estas últimas formas comisivas de la revisión del Art. 397, pues aquí el bien protegido reclama, por el contrario, únicamente y también conforme con el sistema de la ley penal chilena, una omisión de toda clase de medios idóneos para vulnerarlo.

Debe observarse, por último, que la estructura del tipo del Art. 397⁴⁵, se ve confirmada en el propio Art. 140. En efecto, entre la acción de poner manos violentas sobre la persona del ministro, a que se refiere el inciso 1º del precepto citado, y los efectos señalados por el inciso 2º del mismo, debe existir un resultado previo y directo de la acción, resultado que a su vez causa al ofendido los efectos aludidos precedentemente, conforme con los cuales se regula la cantidad del castigo. Dicho resultado directo de la acción y previo (y causante) de los efectos lesivos aludidos es, precisamente, un golpe (por lo menos un golpe; el golpe podría producir una herida y ser ésta propiamente la causa de las lesiones o la muerte indicadas en el inciso 2º del Art. 140).

La otra disposición del C.P. que emplea la palabra "golpear" es el Art. 132: "Cuando en las sublevaciones de que trata este título se supone uso de armas, se comprenderá bajo esta palabra toda máquina, instrumento, utensilio u objeto cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear, aun cuando no se haya hecho uso de él".

La preposición *para* que emplea este artículo alude a la finalidad con la que se toma el objeto e indica por ende, un resultado que se persigue: la muerte de una persona, una herida o un golpe. En consecuencia, la palabra golpear indica un resultado. Refuerza esta afirmación la circunstancia de que la ley equipara, para estos fines, la muerte y las heridas, que indiscutiblemente son resultados, con los golpes.

Maltratar de obra

19. El Diccionario define la palabra "maltratar" como "tratar mal a uno de palabra u obra". Por su parte, las expresiones "de obra" significan, según el mismo Diccionario, "adverbio que con algunos verbos significa que la acción de éstos se efectúa de manera corporal o corpórea, por oposición a la verbal o inmaterial. Maltratar de palabra y de obra".

Tal vez lo mejor para distinguir entre el maltrato de palabra y el de obra sea colocar un ejemplo en el que intervengan todos estos elementos y en el que exista una lesión corporal.

A, empleando la palabra como medio intelectual, causa una contusión a B. ¿De qué clase es el maltrato producido: de obra o de palabra? Pareciera que no puede haber duda que se trataría en tal caso de un maltrato de obra, pese a que el medio empleado para producirlo ha sido la palabra.

⁴⁵ Ver Nº 6.

Sólo en apariencia la definición del Diccionario de las expresiones "de obra" contradice nuestra tesis. En efecto, el fondo del problema está expresado en la siguiente frase "la acción de éstos (verbos) se efectúa de manera material o corpórea, por oposición a la verbal o inmaterial". Pues bien, ¿qué ha entendido el léxico por "acción" y que ésta se efectúe de manera material o corpórea? Desde luego, no puede exigirse una precisión técnico penal. Seguramente se pensó simplemente en que el maltrato, definido por el mismo Diccionario, como acción y efecto de maltratar, debía ser de obra y no de palabra. La dificultad está en que es imposible separar la acción del efecto, y en que éste último forma parte y caracteriza a la acción misma, de suerte que vienen a ser en definitiva lo mismo. Más aún, lo determinante, para que haya un maltrato de obra, es la existencia de un maltrato material o corpóreo, en el sentido de daño para la integridad corporal o la salud. Sin él, no puede hablarse de maltrato de obra. El medio empleado pasa a segundo término y no es lo que caracteriza al maltrato de obra, como queda demostrado en el ejemplo anterior; de donde se sigue que cuando el Diccionario se refiere a que la acción se efectúe de manera material o corpórea, está aludiendo al resultado, lo que no debe extrañar, puesto que el resultado forma parte de la acción y es, en este caso, como se dijo, el que viene a darle sentido y contenido específico. En el ejemplo citado existe, en el sentido indicado, una acción efectuada de manera corporal o material, toda vez que se ha causado un daño efectivo a la salud. En el maltrato de palabra, en cambio, la ofensa no es a la integridad corporal sino que a otros bienes, como por ejemplo, el honor.

El verdadero sentido de la oposición entre el maltrato de obra y de palabra no es, pues, la supuesta distinción entre los medios empleados, pues ya se ha visto cómo un maltrato de obra no deja de serlo por el hecho de que se haya empleado un medio inmaterial como la palabra. Evidentemente, en el maltrato de palabra, por definición, el medio empleado es intelectual. Pero lo opuesto al maltrato de palabra no es un maltrato de obra en el que, además, se emplee para producirlo un medio material, sino que simplemente un maltrato que constituya un daño a la salud de otro. En definitiva, el fondo de la distinción apunta a la diversa clase de bienes afectados por uno y otro maltrato.

En el caso concreto del Art. 397, aparece manifiesto que las expresiones "de obra", como calificativas del maltrato, aluden al resultado, pues se trata de una disposición que parangona dicho maltrato de obra con las heridas y los golpes que son, como se ha visto, resultados dañosos para la salud.

20. La historia del establecimiento de la ley apoya igualmente esta in-

terpretación. En efecto, el Art. 642 del C.P. español de 1822, citado por PACHICO entre las concordancias del Art. 343 del Código hispano de 1850 (equivalente al Art. 397 de nuestro Código Penal), describe la acción así: "El que voluntariamente hiera, de golpes, o de cualquier otro modo maltrate de obra a otra persona...". Este enunciado expresa con asombrosa claridad el exacto sentido del maltrato de obra, toda vez que de él fluye que el maltrato de obra es un resultado al que puede llegarse por cualquier medio. La expresión, "o de cualquier otro modo", evidentemente alude a la actividad del hechor en los términos más amplios posibles, sin limitar en forma alguna los medios de comisión y dándoles, por el contrario, la mayor extensión posible. Si los términos "maltrato de obra" implicaran, de suyo, una determinada forma de actuar, a saber, el empleo de medios materiales, la frase "o de cualquier otro modo" sería ininteligible, puesto que no cabría más medio que uno físico o material, que estaría presupuesto por el uso mismo de las palabras "maltratar de obra". Pero el claro sentido de la disposición citada es otro: limitar sólo el resultado a un maltrato de obra, esto es, corporal, material (como dice el Diccionario), en oposición a un maltrato verbal, pero dejando abiertos los medios de provocarlos.

21. Como ocurrió con los golpes, tampoco los malos tratos de obra suponen necesariamente la producción de un daño perceptible y permanente para la salud o la integridad corporal. En sí mismos constituyen las llamadas vía de hecho (la doctrina y algunos Códigos se valen, precisamente, de estas expresiones para distinguir las vías de hecho de las lesiones verdaderas), de las cuales pueden o no derivarse lesiones típicas. Lo dicho no significa que el maltrato de obra no produzca un resultado, sino solamente que él (dolor, sufrimiento, físicos) no ha sido considerado, conforme con la opinión dominante, para fundamentar el tipo de las lesiones.

Desde otro punto de vista, debe repararse en que el maltrato de obra es más amplio que golpear, puesto que este último verbo exige, como se vio, de un encuentro repentino y violento entre dos cuerpos; el encuentro, en cambio, en el maltrato de obra no tiene por qué reunir siempre tales características. Consideradas así las cosas, las expresiones "maltratar de obra" no resultan redundantes en relación con el término "golpear".

22. El examen de estos tres verbos demuestra claramente que en lo tocante al efecto de la actuación, sólo el primero de ellos, herir, se refiere al resultado típico exigido en las figuras de lesiones corporales, esto es, a un daño perceptible y permanente para la salud o la integridad corporal. Como

ya se vio, y se admite pacíficamente en la doctrina, los otros verbos, golpear y maltratar de obra, no contienen la exigencia de un daño de esta clase, el que, ordinariamente, empero, sobrevendrá a consecuencia de los golpes y malos tratamientos de obra; pero esta es ya otra cuestión.

Esta constatación, en lo que se refiere a la extensión que ha de darse al término "herir" en el Art. 397 del C.P., lleva a una de estas dos conclusiones:

1. El verbo herir ha sido empleado en un sentido amplio, que abarca todo daño corporal perceptible y permanente, y no sólo las "heridas", entendidas en sentido médico legal estricto, puesto que los términos "golpear" y "maltratar de obra" no se referirían a daños de esta clase, los únicos que han sido captados por estas figuras. En consecuencia, los daños corporales distintos de las "heridas" en sentido estricto, y que constituyeran una auténtica lesión típica, forzosamente deberían ser incluidos en el término herir.

Esta conclusión estaría corroborada por el sentido que en general le asigna nuestra legislación penal y procesal penal al término herir, y que es amplio, según se vio precedentemente⁴⁶.

De aceptarse este predicamento, desaparece todo problema respecto de los medios en el delito de lesiones graves descrito en el Art. 397. En efecto, la conclusión a que se ha llegado después de examinar el verbo "herir", en el sentido de que no implica la restricción de los medios a una clase determinada de ellos, habría que hacerla extensiva a la producción de todo tipo de daños corporales, y no limitarla sólo a las "heridas" en sentido técnico. En consecuencia, cualquier lesión podría causarse mediante el empleo de medios morales y no sólo las "heridas".

De acuerdo con la conclusión que examinamos, el uso de los verbos "golpear" y "maltratar de obra" obedecería en la disposición estudiada, a razones históricas, pero no cumpliría el fin de contemplar alternativas diferentes a "herir", salvo que se los interprete en el sentido de acoger las vías de hecho

⁴⁶ Incluso puede afirmarse que el propio Código Penal, en sus artículos 132 y 404, No 14, le asigna a los términos "herir" y "herida" este mismo sentido amplio. En efecto, las voces que, respectivamente y en forma alternativa a herir y herida, usan las disposiciones citadas, son las de "golpear" y "maltratada". Conforme con lo expuesto precedentemente, al tratar de estos vocablos, debe convenirse en que cada una de estas palabras tienen un significado demasiado restringido como para cubrir todas las posibilidades de lesiones corporales que no constituyeran una "herida" en sentido estricto. De ahí que parezca más bien amplio, comprensivo de cualquier daño a la salud o integridad corporal, y que las expresiones golpear y maltratadas han sido usadas sólo a mayor abundamiento por enfatizar la misma idea de daño físico. Refuerza esta conclusión la circunstancia de que es, precisamente, el término "herir" (y herida) el elemento constante en ambos preceptos, al que se adiciona en un caso el término golpear y en el otro el término maltratada.

como auténticas lesiones típicas. Se trataría de una redundancia, por lo demás nada extraña en nuestro Código Penal, que tendría, sí, la importancia de enfatizar el propósito del legislador de incluir toda clase de medios en las lesiones. De ahí que resulte sorprendente que, basándose justamente en dichas expresiones, se deduzca que se han restringido los medios a los materiales.

2. La otra conclusión posible es la de que el verbo herir se ha tomado en sentido estricto, para referirse sólo a una clase particular de daño a la salud, a saber, las "heridas". De ser así, querría decir entonces que los demás daños perceptibles y permanentes para el cuerpo, esto es, el resto de las lesiones típicas, puesto que no pueden encuadrarse en el término herir, deberían ser incluidas en los verbos golpear y maltratar de obra, a pesar de que ellos no designan, de suyo, daños corporales de esa clase. Esta alternativa supondría, por ende, "estirar" el sentido de esos términos para hacerlos cubrir hipótesis que no les son propias, y que sólo eventualmente pueden derivarse de dichas acciones. Una contusión, por ejemplo, sería en este sentido un golpe (siempre que derivara de él, lo que no ocurriría si, v. gr., el encuentro entre los dos cuerpos no fuera repentino y violento) o un maltrato de obra.

A nuestro juicio, esta segunda alternativa es en extremo artificiosa, puesto que implica forzar el sentido natural y obvio de los términos. Mucho más natural es incluir los resultados típicos referidos en el verbo herir, como hace profusamente nuestra legislación, en otros pasajes. Además, esta segunda alternativa desatiende la diferencia básica que existe entre herir, por una parte, y golpear y maltratar de obra, por la otra, en cuanto el primer término exige la producción de un daño permanente y perceptible para la salud, en tanto que los otros por definición se refieren a las llamadas vías de hecho.

23. Sea como fuere, esta segunda alternativa no se opone a nuestra tesis. En efecto, en verdad sólo basta demostrar que una herida, en sentido estricto, pueda causarse mediante medios morales, y estar cubierta por la previsión del Art. 397 del C.P., para que esta constatación deba hacerse extensiva también al resto de las lesiones, pues lo contrario sería francamente absurdo y nadie podría seriamente proponer una interpretación semejante: no se divisa por qué sólo tratándose de las "heridas" la ley habría contemplado amplios medios de comisión, restringiéndolos, en cambio, a los materiales, en el caso de otro tipo de lesiones corporales.

Es por esta misma razón que ni aun en el caso que se estimara que los términos "golpear" y "maltratar de obra" se refieren a modalidades específicas de acción, que importarían el empleo de medios materiales, se podría concluir

que el tipo legal del Art. 397 del C.P. ha restringido los medios comisivos a los materiales, puesto que, en todo caso, el término herir, que no contiene restricción alguna de la forma de la conducta, cubriría los casos en que las lesiones a que se refiere la disposición son causadas por medios inmateriales. Vistas así las cosas, querría decir simplemente que el legislador, recogiendo la experiencia de la vida práctica, llamó la atención hacia la circunstancia de que ordinariamente las lesiones que describe tienen su origen en un golpe o en un maltrato de obra (entendidos dentro de esta perspectiva, a nuestro juicio equivocada, como medios físicos); pero ello en ningún caso autorizaría para concluir que esas son las únicas hipótesis de lesiones castigadas por este título.

Si hemos insistido en el que a nuestro parecer, es el verdadero sentido de los verbos "golpear" y "maltratar de obra", ha sido para poner de relieve que ni aun estos términos, que a primera vista parecen reclamar medios de comisión estrictamente materiales, exigen la concurrencia de modos específicos de actuar, con exclusión de los demás, sino que por el contrario, abarcan toda forma de acción, estando su contenido limitado sólo por el resultado producido. El anterior esfuerzo interpretativo nos ha sido sugerido precisamente debido a la importancia exagerada que se concede en este punto al elemento gramatical; y para procurar demostrar que incluso ateniéndonos rigurosamente a él, se acaba por contradecir la opinión que lo invoca. Como ya se ha reiterado, basta con que "herir" aluda a lesiones que pueden causarse por cualquier medio, para que el problema se encuentre superado. El resto representa, en el mejor de los casos, sólo conjeturas sobre el significado y la razón de ser de la presencia de esos otros dos verbos en el inciso primero del Art. 397 del C.P., que en ningún caso pueden conducir a desvirtuar el claro sentido del verbo "herir".